

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

BİRLİKTE VELAYET

Yüksek Lisans Tezi

Barış Can ÖZTÜRK

Ankara - 2022

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

BİRLİKTE VELAYET

Yüksek Lisans Tezi

Barış Can ÖZTÜRK

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Yıldız ABİK**

Ankara – 2022

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

BİRLİKTE VELAYET

Yüksek Lisans Tezi

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Yıldız ABİK**

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1- Doç. Dr. Yıldız ABİK

.....

2- Dr. Öğr. Üyesi Elif ŞEN

.....

3- Dr. Öğr. Üyesi S. Hülya İMAMOĞLU

.....

**Tez Savunması Tarihi
24.01.2022**

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Doç. Dr. Yıldız ABİK danışmanlığında hazırladığım “Birlikte Velayet (Ankara.2022)” adlı yüksek lisans tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 24.01.2022

Adı-Soyadı ve İmza

Barış Can ÖZTÜRK

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	<i>i</i>
KAYNAKÇA.....	<i>vii</i>
KISALTMALAR.....	<i>xxv</i>
GİRİŞ.....	<i>1</i>

BİRİNCİ BÖLÜM

VELAYET KAVRAMI

§ 1. VELAYETİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ TARİHSEL GELİŞİMİ VE İLKELER.....	<i>8</i>
I. VELAYETİN TANIMI.....	<i>8</i>
II. VELAYETİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	<i>10</i>
III. VELAYETİN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	<i>14</i>
IV. VELAYETE HAKİM OLAN İLKELER.....	<i>21</i>
A. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI.....	<i>21</i>
B. ÇOCUĞUN KİŞİLİĞİNE SAYGI GÖSTERİLMESİ.....	<i>26</i>
C. ÇOCUĞUN GÖRÜŞÜNÜN ALINMASI.....	<i>28</i>
D. SÜRELİ OLMA İLKESİ.....	<i>32</i>
E. BÖLÜNMEZLİK İLKESİ.....	<i>34</i>
F. BİRLİKTE VELAYET İLKESİ	<i>38</i>
G. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ	<i>39</i>
H. KAMU DÜZENİNE İLİŞKİN OLMA İLKESİ	<i>40</i>

İKİNCİ BÖLÜM

VELAYET HAKKININ KAPSAMI, KULLANILMASI, KALDIRILMASI VE DEĞİŞTİRİLMESİ

§ 2. VELAYET HAKKININ KAPSAMI.....	<i>43</i>
I. GENEL OLARAK	<i>43</i>
II. ÇOCUĞUN KİŞİ VARLIĞINA İLİŞKİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER	<i>46</i>
A. ÇOCUĞUN BAKIMI.....	<i>47</i>
B. ÇOCUĞUN EĞİTİMİ	<i>50</i>
1. Genel Eğitim	<i>51</i>

2. Mesleki Eğitim.....	52
3. Dini Eğitim.....	54
C. ÇOCUĞUN ADI VE SOYADI	57
D. ÇOCUĞUN YERLEŞİM YERİ	60
E. ÇOCUK ÜZERİNDE EGEMENLİK	61
III. ÇOCUĞUN MALVARLIĞINA İLİŞKİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER.....	62
A. GENEL OLARAK	62
B. ÇOCUK MALLARININ YÖNETİMİ	63
C. ÇOCUK MALLARININ KULLANIMI	67
D. ÇOCUK MALLARININ GELİRİNİN SARFI	72
E. ÇOCUK MALLARININ KISMEN SARFI.....	74
F. ÇOCUĞUN SERBEST MALLARI.....	78
1. Genel Olarak	78
2. Kazandırmalar	78
3. Saklı Pay	79
4. Meslek veya Sanatın İcrası İçin Verilen Mal	80
5. Kişisel Kazanç.....	81
IV. ÇOCUĞUN TEMSİLİNE İLİŞKİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER	81
§ 3. VELAYET İLİŞKİSİNİN TARAFLARI	89
I. VELAYETE SAHİP OLANLAR	89
II. VELAYET ALTINDA OLANLAR	93
§ 4. VELAYET HAKKININ KULLANILMASI	95
I. EVLİLİK BİRLİĞİ İÇİNDE	95
II. EVLİLİK BİRLİĞİNE ARA VERME VEYA AYRILIK HALİNDE	98
III. ANA BABADAN BİRİNİN ÖLÜMÜ HALİNDE	101
IV. BOŞANMA VEYA EVLİLİĞİN İPTALİ HALİNDE	102
V. EVLİLİK BİRLİĞİ HARİCİNDEKİ İLİŞKİDE.....	104
§ 5. VELAYET HAKKINA SAHİP OLMAYAN TARAFIN VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKI	107
I. KİŞİSEL İLİŞKİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE KAPSAMI.....	107
II. KİŞİSEL İLİŞKİNİN DÜZENLENMESİ	109
A. GENEL OLARAK	109
B. KİŞİSEL İLİŞKİNİN KURULMASINDA DİKKATE ALINACAK ÖLÇÜTLER	111
1. Çocuğun Üstün Yararı.....	111
2. Çocuğun Görüşünün Alınması	113
3. Çocuğun Şahsına İlişkin Ölçütler.....	114
4. Kardeşlere İlişkin Ölçütler	117
5. Ana Babaya İlişkin Ölçütler	118
C. KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASININ ŞEKLİ.....	119

D. KİŞİSEL İLİŞKİNİN SINIRLARI, DEĞİŞTİRİLMESİ, KALDIRILMASI VEYA REDDEDİLMESİ	122
III. ÜÇÜNCÜ KİŞİLER İLE ÇOCUK ARASINDA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI	126
§ 6. VELAYET HAKKININ KALDIRILMASI	130
I. GENEL OLARAK	130
II. VELAYETİN KALDIRILMASININ SEBEPLERİ	132
A. VELAYET GÖREVİNİN GEREĞİ GİBİ YERİNE GETİRİLEMESİ	132
1. Ana Babanın Deneyimsizliği	133
2. Ana babanın Hastalığı	134
3. Ana Babanın Başka Yerde Bulunması	134
4. Diğer Benzer Sebepler	136
B. ANA VE BABANIN ÇOCUĞA YETERLİ İLGİ GÖSTERMEMESİ VE ÇOCUĞA KARŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ AĞIR BİÇİMDE SAVSAKLAMALARI	137
C. ANA BABANIN KISITLANMASI	139
D. VELÂYET HAKKINA SAHİP ANA VEYA BABANIN BAŞKASI İLE YENİDEN EVLENMESİ	140
III. VELAYETİN KALDIRILMASININ SONUÇLARI	142
§ 7. VELAYET HAKKININ DEĞİŞTİRİLMESİ	145

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİRLİKTE VELAYET

§ 8. BİRLİKTE VELAYET KAVRAMI	149
I. GENEL OLARAK	149
II. AMACI	153
III. ORTAYA ÇIKIŞ SÜRECİ VE SEBEPLERİ	157
A. BOŞANMANIN ÇOCUKLAR ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ	157
1. Genel Olarak	157
2. Yaş Gruplarına Göre Kısa Süreli Etkiler	161
3. Uzun Süreli Etkiler	164
4. Boşanmaya Çocuğun Uyumu	165
B. BOŞANMANIN ANA BABA ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ	167
C. BİRLİKTE VELAYETE İHTİYAÇ DUYULMASI	171
D. BİRLİKTE VELAYETE GEÇİŞ SÜRECİ	174
IV. LEHE VE ALEYHE İLİŞKİN GÖRÜŞLER	183
A. BİRLİKTE VELAYET ALEYHİNE GÖRÜŞLER	184
B. BİRLİKTE VELAYET LEHİNE GÖRÜŞLER	187

C. DEĞERLENDİRMEMİZ	192
V. İLKELER KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.....	197
A. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI.....	198
B. ÇOCUĞUN GÖRÜŞÜNÜN ALINMASI	200
C. ÇOCUKLAR ARASINDA AYRIM GÖZETMEME	204
D. ÇOCUĞUN ANA BABA TARAFINDAN BAKIM VE ANA BABA İLE YAŞAMA HAKKI	205
VI. BİRLİKVE VELAYET TİPLERİ.....	207
A. YASAL BİRLİKTE VELAYET	208
B. FİZİKSEL BİRLİKTE VELAYET	209
§ 9. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA BİRLİKTE VELAYET.....	214
I. GENEL OLARAK.....	214
II. İTALYA HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET	216
III. BELÇİKA HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET	217
IV. HOLLANDA HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET	217
V. İSPANYA HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET	218
VI. FRANSA HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET.....	218
VII. ALMAN HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET	219
VIII. AVUSTURYA HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET	220
IX. İSVİÇRE HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET.....	221
X. İNGİLİZ HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET	230
XI. AVUSTRALYA HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET	230
XII. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE BİRLİKTE VELAYET.....	231
§ 10. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE BİRLİKTE VELAYET	232
I. GENEL OLARAK	232
II. AVRUPA KONSEYİ TAVSİYE KARARLARI.....	232
III. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ.....	233
IV. ÇOCUK HAKLARININ KULLANILMASINA İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ	237
V. MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME	238
VI. KADINA KARŞI HER TÜRLÜ AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ SÖZLEŞMESİ	239
VII. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ve EK 7 NO'LU PROTOKOLÜ	240
§ 11. TÜRK HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET	243
I. EVLİLİK BİRLİĞİ DEVAM EDERKEN BİRLİKTE VELAYET	243

II. BİRLİKTE YAŞAMAYA SON VERME VEYA AYRILIK HALİNDE BİRLİKTE VELAYET.....	244
III. ANA BABANIN BOŞANMASI HALİNDE BİRLİKTE VELAYET	246
A. GENEL OLARAK	246
B. TÜRK MEDENİ KANUNU MADDE 336/III VE 182/III HÜKÜMLERİNİN İNCELENMESİ	246
C. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER	249
D. DEĞERLENDİRMEMİZ.....	261
IV. ANA BABANIN EVLİ OLMAMASI HALİNDE BİRLİKTE VELAYET	272
A. GENEL OLARAK	272
B. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER	274
C. DEĞERLENDİRMEMİZ	278
V. AİHS EK 7 NO.LU PROTOKOL 5. MADDESİNİN İÇ HUKUKA ETKİSİ	288
A. GENEL OLARAK	288
B. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER	294
C. DEĞERLENDİRMEMİZ.....	297
VI. BİRLİKTE VELAYETE İLİŞKİN YARGI KARARLARI	300
A. YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ 20.02.2017 TARİHLİ 2016/15771 E., 2017/1737 K. SAYILI EMSAL KARARI VE ÖNCESİ	300
B. YARGITAY EMSAL KARARI SONRASI VERİLEN YARGI KARARLARI	304
C. ANAYASA MAHKEMESİ HİLAL ERDAŞ BAŞVURUSU (BAŞVURU NUMARASI: 2018/27658, T.6.10.2021, RESMİ GAZETE 30.11.2021, S.31675)	307
D. DEĞERLENDİRMEMİZ.....	312
VII. BİRLİKTE VELAYETE HÜKMEDİLMEMESİ GEREKEN HALLER	318
A. GENEL OLARAK	318
B. VELAYETİN KALDIRILMASI NEDENLERİNİN BULUNMASI	318
C. EBEVEYNLER ARASI SÜREKLİ ÇATIŞMA HALİ	319
D. EBEVEYNLER ARASI SAĞLIKLI İLETİŞİM VE İŞBİRLİĞİNİN BULUNMAMASI HALİ	320
E. EBEVEYNLERİN ORTAK İSTEĞİNİN VELAYETİN TARAFLARDAN BİRİNE BIRAKILMASI OLMASI	321
VIII. TÜRK MEDENİ KANUNUNDA OLMASI GEREKEN BİRLİKTE VELAYET DÜZENLEMESİNE İLİŞKİN MESELELER	322
A. TÜRK MEDENİ KANUNUNDA DÜZENLEME YAPILMASI GEREKLİLİĞİ	322
B. BİRLİKTE VELAYETİN KURAL MI İSTİSNA MI YOKSA BİR ALTERNATİF OLARAK MI DÜZENLENECEĞİ MESELESİ.....	326
C. BİRLİKTE VELAYETİN NASIL BİR MODELDE UYGULANACAĞI MESELESİ	331

D. HAKİMİN BİRLİKTE VELAYETE KARAR VERİRKEN DEĞERLENDİRECEĞİ HUSUSLAR.....	336
--	-----

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

BİRLİKTE VELAYET KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

§ 12. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKU KANUNU VE ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE BİRLİKTE VELAYETİN TANIMA TENFİZİ.....	340
I. GENEL OLARAK	340
II. 5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA TENFİZİN ŞARTLARI	342
III. BİRLİKTE VELAYET KARARINA İLİŞKİN TENFİZ DAVALARI İLE KAMU DÜZENİNE AÇIKÇA AYKIRILIK OLUŞTURMAMA KOŞULUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	345
A. YARGITAY'IN TENFİZ KARARLARINDA KAMU DÜZENİNE AÇIKÇA AYKIRILIK DEĞERLENDİRMESİ	345
B. KAMU DÜZENİNİN ÇOCUK HUKUKU İLKELERİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRMESİ	349
C. AİHS EK 7. NOLU PROTOKOLÜN TENFİZ KARARLARINA ETKİSİ	351
IV. ÇOCUKLARIN VELAYETİNE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ İLE ÇOCUKLARIN VELAYETİNİN YENİDEN TESİSİNE İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA TENFİZ	355
V. VELAYET SORUMLULUĞU VE ÇOCUKLARIN KORUNMASI HAKKINDA TEDBİRLER YÖNÜNDEN YETKİ, UYGULANACAK HUKUK, TANIMA, TENFİZ VE İŞBİRLİĞİNE DAİR 1996 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA TENFİZ	358
<i>SONUÇ</i>	361
<i>ÖZET</i>	376
<i>ABSTRACT</i>	378

KAYNAKÇA

ABİK, Yıldız: “*Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı*”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, 2011, s.1-75.

ABUGALI, Gulden: “*Türk ve Rus Hukukunda Çocuğun Velayeti*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.26, S.3, 2018.

AKINCI, Ziya/ GÖKYAYLA, Cemile Demir: Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul, 2010.

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.2, B.23, İstanbul, 2021.

AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, B.15, C.1, İstanbul, 2019.

AKKURT, Sinan Sami: “*Boşanma Sonrası “Ortak velayet” Kavramının, Özellikle Türk Hukuk Uygulaması Bakımından Genel Olarak Değerlendirilmesi*”, Legal Hukuk Dergisi, C.17, S.202, 2019.

AKTAŞ, Sururi: “*Hukukta Yorum Çabaları*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3-4, 2011, s.1-33.

AKYÜZ, Emine: “*Boşanmanın Çocuk Üzerinde Etkileri*”, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, C.11, S.1, 1978 (*Boşanma*).

AKYÜZ Emine: “*Velayet Hakkının Kaldırılması*”, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 1992 (*Kaldırılması*).

AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, B.6, Ankara, 2018.

ALBAYRAK, Süleyman: “*Çocuğun Serbest Malları*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.26, S.2, 2018.

ALİBABA, Arzu/KOCANA RODOSLU, Emine: “*The Role of Public Policy in the Enforcement of*

Foreign Custody Judgments: An Example of Joint Custody in Turkish Law, Sustainability, MDPI, Open Access Journal, vol. 12(5), 2020.

ALTAŞ, Hüseyin/DÖNGÜL, İrem Tuğçe: Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK. MAD. 1-7), B.2, Ankara, 2020.

ALTIPARMAK, Ayşe Kübra: “Velayet Uyuşmazlıklarında Yeni Bir Dönem mi? 1996 Tarihli Lahey Velayet Sözleşmesi Hakkında Bir İnceleme” Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2020.

ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat: Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, C.1, B.4, 2021.

APAYDIN, Eylem: “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1, 2018, s.445-476.

ARBEEK, Ömer: Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk, Ankara, 2007.

ARKAN SERİM, Azra: “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.167, 2016, s.6075-6088.

ATAAY, Aytakin: Medeni Hukukun Genel Teorisi, B.3, İstanbul, 1980.

ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, B.13, İstanbul, 2019.

AYAR, Ahmet: “Velayet Hakkının Boşanma Sonrası Verilmesi, Kaldırılması ve Ortak Velayet”, Türk Hukukçu Kadınlar Derneğinin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı Aile Hukuku Güncel Sorunlar, İstanbul, 2019.

AYBAY, Rona/ORAL, Elif: Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul, 2016.

AYBAY, Rona: “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, Ayrı Basım, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.70, Ankara, 2007, s.187-213.

AYBAY, M. Erdem/ŞEN, Bülent: “Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1, 2016, s.589-615.

AYDIN, Mehmet Akif: Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul, 2017.

AYDIN, Okan/BARAN, Gülen: “Ebeveynleri Boşanma Sürecinde Olan 9-12 Yaş Grubundaki Çocukların Boşanmaya Uyum Düzeylerinin İncelenmesi”, Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi, C.1, S.1, 2012.

BAKTIR ÇETİNER, Selma: Velayet Hukuku, Ankara, 2000.

BAKTIR ÇETİNER, Selma: “Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi Ve Hukuki Niteliği “, Prof. Dr. Şeref Aktaş’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 19, İzmir 2017 (*Tarihi Gelişim*), s.25-46.

BAYATA CANYAŞ, Aslı: “Why Not Enforce? A Critical Analysis of the Refusal to Enforce Foreign Joint Custody Judgments in Turkish Courts”, International Journal of Law, Policy and the Family, C.27, S.3, 2013).

BAYGIN, Cem: “Kan Bağına Dayanan Soybağı” , Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1-4, 2002.

BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010 (*Soybağı*).

BAYGIN, Cem/ DOĞAN, Murat, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C.9, S.1-2, s.379-427.

BENEDEK, Elissa P./BROWN, Catherine: Boşanma Ve Çocuğunuz: Çocuğunuzun Boşanmanızla Başetmesine Nasıl Yardımcı Olursunuz, (Çev. Serap Katlan), Ankara, 1997.

BERKİ, Şakir: Türk Medeni Kanununda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü, Ankara, 1970.

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

BİRİNCİ UZUN, Tuba: “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğın Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, 2019, s.135-166.

BLASİO, Guido de /VURI, Daniela: “*Joint Custody in the Italian Courts*”, 2013, s. 4, <http://ftp.iza.org/dp7472.pdf> (E.T. 30.06.2021).

BOZKURT, İkbāl: “*Velinin Velayetten Doğan Hak Görev ve Yetkileri*”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

BÖLÜKBAŞI, Özge: “*Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzincan, 2020.

BRINIG, Margaret F./BUCKLEY, F. H.: “*Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories*,” Indiana Law Journal: C.73, S.2, ABD, 1998.

BULUT, Harun: Aile Hukukunda Velayet Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Nafaka Davaları, İstanbul, 2007.

BÜKEL KOÇ, Merve: “*Ortak Velayet*”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020.

CEYLAN; Ebru: “*Türk Medeni Kanunu’nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi*” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.3, 2017, s.35-68.

CEYLAN, Ebru: “*Türk Velayet Hukukunda Yeni Gelişmeler*”, Legal Hukuk Dergisi, S.181, 2018 (*Yeni Gelişmeler*).

CİN, Halil/AKGÜNDÜZ, Ahmed: Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 2017.

CİN, Halil/AKYILMAZ, Gül: Türk Hukuk Tarihi, B.5, Konya, 2013.

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, 2010.

ÇAKIR, Nagehan: Boşanma Sonrası Ortak Velayet, Ankara, 2020.

ÇATALBAŞ, İlay: “*Türk Medeni Kanunu’nda Velayet ve Ortak Velayet Kavramı*”, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020.

ÇELEBİCAN, Özcan Karadeniz: Roma Hukuku, B.17, Ankara, 2014.

ÇELİK, Cemil: “*Velayetin Kaldırılması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.1, Ankara, 2005, s.255-309.

ÇELİKEL, SERDAR: Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara, 2012.

ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, B.15, İstanbul, 2017.

ÇINAR, Ömer: “*Ana Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk fakültesi Mecmuası, C.71, S.1, 2013, s.1355-1364.

DEMİR, Remzi: “*Türk Medeni Kanunu’na Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması*”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: “*Velayetin İçerdiği Hak ve Yükümlülükler Bakımından Boşanma Sonrası Ortak Velayetin İşlevselliği*”, II.Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, C.2, (Ed. Süheyla Suzan Gökalp Alıca/Necdet Basa), Ankara, 2019.

DETHLOFF, Nina: European Family Law in Action: Parental Responsibilities, (Ed.:Katharina Boelki- Woelki/Bente Braat/ Ian Curry-Summer), C.3, 2005, https://assets.budh.nl/open_access/fenr/boeken/european_family_law_in_action.pdf (E.T.:30.06.2021).

DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, B.5, Ankara, 2019.

DOLTO, Françoise: Çocuk ve Boşanma, Sorunlar Öneriler Çözüm Yolları (Çev. Nuriye Yiğitler), İstanbul, 1998.

DOLUNAY, Ayhan: “*Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*” Prof. Dr. Yıldırım Uler'e Armağan", Lefkoşa, 2014, s. 45-63.

DÖNMEZ, Ünsal/BARIN, Taylan: “*Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.35, 2018, s.175-210.

DURAL, Mustafa/SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2017.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku: Cilt III Aile Hukuku, B.16, İstanbul, 2021.

ELÇİN, E.Gülçin: “*Türk ve İsviçre Aile Hukukundaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.145-146, 2016.

ELKIN, Meyer: “*Joint Custody: In The Best Interest of The Family*”, Joint Custody and Shared Parenting (Ed. Jay Folberg), New York, 1991.

EMERY, Robert E.: Evlilik Boşanma ve Çocukların Uyum (Çev. Elif Okan Gezmiş), İstanbul, 2013.

ENERGİN, Zümrüt: “*Türk Hukukunda Müşterek Velayet Sorunu*”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

ERBAY, İsmail: “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medenî Hukukundaki Velâyet Hakkının Kaldırılması (TMK m. 348) Hükümlerinin Değerlendirilmesi*” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, 2012, s.11-61.

ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, B.2, Ankara, 2019.

ERDOĞAN, Oktay: Çocuk Hakları, İstanbul, 2011.

ERGİL, Doğu/ ALKAN, Türker: Siyaset Psikolojisi, Ankara, 1980.

ERLÜLE Fulya: İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Ankara, 2019.

ERLÜLE, Fulya: “*Çocuk ile Kişisel ilişki Kurulması*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.16, S.1-2, 2010 (*Kişisel İlişki*).

ERLÜLE, Fulya: “*Karşılaştırmalı Hukukta Boşanmadan Sonra Velayetin Birlikte Kullanılmasına İlişkin Güncel Gelişmeler ve Türk Medeni Hukukunda Boşanmadan Sonra Velayetin Kullanılması*”, Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu Bildiri Kitabı (Ed. Yasemin Güllüoğlu Altun), İstanbul, 2021 (*Güncel Gelişmeler*).

ERTAŞ, Şeref: “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, s.391-398.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin: Anayasa Hukuku, B.4, Ankara, 2018.

FERRAND, Frédérique: European Family Law in Action: Parental Responsibilities, (Ed.:Katharina Boelki- Woelki/Bente Braat/ Ian Curry-Summer), C.3, 2005, https://assets.budh.nl/open_access/fenr/boeken/european_family_law_in_action.pdf (E.T.:30.06.2021).

FEYZİOĞLU Feyzi Necmettin/ÖZAKMAN Cumhur/SARIAL Enis, Aile Hukuku, B.3, İstanbul, 1986.

GENÇCAN, Ömer Uğur: “Ortak Velayet”, İzmir Barosu Dergisi, Özel Sayı 8 Mart 2017 (Ortak Velayet), s.24-30.

GENÇCAN, Ömer Uğur: Velayet Hukuku, Genişletilmiş B.2, Ankara, 2020.

GENÇCAN, Ömer Uğur: Aile Mahkemesi Davaları Açıklama ve Dilekçe Örnekleri, B.4, Ankara, 2021 (Aile Mahkemesi).

GOURLY, Nancy Gilsan: “Joint Custody: The Best Interests of the Child”, Tulsa Law Journal, C.18, S.159, 1982.

GÖKCAN, Hasan Tahsin: “Bireysel Başvuruda İkincil İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.135, 2018.

GÖKKAYA, Vildan: “Ana ve Babanın Çocuğun Malları Üzerindeki Kullanma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 133, 2017.

GÖREN, Zafer: Anayasa Hukuku, B.5, Ankara, 2020.

GRASSINGER, Gülçin Elçin: “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, 1. Cilt, İstanbul 2010 (Çocuğun Menfaati), s.823-846.

GRASSINGER, Gülçin Elçin: Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md.346, md.347, md.348), İstanbul, 2009.

GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza: “*Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet*”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, 2017, s.157-180.

GÜNEŞ, Zeynep Naz: “*Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velayet*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.150, 2020.

GÜVEN, Aydın: “*Türk Hukukunda Ortak (Birlikte) Velayet*”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.3, s.119-130.

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, 2018, s.11-64.

GÜVEN, Pelin: Tanıma – Tenfiz (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi), Ankara, 2013.

HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş, B.8, 2017.

HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, B.9, İstanbul, 2021 (*Aile*).

HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Kişiler Hukuku, İstanbul, 2013.

HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona: Aile Hukuku, İstanbul, 1993.

HAYDEN, Adrina: “*Shared Custody: A Comparative Study of the Position in Spain and England*”, C.1, 2011, s.9-10, file:///C:/Users/toshiba/Downloads/SSRN-id1762804.pdf, (E.T.:30.06.2021).

HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, B.8, İstanbul, 2017.

HOHLOCH, Gerhard: Alman Aile Hukukundaki Yeni Gelişmeler, Reformun Gerçekleşmesi ve Diğerleri, (Çev. Zarife Şenocak), 1996.

HUYSAL, Burak: Devletler Özel Hukukunda Velayet, 2005.

İMAMOĞLU, S. Hülya: “*Yeni Medeni Kanun’daki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi*”, AÜHFD, C.54, S.1, 2005, s.165-190.

İNAN, Ali Naim: Çocuk Hukuku, İstanbul, 1968.

İNAN, Ali Naim: “Çocuk Hakları Beyannamesi İlkelerinin Türk Hukuk Sistemine Etkisi” Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, C.1, S.1-4 (Çocuk Hakları Beyannamesi).

İNCE, Nurten: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.34, 2018, s.189-229.

KABOĞLU, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), B.10, İstanbul, 2015.

KAHRAMAN, Süheyla: “Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Müşterek Velayet”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.

KAPANCI, Kadir Berk/ BAŞOĞLU, Başak: “Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22, S.1, 2017.

KARAASLAN, Erol: “Çocuk İçin Bir Bakış: “Çocuğun Üstün Yararı” İle “Dinlenilme Hakkı” Kavramlarının Aihm ve İç Hukukumuzda Görünümü”, İstanbul Barosu Dergisi, C.94, S.4, 2020.

KARACA, Hilal: Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara, 2015.

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat: Aile Hukuku B.4, Ankara, 2019.

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, 2001, s.91-119.

KİREMİTÇİ, Müge: Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, Yayınlanmamış Tez, İstanbul, 2015.

KLAFF, Ramsay Laing: “The Tender Years Doctrine: A Defense”, California Law Review, C.70, S.2, 1982, s.335-372.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004.

KOÇOĞLU, Safa: Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları, İstanbul, 2018.

KOENIGS, DeNece Day/HARRIS, Kimberly A.: "Child Custody Arrangements: Say What You Mean, Mean What You Say" Land & Water Law Review, Vol. 31, Iss. 2, 1996, pp. 591-621.

KÖKSAL, Mehmet: ““Çocuğun Menfaati” Konusunda Türk Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Gelişmeler”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanun’unun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, C.1, Ankara, 2017.

KÖLE, Elif Naz: “Velayet Hakkına, Birlikte Velayet Kavramına, Velayet Davalarında Çocuğun Dinlenmesine Kısa Bir Bakış”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.6, 2017, s.140-157.

KÖLE, Mehmet: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 34, Yıl: 2016, s.39-98.

KÖPRÜLÜ, Bülent/ KANETİ, Selim: Aile Hukuku, B.2, İstanbul, 1989.

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 Family, C.14, 2000, s.183-205.

KURT Ekrem: “Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, 2016.

KURT, Leyla Müjde: “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, 2018, s.157-186.

LAVADERA, Anna Lubrano /CARAVELLI, Liliana /TOGLIATTİ, Marisa Malagoli: “Joint Custody and Shared Parenting: Analysis of Practices in the Civil Court of Rome”, s. 93, https://ijfs.padovauniversitypress.it/system/files/papers/16_1_06.pdf (E.T.: 30.06.2021).

LOWE, Nigel: European Family Law in Action: Parental Responsibilities, (Ed.:Katharina Boelki- Woelki/Bente Braat/ Ian Curry-Summer), C.3, 2005, https://assets.budh.nl/open_access/fenr/boeken/european_family_law_in_action.pdf (E.T.:30.06.2021).

LUPPINO, Grace A./MILLER Justine FitzGerald: Family Law and Practice The Paralegal's Guide Third Edition, ABD, 2012.

ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru: Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, İstanbul; 2017.

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, 1998, s.891-956.

MILLER, David J.: "Joint Custody", Family Law Quarterly, C.13, S.3, 1979.

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, 1975, s.226-293.

NIKOLINA, Natalie: "The Influence of International Law on the Issue of Co-Parenting-Emerging Trends in International and European Instruments", Utrecht L. Review, 2012, www.heinonline.org (E.T.: 13.07.2021), s.122-144.

NOMER, Haluk Nami/ AKBULUT, Pakize Ezgi: Medeni Hukuka Giriş Bölüm 1, B.4, İstanbul, 2020.

NOMER, Ergin: Milletlerarası Usul Hukuku, B.2, İstanbul, 2018.

OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, B.20, İstanbul, 2014.

OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), B.16, İstanbul, 2016.

OKTAY, Saibe: "İsviçre'de Yasal Değişiklikler ve Mahkeme İçtihatları Işığında Evlenme ve Boşanma Hukukundaki Gelişmeler", Türk Medeni Kanun'un Vazgeçilmez Özü Eskiye Sözü, B.1, İstanbul, 1996.

ÖCAL APAYDIN, Bahar: "İsviçre Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.145-146, 2016.

ÖNGİDER, Nilgün: “*Boşanmanın Çocuk Üzerindeki Etkileri*”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, C.5, S.2, 2013, s.148.

ÖZCAN, Aysu: “*Boşanan Ana Babanın Birlikte Velayet Hakkı*”, Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu Bildiri Kitabı (Ed. Yasemin Güllüoğlu Altun) , İstanbul, 2021.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “*Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.17, S.3, 2013, s.81-105.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa/RUHİ, Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku, Ankara, 2021.

ÖZER TAŞKIN, Özden: “*Velayet Hakkının Kullanılması Velayetin Değiştirilmesi*”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, 2020.

ÖZGENÇ, Zeynep: “*Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, C.22, S.1, 2018.

ÖZKAN, Oğulcan: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, 2020.

ÖZLÜ, Hakkı: Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Ankara, 2002.

ÖZMEN, İsmail: Açıklamalı-İçtihatlı Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara,2005.

ÖZTAN, Bilge: “*Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu*”, Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara, 2006 (*Birlikte Velayet Sorunu*), s.251-260.

ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuk Temel Kavramları, Ankara, B.43, 2019.

ÖZTAN, Bilge/ÖZTAN, Fırat: “*Boşanmada Velayetin Tevdii*”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, 2016 (*Tevdii*), s.473-495.

ÖZTAN, Bilge/ÖZTAN, Fırat: “*Boşanmada Birlikte Velayet ve Birlikte Velayetin Uygulanmasına İlişkin Modeller*”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, 2020.

ÖZTEKİN GELGEL/Günseli: “Devletler Özel Hukukunda Velayet Çocuk Kaçırmaları Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4, S.8 Güz 2005/2.

ÖZTÜRK ALMAÇ, Tuğçe: “Aile Arabuluculuğunda Ortak Velayetin Tesis Edilebilirliği”, Terazi Hukuk Dergisi, C.14, S.159, 2019.

ÖZTÜRKMEN İCAN, Yeşim: “Hakimin Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi” Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.

PARIBENI, Roberto: Roma Ailesi, (Çev. Şemseddin Talip), Capitolium I, İstanbul, 1935.

PARKINSON, Lisa: Aile Arabuluculuğu, Yeni Aile Adalet Sistemine Dair Uygun Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi, Adalet Bakanlığı Çeviri Yayını, Ankara 2017.

PARKINSON, Patrick: Family Law and Indissolubility of Parenthood, ABD, 2011.

PARTALCI, Rümeysa: “Yabancı Devletlerden Alınan Velayet Kararlarının Tenfizi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.

PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, B.18, Ankara, 2019.

PRYOR, Jan/RODGERS, Bryan: Değişen Ailelerde Çocuklar, (Çev. İbrahim Enis Köksaldı), İstanbul, 2011.

POLAT, Oğuz/GÜLDOĞAN, Evin: “Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.118, 2015, s.243-254.

REYHANİ YÜKSEL, Sera: Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırlar, İstanbul, 2020.

RUHİ, Ahmet Cemal: Birlikte Velayet Kurumu ve Birlikte Velayete İlişkin Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul, 2019.

RUHİ, Ahmet Cemal: Türk Hukukunda Yabancı Boşanma İlamlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul, 2020 (*Tanım ve Tenfiz*).

SAĞLAM, İpek: Turkish Family Law (Engagemanet, Marriage, Divorce and The Consequences of Divorce), İstanbul, 2019.

SARI, Suat: “*Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanılması*”, Legal Hukuk Dergisi: Cilt. 5, S.49, 2007, s.83-94.

SAYIN KORKMAZ, Bengi Sermet: “*Roma Aile Hukukunda Evlat Edinmenin Yeri ve Usulleri*”, Ankara Barosu Dergisi C.78, S.3, 2020.

SAYMEN, Ferit H./ ELBİR, Halid K.: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.3, İstanbul, 1957.

SCHWENZER, Ingeborg/ KELLER, Tomie: “*New Rules on Parental Responsibility in Switzerland*”, International Survey of Family Law, Y: 2014, s.457-470.

SCOTT, Elizabeth S.: “*Pluralism, Parental Preference, and Child Custody*”, California Law Review, C.80, S.3, 1992.

SCOTT, Elizabeth/DERDEYN, Andre: “*Rethink Joint Custody*”, Ohio State Laaw Journal, S.45, 1984, s.455-498.

SERDAR, İlknur: “*Kişisel İlişki Kurma Hakkı*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007 (*Kişisel İlişki*), s.739-781.

SERDAR, İlknur: “*Birlikte Velayet*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2008.

SERDAR, İlknur: “*Mukayeseli Hukuk Işığında Birlikte Velayetin Kullanılmasının Değerlendirilmesi*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, 2020 (*Mukayeseli Hukuk*).

SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005.

SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, B.4, İstanbul, 2013 (*Medeni*).

SEROZAN, Rona: Hukukta Yöntem, İstanbul, 2015 (*Yöntem*).

SEROZAN, Rona/BAŞOĞLU, Başak/KAPANCI, Berk: “Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, 2016, s.531-560.

SİNANOĞLU, Asena: Türk Medeni Kanunu’na Göre Çocuk ile Kişisel İlişki Kurma Hakkı, İstanbul, 2020

ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, B.6, İstanbul, 2018.

ŞİRİN, Memduh Cemil: “Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış”, Çocuk ve Medeniyet Dergisi, C.4, S.8, 2019.

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, 2001.

SÜZEN, Begüm: “Yabancı Mahkemelerde Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.133-134, 2015, s.27-52.

TAHIROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, B.13, 2019.

TEITELBAUM, Lee. E.: “*Divorce, Custody, Gender, and the Limits of Law: On Dividing the Child*”, Michigan Law Review, C.92, S.6, ABD, 1994.

TEKİN APAYDIN, Deniz: “Monizim- Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi:Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Değerlendirme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1, 2018, s.529-560.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, B.4, İstanbul, 1982.

TEZGEL, Mehmet: Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara, 2012.

TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), B.23, İstanbul, 2019.

TOKUŞ, Aylin: “Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet”, İzmir Ekonomi Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020.

TORUN, Fuat: “Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, C.3, S.3, 2011, s.466-482.

UÇAR, Ayhan: “4721 Sayılı Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VI, S. 1-4, Erzincan, 2002.

ULUSU KARATAŞ, Ayşe Elif: “Velayet Sorumluluğu Ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz Ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi Ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, C.37, S.2, s.911-1003.

USTA, Sevgi: Çocuk Hakları ve Velayet, İstanbul, 2012.

USTA, Sevgi: Velayet Hukuku, İstanbul, 2016 (Velayet).

UYANIK ÇAVUŞOĞLU/Ayfer: Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, İstanbul, 2006.

UZUN KAZMACI, Özge: “Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, 2018, s.171-186.

ÜÇOK, Coşkun/MUMCU, Ahmet/BOZKURT, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, B.16, Ankara, 2014.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.2, B.5, İstanbul, 1965.

WALCZAK, Yvette/BURNS, Sheila: Boşanma ve Çocuk Üzerine Etkileri (Çev. İsmail Ersevim), İstanbul, 1999.

WARSHAK, Richard A.: “Parenting by the Clock: The Best Interest of the Child Standard, Judicial Discretion, and the American Law Institute's "Approximation Rule"”, University of Baltimore Law Review, C.41, S.1, 2011, s.83-164.

YETİK, Nurten: Açıklamalı-İçtihatlı Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, Ankara, 2007.

YILMAZ, Canan: “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, Miletlerarası Hukuk ve Miletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.35, S.1, İstanbul, 2015, s.103-141.

YILMAZ, Canan: “Birlikte Velayet Çerçevesinde Alternatif (Dönüşümlü) Himaye”, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, (Ed. Tuğçe Tuzcuoğlu/A. Hulki Cihan), B.1, İstanbul, 2019 (Himaye).

YÜCEL, Özge: “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi” Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, 2013.

CEVRİMİÇİ KAYNAKLAR

<https://ec.europa.eu/eurostat/>

<https://www.echr.coe.int>

<https://www.etimolojiturkce.com>

<https://www.euromedjustice.eu>

<https://www.ft.dk>

<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr>

<https://www.kararara.com>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.maltepe.edu.tr>

<https://www.resmigazete.gov.tr/>

<https://sozluk.gov.tr>

<https://www.stgm.org.tr/sites/default/files/2020-09/cocuk-adalet-sisteminde-cocugun-yuksek-yarari-politika-belgesi.pdf>

<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m.htm>

<https://tuikweb.tuik.gov.tr>

<https://www.unicef.org>



KISALTMALAR

AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Art.	:	Artikel
AÜEHFD	:	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
B.	:	Bası
BAM	:	Bölge Adliye Mahkemesi
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Borçlar Kanunu)
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
CEDAW	:	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
Çev.	:	Çeviri
ÇHKAS	:	Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi
ÇHS	:	Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
ÇKK	:	Çocuk Koruma Kanunu
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
Ed.	:	Ediör
EMK.	:	Eski Medeni Kanun
eİMK	:	Eski İsviçre Medeni Kanunu
E. T.	:	Erişim Tarihi

HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
İMK	:	İsviçre Medeni Kanunu
K.	:	Karar
md.	:	Madde
No	:	Numara
R.G.	:	Resmi Gazete
S.	:	Sayı
s.	:	Sayfa
T.	:	Tarih
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TDK	:	Türk Dil Kurumu
TMK	:	Türk Medeni Kanun
vd.	:	Ve devamı
VVMT	:	Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Kullanılmasına İlişkin Tüzük
Y.	:	Yargıtay
ZGB	:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
§	:	Paragraf
§§	:	Birden Fazla Paragraf

GİRİŞ

Çocuk, gelecektir. Bizler bugünü yaşarken çocuklar geleceği yaşayacaktır. Geleceğin bugünden daha güzel olması yetiştireceğimiz çocuklara bağlıdır. Çocuklarımızı ayakları üzerinde durabilen, sorumluluk sahibi, bilinçli ve bağımsız bireyler olarak fiziksel, zihinsel, ahlaki ve sosyal gelişimini tamamlamak üzere yetiştirmeliyiz. Bu amaç uğruna “*çocuklar her türlü ihmal ve istismardan korunmalı, onlar her koşulda yetişkinlerden daha özel ele alınmalıdır*”.

Çocuğun yetiştirilmesinde iki kuruma çok büyük rol düşer. Bunlardan biri devlet diğeri ise ailedir. Devlet çocuğun sağlıklı gelişimi için gereken düzenlemeleri, araçları vasıtasıyla yapmak zorundadır. Çünkü çocuğun geleceği, toplumun geleceğidir. Sağlıklı, gelişmiş toplumlar, çocukların gelişimiyle orantılıdır. Devlet bu kapsamda kurumları ve düzenlemeleri vasıtasıyla çocuğun eğitim, sağlık, barınma gibi temel ihtiyaçlarının yanı sıra çocuğun duygusal, zihinsel, sosyal gelişimi için gerekli düzenlemeleri de sağlamalıdır.

Aile ise zamanla dönüşümler yaşamış toplumun minyatürü niteliğinde en küçük yapı birimidir. Aile aynı zamanda toplumsallaşmanın da ilk örneği kabul edilir. Toplum bilgisinden uzak çocuğu toplumsallaştıran ilk kurum da dolayısıyla ailedir. Ailenin çocuk üzerinde sahip olduğu en önemli enstrüman ise velayet hakkıdır.

Velayet, çocuğun gelişiminin sağlanmasında çocuğun yararına olan aynı zamanda hukukun doğrudan ana babaya tanıdığı mutlak hak niteliğindedir. Velayetin kullanımı çocuğun gelişiminde çok önemli bir görev arz eder. Bu nedenle velayet hakkına sahip olmak ve olması gerektiği gibi kullanabilmek en başta çocuğun ve dolaylı olarak toplumun yararınadır. En yararlı velayet düzenlemelerine imkân tanınması ise devletin başlıca görevidir.

Bu amaç doğrultusunda çalışmamızın konusu olan birlikte velayeti hem boşanma sonrası hem de evlilik birliği dışında ele alacağız. Toplumsal dönüşümle beraber aile yapısı da günümüzde modern aile yapısına dönüşmüştür. Geçmişteki aileler boşanmaya pek imkan tanınmayan birimlerdi fakat günümüz ailesinde sıklıkla boşanmayla karşılaşmaktadır. Özellikle anlaşmalı boşanmaların da mümkün olmasıyla boşanma oranları her geçen gün artmaktadır. Boşanmak, istenen bir şey olmasa bile evlilik kadar doğal bir hal almıştır. Boşanmalardan en çok etkilenen ise çocuklar olmaktadır. Araştırmalarda belirtildiği üzere boşanmalardan en çok 5 yaş altı çocuklar etkilenmektedir ve boşanmalar da genellikle bu yaştaki çocukların olduğu ailelerde meydana gelmektedir.

Hem çocuk hem toplum için çok önemli olan velayet hakkı, evlilik birliği içinde ana babanın hakkı iken boşanmadan sonra ise ana babadan birine bırakılır. Bu kadar önemli bir haktan sırf eşler anlaşamayıp boşandığı için çocuğun da mahrum kalması çocuğun yararına mıdır yoksa çocuğun cezalandırılması gibi görülebilir mi soruları akla gelmektedir. Velayet en başta çocuğun faydasıdır. O halde boşanma nedeniyle çocuğun eşlerin birinin yanına bırakılırken diğer eşin nafaka vermek ve kişisel ilişki kurma hakkı dışında hiçbir söz hakkının olmaması hem çocuk hem de velayet bırakılmayan eş için ne kadar doğrudur bunun sorgulanması gerekir. Çalışmamız boyunca birlikte velayete ilişkin lehe ve aleyhe görüşleri ifade ederek boşanma sonrası birlikte velayetin hukuken mümkün olup olmadığı iç hukukumuz ve uluslararası mevzuat kapsamında karşılaştırmalı hukuka da değinilerek irdelenmiştir.

Ana babanın tercihleri veya aralarındaki ilişkinin olumsuzluğu çocuğa yükletilmemelidir. Ana baba boşanmaya karar verebileceği gibi hiç evlenmeden de çocuk sahibi olmuş olabilir. Çocuk ile soybağı kurulu bir babanın sırf anneye evli olmaması sebebiyle çocuğunun velayetine sahip olamaması eşitlik, ayrımcılık yasağı ve

çocuğun yararı kapsamında değerlendirilmeye muhtaçtır. Çalışmamızda AİHM kararları, iç hukukumuz ve yargı kararları kapsamında evlilik birliği dışında birlikte velayetin değerlendirmesi yapılmıştır.

Velayet hangi sistemde kabul edilirse edilsin çocuğu yararına hizmet etmelidir. Bu doğrultuda birlikte velayetin boşanma sonrası ve evlilik birliği dışında çocuğun yararına hizmet edip etmeyeceğini, hukuken bunun mümkün olup olmadığının incelenmesi hedeflenmiştir. Amaca ulaşılırken birlikte velayetin mümkün olamayacağı haller nelerdir, hukukumuzda bir düzenlemeye ihtiyaç var mıdır, birlikte velayetin kural mı istisna mı yoksa bir alternatif olarak mı düzenlemesinin gerektiği, nasıl bir modelde uygulanacağı ve hakimin değerlendirmede dikkat etmesi gereken hususlar nelerdir gibi çeşitli sorulara da yanıt aranmıştır.

Belirttiğimiz sorular, tartışmalı konular ve hedefler doğrultusunda çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. İlk iki bölüm velayet kavramına ve kapsamına ilişkin iken üçüncü bölüm birlikte velayeti incelemesini kapsar. Son bölümde ise birlikte velayet kararlarının tanıma tenfiz şartları incelenmiştir.

İlk iki bölümün ele alınma amacı velayet kavramının önemini ve kapsamını açıklamanın yanı sıra birlikte velayetin kapsamını ve önemini anlatabilmek bu doğrultuda bahsi geçen konu başlıklarının birlikte velayetin değerlendirilmesindeki önemine değinebilmektir. Bu kapsamda ilk bölümde velayet kavramının tanımı, hukuki niteliği, tarihsel gelişimi ve velayete hakim olan ilkeler incelenmiştir. Velayetin tanım ve hukuki niteliği kapsamında velayetin ne tür bir hak olduğu, kimlerin faydalandığı, hakkın amacı değerlendirilirken velayetin tarihsel gelişimi ile birlikte velayete kadar olan velayet sistemleri incelenmiştir. Son olarak ise velayete hakim olan ve dolayısıyla birlikte velayet için de önem arz eden ilkeler ifade edilmiştir.

İkinci bölümde ise velayet hakkının kapsamına, kullanılmasına, kaldırılmasına ve değiştirilmesine değinilmiştir. Velayetin kapsamına ilişkin hak ve yükümlülükler birlikte velayet için de olduğu gibi geçerlidir. Bu kapsamda ilk olarak çocuğun kişi varlığına ilişkin çocuğun bakımı, çocuğun genel, mesleki ve dinsel eğitimi, çocuğun adı soyadı, yerleşim yeri ve üzerindeki egemenliğe ilişkin hak ve yükümlülükleri değerlendirilmiştir. Velayetin bir diğer kapsamı olan çocuğun malvarlığına ilişkin ise çocuk mallarının yönetimi, kullanımı, gelirin tamamen ve kısmen sarfı, çocuğun serbest mallarına ilişkin hak ve yükümlülükler ele alınmıştır. Nihayetinde ise velayetin çocuğun temsiline ilişkin hak ve yükümlülükleri incelenmiştir. Velayet ilişkisinin taraflarından da bahsedildikten sonra velayet hakkının evlilik birliği içinde ve dışında, evliliğe ara verme veya ayrılık halinde, ölüm hali, boşanma ve evliliğin iptali hallerinde hakkın kullanımı incelenmiştir ancak bu konu, birlikte velayete ilişkin üçüncü bölümde tartışmalı haller gereği detaylandırılmıştır. Velayete sahip olmayan ebeveyn veya üçüncü kişilerin sahip olduğu kişisel ilişki kurma hakkı, velayetin kaldırılması ve değiştirilmesi de ikinci bölümde ele alınmıştır. Velayet hakkının kaldırılması birlikte velayeti de sona erdirmesi sebebiyle önem arz eder. Kişisel ilişki hakkı ise birlikte velayetin varlığı halinde dahi düzenlenebilecek ve uygulamada sıkça sorunlarla karşılaşılan bir hak olarak açıklanma gereği duyulmuştur.

Çalışmamızın üçüncü bölüm bir şekilde birlikte velayet incelemesini içermektedir. Öncelikle birlikte velayet kavramının ne anlama geldiği üzerinde durulmuştur. Sırasıyla birlikte velayetin amacının ne olduğu, neden bu düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu anlatılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda boşanmanın çocuklar üzerindeki yaş gruplarına kısa ve uzun süreli etkileri ve boşanma sonrası çok büyük önem taşıyan çocuğun boşanmaya uyumu sorunu incelenmiştir. Sonrasında ise boşanmanın ana baba üzerindeki etkileri ifade edilerek birlikte velayete ihtiyaç

duyulmasının sebepleri incelenmiş ve geçmiş velayet sistemlerinden birlikte velayete geçiş süreci ele alınmıştır.

Birlikte velayet ülkemizde geç tartışılmaya başlansa da daha öncesinde hem Avrupa hem de Amerika Birleşik Devletleri'nde uzmanlar tarafından tartışılmış ve çeşitli araştırmalar yapılmıştır. Bu kapsamda birlikte velayetin hem lehine hem de aleyhine görüşler ileri sürülmüştür. Üçüncü bölümde bu görüşler de değerlendirilmiştir. Sonrasında ise velayete hakim ilkeler ele alındığı gibi birlikte velayetin varlığında da öncelikli olarak gözetilen ve çocuk hukukuna da hakim olan çocuğun üstün yararı, çocuğun görüşünün alınması, çocuklar arasında ayırım yasağı ve çocuğun ana baba tarafından bakımı ve onlarla yaşama hakkı ele alınmıştır. Birlikte velayetin dünyada ortaya çıkışı ve yasallaşma sürecinde oluşan farklı tipleri incelenmiştir.

Bölümün devamında karşılaştırmalı hukukta ve uluslararası düzenlemede birlikte velayetin incelemesi yapılmıştır. Özellikle İsviçre ve Alman hukukunda birlikte velayet düzenlemelerine yer vermeye çalışılmıştır. Ülkelerde birlikte velayete ilişkin mevcut düzenlemeler ve tarihlerine değinilmeye çalışılmıştır. Birlikte velayetin uluslararası belgelerdeki yeri, doğrudan birlikte velayete yapılan atıf veya dolaylı birlikte velayeti çağrıştıran düzenlemeler de incelenmiştir. Özellikle eşitlik ilkesi ve çocuk hukukuna hakim ilkeler değerlendirilmiş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek 7 No.lu Protokol ele alınmıştır.

Üçüncü bölümün devamında ise nihayet birlikte velayetin Türk hukukundaki yeri anlatılmaya çalışılmıştır. Sırasıyla hukukumuzdaki velayet düzenlemeleri, uluslararası belgelerdeki düzenlemelerin etkisi, yargı kararları, birlikte velayete hükmedilmemesi gereken haller ve birlikte velayete ilişkin diğer meseleler ele alınmıştır. Bu kapsamda Türk Medeni Kanunu düzenlemeleri incelenerek md.336 kapsamında evlilik birliği devam ederken, birlikte yaşama son verme veya ayrılık hali

ele alınmış, nihayetinde ise boşanma halinde birlikte velayet değerlendirilmiştir. Birlikte velayetin evlilik birliği dışındaki iki halinden biri boşanma halinde birlikte velayettir. Bu doğrultuda TMK md.182/III ve 336/III incelenmiş ve doktrindeki tartışmalar değerlendirilmiştir. Birlikte velayetin diğer hali ise ana babanın evli olmaması halidir. Bu doğrultuda ise TMK md.337 incelenmiş ve doktrinde ileri sürülen görüşler değerlendirilmiştir.

Bölümün devamında ise birlikte velayetin iç hukukumuzdaki konumunu değiştiren AİHS Ek 7 No.lu Protokol değerlendirme konusu yapılarak doktrinde ileri sürülen görüşler değerlendirilmiştir. Birlikte velayete ilişkin olarak dönüm noktası niteliğindeki Yargıtay emsal kararı ile emsal kararın öncesi ve sonrası derece mahkemeleri kararları incelenmiş son olarak ise çalışmamız sırasında verilen tartışmalara gebe Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararı değerlendirme konusu yapılmıştır. Yargı kararları ve doktrinde ileri sürülen görüşler doğrultusunda birlikte velayete uymayan durumlar değerlendirme konusu yapılarak birlikte velayete hükmedilmemesi gereken haller ele alınmıştır.

Son olarak ise Türk Medeni Kanununda olması gereken birlikte velayet düzenlemesine ilişkin meseleler değerlendirme konusu yapılarak hem konular tartışılmış hem de kanaatimizce kanun koyucu tarafından ileride düzenlenmesi muhtemel birlikte velayet kurumuna ilişkin görüşlerimiz ifade edilmiştir. Bu başlıkta çeşitli sorulara cevap aranmıştır. Türk Medeni Kanununda düzenleme yapılmasının gerekli olup olmadığı, birlikte velayetin kural mı istisna mı yoksa bir alternatif olarak mı düzenleneceği, olası bir düzenleme halinde birlikte velayete ilişkin nasıl bir model uygulanması gerektiği ve hakimlerin birlikte velayet kararlarında değerlendirmesi gereken hususlar meseleleri tartışılmış ve kanaatimiz dile getirilmiştir.

Çalışmamızın dördüncü bölümü ise birlikte velayet kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkindir. Bu bölümün çalışmaya dahil edilme sebebi, yurtdışında sıkça verilen birlikte velayet kararlarının tanıma tenfizinin uzun yıllar Türk mahkemelerinde şartlara aykırılık gerekçesiyle reddedilmiş olması ve bu durumun çeşitli olumsuzluklara yol açmasıdır. Amaç, tanıma tenfiz şartlarının ifade edilerek birlikte velayet davalarının Türk hukukunda tanınmasını ve icra edilebilirliğini değerlendirmektir. Bu kapsamda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun kapsamında tanıma ve tenfiz şartları incelenmiş özellikle tenfiz davalarının ret gerekçesini oluşturan kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmama şartı üzerinde durulmuştur. Ayrıca velayet kararlarının tenfizine ilişkin düzenlemeler içeren Avrupa Sözleşmesi ve 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında tenfiz şartları ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

VELAYET KAVRAMI

§ 1. VELAYETİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ TARİHSEL GELİŞİMİ VE İLKELER

I. VELAYETİN TANIMI

Velayet kelimesi, Arapça “wly” kökünden türemiştir ve “*yakın olma, koruma ve kollama, yanında, gözetme*” anlamlarına gelmektedir.¹ Türk Dil Kurumu sözlüğünde “*velilik, otorite, yetke*”² anlamlarını taşımaktadır. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü’ne göre ise “*Ana ve/veya babanın, reşit olmamış çocukları üzerindeki (kanundan doğan) eğitim ve terbiye hak ve yetkisi*”³ olarak tanımlanmıştır. Adalet Bakanlığı tanımında ve sözcüğün günümüz ve etimolojik kullanımlarından velayet kavramının baskın, otoriter, egemenlik anlamlarını taşıdığı görülmektedir. Oysaki *SEROZAN*’a göre kişide bağımlılık ve baskı intibası oluşturan “velayet” yerine dünyadaki yeni düzenlemelerde olduğu gibi “koruma-bakma” deyiminin kullanılması daha uygundur.⁴ Gerçekten de ana baba ile çocuk arasındaki ilişkiyi ifade eden velayet kurumu tarihsel süreç içinde değişikliğe uğramıştır. Günümüz İsviçre Medeni Kanunu, eskiden kullandığı egemenlik ve otorite anlamlarını çağrıştıran “*elterliche Gewalt*” ifadesi yerine kollama, gözetme ve bakma anlamlarını çağrıştıran “*elterliche Sorge*” ifadesi olarak değişikliğe gitmiştir.⁵

¹ <https://www.etimolojiturkce.com/arama/VELAYET> (Erişim Tarihi: 29/12/2020).

² **Türk Dil Kurumu (“TDK”)**: Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 29/12/2020).

³ **Adalet Bakanlığı**: Hukuk Sözlüğü, <https://sozluk.adalet.gov.tr/Harf/V> (E.T. : 29/12/2020).

⁴ **SEROZAN, Rona**: Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005, s.250; **GENÇCAN, Ömer Uğur**: Velayet Hukuku, Genişletilmiş 2.Baskı, 2020, Ankara, s.81.

⁵ **SARI, Suat**: “Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanılması”, Legal Hukuk Dergisi: Cilt. 5, S.49, 2007, s. 85; **Serozan**, s.253; **Gençcan**, s.81.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) Aile Hukuku Kitabı İkinci Kısım Altıncı Ayrımı'nda düzenlenen "Velayet" başlığı altındaki hükümlerde velayetin tanımı yapılmamıştır. Doktrinde ise çeşitli tanımlar mevcuttur. Esasında bu çeşitli tanımların içeriği İMAMOĞLU'nun da ifade ettiği üzere TMK md.339 ve devamı velayetin kapsamı hükümlerinden meydana gelmektedir.⁶ Bu kapsamda md.339 ve ayırım içindeki diğer hükümleri de kapsayan çeşitli tanımlar yapılmıştır. AKYÜZ'e göre velayet, *"küçüklerin, bazı durumlarda da ergin kısıtlı çocukların kişiliğine, mallarına özen göstermek ve onu temsil etmek konusunda ana babaya yüklenen görevlerle, bunların çocuğun yararına uygun biçimde yerine getirilmesini sağlayan yetkileri içeren ve yalnızca çocuğun korunması amacını güden kurum"*⁷ olarak tanımlanmıştır. Benzer bir şekilde ÇELİK de *"küçüklerin, bazı durumlarda da ergin kısıtlı çocukların kişiliklerinin ve mallarının korunmasıyla, onların temsili konusunda ana babanın sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin tümü"*⁸ olarak ifade etmiştir. SEROZAN'a göre de *"ana veya babanın korunmayı gereksinen küçük ya da kısıtlı, evlilik içinde ya da evlilik dışında doğmuş çocuklarının bakımına, gereksinimlerinin karşılanmasına, çıkarlarının korunmasına, onların mallarının yönetilip kullanılmasına, değerlendirilmesine ve çocukların temsiline ilişkin hakların ve yükümlülüklerin toplamıdır."*⁹ Genel olarak doktrinde ana babanın kural olarak küçük üzerinde istisnai olarak da kısıtlı ergin

⁶ İMAMOĞLU, S. Hülya: "Yeni Medeni Kanun'daki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi", AÜHFD, C.54, S.1, 2005, s. 165-166.

⁷ AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, B.6, Ankara, 2018, s.222.

⁸ ÇELİK, Cemil: "Velayetin Kaldırılması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.1, Ankara, 2005, s.256.

⁹ Serozan, s.250.

üzerinde onların kişilikleri, malları ve temsilini içeren hak ve yetkileri olarak ifade edilmiştir.¹⁰

Bu tanımlar kapsamında hukuken velayet, evlilik içinde veya evlilik dışında doğmuş, ana babası evli ya da değil fark etmeksizin küçüğün veya kısıtlının, çocuğun üstün yararı ilkesince bakımını, eğitimini, hayatına yön vermeyi, bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlamak; yasal temsilcisi olmak ve mallarını yönetmek hak ve yükümlülüklerinin tamamını içeren hukuki bir terimdir.

II. VELAYETİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Velayet hakkının hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler vardır. Bunlardan biri, velayet hakkının mutlak-nispi nitelikte karma bir hak olduğuna ilişkindir. Buna göre velayet hakkı bir mutlak hak gibi üçüncü kişilere karşı etkilidir. Ailenin yaşam alanı

¹⁰**KÖPRÜLÜ, Bülent/ KANETİ, Selim:** Aile Hukuku, B.2, İstanbul, 1989, s.245; **SAYMEN, Ferit H./ ELBİR, Halid K.:** Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.3, İstanbul, 1957, s.368; **ÖZMEN, İsmail:** Açıklamalı-İçtihatlı Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara,2005, s.30; **DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper:** Türk Özel Hukuku: Cilt III Aile Hukuku, B.16, İstanbul, 2021, s.361; **YETİK, Nurten:** Açıklamalı-İçtihatlı Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, Ankara, 2007,s.117; **ÖZLÜ, Hakkı:** Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Ankara, 2002, s.17, **Gençcan,** s.81; **FEYZİOĞLU Feyzi Necmettin/ÖZAKMAN Cumhur/SARIAL Enis,** Aile Hukuku, B.3, İstanbul, 1986, s. 504; **USTA, Sevgi:** Çocuk Hakları ve Velayet, İstanbul, 2012, s.20; **KARACA, Hilal,** Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara, 2015, s.23; **ÖZDEMİR, Hayrunnisa/RUHİ, Ahmet Cemal:** Çocuk Hukuku, Ankara, 2012, s.755; **ERBAY, İsmail:** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medenî Hukukundaki Velâyet Hakkının Kaldırılması (TMK m. 348) Hükümlerinin Değerlendirilmesi ”İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, 2012, s.18.

üçüncü kişilere karşı korunmaktadır. Hakkın nispi tarafını ise ana baba ve çocuk arasındaki ilişkide yükümlülükler olarak kendini gösterir.¹¹

Bir diğer görüş, velayeti, mutlak aile hakkı olarak nitelemektedir. Bu görüşe göre, vesayet, velayet ve ev reisliği malvarlığı mutlak hakları anlamında olmayıp ihlallere karşı mutlak hak gibi korunan ödev hakkıdır. İhlal eden herkese karşı ileri sürülebilir. Bu nedenle bu hakkın başkası üzerinde kurulan mutlak hak olarak nitelendirilmeyeceğini ifade eder.¹²

Doktrinde bizim de katıldığımız yaygın görüş ise velayetten doğan hakkın, “başkasının kişiliği üzerinde kurulmuş mutlak hak” olduğudur.¹³ Mutlak haklar niteliğine göre herkese karşı ileri sürülebilen haklar olup mallar üzerinde mutlak haklar ve kişilik üzerinde mutlak haklar olarak ayrılır.¹⁴ Kişilik üzerindeki mutlak hak bir başka deyişle kişilik hakkı, kişiye kişi olması nedeniyle tanınmış haktır.¹⁵ Bu hak ise kişiye kendi üzerinde tanınmış mutlak hak ile kişinin başkalarının kişiliğinde tanınmış hak olarak ayrılmaktadır.¹⁶ Kural olarak kişiler bir hakkın sahibi olabilir ancak hakkın konusu olamaz. Bu nedenle kural kişinin, bir başkasının üzerinde mutlak hakka sahip

¹¹**Serozan** s.251; **REYHANİ YÜKSEL, Sera:** Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırlar, İstanbul, 2020, s.28; **ABİK, Yıldız:** “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, 2011, s.17.

¹² **HATEMİ, Hüseyin:** Medeni Hukuka Giriş, B.8 ,2017, s.137-138; **Reyhani Yüksel**, s.28.

¹³ **USTA**, s.23; **KARACA**, s.25; **ALTAŞ, Hüseyin/DÖNGÜL, İrem Tuğçe:** Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK. MAD. 1-7) , B.2, Ankara, 2020, s.90; **ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat:** Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, C.1, B.4, 2021., s.170.

¹⁴ **DURAL, Mustafa/SARI, Suat:** Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2017, s.150; **Antalya/ Topuz**, s.169.

¹⁵ **ÖZTAN, Bilge:** Medeni Hukuk Temel Kavramları, Ankara, B.43, 2019, s.77; **Usta**, s.22; **Dural/Sarı**, s.s.162.

¹⁶ **Dural/Sarı**, s.162; **Altaş/Döngül**, s.88.

olamamasıdır. Fakat istisnai olarak velayet ve vesayet hakları bir başkası üzerinde kurulabilen mutlak haklardır.¹⁷

Velayet hakkı, ana babaya sırf ana baba sıfatları nedeniyle çocuk üzerinde tanınan şahsa sıkı sıkıya bağlı mutlak haktır.¹⁸ Bir başka deyişle velayet hakkının kullanımında hak sahibi bizzat söz sahibidir.¹⁹ Bu hakkın bir başkasına devri, mirasla geçmesi mümkün değildir. Aynı şekilde bu haktan feragat edilmesi veya hukuki işlemle sınırlandırılması söz konusu olamaz.²⁰ Fakat şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar, hak sahibinden ayrılmaz nitelikte olsa da bu hakların kullanımına karar verildikten sonra fiili kullanımı bir başkasına bırakılabilir.²¹ Bu kapsamda velayet hakkına konu kullanma yetkisinin kanunen ya da hakim kararıyla geçici bir amaçla başkasına bırakılabilmesi mümkündür.²² Velayet hakkı diğer kişilik hakkı gibi zamanaşımına uğramaz, hak düşürücü süreye de tabii değildir ancak erginlik veya hakim kararıyla ortadan kalkabilir.

Doktrindeki çeşitli tanımlardan da anlaşılacağı üzere velayet kavramı hem hak hem yükümlülüktür. Burada hak ve yükümlülük kavramları adeta birbirinden ayrılmaz bir bütünlük oluşturur. Hatta birçok modern hukukta velayet haktan ziyade yetki olarak

¹⁷ **Reyhani Yüksel**, s.26; **BAKTİR ÇETİNER, Selma**: Velayet Hukuku, Ankara, 2000, s.23-24.

¹⁸ **KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz**: Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004, s. 197 vd.

¹⁹ **OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami**: Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, B.20, İstanbul, 2014, s.163.

²⁰ **ÖZKAN, Oğulcan**: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, 2020, s.27; **Antalya/ Topuz**, s.170; **Reyhani Yüksel**, s.27; **Çetiner**, s.24; **Dural/Sarı**, s.163.

²¹ **Oğuzman/Barlas**, s.164.

²² **Özkan**, s.27; **Reyhani Yüksel**, s.27.

kabul edilmeye başlamıştır. Daha öncede değindiğimiz üzere birçok kanunda bakım yetkisi denilmektedir.²³

Söz konusu hak, aslında çocuğun hakkıdır. Her ne kadar ana babanın sahip olduğu bir hak olarak görülse de velayet kurumunun mantığı ve amacı gereği genel anlamda çocuğun kişi varlığının, malvarlığının korunması ve temsiliyeti için ana baba bu hakkı kullanabilmektedir. Bir başka deyişle çocuğun yararına olan fakat ana babanın sahip olduğu bir haktır. *BERKİ*'ye göre velayet anlamı ve içeriği gereği daha çok vazife niteliğindedir.²⁴ *GENÇCAN*'a göre de bu sebeple velayetin haktan ziyade bir yetki olarak nitelendirilmesi olması gerektirir.²⁵

Bu hakka sahiplik birtakım yükümlülüklerle beraber gelir. Burada hak ve yükümlülük kavramları adeta birbirinden ayrılmaz bir bütünlük oluşturur.²⁶ Çocuğun üstün yararı, katılım hakkı, velayet hakkına sahip olanlara bu ilkelere uygun ifa yükümlülüğü de getirmektedir. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde zaman ve şartlar ölçüsünde velayet kurumunun işlevsellik, değişkenlik fonksiyonları da gündeme gelir.²⁷ Çocuğun büyümesiyle beraber özellikle kendi hayatını yönlendirme konusunda katılım göstermesi gerekir ve hatta kimi zaman bu duruma velayet sorumlusunun yetkilerini sınırlandırıcı bir hal alır.²⁸

Velayet kapsamındaki hak, çocuğun sorumluluk sahibi olmasını, tek başına hayatı idame ettirebilmesini, ahlaki ve sosyal yönden belli bir bilinç seviyesine

²³ Çetiner, s.46; Serozan, s.250.

²⁴ **BERKİ, Şakir**: Türk Medeni Kanununda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, Ankara, 1970, s.5.

²⁵ **Gençcan**, s.82.

²⁶ **Serozan**, s.250.

²⁷ **İmamoğlu**, s.167.

²⁸ **İmamoğlu**, s.167-168.

ulaşmasını ve en nihayetinde çocuğun üstün yararının gerçekleşmesini hedefler bu nedenle amaca yönelik bir haktır.²⁹ Olağan şartlar altında doğumdan itibaren başlayan velayet süreci ergin olma ile sona ermektedir. Bu süreçten beklenti, velayetin sona erdiğinde artık çocuğun sorumluluk sahibi, bilinçli makul bir birey olmasıdır.

III. VELAYETİN TARİHSEL GELİŞİMİ

İnsanoğlu var olduğundan bu yana aile de vardır. Aileler bir araya gelerek toplumları oluşturmuştur. *AKYÜZ*'e göre,³⁰ Türk Medeni Kanunu'nda aile kavramı üç anlamda kullanılmıştır. Eşlerden ibaret olan aileye dar anlamda aile ifadesini kullanırken ana baba ve çocuktan oluşan aile için geniş anlamda aile Bir başka deyişle “*velayet ailesi*”³¹ denilmektedir. En geniş anlamda aile ise kan – kayın hısımlığı, sözleşmeyle aileye bağlanmış ailenin çalışanları olan kişileri de içermektedir.

Bir ailenin veya toplumun varlığını sürdürebilmesi ise yeni nesillere bağlıdır. Bu nedenle tarih boyu ana baba ve çocuk ilişkisi, buna bağlı olarak da velayet ilişkisi var olmuştur. Ancak velayet kurumu tarih içinde farklı şekillerde tezahür etmiştir.

Günümüz modern hukukunda kişinin, hak ehliyetine sahip olabilmek için tam ve sağ doğmuş kişi olması yeterlidir. Oysaki Roma Hukuku'nda hak ehliyetine sahip olabilmek için kişi olmak bir başka deyişle (*Persona*) yetmez ayrıca belli statülere de sahip olmak gerekirdi. Bu statülerden biri de aile durumu (*Statüs Familiae*)” idi. Buna göre Romalılar kendi hukukuna tabi kişiler (*sui iuris*) ile başkasının hukukuna tabi

²⁹ **Berki**, s.37-38; **Akyüz**, s.222; **İmamoğlu**, s.167.

³⁰ **Akyüz**, s.93.

³¹ **BAKTİR ÇETİNER, Selma**: “*Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi Ve Hukuki Niteliği* “, Prof. Dr. Şeref Aktaş’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C: 19, İzmir 2017, s. 28.

kişiler (*alieni iuris*) olmak üzere ikiye ayrılırdı.³² Bu ayrımın sebebi Roma Hukuku'nda baskın ataerkil yapının varlığıdır. Aile babası (*Pater familias*), ailenin kalan üyeleri (altsoy- eş) üzerinde mutlak hakimiyete sahiptir. *Alieni iuris*, *pater familias*'ın himayesinde kalan bu kimselerdir.³³ Velayet kurumu, *pater familias*'ın mutlak hakimiyeti anlamına gelen "*Patria Potestas*" olarak adlandırılır.³⁴

Roma'da velayet, ana babaya beraber verilmemektedir. Hatta eşlerin boşanması halinde dahi çocuğun bakımını ana yapsa bile velayete sahip olamaz, velayet yine babada kalırdı.³⁵ Aile babası, ailesine dahil olan hem kişiler hem de mallar üzerinde hakimiyet sahibidir.³⁶ Aile babasının velayet yetkisi sınırsız hakimiyet sağlamaktadır; öyle ki çocuk üzerinde hem aile yargıcı hem de resmi memur özelliğine sahiptir ve ondan başkası aile yönetimine karışamaz³⁷. Aile babası, sahip olduğu bu mutlak hakimiyete dayanarak çocuğuna fiziksel ceza verebilir hatta öldürebilirdi. Kısacası aile babası, velayeti altındakilere egemenlik hakkı kaynaklı dilediğince tasarrufta bulunabilirdi.³⁸

Çocukların, aile babasının hakimiyetinden çıkması günümüz hukukunda olduğu gibi erginlikle olmazdı. Ancak evlatlık verilme, aile babasının ölümü veya Roma

³²TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, B.13, 2019, s. 150.

³³ Tahiroğlu/Erdoğan, s.150.

³⁴ PARIBENI, Roberto: Roma Ailesi, Çeviren Şemseddin Talip, Capitulum I, İstanbul, 1935, s.49; Çetiner, Tarihi Gelişim, s.29.

³⁵ İNCE, Nurten: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.34, 2018, s.193.

³⁶ SAYIN KORKMAZ, Bengi Sermet: "Roma Aile Hukukunda Evlat Edinmenin Yeri ve Usulleri", Ankara Barosu Dergisi C.78, S.3, 2020, s.58.

³⁷ Paribeni, s.68.

³⁸ Paribeni, s.50; ÇELEBİCAN, Özcan Karadeniz: Roma Hukuku, 17. Basım, Ankara, 2014, s. 158; Usta, s.35-36; Özlü, s.7.; Çetiner, Tarihi Gelişim, s. 29; Korkmaz, s. 62.

vatandaşlığı statüsünü kaybetmesi gibi durumlarda olabilirdi. Kız çocukları ise evlenerek kendi aile babasının hakimiyetinden çıkar, eşinin aile babası hakimiyetine girerdi.³⁹ Bu nedenle aile babasının velayetten doğan hakimiyeti mutlakdır, sınırlandırılması söz konusu değildir. Dahası aile babasının bu hakimiyetinden herhangi bir şekilde devlete karşı sorumluluğu doğmamaktadır. Ancak bu hakimiyete zaman içinde az da olsa sınırlama gelmiştir. Örneğin aile babalarının çocuklarını öldürmeleri yasaklanmıştır.⁴⁰ İmparatorluk döneminde imparatorluk emirnameleri ile birtakım sınırlamalar daha getirilmiştir ama yine de kural olarak baskın hakimiyet devam etmiştir.⁴¹

Cermen Hukuku'nda velayet kavramı ise yine aile babası üzerinde toplanmıştır. Aile babası, çocuk üzerinde “*munt*” denilen velayet hakkına sahiptir.⁴² Bu velayet türüne göre aile babası, çocuk üzerinde koruma, kayırma, temsil yetkisi ve mallarını idare etme yetkisini haizdir. Çocuğun mallarını idare etme yetkisinin yanı sıra vereceği zararlardan da aile babası sorumlu tutulur. Roma Hukuku'nda babanın ölümüne kadar devam eden velayet, Cermen Hukuku'nda ise çocuğun kendi geçimini ekonomik özgürlüğünü sağlayabilmesinden itibaren sona ermektedir. Bir başka deyişle günümüzdeki erginlik söz konusu olmasa da velayetin şarta bağlı olarak belli bir süre ile sınırlandırılması söz konusudur. Yine Roma Hukuku'ndan farklı olarak ananın velayete sahip olması mümkündür. Babanın ölümünden itibaren ana velayete sahip olabilir.⁴³

³⁹ Çetiner, Tarihi Gelişim, s.29; İnce, s.192.

⁴⁰ Özlü, s.7; Çelebican, s.170.

⁴¹ Paribeni, s.51 Usta, s.36; Çetiner, Tarihi Gelişim, s.29; SERDAR, İlknur: “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2008, s.156.

⁴² Çetiner, s.25; Usta, s.36; İnce, s.193; Serdar, s.156.

⁴³ Çetiner, s.26; Reyhani Yüksel, s.39.

Tarihsel süreç, aile anlayışını ve dolayısıyla velayet kavramını da değiştirmiştir. Rönesans döneminin etkileri, aydınlanma çağı, sanayileşme ve bireyselleşmenin artması ile aşiretler, aile kabileleri giderek küçülmüş ve ana baba ile çocuktan oluşan çekirdek aile (velayet ailesi) öne çıkmıştır.⁴⁴ Ataerkil, baba hakimiyetine dayanan aile kavramı da çocuğun faydasının gözetildiği aile ilişkileri şeklinde gelişim göstermiştir. Bu anlayış Fransız Devrimi ve doğal hukuk anlayışı çerçevesinde de yer bulmuştur.⁴⁵

19. yüzyılda velayet, ana babanın sahip olduğu doğal bir hak olarak görülmüştür. Ana baba çocuk üzerinde daha fazla söz sahibi olabilmiştir fakat yine de babanın “*ev reisi*”⁴⁶ olarak daha üstün olduğu kabul edilmektedir. Burada çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olma, eşya üzerinde kişinin sahip olduğu tasarruf yetkisi gibi görülmektedir.⁴⁷

Velayet kavramı değişimini sürdürmekle beraber babanın oyu anadan üstün tutulmakta ve çocuk sanki tasarrufta bulunulabilecek eşya muamelesi görmekteydi. Ancak 20. Yüzyıl kanunlaşma sürecinde velayetin amacının çocuğu korumak olduğu, velayetin çocuk için olduğu kabul edilmeye başlandı. 1980’lerde feminist hareketin ivme kazanması ve evlilik dışı ilişkilerin, çocuk sahibi olmada yeni yöntemlerin ortaya çıkmasıyla aile yapıları giderek değişti. Velayet kavramının çocuğun faydası için tanınmış bir hak olduğu anlayışı benimsendi.⁴⁸

⁴⁴ İnce, s.194; İnan, s.124.

⁴⁵ Reyhani Yüksel, s.41-42.

⁴⁶ İnan, s.124.

⁴⁷ Reyhani Yüksel, s.42; Usta, s.37.

⁴⁸ Reyhani Yüksel, s.42; Usta, s.39.

İslamiyet öncesi Türklerde aile yapısı ataerkildir. Türk toplumları savaşçı karakterdedir ve babalar savaşa gittiklerinde velayet hakkına anne sahip olmaktadır.⁴⁹ Bu nedenle ana da baba gibi çocuğun korunması, yetiştirilmesi ve bakımında söz sahibi olabilmektedir. Ayrıca Türk toplumlarında çocuğa verilen önem sebebiyle evlat edinme sistemi gelişmiştir.⁵⁰ Bunun yanı sıra ana baba dışında birine de çocuğu yetiştirme hakkı verildiği görülmektedir.⁵¹ Hatta Uygurlar döneminden kalan bir belgede borç karşılığı olarak baba ve büyük çocuklarının beraber küçük çocuğun velayet hakkını alacaklıya sattıkları görülmektedir.⁵²

Türklerin İslamiyeti kabulünden sonra İslam Hukuku ve içtihatlar etkin olmuştur. İslamiyet sonrası Türklerde velayet kurumu yine babaya tanınan bir hak olarak karşımıza çıkar. Ancak babanın velayet hakkının çeşitli konularda sınırlandırılmış olması bakımından günümüz hukukuna benzemektedir. Baba, velayet hakkına sahip olmak konusunda süre ile sınırlıdır. Erkek çocukların ergin olması, kız çocukların ise evlenmesi ile üzerlerindeki velayet kalkar. Baba ayırt etme gücünden sürekli yoksun çocuklara ise erginlikten sonra da bakmak zorundadır.⁵³ Babanın velayet görevlerini ifa etmemesi durumunda ise kadıların babayı taziren⁵⁴ bir başka deyişle geniş bir takdir yetkisi ile cezalandırması söz konusu olabilir.⁵⁵ Ayrıca çocuğun mallarını gereği gibi koruyamayan veya kötüye kullanan veli veya vasinin de

⁴⁹ Reyhani Yüksel, s.40.

⁵⁰ Uygurlar döneminden kalma evlat edinmeyi gösteren bir belge için bkz. ÜÇÖK, Coşkun/MUMCU, Ahmet/BOZKURT, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, B.16, Ankara, 2014, s.42.

⁵¹ Reyhani Yüksel, s.40. Çetiner, Tarihi Gelişim, s.31.

⁵² Daha detaylı bilgi için bkz. Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.39-40.

⁵³ Özlü, s.10; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.125.

⁵⁴ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.99.

⁵⁵ Reyhani Yüksel, s.40; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.125.

değiştirilmesi ve çocuğun zararlarının telafisi mümkündür.⁵⁶ Ana velayete sahip olamaz ancak babanın velayeti ifa edememesi halinde ve ananın müslüman, hür ve akıl sahibi olması gibi gerekli şartları taşıması durumunda anaya vasilik görevi verilebilir.⁵⁷ Bir başka deyişle velayet öncelikle babaya aittir; ana ise ancak şartları taşıması halinde sadece vasi olabilir. Ananın vasiliği, Kur'an veya Hadis'te yer almayıp içtihadi niteliktedir.⁵⁸ Osmanlı aile hukukunda anaya velayetten ziyade hidane görevi verilmiştir. Bir başka deyişle ana velayet hakkına sahip olmasa dahi çocuklara bakma ve şefkat göstermekle görevlidir.⁵⁹

Birinci Dünya Savaşı sonrası çocukların devlet tarafından korunması gerektiği ve ileri zamanlarda ulusal korumaların uluslararası alana taşınması gerektiği ortaya çıkmıştır.⁶⁰ Özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle insan haklarına ve dolayısıyla çocuk haklarına yönelim artmıştır. Çocuk haklarına ilişkin çeşitli bildirgeler kabul edilmiştir. Nihayetinde “*dünya çocuklarının insan hakları yasası*” olarak kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHS) 1995 yılında onaylanarak ülkemizde yürürlüğe girdi.⁶¹ Bu gelişmeler ile velayetin asıl amacının da çocuğun korunması olduğuna kanaat getirilmiştir. Bu kapsamda modern hukuk düzenlerinde çocuğun velayeti konusunda önemli düzenlemeler yapılmıştır. Velayetin hem ana hem babaya ait olduğu, ülkeden ülkeye değişmekle beraber çocuğun belli bir yaşa gelmesiyle sınırlı olduğu kabul edilmiştir. Velayetin verdiği hak ve yetkilerin, korunma, yetiştirme,

⁵⁶ **AYDIN, Mehmet Akif:** Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul, 2017, s.84.

⁵⁷ **Aydın,** s.84; **CİN, Halil/AKYILMAZ, Gül:** Türk Hukuk Tarihi, B.5, Konya, 2013, s.311.

⁵⁸ **Çetiner,** Tarihi Gelişim, s.31.

⁵⁹ **Aydın,** s.132; **CİN, Halil/AKGÜNDÜZ, Ahmed:** Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 2017, s.536; **Cin/Akyılmaz,** s.453.

⁶⁰ **Akyüz,** s.27.

⁶¹ **ERDOĞAN, Oktay:** Çocuk Hakları, İstanbul, 2011, s.162 vd.

barınma, eğitme, yasal temsilcilik, mal idaresi ve maddi manevi rahatlık, refahlık olduğu belirtilmiştir. Bunların dışında velayet aynı zamanda toplumu ilgilendiren bir meseledir. Bu nedenle ana babanın bu hak ve görevlerini yerine getirmekte her zaman devlete karşı sorumlu olduğu, gerektiği takdirde devletin velayet ilişkisine müdahale hakkı olduğu benimsenmiştir.⁶²

Türk Hukukunda da hem 1982 Anayasası, Türk Medeni Kanunu ve diğer kanunlarda hem de uluslararası antlaşmalarda özellikle 27.01.1995 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile velayete ilişkin ve velayete hakim olan ilkelere ilişkin düzenlemeler yer almıştır.⁶³ Fakat 20. yüzyıl sonlarından itibaren diğer batı devletlerinin hukuklarına dahil etmiş olduğu birtakım velayet düzenlemeleri bizim hukukumuzda yer almamaktadır. Bu eksikliklerden biri de uygulanabilirliği ve mevcut görünümü tartışmalı olan boşanma sonrası veya evlilik dışı ilişkide birlikte velayet kurumudur.

Yine de 1982 Anayasası, Türkiye Cumhuriyeti’nin sosyal bir hukuk devleti olduğunu ve 10. madde ile çocuklara pozitif ayrımcılığın önünü açmıştır. Anayasamızın 50. maddesinde ise küçüklerin çalışma şartları bakımından özel korunacağı hükme bağlanmıştır. Aile kavramı ve eşler arası eşitlik ile ilgili olarak Anayasa md. 41/I “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır*” hükmü yer alır. Buna göre aile, eşler arasındaki eşitlik ilkesine dayanır. Bu hüküm ile velayetin de eşler arasında beraber paylaşıldığı anlaşılmaktadır. Anayasanın md.42/II. fıkrasında ise çocuğun korunmasında devletin pozitif yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Anayasa madde 43/III ise “*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme*

⁶² Akyüz, s.27.

⁶³ Erdoğan, s.185.

hakkına sahiptir” diyerek çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma hakkının yanı sıra çocuğun üstün yararı ilkesi anayasada yer almış ve bu ilke uyarınca çocuğun ana baba ile kişisel ilişki kurmasını düzenlemiştir.

IV. VELAYETE HAKİM OLAN İLKELER

Tarihsel süreçte çocuğa yaklaşım, velayetin anlam ve önemi, aile ilişkileri değişmiştir. Velayet her ne kadar ana baba ve çocuk arasındaki ilişki olarak kabul edilse de toplumsal yanı yadsınamaz. Bu nedenledir ki velayete sahip olanların hak ve yükümlülüklerinin kullanımında birtakım ilkelerin gözetilmesi kaçınılmazdır. Bu ilkeler velayet kavramının amacını oluşturduğu gibi velayetin kullanımını da sınırlandırıcı niteliktedir. Bu nedenledir ki bu ilkeler, velayet hukukuna ilişkin konularda son derece önem arz eder. Çocuğun görüşünün alınması, kişiliğine saygı ve üstün yarar ilkeleri aynı zamanda çocuk hukukuna yön veren ilkelerdir.

A. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI

En baştan belirtmek gerekir ki kanaatimizce çocuğun üstün yararı ilkesi, velayet hukukunu da aşkın bir şekilde çocuğa ilişkin her konuda dikkate alınması gereken en önemli ilkedir. Bu kapsamda değinilen her konuda bu ilkenin temel olduğu bilinmelidir. Çocuğun üstün yararı ilkesi, hem iç hukuk mevzuatımız ve yargı kararlarında hem de taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde benimsenmiştir. Velayet hukuku ve çocuk hukukuna hakim olan bir ilke olup velayetin sınırlandırılmasında ve kullanımında da önemli rol oynamaktadır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md.3 *“Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir”* hükmü ile her durumda çocuğun yararının öncelikli olduğunu ifade etmiştir. Ülkemiz, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’yi kabul etmiştir. Sözleşme maddelerini iç hukuk normu haline getiren Anayasa md.90/V’e göre temel hak ve

özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma ile iç hukuk düzenlemesi arasında uyumsuzluk halinde uluslararası antlaşma esas alınır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi de birçok kararında uluslararası ve ulusal metinlere çocuğun üstün yararı ilkesine dayanmıştır.⁶⁴ Kısacası çocuğun üstün yararı ilkesinin mahkemelerde hükme esas alınması gerekir. Özellikle yerel mahkemede çocuğun üstün yararının gözetilmesi üst derece mahkeme aşamasına kadar çocuğun hak kaybına uğramasını da önler.⁶⁵ AİHM de birçok kararında ÇHS hükümlerine atıf yaparak çocuğun üstün yararını esas alarak kararlar vermektedir.⁶⁶

Çocuğun üstün yararının uluslararası metinlerde veya iç hukuk mevzuatında tanımı yapılmamıştır. Ancak Yargıtay’ın bir kararında⁶⁷ çocuğun yararını “*çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır*” şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde çocuğun yararının bedensel, ahlaki ve fikri gelişimin yanı sıra çocuğun duygusal, ruhsal gelişimini de içerdiği belirtilir. Ayrıca çocuğun yararının aynı zamanda hukuki, sosyal ve ekonomik yararı da kapsadığı ifade edilmiştir.⁶⁸

⁶⁴**Anayasa Mahkemesi** Dalga Eda Yıldırım / Özgün Yıldırım (Başvuru No:2014/5974, T.26.12.2017) “*Kişisel ilişki hakkı alanında çocuğun üstün yararının dikkate alınması gerekliliği, hem ulusal mevzuatta hem de uluslararası sözleşmelerde genel bir hukuki karene olarak ortaya konmuştur*” <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.:10.01.2021).

⁶⁵ **KARAASLAN, Erol:** “Çocuk İçin Bir Bakış: “Çocuğun Üstün Yararı” İle “Dinlenilme Hakkı” Kavramlarının Aihm ve İç Hukukumuzda Görünümü”, İstanbul Barosu Dergisi, C.94, S.4, 2020 s.104 vd.

⁶⁶ **Karaaslan**, s.90 vd.

⁶⁷**Yargıtay 2.HD, E.2019/5345, K.2019/9150, T.25.09.2019**, <https://www.lexpera.com.tr/> (E.T.: 01/01/2021).

⁶⁸ **İmamoğlu**, s.170-171; **Serdar**, s.164.

ÇHS md.3/I çocuğun yüksek yararı ilkesini benimsemiştir. Metnin orijinalinde bu ifade “*the best interests of the child*” olarak geçmekte iken dilimize “*çocuğun yararı*” olarak çevrilmiştir.⁶⁹ Kanımızca maddenin dilimiz versiyonu eksik kalmıştır. Çocuğun yararı ifadesi yerine çocuğun üstün yararı ifadesinin kullanılması bu ilkenin önemini ve önceliğini çok daha ön plana çıkarabilecekken bu kullanımıyla ilkeye yapılan vurguyu azaltmıştır. Doktrinde çocuğun “*yüksek yararı*” veya “*üstün yararı*” genel olarak eş değer görülmekte ve birbirinin yerine kullanılabilmektedir. Çalışmada daha net bir anlam ifade ettiği düşüncesiyle üstün yarar ifadesinin kullanımını tercih edilmiştir.

Çocuğun üstün yararı ilkesinin her durumda gözetileceği kabul edilmiştir. Ancak üstün yararın ne olduğu her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur.⁷⁰ Çocuğun, ana baba velayetinden çıkana kadar çok farklı durumlarda ve her çocuk için farklı şekilde üstün yarar uygulaması karşımıza çıkar. Çocuğun üstün yararını gözetmek karar vericiler için oldukça hassas bir iştir. Örneğin bir boşanma neticesinde velayetin tevdi kararında hakim çocuğun üstün yararına uygun karar verirken gerekli her ölçütü dikkate almak zorundadır.⁷¹

Çocuğun üstün yararı ilkesi soyut olmakla beraber her karşımıza çıkan olayda somutlaştırmak gerekmektedir. Somutlaştırmada çocuğun fiziksel, zihinsel, duygusal, ahlaki ve toplumsal ihtiyaçlarının gerektirdiği ölçütler dikkate alınır.⁷² Yargıtay da bir

⁶⁹ **ŞİRİN, Memduh Cemil:** “Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış”, Çocuk ve Medeniyet Dergisi, C.4, S.8, 2019, s.220.

⁷⁰ **Erbay**, s.20; **Erdoğan**, s.196.

⁷¹ **ABUGALI, Gulden:** “Türk ve Rus Hukukunda Çocuğun Velayeti”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.26, S.3,2018, s.343.

⁷² **ARKAN SERİM, Azra:** “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.167, 2016, s.6079; **RUHİ, Ahmet Cemal:** Birlikte Velayet Kurumu ve Birlikte Velayete İlişkin Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul, 2019, s.29, **Abugali**, s.344.

kararında⁷³ “Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir” diyerek bu ölçütleri belirtmiştir. Bu ihtiyaçlara yönelik çocuğun yararını tespit etmek özellikle de duygusal ve zihinsel ihtiyaçlar yönünden oldukça zor olabilir. Kimi zaman velayet sorumluları bilerek veya bilmeden yanlış tespitler ile çocuğun yararına ters kararlar alabilir böyle durumlarda hakim velayet ilişkisine müdahale etme zorunluluğu hasıl olur.⁷⁴ TMK md.182 ve 183. maddelerinde velayetin kullanımında, kişisel ilişki kurulmasında talep üzerine veya resen hakim karar alabileceği hükme bağlanmıştır. Burada hakime verilen takdir yetkisi aslında velayetin toplumsal çıkarları koruma amacına yöneliktir. Hakimin takdir yetkisinin sınırı kanunda belirtilmemiştir ancak ÇHS ve TMK hükümlerine hakim olan çocuğun üstün yararı ilkesi gereğince hakim karar vermedeki sınırının, çocuğun üstün yararı olduğu aşikardır.⁷⁵ Hakim, yapacağı müdahale ile sadece aile içi ilişkinin sıhhatine yönelik düzenlemede bulunmaz, aynı zamanda çocuğun sorumluluk sahibi gelişmiş, bilinçli ve bağımsız bir birey ve toplumun sağlıklı bir geleceğe sahip olmasına yönelik düzenlemede bulunur. Bu nedenledir ki çocuğun üstün yararına yönelik hakim müdahalesi, çocuğun yararına olduğu gibi toplum yararına da olabilir.

Velayet her ne kadar ana babaya verilse de amaç çocuğun çıkarlarıdır. Çocuğun çıkarları demek aynı zamanda toplumun çıkarları demektir. Çocuk, toplumun geleceği, hatta bizatihi kendisidir. Velayetin amacına uygun olarak çocuğun üstün yararının

⁷³Yargıtay 2.HD. E.2015/156 K.2015/7331 T.13.04.2015, <https://www.lexpera.com.tr/> (E.T.: 01/01/2021).

⁷⁴ SERİM, s.6079.

⁷⁵ ÇATALBAŞ, İlay: “Türk Medeni Kanunu’nda Velayet ve Ortak Velayet Kavramı”, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020, s. 39.

gözetilmesi toplumun yararınadır. Bu nedenle *ÇETİNER*'e göre alınacak kararların hiçbiri çocuğun çıkarına uygun olmasa da en az zararlı olan tercih edilmelidir.⁷⁶

Çocuğun çıkarları ile ana babanın çıkarları çatışırsa yine çocuğun üstün yararı ilkesince çocuğun çıkarları gözetilmelidir.⁷⁷ Yargıtay bir kararında⁷⁸ ana baba ile çocuğun çıkarları arasında çatışma çıkarsa çocuğun üstün yararının benimseneceğini ifade etmiştir. Üstün yararın bu tür çatışma hallerinde nasıl belirleneceğini ise çocuğun farazi düşüncesini esas alarak yapmıştır. Buna göre çocuk yetişkin biri olsaydı, kendisini ilgilendiren böyle bir olayda kendi yararına nasıl karar verecek idiyse o karar çocuğun üstün yararını gözetilen karardır. *ÇETİNER*'e göre de burada çocuğun yararına göre hareket edilmesi sırf çocuğun yararına olmakla kalmayıp aynı zamanda toplumun da yararınadır.⁷⁹

Türk Medeni Kanunu'nun birçok hükmü de çocuğun üstün yararı ilkesi dikkate alınarak düzenlenmiştir. TMK 182-183 hükümleri çocuğun menfaatine göre velayetin tevdi ve ana baba haklarına ilişkin hakime takdir yetkisi vermiştir. TMK md. 305 evlat edinmede küçüğün yararını şart koşmuştur. TMK md. 324-325 ise çocukla kişisel ilişki kurma konusunda çocuğun yararının gerektirdiği takdirde kişisel ilişki düzenlemesinin kaldırılması ve başkalarının kişisel ilişki kurma talebinde bulunabilmesini hükme bağlamıştır. TMK md.337/II çocuğun menfaatine göre velayetin babaya tevdi veya vasi atanmasına ilişkindir. TMK md. 346-347 çocuğun menfaati ölçüsünde hakime çocuğun korunmasına yönelik tedbir alma hakkı tanımıştır. TMK md. 349 ise çocuğun menfaati

⁷⁶ Çetiner, s.33.

⁷⁷ Çetiner, s.33, Ruhi s.31.

⁷⁸Yargıtay 2.HD, E.2019/5345, K.2019/9150, T.25.09.2019, <https://www.lexpera.com.tr/> (E.T.: 01/01/2021); Karaaslan, s.89.

⁷⁹ Çetiner, s.33

gereği velayetin değiştirilmesini veya velayetin kaldırılarak vasi atanabilmesini hükme bağlamıştır.⁸⁰

İsviçre Medeni Kanunu'nda (İMK) 1.07.2014 tarihinde velayet hükümlerinde çocuğun yararı ilkesi de gözetilerek değişikliğe gidilmiştir. Eski İMK'a göre eşlerin boşanması durumunda velayet ana babadan birine tevdi ediliyordu fakat yeni düzenlemeyle birlikte velayet mümkün hale gelmiştir. İMK'da, velayetin amacının çocuğun yararına hizmet etmek olduğu belirtilmiştir. Bunun yanı sıra geçici koruma tedbirleri veya velayetin eşlerden birine tevdiinde de çocuğun yararı dikkate alınır. APAYDIN'a göre İMK'da yapılan değişikliklerin asli amacı çocuğun yararının korunmasıdır.⁸¹

B. ÇOCUĞUN KİŞİLİĞİNE SAYGI GÖSTERİLMESİ

Velayetin kapsamına dahil olan ve kullanımını sınırlandıran bir diğer ilke, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesidir. İster yetişkin ister çocuk olsun her insan, en yakınındaki kişiden dahi farklı bir kişiliğe sahiptir. Her insan bir kişiliğe sahiptir. Bu ilke çocuğun kişiliğinin gelişmesini ve korunmasını esas alır.⁸² Kişiliğe saygı ilkesi, esasında çocuğun üstün yararı ilkesi ile sırt sırta vermiş bir ilke görünümündedir. Çocuğun yararına işlem yapılabilmesi için çocuğun ayrı bir kişiliğe sahip olduğu kabul edilmelidir. Böylece çocuğun kişiliğine uygun işler de çocuğun yararına olur. Diğer yandan ise çocuğun yararına işlem yapılarak çocuğun kişiliğine yönelik gelişim ve fayda sağlanır. Bir başka deyişle bu iki ilkenin genel olarak karşılıklı kullanım ve fayda

⁸⁰ YÜCEL, Özge: “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi” Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, 2013, s.127.

⁸¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz., ÖCAL APAYDIN, Bahar: “ İsviçre Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.145-146, 2016, s. 636 vd.

⁸² Abik, s.23.

gösterdiği söylenebilir. Doktrinde ifade edildiği üzere “iki ilke arasında karşılıklı bağımlılık” söz konusudur.⁸³

Türk Medeni Kanunu soybağı hükümleri altında yer alan TMK md. 322’de ana baba ve çocuğun karşılıklı yükümlülükleri düzenlenmiştir. Buna göre “Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler” olduğu ifade edilmiştir.⁸⁴ Bu madde velayet ilişkisine tabi olanların ailenin huzur ve bütünlüğü bağlamında birbirilerine saygı ve anlayış çerçevesinde yaklaşacaklarını hükme bağlamıştır. TMK md. 340 ise ana babanın çocuğu yetiştirilmesi ve eğitim hakkından faydalanabilmesini konu edinmiştir. Buna göre ana baba çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlamak ve korumakla yükümlüdür. TMK md. 340/II ise çocuğun yetenek ve yönelimlerine uygun mesleki eğitimi almasına ilişkindir. TMK maddelerinde çocuğun kişiliğine saygı ilkesi kısmen de olsa ifade edilmiş ve somutlaştırılmıştır.⁸⁵

Çocuğun kişiliğine saygı ilkesi, kişiliğin korunmasını gerektirdiğinden bu koruma kapsamına, çocuğun kişiliğinin ana babaya karşı korunması da dahildir. Çocuğun kişiliğinin korunması, TMK md. 24 genel hükmü kapsamında değerlendirilebilir.⁸⁶ Buna göre hukuka aykırı olarak kişilik hakkına yönelik saldırı durumunda çocuğun kişiliğinin korunmasını talep hakkı doğar. Ana baba çocuğun kişiliğine ancak velayetin

⁸³ Abik, s.24; İmamoğlu, s.173.

⁸⁴ İmamoğlu, s.173, dn.64, naklen “TMK’nun 322. maddesi kaleme alınırken kaynak İsviçre Medeni Kanunu’nun Art.272 hükmünden yararlanılmıştır. Art.272 ZGB hükmüne göre, ana baba ve çocuklar birbirlerine karşı topluluğun yararının gerektirdiği her türlü yardımda bulunmakla, anlayış ve saygı göstermekle yükümlüdür.”

⁸⁵ Abik, s.25; İmamoğlu, s.175.

⁸⁶ Abik, s.26.

amacına yönelik olarak zorunlu müdahaleleri yapabilir. Bu istisnai hal TMK md. 24/II’de “*daha üstün nitelikte özel yarar*” olarak hukuka uygunluk halini oluşturur.

Esasında kişilik hakkı her insan için vazgeçilemez mutlak hak niteliğindedir. Bu nedenle bize göre çocuğun kişiliğine saygı ilkesi kanunumuzda ifade edilmese dahi varlığını korur. Fakat çocukların, toplum için özel önem taşıması ve modern hukuk kapsamında korunma ihtiyacında kabul edilmesinden dolayı ulusal ve uluslararası metinlerde çocukların kişiliklerinin korunması ve bu kapsamda kişiliklerine saygı ilkesi yer almaktadır. Çocukların bu devirde hala maddi ve manevi zorluklar yaşaması, şiddete maruz kalması ve hatta savaş mağduru olması, bölgesel, etnik, dini, cinsiyet temelli eşitsizlikler yaşamaları söz konusu ilkenin önemini ve bir daha vurgulamayı gerekli kılmaktadır.

C. ÇOCUĞUN GÖRÜŞÜNÜN ALINMASI

Çocuğun görüşünün alınması ilkesi esasında çocuğun kişiliğine saygı duyma ilkesinin neticesidir.⁸⁷ Ana babanın çocuğun yararına yönelik işlemlerde, alınacak kararlarda konu hakkında çocuğun görüşünün alınması durumudur.⁸⁸ İlke sadece ana babayı bağlamakta olmayıp aynı zamanda çocuk hakkında karar verici diğer mercileri de bağlamaktadır.

Velayetin kapsamı ve kullanımı zamana bağlı olarak değişebilmektedir. Büyüme ve ergenlik çağına girme ile çocuk giderek olgunlaşır ve kendi yararına yönelik kendini ifade etme ihtiyacı duyar. Ana babanın velayeti kullanımı da bu olgunlaşma ile sınırlanır. Çocuk ise zamanla özgür düşüncesini daha iyi ifade eder ve ayakları üstünde

⁸⁷ **GRASSINGER, Gülçin Elçin:** Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md.346, md.347, md.348), İstanbul, 2009, s.20.

⁸⁸ **Karaaslan,** s.110.

daha sağlam durmaya başlar. Bu nedenle çocuğun görüşünün alınması velayetin amacını karşılayan önemli bir ilkedir.⁸⁹

İlke, ulusal ve uluslararası metinlerde de yer almaktadır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md.13⁹⁰ açıkça çocuğun, düşüncesini özgürce açıklama hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir. Sözleşmenin aynı maddesinde düşüncesini açıklama özgürlüğü, başkasının hak ve itibarına saygı, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve ahlakın korunmasıyla sınırlandırılmıştır.

ÇHS md. 12 ise “(1) *Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırırlar. (2) Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasama usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır*” hükmünü içermektedir. Bu maddeye göre kural, çocuğun kendisiyle alakalı her konu hakkında görüşünü açıklamasıdır. Çocuk bu hakkını kullanırken öncelikle çocuğun görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olması gerekir.⁹¹ Çocuğun görüşlerine, çocuğun yaşı ve olgunluk seviyesine uygun olarak özen

⁸⁹ Karaca, s.86.

⁹⁰ **Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 13**” Çocuk, düşüncesini özgürce açıklama hakkına sahiptir; bu hak, ülke sınırlarına bağlı olmaksızın; yazılı, sözlü, basılı, sanatsal biçimde veya çocuğun seçeceği başka bir araçla her türlü haber ve düşüncelerin araştırılması, elde edilmesi ve verilmesi özgürlüğünü içerir.

Bu hakkın kullanılması yalnızca: -Başkasının haklarına ve itibarına saygı; -Milli güvenliğin, kamu düzeninin, kamu sağlığı ve ahlakın korunması nedenleriyle ve kanun tarafından öngörülme ve gerekli olmak kaydıyla yapılan sınırlamalara konu olabilir.”

⁹¹ Karaaslan, s.86.

gösterilmelidir. Yaş ve olgunluk kriterlerinin, her somut olayda tespiti ayrı yapılmalıdır. Yaşa ilişkin genel bir kural koymak güçtür. Yargıtay çocuğun velayetine ilişkin davalarda çocuğun idrak yaşına ilişkin genelde 10 yaşı kabul etse de bu değişkenlik göstermektedir ve kesin bir kurala bağlanmamıştır.⁹² Her ne kadar mevzuatımızda cezai sorumluluk, kazai rüşt bakımından yaş tespiti yapılmış olsa da görüşün dinlenmesi ilkesi için bu mümkün değildir. Olgunluk ise belli bir konudaki fiilin (veya sonucun) anlamını ve sonucunu algılayabilme ve değerlendirme kabiliyetini ifade eder.⁹³ Bunların yanı sıra ikinci fıkraya göre adli veya idari makamlar karşısında çocuğun doğrudan veya temsilci vasıtasıyla dinlenmesi gerekir.⁹⁴

Bu düzenlemelere paralel olarak Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi 3. ve 6. maddeleri de çocuğun görüşünün alınmasına ilişkindir. Ayrıca ÇHKAS ön sözünde “Çocukların haklarının ve yüksek çıkarlarının geliştirilmesi için gerekli bilgiler edinmeleri ve çocukların görüşlerinin usulüne uygun şekilde ele alınması gerekliliği” ifade edilerek çocuk hak ve yararının geliştirilmesi amacıyla çocuğun görüşünün alınması ilkesi benimsenmiştir.

Çocuğun görüşünün alınması ilkesi, doktrinde katılım hakkının bir unsuru olarak görülmektedir.⁹⁵ Katılım hakkı, kişinin kendi yaşamını ve toplumu etkileyen kararlara katılması olarak ifade edilir.⁹⁶ Katılım hakkı ile çocuk kendini ifade edebilir ve kendine has özerk kişiliğini geliştirebilir. Çocuğun katılım hakkının iki görünüm şekli vardır.

⁹² Çatalbaş, s.47.

⁹³ Usta, s.101.

⁹⁴ Akyüz, s.60.

⁹⁵ Erdoğan, s.198.

⁹⁶ Karaca, s.81; Akyüz, s.60.

Biri çocuğun kendini ilgilendiren bir konuda sadece görüşünü ifade etmesi; diğeri ise çocuğun kendi hakkında bir iş veya işleme olur vermesidir.⁹⁷

Katılım hakkı esasında demokratik toplumun bir unsurudur. Çocukların katılım hakkı ise aile içi demokrasinin unsuru olarak görülür.⁹⁸ Fakat burada *SEROZAN'ın* eleştirisine katılıyoruz. *SEROZAN'a* göre⁹⁹ çocuğun katılım hakkı oldukça önemli demokratik bir haktır fakat oldukça dar bir çerçevede uygulanmaktadır. Hem aile hem de okulda bu hakkın kullanımı genişlemelidir. Gerçekten de katılım hakkı, öncelikle çocuğun en çok bulunduğu ve gelişimine en büyük katkıları sağlayan aile içinde ve okul içinde arttırılmalıdır. Aile içine ilişkin düzenlemelerde bulunmak zor olsa da en azından ebeveynlerin bu konuda daha çok eğitilmesi önem arz eder. Aynı şekilde çocukların çoğu vaktini geçirdiği okullarda da bu hak genişletilmeli ve kendilerine ilişkin birçok konuda görüş ifade edebilme, kararları belirleyebilmeleri en azından genel anlamda görüş açıklamaya teşvik edilmeleri mümkün olmalıdır. Kaldı ki günümüzde okul ifadesinden sadece küçüklerin resmi okulları değil, diğer kurs niteliğindeki eğitim kurumları ve üniversiteler de anlaşılmalıdır. Demokratik toplum düzeni, katılımı gerektirir.

Çocuğun görüşünü ifade etme ve katılım hakkını kullanabilmesi için en başta çocuğa konu hakkında bilgilendirme yapılmalıdır. Ancak bu sayede çocuğun görüşü sağlıklı bir şekilde gelişir.¹⁰⁰ ÇHKAS madde 3'te bilgilendirme yükümlülüğü ifade edilmiştir. Ancak bu sözleşme özellikle adli ve idari makamlar karşısında uygulanacak

⁹⁷ Serozan, s.68.

⁹⁸ Akyüz, s.60; Karaca, s.87.

⁹⁹ Serozan, s.68.

¹⁰⁰ Serozan, s.70; Usta, s.98; Karaca, s.90.

usulü düzenleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin ötesinde çocuğun her alanda görüşünü açıklamadan önce aydınlatılması gerekir.

Çocuğun görüşünün alınması kural olmakla beraber kimi durumlarda görüşün açıklanması çocuğun yararına olmayabilir. Çocuk, görüşünü açıklamakla ruhsal, zihinsel veya sosyal bir travma yaşayacaksa, bu durumda çocuğun üstün yararı gereği görüşlerini açıklattırılmaması gerekir. Bu nedenle çocuğun görüşünü açıklama hakkı olmakla beraber bunun kullanımı zorunlu değildir. Üstün yarar ilkesiyle çatışma halinde çocuğun susma hakkını kullanması tercih edilir.¹⁰¹

Kanun koyucu TMK md. 339/III hükmü¹⁰² ile ÇHS madde 12’yi hukukumuzda yansıtmıştır. Buna göre çocuğun olgunluk seviyesine göre çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınması ve çocuğun görüşünü dikkate alınması gerekir. Yargıtay da bir kararında¹⁰³ çocuğun idrak yaşına gelmesine ilişkin olarak çocuğun olgunlaşması şartına atıfta bulunmuştur. Bir diğer kararında¹⁰⁴ velayet davasında çocuğun görüşünün alınması ilkesini kabul eder ve bu konuda ulusal ve uluslararası mevzuata atıfta bulunur.

D. SÜRELİ OLMA İLKESİ

Velayet kavramı Roma’dan günümüze evrimleşerek gelmiştir. Roma Hukukunda velayet süresiz kabul edilirken; zamanla farklı hukuk tiplerinde süre

¹⁰¹ **GRASSINGER, Gülçin Elçin:** ‘‘Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar’’, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, 1. Cilt, İstanbul 2010, (*Çocuğun Menfaati*), s.845-846; Çatalbaş, s.47.

¹⁰² **TMK md.339/III** ‘‘Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.’’

¹⁰³**Yargıtay 2.HD,E.2018/1117, K.2019/2886,T.18.3.2019,** <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T. 02/01/2021); Gençcan, s.177 vd.

¹⁰⁴**Yargıtay 2. HD, E.2012/25997, K.2013/11536, T.25.04.2013.** <https://www.lexpera.com.tr> (E.T.02/01/2021).

yönünden kısmi sınırlandırmalar yapılmıştır. Günümüzde ise velayet tamamen süreye tabi kılınmıştır.

Velayetin amacının çocuğun kendi ayakları üzerinde durabilecek sorumluluk sahibi, bilinçli bir birey yetiştirmek olduğunu düşününce çocuğun bu seviyeye erişmesiyle velayetin amacını yerine getirdiği ve artık ortadan kalkması gerektiği kabul edilebilir. Bu konuda hukuk düzenleri velayetin ortadan kalkmasını, çocuğun belli bir yaşa gelmesi ve erginlik olarak somutlaştırmıştır.

Velayeti kullanan ana babanın velayeti kullanımı, velayetin süresi içinde giderek sınırlanır. Velayet hak ve yükümlülükleri çocuğun ana karnına düşmesinden itibaren olan süreci de kapsayacak şekilde çocuğun tam ve sağ doğumuyla başlar çocuğun erginliğiyle sona erer. Burada adeta ters orantı veya piramit gibi diyebileceğimiz bir şekil karşımıza çıkar. Buna göre çocuğun olgunluk seviyesi ve yaşı artarken ana babanın velayet kullanımı sınırlanır. Yeni doğmuş çocuk ile okula yeni başlayan bir çocuğun veya lise çağında bir çocuğun kendi ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri, ana babaya ihtiyaçları aynı kabul edilemez. Doğal olarak ana baba için giderek daralan bir velayet hakkı söz konusudur¹⁰⁵

TMK md. 335/I'e göre ergin olana kadar çocuk ana babasının velayetine tabiidir. Ergin olma ile velayet ortadan kalkar. Kanunumuza göre erginlik yaş ile olabileceği gibi evlenmeyle ya da mahkeme kararıyla da olabilir. Bu durumlarda da velayet sona erer. Ayrıca süre sınırı ÇHS md.1'de de 18 yaş olarak belirtilmiştir “*Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır*” TMK md. 335/II ve md. 419'a göre ergin çocuğun kısıtlanması durumunda da çocuk ana baba velayeti

¹⁰⁵ **BOZKURT, İkbal:** Velinin Velayetten Doğan Hak Görev ve Yetkileri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s.30.

altında kalabilir. Normalde kısıtlama sonucu kişi vesayete tabi olsa da kanun burada özel olarak ergin çocuğun kısıtlılığında velayet rejiminin süreceğini düzenlemiştir. Gerekli takdirde çocuk ergin olmadan önce de kısıtlanabilir. Bu durumda kısıtlılık, erginlikten sonra sonuç doğurur ancak yine velayet rejimi devam eder.¹⁰⁶ Kısıtlılık halindeki velayetin de süresiz olduğu sanılmamalıdır. Kısıtlı velayete tabi ise kısıtlılığın ortadan kalkmasıyla velayet de sona erer. Örneğin bir mahkûmun hapis cezasının sona ermesi ile kısıtlılığı ortadan kalkar ve dolayısıyla velayet de sona ermiş olur.¹⁰⁷

Bunun yanı sıra TMK md.348-349'da çocuğun henüz erginliği kazanmadan velayetin kaldırılması kurumu düzenlenmiştir. Buna göre ana babanın velayet görevlerini savsaklamaları, çocuğa ilgi göstermemeleri veya görevlerini gereği gibi ifa edebilecek durumda olmamaları hallerinde çocuğun yararı gereği çocuk üzerinde velayetin kaldırılması ve yerine vasi atanması mümkündür.¹⁰⁸

E. BÖLÜNMEZLİK İLKESİ

Velayet, çocuğun kişi varlığını, malvarlığını ve temsilini içerir. Bu hak ve yükümlülöklere ana baba bir bütün halinde sahiptir. Velayetin unsurları ana babaya paylaştırılmaz. Bu durum boşanma halinde velayetin taraflardan birine tevdi hali için de geçerlidir. TMK md. 336/I de velayetin ana ile baba arasında birlikte kullanılacağını hükme bağlamıştır. Boşanma sonrası birlikte velayetin uygulanmadığı ve TMK md.336/III gereği velayetin taraflardan birine tevdi halinde velayet sorumlusu bir bütün halinde velayete sahip olur. Bir başka deyişle velayet, ana babadan birinden alınsa dahi diğeri için devam eder ve velayetin hak ve yükümlölüklerine bütün olarak sahip olur.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Serozan, s.251; Abugalı, s.345; Ruhi s.32.

¹⁰⁷ Reyhani Yüksel, s.33.

¹⁰⁸ Serozan, s.251; Ruhi s.32-33.

¹⁰⁹ Abugalı, s.345.

Bölünmezlik ilkesi kapsamında velayete konu hak ve yükümlülüklerin ana baba arasında görevsel olarak paylaştırılması söz konusu olamaz. Örneğin çocuğun eğitim hakkı anaya, mallarının yönetimi ise babaya bırakılamaz.¹¹⁰ Kaldı ki böyle paylaşımlarda ana ile baba arasında uyuşmazlık çıkması halinde çocuğun gelişimi ve huzuru için zarar verici durumların doğması muhtemeldir.

Doktrinde görevsel paylaşmanın faydalı olabileceğini savunan görüş de mevcuttur. Bunu savunanlara göre¹¹¹ ana ile babanın yetkin olduğu farklı alanlar olabilir ve bu alanlarda çocukları için faydalı olabilecekken yetersiz kaldıkları alanlarda faydalı olamayabilirler. *KOÇHISARLIOĞLU* görevsel bölünmenin mümkün olabileceğini ileri sürmüştür. Yazara göre kanun koyucu alıkoyma ile velayeti birbirine bağlı düşünmüştür. Oysaki alıkoyma çocuğun şahısvarlığına ilişkindir. Velayet ise hem şahısvarlığı hem malvarlığına ilişkindir. O halde alıkoyma ile şahısvarlığı görevi birine verilirken malvarlığı görevleri ise diğerine verilebilmelidir.¹¹² İsviçre hukukunda bazı yazarlar istisnai ve önemli durumlarda velayetin görevsel bölünebileceğini ileri sürmüştür. Alman Medeni Kanun'u 1671. Paragrafında çocuğun güvenliği sebebiyle çocuğun yararına olacak şekilde çocuğun mallarının idaresi ile bakım ve eğitiminin ana baba arasında paylaştırılabileceğini öngörmüştür.¹¹³

Diğer bir görüşe göre ise¹¹⁴ ana baba arasında velayetin görevsel olarak paylaşımı çocuğun gelişimi, huzuru ve karakteri açısından hazin sonuçlara sebebiyet

¹¹⁰ **Reyhani Yüksel**, s.31.

¹¹¹ **Çetiner**, s.47, **Bozkurt**, s.25. Detaylı bilgi için bkz. **Koçhisarlıoğlu**, s.125 vd.

¹¹² Detaylı bilgi için bkz. **Koçhisarlıoğlu**, s.125 vd.; **BÜKEL KOÇ**, **Merve**: “*Ortak Velayet*”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020, s.8.

¹¹³ **Çetiner**, s.47, **Bozkurt**, s.25-26.

¹¹⁴ **Karaca**, s.26; **Gençcan**, s.173.

verebilir. Evlilik içinde veya boşanma sonrasında ana ile baba arasındaki rekabet ve çekişme, çocuğu arka plana itebilir.

Gerçekten de velayetin görevsel olarak bölünmesi ile ana babanın üzerlerine düşen hak ve yükümlülükleri diğer eşin aleyhine kullanmaya çalışması, çocuğun amaçtan ziyade araç haline gelmesi gibi olumsuz durumlarda örselenen, sevgi görmemiş ve gerekli gelişmeyi gösterememiş bir çocuğa sebebiyet verebilir. Ancak burada bir şerh koymamızda fayda var: İleride bahsedeceğimiz üzere doktrinde kimi yazarlar birlikte velayette söz konu olumsuzlukların gerçekleşmesinden endişe edilmiyor ise eşlerin anlaşması ve hakimın kararıyla çocuğun yararına olacaksa görev paylaşımı yapılabileceğini ifade eder. Kaldı ki TMK’da yer alan velayetin değiştirilmesi, kaldırılması ve çocuğun korunmasına yönelik kurumlar ile her zaman müdahil olunabilir. Aynı şekilde *KOÇHİSARLIOĞLU’nun* uygulama eleştirisine de katılıyoruz. Velayet denince akla ilk gelen çocuğun alıkoyulması olup bu hak ve yetkiye sahip olanın diğer velayet hak ve yetkilerine de sahip olması gerektiği düşüncesi hatalıdır. Diğer eş ise kalan görevleri yerine getirebilmelidir. Tabii ki boşanma sonrasında ana babanın birlikte velayete sahip olması halinde bu mümkündür. Ayrıca velayetten doğan görev paylaşımı, velayet hakkına sahip eş ile sahip olmayan eş arasında sınırlıdır. Bir başka deyişle üçüncü bir kişi ile paylaşım söz konusu olamaz. Esasında bu meselenin çözümü, çocuğun üstün yararı ilkesince belirlemekte yatmaktadır. Velayetin amacına uygun olarak çocuğun gelişimi ve ana babanın tutumları gözetilerek çocuk için hangisinin yarar sağlayacağı anlaşılırsa o uygulanmalıdır.

Bölünmezlik ilkesinin bir diğer görünümü de süreye bağlı bölünmedir. Örneğin çocuğa okul çağına kadar ananın, okul çağından sonra babanın bakması veya yıl içinde dönemsel paylaşımlar ile çocuğun velayetinin bölünmesi söz konusu olamaz.¹¹⁵

¹¹⁵ Gençcan, s.173, Özlü, s.118; Reyhani Yüksel, s.30, Çetiner, s.47.

Çocuğun süreye bağlı olarak ana babadan birine bırakılması ve sonrasında ise diğerine bırakılması çocuk için adeta farklı iki yaşam sunar. Bu durum çocuğun ruhsal gelişimini olumsuz etkileyebileceği gibi çocuğun yaşadığı yer, eğitim ve alıştığı çevre gibi sürekliliğinin korunması önemli olan etkenler bakımından da olumsuz sonuçlar doğurabilir.¹¹⁶ Kimi yazarlar boşanma veya ayrılık hallerinde süreyle sınırlandırılarak velayetin paylaşımını uygun bulmuştur. Bu görüşe göre,¹¹⁷ velayetin getirdiği sorumluluk hem ana baba tarafından paylaşılmış olur hem de çocuğun anaya ihtiyacının fazla olduğu zamanlar ananın velayetinde, babaya daha fazla ihtiyaç duyduğu zamanlar ise babanın velayetinde olabilir. Buna karşı velayetin süreyle paylaşımının söz konusu olamayacağını ifade eden görüş, velayetin hukuk düzenince gerektiği takdirde resen veya talep üzerine değiştirilebileceğini ifade etmişlerdir. Gerçekten de TMK md. 183 ana babanın başkasıyla evlenmesi, gitmesi veya ölmesi ya da yeni olguların zorunlu kılması halinde velayete ilişkin düzenleme yapılabileceğini öngörmüştür. TMK ve yargı kararları ile velayetin gerektiğinde kaldırılması ve değiştirilmesi mümkün olduğu gibi velayete sahip olmayan eşe kişisel ilişki kurma hakkı tanınmaktadır. Bu nedenle velayetin daha doğrusu çocuğu yanında bulundurmanın zamansal paylaşımına gerek olmaksızın kişisel ilişki düzenlemesi veya velayetin değiştirilmesi hükümleri doğrultusunda çocuğun yararı da tespit edilerek düzenleme yapılabilir. Bu sayede çocuğun hem ana hem baba ile kalacak, görüşecek şekilde zaman geçirmesi ile doktrinde çocuğun “*ebeveyne yabancılaşma sendromunu*”¹¹⁸ olarak ifade edilen çocuğu alıkoyan ebeveynin diğer ebeveyne karşı sistemli uzaklaştırma tutumunun da önüne

¹¹⁶ Reyhani Yüksel, s.30; Çetiner, s.47; Gençcan s.193 vd.

¹¹⁷ Reyhani Yüksel, s.31; Çetiner, s.49.

¹¹⁸ Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu, boşanma sonrasında bir ebeveynin diğer ebeveyne karşı çocuklarına karşı yürüttüğü sistemli bir beyin yıkama süreci olarak tanımlanabilir. Daha detaylı bilgi için bkz. TORUN, Fuat: “*Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu*”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, C.3, S.3, 2011, s.468 vd.

geçilebilir. Birlikte velayet kurumu vasıtasıyla da ebeveynlerin hem fiziksel olarak çocukla daha çok zaman geçirmesi hem de duygusal bağın ve sorumlulukların artması sağlanabilir böylece ebeveyne yabancılaşma sendromunun da önüne geçilmesi mümkün olabilir.

F. BİRLİKTE VELAYET İLKESİ

Hukukumuzda kural olarak ana baba evli oldukları sürece velayeti birlikte kullanırlar. Ana baba velayete eşit olarak sahiptir. Eski Medeni Kanun (EMK) ana ile babanın çatıştığı durumlarda babanın reyine üstünlük tanıyordu (EMK md.263). Yeni Türk Medeni Kanunumuzda bu hüküm kaldırılmıştır ve eşlerin eşitliği benimsenmiştir. Çocuğun üstün yararının gereği olarak da çocuk hakkında alınacak kararlarda ana babanın ortak karar vermesi uygun görülür. Ancak istisnai olarak bazen eşler iş, hastalık, askerlik, tutuklanma gibi sebeplerle bir arada bulunamayabilir, ortak karar alma imkanı olmayabilir. Bu şekilde ana babadan birinin velayeti fiili kullanımının mümkün olmaması halinde diğer eş tek başına velayeti kullanır. Ancak iletişim olanaklarının mümkün olması halinde diğer eşin de görüşünü alması gerekir.¹¹⁹

Velayetin amacı olan çocuğu bağımsız birey yapmak konusunda çocuğa ilişkin alınacak kararlarda ana babanın ister evli ister boşanmış olsunlar, yine de müşterek çocuklarıyla alakalı kararları almakta beraber hareket etmeleri önem arz eder. Aslında Kanunumuzda çocuğun yararı ilkesi önem arz etmekte olup buna ilişkin hükümler de mevcuttur. Buna rağmen kanun koyucu çocuğun yararını gözetmeksizin kanunun lafzında eşlerin boşanması veya ayrılık hallerinde velayet hakim kararıyla ana babadan birine tevdi edilebilir demektedir. Boşanma ve ayrılık hallerinde de verilecek kararın çocuğun yararının gözetilerek alınması gerektiği ifade edilmelidir.

¹¹⁹ **Abuğalı**, s.346-347; **Ruhi**, s.31-32, **Çetiner**, s. 42-43.

G. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Ölçülülük ilkesi, bir amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan araç ile bu amaç arasındaki denge durumudur. Velayet kurumunda ise velayetin amacını gerçekleştirmek için yapılan müdahale ile velayetin amacı arasında olması gereken ölçü olarak kabul edilir.¹²⁰ Velayete ilişkin her konuda ölçülülük ilkesine dikkat edilmesi gerekir.¹²¹

SEROZAN'a göre¹²² ana babanın sahip olduğu velayet hakkı ile çocuğun anayasal haklarının çatışması halindeki dengeyi ölçülülük ilkesi belirler. Ölçülülük ilkesi, çocuğun üstün yararı ilkesi gibi bir yandan velayetin kullanımını sınırlar bir yandan ise velayetin ana babaya getirdiği yükümlülükler gereği çocuğu korumaya yönelik müdahalede bulunmayı gerektirir.¹²³ Örneğin çocuğun sosyal medya üzerinden kendisinden yaşça çok büyük biriyle mesajlaşması durumunda ana babanın çocuklarının istismara, tacize maruz kalacağı endişesiyle çocuklarına bu konu hakkında eğitici bir konuşma mı yapmalı yoksa çocuğun özel hayatına girerek mesajlarını okumaları veya bu endişe sebebiyle sosyal medya kullanmayı tamamen yasaklamaları ya da çocuklarına bilgisayar telefon gibi aletleri yasaklamaları mı gerekir. Burada ana babanın hangi müdahaleyi yapacağını tespiti konusunda kişilere ve olaya göre ölçülülük ilkesi uygulanarak karar verilebilir. Tabii ki ölçülülük ilkesi ile yapılacak müdahalelerin konusu suç olmamalıdır. Özellikle çocuğa karşı psikolojik veya fiziksel şiddetin hiçbir türü kabul edilemez.

¹²⁰ Grassinger, s.19.Bozkurt, s.94.

¹²¹ Bozkurt, s.95.

¹²² Serozan, s.261.

¹²³ Erbay, s.17.

Ölçülülük ilkesi kapsamında uygulanacak müdahalelerin velayetin amacına uygun olması ve tehlikeli durumun olabildiğince önlenmesi yer alır. Bu kapsamda müdahalenin çocuğa en az zarar verecek nitelikte olması gerekir. Sağlanacak fayda verilecek zarardan çok olmalıdır.¹²⁴

Ölçülülük ilkesinin bir diğer geçerli olduğu alan ise hakim velayete müdahalesi alanındadır. Çocuğun üstün yararının aksine velayetin doğru olarak kullanılmaması ile velayetin amacına aykırılık oluşması halinde ve ana babanın bu olumsuzluğu telafi edemiyor olması halinde çocuğa ilişkin koruma tedbirleri alınır.¹²⁵ Zira hakim müdahalesi en son başvurulması gereken yoldur. Koruma tedbirlerinin amacı çocuğun korunmasıdır, ana babanın cezalandırılması değildir.¹²⁶ Ancak buradaki müdahale ölçülülük ilkesi gereği katlanabilir olmak zorundadır.¹²⁷ Hakimin müdahalesi, ölçülülük ilkesinin bir diğer yüzü olarak aynı zamanda orantılı olmalıdır. Bir başka deyişle tehlikenin büyüklüğü, korunma gereksiniminin ölçüsü ve ana babanın kusuruna göre müdahalenin ne olacağı tespit edilmelidir.¹²⁸ Bu kapsamda müdahale, tehlikeyi bertaraf edecek, gerekli korumayı sağlayacak nitelikte olmalıdır.

H. KAMU DÜZENİNE İLİŞKİN OLMA İLKESİ

Velayet hak ve yükümlülükleri kamu düzenine ilişkindir.¹²⁹ Velayeti bundan önce belirttiğimiz üzere çocuğun çıkarını gözettiği gibi aynı zamanda toplum çıkarına yönelik bir kurumdur. Gerçekten de çocuğun yararı, toplum yararınadır düşüncesi ile

¹²⁴ Abik, s.11; Serozan, s.264; Bozkurt, s.94.

¹²⁵ Abik, s.10

¹²⁶ Abik, s.10

¹²⁷ Çatalbaş, s.48

¹²⁸ Abik, s.11; Çatalbaş, s.49.

¹²⁹ Gençcan, s.148; Reyhani Yüksel, s.33; Ruhi, s.25.

hareket ettiğimiz de çocuğun gelişimiyle toplumun da gelişeceği bu nedenle velayet hükümlerinin de kamu düzenine ilişkin kabul edilmesi normaldir.

Velayetin kamu düzenine ilişkin olmasının birtakım sonuçları vardır. Bunlardan biri velayetin düzenlenmesinin zorunlu olmasıdır. Eşlerin evli olması halinde velayet birlikte kullanılır. Ayrılık veya boşanma halinde ise velayet birine tevdi edilebilir.¹³⁰ Hakim önüne gelen bir dosyada öncelikle geçici olarak, en son nihai olarak velayete ilişkin bir karar vermek zorundadır. Velayete ilişkin bir düzenleme gerektiği takdirde talep edilmemiş olsa bile hakim resen karar verir.¹³¹

Velayetin kamu düzenine ilişkin olmasının bir diğer sonucu ise yargılamanın her aşamasında dikkate alınacağıdır. Hatta Yargıtay kararlarında ana babanın boşanmasına karar verilmiş ancak henüz karar kesinleşmediyse kesinleşme öncesinde çocuğun velayetine ilişkin düzenleme yapılmak zorundadır.¹³²

Kamu düzenine ilişkin olmanın bir diğer sonucu ise velayete ilişkin kararların kesinleşmedikçe infaz edilemeyeceğidir. Ayrıca mahkemeler de velayet kararlarının infazını engelleyici nitelikte karar veremez.

Velayetten ana baba kendi isteğiyle vazgeçemez.¹³³ Ancak TMK md.346 gereği velayetin amacı tehlikeye düşerse velayetin kaldırılmasına hakim karar verebilir.¹³⁴

¹³⁰ Gençcan, s.153.

¹³¹ Gençcan, s.154.

¹³² Gençcan s.156'dan naklen “...çocuk Tuğçe 15.10.2004 tarihli boşanma kararından sonra fakat boşanma kararının kesinleşmesinden önce 29.09.2006 tarihinden önce doğmuştur. Bu durumda Tuğçe'nin evlilik içinde doğduğunun kabulü gerekmekte olup velayet düzenlemesi de yapılamadığına göre velayeti askıdadır... bu hukuki durum dikkate alınarak velayetle ilgili düzenleme yapılması gerekir...”.

¹³³ Köprülü/Kaneti, s.245.

¹³⁴ Reyhani Yüksel s.34-35.

Gerçekten de velayet hakkı, ana babanın dünyaya getirdiği çocuğun sorumluluğunu almalarını ve topluma uygun bağımsız birey yetiştirmelerini gerektirir. Bir başka deyişle onların topluma ve çocuğa karşı görevidir. Bu nedenle velayet hak ve yükümlülüklerinin sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflar ile sınırlandırılması veya bu hak üzerinde tasarruf edebilmeleri söz konusu değildir.

Çocuğun çıkarları ile ana babanın çıkarlarının çatışması durumunda çocuğun üstün yararının dikkate alınarak ona göre karar verilmesi de yine velayetin kamu düzenine ilişkin olmasındandır.¹³⁵

Velayetin kamu düzenine ilişkin olmasının önemli sonuçlarından biri resen araştırma ilkesinin geçerliliğidir.¹³⁶ Resen araştırma ilkesinin uygulandığı velayet davalarında davayı kabul etme veya davadan feragat etme irade beyanları tek başına sonuç doğurmaz veya tarafların kendi arasında yaptıkları sulh sözleşmesi tek başına hakimi bağlamaz¹³⁷ Yine bu kapsamda davanın her aşamasında delilin sunulabilmesi mümkündür.¹³⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına¹³⁹ göre resen araştırma ilkesinin sonucu olarak davanın neticelenmesinden sonra dahi velayetin konusuna ilişkin yeni gelişmelerin ileri sürülmesi usule aykırı olmaz.

¹³⁵ **Ruhi**, s.26.

¹³⁶ **Ruhi**, 25; **Gençcan** s.155; **Çatalbaş**, s.50.

¹³⁷ **Gençcan**, s.159-161, **Reyhani Yüksel**, s.35; **Ruhi**, s.25; **Çatalbaş**, s.50.

¹³⁸ **Gençcan**, s.158.

¹³⁹ “...velayetın düzenlenmesi kamu düzenine ilişkin olup, bu nitelikteki davalarda kendiliğinden araştırma ilkesi uygulandığından, davanın açılmaından ve hatta hükmün verilmesinden sonra doğan ve gelişen olayların ileri sürülme usule aykırı değildir.”, **Y. HGK., 06.03.2013, 2012/2-794E, 2013/310K.**
<https://www.kararara.com/> (E.T.: 03/01/2021)

İKİNCİ BÖLÜM

VELAYET HAKKININ KAPSAMI, KULLANILMASI, KALDIRILMASI VE DEĞİŞTİRİLMESİ

§ 2. VELAYET HAKKININ KAPSAMI

I. GENEL OLARAK

Velayet ana baba ile çocuk arasındaki ilişkidir. Velayetin amacı çocuğun bedensel, zihinsel, fikri ve ahlaki olarak gelişmesi ile çocuğun sorumluluk sahibi, ayakları üstünde durabilen hür bir birey olabilmesidir. Bu amaca yönelik velayet, münhasıran ana babanın sahip olduğu hak ve yükümlülüklerinin tümüdür. Velayet ilişkisinde ana babanın görevi çocuğun üstün yararını gözeterek onu korumak, eğitmek ve her yönden geliştirmektir.¹⁴⁰ Velayet ister hak olarak ister yüküm olarak veya hak ve yüküm olarak kabul edilsin fark etmeksizin velayet hakkı velayet yükümlülüğüyle, velayet yükümlülüğü ise velayet hakkıyla bütündür. Hatta *KOÇHİSARLIOĞLU'na* göre¹⁴¹ velayetten yoksun bırakılmadıkça boşanmada dahi ana baba velayet hak ve ödevine sahiptir. Çünkü çocuğuna karşı hak ve ödevi olmayan ana baba için çocuksuzdur demek abartı olmaz.

Velayet hakkı hem uluslararası metinlerden hem de ulusal metinlerden yasal dayanağını almaktadır.¹⁴² Başta Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

¹⁴⁰ BİNGÖL, Ediz: “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması” İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.2, 2014, s.280.

¹⁴¹ Koçhisarlıoğlu, s.183.

¹⁴² Ruhi, s.19 vd.

md.3/II hükmü¹⁴³ ile velayet hak ve ödevleri kapsamında taraf devletler çocuğun bakım ve korunmasını üstlenir. Sözleşme md.5¹⁴⁴ ise taraf devletlerin çocuğun gelişiminde ana babanın hak ve ödevlerine saygı göstereceğini ifade eder.

Velayetin iç hukukumuzdaki en üst mertebeden dayanağı ise 18.10.1982 tarih, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 12.maddesidir.¹⁴⁵ Velayet ana babanın çocuğa karşı hak ve ödevlerini içerirken çocuğun da ana baba sözü dinleme görevini içerir.¹⁴⁶ T.C. Anayasası md.12 *“Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder”* hükmü ile kişilerin aile üyelerine karşı ödev ve sorumlulukları olduğunu ifade etmiştir. Bir diğer velayet ilişkisine ilişkin düzenleme ise T.C. Anayasası md. 41 *“(1) Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. (2) Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. (3) Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. (4) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır”* şeklindedir. Anayasa md. 41/I'de ailenin toplumunun temeli olduğunu ifade ederek aile kurumunun önemine

¹⁴³ÇHS md. 3/II *“Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de gözönünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.”*

¹⁴⁴ ÇHS md.5 *“Taraf Devletler, bu Sözleşme'nin çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana-babanın, yerel gelenekler öngörüorsa uzak aile veya topluluk üyelerinin, yasal vasilerinin veya çocuktan hukuken sorumlu öteki kişilerin sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı gösterirler.”*

¹⁴⁵ Bozkurt, s.12.

¹⁴⁶ Bozkurt, s.13.

değirmiştir. Devamında ise Anayasa md.10'daki¹⁴⁷ eşitlik kavramını aile içine indirgeyerek eşler arasında eşitlik olduğu belirtilmiştir. Bu maddenin yansıması ise TMK md. 336/I fıkrasıdır. Bu fıkra göre de velayet evlilik süresince ana baba tarafından birlikte kullanılır. Ayrıca boşanma sonrası birlikte velayet kurumu da yine eşitlik ilkesinin bir yansımasıdır. Maddenin 3. Fıkrası ise çocuğun korunması ve bakımını ayrıca yüksek yararının öncelikli dikkat edilmesi gereken ilke olduğunu vurgulayarak ana baba ile kişisel ilişkisi kurmasının gerekliliğini ifade etmiştir. 2. ve 4. Fıkralarda ise devletin çocuğun korunmasında alacağı tedbirlere ilişkindir.

Velayet hakkı çocuğun doğumuyla başlar.¹⁴⁸ Velayet hakkı için öncelikle çocukla ana baba arasında soybağı kurulmuş olmalı. Evlat edinilen çocuklarda ise evlatlık ilişkisi ile velayet hakkı doğar.¹⁴⁹ Kural velayetin erginlikle sona ermesidir. İstisnai olarak evlenme, kazai rüşd, kısıtlılığın kalkması ile de sona erer. Kural çocukların velayeti olmakla beraber istisnai olarak ergin kısıtlıların da velayeti mümkündür.

Velayet hakkından feragat edilemez, vazgeçilemez, devredilemez ve miras yoluyla intikal edemez.¹⁵⁰ Fakat ana baba velayetten feragat edemese dahi velayeti

¹⁴⁷ **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md.10** “ (1)Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (2) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz...”.

¹⁴⁸ **Köprülü/Kaneti**, s.246; **Özmen**, s.38; **GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza**: “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, 2017, s.160.

¹⁴⁹ **Özmen**, s.38.

¹⁵⁰ **Altaş/Döngül**, s.90.

istememeleri çocuğun üstün yararı ilkesi de dikkate alınarak velayetin kaldırılması, verilmemesi gibi bir duruma sebep olabilir.¹⁵¹

Velayet hakkı kapsamı itibariyle çocuğun kişi varlığına ilişkin hak ve görevleri, malvarlığına ilişkin hak ve görevleri ve çocuğun temsilini içermektedir.

Türk Medeni Kanun md.339 genel itibariyle ana baba ile çocuğun hak ve görevlerini ifade eder. Devamı hükümler ise birtakım konulara özgü düzenlemeler içermektedir ve farklı hukuki durumlar ifade edilmektedir. TMK md.339 kapsamında velayete ilişkin temel ilkelere de değinilir. Birinci fıkrada ana babanın çocuğun menfaatini gözetmesi ifade edilir. Üçüncü fıkrada ise çocuğun olgunluk seviyesine göre kendi hayatını düzenleme olanağı tanınmış ve önemli konularda çocuğun görüşünün alınması ilkesi vurgulanır. Ayrıca ikinci fıkrada ana baba yükümlülüklerinin yanı sıra çocuğun da ana babanın sözünü dinleme yükümlülüğü ifade edilir. Ancak burada da kural, çocuğun yararı ölçüsünde bu yükümlülüğün yerine getirilmesidir.¹⁵²

II. ÇOCUĞUN KİŞİ VARLIĞINA İLİŞKİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER

Çocuklar, kişilik hakkına sahiptir. T.C. Anayasası md. 12’de herkesin kişilik hakkına sahip olduğu ifade edilir. Çocukların da herkes gibi hukuken korunmaya ihtiyacı olan kişi varlığına ilişkin unsurları vardır. Çocuğun kişi varlığına ilişkin özellikle Türk Medeni Kanunu md.339-341 arası düzenlemeler yer almaktadır.

Ana babanın çocuğun kişi varlığına dair sahip oldukları geniş kapsamlı hak ve görevler vardır. Bunlar özellikle çocuğun bakımı, gözetimi, yetiştirilmesi, geçiminin

¹⁵¹ Gülgösteren, s.161., Özlü, s.29.

¹⁵² Gülgösteren, s.161; Dural/Öğüz/Gümüş, s.364.

sağlanması ve eğitimine ilişkindir.¹⁵³ Bu hak ve görevlerin sınırlarını ise daha önce bahsedilen olduğumuz Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede belirtilen çocuğun üstün yararı, katılım hakkı ve T.C. Anayasa md.13'ten¹⁵⁴ kaynağını alan ölçülülük ilkesi belirler.¹⁵⁵

Anayasamız temel hak ve özgürlükleri herkese tanımıştır. Çocuk da bu hak ve özgürlüklere sahiptir. Ancak yaş ve ayırt etme gücü gibi nedenlerle tam olarak fiil ehliyetine henüz sahip olamayan çocuklar birçok hakkını yasal temsilcisi vasıtasıyla kullanmaktadır.¹⁵⁶ Hatta TMK md.449'da düzenlenen yasak işlemleri yasal temsilcisi vasıtasıyla dahi yapamaz.¹⁵⁷ Ancak burada ana babanın bu sebeple kullanacağı hak ve görevlerinde yukarıda bahsettiğimiz ilkeler sınır olmalıdır.

A. ÇOCUĞUN BAKIMI

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md. 27'e göre her çocuğun bedensel, ahlaki ruhsal, zihinsel ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yaşama sahip olma hakkı vardır ve bu yaşam şartlarını sağlamakla yükümlü olan en başta ana baba olmak üzere çocuğun bakımını üstlenenlerdir. Bu kapsamda devletlerin çocuğun bu hakkına sahip olabilmesi için başta barınma, beslenme ve giyim gibi konular olmak üzere gerekli tedbirleri almak

¹⁵³ **TEKİNAY, Selahattin Sulhi:** Türk Aile Hukuku, B.4, İstanbul, 1982, s.499; **Akyüz,** s.238.

¹⁵⁴ **T.C. Anayasası md.13** “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*”

¹⁵⁵ **Akyüz,** s.238; **Çetiner,** s.53; **Serozan,** s.260.

¹⁵⁶ **Serozan,** s.261, **Usta,** s.108.

¹⁵⁷ **KAPANCI, Kadir Berk/ BAŞOĞLU, Başak:** “Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22, S.1, 2017, s.349.

konusunda pozitif yükümlülüğü vardır.¹⁵⁸ Ana baba bakım görevini yerine getirirken çocuğun yaş ve sağlık durumunu gözetmelidir. Buna uygun gerekli barınma ortamını çocuğa sunmalıdır. Ayrıca çocuğun toplumsal ve sosyal gelişimi için uygun arkadaş, okul ve çevre ortamını oluşturabilmelidir.¹⁵⁹

Çocuğun bakımında da esas alınacak temel ilke çocuğun üstün yararadır. TMK md.339/I'e göre ana ve baba çocuğun bakımını ilişkin durumlarda ön şart olarak çocuğun menfaatini bir başka deyişle çocuğun üstün yararını dikkate alarak karar almalılardır.¹⁶⁰

Türk Medeni Kanunu'nda da çocuğun bakımına ilişkin 327.-328. maddelerde çocuğun bakımından ana babanın çocuk ergin olana kadar sorumlu olduğu, bu sorumluluğun çocuğun erginlikten sonra da okumaya devam etmesi halinde şartlar gerektirirse eğitimi bitene kadar devam edeceği ifade edilmiştir. TMK md.329 da ise ana veya babanın biri tarafından bakılan çocuk için düzenleme yapılmıştır. Buna göre *“Küçüğe fiilen bakan ana veya baba, diğerine karşı çocuk adına nafaka davası açabilir”* olarak ifade edilmiştir. Velayet hakkının bakımı da içerdiği kanaatiyle boşanma sonrası velayet hakkına sahip olan eş, çocuğun bakımını üstlenirken aynı zamanda velayete sahip olmayan eşten hukukumuzdaki iştirak nafakasını alabilme

¹⁵⁸ İNAN, Ali Naim: “Çocuk Hakları Beyannamesi İlkelerinin Türk Hukuk Sistemine Etkisi” Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, C.1, S.1-4, s.214.

¹⁵⁹ KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat: Aile Hukuku, B.4, Ankara, 2019, s.500; KÖLE, Elif Naz: “Velayet Hakkına, Birlikte Velayet Kavramına, Velayet Davalarında Çocuğun Dinlenmesine Kısa Bir Bakış”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.6, 2017, s.143.

¹⁶⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s.364; Bozkurt, s.97.

hakkına sahiptir. Eş, nafaka talep edebilme hakkını çocuk adına kullanır.¹⁶¹ Hatta md.329/III'e göre ayırt etme gücüne sahip çocuk bile bu nafakayı talep edebilir.

Anlaşılaçağı üzere çocuğun bakımı, çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal ve toplumsal gelişimi için oldukça önemli olup buna ilişkin uluslararası metinlerde devletin gerekli tedbirleri alması konusunda pozitif yükümlülüğü ifade edilmiştir. İç hukukumuzda ise bakım görevinin sadece velayet hakkına sahip eş tarafından karşılanmasının yanı sıra bu görev kısmen de olsa diğer eşe de yansıtılmıştır. Ancak bu yansıtma sadece maddi bir boyutta kalarak iştirak nafakası şeklinde vuku bulmuştur. Kanaatimizce bu düzenlemeler göstermektedir ki; çocuğun bakımının tek bir kişi ya da kurumdan beklenmesi oldukça güçtür. Bu güçlük devletin pozitif yükümlülüğünde veya boşanma sonrası velayete sahip olmayan eşte özellikle maddi tedbirlerle aşılmaya çalışılmıştır. Özellikle boşanma sonrası bir eş bakımı üstlenirken diğer eşin sadece nafaka ödemesi neredeyse çocuğun metalaşmasına sebep olmaktadır. Gerçekten uygulamada sıkça rastlandığı üzere nafaka ödemeyen ebeveyne velayet sahibi ebeveyn tarafından çocuğu gösterilmemekte ancak nafakanın ödenmesiyle çocuk gösterilmektedir. Ancak hiç şüphesiz ki çocukların yetiştirilmesinde maddi imkanların yanı sıra manevi imkanların sunulması da oldukça mühimdir. Bu nedenle bize göre boşanma sonrası birlikte velayet kapsamında çocuğun üstün yararı gözetilerek ana babaya çocuğun bakımı konusunda anlaşabilme imkanı tanınmalıdır. Böylece çocuk, hem ebeveynlere yabancılaşmaz hem de eşlerden biri için sadece ekonomik gider konumuna gelmez.

¹⁶¹ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.2, B.5, İstanbul, 1965, s.272.

B. ÇOCUĞUN EĞİTİMİ

Her insan bir toplum içinde yaşar ve her toplumun kendine özgü kültürü, değer yargıları vardır. Gerçekten de *“Doğan her kuşak, topluma yabancı barbarların bitip tükenmeyen istila girişimleri gibidir.”*¹⁶² Çocukların doğuştan tamamen yabancı oldukları topluma zamanla ayak uydurması bir diğer ifadeyle toplumsallaştırılması gerekir. Bunun için toplumların çeşitli araç ve yöntemleri vardır. Bunlardan en önemlisi ise eğitimidir.

Velayetin temel amacı çocuğun sorumluluk bilincine sahip olabilmesi ve ayakları üzerinde durabilmesidir. Bu amaç çocuğun menfaatine olduğu gibi devletin de menfaatinedir. Bu nedenle devletin çocuğun eğitimi konusunda pozitif yükümlülüğü vardır.¹⁶³ Anayasa md.42 ile kimsenin eğitim öğrenim hakkından yoksun bırakılamayacağı ve devletin bu konuda gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü düzenleme altına alınmıştır.

TMK md.339 gereğince ana baba çocuğun eğitimi konusunda öncelikli olarak çocuğun üstün yararını gözetmelidir. Bu kapsamda ana baba, çocuğun velayet altından çıktığında ayakları üstünde durabilen hür bir birey olmasını sağlayabilmelidir. Çocuğa yönelik ahlaki ve etik davranışları, toplum kurallarını, ülkesi ve insanlığa karşı sorumluluklarına yönelik bir bilinç oluşturmalıdır.¹⁶⁴ Çocuk aileden gelen eğitimin yanı sıra genel olarak devlet kontrollü özel ve devlet kurumlardan da eğitim alır. Bu eğitimlerin kapsamı temel pozitif bilimler olduğu gibi mesleki, sanatsal veya sportif eğitimler de olabilir.

¹⁶² **ERGİL, Doğu/ ALKAN, Türker:** Siyaset Psikolojisi, Ankara, 1980, s.1.

¹⁶³ **Akyüz,** s.241.

¹⁶⁴ **Karaca,** s.33.

Türk Medeni Kanun md. 339., 340. ve 341. hükümleri çocuğun genel, mesleki ve dini eğitim düzenlemelerini ele almıştır.

1. Genel Eğitim

TMK md. 440'a göre ana baba olanakları ölçüsünde çocuğa eğitim verir ve çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlamakla yükümlüdürler. Çocuk ilk eğitimini ana babadan alır. Ana babanın eğitim görevi hem kendi verecekleri toplumsal ve ahlaki terbiyeyi içerirken aynı zamanda ana babanın imkanları çerçevesinde çocuğun devlet veya özel okul eğitimini içerir.¹⁶⁵ Ana baba çocuğun eğitiminde onun yetenekleri ve yatkınları dikkate almalıdır. Fakat kanun koyucu ana babanın aldıracağı eğitim konusunda bir sınırlama getirmiştir. Her ne kadar çocuğun yeteneklerine, yatkınlıklarına göre eğitim aldırarak önemli olsa da bu konuda ana babanın olanakları bu eğitimin sınırını belirler. Hiç şüphesiz ana baba için onların olanaklarını ciddi miktarda aşan bir eğitimin zorunlu kılınması beklenemez.¹⁶⁶ Ancak her zaman ana baba olanaklarını çocuğun üstün yararı gereği olabildiğince zorlamalı ve en verimli haliyle kullanmalıdır.¹⁶⁷ Bu konuda kanun koyucu devlete de pozitif yükümlülük getirmiştir. TMK md. 350/II devlete ana babanın veya çocuğun, eğitim giderlerini karşılayamaması durumunda yardım yükümlülüğü getirmiştir.¹⁶⁸

TMK md.340/II'de bedensel ve zihinsel engelli çocuklar için özel düzenleme getirmiştir. Buna göre *“ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel engelli olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve meslekî bir eğitim sağlarlar”* olarak ifade edilmiştir. ÇHS md.23 gereği devletler, özür (özel) çocukların özgüvenlerini geliştiren onları topluma adapte edecek tedbirleri alırlar. Ayrıca devlet,

¹⁶⁵ Grassinger, s.25-26; Akyüz, s.241; Özlü, s.36, Özmen, s.40.

¹⁶⁶ Akyüz, s.241; Usta, s.126; Yetik, s.122.

¹⁶⁷ Grassinger, s.26; Akyüz, s.241.

¹⁶⁸ Koç, s.15.

özürlü çocuğun durumuna ve ana babanın koşullarına göre gerekirse ücretsiz olmak üzere çocuğa yardım sağlar. Bu yardımlar eğitim, bakım, mesleki katkı ve dinlenme/eğlenme olanaklarını içerir ve çocuğun toplumsal bütünleşmesini, bireysel gelişimi gerçekleştirme amacı taşır.

Çocuğun genel eğitimi kapsamında özellikle okul eğitimi önemli bir yere sahiptir. Bu aşamada ana baba ile beraber devlet de önemli rol alır. Anayasa’da eğitimde gözetilecek ilkeler ve devletin rolü ifade edilmiştir. Buna göre eğitim, *“Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır”*. Ayrıca eğitim konusunda herkese anayasal zorunluluk tanınmıştır. Anayasa md.42/V’te ilköğretimin herkes için zorunlu olduğu ve devlet okullarında parasız olacağı ifade edilir.

2. Mesleki Eğitim

Eğitim çok yönlüdür. Çocuğun doğumuyla başlar ve hayat boyu devam eder. Ancak hiç şüphesiz çocukluk dönemi eğitimi kişinin belli bir sorumluluk bilincine ulaşmasını ve ayakları üzerinde durabilmeyi sağlaması nedeniyle oldukça önemlidir.¹⁶⁹ Çocuk, ergin bir birey olduğunda ekonomik özgürlüğüne sahip olabilmek, tek başına ayakları üzerinde durabilmek, belli bir alanda ihtisas sahibi olabilme gereksinimlerine ihtiyaç duyar. Bu nedenle ana baba ve devlet çocukluk döneminde mesleki eğitim olanaklarını çocuğa sunmak zorundadır.

Sorumluluk sahibi bir ana babanın çocuğun geleceğini düşünmesi gerekir.¹⁷⁰ Bu nedenle çocuğun özellikle yeteneklerine, yatkınlıklarına göre bir mesleki eğitim aldırılmalıdır.¹⁷¹ Eğer çocuk, kendi mesleki ilgisinin ve yeteneklerinin farkında ise bu

¹⁶⁹ Akyüz, s.243.

¹⁷⁰ Özlü, s.38.

¹⁷¹ Berki, s.38.

konuda görüşünü sunabilmelidir. Ana baba çocuğa mesleki eğitim sağlarken yine çocuğun üstün yararı, çocuğun görüşünün alınması ilkelerini gözetmelidir.¹⁷² Bazen çocuğun ilgi alakasının olduğu alan çocuğun üstün yararına uymayabilir. Burada dengeyi sağlayabilmek oldukça güçtür. Tabii ki çocuğun geleceğinde mutlu olacağı, ekonomik bağımsızlığa sahip olabileceği mesleği yapabilmesi esastır. Ancak çocuğun ilgi yeteneğinin olduğu alanın mesleki faaliyete dönüşme imkanı yoksa veya devletin ve ana babanın bütün olanaklarına rağmen o mesleki faaliyetin gerçekleştirilebilme imkanı yoksa burada üstün yarar ilkesini dikkate almak gerektiği kanaatindeyiz.

Çocuğa mesleki eğitim aldırılmasında da sınır ana babanın olanaklarıdır. Ana babanın olanakları ile çocuğun ilgisi ve yetenekleri birbirine ters düştüğü durumda ise olanakların zorlanabildiği kadar çocuğun yeteneklerine uygun davranılması gerekmektedir.¹⁷³ Olanakların zorlanması durumunda en önemli görev devlete düşmektedir. Devlet çocuğun mesleki eğitim için gerekirse ücretsiz olmak üzere kurs, eğitimci, uygun ortam ve hatta ulaşım ve benzeri imkanları sağlamalıdır.¹⁷⁴ Mesleki eğitim ÇHS md.28’de fırsat eşitliği temelinde değerlendirilmiştir. Buna göre taraf devletler, mesleki eğitim örgütlenmesini oluşturmakla, çocuklara mali yardım sağlamakla ve meslek seçimine ilişkin rehberlik hizmeti vermekle yükümlü tutulmuştur.¹⁷⁵

Çocuğun özürlü olması halinde de TMK md.340/II gereği ana baba çocuğun yetenek ve ilgisine uygun olarak mesleki eğitimi sağlamakla yükümlüdür. ÇHS md.23’e göre de ana babanın yanı sıra devletinde özel çocuklar için ihtiyaçları doğrultusunda

¹⁷² Kılıçoğlu, s.503.

¹⁷³ Usta, s.128.

¹⁷⁴ İnan, *Çocuk Hakları Beyannamesi*, s.217.

¹⁷⁵ Usta, s.128.

gerekli mesleki eğitim tedbirlerini alma ve gerekli yardımları yapma yükümlülüğü vardır. Çocuğun mesleki eğitimi için yine rehberlik faaliyeti sunmalıdır.¹⁷⁶ Çocuk bedensel veya zihinsel engelleri nedeniyle umulan bedensel, zihinsel ve toplumsal gelişimi sağlayamayabilir. Bu engelin aşılabilmesi için çocuğun özel durumuna göre özel bir eğitim verilmesi gerekir. Ancak bu şekilde çocuğun gelişimi sağlanabilir.¹⁷⁷

3. Dini Eğitim

TMK md.341 çocuğun dini eğitimini hüküm altına almıştır. Bu hükme göre “*çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı ana babaya aittir*”. Velayet altındaki çocuğun dini eğitimini ana babadan başkası belirleyemez. Anayasa’ya göre Türkiye Cumhuriyeti laik bir devlettir.¹⁷⁸ Bu kapsamda kanun koyucu da TMK’da yaptığı düzenleme ile çocuğun dini eğitimine müdahale etmemiştir. Ancak bu hak ve görevi velayet sahibi ana babaya bırakmıştır. Ana babanın bu konuda geniş bir serbestliği vardır. Çocuğun alacağı dini eğitimi belirleyebilirler, bu belirleme herhangi bir dinin öğretisi şeklinde olabileceği gibi herhangi bir dini eğitim vermeme şeklinde de olabilir.¹⁷⁹ GRASSİNGER’e göre de ilgili kanun hükmünün çocuğa mutlaka dini eğitim verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılması doğru değildir. Çünkü velayet hakkına haiz ana babanın herhangi bir dine tabii olmayabilirler. Kaldı ki dini eğitim verme mecburiyeti Anayasanın 58. Maddesine ve laiklik ilkesine aykırılık oluşturur.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Karaca, s.34; Akyüz, s.243.

¹⁷⁷ Kılıçoğlu, s. 503.

¹⁷⁸ Kılıçoğlu, s. 504.

¹⁷⁹ İnan, s.129-130; Kılıçoğlu, s.504; “Ananın kendisine bırakılan çocuğa, Musevi dinini telkin etmesi ve o yolda terbiye vermesi velayet hakkının kötüye kullanılması şeklinde yorumlanamayacağı gibi...” Y. 2.HD. T.27.12.1978, E.1978/8611, K.1978/9031, Yetik, s.221-222.

¹⁸⁰ Grassinger, s.37-38; Burada en büyük sıkıntı eşlerin boşanmasıyla beraber velayetin ana babadan birine tevdi halinde çıkabilir. Şöyle ki; velayet boşanma sonrası ana babadan birine verilirse bu durumda

Ana babaya çocuğun dini eğitimi konusunda geniş bir yetki verilmiştir. Fakat bu yetkinin kullanımı Anayasanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel hükümlerine uygun kullanılmalıdır. Bir başka deyişle ana baba temel hak ve özgürlüğünü kötüye kullanamaz.¹⁸¹ Dini eğitim Cumhuriyetin niteliklerine, temel hak ve özgürlüklere aykırı olamaz; dini duyguları ve dini istismar edecek şekilde verilemez.¹⁸² Verilecek dini eğitimler de diğer eğitimler gibi Anayasa kurallarına uygun olmak zorundadır bu kapsamda devletin bu eğitim üzerinde dolaylı olarak gözetim ve denetimi söz konusudur.¹⁸³ Kaldı ki Anayasa md.24'te *“Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır”* hükmü yer almaktadır.

TMK md. 341/II'e göre ana babanın dini eğitime ilişkin hakkını sınırlandıracak her türlü sözleşmenin geçersizliğini hüküm altına almıştır. Bu hüküm emredici niteliktedir. Bu nedenle aykırılık halinde TBK. md.27¹⁸⁴ kesin hükümsüzlük

velayet hakkına sahip eş çocuğun bundan sonraki dini eğitimini kendi kararınca değiştirebilir. Bu tür çocuğun yaşamını doğrudan etkileyebilecek değişimler de diğer eşe söz hakkı verilmemesi konusunda ileride değinilen birlikte velayet kurumu hem çocuğun üstün yararı gereğince hem de ana baba arasındaki eşitlik gereği daha faydalı olabilir.

¹⁸¹**T.C. Anayasası md. 14** *“(1)Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.(2)Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.(3)Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”*

¹⁸² **Karaca**, s.34.

¹⁸³ **Özmen**, s.40.

¹⁸⁴ **Türk Borçlar Kanunu md.27/I** *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”*

yaptırımıyla karşılaşılır. Bir başka deyişle eşler arasındaki birbirinin bu konuda hakkında sınırlandırarak sözleşmeler de üçüncü kişiler ile ana baba arasındaki sınırlayıcı sözleşmeler de her halükârda hükümsüzdür.¹⁸⁵ Fakat ana babanın çocuğa dini eğitim verme hakkı; velayetin amacına uygun kullanılmalıdır. Bu nedenle bu hakkın kullanımı Çocuk Haklarına Dair Sözleşme hükümleri ve Türk Medeni Kanun (md.339-340) hükümleri ile sınırlıdır.¹⁸⁶

TMK md. 341/III'e göre ergin kişi dinini seçmekte özgürdür. Bu hükümden anlaşıldığı üzere kişi, ergin olana kadar velayet hakkına sahip ana babanın dini eğitimine tabii iken; erginlikle beraber kendi dinini seçebilme hakkına haizdir. Ergin olduktan sonraki dini seçime ilişkin her türlü sözleşme de hukuka, ahlaka ve kişilik değerlerine aykırı olacağından kesin hükümsüzdür.¹⁸⁷ *ÇETİNER'e* göre,¹⁸⁸ kişi ergin olduğunda velayet kendiliğinden sona ereceğinden md.341/III hüküm gereksizdir. Kanaatimizce de Anayasa md.24 herkese din ve vicdan hürriyeti tanımıştır. Bu nedenle velayetin de sona ermesiyle ergin bir kimsenin dinini seçmekte özgür olduğu konusunda şüphe yoktur.

Belli bir dine mensup olma konusunda ergin kişi özgürdür (md.341/III). Çocuğun velayete tabi olduğu dönem içinde giderek olgunluluk seviyesi artar. Yedi yaşındaki bir çocuk ile on beş yaşındaki çocuğun dine ilişkin düşünceleri, dini kavrama ve algılama yeteneği farklıdır. *ÇETİNER'e* göre¹⁸⁹ olayların anlam ve sonucu algılayabilme yeteneği gelişmiş çocuk dine ilişkin konularda özgür olabilmelidir. Kanun

¹⁸⁵ **Tekinay**, s.502; **Yetik**, s.123; **Kılıçoğlu**, s.504; **Özlü**, s.37; **Çetiner**, s.64-65; **Abugalı**, s.354; **Köprülü/Kaneti**, s.249.

¹⁸⁶ **Akyüz**, s.244.

¹⁸⁷ **Kılıçoğlu**, s.504.

¹⁸⁸ **Çetiner**, s.69.

¹⁸⁹ **Çetiner**, s.70.

koyucu erginliği, dini seçme konusunda tam olgunluk olarak kabul etmiştir. Ancak çocuğun dinini seçmede özgür kılınması, mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda on altı yaşını doldurmayla, Alman Medeni Kanunu'nda ise on dört yaşı doldurmasıyla olur.¹⁹⁰

C. ÇOCUĞUN ADI VE SOYADI

Ad ve soyad kişiyi toplumda ayırt edici kılar. CHS md.7/I çocuğun doğumdan itibaren bir isim hakkı aile içinde ayırt edici kılar. ÇHS md.7/I çocuğun doğumdan itibaren bir isim hakkı

¹⁹⁰ **Akyüz**, s.241; Kanaatimizce çocuğun dini eğitimi ile din ve vicdan hürriyeti ve pratiğe yönelik ilişkin tartışmalı konular mevcuttur. Çalışma konumuzu dağıtmamak amacıyla bu doktrinde tartışılması gerekli konuların detayına girilmemiştir. Ancak velayet hakkının sınırları, çocuğun özgürlük alanı ve hukukilik konusunda soru işaretleri mevcuttur. Mesela Anayasamız laik devlet anlayışını değiştiremez ilke olarak kabul etmiştir. Bunun yanı sıra Anayasa md. 24 din kültürü ve ahlak öğretimini zorunlu ders olarak kabul etmiştir. Burada ahlak öğretimini bir kenara bırakırsak din eğitiminin zorunlu ders olarak kabulü TMK md. 341'deki dini eğitimi ana babanın belirlemesi hakkı ile çeliştiği kanısındayız. *ÇETİNER*'e göre de Anayasanın bu maddesi nedeniyle ana baba dini eğitim konusunda yetkin ve etkin değillerdir.¹⁹⁰ Çünkü ana babanın dini eğitim hakkı herhangi bir dini öğretiyi vermeme şeklinde de olabilir. Bu durumda zorunlu din eğitimi vermek ana babanın hakkı ile çelişmektedir. Çocuğun üstün yararına göre ise çocuğun dini eğitim alması veya almaması arasında bir hakim müdahalesinin ne kadar doğru olabileceği tartışmalıdır. Normlar hiyerarşisi açısından incelendiğinde ise Anayasa hükmünün esas alınacağı açıktır. Fakat Anayasa'daki laiklik ilkesi ile dini eğitim zorunluluğu arasındaki ilişki ayrı bir tartışma konusu yaratmaktadır. Bu tartışmalar uygulama açısından da devam etmektedir. Benzer şekilde *YETİK'in* ifade ettiği üzere çocuğa yapılan sünnet uygulaması da tartışılmalıdır.¹⁹⁰ Aynı şekilde nüfus cüzdanında çocuğun dininin belirtilmesi de bir diğer tartışma konusudur. Çünkü TMK md. 341 ana babanın dini eğitim hakkı, yukarıda belirttiğimiz üzere çocuğun dinini belirlemeden ziyade çocuğa bu konuda yol gösterme ve öğretme niteliği taşır. Nihayetinde çocuk ergin olmakla dinini seçmekte özgürdür. O halde çocuğun sünnet edilerek geri dönülemez bir fiziki durum yaratılması çocuğun erginlik sonrası diniyle uyuşmayabilir.

olduğunu ifade eder. Bu ifadeden isimsiz olunamayacağı anlaşılmaktadır. Ad koyma hak olduğu kadar bir yükümlülüktür.¹⁹¹

TMK md.339/son'a göre çocuğun adını ana babası koyar. Bu konuda doktrinde iki görüş vardır. Bizim de katıldığımız görüşe göre¹⁹² çocuğun adını koyma tamamen velayetten doğan bir hak ve yükümlülüktür. Bu görüşe göre çocuğun adının konulması zaten velayetin kapsamı başlığı altında düzenlenmiştir. Ayrıca bize göre kanun koyucu gerçekten bu iradeyi taşımaktadır. Öyle ki soybağından doğan velayetin yanı sıra evlat edinme hükümlerinde de bu düşünceyle hareket etmiştir. TMK md. 314'te "*Evlât edinen isterse çocuğa yeni bir ad verebilir*" hükmü yer almaktadır. Bu hükümde de velayetin yeni sahibi olan evlat edinen ad koyma hakkına da haiz olur. Yine bu görüşe göre eğer velayet ana babadan birinde ise o eş çocuğun adını koyma hak ve yükümlülüğüne sahiptir.¹⁹³ Doktrindeki diğer görüşe göre¹⁹⁴ çocuğun adının konulması velayet hakkıyla ilişkili değildir. Kanunen sırf ana baba olmak çocuğa ad koyma hakkının varlığı için yeterlidir. Bir başka deyişle ana babaya tanınan kişisel bir haktır.

Ana baba çocuğun adını koymakta özgürdür fakat ad koyarken çocuk yararına aykırı olacak şekilde olumsuz, alay konusu, ahlaki olmayan isimler koymamalıdır.¹⁹⁵ Ana baba çocuğun bu adı hayatı boyunca taşıyacağını gözetmelidir. Ad, kişilik hakkıdır hukuken korunur. Aynı zamanda TMK md.27 gereği adın sahibi haklı nedenlerini ileri sürerek adının değiştirilmesini talep edebilir.

¹⁹¹ **Reyhani Yüksel**, s.86.

¹⁹² **Bozkurt**, s.103; **Bükel Koç**, s.12.

¹⁹³ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.365; **Özlü**, s.34; **Akyüz**, s.247.

¹⁹⁴ **Abik**, s.46; **Bozkurt**, s.103; **TOKUŞ, Aylin**: "*Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet*", İzmir Ekonomi Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020, s.29.

¹⁹⁵ **İnan**, *Çocuk Hakları Beyannamesi*, s.211; **Reyhani Yüksel**, s.89; **Abugalı**, s.350; **Bozkurt**, s.104.

TMK md.195 gereği ana baba çocuğun adını koymada uyuşmazlığa düşerse mahkemenin müdahalesini herhangi bir eş talep edebilir. Hakim uzlaşısı konusunda eşleri uyarır, uzlaştırmaya çalışır gerekirse eşlerin ortak rızası ile uzmanların yardımını talep edebilir.¹⁹⁶

Çocuğun soyadı ise sonradan ana baba tarafından konulan bir hak ve yükümlülük değildir. Fakat çocuğun ana baba ile arasındaki hukuki ve doğal ilişkiye göre farklı soyadları alır. TMK md. 321 “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır”. Hükme göre ana babanın evli olması halinde çocuk, babanın bir başka deyişle ailenin soyadını alır. Evli değilse ananın soyadını alır. Fakat ananın önceki evliliğinden kaynaklı çift soyadı taşıması halinde çocuk ananın bekarlık soyadını alır. Boşanma, evlilik iptali, hallerinde de çocuğun soyadı babanın soyadı olarak kalır.¹⁹⁷

Çocuğun babasıyla arasında hukuken soybağı kurulmamış olabilir. Bu durumda çocuk ananın soyadını alır. Soybağı hem ana hem baba ile kurulmamış ise bu halde ilgili nüfus müdürlüğünce çocuğa hem ad hem soyadı verilir. Çocuk ile baba arasında soybağı daha sonradan tanıma usulüyle veya evlenme ile de kurulabilir bu durumda çocuk babanın soyadını alır.¹⁹⁸

Evlat edinilen çocukların soyadı konusunda TMK md. 314/III düzenleme getirmiştir. Buna göre “Evlâtlık küçük ise evlât edinenin soyadını alır. Evlât edinen isterse çocuğa yeni bir ad verebilir. Ergin olan evlâtlık, evlât edinilme sırasında dilerse evlât edinenin soyadını alabilir” olarak ifade edilmiştir. Hükümde evlat edinilenin küçük olup olmadığına göre ayrıma gidilmiştir. Buna göre küçük olan evlat edinilen,

¹⁹⁶ Abugalı, s.350; Çelik, s.263.

¹⁹⁷ Ruhi, s.95-96.

¹⁹⁸ Daha detaylı bili için bkz. Gençcan, s.421 vd.

evlat edinenin soyadını alır. Ancak ergin evlat edinilene seçme imkanı tanınmıştır. Dilerse evlat edinenin soyadını alabilir ya da almayabilir.

D. ÇOCUĞUN YERLEŞİM YERİ

Kanun koyucu TMK md.19’da yerleşim yerini, kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olarak tanımlamıştır. Çocuk da herkes gibi bir yerleşim yerine sahiptir. Ancak çocuğun yerleşim yeri velayet hakkı ile ilişkilidir.

Türk Medeni Kanun md. 21’e göre, velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana babanın ortak yerleşim yerinin var olup olmadığına göre değişkenlik gösterir. Ana babanın ortak yerleşim yeri varlığı halinde çocuğun yerleşim yeri, ana babanın yerleşim yeridir. Ancak ana ile babanın ortak yerleşim yeri yok ise o halde çocuğun yerleşim yeri, çocuk ana babadan hangisine bırakıldıysa onun yerleşim yeridir.¹⁹⁹ Eşlerin boşanmasına veya ayrılığına karar verildiği takdir de mahkeme çocuğun velayetini kime bırakırsa onun yerleşim yeri çocuğun yerleşim yeri sayılır.²⁰⁰ Buradan da anlaşılıyor ki kanun koyucu çocuğun yerleşim yerini tamamen velayet hakkına bağlamıştır. Bu durumların dışında çocuğun yerleşim yerinin ne olacağı konusunda ise TMK md.21/son gereği diğer hallerde çocuğun oturma yeri, çocuğun yerleşim yeridir. Yargıtay’da²⁰¹ diğer hallere ilişkin çocuğun oturma yerinin yerleşim yeri olduğunu kabul etmiştir.

¹⁹⁹ Saymen/Elbir, s.371; Gençcan, s.346.

²⁰⁰ Reyhani Yüksel, s.202.

²⁰¹ “Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden çocuğun, ana ve babasının ölümünden sonra Kemalpaşa’da anneanne ve teyzesinin yanında kaldığı anlaşılmaktadır. O halde yetkili vesayet makamı Kemalpaşa Sulh Hukuk Mahkemesidir. Öyleyse yetkisizlik kararı vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 2.HD E.2010/8139, K.2010/16073, T.4.10.2010, <https://www.lexpera.com.tr/> , (E.T. 23.01.2021)

Kanunumuzda evlilik dışında doğan çocuğun velayet hakkı anaya verilmiştir. Bu çocuğun yerleşim yeri de ananın yerleşim yeridir.²⁰²

E. ÇOCUK ÜZERİNDE EGEMENLİK

Roma Hukuku'nda velayet çocuk üzerinde mutlak egemenlik alanı olarak kabul edilmişken günümüz modern hukukunda bu anlayış yerini çocuğun gelişimi amacına yönelik, sırf ana ve baba tarafından kullanılan bir mutlak hakka bırakmıştır.²⁰³ TMK md.335'e göre çocuğun velayeti ana babaya aittir. Velayetin mutlak hak niteliği nedeniyle bu hak herkese karşı ileri sürülebilir.²⁰⁴ Buradaki mutlak hak, ana babaya egemenlik yetkisi verir.

ÇHS md.9²⁰⁵ ve TMK md.335'te ifade edildiği üzere, velayet, yasal bir sebep olmadıkça ana babadan alınamaz. Benzer hüküm TMK md. 339'da da tekraren ifade edilmiştir. Madde 335'te velayetin ana babadan alınamayacağı ifade edilirken madde 339'da da çocuğun ana baba yanından alınamayacağına ilişkindir. Yine madde 339'a göre çocuk ana babanın rızası olmadan evi de terk edemez. Ana babanın egemenlik yetkisi ile çocuğun rızasız terkinin engelleme hakkı vardır.²⁰⁶ Bir başka deyişle ana babanın egemenlik yetkisi çocuk üzerinde de geçerlidir. Ancak yine de ana babanın müdahalesi velayetin kullanımını sınırlayan, çocuğun üstün yararı ilkesine aykırı olamaz.²⁰⁷

²⁰² Gençcan, s.202.

²⁰³ Karaca, s.28; Özlü, s.27; Çelik, s.261; Abugalı, s.349.

²⁰⁴ Çetiner, s.54.

²⁰⁵ ÇHS md.9 “...ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alırlar.”

²⁰⁶ Abugalı, s.349-350.

²⁰⁷ Çelik, s.262.

Yasal bir nedeni olmadıkça ana babanın velayet hakkının kullanımı engellenir veya çocuk ana babadan alınır ana babanın dava yoluyla engelin ortadan kalkması veya çocuğun iadesini talep edebilir.²⁰⁸ Buradaki dava hakkı, velayetin egemenlik yetkisi tanıyan bir mutlak hak olmasından doğar.²⁰⁹ Ana babanın dava hakkı, mutlak hakka dayandığından zamanaşımına tabi değildir. Ana baba dava hakkı kapsamında TMK md.25’te ifade edilen saldırının önlenmesi, saldırıya son verme, tespit ve zarar halinde tazminat taleplerinde bulunabilir. Saldırıcı yapanlar haklı bir sebebe dayandıklarını ispat etmedikçe iade ile yükümlüdür.²¹⁰

III. ÇOCUĞUN MALVARLIĞINA İLİŞKİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER

A. GENEL OLARAK

Çocuk, tam ve sağ doğumla beraber hak ehliyetini kazanır. Hak ehliyetine sahip çocuk para ile ölçülebilen malvarlığı haklarına çeşitli yollarla sahip olabilir. Malvarlığı hakları para ile ölçülebilen hak (aktif) ve borçların (pasif) tümünü ifade eder.²¹¹ Çocuğun malvarlığı ana babadan bağımsızdır. Bu nedenledir ki ana babanın borçlarından sorumluluk, çocuğun malvarlığını kapsamaz.²¹²

Çocuğun mallarını idare edebilmesi ve mallarına ilişkin her tür hukuki işlemin anlamını ve sonucunu kavraması beklenemeyeceğinden ve hukuken fiil ehliyetine sahip olmaması nedeniyle kanun koyucu Medeni Kanun İkinci Kitap İkinci Kısım Yedinci Ayırım “Çocuk Malları” başlığı altında ana babaya bu konuda birtakım hak ve yükümlülükler düzenlemiştir. Velayet hakkına sahip ana baba, çocuğun malları üzerinde

²⁰⁸ Çetiner, s.54; Özlü, s.27; Reyhani Yüksel, s.85; Abugalı, s.349-350.

²⁰⁹ Özlü, s.27.

²¹⁰ Reyhani Yüksel, s.85; Çetiner, s.54.

²¹¹ Öztan, s.67.

²¹² Reyhani Yüksel, s.102; Akyüz, s.247.

yönetme, koruma ve kullanma hak ve yükümlülüklerine haizdir. Bu hak ve yükümlülüklerin ifasında ana baba çocuğun üstün yararını gözetmek zorundadır. Ana babanın bu hakkı kullanımı sırasında velayetin amacına uygun olarak çocuğun da gelişimine katkı sağlaması gerekir. Çocuğun erginlikle beraber bağımsız olarak mallarını idare edebilme kabiliyetinin kazandırılması gerekir.²¹³

B. ÇOCUK MALLARININ YÖNETİMİ

Çocuğun doğum anında sahip olduğu ve velayet süresince kazandığı tüm malvarlığı değerlerinin yönetimi kural olarak velayet hakkına sahip ana babaya aittir. İstisnai olarak ana baba çocuğun serbest mallarının yönetimine sahip değildir.²¹⁴ Türk Medeni Kanunu md. 352 “*Ana ve baba, velâyetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler*” hükmüne yer vermiştir. Velayetten doğan çocuğun mallarını yönetme hem hak hem de yükümlülüktür. Bu haktan feragat edilemez veya bir başkasına devredilemez. Fakat yönetim hakkı yerine getirilirken uzmanlardan görüş almak mümkündür. Hatta fiilen bu hakkın devri de mümkündür. Fiili devir halinde dahi ana babanın devralanı denetleme, devralanın verdiği zararlardan doğan sorumlulukları devam eder.²¹⁵

Velayet hakkı ana babaya çocuğu temsil etme hakkı da tanımaktadır. Bu nedenle yönetim hakkına ilişkin iş ve işlemler de çocuğu temsilen yapılan iş ve işlemler niteliğindedir. Bir başka deyişle TMK md. 352 yönetim hakkı maddesinin çocuğun temsiline ilişkin madde 342 ile birlikte değerlendirilmesi velayetin amacına ve ruhuna uygun düşmektedir. Bu kapsamda değerlendirildiğinde yönetim hakkı hem malvarlığı

²¹³ Usta, s.145.

²¹⁴ BAYGIN, Cem/ DOĞAN, Murat, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C.9, S.1-2, s, 385.

²¹⁵ Akyüz, s.248-249; Abik, s.48, Baygın/Doğan s.384.

unsurlarının korunması, iyileştirilmesi, işletilmesi ve gelir elde etme amacına yönelik faaliyetleri kapsarken aynı zamanda malın devri, mal üzerinde esaslı değişiklik veya mal üzerinde sınırlı ayni hak tanıma gibi tasarruf işlemlerini de kapsar.²¹⁶ Bir başka deyişle ana baba yönetim hakkı kapsamında çocuğu temsilen tasarruf işlemi de yapabilirler. Yönetim hakkı amaca uygun taahhüt ve tasarruf işlemlerini kapsamaktadır. Fakat istisna fiili tasarruftur. Bir başka deyişle bu hak kapsamında çocuk mallarının birleştirme, işleme, karıştırma veya onları tüketme, yok etme şeklinde fiili tasarruf hakkı tanınmamıştır.²¹⁷

Vesayet kurumundaki vasinin sorumluluğunun aksine yönetim hakkına sahip ana babanın kural olarak hesap ve güvence vermesi gerekmez. Ana babanın kural olarak malların yönetimi konusunda serbestliği vardır. Fakat yine de çocuğun üstün yararına aykırı düşecek iş ve işlemleri yapamazlar. Ayrıca çocuğun olabildiğince görüşünü almakla yükümlüdürler. Aynı şekilde kanunen konulan sınırlamaların aksine yönetim hakkını kullanamazlar. Örneğin TMK md. 449 hükmünce ana babanın, çocuk adına bir borca kefil olmaları, vakıf kurmaları ve önemli bağışlamalarda bulunmaları yasaklanmıştır.²¹⁸ Bu hüküm ile emredici olarak sayılı işlemlerin yapılması yasaklanmıştır. Yönetim hakkındaki sınırlandırmalar hakim kararının gerekli olması şeklinde de olabilir. TMK md. 345'e göre, çocuk ile ana baba arasındaki hukuki işlem veya ana babanın yararına çocuk ile üçüncü kişi arasındaki hukuki işlemler yoluyla çocuğun borç altına sokulması ancak bir kayyımın bulunması ve hakim iznine bağlı

²¹⁶ Akyüz, s.248; Baygın/Doğan, s. 383; Reyhani Yüksel, s.103.

²¹⁷ Abik, s.47; Akyüz, s.248; Baygın/Doğan, s.382-383; Reyhani Yüksel, s.103; Özlü, s.44.

²¹⁸ Usta, s.146; Abik, s.47, Baygın/Doğan, s.387.

kılınmıştır. Bir başka deyişle ana babanın kendi menfaatine olup çocuğu borç altına sokan işlemlerde hakimden izin alınması gerekir.²¹⁹

TMK md. 352/I ‘de her ne kadar ana babaya hesap ve güvence verme yükümlülüğü getirilmemiş ise de maddenin ikinci fıkrasında ana babanın yönetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda hakimin müdahale edeceği hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde TMK md. 341 gereği çocuk mallarının tehlikeye düşmesi önlenemiyorsa da hakim müdahale ederek yönetim hakkının kayyıma devredilmesine karar verebilir.

Ana baba, çocuk malları üzerindeki yönetim hakkını kullanırken çocuğun yararını gözetmeli, gerekli özeni göstermelidir. Nihayetinde ana baba geri vermede “vekil” gibi sorumludur.²²⁰ Eğer mal devredilmiş ise onun karşılığının iadesi ile yükümlüdürler. Ana baba yönetim hakkını kullanırken gerekli özeni göstermez ise hakim yönetim hakkına müdahale eder.²²¹ Yargıtay da bir kararında²²² çocuğun mallarının yönetiminde ana babanın gerekli özeni göstermemesi durumunda gerekli tedbirlerin alınacağını ifade etmiştir.

Çocuk mallarının yönetimi kapsamında ana babadan biri çocuğu temsilen üçüncü kişi ile hukuki işlem yapabilir. Bu durumlarda işleme taraf olmayan eşin rızası olmasa bile üçüncü kişi iyiniyetli ise hukuken korunur. Ana babadan birinin işleme rızası olmasa bile yapılan işlem hayatın olağan akışına aykırı değilse bir başka deyişle diğer eşin rızasının olmadığı düşünülemeyecek bir durum ise ya da üçüncü kişinin eşin

²¹⁹ Akyüz, s.248 Baygın/Doğan, s.386.

²²⁰ Abik, s.47; Baygın/Doğan, s.383; Kılıçoğlu, s.520.

²²¹ Ruhi, s.103, Kılıçoğlu, s.520.

²²²Yargıtay 2.HD E.2015/6983, K.2015/12796, T.16.06.2015, <https://www.lexpera.com.tr/> , (E.T. 23.01.2021)

rızasının olmadığını bilmiyor veya bilebilecek durumda değilse o halde iyiniyetli üçünü kişi korunur. TMK md.342/II “*İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler*” hükmü TMK md.3 gereği iyiniyet karinesi teşkil eder. Ancak üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını ispatı mümkündür. Üçüncü kişinin rızanın olmadığını biliyor veya bilebilecek durumda olması, eşin daha önceden bunu duyurmuş olması gibi durumlarda üçüncü kişi iyiniyetli kabul edilmez.²²³

Çocuğun mallarını yönetme velayete bağlı bir hak olup velayetin sona ermesi ile yönetim hakkı da ortadan kalkar. Ana babadan birinin ölümü halinde kalan eş veya evliliğin boşanma, iptal kararları ile sona ermesi durumunda velayet ana babadan birine bırakılmış ise o, yönetim hakkına sahip olur. Genel olarak velayet hükümlerine hakim olduğu üzere burada da çocuğun üstün yararı gereğince kanun koyucu birtakım düzenlemeler getirmiştir. Buna göre TMK md. 353 “*Evlilik sona erince velâyet kendisinde kalan eş, hâkime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır*” hükmü yer alır. Bu defter “*müfredat defteri*” olarak adlandırılır.²²⁴ Defter velayetin bırakıldığı eş tarafından velayetin bırakıldığı tarihteki çocuğun malvarlığının tüm aktif ve pasiflerini kapsar şekilde düzenlenir ve dört ay içinde teslim edilir. Sonrasında çocuğun malvarlığına ilişkin önemli değişikliklerin gerçekleşmesi halinde bu durumlar da bildirilir.²²⁵ Önemli değişikliklerin tespiti somut duruma göre değişiklik gösterir. Çocuğun toplam malvarlığı miktarı, bu bütünlük içindeki değişim miktarı oranı, malvarlığındaki aktif ya da pasif olarak önemli artış veya azalışlara göre tespit edilebilir. Örneğin tarım amacına özgülenmiş bir arazinin

²²³ Baygın/Doğan, s.390-391.

²²⁴ Gençcan, s.382; Akyüz, s.250; Saymen/Elbir, s.380.

²²⁵ Gençcan, s.384-385.

turistik işletmeye dönüştürülmesi veya çocuğa önemli bir miras kalması ya da doğal afetler nedeniyle bir malın zayi olması önemli değişiklik kabul edilir.²²⁶

Çocuk mallarının yönetimi, ana babadan velayet hakkının kaldırılması ya da erginlikle velayetin sona ermesi hallerinde sona erer. Bir diğer durum ise TMK md. 361’de düzenlenen velayet hakkı devam etse dahi yönetim hakkının hakim kararı ile ana babadan alınabilmesi durumudur. Buna göre çocuk mallarının tehlikeye²²⁷ düşmesi halinde hakim, yönetme hakkını ana babadan alarak kayıma devredebilir.²²⁸ Hatta md. 361/III’e göre hakim çocuğun mallarının kanuna aykırı harcanacağını düşünürse bir başka deyişle çocuğun ekonomik geleceğinin sarsılacağından kuşkulansa dahi yönetim hakkını kayıma devredebilir.²²⁹

C. ÇOCUK MALLARININ KULLANIMI

Türk Medeni Kanunu md. 354’te çocuk mallarını kullanma hakkı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre kural olarak ana baba çocuk mallarını kullanabilirler. Ancak kusurları nedeniyle velayetlerinin kaldırılması durumunda kullanım hakkı ortadan kalkar.

Kullanım hakkı, yönetim hakkından farklı olarak sıkı sıkıya velayet hakkına bağlı değildir. Maddeden anlaşıldığı üzere ana babanın kusurları nedeniyle velayetleri kaldırılmadıkça kullanım hakları devam eder. Velayet hakkı, ana babanın deneyimsizliği, hastalığı ve benzeri kusura dayanmayan sebeplerden kaldırılabilir. Bu

²²⁶ Baygın/ Doğan, s.396; Reyhani Yüksel, s.104.

²²⁷ TMK md.361 kapsamındaki “tehlike” ölçütüne ilişkin örnek: ana babanın kendi borçlarını çocuğun malları ile ödemeleri, spekülatif yatırımlara girmeleri, iflas etmeleri, kendi borçları için çocuk malları üzerinde rehin kurmaları, satmaları, sağ kalan ana babanın güvenilir olmayan biri ile evlenmesi vb. Daha detaylı bilgi için bkz. Yetik, s.151.

²²⁸ Reyhani Yüksel, s.106; Abugalı, s.376.

²²⁹ Reyhani Yüksel, s.106.

durumda dahi ana babanın çocuk mallarını kullanma hakkı devam eder.²³⁰ Bu durumda kullanım hakkı çocuk için görevlendirilen vasinin ayarlamalarına göre kullanılır. Ana babadan yönetim hakkının alınması ve onların yerine kayyım atanması durumunda da ana babanın kullanım hakkı evleviyetle devam eder. Bizim de katıldığımız *GÖKKAYA*'ya göre²³¹ velayet hakkı kaldırılrsa bile kullanım hakkının devam etmesi ve kullanım hakkının yönetim hakkı kadar velayet hakkıyla sıkı ilişki içinde olmaması yerindedir. Çünkü yönetim hakkında ana baba daha aktif bir konumda iken kullanım hakkında pasif bir konumdadırlar. Bu nedenle kusur olmadıkça bu hak devam edebilmeli fakat kasıt veya ağır ihmal ile velayetin kaldırılması halinde ana babanın pasif kaldığı söylenemez ve kullanım hakkının da kaldırılması doğru olur.

Kullanım hakkı esasında ana babanın çocuğun bakımı, eğitim, yetiştirilmesinin karşılığı olarak ana babaya tanınan bir haktır. Hakkın verilmesinin temelinde “*aile dayanışması*” fikri yatar.²³² Gerçekten de ana babanın özellikle ihtiyaç sahibi olduğu ve çocuk mallarının birçok ihtiyacı karşılayabilecek durumda olması halinde aile birliği gereği bu malların kullanımının ana babaya tanınması hakkaniyetli olur. Hatta ana babanın çocuk mallarına ihtiyaç duymasalar dahi bu malları kullanma hakkı vardır. Bir başka deyişle zengin bir aile bile çocuğa ait malı kullanabilir. Kullanım hakkı, karşılığı olarak ana baba bir borç altına girmez. Örneğin çocuğa miras kalan bir evde oturan ana baba bu evde oturmaları nedeniyle çocuğa kira ödemezler. Fakat eve kusurları ile

²³⁰ Usta, s.147.

²³¹ **GÖKKAYA, Vildan:** “Ana ve Babanın Çocuğun Malları Üzerindeki Kullanma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 133, 2017, s.331.

²³² **ALBAYRAK, Süleyman:** “Çocuğun Serbest Malları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.26, S.2, 2018, s.450; **Gökkaya,** s.327; **ÖZDEMİR, Hayrunnisa:** “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.17, S.3, 2013, s.93; **ERTAŞ, Şeref:** “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 392.

verecekleri her türlü zarardan sorumlulukları devam eder.²³³ Aynı şekilde kullanım hakkı, ana babanın gerekli özeni göstermesini gerektirir. Ayrıca kullanım hakkı kapsamında çocuk mallarının özüne zarar verilmemeli ve tahsis ediliş amacına aykırı olmamalıdır. Bunun dışında olağan kullanıma bağlı oluşan zararlardan ana baba sorumlu tutulamaz.²³⁴

Çocuk mallarını kullanma hakkı ana babaya tanınmış kişiye sıkı sıkıya bağlı nitelikte ve mutlak haklardandır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olma özelliği sebebiyle bir başkasına devredilemez, haczedilemez. Fakat çocuk mallarını kullanma hakkı niteliği itibarıyla ana baba üzerinde yükümlülük oluşturmaz. Kullanım hakkı, sırf hak niteliğindedir. Bu nedenle bu haktan vazgeçmek mümkündür. Ana baba çocuğa miras kalan bir evi kullanmayabilir, bu hakkından vazgeçebilir. Ancak mal üzerindeki yönetim hakkı devam eder.²³⁵

Kural ana babanın çocuğun mallarını tamamıyla kullanabilmesidir. Fakat kanun koyucu burada da çocuğun serbest mallarına ilişkin sınırlamalar getirmiştir. Bunlardan biri TMK md.357’de düzenlenen, faiz getiren veya tasarruf hesabı açılmak üzere yapılan yatırımlar ya da açıkça ana babanın kullanımını yasaklayan çocuğa yapılan karşılıksız kazandırmalar, kullanım hakkının kapsamı dışında bırakılmasıdır. Bir başka deyişle yapılan karşılıksız kazandırmada açıkça ana babanın kullanmaması şerh düşülmesi gerekirken; faiz getiren ya da tasarruf hesabı açılan yatırımlarda bu şerh

²³³ Akyüz, s.251; Baygı/Doğan, s.409; Özdemir, s.93.

²³⁴ Albayrak, s.451; Baygı/Doğan, s. 409; Gökaya, s.343-344; Özdemir, s. 93; Usta, s.147; Reyhani Yüksel, s.106.

²³⁵ Albayrak, s.450; Akyüz, s.252; Çetiner, s.85; Reyhani Yüksel, s.107.

düşülmeksizin kanunen ana babanın kullanım hakkı sınırlandırılmıştır.²³⁶ Bir diğer sınırlama ise TMK md.359'da düzenlenen, çocuğa meslek veya sanat ile uğraşmasına yönelik verilen kendi malı ve kendi kişisel gelirleri, ana babanın kullanım hakkının kapsamı dışındadır. Fakat kanun koyucu md.359/II'de bir istisna getirerek ana babanın, çocuğun kendileri ile yaşaması halinde çocuğun bakımında kullanılmak üzere çocuğun uygun bir destekte bulunmasını talep etme hakkı olduğunu ifade etmiştir.²³⁷

Kural ana babanın kullanım hakkından beraber faydalanmalarıdır. Fakat ana babadan birinin ölümü halinde sağ kalan eş kullanma hakkına sahip olur.²³⁸ Boşanma veya evliliğin iptali ile velayetin ana babadan birine tevdi halinde kullanım hakkının ne olacağı doktrinde tartışmalıdır.²³⁹ Şöyle ki; boşanmalar veya evlilik iptallerinde daima ana babanın kusurlu olması söz konusu değildir. Birçok kez tek tarafa kusur yüklenemese de ayrılıklar gerçekleşmekte ve çocuğun velayeti somut olaya ilişkin incelemelerden geçerek ana babadan birine verilmektedir. Böylece velayet verilmeyen taraf herhangi bir kusuru olmaksızın velayeti kaybederken aynı zamanda TMK md.354 kullanım hakkından da mahrum kalıp kalmayacağı tartışmalı hale gelmektedir Çünkü TMK md.354 kusur olmaksızın velayet kaldırılrsa bile kullanım hakkından faydalanabilme imkanı tanımıştır.

Konu hakkında doktrinde yer alan görüşlerden birine göre²⁴⁰, kullanım hakkının varlığı velayet hakkına sahip ana babalar için kabul edilmelidir. Velayet hakkı kaldırılan

²³⁶ Akyüz, s.252; Baygın/Doğan, s.410 vd.; ÇINAR, Ömer: “Ana Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk fakültesi Mecmuası, C.71, S.1, 2013, s.1358 vd.; Gökkaya, s.338 vd.

²³⁷ Çınar, 1358 vd.

²³⁸ Baygın/Doğan, s.409; Özdemir, s.94; Gökkaya, s.331; Çınar, s.1357.

²³⁹ Baygın/Doğan, s.409 vd.; Özdemir, s.94 vd.; Gökkaya, s.331 vd.; Çınar, s.1357 vd..

²⁴⁰ Baygın/Doğan, s.409-410; Özdemir, s.94-95; Gökkaya, s.331-332; Çınar, s.1357-1358.

ana baba kullanım hakkından da mahrumdur. Bu nedenle ana babadan birine velayet bırakılıp diğeri velayetten mahrum kalırsa o halde velayetten mahrum kalan tarafın, çocuk için vereceği iştirak nafakasının tespitinde bu durum değerlendirilmelidir. Buna göre iştirak nafakası düşük miktarda olmalı hatta gerekirse iştirak nafakasına hiç hükmedilmemelidir. Sebep olarak ise velayete sahip olan tarafın çocuk mallarını kullanabilmesi diğeri tarafın ise kullanımdan mahrum kalması kabul edilmektedir. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bu görüş, TMK md.354 hükmüne açıkça ters düşmektedir. Kullanım hakkı velayete sıkı sıkıya bağlı bir hak olmayıp TMK md. 354'te bu durum açıkça ifade edilmiştir. O nedenle velayete bağlı olarak çocuk mallarının kullanım hakkının tanınması kabul edilemez. Ancak velayetin bırakılmadığı dolayısıyla kullanım hakkına da sahip olmayan tarafın bu hususa dayanarak iştirak nafakasının düşük olmasını veya hiç olmamasını talep edebilmesini olağan kabul ediyoruz. Çünkü ana babanın çocuk mallarının kullanım hakkı, esasında çocuğun bakım ve eğitiminin karşılığında ana babaya tanınan ve temelinde aile dayanışması fikri olan bir haktır. İştirak nafakasının temel amacı ise çocuğun giderlerine katlanmaktır. O halde iştirak nafakası ile çocuğun giderleri arasında ve çocuğun giderleri ile çocuk mallarının kullanım hakkı arasında birer ilişki vardır. Bu nedenle çocuk mallarını kullanım hakkına sahip olmayan tarafın iştirak nafakasını ifa etme yükümlülüğünü hakkaniyetli bulmuyoruz. Bize göre iştirak nafakası ile çocuğun bakım, eğitim giderlerine katlanan fakat karşılığında kullanma hakkına sahip olmayan tarafın iştirak nafakası miktarının somut durumu göre düşük tutulması veya hiç olmaması gerekir.

Diğeri bir görüşe göre ise²⁴¹ ilk görüş TMK md. 354'e uymamaktadır. TMK md.354 kusur sebebiyle velayetin kaldırılmasından bahsetmiştir. Ancak boşanma veya evlilik iptalinde velayet, esasında eşlerden kaldırılmamakta onun yerine eşlerden birine

²⁴¹ Baygın/Doğan, s.410; Özdemir, s.95; Gökkaya, s.332; Çınar, s.1358.

velayetın kullarıını tevdi edilmektedir. Bu hallerde kusur bulunmayabilir ve bu da TMK md.354'e göre kullarıın hakkının engellenmesi imkanı vermez. Bu nedenle kusuru olmayan fakat kendisine velayet de bırakılmayan taraf TMK md. 182'e dayanarak hakimden kullarıın hakkına ilişkin düzenleme yapmasını talep edebilir. Buna göre hakim, çocuk mallarının kullarıına ilişkin ana baba arasında kapsam, süre, şekil bakımından düzenleme yapar. Bizde bu görüşe kullarıın hakkının hakimce takdir edilmesi konusunda katılıyoruz. Bize göre de TMK md.182 ile hakim malların kullarıını hakkını ana baba arasında düzenleyebilmelidir. Bu düzenleme gerekirse çocuk malları üzerindeki kullarıın hakkına ilişkin gerekse iştirak nafakası üzerinde olabilir.

Fakat bu tartışmaların velayetin taraflardan birine bırakılması haline ilişkin olduğuna dikkat edilmelidir. Oysaki boşanma sonrası birlikte velayet kurumunun işletilmesi halinde hem tarafların katılımı hem hakim kararı ile ve nihayetinde çocuğun üstün yararına uygun olarak çocuk mallarının kullarıın hakkı da düzenlenebilir. Bu durumda da ikinci görüş de ifade edildiği üzere hakim çocuk mallarının kullarıını zaman, kapsam, şekil bakımından düzenlemesini yapabilir.

D. ÇOCUK MALLARININ GELİRİNİN SARFI

Türk Medeni Kanunu md. 355'e göre ana baba tarafından çocuk mallarının gelirleri öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitime yönelik harcanır. Ancak sonrasında hakkaniyet çerçevesinde aile ihtiyaçlarına harcanabilir. TMK md. 327/I hükmü kapsamında çocuğun bakım, eğitim ve korunma giderlerinin karşılanması ana babaya soybağı ilişkisi nedeniyle tanınmış bir haktır. Bir başka deyişle ana baba ile çocuk arasında velayet bağı olmasa dahi bakım eğitim giderlerinin karşılanması ana babanın yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük çocuk mallarının ve gelirinin varlığı ile ortadan kalkmaz. Ancak bu yükümlülük ana babanın ekonomik durumlarına, hayat

standartlarına uygun olarak ifa edilir. Ana babanın ekonomik durumunun çocuğun giderlerini karşılamak için yeterli olmadığı hallerde TMK md. 355 hükmüne dayanarak çocuk mallarının geliri kullanılabilir. Bir başka tabirle öncelikle ana babanın ekonomik koşulları ile çocuğun giderleri karşılanır ancak yetersiz kaldığı takdir de çocuk mallarının geliri kullanılabilir.

Çocuk mallarının gelirinin çocuk giderleri için harcanmasından sonra bu gelirler hakkaniyete uygun düştüğü ölçüde aile ihtiyaçlarına yönelik de harcanabilir. Bu düzenlemede hakkaniyet ölçüsünün tespiti önem taşımaktadır. Bu ölçünün aşılması halinde hakim müdahale eder.²⁴² Hakkaniyet ölçüsü dikkate alınırken özellikle başta ana baba olmak üzere aile üyelerinin durumları değerlendirilir. Örneğin hastalık, engel veya yaşlılık halleri ya da ailenin kalabalık olması gibi durumlar aile ihtiyaçlarına katılmayı gerekli kılabilir. Ancak çocuk mallarının gelirinin aile ihtiyaçlarına harcanması aile üyelerinin kişisel ihtiyaçlarına yönelik değil tüm aile ihtiyaçlarına yönelik olmalıdır.²⁴³ Kanundan ve Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Kullanılmasına İlişkin Tüzükten (VVMT) hakkaniyet ölçüsünün aşılması halinde hakim müdahalesinin yapılabileceği anlaşılmaktadır. VVMT madde 4'te çocuk mallarının ana baba tarafından özenle yönetmeleri gerektiği aksi takdir de koruma tedbirlerinin hakim tarafından alınacağı düzenlenmiştir.

TMK md. 355/II'ye göre “*Gelir fazlası, çocuk mallarına katılır*” Eski Medeni Kanun md.281'de ise gelir fazlasının ana babadan hangisi aile masraflarıyla yükümlü ise ona bırakılması düzenlenmiştir. İki madde arasında oldukça önemli bir fark vardır. Bu fark esasında modern hukuk anlayışıyla çocuğun yararı düşüncesinin ön planda tutulmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de eski kanun düzenlemesinde çocuğun ekonomik güvenliği ciddi bir tehlike altındadır. Oysaki yeni kanunla gelir fazlasının

²⁴² Akyüz, s.253; Baygın/Doğan, s.416; Özdemir, s.96.

²⁴³ Akyüz, s.253; Baygın/Doğan, s.416; Özdemir, s.96; Albayrak, s.451.

çocuk mallarına katılması düzenlendiği gibi bu sayede ana babanın çocuğun giderlerini kısma yoluna gitmesi de engellenmiştir.²⁴⁴

E. ÇOCUK MALLARININ KISMEN SARFI

TMK md. 356/I “*Olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilir*” şeklindedir. Bu maddeye göre çocuğun bakımı için bazı edimlerin kısmi kullanımı öngörülmüştür. Fakat bu kullanım çeşitli kriterler ile sınırlandırılmıştır. Kanun koyucu yapılabilecek harcamaların miktarı “*kısmen*” diyerek sınırlandırmıştır. Bir başka deyişle sayılan ve başka edimlerin tamamına başvurulamaz. *ALBAYRAK’a* göre²⁴⁵, kısmen kullanımdan anlaşılması gereken en fazla başvuru edilen edimin tamamının yarısıdır. Yazara göre, çocuk mallarının koruyucu hükümleri incelendiğinde korunması gereken kısmın edimin fazla olan kısmı olduğundan buradaki kısmi kullanımdan yarıdan az olan kısım anlaşılır. Edimin tamamının kullanımı gerektiğinde ise TMK md. 356/II’e göre hakim izni gerekir.

Kısmen harcamayı sınırlayan bir diğer ölçüt ise olağan ihtiyaçların gerektirdiği ölçüde olmasıdır. Olağan ihtiyaçlardan anlaşılması gereken her çocuk için hayatın olağan akışı içindeki günlük ihtiyaçlarıdır.²⁴⁶ VVMT md. 6 ile çocuk mallarının kısmen sarfına ilişkin madde tekrarlanmıştır ve “*Çocuğun olağan ihtiyaçlarının gerektirdiği durumlarda ve bu ihtiyaçların sınırları içinde kalmak üzere...*” şeklinde düzenleme yapılarak kullanımı sınırı olarak çocuğun ihtiyaç sınırları ifade edilmiştir. Örneğin çocuğun hastalanması durumundaki giderler, çocuğun eğitimi, bakımı ve korunmasına

²⁴⁴ Baygın/Doğan, s.413-414.

²⁴⁵ Albayrak, s.452, dn.38.

²⁴⁶ Akyüz, s.253; Özdemir, s.96; Baygın/Doğan, s.417.

yönelik giderler, temel ihtiyaçları olağan ihtiyaç olarak değerlendirilir.²⁴⁷ Bu ihtiyaçların karşılanması için yapılacak kısmi harcamalarda hakim izni alınmasına gerek yoktur; ana babanın kanundan doğan hakkıdır.²⁴⁸ Ancak çocuk mallarının hızla tüketilmesi gibi tehlikenin varlığı halinde hakimin çocuk mallarına ilişkin genel koruyucu tedbirleri alma hakkı saklıdır.²⁴⁹

Kanunda ifade edilen olağan ihtiyaçlar ölçüsünde kısmen harcamasına olanak tanınan edimler “*sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri*” edimlerdir. Bir başka deyişle burada para cinsinde olan nafaka ödemeleri, sosyal güvenlik ödemeleri, maddi-manevi tazminat ve benzeri edimleri içerir.²⁵⁰

TMK md. 356/II “*Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hâkim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanıyabilir*” ve benzer nitelikte md. 327/II “*Ana ve baba, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı hâlinde, hâkimin izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar sarfedebilirler*” şeklindedir. TMK md.356 ilk fıkrasında olağan ihtiyaçlara yönelik olarak çocuk mallarının harcaması konu edilirken ikinci fıkra ile zorunluluk hali bir başka deyişle olağanüstü durumlar için çocuk mallarının harcaması düzenlenmiştir. Üstelik bu olağanüstü durumlarda normalde başvurulmayan çocuk mallarına başvuru hakkı tanınmıştır.²⁵¹ Diğer mallardan kasıt, çocuğun geliri ve toplu haldeki paraları dışında

²⁴⁷ Akyüz, s.253; Baygın/Doğan, s.418.

²⁴⁸ Albayrak, s.452.

²⁴⁹ Baygın/Doğan, s.418.

²⁵⁰ Albayrak, s.452; Akyüz, s.253; Reyhani Yüksel, s.111.

²⁵¹ Akyüz, s. 254.

kalan her türlü malıdır. Örneğin bir çocuğa ait bir taşınmazın satışı ile bu giderlere harcama yapılması mümkündür.

Kanun koyucu ikinci fıkradaki harcamaya ilişkinde sınırlamalar getirmiştir. Öncelikle burada harcama ancak zorunluluk halinde mümkündür. Birinci fıkradaki ihtiyaçlara yönelik harcama ile çözümlenemeyen ve zorunluluğu olduğu durumlarda diğer malların harcanması mümkündür. Zorunluluk hali, ana babanın çocuğun bakımını sağlayamayacak kadar yoksul olmaları, çocuğun yüksek maliyetli ameliyat ihtiyacı ve benzeri durumlarda söz konusu olur.²⁵² Bir diğer sınırlama ise diğer malların harcanması hakim iznine bağlanmıştır. Hakimin izin verdiği miktarda harcama yapılır. Gerekirse hakim malların tamamının harcanmasına da izin verebilir. Hakim izni harcamadan önce alınmalıdır; sonrada icazet alınması mümkün değildir.²⁵³

İkinci fıkra kapsamındaki hakim izni sınırlaması doktrinde ve uygulamada tartışmalıdır. Türkiye Noterler Birliği'nin konu hakkında paylaştığı bilgi yazısına göre TMK md. 356/II gereği çocuk mallarının ilişkin satış işlemlerinde hakim iznine dair kararın sunulması gerektiği ifade edilmiştir.²⁵⁴ Doktrinde ise bizim de katıldığımız hakim görüş kabul edilmektedir.²⁵⁵ KILIÇOĞLU'na göre TMK md. 342 hükmü velinin vasiden farklı olarak TMK md. 462'de yer alan vesayet makamının bir başka deyişle Sulh Hukuk Mahkemesin izni alınmasının gerekmemektedir. Bu kapsamda TMK md. 356/II ile TMK md. 342/III hükümleri çelişmemektedir. Yazara göre, ana baba çocuk mallarının noterde ya da tapuda satışında herhangi bir şekilde amaçlarını söylemeleri gerekmediği gibi bu kurumlarında satıcının amacını araştırma yetkisi bulunmamaktadır.

²⁵² Akyüz, s.254; Özdemir, s.97.

²⁵³ Albayrak, s.453; Baygın/Doğan, s.420.

²⁵⁴ Kılıçoğlu, s.523; Baygın/Doğan, s.420-421.

²⁵⁵ Detaylı bilgi için bkz. Karaca, s.53 vd.; Kılıçoğlu, s.523 vd; Serozan, s.271.

Ayrıca TMK md.342/III gereği ana babanın böyle bir işlem için hakimden izin alması gerekmemektedir. Fakat ana baba md. 356'da bahsedilen zorunluluk halinde çocuğun bakımı için harcama yapacaksa ve md. 363'te yer alan ana babanın sorumluluğundan kurtulmak için hakim izni almalıdır. Yazar, ana babanın satış işleminin amacının çocuğun giderlerini karşılamak olduğunu bildirdiği durumlarda noterin hakim kararı isteme hakkı olduğunu ifade etmiştir.²⁵⁶ Bu görüşle benzer nitelikte olan *ÖZDEMİR*'e göre²⁵⁷ veli, vasiden ayrı olarak satış işlemi için izne ihtiyacı yoktur. Veli md. 356/II hükmündeki izni, çocuk mallarının satışı için değil satış karşılığı bedelin çocuk giderlerine yönelik harcanması konusunda alır. *BAYGIN/DOĞAN*'a göre²⁵⁸ ana baba yönetim hakkı kapsamında çok malları üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerine sahiptir. Md. 356 ise ana babanın yönetim hakkına ilişkin olmaktan ziyade “olağanüstü” durumlara özgüdür ve aslında kendilerinin çocuğun giderlerini karşıyla yükümlülüğüne ilişkindir.²⁵⁹ Yargıtay'ında bu görüş doğrultusunda kararları vardır.²⁶⁰

²⁵⁶ Kılıçoğlu, s.523-54-24.

²⁵⁷ Özdemir, s.97; Baygın/Doğan, s. 421.

²⁵⁸ Baygın/Doğan, s. 421-422.

²⁵⁹ Serozan, s.271.

²⁶⁰ Yargıtay 2.HD, E.2002/5872, K.200/6944, T. 24.05.2002: “Somut olayımızda ise; küçük Havva'nın Türk Medeni Kanununun 336/son maddesi gereğince velisi olan annesi Satı, küçüğün hisseli mallarını satarak ona tamamına sahip olacağı bir taşınmaz almak için hakimden izin istemiştir. Bu olayda Türk Medeni Kanununun 327 ve 356. madde koşulları iddia edilmediği gibi koşulların oluştuğu da kanıtlanmamıştır.

Karar gerekçesinde de açıklandığı üzere davacı anne küçüğün velisi ve yasal tek temsilcisidir. Türk Medeni Kanununun 342 ve 462/1-2. Maddeleri gereğince 327. ve 356. madde hükümleri koşullarının oluşması dışında hakimden izin almaksızın taşınır olsun taşınmaz olsun çocuk mallarını satabilecek, 360. ve 361. maddelerdeki olumsuz koşullar gerçekleşmedikçe onun mallarını yönetecek ve bununla yükümlü olacaktır. (TMK. md. 352) Yönetim hakkı sona erince de çocuğun mallarını hesabıyla birlikte ergin çocuğa, vasisine veya kayyımına devredecektir. (TMK. md. 362)”,

F. ÇOCUĞUN SERBEST MALLARI

1. Genel Olarak

Kural olarak ana baba velayet hakkına sahip oldukça çocuk malları üzerinde yönetme ve kullanma hakları da devam eder. Fakat kanun koyucu TMK md. 357-359 hükümleri ile ana babanın yönetim ve kullanma hakkının olmadığı veya bunlardan birinin var olmadığı “”Çocuğun Serbest Malları”” başlığını düzenlemiştir.²⁶¹ Buna göre dört tür mal serbest malları oluşturur.

2. Kazandırmalar

Kanun koyucu, TMK md. 357’de çocuk serbest mallarına ilişkin ilk olarak kazandırmaları düzenlemiştir. Buna göre faiz getiren yatırımlar ya da tasarruf hesabı açılarak yapılan kazandırmalar, çocuğun serbest malı niteliğindedir. Bu kazandırmalar ayrıca şerh düşülmesine gerek olmaksızın çocuğun serbest malıdır. Ana babanın bu kazandırmaların gelirini kendi yararları için harcama hakkı yoktur. Kazandırmanın faiz getirme veya tasarruf hesabı açılarak yapılması dışındaki diğer kazandırmaların kazandıran tarafından açıkça ana babanın kullanım hakkından menetmek koşuluyla

Yargıtay 1.HD E.2016/6409, K.2016/5922, T.11.05.2016: “...velayet hakkına sahip olanın, bu hak çerçevesinde çocuğun yasal temsilcisi sıfatıyla çocuk malları üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için kural olarak hakimın iznine ihtiyacı yoktur (4721 sayılı TMK. m. 342/3). Ancak, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa, hakim 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 hakim iznine tabi tutmamıştır.

Somut olaya gelince; davacı anne (...) akit tarihi itibarıyla küçükler ... ve'ın velisi ve yasal tek temsilcisidir. Bu itibarla, davacı ...'nin (velinin) 4721 sayılı TMK. nun 342/3. maddesinde tanınan izin olmaksızın tasarruf yetkisi bulunduğu gözetildiğinde küçükler ... ve'ın payının satışı geçerli olduğu gibi temlik işlemin tarafların anlaşmalarına uygun biçimde gerçekleştirildiği açıktır.”, <https://www.lexpera.com.tr/> (E.T.: 28.01.2021) .

²⁶¹ Akyüz, s.254.

yapılması halinde de ana baba kazandırmanın gelirini kendi yararına haralayamazlar. Bir başka deyişle kanunda sayılan kazandırmalardan başka bir kazandırmanın gelirinin harcanmasının önlenmesi için kazandırma yapan açıkça irade beyanında bulunmalıdır.²⁶²

Ancak md. 357/II’de ifade edildiği üzere kural olarak ana baba bu kazandırmalar üzerinde yönetim hakkına sahiptirler. Aksi ancak kazandırmayı yapan kişinin ana babayı yönetim hakkından men etmesi halinde geçerli olur. Kazandıran ana babanın yönetim yetkisini kaldırır ve bu hakkın kime verildiği belli değil ise çocuk kazandırma mallarını kendi yönetir. Fakat çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda malların yönetimini atanacak kayyım yapar.²⁶³

3. Saklı Pay

Saklı pay, mirasbırakanın üzerinde tasarruf hakkı bulunmayan miras payındaki orandır.²⁶⁴ Kural çocuğun saklı payının ana baba yönetimine tabi olmasıdır. Fakat mirasbırakan ölümüne bağlı tasarrufuyla ana babayı yönetim hakkından men edebilir. Bu yolla TMK md.358 çocuğun saklı payını serbest malı niteliğinde kabul etmiştir.²⁶⁵

TMK md.358/II gereği mirasbırakan, ölümüne bağlı tasarruf yoluyla çocuğun saklı payının yönetimini ana baba haricinde üçüncü bir kişiye de bırakabilir. Hatta mirasbırakan üçüncü kişinin belirli zamanlarda sulh hakimine hesap vermesini isteyebilir.²⁶⁶

²⁶² Dural/Öğüz/Gümüş, s.369; Özmen, s.212; Usta, s.151; Kılıçoğlu, s.525.

²⁶³ Akyüz, s.255; Karaca, s.59.

²⁶⁴ Öztan, s.592.

²⁶⁵ Akyüz, s.255; Karaca, s.60; Özmen, s.212.

²⁶⁶ Kılıçoğlu, s.526; Gençcan, s.396.

4. Meslek veya Sanatın İcrası İçin Verilen Mal

Velayetin amaçlar doğrultusunda çocuğun ayakları üzerinde durabileceği ekonomik özgürlük kazanmasına yardımcı olacak yetenek ve istekleri doğrultusunda bir meslek sahibi olması veya yetenekleri elverirse bir sanatı icra etmesi amaçlanır. Bu kapsamda ana babanın mesleki eğitim sağlama hak ve yükümlülüğü vardır. TMK md.359/I “*Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir*” hükmü yer alır. Bu hükme göre bu mallar üzerinde artık ana babanın yönetim hakkı yoktur. Söz konusu mallar kanunen çocuğun serbest malı niteliğindedir. Ayırt etme gücüne haiz çocuğun bu malları yönetme ve bu mallardan faydalanma hakkı vardır. Çocuk mesleki veya sanatına ilişkin icra işlemleri ile sınırlı olmak üzere adeta “*ehliyeti genişler*”²⁶⁷ ve fiil ehliyetine sahip olur. Bu işle alakalı işlemleri kendi başına yapabilir ve hatta işlemlerinden kendi malvarlığı ile sorumlu tutulur.²⁶⁸ Ancak çocuğun burada yapacağı işi bağımsız olarak yapması gerekir. Bir başka deyişle işverene bağımlılık içeren işler bu kapsamda değerlendirilmez.²⁶⁹ Ana babanın çocuğun mesleki veya sanat icra etmesi için verdiği mal üzerindeki yönetim hakkının geri alınması hakkına sahiptirler. Fakat ana baba bu

²⁶⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay’a göre ehliyetin genişlediği durumlar: bir meslek veya sanatın icrası için çocuğa bırakılan malın kullanımı, çocuğun kişisel kazancını yönetmesi ve bundan faydalanması hali, velisinin rızası dahilinde aile dışında yaşayan çocuğun elde ettiği kazancı kullanabilmesi, çocuğun ayırt etme gücüne sahipse ve ana babadan yönetim hakkı alınmışsa çocuğa yapılan kazandırmalar üzerinde çocuğun yönetim hakkının varlığı ve ölüme bağlı tasarruflarda çocuğun saklı payının ana baba yönetimi dışında bırakılması halinde bu payın yönetimi hallerinde söz konusu olur. Daha detaylı bilgi için bkz. **OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), B.16, İstanbul, 2016, s.105; **Albayrak**, s.465; Saymen/Elbir, s.373.

²⁶⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, s.105; **Akyüz**, s.255; **Baygın/Doğan**, s.397-398; **Usta**, s.151.

²⁶⁹ **Akyüz**, s.255; **Albayrak**, s.463; **Baygın/Doğan**, s.398; **Usta**, s.151.

hakkın kullanırken çocuğun üstün yararını gözeterek haklı bir nedenle uygun zamanda kullanılmasına dikkat etmelidir.²⁷⁰

5. Kişisel Kazanç

Kişisel kazanç, çocuğun kendi rızası ve ana babasının onayı ile kendisine uygun işlerde çalışarak elde ettiği kazançtır.²⁷¹ Çocuk kendi kişisel kazancının getirisinden faydalanma ve bu getiriyi yönetme hakkına sahiptir. Ana baba çocuğun kişisel kazancı yönetme veya kullanma hakkı yoktur. Fakat TMK md. 359/II “*Çocuğun evde ana ve babasıyla birlikte yaşaması hâlinde, ana ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyebilirler*” şeklindedir. Bu hükümle ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre; çocuğun kişisel kazancının varlığı halinde veya mesleki ya da sanat icrasıyla elde ettiği gelirlerin varlığı halinde çocuğun ana baba ile birlikte yaşaması durumunda ana babanın çocuğun bakımına katkıda bulunulmasını isteme hakkı vardır. Katkıda bulunma talebi, sadece çocuğun bakımında ihtiyaç duyulmasıyla sınırlı olup; bunun dışındaki aile ihtiyaçlarını kapsamaz. Çocuk ana baba ile birlikte yaşamıyor ise çocuğun kişisel kazanç getirisi de mesleki veya sanat icrasından olan geliri de çocuğa aittir.²⁷²

IV. ÇOCUĞUN TEMSİLİNE İLİŞKİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER

Velayetin kapsamı itibariyle bir diğer unsuru da çocuğun temsiline ilişkindir. Çocuk ayırt etme gücüne sahip olsun veya olmasın erginliğini kazanamamış ise velayete tabidir. Velayet altında olduğu sürece çocuğun temsili velayet hakkına sahip ana babanın hem hakkı hem de yükümlülüğüdür. Çocuk da herkes gibi üçüncü kişilerle

²⁷⁰Detaylı bilgi için bkz . Baygın/Doğan, s.398, dn.71; Albayrak, s.463; Usta, s.151-152.

²⁷¹ Bozkurt, s.164; Usta, s.152.

²⁷² Özmen, s.213; Albayrak, s.464 vd.; Akyüz, s.256; Karaca, s.60; Bozkurt, s.164.

arasında hukuki işlem gerçekleştirmektedir. Çocuğun yasal temsilcisi olarak ana baba çocuğun kişi varlığına veya malvarlığına ilişkin hukuki işlemlerde çocuğu temsil ederler. Bu nedenle velayete ilişkin en önemli unsurlardan biri çocuğun temsildir.

TMK md.342/I “*Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler*” olarak ifade edilmiştir. Hükümden de anlaşılacağı üzere ana babanın çocuğun üçüncü kişilerle yapacağı işlemler çocuğun yasal temsilcisi olarak çocuğu temsil ederler. Temsil hak ve görevi tamamen velayet hakkına bağlıdır. Bir başka deyişle temsil yetkisinin öncelikli sınırı velayetin sınırlarıdır. Velayetin herhangi bir şekilde sona ermesi temsil yetkisini de sona erdirir. Temsil yetkisi olmaksızın çocuk adına ve hesabına işlem yapan ana baba için TBK md.46 vd. hükümlerince yetkisiz temsil söz konusu olur.²⁷³ Ayrıca temsil yetkisinin ana baba tarafından kötüye kullanımı halinde md. 361 gereği koruma tedbirleri alınabilir, gerekirse velayet hakkı tamamen kaldırılabilir.²⁷⁴

Ana baba çocuğu temsil etme yetkisini velayetin amacına uygun kullanılmalıdır. Velayet kapsamındaki her hak ve yükümlülükte olduğu üzere temsil yetkisinin kullanımı da velayetin amacı ve kapsamı ile sınırlıdır.²⁷⁵ Bu kapsamda bu amaca uygun hareket ederken olmazsa olmaz çocuğun üstün yararı gözetilmelidir. Ayrıca çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması halinde çocuğun olgunluğu ölçüsünde görüşünün alınması gerekmektedir.²⁷⁶

Ana baba çocuğun temsili kapsamında kural olarak çocuğun kişi varlığı veya malvarlığına ilişkin her türlü hukuki işlemi çocuğun adına ve hesabına yapabilirler.

²⁷³ Serozan, s.273; Abik, s.56.

²⁷⁴ Akyüz, s.261.

²⁷⁵ Tekinay, s.507; Akyüz, s.259.

²⁷⁶ Karaca, s.38; Akyüz, s.260; Abik, s.55.

Fakat ana baba çocuğu temsilen çocuğu bir borcun kefilı yapamaz, çocuk mallarını önemli miktarda bağışlayamaz, çocuk mallarını vakfedemez ve rekabet yasağı sözleşmesi yapamaz.²⁷⁷ Ana baba çocuğu ergin olduğunda malvarlığını aşacak miktarda borçlandırılmaz.²⁷⁸

Ana babanın velayeti birlikte kullandıkları hallerde çocuğun temsili de birlikte kullanılır. Bahse konu birlikte kullanım ana babanın aynı anda aynı yerde bulunması veya aynı irade beyanını açıklamaya ihtiyaç duyulması şeklinde anlaşılmamalıdır. Kanun koyucu da bu konuda TMK 342/II karinesi ile iyiniyetli üçüncü kişiyi koruma yoluna gitmiştir. Madde hükmü “*İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler*” şeklindedir. Kanun hükmünden anlaşılağı üzere eşler arası eşitlik benimsenmiştir. Eşlerin temsil yetkisi birlikte kullanmakta olup birbirilerine üstünlükleri bulunmamaktadır.²⁷⁹ Ancak üçüncü kişinin eşlerden birinin rızasının olmadığını bildiğı veya yeterli özen gösterse bilebilecek durumda olduğ u hallerde iyiniyeti korunmayacağından bu hüküm uygulama alanı bulmaz.²⁸⁰ Aynı şekilde derhal yapılması gerekmeyen, gecikmesinde mahsur olmayan ancak ana babanın ikisinin de rızasının alınmasının mühim olduğ u önemli işlerde de bu hüküm uygulanmamalıdır.²⁸¹

Kanun koyucu çocuğun fiil ehliyetini TMK md. 343/I “*Velâyet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir*” hükmü ile düzenlemiştir. Bu hükümle de vesayet altındaki kısıtlı ile velayet altındaki çocuk TMK md. 16’da da

²⁷⁷ Tekinay, s.508; Akyüz, s.259; Özmen, s.41; Karaca, s.39.

²⁷⁸ Abik s.55; Akyüz, s.260.

²⁷⁹ Çelik, s.266; Kılıçoğlu, s.506; Ertaş, s.393.

²⁸⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s.367; Kılıçoğlu, s.507.

²⁸¹ Akyüz, s.260.

ifade edildiği üzere birbirine eş tutulmuştur.²⁸² Ayırt etme gücüne sahip olan küçük veya kısıtlı, sınırlı ehliyetsiz olarak kabul edilir. TMK md. 342/III “*Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velâyetteki temsilde de uygulanır*” şeklindedir. Bu hüküm ile velayet altındaki çocuğun temsiline ilişkin konularda TMK md.448-453 vesayet altındaki kısıtlıya ilişkin hükümlere atıfta bulunulmuştur. Ayrıca “*iznine bağlı hususlar dışında*” ibaresi ile veliyi, vasiye göre daha bağımsız kılmıştır.²⁸³ Bu istisnai tutum bizce de doğrudur. Velayet sahibi ana babadır ve ana babanın çocuğuyla olan yakınlığı ile vasinin kısıtlı kişi ile olan yakınlığı ve ilişkisi aynı olamaz. Bu nedenle kanun koyucu ana babaya bağımsız bir alan tanınması ana babaya olan güveninden kaynaklanır.²⁸⁴

Ayırt etme gücüne sahip olan küçük diğer bir tabirle sınırlı ehliyetsiz, kendisini borç altına sokmayacak işlemleri kendi başına yapabilir.²⁸⁵ Bir başka deyişle karşılık gerektirmeyen kazandırmaları yasal temsilcinin katılımı olmaksızın yapabilirler. Fakat kazandırmanın yanında çocuğa borç yükleyen ya da sadece borç altına sokan işlemlerin veya tasarruf işlemlerini yasal temsilcinin izni olmaksızın yapılamaz.²⁸⁶ Ayırt etme gücüne sahip çocuk, tek başına yaptığı işlemlere, işlem öncesi velisi tarafından izin verilebilir veya sonrasında icazet alınabilir. İcazete kadar geçen aşamada “*askıda hükümsüz*”²⁸⁷ bir başka deyişle “*tek taraflı bağlamazlık*”²⁸⁸ kabul edilir. Sonradan

²⁸² Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.93 Kılıçoğlu, s.509.

²⁸³ Ertaş, s.393.

²⁸⁴ Kılıçoğlu, s.508.

²⁸⁵ AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, B.15, C.1, İstanbul, 2019, s.324; HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, B.8, İstanbul, 2017, s.78.

²⁸⁶ Helvacı, s.78; Akipek/Akıntürk/Ateş, s.329 vd.; Karaca, s.41-42.

²⁸⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.98; HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Kişiler Hukuku, İstanbul, 2013, s.25.

alınan icazet, işlemi en baştan itibaren geçerli hale getirir. Aksi halde ise baştan itibaren geçersiz kabul edilir.²⁸⁹ Bu durumda tarafların verdikleri edimleri iyiniyete bağlı sebepsiz zenginleşme kapsamında iade etmeleri gerekir.²⁹⁰ Sınırlı ehliyetsiz kabul edilen çocuğun şahsına sıkı sıkıya bağlı haklarında mutlak-nisbi ayırımına gidilmiştir.²⁹¹ Buna göre mutlak şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında çocuk tek başına yetkilidir. Bu işlemlerin ana babası tarafından yapılması söz konusu olamaz. Fakat acil ameliyat kararı gibi ivedi hallerde çocuk yerine yasal temsilcisi olan ana babanın gerekli işlemleri yapabileceği kabul edilir. Çocuğun nisbi şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları bakımından ise yasal temsilcinin çocuk adına ve hesabına işlem yapabilmesi mümkündür.²⁹²

Çocuğun ayırt etme gücünden yoksun olması halinde ise yaptığı işlemler kural olarak ister kazandırıcı isterse borçlandırıcı olsun kesin hükümsüzdür.²⁹³ Bu işlemlere sonradan yasal temsilcisinin bir başka deyişle kural olarak velisinin icazet göstermesi veya üçüncü kişinin iyiniyetli olsa dahi sonuç aynıdır.²⁹⁴ Bu nedenle tam ehliyetsiz çocuğun daima yasal temsilcisi tarafından temsili gerekir ancak bu sayede yapılan

²⁸⁸Daha detaylı bilgi için bkz. **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s.331 vd.

²⁸⁹ **Berki**, s.49; **Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, s.26.

²⁹⁰ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s.333; **Bükel Koç**, s.31; **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, s.99.

²⁹¹ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.438; **AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya**: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.2, B.23, İstanbul, 2021, s.522.

²⁹² **Serozan**, s.279.

²⁹³ Kural bu işlemlerin kesin hükümsüzlüğü olsa da istisnaları mevcuttur. Bu kapsamda iradeden bağımsız doğan hukuki sonuçlar, tam ehliyetsizin yaptığı evlilik, tam ehliyetsizin ölüme bağlı tasarrufu, hükümsüzlüğü ileri sürmenin hakkın kötüye kullanımına sebep olması ve tam ehliyetsizin hizmet sözleşmesinin tarafı olması kabul edilir.Daha detaylı bilgi için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, s.84 vd. **Helvacı**, s.67.

²⁹⁴ **Helvacı**, s.69.

işlemler geçerli kabul edilir.²⁹⁵ Kişiyе sıkı sıkıya bağı haklar ise ayrıca bir inceleme konusudur. Esasında kişiyе sıkı sıkıya bağı haklar bizzat sahibi tarafından kullanılması kabul edilmiştir bu nedenle yasal temsilci aracılığıyla dahi kullanılamaz.²⁹⁶ Ancak tam ehliyetsizlerin mağdur olmaması amacıyla bu konuda bir ayrıma gidilmiştir. Bu haklar mutlak ve nisbi anlamda kişiyе sıkı sıkıya bağı haklar olarak ayrılmıştır.²⁹⁷ Bu ayrıma göre mutlak kişiyе sıkı sıkıya bağı haklar (evlenme, nişanlanma, vasiyet düzenleme, boşanma, evlat edinme, tanıma vb...) kesin olarak sahibi tarafından bizzat kullanılmalıdır. Ancak *SEROZAN'a* göre²⁹⁸, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun mutlak şahsa bağı hakları çocuğun yararına göre gerektiği takdirde hakim onayıyla yasal temsilci tarafından kullanılabilmelidir. Nisbi kişiyе sıkı sıkıya bağı haklar ise (adın korunması, tanımaya itiraz vb...) tam ehliyetsizin korunması ihtiyacından dolayı yasal temsilcisi tarafından kullanılabilceğı kabul edilmiştir.²⁹⁹

TMK md.343/II hükmü gereğı çocuk kendi borçlarından bütün malvarlığı ile sorumludur. Bu kapsamda çocuk, velayet hakkına sahip ana babanın rızasıyla yapılan hukuki işlemlerden ve ana babasının yasal temsilci olarak yaptıkları hukuki işlemlerden sorumlu tutulur.³⁰⁰

Ayrıca çocuğun haksız fiilinden sorumlu tutulduğu durumlar ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına göre farklı sonuçlar doğurur. TMK md. 16/II hükmüne göre ayırt

²⁹⁵ Helvacı, s.70; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.81-82; Bozkurt, s.171; Serozan, s.275.

²⁹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.86; Akipek/Akıntürk/Ateş, s.327.

²⁹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.87.

²⁹⁸ Serozan, s.277.

²⁹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.87; Bozkurt, s.172; KURT Ekrem: “Türk Hukukunda Kişiyе Sıkı Sıkıya Bağı Haklar ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, 2016, s.133.

³⁰⁰ Akyüz, s.262; Abik, s.57.

etme gücüne sahip küçük haksız fiillerinden sorumludur. TMK md. 15 gereği ayırt etme gücüne sahip olmayanları fiillerinden sorumlulukları doğmaz. Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün de haksız fiil sorumluluğu yoktur. Fakat kusursuz sorumluluk hallerinden TBK md. 65 hükmü gereği hakkaniyetin gerekli kıldığı durumda hakim kararıyla çocuk zarardan sorumlu tutulabilir.³⁰¹ Çocuğun verdiği zararlardan hakkaniyet sorumluluğu dışında ev başkanının sorumluluğuna da gidilebilir. TMK md. 369 hükmü gereği ev başkanı küçüğün verdiği zarardan gerekli özeni gösterdiğini ispat etmedikçe veya gösterseydi dahi zararın meydana gelmesinin kaçınılmaz olduğunu ispat etmedikçe sorumludur. Fakat TMK md.369 ev başkanının sorumluluğu ile TBK md.65 hakkaniyet sorumluluğu arasında en önemli fark çocuğun ayırt etme gücüne haiz olması dolayısıyla fiil ehliyetine sahip olması ve kusurlu davranış sergilemesidir.³⁰² Ayırt etme gücüne haiz çocuk sınırlı ehliyetsizdir ve kusurlu fiillerinden sorumlu tutulur bu kapsamda ev başkanının sorumluluğuna şartlarının sağlanması halinde gidilebilir. TBK md. 65 doğrudan zararın tanzimini çocuktan yapmayı hükmederken TMK md. 369 ise tanzimi ev başkanına yöneltir.³⁰³

TMK md 345'te çocuk ile ana baba arasındaki hukuki işlemler ve ana baba menfaatine olan işlemler düzenlenmiştir. Bu işlemler de temsil yetkisinin geçerliliğini kaybeder. Kimi zaman ana baba ile çocuk arasında hukuki işlemler düzenlenebilmektedir. Bu işlemler ile eğer çocuk borç altına sokuluyorsa o halde işleme bir kayyımın katılması ve işlemi hakim onaylaması gerekir. Örnek olarak ana baba lehine irtifak hakkı düzenlenmesi gösterilebilir.³⁰⁴ TMK md. 345 emredici hukuk kuralı

³⁰¹ **ARBEK, Ömer:** Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk, Ankara, 2007, s.53; **Helvacı,** s.74-75.

³⁰² **Arbek,** s.60.

³⁰³ **Serozan,** s.298 vd.; **Kılıçoğlu,** s.509.

³⁰⁴ **Abik,** s.55.

niteliğindedir. Bu nedenle bu koşulların gerçekleşmemesi halinde işlem kesin hükümsüzdür. Çocuğu borç altına sokmayan ana baba ile çocuk arasındaki hukuki işlemlerde ise bu koşullar aranmaz. Zaten TMK md. 346 hükmünde de ana babanın çocuğun menfaatine çare bulamaması halinde hakim in gerekli tedbirleri alacağı düzenlenmiştir. Kanunun diğ er bir düzenlediğı ilişki de çocuk ile üçüncü kişi arasındaki hukuki işlemin ana babaya menfaat sağ laması ve çocuğu borç altına sokması durumudur. Örnek olarak kredi çeken baba için bankaya çocuğun taşınmazının ipotek edilmesi gösterilebilir.³⁰⁵ Bu ilişkide de ana baba menfaat elde ederken çocuk borç altına girmektedir. Çocuğun üçüncü kişiyle ilişkiyi kurması önem arz etmez. Mühim olan çocuk menfaati ile ana babanın menfaatlerinin çatışmasıdır. Yine çocuğu temsilen kayyımın işleme katılması ve hakim onayı işlemin bağ layıcı unsurudur.³⁰⁶

Hükmün asıl amacı çocuk ile ana baba arasında menfaat çatışmasının düzenlenmesidir. Bu nedenle çocuğun borç altına sokulduğı ana babanın ise fayda sağ ladığı durumlara ilişkin özel düzenleme yapılmıştır. Bunun dışında çocuk menfaatine olan hukuki ilişkiler bu madde kapsamında değ erlendirilemez.³⁰⁷ Ana baba ile çocuk arasında menfaat çatışmasının doğ masıyla aralarındaki temsil ilişkisi de TMK md.345 gereğı sona ermiş olur.³⁰⁸

³⁰⁵ Kılıçoğlu, s.512.

³⁰⁶ Saymen/Elbir, s.375-376; Kılıçoğlu, s.512; Abugalı, s.359.

³⁰⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s.368; Abugalı, s.359.

³⁰⁸ Abik, s.56.

§ 3. VELAYET İLİŞKİSİNİN TARAFLARI

I. VELAYETE SAHİP OLANLAR

Velayet iki tarafı olan bir hukuki ilişkidir. Amacı, çocuğun ileride ayakları üzerinde durabilmesini, sorumluluk sahibi olabilmesini bağımsız bir birey olabilmesini sağlamaktır. Ayrıca yeterli olgunluk seviyesine erişememiş çocuğun bu gelişimi sağlayabilmesi için gerekli kararların alınması ve işlemlerin yapılması sürecidir. Bu nedenle hem çocuğun menfaatine bir hak hem de velayete sahip olanların hakkı ve yükümlülüğüdür. Bu işlev ve amaca sahip velayet ilişkisinde velayet hakkına sahip olabilenler Türk Hukukunda oldukça sınırlı tutulmuştur. Velayet hakkı sadece ana babaya tanınmıştır. Ana baba harici kimseler velayete sahip olamazlar.³⁰⁹ Kanunumuz kural olarak velayeti soybağına bağlamıştır. TMK md. 335/I’de açıkça ifade edilmiştir. *“Ergin olmayan çocuk ana baba velayeti altındadır...”* Ana babaya velayet hakkının tanınmasının istisnası TMK md. 337’nin yorumundan çıkartılabilir. Buna göre velayete sahip olması gereken kişinin küçüklük, kısıtlılık halinde olması ya da ölmüş veya hakim kararıyla kendisinden velayet alınmışsa o halde hakim çocuğa vasi atar.³¹⁰

Türk Medeni Kanunu’na göre kural evlilik içinde çocuğun doğumuyla beraber velayetin ana babaya ait olmasıdır. Yasal bir neden olmadıkça velayet hakkı bu kişilerden alınmaz (TMK md.335). Ana baba evlilik birliği içindeyken velayeti birlikte kullanırlar (TMK md.336). Fakat eşlerden birinin ölümünde veya gaipliğine

³⁰⁹ **UZUN KAZMACI, Özge:** “Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, 2018, s.173; **HUYSAL, Burak:** Devletler Özel Hukukunda Velayet, 2005, s.19; **Reyhani Yüksel,** s.45; **Akyüz,** s.222; **Abik,** s.27.

³¹⁰ **Uzun Kazmacı,** s. 173; **Abik,** s.27.

karar verilmesi durumunda velayet hakkı sağ kalan diğer e e geçer. Boşanma sonrası velayetin bırakılmasının aksine burada mahkeme kararına ihtiyaç yoktur.³¹¹

Velayet ilişkisinin kurulması soybağı esasına dayanır. Biyolojik ana baba olmak hukuken velayete sahip olmaya yetmez ayrıca hukuken geçerli soybağı ilişkisi bulunmalıdır.³¹² Hukukumuzda ana ile  ocuk ve baba ile  ocuk arasında soybağı kurulması ve dolayısıyla velayet ilişkisinin bulunması farklı esaslara dayanır.³¹³ Eski Medeni Kanun'da evlilik dışı doğan çocukların velayeti ancak hakim kararıyla belirlenebilirken mevcut Türk Medeni Kanunun'da “*doğuran kadın anadır*” düşüncesiyle hareket edilmiştir.³¹⁴ TMK md. 282'e göre ana ile  ocuk arasında soybağı do umla kurulur. Dolayısıyla velayet ilişkisi de çocuğun doğumu ile ba lar.  ocuk evlilik birliği içinde veya md. 337/I'de ifade edildiği üzere evlilik birliği dışında do mu  olsa bile velayet anaya aittir.³¹⁵ Ana ile  ocuk arasında kanundan doğan bir velayet ilişkisi vardır. Bu durumun istisnası yukarıda bahsetmiş olduğumuz TMK md. 337/II hükmüdür. Hüküm uyarınca ananın küçük, kısıtlı,  lm   veya velayet kendisinden alınmış ise hakim kararıyla vasi atanabilir veya velayet babaya verilebilir.

Kanun koyucu baba ile  ocuk arasında soyba ının kurulmasını ise üç yolla mümkün kılmıştır. Bunlar ana ile babanın evlenmesi, tanıma usulü ve hakim kararıyla soyba ının kurulmasıdır. Bunların yanı sıra evlilik birliği içinde babanın zaten velayet sahibi olduğu kural olarak kabul edilmektedir. Bir başka deyişle medeni kanun evlilik birliği dışında doğan  ocuk için anaya doğrudan kanundan doğan bir velayete sahip

³¹¹ **Ruhi**, s.39.

³¹² **ÇAKIR, Nagehan**: Boşanma Sonrası Ortak Velayet, Ankara, 2020, s.37 ; **Akyüz**, s.222.

³¹³ **BAYGIN, Cem**: “*Kan Başına Dayanan Soyba ı*” , Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1-4, 2002, s.279- 280; **Huysal** s.21.

³¹⁴ **Huysal**, s.21

³¹⁵ **Uzun Kazmacı**, s.173; **Ruhi**, s.37.

olma yetkisi tanırken baba için soybağının çeşitli hukuki işlemler ile kurulabilmesine olanak tanımıştır.

Evlilik birliği dışında çocuğun dünyaya gelmesine rağmen sonrasında babanın ana ile evlenerek baba ile çocuk arasında soybağı kurulabilir. Bu şekilde kurulan soybağı ile baba da herhangi bir hakim kararı gerekmeksizin velayet hakkına sahip olur. Fakat babanın çocuk ile arasındaki soybağını tanıma veya babalık davası ile bir başka deyişle mahkeme kararıyla kurması halinde baba kendiliğinden velayet hakkına sahip olmaz. Babanın bu durumlarda velayete sahip olabilmesi için ayrıca hakim kararına ihtiyacı vardır. Fakat velayet hakkının verilmesine hükmedecek hakim kararı için de TMK md.337/II'de yer alan durumların gerçekleşmesi ve hakimin çocuğun üstün yararı gereği velayetin babaya bırakılmasını uygun görmesi gerekir. Aksi halde baba çocuk ile sadece soybağını kurar ancak velayet hakkına sahip olamaz.³¹⁶

Baba çocuk ile tanıma veya mahkeme kararıyla soybağı ilişkisinin kurulmasına rağmen velayet hakkına sahip değildir. Ancak bu durumda çocuk ile arasında kişisel ilişki kurma ve iştirak nafakası gibi velayet hakkına sahip olmayan eşin hak ve yükümlülüğüne giren durumlar meydana gelebilir.³¹⁷

Velayet ana babaya aittir. Kanun koyucu üvey ana babaya, çocuk üzerinde velayet hakkı vermemiştir. Ancak yine de TMK md. 338 hükmü gereği üvey ana baba velayet sahibi eşlerine yardımcı olurlar. Ayrıca ergin olmayan çocuklar üzerinde özen ve ilgi gösterme ve gerektiği durumda çocuğun ihtiyaçları için onu temsil etme yükümlülükleri vardır. *AKYÜZ'e* göre,³¹⁸ yardım yükümlülüğü tamamlayıcı nitelikte olup özellikle çocuğun eğitimine ilişkindir. Çocuğun üvey ana baba tarafından temsili

³¹⁶ Baygın, *Soybağı*, s.279-280.

³¹⁷ Ruhi, s.38; Baygın, *Soybağı*, s.281.

³¹⁸ Akyüz, s.226.

ise durumun gerektirmesi halinde bir başka deyişle zorunluluk halinde gündeme gelir. Acil durumlar veya velayet sahibi eşin yükümlülüğünü yerine getirememesi halleri örnek gösterilebilir. Temsil, çocuğun ihtiyaçlarının giderilmesine yöneliktir. Üvey ana babanın çocuk üzerindeki temsil yükümlülüğünü zorunluluk durumuyla sınırlı olarak kullanabilir. Bu durumun sürekli bir hal alması halinde velayetin değiştirilmesi, vasi tayin edilmesi gündeme gelebilir.³¹⁹ Maddenin gerekçesine göre metnin hazırlanmasında İsviçre Medeni Kanunu'ndan esinlenilmiştir ve “*sosyal ahlâk gerekliliğini Medenî Kanunda yer alan bir özel Hukuk kuralı düzeyine çıkarmak*” amaçlanmıştır.³²⁰

Kural, velayetin ana babaya ait olmasıdır. Bu kuralın önemli bir istisnası vardır; o da evlat edinme. TMK md. 314/I “*Ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlât edinene geçer*” şeklindedir. Ana babanın temel hak ve yükümlülüğü velayete ilişkindir. Evlat edinme, evlat edinen ile çocuk arasında özel şartları olan bir hukuki işlemle soybağı kurma yoludur.³²¹ Velayet kanunen evlat edinme ile evlat edinene geçer. Mahkemenin evlat edinilmesine ilişkin verdiği karar ile çocuğun önceki soybağı kurulu ana babası ile arasındaki velayet ilişkisi sona erer.³²² Ancak biyolojik ana babanın velayet hakkı sona erse de çocukla kişisel ilişki kurma hakkının olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Hakim görüş³²³, biyolojik ana baba velayet hakkını evlat edinme ile kaybetmiş olsa da çocukla kişisel ilişki kurma haklarının var olduğuna yöneliktir. Ancak bu hakkın çocuğun üstün yararının gerektirdiği takdirde var

³¹⁹ **Abik**, s.27-28; Reyhani **Yüksel**, s.46.

³²⁰ Türk Medeni Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Dönem:21, Yasama Yılı:3, Sıra Sayı Numarası:723, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m.htm>, (E.T.: 05.02.2021).

³²¹ **Serozan**, s.219.

³²² **Çakır**, s.39; **Usta**, s.25.

³²³ **Çakır**, s.39; **Ruhi**, s.51; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.357.

olabileceği kabul edilir. TMK md. 323 gereği de velayet hakkına sahip olmayan ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı vardır. Yargıtay da çocuğun evlat edinilmesi halinde çocuk ile gerçek ana baba arasında çocuğun üstün yararı uyarınca kişisel ilişki kurma hakları devam edeceğini kabul eder. Kişisel ilişki kurma hem çocuk için hem de ana baba için bir hak niteliğindedir.³²⁴ Diğer görüş ise evlat edinmeyle sona eren velayet hakkının kişisel ilişki kurma hakkını da ortadan kaldıracağı yönündedir.³²⁵

II. VELAYET ALTINDA OLANLAR

TMK md. 335/I hükmü “*Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır*” olarak ifade edilmiştir. Velayet çocuğun erginliğe kadar geçen döneminde söz konusu olur. Hukukumuzda göre olağan erginlik, 18 yaşın doldurulmasıyla kazanılır. Ancak farklı durumlarda da erginlik kazanılabilir. 15 yaşını dolduran küçük ailesinin rızası ve kendi isteği ile eğer menfaatine ise hakim kararıyla ergin kılınabilir. Ayrıca evlilik de kişiyi ergin kılar. Evlilik olağanüstü hallerde 16 yaşın dolarak hakim kararı verilmesi; olağan durumda ise 17 yaşın dolmasıyla mümkündür. Bu yaşlardan sonra da kişi ergin kabul edilir. Böylece bütün bu durumlar çocuğu velayet altından çıkartır.³²⁶

TMK md. 335/II hükmü “*Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar*” olarak ifade edilmiştir. Aynı şekilde TMK md.419/III hükmüne göre de kural olarak kısıtlanan ergin çocuk velayet altında bırakılır. Çocuk her ne kadar kendiliğinden veya mahkeme kararıyla erginliğini kazanmış olsa da korunma amacıyla kanunda sayılan sebeplerle sınırlı olarak kişinin sınırlandırılması mümkündür. Türk Medeni Kanunu’na göre akıl hastalığı, akıl zayıflığından dolayı işini göremeyen, sürekli olarak korunma ve bakım için yardıma

³²⁴ Ruhi, s.51-52.

³²⁵ Çakır, s.39.

³²⁶ Abugalı, s.342; Abik, s.28; Reyhani Yüksel, s.69; Çakır, s.41.

ihitiya duyan, başkalarını tehlikeye atan veya savurganlık, alkol veya uyuşturucu bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, malvarlığını kötü yönetme ya da bir yıl veya daha uzun süreyle özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olan kişi bu sebeplerinden dolayı kısıtlanır. Hakim eğer kısıtlı ergin ocuk için vasi atamaya ihtiyaç duymaz ise kısıtlanan ergin ocuk ana babanın velayetine tabiidir. Hakimin burada takdir yetkisi bulunmaktadır. Hiç şüphe yok ki hakim takdir yetkisini çocuğun üstün yararını gözeterek kullanmalıdır.

§ 4. VELAYET HAKKININ KULLANILMASI

I. EVLİLİK BİRLİĞİ İÇİNDE

Velayet ilişkisi çocuğun soybağı ilişkisi kurduğu ana ve baba ile çocuk arasında kurulur. Türk Medeni Kanunu m.336/I'e göre evlilik birliği süresince ana baba velayeti birlikte kullanır. Bir başka deyişle evlilik bağı ile birbirine bağlı ana babanın evlilik içinde meydana gelen çocuklarının velayetinin kullanımında birliktelik esastır. Madde hükmü birlikte velayet kullanımını çocuğun evlilik birliği içinde doğmasıyla sınırlandırmamıştır. Evlilik birliği dışında doğan çocuğun ana babası evlenirse yine velayetin ana baba tarafından birlikte kullanımı söz konusu olur. Ayrıca müşterek çocuğa sahip ana babanın boşandıktan sonra tekrar evlenmeleri halinde de çocuğun velayetini birlikte kullanırlar.³²⁷ Saydığımız her durumda da velayetin eşler tarafından birlikte fiilen kullanımı söz konusudur.

Velayetin birlikte kullanımı kapsamında ana baba birbirilerinin görüşlerini dikkate almalı, birbirilerine danışmalı, gerekli tedbir ve özeni göstermekle yükümlüdürler. Gerçekten de TMK md.182 hükmü gereği eşlerin çocukların bakım, eğitim ve gözetiminde birlikte gereken özeni göstermeleri gerekir. Oysaki eski Medeni Kanun md. 263 hükmü önceliği ana babanın velayeti birlikte kullanımına verirken anlaşmazlık halinde ise babanın fikrinin esas alınacağını ifade etmiştir. Fakat açıkça ana baba eşitliğini zedeleyen bu hüküm yeni Medeni Kanun'da isabetli olarak kaldırılmıştır. Gerçekten de eski düzenleme Anayasa'nın madde 10'da yer alan cinsiyet eşitliği hükmüne aykırıdır.³²⁸ Ancak aksi kanaatte düşünenler de vardır. Bu görüşe göre³²⁹,

³²⁷ **Reyhani Yüksel**, s.47; **BİRİNCİ UZUN, Tuba**: “*Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli*”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, 2019, s.139.

³²⁸ **Reyhani Yüksel**, s.48.

velayetin birlikte kullanımı halinde eşler arasında anlaşmazlık çıkabilir, çocuk ve aile üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabilir. Ayrıca ana baba çocuğu ve çocuk için olması gerekeni en iyi bilecek kişiler konumundadır. Bu nedenle çocuğa yönelik alınacak tedbir ve kararlarda aileye ve çocuğa yabancı bir kişi olarak hakime başvurulması ileride eşler arasında ayrılık boyutuna varabilen sonuçlara yol açabilir.

Mehaz İsviçre Medeni Kanunu ve Alman Medeni Kanunda ise bu konuya ilişkin düzenlemeler hukukumuzdakinden biraz farklıdır. İsviçre Hukuku'na göre ana babanın velayete ilişkin konularda anlaşamaması halinde doğrudan hakime başvuru yolunun kullanılmasından ziyade öncelikle ailenin korunmasına yönelik oluşturulan danışmanlık kurumları aracılığıyla çözüm aranmaktadır. Ancak bu kurumların başarılı olamaması halinde sınırlı olarak hakim müdahalesine izin verilmiştir. Alman Hukuku'nda ise ana babanın anlaşmazlığa düşmesi halinde hakime başvuru sınırlı olarak tutulmuş ve hakim rolü öncelikle ana babayı anlaşmaya yönlendirici olup sonuç alınamaması halinde kendisinin karar alması şeklinde düzenlenmiştir.³³⁰

Kanaatimize göre, eski Medeni Kanun'un babanın reyine üstünlük ve öncelik atfetmesi kesinlikle ana baba arasındaki ve kadın erkek arasındaki eşitliğe aykırı nitelikte olup eşitliğin esas alındığı modern hukuk düzenlemelerine uymamaktadır. Ayrıca hem ananın hem de babanın çocukla aralarındaki velayet ilişkisi hukuken soybağına dayanmaktadır. O halde bu iki kişi arasında ayrım gözetilmesi anlamsızdır. Öncelik daima ana babanın birlikte velayete ilişkin iş ve işlemleri yapmaları ve birbirilerinin fikirlerini dikkate almalarıdır. Fakat aralarındaki anlaşmazlık halinde ise

³²⁹ **Birinci Uzun**, s.140; **Bozkurt**, s.43-44; **UÇAR, Ayhan**: “4721 Sayılı Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, AÜEHFD, C. VI, S.1-4, Erzincan, 2002, s. 330.

³³⁰ **Bozkurt**, s.47.

İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi ana babanın öncelikle aile ve çocuk üzerine uzman kurumlara danışması, sonuç alınamaması halinde hakim müdahalesine başvurulması daha doğru olacağı düşüncesindeyiz. Her ne kadar TMK md. 195/I hükmü ana babanın uyuşmazlık hallerinde hakime başvurabileceğini belirtmiş olsa da aynı maddenin ikinci fıkrası hakime adeta uzlaştırıcı rolü vermiştir. Oysaki hakimlerin mesleki uzmanlık alanları bu role uygun değildir. Hakimler yerine aile terapistleri, pedagoglar ve psikologlar gibi çeşitli uzmanlık alanlarından kişilerden oluşan kurumların öncelikli danışma merkezi olması ancak sonuçsuz kalınması halinde hakimın yine uzmanlar yoluyla TMK md. 195 ve md.346 hükümlerini işletmesinin doğru olduğu kanaatindeyiz.

Ana baba çocuk üzerindeki velayet haklarını birlikte kullanmakla beraber her işlemde beraber bulunmaları veya birlikte yapmaları anlamına gelmemektedir. Birbirlerinin önceden izinlerini alarak işlem yapabilecekleri gibi yaptıkları işlere daha sonradan diğer eşin icazet etmesi de mümkündür.³³¹ Aynı şekilde eşler arasındaki işbölümü veya aynı düşüncede olduklarının kabulüyle de birbirilerinden habersiz işlemler özellikle günlük işlemleri yapabilirler. Fakat farklı düşüncede oldukları ya da çocuğun okul kaydı, çocuğun adının konması gibi mühim işlerde birlikte karar almaları veya işlem yapmaları gerekir.³³² Bu işlemlerinde her birinde eşler gereken özeni göstermeli ve çocuğun üstün yararı ile çocuğun görüşünün alınması ilkelerini dikkate almalıdırlar.³³³

Ana baba birlikte velayete sahip olsalar dahi günlük işlerde veya fiili imkansızlıklar halinde eşlerin tek başına velayeti kullanmaları gerekebilmektedir. Bu

³³¹ **Karaca**, s.61; **Reyhani Yüksel**, s.49; **Gençcan**, s.273.

³³² **Bozkurt**, s.45; **Reyhani Yüksel**, s.49

³³³ **ÖZER TAŞKIN, Özden**: “*Velayet Hakkının Kullanılması Velayetin Değiştirilmesi*”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, 2020, s.243

hallerde de TMK md.342/II “iyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler” hükmü uygulama alanı bulmaktadır. Kanun koyucu bu hükümle üçüncü kişiyi koruma altına almıştır. Bu durumda rızası olmayan eşin üçüncü kişinin kötüniyetli olduğunu ispat etmesi gerekir. Üçüncü kişinin işlem dışı eşin rızasının yokluğunu bildiği ya da gereken özeni gösterseydi bilebilecek durumda olduğu hallerde iyiniyeti korunmaz.³³⁴

Ana babadan birinin tutukluluk hali, sağlık sebepleri, askerlik ve benzeri fiili imkansızlıklar nedeniyle velayet hakkını kullanamamaları, fikrini almak için o eşe ulaşmanın mümkün olmaması halinde ise diğer eş tek başına velayet hakkını kullanabilir.³³⁵ Ancak bu durum keyfi olarak kullanılamaz. Velayete ilişkin durumun acil olmaması halinde diğer eşin beklenmesi, görüşünün alınması gerekir.³³⁶ ÇELİK’e³³⁷ göre de fiili imkansızlıklar durumunda imkanı olan eşin izin almadan velayeti kullanabilmesine yönelik kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir.

II. EVLİLİK BİRLİĞİNE ARA VERME VEYA AYRILIK HALİNDE

Ara verme hali, evlilik birliğinin devamı sırasında belli sorunlar altında eşlerden birinin kullanabileceği bir haktır. TMK md. 195/I “Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir” hükmü ile eşlerden birinin sayılı üç tehlikeden birinin bulunması halinde ara verebileceğini düzenlemiştir. Bu tehlike halleri; kişiliğe yönelik veya ekonomik güvenliği tehdit eden ya da aile huzurunu ciddi ölçüde tehlike altına

³³⁴ Birinci Uzun, s.141.

³³⁵ CEYLAN, Ebru: “Türk Velayet Hukukunda Yeni Gelişmeler”, Legal Hukuk Dergisi, S.181, 2018, (Yeni Gelişmeler), s.49-50; Reyhani Yüksel, s.49; Abik, s.31.

³³⁶ Reyhani Yüksel, s.50; Abik s.31.

³³⁷ Çelik, s.259.

sokan durumlardır. Bu tehlike hallerinin ortak hayatın varlığı sebebiyle meydana gelmiş olması gerekir.³³⁸

Ara verme hali hukuken bir sonuç doğurmayıp fiili birliktelik durumunun sona ermesini ifade eder.³³⁹ Her ne kadar madde hükmünde eşlerden birinin bu kararı verebileceği ifade edilse de eşler beraber de bu kararı alabilirler. Karar evlilik birliğinin hukuki durumunu değiştirmez ve boşanma kararını içermez. Esasında kanun koyucu tarafından evlilik birliğinin korunmasına yönelik olarak düzenlenmiştir.³⁴⁰

TMK md.197/IV hükmüne göre ortak hayata son verilmesiyle beraber ana babanın velayete tabi çocukları ile ana baba arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde gerekli önlemleri alır. Hakim boşanma sonrasında olduğu gibi nafaka, çocukla kişisel ilişki kurulması, çocuğun kimin yanında kalacağı gibi konularda düzenleme getirir.³⁴¹ Yine md. 336/II hükmün de de “*ortak hayata son verilmesi veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir*” hükmü yer almaktadır. Kanun koyucu hakimin evlilik birliğine ara verilmesi halinde velayetin eşlerden birine verilmesini hüküm altına almıştır. Ancak hükümde “*eşlerden birine verebilir*” ifadesi kullanılarak velayetin hakim kararıyla eşlerden birine verilebileceği ya da verilmeyeceği anlaşılr. Bir başka deyişle söz konusu hükümde velayetin birine verilmesi zorunluluğu bulunmamakta olup bu takdir tamamen hakime bırakılmıştır. Çocuğun her ne kadar eşlerden birinin yanında yaşamını devam ettirmesine karar verilse de velayetin sırf o eşe bırakılması gerekmemektedir. Aksi bir şekilde çocuk, ana babadan birinin yanında kalırken çocuğun velayeti ana baba tarafından beraber kullanılabilir.³⁴² Elbette ki ortak

³³⁸ **Birinci Uzun**, s.142-143.

³³⁹ **Kılıçoğlu**, s.497.

³⁴⁰ **Özer Taşkın**, s.243.

³⁴¹ **Özer Taşkın**, s.244;

³⁴² **Özer Taşkın**, s.244; **Birinci Uzun**, s.143; **Koçhisarlıoğlu**, s.25.

hayata ara vermeyi gerektiren durumdan ötürü velayet eşlerden birine de verilebilir. Ayrıca TMK md.348 hükmü uyarınca velayetin kaldırılması tedbirine ve hatta hakim iki eşten de velayetin kaldırılarak çocuğa vasi atanmasına karar verebilir.

En nihayetinde velayete ilişkin her düzenleme de olduğu gibi bu halde de ister birlikte velayete ister eşlerden birine velayetin tevdiine karar verilsin önemli olan çocuğun üstün yararının ön planda tutularak verilecek kararın bu amacı karşılaması hedeflenmektedir. Yargıtay da bir kararında³⁴³ “*analık babalık duygularından önce küçüğün yararı dikkate alınmalıdır*” diyerek çocuğun üstün yararının velayete ilişkin davalarda bakılması gereken en önemli konu olduğunu ifade etmiştir.

Ortak hayata ara verme ile ayrılık halinde de evlilik birliği devam etmektedir. Fakat ara verme ile ayrılık hali birbirinden farklı kurumlardır. Ayrılık hali, dava yoluyla ve hakim kararıyla meydana gelen durumu ifade eder. Ayrılmak için eşlerden birinin ayrılma davası açması veya boşanma davası açması gerekir. Ancak boşanma davasının ayrılık kararıyla neticelenmesi hakimın takdirindedir. Hakim ortak hayatın yeniden kurulabileceği kanısında ise her ne kadar boşanma talep edilmişse de ayrılık kararı verebilir. Ayrılık kurumunun sonucunda eşlerin tekrar birleşmesi beklenmektedir. Ayrılık durumunda evlilik birliği devam etmekte olup bir ila üç yıl arasında bir ayrılık söz konusudur. Ancak evlilik devam ettiği sürece çocuğun velayeti eşler tarafından birlikte kullanılır. Fakat ortak hayata ara vermede olduğu gibi TMK md. 336/II hükmü gereğince hakim çocuğun velayetini ana babadan birine verebilir. Aynı şekilde hakimın velayetin eşlerden birine bırakılması veya birlikte kullanıma karar vermesi hallerinde çocuğun üstün yararı gözetilmelidir. Hakim çocuğun velayetine ilişkin düzenleme

³⁴³ Y. 2.HD. 29.05.2007 T. 13787-9038, bkz. Gençcan s.275.

yoluna gitmeyip, TMK md. 346-347 hükümlerince koruma tedbirlerine de başvurabilir.³⁴⁴

III. ANA BABADAN BİRİNİN ÖLÜMÜ HALİNDE

TMK md. 336/III hükmü gereği velayet, ana babadan birinin ölümü halinde sağ kalana bırakılır. Ölüm halinde sağ kalanın tek başına velayete sahip olması herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın kendiliğinden gerçekleşir.³⁴⁵ Ölüm hali haricinde TMK md. 31 ölüm karinesi ve TMK md. 32-35 gaiplik hükümleri kapsamındaki durumlarda da TMK md. 336/III hükmü netice doğurur. Ancak dikkat edilmelidir ki TMK md. 336/III hükmü ana babanın velayeti birlikte kullandıkları haller için geçerli bir kurumdur. Bunun dışında tek başına velayet kullanımı varken gerçekleşen ölüm hali bu madde kapsamında değerlendirilemez.³⁴⁶

Buna göre bir kimsenin ölümüne kesin gözüyle bakıldığı durumlarda o kişi ölmüş kabul edilir ve hukuken doğal ölümle aynı sonuçları doğurur. Bu tarihten itibaren velayete sağ kalan eş tek başına sahip olur. Aynı şekilde ölüm tehlikesi içinde kaybolan ve üzerinden bir yıl geçmiş olan kişi veya son haber alma tarihinden itibaren beş yıl geçmiş uzun süredir haber alınamayan kişi hakkında gaiplik kararı verilir. Gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haber alma tarihinden itibaren kişi hakkında hüküm doğurur. Bu tarihlerden itibaren kişi ölmüş gibi velayeti kaybeder ve sağ kalan eş tek başına velayet hakkına sahip olur.³⁴⁷

³⁴⁴ Akyüz, s.231; Abik, s.31-32.

³⁴⁵ Ceylan, *Yeni Gelişmeler*, s.57; Bozkurt, s.50; Birinci Uzun, s.144; Kılıçoğlu, s.498.

³⁴⁶ Bozkurt, s.52.

³⁴⁷ Birinci Uzun, s.145.

IV. BOŞANMA VEYA EVLİLİĞİN İPTALİ HALİNDE

Hem boşanma hem de evliliğin iptali kararı neticesinde hakim, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını, nafakayı ve çocuğun velayetine ilişkin takdiri düzenlemelerde bulunur. Kanun koyucu hakimin bu kararları için geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.³⁴⁸ Hatta öyle ki ana babanın çocuğun velayeti hakkında anlaşmış olmaları, sözleşme yapmaları, sözlü olarak ortak irade sunmaları hakimin vereceği karar açısından bağlayıcı nitelikte değildir.³⁴⁹

TMK md.336/III hükmü şu şekildedir: “*Velâyet, ...boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*”. Boşanma davasının neticesinde hakim, çocuğu zihinsel, bedensel ve duygusal açıdan gözeterek çocuğun üstün yararı ilkesine uygun olarak bir karar vermelidir.³⁵⁰ Bu kapsamda çocuğun eğitim ihtiyacı, mesleki ve sanatsal yetenekleri, yaşadığı çevre³⁵¹, kardeşlik³⁵² ve arkadaşlık ilişkileri ve birçok değişken dikkate alınmalıdır. Velayet bırakılacak ana ya da babanın sosyoekonomik durumları ve çocukla kişisel bağları değerlendirilmeli neticede çocuğun üstün yararına uygun karar verilmelidir.³⁵³

TMK md. 336/III hükmü doktrinde ve uygulamada tartışmalıdır. Bu hükmeye dayanarak boşanma sonrası çocuğun velayetini ana babadan birine bırakmak emredici

³⁴⁸ Velidedeoğlu, s.265; Akyüz, s.231; Abik, s.32.

³⁴⁹ Bozkurt, s.61.

³⁵⁰ Velidedeoğlu, s.267; Akyüz, s.231; Abik, s.32.

³⁵¹ “Küçüğün alıştığı ortamdan ayrılması onun gelişimine olumsuz etki yapacağı açıktır.” Y. 2.HD. T. 22.03.2002, E.2002/3147, K.2002/4072, Yetik, s.170.

³⁵² “Kardeşlerin birbirlerinden ayrılması da onun gelişimine olumsuz etki yaratacağı açıktır.” Y. 2.HD. T. 30.12.2002, E.2002/13860, K.2002/15193, Yetik, s.166-167.

³⁵³ Akyüz, s.232.

kural mıdır yoksa velayete hem ana hem baba birlikte sahip olabilir mi tartışması önemini ve güncelliğini korumaktadır.³⁵⁴

Boşanma sonrası velayetin taraflardan birine bırakılması veya birlikte kullanılması konusunda esasında temelde yatan tek bir ölçüt olmalıdır ki o da çocuğun üstün yararadır. Kanaatimizce çocuğun üstün yararının gerekli kıldığı hal eğer ki çocuğun ana babanın birlikte velayetini gerektiriyorsa o halde birlikte velayet uygulanabilmelidir. Fakat birlikte velayetin sakıncalı olacağı çocuğun ana babadan birinin velayeti altına verilmesi belki de ikisine de verilemeyerek vasi atanması çocuğun üstün yararına ise bunun tercih edilmesinde fayda vardır. Pratikte Yargıtay'da eski görüşünü değiştirerek birlikte velayetin uygulanabilir olduğuna yöneldiği görülmektedir. İsviçre ve Alman Medeni Kanunları da bu tartışmaların sonucunda birlikte velayet kurumunu kanunlaştırmıştır. Türk Medeni Kanunun'da ise henüz bir düzenleme yapılmış değildir. Esasında Türk Hukukunda velayet ve çocuk haklarına yönelik düzenlemelerde çocuğun üstün yararı ilkesinin gözetildiğini görmekteyiz. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede de çocuğun üstün yararı ilkesinin bütün sözleşmede etkisinin olduğunu ve bizim de yaptığımız kanuni düzenlemelerde ve içtihatlarımızda bu ilkeyi esas aldığımızı kabul etmeliyiz. Fakat buna rağmen TMK md. 336/III hükmünün emredici bir şekilde boşanma sonrası velayetin sadece eşlerden birine verilebileceği şeklinde kabulü, kanunumuzun özüyle de çağdaş hukuk anlayışıyla da bağdaşmaz.

³⁵⁴ Biz de ileride detaylı bir şekilde birlikte velayet kurumunu ele aldığımızdan velayetin kullanımı konu başlığı altında kısaca değinilmiştir. Konuya ilişkin doktrin tartışmalarını, yargı kararlarını ve Avrupa Hukukundaki uygulamalarını ise ileride ele alınmıştır. Bkz. Üçüncü Bölüm, §11, III.

Evlilik, TMK md.145 mutlak butlan veya TMK md.148 vd. nispi butlan sebepleriyle hakim kararıyla iptal edilebilir. Evliliğin iptali durumunda da TMK md.157 hükmü gereği velayete ilişkin konularda boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır. Hakimin evliliğin iptali kararının ardından çocuğun velayeti eşlerden birine bırakılabilir ya da tartışmalı ama mümkün olduğunu düşündüğümüz birlikte velayete karar verebilir.

Boşanma ve evliliğin iptali kararlarından sonra velayetin ana babadan birine bırakılabilir. Bu noktadan sonra velayet sahibi eşin ölümü halinde velayet re'sen sağ kalan eşe geçmez. Ancak hakim, velayetin sağ kalan eşe bırakılmasına yönelik karar vermesi halinde velayet geçer. Hakim sağ kalan eşin velayet sahibi olmasını sakıncalı bulunması halinde çocuğa vasi atanır.³⁵⁵ Oysaki evlilik birliği içinde eşlerden birinin ölümü halinde velayet re'sen sağ kalan eş tarafından tek başına kullanılmaktadır.

V. EVLİLİK BİRLİĞİ HARİCİNDEKİ İLİŞKİDE

TMK md. 337/I'e göre ana babanın evli olmaması halinde kural velayetin anaya ait olmasıdır. Bu kural evlilik dışı doğmuş çocuğun velayetine ilişkin olup babanın çocuğu tanınması veya baba ile çocuk arasında mahkeme kararıyla soybağının kurulması önem arz etmemektedir.³⁵⁶ Çünkü ana velayeti doğumla kazanır. Velayetin sonradan kaldırılması, babaya verilmesi ancak mahkeme kararıyla olur.

Kuralın istisnasını ise TMK md.337/II hükmü oluşturmaktadır. Buna göre ananın küçük olması, kısıtlı olması, ölmüş olması veya kendisinden velayetin alınması şeklindeki dört istisnanın varlığı halinde hakim çocuğun üstün yararını dikkate alarak velayeti babaya verebileceği gibi çocuğa vasi de atayabilir. Bu halde de babanın çocuk ile soybağını kurmuş olması ve talepte bulunmuş olması gerekmektedir. Ananın küçük

³⁵⁵ Gençcan, s.318 vd.

³⁵⁶ Kılıçoğlu, s.498.

olması bir başka deyişle herhangi bir şekilde henüz ergin olmaması halinde çocuğun babaya bırakılması için ananın ergin olunca da velayetin kullanımında yetersiz kalacağı anlaşılmalıdır. Aksi halde vasi atanması daha isabetlidir. Aynı şekilde ananın kısıtlı olması halinde eğer ananın kısıtlılığı kalktığında velayet hakkını kullanmakta yeterli olacağı öngörülebiliyorsa velayetin babaya verilmesinde detaylı inceleme yapılmalı gerekirse vasi atanmalıdır.³⁵⁷

Günümüzde artan sayıda evlilik dışı ilişki neticesinde doğan çocuk sayısı gözlemlenmektedir. Bu durum hukuki açıdan da çeşitli tartışmaları meydana getirmektedir. Çünkü Türk Medeni Kanunu'nda ana babanın evlilik dışı meydana gelen çocuklarının birlikte velayetine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. *ÇELİK'e* göre³⁵⁸ artan evlilik dışı ilişki ve bu ilişkilerden doğan çocuk sayısındaki artış zamanla kamu düzeni açısından sorun teşkil edebilir.³⁵⁹ Bu nedenle mevcut kanun düzenlemesi bu kimseleri resmi nikahla evlenmeye mecbur bırakabilir. Bu durum çocuğun psikolojisi açısından olumlu olur. Aksi düşüncede bulunan *AKYÜZ'e* göre³⁶⁰ ise, mevcut düzenleme Çocuk Hakları Sözleşmesinin ayrımcılığı yasaklayan ve çocuğun ana babasını bilme, onlar tarafından bakılma ve ana babanın eşit sorumluluğa sahip olduğunu ifade eden ilke ve maddelerine aykırıdır. Eğer çocuğun yararına ise ana baba ister evli olsun ister olmasın yine de birlikte velayetin uygulanabileceğini ileri sürmüştür. *REYHANI YÜKSEL'e* göre de³⁶¹ evlilik dışı çocuğun velayetinin sadece

³⁵⁷ *Akyüz*, s.235; *Abik*, s.33; *Özer Taşkın*, s.248.

³⁵⁸ *Çelik*, s.261.

³⁵⁹ 2018 yılında açıklanan verilere göre Avrupa Birliği'nde evlilik dışı doğum %42'ye ulaşmıştır. Detaylı bilgi için bkz. <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/ddn-20200717-1> (E.T.: 30.12.2021).

³⁶⁰ *Akyüz*, s.237.

³⁶¹ *Reyhani Yüksel*, s.56-57.

anada bulunması kanunun amacını aşan bir düzenlemedir. Çünkü kanunun amacı çocuğu korumak olup babayı cezalandırmak değildir. Çocuğun yararının gerektirdiği hallerde birlikte velayetin evlilik dışı ilişkilerde de mümkün olması gerekmektedir. Bir diğer görüşe göre de velayet hakkına sahip olmayan ana baba için velayete benzer nitelikte olan çocukla ilgili görüş ifade edebilme, bilgi alabilme bir nevi eksik velayet denebilecek bir düzenlemenin faydalı olacağı ileri sürülmektedir.³⁶²

Kanaatimize göre evlilik dışı ilişkilerden doğan çocukların velayeti konusunda öncelikle değerlendirmeyi çocuğa fayda açısından yapılmalıdır. Çocuğun üstün yararı ana babanın birlikte velayetini gerekli kılıyorsa evlilik olsun veya olmasın birlikte velayetin uygulanabilir olmasında çocuğun ve dolayısıyla kamunun yararı vardır. Bu ilişkiyi baba açısından değerlendirdiğimizde gerçekten de evlilik dışı doğmuş bir çocuğu ve bu çocuğunun herhangi bir iş veya işlemine katılamaması görüş ifade edememesi gündeme gelerek babayı çocuktan tamamıyla uzaklaştırma ve babanın sadece maddi bir gelir kapısı gibi kullanımı söz konusu olabilir. Aynı şekilde çocuğun da bu uzaklaşma ile adeta babasız büyümesi söz konusu olabilir. Oysaki böyle hukuki düzenleme ve anlayış ile çocuğun babasıyla yakınlık kurma imkanını elinden almaya hakkımız yoktur. Kaldı ki ana ve babanın birlikte velayet konusunda anlaşıyor olması halinde üç tarafı faydalı bir velayet ilişkisi halini alması mümkündür.

³⁶² **Bozkurt**, s.76; **Serozan**, s.255.

§ 5. VELAYET HAKKINA SAHİP OLMAYAN TARAFIN VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKI

I. KİŞİSEL İLİŞKİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE KAPSAMI

Kişisel ilişki, velayet hakkına sahip olmayan veya velayet hakkına sahip olsa bile çocuk kendisine bırakılmayan ana veya baba ile velayete tabii çocuk arasında ya da üçüncü bir kişi ile çocuk arasında kurulan ilişkiyi ifade eder.³⁶³

Kişisel ilişki ile ana veya babanın çocukla doğrudan görüşebilmesi, iletişim kurabilmesi, birbirilerine bilgi aktarabilmesi, duygusal yakınlık kurarak yabancılaşmanın önlenmesi ve karşılıklı sevgi tatmini amaçlanır.³⁶⁴ Bu amaçlara yönelik olarak kişisel ilişki sürekli ve düzenli tekrarlar şeklinde kurulur.

Kişisel ilişki, öncelikle çocuğun yararına olması sebebiyle kurulmaktadır. Sonrasında ise ana babanın yararı gözetilmektedir.³⁶⁵ Gerçekten de çocuk ana babanın ikisine de hem bakım ve yetiştirilme bakımından hem de duygusal bakımdan ihtiyaç duyar. Birinin yokluğu dahi çocuğun hem o anı hem geleceği için birtakım sorunlara yol açabilir. Fakat her ne kadar çocuk ana babaya ihtiyaç duysa da her somut vakada çocuğun üstün yararı öncelikli inceleme konusu olmalıdır. Öyle ki T.C. Anayasası

³⁶³ **Ruhi**, s.59; **Usta**, s.76; **YILMAZ, Canan**: “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, Miletlerarası Hukuk ve Miletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.35, S.1, İstanbul, 2015, s.105; **ERLÜLE, Fulya**: “Çocuk ile Kişisel ilişki Kurulması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.16, S.1-2, 2010, (Kişisel İlişki) , s.217; **Baygın, Soybağı**, s.281.

³⁶⁴ **Usta**, s.76; **SİNANOĞLU, Asena**: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Çocuk ile Kişisel İlişki Kurma Hakkı” İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s.15-16; **ÇELİKEL, Serdar**: “ Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara, 2012, s.117.

³⁶⁵ **Karaca**, s.97

md.41 “Her çocuk...yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme” ifadesine yer vererek ancak çocuğun üstün yararına aykırı olunmadıkça kişisel ilişkinin kurulabileceğini anayasal hüküm altına almıştır.

Kişisel ilişkinin çocuğun yararı amacıyla kurulmasının yanı sıra ana veya baba için de yararlarının olduğu açıktır. Çünkü kişisel ilişki, velayet ilişkisinden farklı olarak hukuki temelini dışında duygusal bağ temeline de dayanır.³⁶⁶ Zaten kişisel ilişki kurulması ana babanın duygusal tatmini ve çocuğun sevgi ihtiyacının sağlanması gibi oldukça önemli bir amaca da hizmet eder.

Kişisel ilişki hem çocuk hem de ana baba için çift taraflı bir hak olması nedeniyle doktrinde bu hak “yüküm-hak” kavramı ile ifade edilmiştir. Bir başka deyişle bir hak olmasının yanı sıra yükümlülüktür.³⁶⁷

Kişisel ilişki kurma hakkının hem ana baba hem de çocuğun bir hakkı olup kişilik hakkı kapsamındadır bu nedenle önceden feragat edilemez, devredilemez ve bu hakkın kullanılmayacağına dair eşler arasında yapılan anlaşmalar geçersiz sayılır.³⁶⁸ Yargıtay bir kararında³⁶⁹ boşanan eşlerin protokol ile kişisel ilişki kurma hakkından feragatine ilişkin olarak “*medeni hakları kullanma ehliyetinden önceden vazgeçme niteliğinde olup çocukların yüksek yararlarına açıkça aykırı olduğunu...*” şeklinde ifade ederek kişisel ilişki kurma hakkından önceden vazgeçilemeyeceğini ifade etmiştir. Kaldı ki kişisel ilişki kurma hakkı kamu düzenine ilişkin olup boşanma veya iptal davalarında

³⁶⁶ **Erlüle**, *Kişisel İlişki*, s.218.

³⁶⁷ **Erlüle**, *Kişisel İlişki*, s. 219-220; **Yılmaz**, s.106; **SERDAR, İlknur**: “*Kişisel İlişki Kurma Hakkı*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s.743.

³⁶⁸ **Gençcan**, s.500-501

³⁶⁹ **Yargıtay 2. HD 4.2.2014 T., E. 2013/11644, K. 2014/1866** detaylı bilgi için bkz. **Yılmaz**, s.107.

herhangi bir talep olmasa dahi mahkeme tarafından re'sen düzenleme yapılması gereken bir konudur.³⁷⁰

Kişisel ilişki kurma hakkı, velayet hakkından farklı olarak çocuğa ilişkin konularda müdahale hakkı tanımaz. Bir başka deyişle kişisel ilişki kuran ana veya baba çocukla doğrudan görüşebilir, kısa süreli de olsa beraber kalabilir, çeşitli iletişim araçlarıyla görüşme yapabilir fakat çocuğa dair iş ve işlemlere müdahalede bulunamaz.³⁷¹ Bunun sebebi kişinin velayet hakkına sahip olmamasıdır. Fakat ana babanın boşanma veya iptal sonrası ya da evlilik dışı ilişkilerde dahi birlikte velayete sahip olmaları halinde çocuğa ilişkin mesela eğitime yönelik karar alırken ana baba her ikisi de müdahil olabilir. Olası birlikte velayet kurumunun kabul edilmesi, kişisel ilişki kurma hakkını ortadan kaldırmaz. Kişisel ilişki kurma hakkı, kamu düzenine ilişkin olup çocuk kendisine bırakılmayan ana veya baba için de hakim tarafından kendiliğinden veya talep üzerine düzenlenmesi gereken bir konudur. Birlikte velayete sahip olursa dahi çocuk ana babadan biriyle daha çok zaman geçirebilir, onun yanında kalabilir bu durumda kendisine bırakılmayan ana veya babanın kişisel ilişki kurması çocuğun üstün yararı gerekli kıldıkça uygulanır.

II. KİŞİSEL İLİŞKİNİN DÜZENLENMESİ

A. GENEL OLARAK

Kişisel ilişki hakkı Anayasa md. 41 hükmüne dayanan anayasal bir hak olmasının dışında kişisel ilişkinin kurulması kamu düzenine ilişkin olup talep üzerine veya re'sen hakim tarafından karar verilmesi gereken bir durumdur. TMK md. 182 hükmüne göre de mahkemenin boşanma ya da ayrılık sonrası ana babanın çocukla olan kişisel ilişkilerini düzenlenmesi gerekir. Hakimin burada herhangi bir karar vermeme

³⁷⁰ Köprülü/ Kaneti, s.199; Karaca, s.96; Gençcan, s.502.

³⁷¹ Serdar, *Kişisel İlişki*, s.740.

durumu söz konusu olamaz. Hakim kişisel ilişkinin kurulmamasına hükmetse dahi kişisel ilişkiye dair bir karar vermelidir³⁷². Kanun koyucunun hakime yüklediği bu görevin yanı sıra TMK md. 323 “*Ana ve babadan her biri, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir*” hükmü ile ana babanın velayeti altında bulunmayan ya da bulunsa dahi kendisine bırakılmayan çocuk ile kişisel ilişki kurma talebinde bulunulabileceği ifade edilmiştir. Ancak hakim ana babanın kişisel ilişkiye yönelik talepleri ile bağlı değildir. Kendisi çocuğun üstün yararına uyacak şekilde taleple bağlı olmaksızın düzenleme yapmalıdır.

Kişisel ilişki kurulması gereği çeşitli durumlarda ortaya çıkabilir. Bunlardan en yaygın olanı boşanma durumudur. Boşanma kararının neticesinde çocuk kendisine bırakılmayan ana veya baba kişisel ilişki kurulmasını talep edebilir ya da hakim re’sen düzenler. Aynı şekilde ayrılık kararı halinde ve ortak hayata son verilmesinde de kişisel ilişki düzenlenir. Yine boşanma, ayrılık veya evliliğin iptali davaları sırasında da geçici olarak çocuğun kendisine bırakılmayan eş ile çocuğun kişisel ilişkisi kurulur. Ana babanın birinden veya her ikisinden de velayetin kaldırılması halinde velayet hakkına sahip olmayan, çocuk kendisine bırakılmayan ana baba ile çocuk arasında kişisel ilişki düzenlenir. Baba tanıma ile ya da babalık davası ile çocukla arasında soybağını kurabilir ancak velayete sahip olmayabilir, çocuk kendisine bırakılmayabilir bu durumlarda da babanın çocukla kişisel ilişki kurması düzenlenir. Babanın çocuk ile arasında henüz soybağı kurulmamış olması halinde ise üçüncü kişi ile kişisel ilişki kurulması şeklinde düzenleme yoluna gidilir. Son olarak çocuğun ana baba velayeti altında olsa dahi

³⁷² Karaca, s.96.

çocuğun bir kuruma yerleştirilmiş olması halinde ana babanın kişisel ilişki kurmasına yönelik düzenleme yapılır.³⁷³

TMK md.326/Son hükmü gereği hakim kararıyla herhangi bir kişisel ilişki kurulmamışsa birlikte velayet hakkı bulunan ana baba veya velayet kendisine bırakılan ana veya baba, başkasının çocukla kişisel ilişki kurmasını belirleyebilir. Bu kişi rıza göstermedikçe kimse çocuk ile kişisel ilişki kuramaz. Ancak çocuk ile kişisel ilişki kurma talebi olan kimseler her zaman hakimden kişisel ilişki kurulması talebinde bulunabilirler.³⁷⁴

Kişisel ilişki düzenlenirken hakim dikkate alması gereken birtakım ölçütler vardır. Bu ölçütlerin bir kısmı TMK md. 182/III hükmünde “*Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur...*” şeklinde ifade edilmiştir.

B. KİŞİSEL İLİŞKİNİN KURULMASINDA DİKKATE ALINACAK ÖLÇÜTLER

1. Çocuğun Üstün Yararı³⁷⁵

Kişisel ilişkinin kurulmasında çocuğun üstün yararının esas alınması gerektiği birbirinin benzeri nitelikteki Anayasa md.41 ve tarafı olduğumuz Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi md.9 hükümlerinde yer almaktadır.³⁷⁶ Ayrıca daha özel bir düzenleme ile

³⁷³ **Serdar**, *Kişisel İlişki*, s.743-744; **SİNANOĞLU, Asena**: Türk Medeni Kanunu’na Göre Çocuk ile Kişisel İlişki Kurma Hakkı, İstanbul, 2020, s.71 vd.

³⁷⁴ **Serdar**, *Kişisel İlişki*, s.757-758.

³⁷⁵ Bkz. Birinci Bölüm, IV-A.

³⁷⁶ **T.C. Anayasa md.41/3** “*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.*” **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md.9/3** “*Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden*

TMK md.325 hükmünde de üçüncü kişiler ile kişisel ilişki kurulmasında çocuğun yararının dikkate alınacağı ifade edilmiştir.

Çocuğun üstün yararı kavramı, her somut olayda ayrıca yorumlanmaya muhtaç bir kavram olup çocuğu ilgilendiren her iş ve işlemin ya da düzenlemenin ruhunda yer alması gereken en önemli ölçüttür. Öyle ki ana babanın menfaatleri çocuğun üstün yararından sonra gelir.

Herhangi bir düzenlemede çocuğun üstün yararının tespitine ilişkin takdir yetkisi her ne kadar hakimde olsa da esasında çocuğun üstün yararı kavramı psikoloji, pediatri gibi alanlardan uzman kişilerin yol göstermesi ile tespit edilebilir. Bu kapsamda kişisel ilişkinin tespitinde de hakimin gerekli uzmanlardan rapor alarak çocuğun üstün yararının tespitine varması gerekebilir.³⁷⁷

Çocuğun üstün yararı her ne kadar somut olaya göre belirlense de genel olarak çocuğun yararının çocuğun zihinsel, bedensel, ahlaksal ve sosyal gelişimine katkı sağlaması şeklinde kabul edilmektedir. TMK md.182/III hükmü de “*özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları*” ifadesini kullanarak kişisel ilişkinin kurulmasına ilişkin yol göstermiştir. Kişisel ilişkinin kurulmasında da hakim çocuğun duygusal ve psikolojik ihtiyaçlarını gözetmeli çocuğun gelişiminde kişisel ilişkinin önemini değerlendirerek bir düzenleme yapmalıdır. Kişisel ilişkinin tesisine ilişkin değerlendirmelerde çocuğun üstün yararının ana babanın yararından üstün tutmalıdır.³⁷⁸

Anayasa md.41/III ve ÇHS md.9/III hükümlerinde çocuğun yararına aykırı olmadıkça kişisel ilişkinin kurulacağı ifade edilmiştir. Bir başka deyişle kendiliğinden

ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler.”

³⁷⁷ Yılmaz, s.112.

³⁷⁸ Serdar, *Kişisel İlişki*, s.748; Sinanoğlu, s.9.

kişisel ilişkinin kurulması olağan olup ancak çocuğun yararına aykırılık halinde kişisel ilişkinin kurulmayacağı anlaşılmaktadır.³⁷⁹

2. Çocuğun Görüşünün Alınması³⁸⁰

Çocuğun görüşünün alınması esasında katılım olarak da ifade edilmekte olup demokratik toplum ve demokratik aile düzeninde çocuğun kendisiyle alakalı konularda görüşünü ifade edebilmesi anlamına gelmektedir.³⁸¹ Çocuğun görüşünün alınması Çocuk Hakları Sözleşmesinin de temel ilkelerindendir. Bu ilke, çocuğun görüş ve düşüncelerinin çocuğun olgunluk seviyesine ve yaşına göre değerlendirmeye alınmasını ifade eder. Bu kapsamda çocuğun hem kendi ile alakalı idari ve adli süreçler de hem de demokratik aile düzenin gereği olarak aile içinde de dinlenebilmesi gerekir.

Hakim, kişisel ilişkinin kurulmasında da çocuğun görüşlerini dinlemelidir. Ancak hakim çocuğun görüşüyle bağlı değildir. Kişisel ilişkinin kurulmasının hukuki bir nedeni ve dayanağının olmasının dışında psikolojik ve duygusal bir neden ve dayanağı da vardır. Bu nedenle hakim çocuğun görüşünün alınmasında sadece çocuğun irade beyanı ile yetinmemeli, onun duygusal eğilimini de inceleme konusu yapmalıdır. Ancak bu zaman doğru ve çocuğun yararına olacak bir kişisel ilişki kurulabilir. Bu aşamada hakim uzmanlar aracılığıyla çocuğu dinler, uzman görüşü alır ve çocuğun üstün yararına uygun şekilde kişisel ilişki kararı verir.³⁸²

³⁷⁹ Usta, s.81.

³⁸⁰ Bkz. Birinci Bölüm, IV-C.

³⁸¹ Serdar, *Kişisel İlişki*, s.748

³⁸² Serdar, *Kişisel İlişki*, s.750; Yılmaz, s.116.

Yargı organlarımız çocuğun görüşünün alınmasında olgunluk seviyesi ve yaşa göre dinlemeye karar vermektedir. Bu kapsamda Yargıtay birçok kararında³⁸³ 9 – 10 yaşlarındaki çocukları idrak çağına gelmiş olarak kabul ederken 6 yaşındaki³⁸⁴ çocuğu ise idrak çağına gelmemiş olarak değerlendirmiştir. Ancak kanaatimizce aksine zararlı ve imkânsız olmadıkça çocuğun her yaşta çeşitli uzmanlar vasıtasıyla görüşü alınmalıdır. Çocuk ilköğretim seviyesine gelmemiş dahi olsa uzmanlar yardımıyla çeşitli yöntemler kullanılarak çocuğun ne hissettiği ne düşündüğü anlaşılabilir, ana baba ile olan bağı tespit edilebilir. Neticede hakimin çocuğun görüşleri veya uzman görüşüyle bağlı olmayıp geniş bir takdir yetkisi vardır.

Çocuğun görüşünün alınması ilkesi ülkemizin de taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesinde temel ilke olarak yer alır. Fakat çocuğun görüşünün alınması ilkesi lafzi olarak Anayasamız, Türk Medeni Kanunu ve diğer düzenlemelerimizde yeterince yer almamaktadır. Çocuğun üstün yararı ilkesi hem anayasal hem medeni kanun düzenlemesinde yer alırken çocuğun görüşünün alınması yeterli ölçüde yer bulamamıştır.³⁸⁵ Oysaki ÇHS ve çocuklara ilişkin her düzenlemenin ruhunda aynı çocuğun yararı gibi yer alması gereken temel ilke niteliğindedir.

3. Çocuğun Şahsına İlişkin Ölçütler

Kişisel ilişkinin kurulmasında en önemli ölçüt çocuğun üstün yararına uygunluğunun tespitidir. Çocuğun yararının tespitinden sonra ise çocuğun şahsına ilişkin unsurlar değerlendirilmelidir. Çocuğun şahsına ilişkin unsurlar, çocuk ile kişisel ilişkinin kurulup kurulmayacağını, bu kişisel ilişkinin şeklini belirleme de önemli

³⁸³ Y. HGK T.21.2.2019, E.2018/1072, K.2019/185, www.lexpera.com, (E.T.: 8.03.2021); Y. 2.HD. T.22.12.2016, E.2016/17062, K.2016/16386, www.lexpera.com, (E.T.: 8.03.2021).

³⁸⁴ Y.2.HD, T. 14.05.2014, E. 2014/ 3856, K. 2014/ 11160, www.lexpera.com, (E.T.: 8.03.2021).

³⁸⁵ Sinanoğlu, s.12.

etkenlerdir. Bu kapsamda hakim her somut vakada çeşitli unsurları göz önünde tutarak çocuğun yararına olacak şekilde kişisel ilişki kurulmasına ilişkin karar verir.

Çocuğun şahsına ilişkin önemli bir ölçüt çocuğun yaşıdır. Yargı kararlarında da çocuğun yaşının kişisel ilişkinin kurulması ve şekline ilişkin kararlarda önemli rol oynadığını görüyoruz.³⁸⁶ Çocuğun yaşına bağlı olarak ana bakımına ihtiyaç duyması ve anasından koparılamayacak olması, süt çağında olması, okul çağında olması nihayetinde genellikle yaşıyla da bağlı olarak idrak gücüne sahip olması gibi unsurlar kişisel ilişki kararlarında önemli olmaktadır.

TMK md. 182/III hükmünde kişisel ilişkinin kurulmasında özellik çocuğun sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararının esas tutulacağını ifade etmiştir. Bu kapsamda çocuğun ruhsal ve bedensel sağlığı açısından yararına olacak şekilde kişisel ilişki tesisi önemlidir. Yargı kararlarında³⁸⁷ da çocuğun sağlık durumunun incelenmesi,

³⁸⁶ 1 yaşında olan ve anne sütü almaya devam eden çocuğun babasıyla yatılı ilişki kurmasının annenin velayet görevini engelleyeceğine ilişkin karar için bkz. **Yargıtay Kararı 2.HD., E. 2016/19959 K. 2016/15910 T. 13.12.2016**; Okul çağında olan bir çocuk ile kurulacak kişisel ilişkinin çocuğun eğitim durumunu engellememesi gerektiğine ilişkin karar için bkz. **Yargıtay Kararı 2. HD., E. 2016/1072 K. 2017/8535 T. 6.7.2017**; 10 yaşındaki idrak çağındaki çocuğun üçüncü kişiler ile kişisel ilişki kurarken dinlenerek görüşünün alınması gerektiğine ilişkin karar için bkz. **Yargıtay Kararı - 2. HD., E. 2019/1539 K. 2019/3270 T. 25.3.2019**, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T.:9.03.2021); Ananın bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun haftada bir gün bile anadan ayrılmayacağına ilişkin yargı kararı için bkz. **Gençcan**, s.522 vd. Çocuk ana bakım ve şefkatine muhtaç olmasa dahi her hafta bir günlük kişisel ilişkinin çok olduğuna dair bkz. **Gençcan**, s.527-528.

³⁸⁷ Çocuk ile babanın kişisel ilişki kurduğu dönemde çocuğun dere yatağında tamamen pislik içinde pirelerce ısırılmış olarak bulunmasının çocuğun yararına olmadığına ilişkin karar için bkz. **Yargıtay Kararı - 2. HD., E. 2019/5808 K. 2019/11366 T. 13.11.2019**; Kişisel ilişkinin çocuğun ruh sağlığını ve çocuğun huzurunu bozup bozmadığına yönelik uzman görüşü alınmasına ilişkin karar için bkz. **Yargıtay Kararı - 2. HD., E. 2015/13268 K. 2015/16336 T. 17.9.2015**; Ayrı şehirlerde yaşasalar dahi seyahatin

bu konuda uzman görüşü alınması, uzun seyahatlerin çocuk sağlığına etkisi gibi unsurların incelenerek karar verildiğini görürüz.

Çocuk, velayet altında bulunduğu uzun bir dönemi eğitim görerek geçirir. Çocuğun eğitimi, çocuğun geleceğindeki mesleki ve sosyal statüsünü belirlemede de önemli bir rol oynar. Kişisel ilişkinin kurulmasında da çocuğun eğitim dikkate alınarak kararlar verilmelidir. Yargı kararlarında³⁸⁸ da çocuğun okulunun aksamamasına yönelik olarak okul ve kurs dönemleri, tatil dönemleri gibi unsurlara ilişkin inceleme yapılarak karar verildiği görürüz.

Çocuk ile kişisel ilişki kurulmasında çocuğun ahlaki açıdan üstün yararının bulunması gerekir. Ahlaki yararın tespitinde kişisel ilişki kuracak kişinin çocuğa iyi örnek olması gerekir. Ayrıca ana babanın hayata bakış açıları, sosyokültürel durumları göz önünde tutulmalıdır.³⁸⁹ Bu kapsamda yargı kararlarında³⁹⁰ da ana babanın mevcut

çocuğun sağlığını etkileyip etkilemediğine dair karar için bkz. **Yargıtay Kararı - 2. HD., E. 2014/25781 K. 2015/11413 T. 02.06.2015**, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T.:9.03.2021); Çocuğun sağlık sorunları nedeniyle sürekli annesiyle bulunması gerektiğine ilişkin karar için bkz. **Gençcan**, s.511.

³⁸⁸ Okul çağındaki çocuğun babası ile kişisel ilişki kurmasında dönemsel olarak okulların yarı yıl tatili ve yaz tatilinin uygun olduğuna ilişkin karar için bkz. **Yargıtay Kararı - 2. HD., E. 2019/8116 K. 2020/1127 T. 13.2.2020**; “Yaşanılan şehirler arasındaki mesafe ve ulaşım kolaylığı da dikkate alınarak müşterek çocuk ile davalı baba arasında ayda bir, hafta sonu yatılı olacak şekilde ve yine çocuğun okula başlayacağı dönem için sömestr tatilinde belirli bir süreyi kapsayacak şekilde, daha uygun süreli kişisel ilişki tesisi gerekirken” **Yargıtay Kararı - 2. HD., E. 2014/4251 K. 2014/8565 T. 10.4.2014**, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T.:9.03.2021); Kurulacak kişisel ilişkinin çocuğun eğitim hayatına engel teşkil etmemesi gerektiğine ilişkin karar için bkz. **Gençcan**, s.514.

³⁸⁹ **Çelikel**, s.121.

³⁹⁰ Müşterek çocuklara yönelik cinsel istismarda bulunduğu iddiası ile hakkında kovuşturma başlatılan baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasının doğru olmadığına yönelik karar için bkz. **Yargıtay Kararı - 2. HD., E. 2012/13053 K. 2013/292 T. 14.01.2013**; 5 yaşındaki çocuğun terör örgütünü

durumlarını ahlaki olarak çocuğun faydasına olup olmayacağına yönelik inceleme yapılır.

4. Kardeşlere İlişkin Ölçütler

Kişisel ilişki kurulmasının bir diğer ölçütü ise ana babanın birden fazla müşterek çocuğunun olması ve bu müşterek çocukların velayetlerinin ana baba arasında paylaştırılmış olması halidir. Kardeşler birbirileri ile vakit geçirerek ve birbirilerini görerek kardeşlik duygularını geliştirirler, duygusal ve ruhsal gelişimlerine katkıda bulunurlar.³⁹¹ Bu nedenle kurulacak kişisel ilişkinin kardeşlik duygularını engelleyici nitelikte olmamasına dikkat edilmelidir. Yargı kararlarında³⁹² da kardeşlerin birbiriyle olan ilişkileri dikkate alınarak kişisel ilişkinin nasıl kurulacağına yönelik inceleme yapılır.

animsatan fotoğraflarının annesi tarafından uygunsuz ifadeler ile sosyal medyaya yüklenmesinden çocuğun ahlaki ve toplumsal yararının olmadığına ilişkin karar hakkında bkz. **Yargıtay Kararı - 2. HD., E. 2020/1370 K. 2020/2447 T. 1.6.2020, <https://www.lexpera.com.tr>** (E.T.:9.03.2021); Ananın fuhuş yapmasının tek başına ana ile çocuk arasında kişisel ilişki kurmasına engel olmayacağı, çocuğun huzurunun ve ahlakının bozulduğuna yönelik uzman görüşü alınması gerektiğine dair karar için bkz. **Gençcan**, s.573.

³⁹¹ **Sinanoğlu**, s.143; **Çelikel**, s.121.

³⁹² Kişisel ilişki kurulurken kardeşlerin birbirinden ayrılmamaları gerektiğine dair karar için bkz. **Yargıtay Kararı - 2. HD., E. 2015/17100 K. 2015/16804 T. 29.9.2015**; kardeşlerin birbirini görmelerini sağlayacak kişisel düzenlemelerin kardeşlik duygusunu sağlayacağına ilişkin karar için bkz. **Yargıtay Kararı - 2. HD., E. 2014/13186 K. 2014/23998 T. 27.11.2014, <https://www.lexpera.com.tr>** (E.T.:9.03.2021).

5. Ana Babaya İlişkin Ölçütler

Velayet sahibi olmayan ana baba ya da kendisine bırakılmayan ana babanın çocuk ile kişisel ilişki kurması ve bu kişisel ilişkinin şeklinin tespitinde ana babanın da şahsi özelliklerine ilişkin ölçütler değerlendirme konusu yapılır.

Kişisel ilişkinin kurulmasında çocuğun üstün yararını sağlamak en önemli amaç iken bir diğer önemli amaç ise ana babanın duygusal tatminidir. Çocuğun ana babanın sevgisine ve bağına ihtiyacı olduğu gibi ana babanın da analık babalık duygularını yaşama hakları ve ihtiyaçları vardır. Bu doğrultuda kişisel ilişki öyle bir kurulmalı ki analık babalık duyguları da tatmin edilebilir olmalıdır.³⁹³

Ana babanın çalışma şartları ve izin durumları kişisel ilişkinin kurulmasında önemli bir etkidir. Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde ana babanın çalışma saatlerine denk gelen kişisel ilişki kurulmamalıdır. Bunun yerine ana babanın izin günleri, tatil zamanları dikkate alınarak çocuk ile kişisel ilişki kurması sağlanmalıdır. Yargı kararları³⁹⁴ da bu doğrultuda ana babanın çalıştığı günde kişisel ilişki kurulmasından ziyade izin günlerinde kişisel ilişki kurulmasının doğru olduğunu gösterir.

Ana babanın yaşadıkları çevrenin coğrafi ve kültürel özellikleri çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını etkiler. Çocuk kendisine bırakılmayan ana veya babanın yurtdışında oturması veya çocuğun sağlığını etkileyecek hava koşullarının bulunduğu bir bölgede yaşaması ya da bir savaş veya yoğun terör saldırısının içinde yer alan bölgede yaşaması gibi sebepler çocuk ile kişisel ilişki kurulmasında dikkate alınacak unsurlardır. Ana

³⁹³ Çelikel, s.123.

³⁹⁴Babanın her yıl yıllık iznini kullandığı tarihte çocuk ile kişisel ilişki kurulmasının daha isabetli olduğuna dair karar için bkz. **Gençcan**, s.574; Kişinin hafta içi çalıştığı bu nedenle kişisel ilişkinin hafta sonu kurulmasının gerektiğine dair karar için bkz. **Gençcan**, s.575, dn.492-493; ” *babanın avukat olması nedeniyle yaz tatilinde adli ara verme tarihine denk gelecek şekilde çocukla kişisel ilişki kurulması çocuğunda yararınadır.*”, **Gençcan**, s.575.

babanın yaşadıkları şehirlerin farklı olması da kişisel ilişkinin kurulmasında karara etki eden önemli bir unsur iken ulaşım koşullarının gelişmesiyle günümüzde pek bir önemi kalmamıştır. Yargı kararlarında³⁹⁵ da iklimsel etkiler, bölgesel koşullar, yurtdışında veya cezaevinde bulunma hali gibi çeşitli sebepler incelenerek kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlar verilmiştir.

C. KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASININ ŞEKLİ

Kişisel ilişkinin kurulmasında çocuğun şahsına ilişkin, kardeşlere ve ana babaya ilişkin çeşitli ölçütler bulunmaktadır. Bu ölçütlerin her biri kişisel ilişkinin nasıl, nerede ve ne zaman olacağı gibi soruların cevabını şekillendirir. Bu nedenle hakim kişisel ilişki kararı verirken kişisel ilişkinin şeklini de çocuğun yararına ve belirtilen ölçütlere uygun olarak düzenlemelidir. Ayrıca kişisel ilişki, velayete sahip ana babaya ya da kişisel ilişki kuracak ana babaya çocuğun da yararına olması kaydıyla mümkün olduğunca uygun olmalıdır.³⁹⁶

Kişisel ilişki kurulması genellikle kısa süreli olarak yatılı ya da yatsız doğrudan görüşme şeklinde gerçekleşmektedir.³⁹⁷ Kişisel ilişki kuran ana veya babanın çocuğu ziyaret etme hakkının yanı sıra telefon, mail, mesajlaşma gibi diğer iletişim kanalları ile

³⁹⁵ Babanın cezaevinde bulunması nedeniyle görüş günleri öğrenilerek yatılı kalmaksızın ve infazı engellemeksizin verilen kişisel ilişki kararı hakkında bkz. **Gençcan**, s.579; sosyal çevrenin uygun olması şartıyla çocuğun anneye verilmesinin gerektiğine dair karar bkz. **Yargıtay Kararı - 2. HD., E. 2019/1389 K. 2019/7066 T. 12.6.2019**; “Tarafların halen aynı şehirde oturmaları ve başka yerlerde otursalar bile ulaşım şartlarındaki gelişmeler nazara alındığında kişisel ilişki düzenlenirken "aynı şehir", "ayrı şehir" ayrımı yapılması gerekli bir unsur değildir” Yargıtay **Kararı - 2. HD., E. 2014/27893 K. 2015/7629 T. 15.4.2015**, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T.:9.03.2021) **Çelikel**, s.122.

³⁹⁶ “Küçükle baba arasında her hafta sonu cumartesi ve Pazar günleri kişisel ilişki kurulması, anneyi hafta sonları eve bağımlı hale getirecek ve velayet görevini gereği gibi yerine getirmesini engelleyecektir.” **Y. 2.HD. T.07.02.2005, E.2005/472, K.2005/1404, Yetik**, s.182.

³⁹⁷ **Erlüle**, *Kişisel İlişki*, s.227; **Serdar**, *Kişisel İlişki*, s.760.

iletişim kurması da mümkündür.³⁹⁸ Özellikle uzak mesafelerde yaşayan ebeveyn ve çocuk için bu iletişim araçlarını kullanmak birbirilerinden bilgi almak ve bağı koparmamak adına önemlidir. Bu kapsamda çocuk kendine bırakılan ana veya baba da bu duruma katlanmalı ve engellememelidir. Kişisel ilişki kuran çocuk ve ebeveyn ise birbirilerinin özel alanlarını ihlal eder ölçüde müdahil olmamalı ve çocuğun yararına aykırı hale getirmemelidir.³⁹⁹

İletişim araçlarını kullanabilme yaşına henüz gelmemiş çocukla bu iletişim araçlarını kullanarak bilgi alınabilmesi beklenemez. Aynı şekilde çocuğu ziyaret etmenin uzaklık, hastalık, hava koşulları gibi sebeplerden mümkün olmadığı durumlarda da çocukla iletişim kurulamaz. Fakat bu gibi hallerde çocuk kendisine bırakılan veya velayet hakkına sahip kimse tarafından kişisel ilişki kurma hakkına sahip kimseye bilgi verilmelidir.⁴⁰⁰

Kişisel ilişki kurulmasına karar veren hakim, kişisel ilişkinin süresine dair detaylı bir düzenleme yapmalı ve TMK md.182/II kapsamında kişisel ilişki düzenlemesinin yerine getirilmemesi halinde velayetin değiştirilebileceği ihtar edilir. Bu kapsamda kişisel ilişkinin başlangıç ve bitiş saati ve tarihleri, ulusal tatil ve dini bayramlar, okul tatilleri, yıllık izinler, gibi süreye ilişkin unsurları göz önüne alarak düzenleme yapmalıdır. Kişisel ilişkinin süresine ilişkin kararlar anlaşılabilir ve tartişmaya yer vermeyecek şekilde olmalıdır.⁴⁰¹ Belirlenen kişisel ilişki kurma süreleri, çocuğun üstün yararına aykırı olmadıkça kişisel ilişkinin amacına hizmet edecek uzunlukta olmalı hem analık babalık duygusu hem de çocuğun duygusal tatminini sağlar

³⁹⁸ **Erbay**, s.43.

³⁹⁹ **Erlüle**, *Kişisel İlişki*, s.227-228

⁴⁰⁰ **Erlüle**, *Kişisel İlişki*, s.228; **Serdar**, *Kişisel İlişki*, s.761.

⁴⁰¹ **Gençcan**, s.536 vd.; **Yılmaz**, s.121.

nitelikte makul bir süre olmalıdır.⁴⁰² Gerçekten de çocukla kurulan kişisel ilişki ne uzun olup çocuğun olumsuz etkilenmesine neden olmalı ne de kısa süreli olup duygusal tatmin ve bağ kurmaya yetersiz ölçüde olmalıdır.⁴⁰³

Hakim kararında çocuğun üstün yararına aykırı olmayacak şekilde kişisel ilişkinin kurulacağı yeri belirlemelidir. Kişisel ilişkinin kurulacağı yerin sıcak ve doğal bir ortam olması beklenmektedir. Ancak bunun sağlanması her zaman mümkün değildir. Çocuğun kaldığı evde görüşmenin özellikle ana baba için bir süre sonra katlanılmaz olması kaçınılmazdır; kişisel ilişki hakkına sahip kimsenin konutu ise çocuğun sürekli kendi evinden ayrılmasını ve çocukta geri dönememe hissiyatına sebep olabilir. Fakat uygulama genellikle çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına sahip kimsenin konutunda gerçekleşmesi şeklindedir.⁴⁰⁴

Kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan kimse ile çocuğun aynı veya ayrı şehirlerde oturmaları durumunda da hakimin bu koşulları göz önüne alarak düzenleme yapması gerekir. Fakat günümüz ulaşım araçlarını dikkate aldığımızda ilçeler arası ve hatta yakın şehirlerarası ulaşımın oldukça kolay olduğu dikkate alınmalıdır. Ayrıca taraflardan birinin yurtdışında olması halinde de uygulamada en az bir aylık görüşme imkânı sağlanması gerektiği konusunda eğilim vardır.⁴⁰⁵

⁴⁰² **Yılmaz**, s.121; **Serdar**, *Kişisel İlişki*, s.762.

⁴⁰³ “*kişisel ilişki analık babalık duygularını tatmin edecek şekilde daha uzun ve uygun süreli olarak belirlenmelidir.*” **Y.2.HD T.17.06.2002, 5990-8098**, “*küçüğün anneye çok bağlı olduğu, çocuğun yaz tatilinde uzun süre babayla şahsi ilişki kurulmasının olumsuz sonuç doğurabileceği ve uygun olmayacağı*” **Y.2HD, T.15.03.2005, 333-407, Gençcan**, s.546.

⁴⁰⁴ **Serdar**, *Kişisel İlişki*, s.766-777.

⁴⁰⁵ **Yılmaz**, s.122-123.

Kişisel ilişki yerinin her ne kadar belirlenmesi gerekse de bu yer sınırlandırılması anlamına gelmemektedir. Yer sınırlaması yapılmaması kuralının kapsamında il, ilçe, bölge veya bir konutu içermesi gibi sınırlandırmalar yapılamaz.⁴⁰⁶

Kişisel ilişki kurulmasının şekli konusunda 24.11.2021 tarihinde kabul edilen 7343 Sayılı İcra İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin başında 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununa (ÇKK) eklenen Dördüncü Kısım olmuştur. ÇKK md.41/A'ya göre çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlar Adalet Bakanlığınca kurulan adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerince yürütülecektir. Bu kapsamda psikolog, pedagog, sosyal çalışmacı, çocuk gelişimci ve rehber öğretmen gibi gerekli uzmanlar ve hatta bunların bulunmadığı yerlerde öğretmenler gerekli görevleri yerine getirecektir. Bu değişikliklerle beraber İcra İflas Kanunu md. 25, 25/a, 25/b hükümleri kaldırılarak çocuğun teslimi ve kişisel ilişki kurulmasında icra memurları yerine uzman kişilerin rol alması söz konusu olabilecektir. ÇKK md. 41/C gereği kişisel ilişki kararının yerine getirilmemesi halinde hak sahibi müdürlüklere başvuracaktır. Müdürlük kararın yerine getirilmesi için müdürlükçe belirlenen yer ve saatte çocuğun bulundurulması için gerekli irtibatla bulunur. Md.41/F gereği kişisel ilişki kararlarının yerine getirilmesine dair teslim emrine muhalefet halinde şikâyet üzerine disiplin hapsiyle cezalandırma mümkündür.

D. KİŞİSEL İLİŞKİNİN SINIRLARI, DEĞİŞTİRİLMESİ, KALDIRILMASI VEYA REDDEDİLMESİ

Kişisel ilişki kurma hem ana hem baba için bir hak olmakla beraber çocuğun da sahip olduğu bir haktır. Kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana babanın da kişisel ilişki kurulan çocuğun da bu hakkın kullanımından çıkarı mevcuttur. Ancak çocuğun

⁴⁰⁶ Serdar, *Kişisel İlişki*, s.777; Gençcan, s.559.

yararının ana babanın yararına üstün kabul edilmesi nedeniyle kişisel ilişki kurmanın da en önemli sınırı çocuğun yararına uygun olmasıdır. Türk Medeni Kanunu 324.maddenin lafzından da çocuğun yararı gözetilerek kişisel ilişkinin değiştirilebileceğini, kaldırılabilirliğini ve hatta kişisel ilişki talebinin reddedilebileceğini anlaşılmaktadır.

Kanun koyucu TMK md.324/I hükmü ile ana babadan her biri diğerinin çocukla kuracağı kişisel ilişkiye engel olmama yükümlülüğü getirmiştir. Bunun yanı sıra ana babanın çocuğun eğitilmesini ve yetiştirilmesini de engellemekten kaçınma yükümlülüğü vardır. Birinci fıkrada yer alan bu yükümlülüğe aykırı davranış veya kişisel ilişki nedeniyle çocuğun huzurunu tehlikeye atılması ya da çocuk ile ciddi ilgilenmeme durumunda kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana veya babanın bu talebi reddedilebilir veya bu hakları kaldırılabilir ya da uygun olduğu takdir de değiştirilebilir.

TMK md. 324/I hükmü hem ana hem babaya yükümlülük getirir. Buna göre her ikisi de ister velayete sahip olsunlar ister sadece kişisel ilişki kurma hakları olsun her halükârda birbirilerinin çocukla kişisel ilişki kurmalarına mâni olamazlar. Her ikisinin de bu yükümlülüğe aykırı davranışları en başta çocuğun üstün yararına aykırı olacağı açıktır.⁴⁰⁷ Çocuk kendisine bırakılan tarafından çocuğun kaçırılması diğer ebeveyne gösterilmemesi veya kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana veya babanın hakim tarafından kendisine verilen süreyi aşarak çocuğu vermemesi ya da kişisel ilişki gün ve saatleri dışında çocuk kendisine bırakılan ana veya babanın vakit geçirmesi gerektiği zamanda diğer ana veya babanın çocukla kişisel ilişki kurup velayet sahibi ana veya babayı engellemesi gibi haller çocukla kişisel ilişki kurulmasına engel nitelikte olup kişisel ilişki kurulmasının kaldırılması veya bu hakkın reddedilmesiyle karşılaşılır.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ **Erlüle**, *Kişisel İlişki*, s.237-238; **Yılmaz**, s.128; **Sinanoğlu**, s.117; **Serdar**, *Kişisel İlişki*, s.775-776.

⁴⁰⁸ **Erlüle**, *Kişisel İlişki*, s.238; **Yılmaz**, s.128; **Sinanoğlu**, s.117; **Serdar**, *Kişisel İlişki*, s. 776.

Çocuğun yetiştirilmesi ve eğitilmesi de ana babaların dikkat etmesi gereken bir husustur. TMK md.324 hükmü kapsamında ana babalardan her birinin çocuğun yetiştirilmesine ve eğitilmesine mâni olmama yükümlülüğü vardır. Kişisel ilişki kurulması sürelerine aykırı davranarak çocuğun eğitim saatlerinde kişisel ilişki kurulması veya çocuğun yetiştirilirken uygun olmayan ortam ve maddelere maruz bırakılması, kötü muamelede bulunma, terbiye görevini ihlal etme gibi durumlar kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kaldırılabilir.⁴⁰⁹

Kişisel ilişki çocuğun huzurunu tehlikeye sokmamalıdır. Ana babadan her birinin çocuk ile kurduğu kişisel ilişki sonrası çocukta birtakım huzursuzluklar ortaya çıkabilir ya da bunun tehlikesiyle karşılaşılabilir. Çocuğun huzurunun tehlikeye girmesine ana babanın kusurlu davranışlarının neden olması gerekmez. Kişisel ilişkinin çocuğun huzurunu tehlikeye atıyor olması kişisel ilişkinin kaldırılması veya reddedilmesi için yeterlidir.⁴¹⁰ Çocuğun huzurunun tehlikeye girmesinin çocukta yansımaları, agresiflik, içe kapanma, tırnak yeme, çekingenlik, konuşma bozuklukları gibi çok farklı şekillerde meydana gelebilir.⁴¹¹

Kişisel ilişkinin kaldırılması veya reddini yol açabilen bir diğer sebep çocukla ciddi ölçüde ilgilenilmemesidir. Kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana veya babanın bu hakkını verilen zamanlar içinde yerine getirmekten kaçınması, çocuğuna gerekli ilgi ve şefkati göstermemesi, kişisel ilişki zamanlarında çocuğunun ilgisine yönelik olmasından

⁴⁰⁹ **Erlüle**, *Kişisel İlişki*, s.238; **Yılmaz**, s.128; **Sinanoğlu**, s.117; **Serdar**, *Kişisel İlişki*, s. 776; **Gençcan**, s.571 vd.

⁴¹⁰ **Yılmaz**, s.127; **Sinanoğlu**, s.116; **Erlüle**, *Kişisel İlişki*, s.236-237.

⁴¹¹ “çocuğun babaya karşı olumsuz tutumunun olduğu öfke yoğunluğunun yüksek düzeyde olduğu baba ile görüşmeme konusunda ısrarlı tavır sergilediği küçüğün baba ile görüşmeye zorlanmasının ilişkiiyi daha olumsuz hale getireceği ve küçüğün agresyonunu artırabileceği...” **Y. 2.HD, T.24.09.2014 E.2014/12178, K.2014/18254, Gençcan**, s.571.

ziyade kendi hobileriyle vakit geçirmesi gibi ihmalkar, ilgisiz davranışlar ana babanın özen yükümlülüğüne de aykırı olup kişisel ilişkinin kaldırılmasını veya reddedilmesini gerektirir.⁴¹² Velayet kendinde bulunmayan çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana veya babanın iştirak nafakasını ödemesi çocuğuyla ilgilendiği anlamına gelmez aynı şekilde iştirak nafakasını ödememek de çocuğuyla ilgilenmediği anlamına gelmez. Fakat bilerek çocuğun eğitimi, sağlığı, diğer faaliyetleri için ihtiyacı olan nafakayı ihmal ediyor ve ödemiorsa o halde çocuğa karşı ciddi ölçüde ilgisizlik gösterdiği kabul edilebilir.⁴¹³

Kanun koyucu madde hükmünde diğer önemli sebeplerden dolayı da kişisel ilişkinin kaldırılabilirliğini veya reddedilebileceğini düzenlemiştir. Bu sayede kanun koyucu hakime geniş bir takdir yetkisi vermiştir. Hakim her somut vakada takdirini kullanarak önemli bir sebep olup olmadığını ve kişisel ilişkiye etkisini değerlendirecektir.⁴¹⁴ Sebeplerin değerlendirmesinde çocuğun üstün yararına aykırı olup olmayacağı özellikle ruhsal, bedensel, ahlaki ve sosyal yapılarını ve gelişimlerini olumsuz etkilemesi dikkate alınır.⁴¹⁵

Kişisel ilişkiye dair kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler.⁴¹⁶ Bu nedenle kişisel ilişkinin ilerde tekrardan düzenlenebilmesi mümkündür. Ana baba veya çocuğa ilişkin önemli değişikliklerin varlığı halinde kişisel ilişkilerin hakim tarafından re'sen veya ana babanın talebi üzerine kişisel ilişkisinin düzenlenmesi yapılabilir.⁴¹⁷ Kişisel ilişki hakkı hem ana babanın hem de çocuğun en doğal haklarından olup en son

⁴¹² Yılmaz, s.129; Sinanoğlu, s.118; Erlüle, s.238-239.

⁴¹³ Sinanoğlu, s.119.

⁴¹⁴ Sinanoğlu, s.119; Erlüle, *Kişisel İlişki*, s.239.

⁴¹⁵ Serdar, *Kişisel İlişki*, s.776.

⁴¹⁶ Çelikel, s.132; Ruhi, s.71.

⁴¹⁷ Velidedeoğlu, s.278; Ruhi, s.72; Gençcan, s.647; Serdar, *Kişisel İlişki*, s.777.

noktada kaldırılması yoluna gidilmelidir, eğer değiştirilerek sürdürülebilmesi mümkün ise kişisel ilişkinin değiştirilmesi gerekir.⁴¹⁸ Bu çalışmanın yazımı sırasında kişisel ilişki düzenlemesinin engellenmesi halinde velayetin değiştirilebileceğine dair kanun değişikliğine gidilmiştir. 30.11.2021 tarihinde 31675 Sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan ve 24.11.2021 tarihinde kabul edilen 7343 Sayılı İcra İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile TMK md. 182’ye “*Mahkeme, kararında kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayetin değiştirilebileceğini ihtar eder*” fıkrası; TMK md. 324’e ise “*Velayet kendisine bırakılan ana veya baba, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getirmezse çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayet değiştirilebilir. Bu husus kişisel ilişki kurulmasına dair kararda taraflara ihtar edilir*” fıkrası eklenmiştir. Esasında mahkeme kararlarında kişisel ilişkinin engellenmesinin velayet değiştirilmesine gerekçe olarak kabul edildiğini uygulamada görüyor olsak da bu düzenleme ile kanun maddesi halini almıştır. Artık kişisel ilişki kararıyla beraber hakim, kişisel ilişki kurulmasının velayet sahibi ebeveyn tarafından engellenmesi, zorlanması kanunun ifadesiyle gereklerini yerine getirmemesi halinde bu durumun velayeti değiştirilebileceği ihtar edecektir. Eklenen fıkralarda velayetin değiştirilmesi temel ilke olarak çocuğun üstün yararıyla sınırlandırılmıştır. Bir başka deyişle çocuğun üstün yararı aksini gerektiriyorsa kişisel ilişki kurulması engellense dahi velayet değiştirilmeyebilir.

III. ÜÇÜNCÜ KİŞİLER İLE ÇOCUK ARASINDA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI

Kişisel ilişki kurma hakkı en başta ana babanın sahip olduğu bir hak olsa da bunlar dışında üçüncü kişilerin özellikle de hısımların gerekli şartların sağlanması

⁴¹⁸ Yılmaz, s.126; Erlüle, *Kişisel İlişki*, s.234.

halinde sahip olduğu bir hak olarak karşımıza çıkar. Gerçekten de çocuğun doğduğu andan itibaren ana babasıyla olamadığı durumlar olabilmektedir. *SAYMEN/ELBİR'e* göre de büyük ana ve baba, boşanmış veya ölmüş çocuklarının çocuklarıyla kişisel ilişki kurabilme hakkına haizdir ve bunu hakimden talep edebilirler.⁴¹⁹ TMK md.325 hükmü de bu kapsamda üçüncü kişilerin özellikle de hısımların, olağanüstü hallerin mevcut olması halinde çocuğun üstün yararına aykırı olmadıkça kişisel ilişkinin kurulabileceğini ifade eder.

Kanun koyucu hakkı üçüncü kişilere özellikle de hısımlara tanınmıştır. Hısım kavramından özellikle uygulamada da sıkça karşılaşıldığı üzere büyük ana ve büyük baba anlaşılmaktadır. Ayrıca kardeşlerin, amca, dayı, hala, teyze gibi yine çocukla yakın ilişki kurması muhtemel diğer hısımlar da anlaşılmaktadır. Fakat saydığımız hısımlar dışında çocukla yakın ilişkisi olan diğer kişilerin de şartların varlığı halinde kişisel ilişki kurma hakkı vardır. Doktrinde çeşitli kimselerin de TMK md.325 kapsamında kişisel ilişki kurma talep edebileceği ifade edilmiştir. Evliliği sona ermiş üvey ana ya da üvey baba, çocuğun koruyuculuğunu yapmış koruyucu ana baba, yıllarca bakımıyla ilgilenmiş bir bakıcı, sütanne, evlatlık ilişkisi biten evlat edinen veya soybağı ilişki kurmamış baba da çocukla kişisel ilişki kurmayı talep edebilir.⁴²⁰

nc kişi olarak kabul edilebilecek kişilerin kişisel ilişki kurabilmeleri için kanun koyucu iki şart getirmiştir. Bunlar olağanüstü halin mevcut olması ve çocuğun üstün yararına uygun olmasıdır. Olağanüstü halin mevcut olup olmadığının tespiti hakimin takdir yetkisi kapsamında yer alır. Buna göre her somut olayda hakimin olağanüstü halin var olduğunu takdir etmesi ve çocuğun yararına aykırı olmadıkça üçüncü kişinin çocukla kişisel ilişki kurmasına karar vermesi gerekir.

⁴¹⁹ *Saymen/Elbir*, s.273.

⁴²⁰ *Usta*, s.79; *elikel*, s.128; *Erlüle*, *Kişisel İlişki*, s.242-243; *Yılmaz*, s.133; *Karaca*, s.107.

Olağanüstü halin olduğu ve üçüncü kişi olarak çocuk ile kişisel ilişki kurulabileceğine yönelik çeşitli yargı kararları vardır. Ana ya da babanın ölümü olağanüstü hal olarak kabul görür bu halde ölen ana ya da babanın hısımları çocukla kişisel ilişki kurabilir.⁴²¹ Ana veya baba ile bunların hısımlar arasında husumet bulunması hali de kişisel ilişki kurulmasına imkan verir.⁴²² Çocuk evlat edinilmiş olsa da öz ana babası tarafından bu hüküm kapsamında kişisel ilişki kurulabilir.⁴²³

Her ne kadar olağanüstü halin olması üçüncü kişiler ile kişisel ilişki kurulmasında bir şart olsa da bir diğer şart çocuğun yararına uygunluktur. Genel olarak TMK md. 182/III hükmü kişisel ilişki de çocuğun sağlık, eğitim ve ahlaki bakımından yararının dikkate alınmasını ifade ederken TMK md. 325 hükmü de çocuğun yararını tekrar vurgulayarak üçüncü kişilerin kuracağı kişisel ilişkide de çocuğun yararının ön

⁴²¹ “Küçük Sıla, Annesi ve babası boşanmışlardır, boşanma kararı ile velayeti annesine verilmiştir. Karar 10.12.2002 tarihinde kesinleşmiş, çocuğun babası 15.2.2003 tarihinde ölmüştür.Davacılar, çocuğun babaannesi ve dedesidir...Davacıların torunlarını görmek ve onunla uygun kişisel ilişki kurmak, torun sevgisini tatmak ve çocuğa da bu sevgiyi vermek haklarıdır.” Y. 2.HD, T.25.10.2005, E.2005/12054, K.2005/14804, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 11.03.2021)

⁴²² “Çocuğun menfaatine aykırı düşmedikçe, anneannenin torunuyla kişisel ilişki kurma talebinin karşılanması gerekir. Salt anneanne ile çocuğun ebeveynleri arasında husumet bulunması kanundaki olağanüstü halin varlığını göstermekte olup; bu hakkın talep edilmesine engel değildir.” Y.2HD, T.09.09.2013, E.2013/268, K.2013/20263, Gençcan, s.608.

⁴²³ küçüğün bir başka aile tarafından evlat edinilmiş olması, gerçek ana ve babanın çocuklarıyla kişisel ilişkisini keser ise de, gerçek ailesi ile aralarındaki soybağının bir gereği olarak bu hakkı ilanihaye ortadan kaldırmaz. Koşullarının varlığı halinde ve küçüğün menfaatine uygun düştüğü ölçüde hakim kararıyla bu ilişki yeniden tesis edilebilir. Türk Medeni Kanunu’nun 325. maddesinde yer alan düzenleme buna imkan vermektedir...Davacı, Elif’in öz annesidir. Aralarında birinci derecede “kan hısımlığı” (TMK m. 17/2) ilişkisi vardır...Davacı, çocuğunun davalılarca evlat edinildiğini, küçük de annesini bildiğine göre, davacı bakımından artık evlatlıkla ilgili kayıtların gizliliğinden de artık söz edilemez.” Y.2HD, T.25.09.2012, E.2012/2698, K.2012/22458, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 11.03.2021)

koşul olduğunu ifade etmiştir. Çocuğun yararı, ana babanın yararından üstün tutulduğu gibi üçüncü kişilerin de yararından üstün tutulmuştur.⁴²⁴

TMK md. 325/II hükmü gereği ana babanın çocukla kişisel ilişki kurmasında ifade edilen sınırlamalar üçüncü kişiler için de geçerlidir. Bir başka deyişle TMK md. 325/II hükmü md. 324 kişisel ilişkinin sınırları hükmüne atıf yapmıştır. Buna göre üçüncü kişiler de diğerinin kişisel ilişki kurmasını engellemekten, çocuğun eğitimi ya da yetiştirilmesine engel nitelikte iş ve işlemlerden, çocuğun huzurunu kaçmasına neden olacak ya da çocuğa karşı ciddi ilgisizlik içeren iş ve işlemlerden kaçınmalıdır. Aksi halde kişisel ilişki sınırlandırılabilir, kaldırılabilir veya reddedilebilir.⁴²⁵

⁴²⁴ **Erlüle**, *Kişisel İlişki*, s.244.

⁴²⁵ **Karaca**, s.108-109; **Çelikel**, s.129; **Gençcan**, s.616 vd.

§ 6. VELAYET HAKKININ KALDIRILMASI

I. GENEL OLARAK

Çocuk hukukuna ve velayete ilişkin hakim ilkenin çocuğun üstün yararı olduğunu ifade etmiştik. Bu kapsamda kanun koyucu TMK md.346–347. hükümlerinde çocuğun üstün yararına aykırılık, bedensel veya zihinsel gelişiminin tehlikeye düşmesi durumlarına özgü çeşitli koruma tedbirleri alınabileceğini, çocuğun koruyucu aile veya kurum yanına yerleştirilebileceğini belirtmiştir. Ancak ilgili maddelerde ifade edilen koruma tedbirlerine rağmen ve hatta çocuğun koruyucu aile veya kuruma yerleştirilse bile çocuğun velayeti hala ana babanın sahip olduğu bir haktır. Diğer bir tabirle bu durumlarda ağır bir müdahaleye maruz kalsa da velayet hakkı devam etmektedir. Fakat çocuğa ilişkin koruma tedbirlerinin veya çocuğun bir başkasının yanına yerleştirilmesi tedbirlerinin yetersiz kalması ya da yetersiz kalacağının anlaşılması halinde hakim velayetin kaldırılması yoluna başvurabilir.⁴²⁶ Hakim velayet hakkına müdahalelerinde ölçülülük ilkesine uygun davranmalıdır.⁴²⁷

Velayet, kamu düzenine ilişkin olup hakim tarafından res’en incelemeye tabidir. Hakim sadece tarafların getirdiği bilgi ve belgeler ile yetinmemeli kendi de araştırmalı, ve gerekirse uzmanların görüşlerine başvurmalıdır.⁴²⁸ Somut olayın mevcut zaman ve yere göre incelemesi yapılarak şüphe getirmeyecek bir şekilde velayetin kaldırılmasını gerektiren sebeplerin var olması aranır.⁴²⁹

⁴²⁶ **BULUT, Harun:** Aile Hukukunda Velayet Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Nafaka Davaları, İstanbul, 2007, s.13; **AKYÜZ Emine:** “*Velayet Hakkının Kaldırılması*”, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 1992, s.11; **Çelik**, s.267; **Abik**, s.65; **Özer Taşkın**, s.253.

⁴²⁷ **Serozan**, s.249.

⁴²⁸ **Bulut**, s.14; **Özer Taşkın**, s.253.

⁴²⁹ **Özlü**, s.69.

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

1. Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi.

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

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

Kararda aksi belirtilmedikçe, velâyetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar” şeklinde genel olarak velayetin kaldırılmasını ve hangi hallerde kaldırılma kararı verilebileceğini ifade etmiştir. Bu hükme göre son çare olarak başvurulması gereken velayetin kaldırılması kurumuna ancak madde hükmünde sayılan şartlar halinde karar verilebilir. Bu nedenle hakimin takdir yetkisi sınırlı bir nitelik taşımaktadır.⁴³⁰ Ana babanın evlilik birliği içinde veya evlilik birliği dışında velayeti birlikte kullanıyor olsalar da eğer şartlar sağlanmış ve çocuğun üstün yararı da bunu gerektiriyorsa hakim her ikisinden de velayetin kaldırılmasına karar verebilir. Aynı şekilde zamanında boşanma, evliliğin iptali neticesinde velayet eşlerden birine bırakılmışsa ya da velayetin kaldırılması yoluyla eşlerden birinden velayet kaldırılmış olsa dahi eğer şartlar sağlanıyor ve çocuğun üstün yararı bunu gerekli kılıyor ise hakim kararıyla velayet hakkına sahip eşten de velayet kaldırılabilir.

Velayet hakkının kullanımı vesayetten farklı olarak sıkı bir denetim mekanizmasına sahip değildir. Fakat kanun koyucu kimi hallerde çocuğun korunmasına yönelik tedbirler alarak velayete müdahale imkanı tanımıştır. Velayetin kaldırılması

⁴³⁰ Özlü, s.70.

kararının sonuçları itibariyle ağırdır. Bu nedenle velayetin kaldırılması kurumuna son çare olarak başvurulur.⁴³¹ Öyle ki çocuğun üstün yararının diğer koruma tedbirleri ile sağlanabilmesi ve korunabilmesi mümkün ise onların tercih edilmesi gerekir.⁴³²

Velayetin kaldırılması kararı her ne kadar ana babanın davranışları ve ihmalleri üzerine verilse de esasında amaç ana babaya karşı yaptırım uygulamak değildir. Velayetin kaldırılmasındaki esas amaç çocuğun üstün yararının sağlanması bu yarar gözetilerek tedbiren hareket edilmesidir.⁴³³

II. VELAYETİN KALDIRILMASININ SEBEPLERİ

A.VELAYET GÖREVİNİN GEREĞİ GİBİ YERİNE GETİRİLEMEMESİ

Kanun koyucu diğer koruma tedbirlerinin yetersizliği neticesinde TMK md.348/I-1 bentte sayılı deneyimsizlik, hastalık, başka yerde bulunma veya benzeri sebeplerden dolayı ana babanın velayet görevinin gereği gibi ifa edememe nedeniyle velayetin hakim tarafından kaldırılabilirliğini hüküm altına almıştır. Velayet görevinin gereği gibi yerine getirilememesinin nedenleri sınırlı sayıda olmadığı “benzer sebepler” ifadesiyle belirtilmiştir. Sayılı sebepler ve diğer sebeplerin ortak özellikleri velayet görevinin yerine getirilmesini engellemeleri ve sürekli nitelikte olmalarıdır.⁴³⁴

⁴³¹ Köprülü/Kaneti, s.257, Çelik, s.267; Özer Taşkın, s.253; Özlü, s.69; Erbay, s.51; “Velayetin kaldırılması karar verilmeden önce velayetin değiştirilip, velayetin diğer tarafa verilmesiyle yetinilip yetinilmeyeceği konusunda gerekli tüm araştırmaların yapılması; başka çözüm kalmadığı takdirde ise velayetin kaldırılması gerekir.” Y. 2.HDi T.14.02.2012, E.2011/5618, K.2012/2686, GENÇCAN, Ömer Uğur: Aile Mahkemesi Davaları Açıklama ve Dilekçe Örnekleri, B.4, Ankara, 2021, s.1190.

⁴³² Özlü, s. 69-70.

⁴³³ Tekinay, s.519;Özlü, s.68.

⁴³⁴ <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler> (E.T.:17.03.2021)

1. Ana Babanın Deneyimsizliği

Deneyimsizlik tecrübe etmemek, bilmemek anlamına gelir. Eski Medeni Kanun'da deneyimsizlik yerine aciz olmak kullanılmıştır. Yeni Türk Medeni Kanunu ile ana babanın deneyimsiz olması başka koruma tedbirlerinin yetersiz kalması halinde ve çocuğun yararına da uygunsa velayetin kaldırılmasının sebebini teşkil eder. Deneyimsizlik, ana babanın çocuğun bakımında, gelişmesinde genel olarak velayetten doğan hak ve görevlerini yerine getirmedeki eksikliğini ifade eder. Deneyimsizlik ana babanın küçük yaşından, fiziksel eksikliklerinden veya psikolojik olarak ana baba duygusunu taşıyamama gibi yetersizliklerden kaynaklanabilir.⁴³⁵ Doktrinde deneyimsizliği örneklemek adına genellikle aşırı şımartma veya aşırı baskıcı olma ya da sertlik ile yumuşaklık arası dengesizlik gibi örnekler gösterilmiştir.⁴³⁶

Bizim de katıldığımız doktrindeki bir görüşe⁴³⁷ göre deneyimsizlik başlı başına velayetin kaldırılmasını sebebi olmamalıdır. Ana babanın bu deneyimsizliği gidermeye çalışması ve deneyimsizliğin sürekli olarak velayet görevini aksatıp aksatmadığı incelenmelidir. Velayetin kaldırılması neticesi itibariyle oldukça ağır sonuçları olup son çare başvurulması gerekir. Bu nedenle hakim öncelikle diğer koruma tedbirlerini değerlendirmelidir. TMK md.348'deki “*velâyetin kaldırılmasına karar verir*” ifadesi hakime takdir hakkı tanımamaktadır. Fakat Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun md.6/I-d ile kanun koyucu tecrübesiz ana babaya tecrübe edinebilme imkanı tanımıştır. Gerçekten de uygulamada sırf deneyimsizlik nedeniyle velayetin kaldırılmasının başvurulmamaktadır.⁴³⁸

⁴³⁵ Özer Taşkın, s.255.

⁴³⁶ Çelik, s.270; Akyüz, *Kaldırılması*, s.12; Abik, s.66.

⁴³⁷ Çelik, s.270-271; Özlü, s.81; Karaca, s.142.

⁴³⁸ Akyüz, *Kaldırılması*, s.12; Çelik, s.271.

2. Ana babanın Hastalığı

Yeni Medeni Kanunu'na eklenen bir diğer velayetin kaldırılması sebebi de hastalık nedeniyle velayetin gereği gibi ifa edilmemesidir. Ana babanın hastalığı tek başına velayeti kaldırmaz fakat hastalık hali sürekli nitelikte ve çocuğun bakımını, gelişimini genel olarak velayetten doğan hak ve görevlerinin yerine getirilmesine engel nitelikte ise velayetin kaldırılmasına karar verilir.⁴³⁹ Hastalık fiziksel olabileceği gibi ruhsal da olabilir.⁴⁴⁰ Her hastalık velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Hastalığın oluşturduğu durum çocuğun yararının aksine olmalıdır. Fakat hastalığa rağmen çocuğa gerekirse yardım alınarak bakılabiliyorsa, ihtiyaçları giderilebiliyorsa çocuğu ana babasından ayırmanın çocuğun yararına olmayacağından velayet kaldırılmayabilir.⁴⁴¹ Bir başka tabirle ana babanın yatalak olması gibi veya psikolojik hastalıkları, sürekli akıl zayıflığı nedeniyle çocukla ilgilenmemeleri, görevlerini ihmal etmeleri gibi durumlar hastalıktan dolayı velayetin kaldırılmasına örnek teşkil edebilir.⁴⁴²

3. Ana Babanın Başka Yerde Bulunması

TMK md.348 hükmünde sayılan velayetin kaldırılması sebeplerinden biri de ana babanın başka yerde bulunması nedeniyle velayetten doğan hak ve görevlerini gereği gibi ifa edememeleri halidir. Ana babanın başka yerde bulunması hali ana babanın çocuktan uzak ve birbirilerinden habersiz olmayı ve iletişimsizliği ifade eder. Velayetin kaldırılmasını gerekli kılan ana babanın başka yerde bulunması hali sürekli nitelikte olmalıdır aksi halde geçici uzaklaşmalar bu kapsamda değerlendirilemez.⁴⁴³ Bir başka deyişle uzaklaşma sürekli olduğu gibi ana babanın geri dönme olasılığı da olmamalıdır.

⁴³⁹ Kılıçoğlu, s.516; Bulut, s.15.

⁴⁴⁰ Grassinger, s.170.

⁴⁴¹ Karaca, s.143.

⁴⁴² Kılıçoğlu, s.516.

⁴⁴³ Abik, s.67; Çelik, s.272.

Uzaklık ana babanın çocuğa karşı sevgi ve ilgisini gösterememesinin yanı sıra bakım, geliştirme, eğitime ve çocuğun temsili gibi velayet görevlerine engel niteliktedir.⁴⁴⁴

Esasen ana baba ile çocuğun beraber yaşaması esastır. Fakat ana baba çocuktan çeşitli sebeplerle uzaklaşmakta ortak yaşama kalıcı olarak son verebilmektedirler. Ana baba çocuğu terk ederek veya çocuğu bir başka yere bırakarak aralarındaki ortak yaşama son verebilirler. Ana babanın buradaki amacı terk niteliğinde olmalıdır.⁴⁴⁵ Bu sırada ana baba çocuğun ihtiyaçlarını karşılamıyor ona yardım etmiyor olması gerekir aksi halde velayetin kaldırılmasını gerektiren bir sebep doğmamış olur.⁴⁴⁶

Ana babanın başka yerde bulunmakta haksız olması gerekir. Diğer bir tabirle haklı bir sebebe dayanarak çocuğun yararına da aykırı olmadan böyle bir uzaklaşma söz konusu ise velayet kaldırılmaz fakat ana babanın çocuktan başka bir yerde bulunmaları haksız bir nedene dayanıyorsa velayetin kaldırılmasına karar verilir.⁴⁴⁷

Ana babanın yasal zorunluluklar nedeniyle çocuktan başka yerde bulunması durumunda çocuğu terk etme niyetleri yoktur ve velayet kaldırılmaz.⁴⁴⁸ Fakat bir yıl ve daha uzun süreli hapis cezasına mahkum olan kişiler TMK md.407 gereği kısıtlanır. Ayrıca Türk Ceza Kanunu md.53 kapsamında kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olanlar cezanın sonucu olarak velayet hakkından mahrum kalır. Tutukluluk halinin ise süresi baştan belli olmamaktadır ve ana baba çocuğu terk etme niyeti de taşımaz. Fakat tutuklulukta ve benzer nitelikteki gözaltı veya savaş esiri olma hallerinde de durumun getirdiği diğer özellikler ve diğer kaldırma sebeplerin varlığı

⁴⁴⁴ **Özer Taşkın**, s.255

⁴⁴⁵ **Özlü**, s.84-86.

⁴⁴⁶ **Karaca**, s.144; **Özlü**, s.85.

⁴⁴⁷ **Özlü**, s.86.

⁴⁴⁸ **Özlü**, s.87; **Karaca**, s.144.

halinde velayetin kaldırılması mümkündür.⁴⁴⁹ Bu durumlarda velayetin kaldırılmasına karar verilirken söz konusu durumların yanı sıra geçecek süre, çocuğun yanına geri dönebilme imkanı, çocukla iletişim kurma ona yardım edebilme gibi çeşitli unsurlar değerlendirilmelidir.⁴⁵⁰

4. Diğer Benzer Sebepler

Velayet görevinin gereği gibi yerine getirilememesi sebebiyle velayetin kaldırılması kanunda deneyimsizlik, hastalık ve başka yerde bulunma sebeplerine dayanabileceği gibi benzer sebeplere de dayanabileceği ifade edilmiştir. O halde bu sebeplerin tespitinde hakimın takdir yetkisi devreye girer.⁴⁵¹ Benzer sebepler ile velayetin kaldırılmasının kanun maddesinde sayılı deneyimsizlik, hastalık ve başka yerde bulunma ile benzer nitelikte olması gerekir. Hepsinin ortak özelliği çeşitli sebepler ile sürekli olarak velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engellemeleridir.⁴⁵²

Benzer sebepler olarak Eski Medeni Kanun'da yer alan ancak TMK'da yer almayan kısıtlılık hali örneğin bağımlılık veya savurganlık nedeniyle kısıtlanan bir kişinin velayet görevini de yerine getiremiyor ise o halde velayetin kaldırılması gerekebilir. Benzer şekilde Eski Medeni Kanun'da yer alan ana babanın sahip oldukları velayet hakkını kötüye kullanmaları da velayet görevini gereği gibi ifa etmedikleri anlamına gelir ve velayetin kaldırılması gerekebilir. Ana babanın çocuğun istemedikleri biriyle erken yaşta evlenmeye zorlamaları ve çocuğun yararının olmaması durumunda

⁴⁴⁹ Çelik, s.272.

⁴⁵⁰ Abik, s.67.

⁴⁵¹ DEMİR, Remzi: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, s.295.

⁴⁵² Özdemir/Ruhi, s.98.

velayetin kaldırılmasına karar verilebilir.⁴⁵³ Ahlaka aykırı ve haysiyetsiz hayat sürmenin velayetin kaldırılmasını gerekli kılabilir. Bu yaşam tarzı sürekli nitelikte olabilir, mesleki faaliyet haline gelmiş olabilir. Ancak önemli olan çocuğa gösterilen ilginin, çocuğun bakım ve gelişimi için çocuğun yararına uygun davranılıp davranılmadığının irdelenmesidir. Bu yaşantı çocuğun geleceğini tehlikeye atıyor veya bu nedenle aile için huzursuzluğa sebep olup çocuğu olumsuz etkiliyor ise velayetin kaldırılmasına karar verilebilir. Fakat bu yaşam tarzı ve davranışlar, çocuğun yararına aykırılık oluşturmuyor, çocuğun esenliğini, bakımını ve fiziksel, ruhsal yönlerden gelişimini olumsuz etkilemiyor ise velayetin kaldırılmasına gerekçe olamaz.⁴⁵⁴

B. ANA VE BABANIN ÇOCUĞA YETERLİ İLGİ GÖSTERMEMESİ VE ÇOCUĞA KARŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ AĞIR BİÇİMDE SAVSAKLAMALARI

Çocuğu koruyucu önlemlerin yetersiz kalması veya yetersiz kalacağının anlaşılması halinde TMK md.348/I-2 bentte yer alan ana babanın çocuğuna karşı yeterli ilgiyi göstermemesi veya çocuğuna karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması halinde velayetin kaldırılmasına karar verilir. Maddenin ikinci bendinde birinci bentten farklı olarak ana babanın kusurlu davranışlarına yer verilmiştir. Ana babanın kusurlu olarak yeterli ilgiyi göstermeme ve yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklamaları ile velayetten doğan görevlerini gereği gibi yerine getirmemeleri sonucu çocuğa maddi ve manevi zararları söz konusudur.⁴⁵⁵

Çocuğa yeterli ilginin gösterilmemesi bir ihmalkarlığın neticesidir. Ana baba çocuğuyla hem duygusal olarak hem de çocuğun gelişimi ve bakımı için günlük ve sürekli ihtiyaçlarına yönelik olarak ilgi göstermesi gerekir. Yeterli ilgi gösterilmemesi

⁴⁵³ Çelik, s.273 vd.

⁴⁵⁴ Özlü, s.74 vd.

⁴⁵⁵ Bulut, s.16.

nedeniyle velayetin kaldırılması için ilgisizliğin sürekli olması, kusur içermesi ve tabi çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil etmesi gerekir.⁴⁵⁶

Yeterli ilgiyi göstermemeye örnek olarak ana babanın ilgisizliği nedeniyle çocuğun kötü alışkanlıklar edinmesi, çocuğun eğitim hayatı hakkında yönlendirici ve yardımcı olmamaları, çocuğun sağlığı için gerekli beslenmeyi veya tedaviyi sağlamamaları gibi ilgisizlik nedeniyle çocuğun yararına aykırı davranışlar ve velayet görevini aksatan tutumlar gösterilebilir.⁴⁵⁷ Ana babanın ilgisizliği çocukta duygusal ve psikolojik olarak da zarara yol açabilir. Bu nedenle çocuğa karşı yeterli şefkat ve sevginin gösterilmemesi sebebiyle çocuk ile ana baba arasındaki duygusal bağın kopması çocuğun sevgisiz büyümesi ve bu durumun sürekli olması ile çocuğun maddi manevi olumsuz etkilendiği sebebiyle velayet kaldırılabilir.⁴⁵⁸

Ana babanın çocuğa karşı olan yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması da velayetin kaldırılması için bir sebeptir. Bu şekilde velayetin kaldırılmasında ana babanın kusurlu olması ve savsaklamanın sürekli nitelikte olması gerekir.⁴⁵⁹ Ancak bir defalık olan savsaklamanın sonucunun ağır olması halinde de velayetin kaldırılması sebebi olabilir.⁴⁶⁰ Savsaklama bedensel, ahlaki, zihinsel ve duygusal olarak çocuk üzerinde olumsuz sonuçlar doğurur niteliktedir.⁴⁶¹ Ağır savsaklamaya örnek olarak çocuğun okul kaydının yapılmaması, zorunlu tedavilerinin yaptırılmaması, geçerli sebep olmaksızın

⁴⁵⁶ **Karaca**, s.148; **Bulut**, s.16; **Demir**, s.295; **Yetik**, s.140.

⁴⁵⁷ **Özlü**, s.106.

⁴⁵⁸ **Bulut**, s.17; **CEYLAN, Ebru**: “*Türk Medeni Kanunu’nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi*” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.3, 2017, s.360-361.

⁴⁵⁹ **Akyüz**, *Kaldırılması*, s.17; **Saymen/Erbil**, s.399; **Bulut** s.17.

⁴⁶⁰ Grassinger, s.163; **Çelik**, s.278; **Özmen**, s.420; **Yetik**, s.140.

⁴⁶¹ **Akyüz**, *Kaldırılması*, s.17.

çocuğun yalnız bırakılması veya bir başkasına bırakılması, istemediği kimse ile nişanlandırılması, suç işlemeye teşvik etmesi, zararlı madde kullanımı ve sattırılması gösterilebilir.⁴⁶²

C. ANA BABANIN KISITLANMASI

Eski Medeni Kanun ana babanın kısıtlılığı halinde velayetin kaldırılacağını kabul etmişti. Fakat bu düzenleme yeni Türk Medeni Kanunu'nda yer almamıştır. Kanun koyucunun kısıtlılık haline velayetin kaldırılması başlığı altında yer vermediğinden artık kısıtlılık sebebiyle velayetin kaldırılamayacağı düşünülebilir. Fakat kanunun gerekçesini incelediğimizde velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmemesinin sebeplerinin sınırlı olmadığı kısıtlılık halinin de velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen sebeplerden olacağı ifade edilmiştir. Çünkü kısıtlı kişi, sınırlı ehliyetsizdir eğer ayırt etme gücüne de haiz değilse tam ehliyetsizdir. *AKYÜZ'e* göre⁴⁶³ vasi olmaksızın mallarını idare edemeyen bir kişinin çocuk mallarını idare etmesi beklenemez. Bu nedenle TMK md.405 vd. hükümlerinde yer alan sebeplerle kısıtlanan kişinin sahip olduğu velayet hakkı kaldırılır.⁴⁶⁴ Fakat doktrinde farklı görüşler de mevcuttur. Kimi yazarlar⁴⁶⁵ kısıtlılığa neden olan sebep ve somut duruma göre hakimin velayet kaldırılmasına takdir edeceğini ifade etmiştir. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı halinde ise bu kişilerden velayetin kaldırılması doğal bir sonuçtur. Biz de *ÇELİK*⁴⁶⁶ gibi akıl hastalığı ve akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlanan kişinin zaten hastalık nedeniyle velayetten doğan görevleri ifa edememe kapsamında değerlendirilerek velayetin kaldırılabileceği kanısındayız. Savurganlık, alkol veya

⁴⁶² Bulut, s.17; Özmen, s.420.

⁴⁶³ Akyüz, *Kaldırılması*, s.14.

⁴⁶⁴ Grassinger, s.175; Akyüz, *Kaldırılması*, s.13; Abik, s.68.

⁴⁶⁵ Çetiner, s.95-96; Karaca, s.146; Çelik, s.274.

⁴⁶⁶ Çelik, s.274

uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim sebepleriyle kısıtlılık hallerinde ise ilgili maddedeki “benzer sebepler” ifadesi kapsamında değerlendirilerek velayet görevinin gereği gibi ifa edilememesi nedeniyle velayetin kaldırılabilceği düşüncesindeyiz. Ayrıca bir yıl veya daha uzun süreli hapis cezasına mahkumiyet durumunda yukarıda da bahsetmiş olduğumuz üzere kasten işlenen suçlarda TCK md.53 gereği velayet hakkının kalkacağı diğer suçlar da ise TMK md.348 benzer sebepler kapsamında velayet görevinin gereği gibi ifa edilememesinden velayetin kaldırılabilceği düşüncesindeyiz.

Velayetin kaldırılması kararı ile kısıtlılık kararı birbirinden ayrı kararlardır.⁴⁶⁷ Fakat velayetin kaldırılması kararı her zaman kısıtlılık kararı ile aynı anda verilmeyebilir. Velayet kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle hakim re’sen veya talep üzerinde velayetin kaldırılmasına karar verebilir.⁴⁶⁸

D. VELÂYET HAKKINA SAHİP ANA VEYA BABANIN BAŞKASI İLE YENİDEN EVLENMESİ

TMK md.349 hükmü boşanma, evliliğin iptali veya ölüm neticesinde velayet hakkına sahip ana veya babanın eski eşi dışında bir başkası ile evlenmesi halinde velayetin kaldırılması durumunu konu edinmiştir. Bu hükme göre ana veya babanın sırf yeniden evlenmesi velayetin kaldırılmasına gerekçe olamaz. Gerçekten de yeniden evlenme öncelikle TMK md.351 “Durumun Değişmesi” başlığı altında yeniden düzenlemeyi gerekli kılmalı ve son çare olarak velayetin kaldırılmasına başvurulmalıdır. TMK md.349 hükmünün devamında TMK md.351 hükmüne atıf yapılarak çocuğun üstün yararının gerekli kıldığı durumda velayet sahibi ana veya baba değiştirilebileceği

⁴⁶⁷ Özmen, s.418; Yetik, s.139.

⁴⁶⁸ Çelik, s.274; Karaca, s.146; Abik, s.68.

ifade edilmiştir. Ancak son olarak durum ve koşullara göre velayet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir.⁴⁶⁹

TMK md.349'a göre velayetin kaldırılması TMK md.348'e göre velayetin kaldırılmasından farklıdır. Yeniden evlenmenin sonucunda velayetin kaldırılması için TMK md.348'de ifade edilen sebeplerin gerçekleşmiş olması gerekmez, bu sebeplerin dışında farklı sebeplerden de TMK md.349'a dayanarak velayet kaldırılabilir.⁴⁷⁰ Ancak TMK md.348 hükmündeki şartlar gerçekleşip de bu durumun yeniden evlenme ile arasında ilişki yok ise o halde gerekli sebeplerin varlığı halinde velayetin kaldırılması TMK md.348'e dayanır. TMK md.349 düzenlemesindeki amaç çocuğun velayet sahibi ana veya babasının bir başkası ile yeniden evlenmesinin çocuk üzerinde yarattığı veya yaratabileceği olumsuz etkilerin önüne geçmek diğer bir tabirle çocuk üstün yararını sağlamaktır. Bu nedenle diğer düzenlemenin aksine belli sebeplere bağlı kalınmamıştır.

Velayet sahibi ana veya babanın yeniden evlenmesi neticesinde velayetin kaldırılması konusunda hakim geniş bir takdir yetkisi vardır.⁴⁷¹ Velayetin kaldırılmasında en önemli ölçüt çocuğun üstün yararının velayetin kaldırılmasını gerekli kılmasıdır. Hakim durum ve koşullara göre çocuğun üstün yararının gerekli kıldığı şekilde velayeti kaldırıp vasi atayabilir. Durum ve koşulların velayetin kaldırılmasını gerekli kılıp kılmadığının ve çocuğun yararının tespiti hakim takdirindedir.⁴⁷² Velayetin kaldırılması, ana babaya karşı bir yaptırım niteliği taşımaz bu nedenle hakim

⁴⁶⁹ Grassinger, s.182; Bulut, s.16; Demir, s.296.

⁴⁷⁰ Akyüz, *Kaldırılması*, s.17; Özlü, s.124.

⁴⁷¹ Özdemir/Ruhi s.98; Özer Taşkın, s.258; Özlü, s.124.

⁴⁷² İnan, s.145.

velayetin kaldırılmasına kararını verirken ana babanın kusurlu olması gerekmez çocuğun yararı gerekli kılıyorsa kusurları olmadan da velayet kaldırılır.⁴⁷³

Çocuğun velayet sahibi ana veya babasının sırf bir başkası ile evlenmesini istememesinden dolayı velayet kaldırılamaz.⁴⁷⁴ Çocuğun maddi ve manevi olarak bu evlilikten olumsuz etkilenmesi gerekir.⁴⁷⁵ Gerçekten de bazen evlilikler çocuğu ruhsal olarak da olumsuz etkileyebilir. Bu düzeltilebilir olabileceği gibi durum ve koşullara göre önlenemez nitelikte çocuğun sağlığını etkiler nitelikte de olabilir. Benzer şekilde çocuğun dayak, cinsel taciz, hakaret ve benzerine maruz kalarak fiziksel veya psikolojik şiddet görmesi ya da çocuğun malvarlığının üvey ana veya üvey baba tarafından çocuğun yararına aykırı olarak kullanılması gibi çeşitli durum ve koşullarda hakim çocuğun yararını gözeterek velayetin kaldırılmasına karar verebilir.⁴⁷⁶

III. VELAYETİN KALDIRILMASININ SONUÇLARI

Velayete sahip olan ana babadan birinden velayet kaldırılır ise diğeri velayete tek başına sahip olur. Ancak velayet ana babanın her ikisinden de kaldırılırsa çocuğa vasi atanır. Aynı şekilde boşanma, evliliğin iptali veya ölüm neticesinde velayet eşlerden birine bırakılmış veya kendiliğinden geçmiş ise bu ana veya babadan da velayet kaldırıldığında çocuğa vasi atanır.⁴⁷⁷ Böylece velayet hükümleri yerini vesayet hükümlerine bırakır.

Velayetin kaldırılması neticesinde ana babanın velayetten doğan hak ve görevleri de sona erer fakat velayet olmasa da sahip oldukları hak ve görevler devam

⁴⁷³ Akyüz, *Kaldırılması*, s.17; Özer Taşkın, s.258.

⁴⁷⁴ Çelik, s.279; Akyüz, *Kaldırılması*, s.17; Özlü, s.124.

⁴⁷⁵ Abik, s.70.

⁴⁷⁶ Çelik, s.279.

⁴⁷⁷ Çelik, s.282.

eder. TMK md.350 gereği kendisinden velayet alınan ana baba çocuk ile aralarındaki soybağı ilişkinin sonucu olarak çocuğun bakımı ve eğitimi giderlerini karşılama ve nafakaya ilişkin yükümlülükleri devam eder. Fakat ana baba veya çocuğun maddi durumlarının elvermemesi halinde Çocuk Hakları Sözleşmesinde de kabul edildiği üzere masraflar devlet tarafından karşılanır.⁴⁷⁸

Velayetin kaldırılması ile birçok hak ve görev ana babadan alınsa dahi çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı alınamaz. Çünkü kişisel ilişki duygusal bağ ilişkisine dayalı olup velayetten bağımsızdır. Kişisel ilişki hakkı ana babanın kişilik hakkına dahildir. Bu nedenle hakimın kişisel ilişkiye yönelik bir düzenleme yapması gerekir. Fakat velayetin kaldırılması çocuğun yararına aykırı olan kanunda sayılı veya hakimın takdir ettiği durumlarda gerçekleşmektedir. Bu nedenle eğer kişisel ilişki kurma, çocuğun yararına aykırıysa hakim kişisel ilişkinin kurulmamasına da karar verebilir.⁴⁷⁹

TMK md.354 hükmüne göre ana baba kusurlu olarak velayetin kaldırılmasına sebep olmuşlar ise çocuğun mallarının kullanamaz ve çocuk mallarını hesabıyla beraber vasiye verir. Velayet görevini ağır biçimde savsaklama, yeterli ilgiyi göstermeme halleri ana babanın kusurları sebebiyle velayetin alınmasına örnek gösterilebilir. Bundan sonra çocuk mallarını kullanamazlar. Ancak ana babanın kusurları olmaksızın velayet kaldırılmış ise çocuk mallarını kullanmaya devam edebilirler. Mesela deneyimsizlik, hastalık ve benzer sebeplerle velayet görevinin gereği gibi yerine getirilememesi nedeniyle velayetin kaldırılması çocuk mallarını kullanıma engel teşkil etmez.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ Kılıçoğlu, s.518; Özdemir/Ruhi, s.102; Demir, s.297; Özer Taşkın, s.259; Abik, s.71; Akyüz, *Kaldırılması*, s.18; Çelik, s.286-287; Tekinay, s.521; İnan, s.147.

⁴⁷⁹ Çelik, s.285; Özer Taşkın, s.259.

⁴⁸⁰ Tekinay, s.521; Abik, s.71; Çelik, s.286.

TMK md.348/III fıkrasına göre velayetin kaldırılması kararında aksi belirtilmedikçe kural mevcut ve doğacak bütün çocukları içerek şekilde velayetin kaldırılmasıdır. Diğer bir tabirle hakim verdiği kararda velayeti kaldırılan ana babanın birden çok çocuğu var ise bu çocuklardan hangisi için velayetin kaldırıldığı açıkça belirtmelidir. Aynı şekilde velayet kaldırılan ana babanın gelecekte doğacak çocuklarının bu kapsamın dışında tutulması isteniyorsa hakim kararında bu durumu belirtmelidir.⁴⁸¹

⁴⁸¹**Tekinay**, s.521; **Abik**, s.71; **Özdemir/Ruhi**, s.103; **Özer Taşkın**, s.259; **Çelik**, s.284; **Karaca**, s.168; **İnan**, s.467; **Grassinger**, s.189-190.

§ 7. VELAYET HAKKININ DEĞİŞTİRİLMESİ

Velayete ilişkin verilen kararlar şekli anlamda kesin hüküm teşkil etse de maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez.⁴⁸² Bu nedenle ileride değiştirilebilmeleri mümkündür. Kaldı ki velayet kamu düzenine ilişkin olup hakim re'sen veya talep üzerine her zaman velayete ilişkin düzenleme yapabilir.⁴⁸³ Gerçekten de TMK md.351 hükmünde ifade edildiği üzere durum ve koşulların değişmesi üzerine hakim velayete ilişkin olarak re'sen veya talep üzerine çocuğun korunmasına yönelik tedbirlerde düzenleme yoluna gidebilir. Yeni düzenlemeler daha ağır nitelikte olabileceği gibi daha hafif de olabilir veya tamamen ortadan kaldırılabilir.⁴⁸⁴ Benzer şekilde TMK md.349 hükmünde ifade edildiği üzere yeniden evlenmenin sonucunda çocuğun yararının gerekli kıldığı durumda velayet değiştirilebilir. Ancak bu madde olmasa dahi TMK md. 183 hükmünden bu anlamın çıkarılabileceği kanaatindeyiz. Çünkü TMK md.183 hükmü ana babanın başkasıyla evlenmesini, başka bir yere gitmesini veya ölümü gibi durumlarda yeni durum ve koşullara göre hakimin re'sen veya talep üzerine gerekli önlemleri alabileceğini ifade etmiştir.

Velayetin yeniden düzenlenmesi konusunda değişen durum ve koşullar, yeni olgular hakime geniş bir takdir yetkisi imkanı verir. Kanun koyucu her ne kadar TMK md.183'te değişikliğe esas bazı durumları saymışsa da onlarla sınırlı tutmamıştır.⁴⁸⁵ Velayete ilişkin düzenlemelerde öncelikle çocuğun yararı gözetilir. Düzenlemelerin zaman içinde süreklilik arz eden yeni olgular, değişen durum ve koşullar ile artık çocuğun yararına olmadığı anlaşıyor ise bu durumda velayetin değiştirilmesi gerekliliği doğar. Yeni olgular ana babanın kendilerine has olabileceği gibi çocuğa

⁴⁸² **Demir**, s.297; **Çelik**, s.293; **Akyüz**, *Kaldırılması*, s.19; **Ruhi**, s.106.

⁴⁸³ **Bulut**, s.8.

⁴⁸⁴ **Serozan**, s.292.

⁴⁸⁵ **Köprülü/ Kaneti**, s.201; **Saymen/Elbir**, s.272.

ilişkin de olabilir. Örneğin çocuk da fiziksel veya psikolojik bir hastalıkla karşılaşması, çocuğun eğitimi için şehir değiştirmesi gibi çeşitli sebeplerden somut olayın koşulları değerlendirilerek değişikliğe ilişkin karar verilebilir.⁴⁸⁶

Velayet hakkına sahip olan ana veya babanın velayetten doğan eğitim, bakım gibi görevlerini aksatmaları veya velayete sahip olmayan ana veya babanın kişisel ilişki kurmasını engellemek gibi velayetten bağımsız haklarına engel olunması ya da velayete sahip ana veya babanın hapis cezasına mahkûm olması, kısıtlanması gibi durumlar somut olayında şartları içinde değerlendirilerek ve idrak çağındaki çocuğun görüşü de alınarak⁴⁸⁷ velayetin değiştirilmesine sebep olabilir.⁴⁸⁸

Esasında velayet hakkına sahip olmayan ana veya babanın çocukla kişisel ilişki kurmasını engellemek mahkeme kararlarında⁴⁸⁹ velayetin değiştirilmesi gerekçesi olarak kabul görüyor olsa da bu çalışmanın yazımı sırasında yapılan kanun değişikliği ile bu durum Türk Medeni Kanun’unda da yer bulmuştur. 30.11.2021 tarihinde 31675 Sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan ve 24.11.2021 tarihinde kabul edilen 7343 Sayılı İcra İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun md. 37 ve 38 ile kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerinin yerine getirilmemesi halinde çocuğun da üstün yararına aykırı olmadıkça velayetin değiştirilebileceği kabul edilmiştir. Yeni düzenleme ile TMK md.182’ye “*Mahkeme, kararında kişisel ilişki düzenlemesinin*

⁴⁸⁶ Çelik, s.293.

⁴⁸⁷ “Çocuğun yeterli idrak gücüne sahip olduğu durumlarda, yüksek çıkarına açıkça ters düşmedikçe ifade ettiği görüşe önem verilmelidir.” Y. 2.HD, T.22.02.2011, E.2010/12656, K.2011/2949, Gençcan, Aile Mahkemesi, s.1211.

⁴⁸⁸ Bulut, s.12.

⁴⁸⁹ “Annenin, çocuğun baba ile kişisel ilişki kurmasına sürekli engel çıkardığı dosyadaki delillerle gerçekleştiğine göre çocuğun menfaatine aykırı bu tutumu velayetin değiştirilmesini gerektirir.” Y. 2.HD. T. 24.05.2011, E.2010/19930, K.2011/8994, Gençcan, Aile Mahkemesi, s.1214-1215.

gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayetin değiştirilebileceğini ihtar eder” fıkrası; TMK md. 324’e ise “Velayet kendisine bırakılan ana veya baba, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getirmezse çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayet değiştirilebilir. Bu husus kişisel ilişki kurulmasına dair kararda taraflara ihtar edilir” fıkrası eklenmiştir. Bu sayede mahkeme kararlarında olan bir durum kanunda da kendine yer bulmuş oldu. Gerçekten de yapılan değişiklik, velayetten bağımsız olarak soybağı sebebiyle sahip olunan çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkının velayet sahibi tarafından engellenmesinin önüne geçilmesinde hem uyarıcı olması hem de hak mahrumiyetini engellemek bakımından gerekli bir düzenlemedir.

Velayete ilişkin değişiklik velayete sahip taraf üzerinde olabileceği gibi çocuğu koruma önlemleri kapsamında da olabilir. Ayrıca TMK md.351/II hükmünde belirtildiği üzere velayetin kaldırılması kararının iadesine ilişkinde olabilir. TMK md.351/II “*Velâyetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalkmışsa hâkim, re’sen ya da ana veya babanın istemi üzerine velâyeti geri verir*” şeklinde olup velayetin kaldırılmasına özgü bir düzenlemedir. Buna göre velayetin kaldırılmasına TMK md.348-349 hükümleri kapsamında sebep olan durum ortadan kalkmış ise hakimin re’sen veya talep üzerine vereceği karar ile velayet ana babaya iade edilir. Ana babanın her ikisinden de velayet kaldırılmış olsa bile velayetin iadesi ana babadan sadece birine yapılabilir.⁴⁹⁰ Ancak velayetin iadesi pek kolay değildir. Gerçekten de velayetin kaldırılmasına karar verilirken kanundaki sebeplerin gerçekleşmesi ve çocuğun üstün yararına aykırılığın var olup olmadığı konusunda titiz bir inceleme yapılmaktadır. Bu noktadan sonra bu sebeplerin ortadan kalktığıнын incelenmesi ve yine çocuğun üstün yararının

⁴⁹⁰ Serozan, s.293.

gözetilmesinde de aynı titizlikle bakılması gerekir.⁴⁹¹ Doktrinde derhal velayetin iadesinin olumsuz sonuçlara yol açabileceği düşüncesiyle öncelikle deneme yapılması tavsiye edilmiştir. Deneme sürecinde ana babanın velayet görevlerini gereği gibi ifa edip edemediklerinin denetiminin yapılabilceği ve aksi bir durumda çocuğun derhal ana babadan alınabileceği ifade olunmuştur.⁴⁹²

⁴⁹¹ Akyüz, *Kaldırılması*, s.20.

⁴⁹² Akyüz, *Kaldırılması*, s.20.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİRLİKTE VELAYET

§ 8.BİRLİKTE VELAYET KAVRAMI

I. GENEL OLARAK

Velayet, çocuk ve istisnai olarak kısıtlı ergin üzerinde bakma, yararını gözetme, gelişimini sağlama kapsamında temsil etme ve mallarına ilişkin hakları da içeren bir kavramdır. Velayet hakkı sadece ana ve baba tarafından kullanılabilen ebeveynlere özgü ve çocuk lehine bir hak olarak karşımıza çıkar. Velayet tarihsel süreçte önemli değişimlere uğrayarak günümüzdeki halini almıştır.

Velayetin geçmişte mutlak hakimiyet hakkı olarak sadece babaya tanındığı halden günümüz yüküm-hak niteliğine ve babaya olduğu kadar anaya da tanınan bir hak halini alması için uzun yılların geçmesi gerekmiştir. Bu süreçte velayet sürekli değişimlere uğramıştır. Önce velayet hakkının verdiği mutlak hakimiyet giderek azalmıştır ve kimi durumlarda anaya velayet hakkı verilmiştir. Sanayileşmeyle aile yapıları küçülmüş beraberinde ana babanın çocuk üzerinde birlikte söz sahibi olabilmeleri artmıştır.⁴⁹³ Sanayileşmenin çocukların sömürülmesini arttırması ve dünya savaşlarının çocuklar üzerindeki olumsuz etkileri dünyayı çocuk haklarının önemini kavramaya itmiştir. Bu kapsamda çocuk haklarına ilişkin bildiriler yayımlanarak çocuğun korunmasının önemi anlaşılmış ve çocuğun bağımsız olarak bir hakkın süjesi olduğu kabul edilmiştir.⁴⁹⁴ Bu sayede velayetin de asıl amacının çocuğun korunması, geliştirilmesi olduğu kavranmıştır. Dünya savaşları sonrası insan haklarına yönelim

⁴⁹³ **ERLÜLE Fulya:** İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Ankara, 2019, s.98.

⁴⁹⁴ **KURT, Leyla Müjde:** “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, 2018, s.159.

kadın erkek eşitliği kavramının önemini de ortaya çıkarmıştır. Özellikle 20. Yüzyılın ikinci yarısından sonra artan kadın hareketleri ve yüzyılın sonuna doğru artan feminizm hareketleri kadının sadece çocuk doğurmak ve bakmak için var olmadığını, erkeklerle eşit hak ve özgürlüklere sahip olduğunu, bu kapsamda hem iş yaşamında hem de aile içi düzende erkeklerle eşit haklara sahip olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu kapsamda velayet kavramı da tarih boyu değişimlere uğradığı gibi uğramaya devam etmektedir.

Değişen toplumsal yaşam, aile yapıları ve kadın erkek rolleri özellikle Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa’da olmak üzere bütün dünyada etkilerini göstermiş ve göstermeye devam etmektedir. Tabii ki bu değişimler ve etkileri ülkemizde de kendini göstermektedir.

Velayetin kullanımı evlilik birliği içinde kural olarak ana babaya birlikte tanınmıştır. Esasında birlikte velayet kavramı evlilik birliği içinde kural olarak tanınması nedeniyle bize yabancı bir kavram değildir. Fakat geçmiş düzenlemeler; boşanma, evliliğin iptali veya evlilik dışı ilişkilerde çocuğun velayetini ana babanın birlikte kullanmasına imkan vermemiştir. Fakat yukarıda bahsettiğimiz toplumsal değişimler, kadın erkek eşitliği ve çocuk hukukuna bakış açısı günümüzde boşanma, evlilik iptali veya evlilik dışı ilişkilerde çocuğun velayetinin birlikte kullanımının mümkün olabilirliğini tartışmaya açmıştır.

Velayet, sadece ana babanın kullanımına bırakılan bir hak olması sebebiyle ana babanın her ikisinden de velayet kaldırılmadıkça varlığını sürdürür. Velayetin çeşitli görünümleri vardır. Bunlardan biri ve ülkemizde de yaygın uygulama alanı olan tek başına velayet kullanımıdır. Tek başına velayet uygulamasına genellikle boşanma sonrası velayetin ana babadan birine verilmesi, evlilik dışı ilişkide ananın velayete tek başına sahip olması, velayetin eşlerden ana babanın birinden kaldırılması veya ölüm gibi zorunlu olarak sağ kalan eşin velayeti kullanması gibi çeşitli durumlarda rastlıyoruz. Birlikte velayet kurumu ise Türk Hukuku’nda daha çok evlilik birliği içinde

değerlendirilmiştir. Türk Medeni Kanunu md.336/I fıkrasında ana babanın evlilik birliği içinde velayeti birlikte kullanacaklarını açıkça ifade etmiştir. Boşanma sonrası ve evlilik dışı ilişki hallerinde de birlikte velayetin uygulanabilir olup olmadığı ise uzun süre tartışma konusu dahi olmamış fakat yabancı hukuk sistemlerinde özellikle İsviçre Hukuku'ndaki gelişmeler ile doktrinde az sayıda yazar konuya değinmiştir. Birlikte velayete imkan tanıyan ve tarafı olduğumuz uluslararası belgelerin yanı sıra Yargıtay'ın da konuya ilişkin görüşünü değiştirmesi ile Türk Hukuku'nda birlikte velayetin uygulanabilirliği son derece önemli bir hal alarak belki de yeni düzenlemelerin yapılması ihtiyacını doğurmuştur.

Birlikte velayet doğrudan çocuğun zamanının tam eşit paylaşımı veya her iki ebeveynin de doğrudan çocuğun bakımını sağlamaları ya da aralarında görev dağılımı anlamlarına gelmez. Birlikte velayet kavramı genel olarak, ana ve baba tarafından çocukları üzerinde veya istisnai olarak kısıtlı ergin çocukları üzerinde velayet hak ve sorumluluklarını eşit olarak birlikte kullanmalarını, yerine getirmelerini ve karar vermeyi ifade etmek için kullanılır.⁴⁹⁵

Tek başına velayet hakkının kullanımında velayet hakkına sahip ana veya baba velayetin kapsamına giren çocuğun kişi varlığı, mal varlığı ve temsiline ilişkin olan hak ve yükümlülöklere tek başına sahiptir. Herhangi bir şekilde velayet hakkına sahip

⁴⁹⁵**Özdemir/Ruhi**, s.302; **SÜZEN, Begüm**: “*Yabancı Mahkemelerde Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.133-134, 2015, s.30; **APAYDIN, Eylem**: “*Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1, 2018, s.447; **Bingöl**, s.281; **Gülgösteren**, s.167; **DÖNMEZ, Ünsal/BARIN, Taylan**: “*Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.35, 2018, s.183; **Kurt**, s.158; **Serdar**, s.162; **ÖZCAN, Aysu**: “*Boşanan Ana Babanın Birlikte Velayet Hakkı*”, Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu Bildiri Kitabı (Ed. Yasemin Güllüoğlu Altun), İstanbul, 2021, s.218; **Köle, E.**, s.153.

olmayan e e danışması veya onunla beraber karar alması, hareket etmesi gerekmez. Oysaki birlikte velayet hükümleri kapsamında velayet sorumluluğu, eşit olarak ana babanın birlikte hareket etmesi ve birbirilerinin fikrini alarak karar vermesi ile yerine getirilir.⁴⁹⁶

Velayetten doğan hak ve yükümlülüklerin yerine getirilmesinde çocuğun yararı önceliklidir. İster tek başına velayet olsun isterse birlikte velayet olsun fark etmeksizin velayete sahip olan ana ve baba velayet hakkını daima çocuğun yararını ön planda tutarak kullanmak zorundadır. Bu kapsamda evlilik birliği içinde ya da evlilik birliği dağılmış veya hiç kurulmamış olsa da birlikte velayet söz konusu ise çocuğun üstün yararını amaçla ana baba velayeti kullanır.⁴⁹⁷

Birlikte velayet kavramını ifade etmek için ulusal ve uluslararası doktrinde ayrıca yargı kararlarında aynı anlama gelebilecek çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. Kavramın Türkçe kullanımında genellikle “*Birlikte Velayet*”⁴⁹⁸, “*Ortak Velayet*”⁴⁹⁹, “*Müşterek Velayet*”⁵⁰⁰ ve yargı kararlarında da “*Ortak Velayet*”⁵⁰¹ kavramlarıyla

⁴⁹⁶ **BR N G, Margaret F./BUCKLEY, F. H.:** “*Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories*,” Indiana Law Journal: C.73, S.2, ABD, 1998, s. 396; **Ruhi,** s.131; **Sözen,** s.30; **Serdar,** s.162; **K le, E.,** s.153.

⁴⁹⁷**Ruhi,** s.131; **BÖLÜKBAŞI,  zge:** “*Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzincan, 2020, s.8.

⁴⁹⁸ **Koçhisarhoğlu,** s.11 vd.; **ÖZTAN, Bilge/ÖZTAN, Fırat:** “*Boşanmada Birlikte Velayet ve Birlikte Velayetin Uygulanmasına İlişkin Modeller*”,  ankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, 2020, s.2569 vd. s. **Erlüle,** s.7 vd. **Usta,** s.28 vd.

⁴⁹⁹ ** akır,** s.66 vd.; **ÖZTÜRK ALMA , Tuğçe:** “*Aile Arabuluculuğunda Ortak Velayetin Tesis Edilebilirliği*”, Terazi Hukuk Dergisi, C.14, S.159, 2019, s.2188 vd.; ** cal Apaydın,** s.631 vd.; **GENÇCAN, Ömer Uğur:** “*Ortak Velayet*”, İzmir Barosu Dergisi,  zel Sayı 8 Mart 2017, s.24 vd.

⁵⁰⁰ **BENEDEK, Elissa P./BROWN, Catherine:** Boşanma Ve  ocuğunuz: Çocuğunuzun Boşanmanızla Başetmesine Nasıl Yardımcı Olursunuz, ( ev. Serap Katlan), Ankara, 1997, s.38; **KAHRAMAN,**

karşılaşılmaktadır. Fakat biz TMK md. 336/I fıkrasında evlilik birliği içindeki velayet kullanımının birlikte velayet olarak ifade edilmesi nedeniyle ve aile hukukuna ilişkin ifadelerde “*ortak*” kelimesinden ziyade “*birlikte, birliktelik, birlik*” gibi ortak köke sahip kelimelerin kullanılması nedeniyle “*Birlikte Velayet*” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

II. AMACI

Birlikte velayetin uygulanması talebi birtakım değişimlerin sonucunda gündeme gelmiştir. Toplum içinde kadın erkek rollerinin farklılaşması ve birbirine bakış açıları, evlilik birliği dışında çocuk sahibi olmakta artış, boşanmalardaki özellikle anlaşmalı boşanmalardaki artışlar ve boşanmalar neticesinde velayete tabii olarak ortada kalan çocuklar⁵⁰² ile çocuk haklarının gelişimi neticesinde velayet hukukuna ilişkin de birtakım yenilik ihtiyaçları duyulmuştur. Evlilik birliğinin dağılması ve evlilik birliği dışında çocuk sahibi olunması durumunda tek başına velayete hükmedilmesi, yaşanan değişimler ve bu uygulamaların olumsuz yanları sonucunda birlikte velayetin bu durumlar için uygulanabilirliğini gündeme getirmiştir.⁵⁰³

Velayetin amacı genel olarak çocuğun bedensel, zihinsel, fikri ve ahlaki olarak gelişmesi ile çocuğun sorumluluk sahibi, ayakları üstünde durabilen hür bir birey olabilmesidir. Önemli olan ister tek başına velayet isterse birlikte velayet şeklinde bu

Süheyla: “*Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Müsterek Velayet*”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s.12 vd.

⁵⁰¹ **Yargıtay 2. HD. T. 20.02.2017, E.2016/15770, K.2017/1737**, <https://www.lexpera.com.tr/>, (E.T. : 01.05.2021)

⁵⁰² Kesinleşen boşanma davaları sonucunda 2020 yılında 135 bin 22 çift boşanırken 124 bin 742 çocuk velayete verildi. Detaylı bilgi için bkz. <https://tuikweb.tuik.gov.tr/> (E.T.:22.05/2021)

⁵⁰³ **Bingöl**, s.276.

amacın sağlanabilmesidir. Çünkü velayet hakkı çocuk lehine olan ancak ana baba tarafından kullanılabilen yüküm-hak niteliğindedir.

Tartışmalı konu olan evlilik birliğinin dağılması veya evlilik birliği dışında çocuk sahibi olunması durumunda birlikte velayetin uygulanması, esasında velayetin amacının da gerçekleşmesini hedefler. Velayetin amaçladığı çocuğun üstün yararına göre çocuğun gelişiminin sağlanması, gerekli bakımın ve özenin gösterilmesi ancak birlikte velayet ile mümkünse birlikte velayetin uygulanması gerekir. Aksine birlikte velayetin bu amacı gerçekleştiremeyeceği anlaşıldığı takdirde ise zaten birlikte velayete hükmedilmemelidir.⁵⁰⁴ Bu nedenle birlikte velayete karar verilirken öncelikle amaç çocuğun üstün yararının gözetilerek çocuğun bakım ve gelişiminin sağlanmasıdır.

Yakın zamana kadar uygulama şöyleydi: Evlilik birliği içindeki velayet ana babanın beraber sahip olduğu bir hak iken ancak velayetin kaldırılması sebepleri ile tek başına velayet halini alabiliyor veya çocuğa vasi atanıyordu. Evlilik birliğinin sona ermesi halinde ise velayet çocuğun yaşı, cinsiyeti; ana babanın fiziki, psikolojik, sosyoekonomik durumları gibi çeşitli ölçütlere göre ana babadan birine veriliyor ve bu genellikle ana olarak karşımıza çıkmaktaydı. Evlilik birliği hiç kurulmadan çocuk dünyaya getirildiğinde ise velayet anaya tanınan bir hak olarak görünüm kazanıyordu.

Ancak bu uygulamalar her ne kadar çocuğun yararını hedeflese de her zaman çocuğun yararına sonuç vermeyebilir. Ayrıca aile birliği içindeki kadın erkek eşitliğini zedeleyici olarak görülmektedir. Kimi boşanmalarda ise çocukların yanına bırakıldığı ebeveyn tarafından diğer ebeveyne karşı çocuğu uzaklaştırma ve çocuğa o ebeveyni kötüleme gibi yöntemlerle çocuğun ebeveyne yabancılaşma sendromu yaşaması gündeme gelmektedir.

⁵⁰⁴ **Benedek/Brown**, s.41.

Birlikte velayetin uygulanmasının amacı, çocuğun üstün yararının gerçekleştirilmesi olsa da sadece bununla sınırlı değildir. Birlikte velayetin sosyal, psikolojik nedenlere dayanan amaçları da mevcuttur. Ebeveynlerden birine genellikle de anaya⁵⁰⁵ bırakılan velayetin, velayet hakkına sahip olmayan ebeveyni genelde babayı çocuktan uzaklaştırdığı ve babanın da babalık duygusunu yaşama hakkı olduğu, çocuğunun bakımında ve gelişiminde sadece kişisel ilişki kurmak ve nafaka vermekle bu duygularını yaşayamayacağı kabul edilmektedir.

Boşanmaların genellikle çocuklar üzerinde olumsuz etkileri olur. Ana ve baba bu etkileri en aza indirebilmelidir. Velayetin tek başına mı birlikte mi olduğu da boşanmanın etkileri üzerinde önem arz eder. Birlikte velayet çocuğun belli bir süre anada belli bir süre babada kalması anlamına gelmez ama her kimde kalırsa kalsın çocuk ile ana baba arasındaki mesafenin açılmasını engeller.⁵⁰⁶ Üstelik birlikte velayet halinde her iki ebeveynin de çocuğun velayetine ilişkin hak ve yükümlülüklerle sorumlu olması ve birbirleriyle iletişim halinde olmaları nedeniyle çocuktan uzaklaşma söz konusu olmaz. Hem çocuğun sağlıklı gelişimi hem de ana babanın çocukla olan bağının kopmaması birlikte velayet yoluyla sağlanır.⁵⁰⁷ O halde birlikte velayetin kabulüyle çocuğun, ana babası boşansa dahi onlarla ilişkisinin kopmaması ve çocuğun bakımında, yetişmesinde ve gelişiminde katkılarının devam etmesi amaçlanmıştır.⁵⁰⁸ Bir diğer amaç ise ebeveynler açısından olup tek başına velayette velayete sahip olmayan ebeveynin

⁵⁰⁵ Kesinleşen boşanma davaları sonucunda çocukların velayetinin çoğunlukla anneye verildiği görülmüştür. Çocukların velayetinin 2020 yılında %75,8'i anneye, %24,2'si babaya verilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. <https://tuikweb.tuik.gov.tr> (E.T.: 22.05.2021)

⁵⁰⁶ **Benedek/Brown**, s.39.

⁵⁰⁷ **Çakır**, s.69.

⁵⁰⁸ **Erlüle**, s.110

çocukla ilişkisinin kopması ve ebeveynin kendisini yabancı ve yetersiz hissetmesinin engellenmesi amaçlanmıştır.

Ana babaların başarısız evlilikleri sebebiyle boşanmaları gayet normaldir. Fakat boşanma sonucunda müşterek çocuklarının velayetinin sadece birine verilmesi, velayete sahip olmayan ana veya babanın adeta cezalandırılması gibidir. Her ne kadar evlilik başarısız olmuşsa da bunun ebeveynlerden birinin elinden velayet hakkını da alması adil değildir. İşte bu durum uygulamada velayet savaşlarına sebep olabilmekte ve bu kavganın arasında çocuğun zarar görmesine sebep olmaktadır.⁵⁰⁹ Velayete sahip olmayan ebeveyn her ne kadar kişisel ilişki kurma hakkına sahip olsa da bu yeterli olmamakta ve ebeveynin kendisini yetersiz hissetmesine neden olmaktadır.⁵¹⁰ Ayrıca velayet kendine bırakılmayan ebeveyn iştirak nafakası ile sorumludur. İştirak nafakası çocuğun bakımı ve gelişimine katkı sunulması bakımından oldukça adilanedir. Fakat bu ebeveynin nafaka vermesinin karşılığında çocuğuna ilişkin hiçbir konuda görüş ifade etme, karar verebilme imkanı yoktur.⁵¹¹ Bu durumda ebeveyn için nafaka sadece bir külfet halini alıp çocuğu da metalaştırıcı niteliktedir. İnsan haklarının doğal sonucu olarak kadın ve erkek eşitliği anlayışı ile çocuk üzerindeki velayet hakkının kullanımında da eşit olmaları gerektiği kabul edilmektedir. Bu kapsamda birlikte velayet uygulaması ile ana ve baba arasındaki eşitliğin sağlanması hedeflenmiştir.⁵¹²

⁵⁰⁹ **AYBAY, M. Erdem/ŞEN, Bülent:** “*Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1, 2016, s.590.

⁵¹⁰ **Benedek/Brown**, s.39.

⁵¹¹ **Çetiner**, s.91.

⁵¹² **Çatalbaş**, s.105.

III. ORTAYA ÇIKIŞ SÜRECİ VE SEBEPLERİ

A. BOŞANMANIN ÇOCUKLAR ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

1. Genel Olarak

Boşanma ana ile baba arasında gerçekleşir. Ana baba ile çocuk arasında boşanma ebeveynlik ilişkisini yok etmez.⁵¹³ Yine de boşanma, ister anlaşmalı isterse çekişmeli olsun hem eşler hem de çocukları üzerinde sonuç doğurmaktadır. Boşanmanın etkilerini eşler zamanla atlatabiliyor ve hayatlarını kimi zaman yeniden evlenerek sürdürebiliyorlar. Ancak çocuklar için boşanmanın etkileri çocukluklarından yetişkinliğe varıncaya kadar ve hatta psikolojik ve sosyal yönleriyle hayat boyu sürebilmektedir.⁵¹⁴ Çünkü boşanma çocukları üzerinde sadece anlık etki değil onların yaşamının tamamına sirayet eden psikolojik etkiler de doğurmaktadır. Bu kapsamda boşanmanın sosyal, ekonomik, hukuki ve psikolojik olarak çeşitli etkileri görülmektedir. Bu etkiler çocuklar üzerinde kimi zaman olumlu etki yaratabildiği gibi çoğu zaman olumsuz etki doğurmaktadır. Genellikle çocuğun istismara uğradığı, aile içi şiddetin var olduğu, ebeveynler arası çatışmanın var olduğu ve çocukların korku duyduğu birlikteliklerin sona ermesi nedeniyle çocuklar başta bir rahatlama duygusuna kapılır.⁵¹⁵ Fakat ne olursa olsun neticede çocuk yine olumsuz sonuçlara maruz kalmaktadır. Öyle ki aile içi şiddete maruz kalmış çocuk karmaşık duygular yaşar. Bir yandan şiddet uygulayan ebeveyne duyulan öfke boşanmayla beraber şiddet ve

⁵¹³ **KOÇOĞLU, Safa:** Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları, İstanbul, 2018, s.64; **Koçhisarlıoğlu,** s.153.

⁵¹⁴ **PARKINSON, Lisa:** Aile Arabuluculuğu, Yeni Aile Adalet Sistemine Dair Uygun Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi, Adalet Bakanlığı Çeviri Yayını, Ankara 2017.

⁵¹⁵ **PRYOR, Jan/RODGERS, Bryan:** Değişen Ailelerde Çocuklar, (Çev. İbrahim Enis Köksaldı), İstanbul, 2011, s.174.

çatışmadan kurtulduğu için rahatlamaya dönerken bir yandan da ebeveynin evden ayrılmasıyla üzüntü ve zamanla özlem duygusuna yol açar.⁵¹⁶

Çocukların belli bir fiziksel, zihinsel ve duygusal gelişimi yaşamaları, ayakları üzerinde durabilen belli olgunluk seviyesine sahip bireyler olmaları beklenir. Bu gelişimin ise ana ve baba ile yaşayacağı sevgi, saygı ve iletişimin kuvvetli olduğu “*tam aile*”⁵¹⁷ hayatıyla mümkün olduğu kabul edilir.⁵¹⁸ Ancak bu gelişim aşamasında çocuk, yaşanan boşanma ile ana babadan birinden uzaklaşabilir, bu sarsıntılı süreci ve etkilerini kolay atlatamayabilir.⁵¹⁹ DOLTO’ya göre⁵²⁰ çocuğun sağlıklı gelişimi için üç sürekliliği sağlaması gerekir. Bunlar; bedeni, duygusal ve toplumsal sürekliliklerdir. Boşanma ile çocuk aile olunan evden taşınmışsa veya ebeveynlerden biri ayrılmışsa çocuk yıkım yaşayabilir ve bu bedenine yansır. Boşanma çocuğun en başta duygusal sürekliliğini sekteye uğratar çünkü çocuk ana babası arasında kalır ve kimi zaman ikisinden birini seçmesi gerekir.⁵²¹

Ancak her boşanmanın birbirinden farklılıklar içerdiği gibi her aile yapısı ve çocuk da birbirinden farklıdır. Bu nedenle karşılaşılan durumlar her seferinde kendi içinde farklı sonuçlar doğurabilir. Ancak kesin olan şu ki: Çocukların her boşanmadan

⁵¹⁶ Pryor/Rodgers, s.179.

⁵¹⁷ Tam Aile kavramı ana baba ve çocuğun birbirilerine karşı duydukları sevgi ve saygıyla kuvvetli dayanışma, iletişimin olduğu ve çocuğun sosyal, zihinsel ve ahlaki yönde gelişiminde büyük önem arz eden ana ve babanın çocuğun üzerindeki etkisinin mühim kabul edildiği aileyi ifade etmek için kullanılır. Daha detaylı bilgi için bkz. AKYÜZ, Emine:”Boşanmanın Çocuk Üzerinde Etkileri”, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, C.11, S.1, 1978, s.2.

⁵¹⁸ Çelikel, s.25.

⁵¹⁹ Benedek/Brown, s.51.

⁵²⁰ DOLTO, Françoise: Çocuk ve Boşanma, Sorunlar Öneriler Çözüm Yolları (Çev. Nuriye Yiğitler), İstanbul, 1998, s.16.

⁵²¹ Aybay/Şen, s.600.

sonra yeni duruma uyum sağlayabilmeleri gerekir. Çocuğun uyumu boşanmanın etkilerinin de şiddetini belirler ve uzun dönemde doğuracağı olumsuzlukları en aza indirir.⁵²² Aksi halde çocuğun yaşadığı sarsıntıdan çıkamama veya tekrar tekrar bu noktaya dönmesi, üzerindeki stresi kaldıramaması, duygularıyla yüzleşememesi gibi çeşitli sorunlar çocuğun geleceğinde endişeye, kişilik bozukluklarına, konsantrasyon eksikliğine, yetersiz hissetmesine sebep olur.⁵²³

Boşanmanın etkileri çocuğun cinsiyeti, yaşı, boşanmanın sebepleri, boşanma öncesi bulunduğu ortam ile boşanma sonrası bulunduğu ortam, yanına bırakıldığı ebeveyninin tavrıyla birlikte yaşamadığı ebeveynle ilişkisine göre ve ebeveynlerin birbiri ile olan ilişkilerine göre çeşitlilik gösterir.⁵²⁴ Bu kapsamda çocuklar karmaşık ve duygusal tepkiler verirler.⁵²⁵

Çocukların özellikle ana babalarının boşanmalarıyla kısa süre içinde çeşitli duygulara sürüklenirler. Her çocuk boşanmanın sonucunda korku hissini yaşar. Korkunun sebebi ise çocuğun yaşına göre çeşitlilik gösterir. Küçük yaşlarda korkular daha çok ana babaya muhtaç olmaktan kaynaklı olup bakım ve güvenlik gereksinimi temelindedir. Bu çocuklar yanlarında kalan ebeveyninin de terk etmesinden veya barınma, beslenme gibi ihtiyaçlarını yeteri kadar karşılayamamaktan korkarken büyük çocuklar ise terk edilme korkusunun yanında boşanmanın geleceklerine etkisi üzerinden korku yaşarlar. Çocukların boşanma ile en yaygın ve doğal olarak yaşadığı duygu ise üzüntüdür. Üzüntü hali uzun süreli olabilir ve ağlamak, susmak, öfke gibi çeşitli şekillerde dışavurum gösterebilir. Özellikle erkek çocuklar boşanma sonrası yoğun öfke

⁵²² **Erlüle**, s.68-69.

⁵²³ **Benedek/Brown**, s.52; **Çelikel**, s.27; **Erlüle**, s.68.

⁵²⁴ **Akyüz**, *Boşanma*, s.3.

⁵²⁵ **Pryor/Rodgers**, s.173; **Benedek/Brown**, s.52

duygusu yaşayabilirler. Öfkenin dışavurumu cinsiyete, yaşa göre farklılıklar gösterebilir. Öfke halinde çocuğun içe kapanmasından ziyade öfkenin dışavurulması gerekir. Büyük çocuklar öfke halini suçlu gördükleri ebeveyne yansıtabilir. Ancak çocuğun öfkesinin özellikle birbirine düşman ebeveynler tarafından kışkırtıcı bir şekilde kullanılmaması gerekir. Her ne kadar ana baba boşanmanın nedeni olarak çocuklarını görmüyor olsa da kimi zaman çocuklar boşanmanın suçlusu olarak kendilerini görürler. Bu duygunun temelinde çocukların benmerkezci olmaları yatar. Bu nedenle suçlarını telafi etmeye çalışır bir şekilde ana babayı barıştırma çabası içine de girerler. Barışma arzusu da boşanmanın üzerinden uzun yıllar geçse de çocukların hala hissettiği bir duygudur. Çocuklar boşanmanın etkisini ilk olarak fiziksel olarak yaşarlar. Ana babadan biri evi terk eder. Çocuğun aile kavramında bir anda oluşan bu büyük boşluk çocukta yalnızlık duygusuna neden olur. Yalnızlık duygusu hem içsel olabilir hem de tek ebeveynin sürekli yanında olamamasından kaynaklı fiziksel bir yalnızlık olabilir. Ana babanın birbiriyle evli kalmak istememesini çocuklar kendileri için yorumlayabilir ve kendisinin de istenmediğini düşünebilir. Çocuklar da boşanma sonrası görülen bir diğer tipik durum ise gerilemedir. Diğer bir tabirle çocukların gelişim gösterdikleri seviyenin gerisine düşmeleri. Örneğin parmak emme, altına kaçırma, bir nesneye bağlılık bunun örnekleridir. Çocuk boşanma durumunun kendilerinde doğurduğu terk edilme korkusu, bilinmezlik halini uyku sorunları yaşayarak da gösterebilir. Uyku çocuklar için bilinmez bir karanlıktır ve terk edilmeyi çağırır. Bu nedenle uykuyu reddetme, kâbus görme, gibi sorunlar yaşanır. Ayrıca yemek yeme alışkanlığında tehlikeli kilo artışı veya azalışına yol açan değişimler gerçekleşebilir. Yine duyulan endişe, stres, üzüntü halinin doğrudan fiziksel ağrılara sebebiyet vermesi olasıdır. Bahsedilen olumsuzluklar halinde gerekirse tıbbi müdahale ve uzman görüşüne ihtiyaç duyulur.⁵²⁶

⁵²⁶ Daha detaylı bilgi için bkz. **Benedek/Brown** s.53-62

Bahsedilen duygu durumları çocukların okul gibi sosyalleştiği çevrelerde öfke, başarısızlık gibi olumsuz durumlarına sebep olabilir. Okul içindeki kısa süreli olumsuzlukların yanı sıra çocuğun eğitim hayatı sırasında boşanmanın gerçekleşmesi çocuğu okuldan uzaklaştırır ve gerekli eğitimi almasını engeller. Boşanma, çocuk üzerine ana baba yaklaşımını da etkiler. Çocuğun eğitim hayatında başarısını sağlayacak disiplini baba vermesi gerekirken onun yokluğunda ana verir. Ananın göstereceği şefkat, hoşgörüyü ise baba kısa süreli görüşmelerinde göstermeye çalışır. Bu durum ise çocuğun eğitim başarısını olumsuz etkiler.⁵²⁷

2. Yaş Gruplarına Göre Kısa Süreli Etkiler

Boşanma çocuğun yaşına göre farklı etkiler doğurur. Özellikle boşanmanın okul çağındaki çocuğun üzerindeki etkileri çok daha sarsıcıdır. Bu çocuklarda taraf tutma, güvensizlik, yetersizlik gibi olumsuzluklar görülebilirken boşanmanın ergenlik çağındaki bir çocuk üzerindeki etkileri ise nispeten daha az hasar yaratmaktadır. Bu yaştaki çocuklar daha objektif olabilmekte ve belli bir olgunluk seviyesine erişmiş olmaktadır.⁵²⁸

Boşanmalar genellikle evliliğin ilk beş yılında gerçekleşmektedir. Bu nedenle boşanmalardan en çok okul öncesi dönemde bulunana küçük çocuklar etkilenmektedir.⁵²⁹ Okul öncesi çağıdaki çocuklar sınırlı kavrama yeteneklerine sahip olup etrafında olan biteni anlamlandırabilmesi de sınırlı olmaktadır.⁵³⁰ Ana babalarının onların bakım, yeme içme, güvenlik gibi temel ihtiyaçlarını karşılamalarına ihtiyaç

⁵²⁷ Çelikel, s.32.

⁵²⁸ Akyüz, *Boşanma*, s.3-4.

⁵²⁹ EMERY, Robert E. : Evlilik Boşanma ve Çocukların Uyumuna (Çev. Elif Okan Gezmiş), İstanbul, 2013, s.74; Boşanmaların 2020 yılında %35,3'ü evliliğin ilk 5 yılı, %20,7'si ise evliliğin 6-10 yılı içinde gerçekleşti. Detaylı bilgi için bkz. <https://tuikweb.tuik.gov.tr> (E.T.: 22.05.2021).

⁵³⁰ Benedek/Brown, s.65.

duyarlar. Bu yaş grubu çocuklar benmerkezcidirler. Bunun neticesinde boşanmanın sorumlusu olarak kendilerini görür ve suçlarlar. Ana babalarının barışabileceğine ilişkin büyük umut besler ve hayaller kurarlar.⁵³¹ Olanları anlamakta güçlük çeken çocukların kafası karışır, endişe duyar ve artan bir korku duygusuna kapılırlar. Korku karanlıktan korkma şeklinde olabileceği gibi aynı zamanda terk edilme korkusu şeklinde de olabilir.⁵³² Okul öncesi çocukların ana babadan birinin evi terk etmesi diğer ebeveyninde kendisini terk etme korkusunu veya reddedilme korkusunu yaşatır.⁵³³ Kısa dönemde bu yaş grubu çocuk büyük bir üzüntü ve öfke duygusu yaşarlar. Özellikle erkek çocukları öfkelerini daha çok dışa vurur.⁵³⁴

Okul çağına geçiş yaş grubu diğer bir tabirle 5-8 yaş arası çocuklarda da boşanmanın etkileri oldukça sarsıcı olabilmektedir. Bu yaş grubu çocuklar ev içi öğrenilen becerileri artık dışarıda sosyalleşeceği ortamlarda göstermeye başlar. Bu dönemdeki çocuklar boşanma ile yoğun bir üzüntü hissine kapılır. Yine evi terk eden ebeveynin kendisini reddettiğini düşünür ve büyük bir özlem duyar. Terk edilmeye beraber diğer ebeveyni tarafından da terk edilme korkusu veya unutulma korkusu yaşarlar.⁵³⁵ Artık ilkokula başlamış bu çocukların boşanmayla beraber okul hayatına adapte olamama, ciddi eğitim başarısızlığı veya arkadaşlarıyla geçinememe gibi tehlikeli sorunları olabilir.⁵³⁶ Bu yaş grubu çocuklar ebeveynliliğin devamı konusunda kimin yanında yaşadıklarıyla ilişkili olarak bağ kurmuştur.⁵³⁷

⁵³¹ Pryor/Rodgers, s.174; Benedek/Brown, s.65; Parkinson L., s.133.

⁵³² KOENIGS, DeNece Day/HARRIS, Kimberly A.: "Child Custody Arrangements: Say What You Mean, Mean What You Say" Land & Water Law Review: Vol. 31: Iss. 2, 1996, pp. 591 – 621, s.599.

⁵³³ Parkinson L., s.133; Benedek/Brown, s.66-67.

⁵³⁴ Parkinson L., s.133; Erlüle, s.71

⁵³⁵ Parkinson L., s.133-134; Erlüle, s.72.

⁵³⁶ Benedek/Brown, s.68.

9-12 yaş grubu çocuklar sosyal becerileri artan daha fazla arkadaşlıklar kuran, etrafında olanları daha iyi anlamlandırma yetisine sahiptir çocuklardır. Boşanmaya, yeni düzene daha hızlı uyum sağlarlar.⁵³⁸ Fakat önceki yaş grubuna kıyasla daha büyük bir öfke hissedebilirler. Öfkelerini suçlu gördükleri ve genelde evi terk eden ebeveyne karşı duyarlar. Bu nedenle bu ebeveyne karşı suçlayıcı tavır takınırlar. Bu yaş grubu çocuklar daha fazla taraf tutabilmektedir. Ebeveynleri arasında yargılama yaparak iyi – kötü ebeveyn olarak ayırabilir.⁵³⁹ Ebeveynlerine öfke duymanın yanı sıra onların yaptıklarından utanabilirler ve duygularını gizlemeye çalışabilirler. Hissedilen duyguları rol yaparak dışa vurabilirler. Ancak öfkeyle beraber özlem duygusunu da hissederler.⁵⁴⁰ Okul çağındaki bu çocukların boşanmanın bu etkilerini doğal olarak eğitimlerine de yansıttıkları görülmektedir. Eğitimde başarısızlıklar, arkadaşlarıyla geçinememe ve kavga etmesi gibi olumsuzluklar yaşanabilir.⁵⁴¹ Bu yaş grubu ve daha büyük yaşlardaki çocuklar olgunlaşmanın ve yaşananları anlamlandırabilme yetisinin gelişmesiyle ebeveynliğin devamlılığını da olumlu algılamıştır. Ana baba olmak ile karı koca olmak arasındaki ayrımı daha iyi kavrayan bu çocuklar ebeveynliğin devam ettiğine yönelik düşünce içindedirler.⁵⁴²

Ergenlik çağında yaşanan boşanmalarda ise birbirinden farklı tepkiler ortaya çıkabilir. Ergenlik çağındaki çocuğun kendinden küçük kardeşi varsa bu durumda küçük kardeşin sorumluluğu üstlenilebilir. Böylece ergenlik çağında çocuğunda çocukluktan

⁵³⁷ Pryor/Rodgers, s.199; Benedek/Brown, s.67-68.

⁵³⁸ Benedek/Brown, s.68; Erlüle, s.72.

⁵³⁹ Parkinson, s.134.

⁵⁴⁰ Benedek/Brown, s.69.

⁵⁴¹ Parkinson L., s.134; Erlüle, s.73.

⁵⁴² Pryor/Rodgers, s.199.

çıkmaya başlar.⁵⁴³ Ergenlik çağındaki çocukların olgunluk seviyesi gelişmiştir. Daha mantıklı akıl yürütebilme etrafında olup bitenleri kavrayabilirler. Boşanmanın nedenlerini, haklılığını daha iyi algılayabilir.⁵⁴⁴ Zaten aileden yavaş yavaş kopmaya başlamış bu çocuklar boşanmanın getirdiği ortama da daha rahat uyum sağlar. Ergenlikle beraber çocuklar ailelerinden uzaklaşarak kendi geleceklerini düşünmeye başlar ve arkadaşlarıyla daha çok sosyal zaman geçirmeye başlar.⁵⁴⁵ Ancak evden ayrılan ebeveynle kişisel ilişki kurmak ile arkadaşlarıyla vakit geçirmek arasında kalabilir. Ergenlik çağındaki çocuk artık paranın önemini kavramış olup ebeveynlerini de kullanarak onlardan gereğinden fazla para isteğinde bulunabilir. Yine bu yaş grubu çocuklar hem kendi vücutları üzerinde hem de etrafı üzerinde cinselliği kavramış olur. Bu kapsamda ebeveynlerinin hal ve tavırlarında veya karşı cins arkadaşlarıyla ilişkisinde soruna yol açabileceği gibi utanç da duyabilir. Kimi ergen çocuklar boşanmayı daha sarsıcı etkileriyle yaşar. Bu çocuklarda depresyon hali, suça eğilim, alkol, sigara ve uyuşturucu gibi bağımlılık yapan kötü alışkanlıklara yatkınlık gözlemlenebilir.⁵⁴⁶

3. Uzun Süreli Etkiler

Boşanma çocuklarda ilk başta sarsıntı yaratmakla beraber uzun dönemde de etkileri olan bir olaydır. Uzun süreden kasıt genellikle iki yıl veya daha fazla sürenin geçmiş olmasıdır.⁵⁴⁷ Konu hakkında on altı yıllık bir araştırmada çocukken ana babası boşanan ve günümüzde ortalama otuz iki yaşına varan kadınlar ile geçmişte ana babası

⁵⁴³ Parkinson L., s.134.

⁵⁴⁴ WALCZAK, Yvette/BURNS, Sheila: Boşanma ve Çocuk Üzerine Etkileri (Çev. İsmail Ersevimi), İstanbul,1999, s.63.

⁵⁴⁵ Erlüle, s.73-74.

⁵⁴⁶ Parkinson L., s.134.

⁵⁴⁷ ÖNGİDER, Nilgün: “Boşanmanın Çocuk Üzerindeki Etkileri”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, C.5, S.2, 2013, s.148.

boşanmamış yine aynı yaşlardaki yetişkin kadınlar kıyaslanmıştır. Araştırmanın sonucunda geçmişte boşanma yaşamış grubun günümüzde daha fazla psikolojik sorunlar yaşadığı ortaya çıkmıştır.⁵⁴⁸

Yine benzer bir araştırma göstermiştir ki geçmişte boşanma yaşayan çocukların gelecekte daha az psikolojik uyum ve daha kötü sosyoekonomik durumdadırlar. Üstelik kendi evliliklerinde de diğer yetişkinlere kıyasla daha fazla sorunla karşılaştıkları görülmüştür.⁵⁴⁹

Ebeveynleri boşanan çocukların yetişkinliklerinde kendi boşanma oranlarının incelendiği bir çalışmaya göre ebeveynleri boşanmamış kişilerin boşanma oranı %13, eşlerden yalnız birinin ebeveynleri boşanmış ise bu kişilerin boşanma oranı %19, her iki kişinin de ebeveynleri boşanmış ise bu kişilerin boşanma oranı ise %37 olduğu görülmüştür.⁵⁵⁰

Yukarıdaki örnekler de göstermektedir ki boşanmalar uzun dönemde çocukların yetişkinliklerini etkilemekte onların psikolojik sorunlar yaşamasına, kişiler arası ilişki kurmalarını engel olmakta, sosyoekonomik durumlarının olumsuz olmasına sebep olabilmekte ve üstelik kendi evliliklerinin de boşanma ile neticelenme oranını arttırmaktadır.

4. Boşanmaya Çocuğun Uyumu

Boşanmayla beraber çocuğun ve ana babanın hayatında köklü değişiklikler olur. Ana babadan biri evden ayrılır genellikle bu kişi baba olur. Çocuğun aile kavramında yer alan ana babadan birisinin fiziksel olarak ayrılmasıyla hem çocuğun kafasındaki aile kavramı yıkılır hem de çok büyük bir boşluk doğar. Çocuk artık sadece tek bir ebeveyni

⁵⁴⁸ Daha detaylı bilgi için bkz. **Öngider**, s.148-149.

⁵⁴⁹ **Öngider**, s.149.

⁵⁵⁰ **Aybay/Şen**, s.602; **Öngider**, s.150.

ile yaşamaktadır. Bu süreçte çocuğun özellikle yanında yaşadığı ebeveyninin desteğine, ilgisine ve tavsiyelerine oldukça ihtiyaç duyar. Fakat birçok zaman bu ebeveynin içine düştüğü psikolojik, sosyal ve ekonomik sıkıntıları içinde çocuğa gerekli vakti ayıramaz ve olması gereken desteği veremez.⁵⁵¹ Çocuktan ayrılan ebeveynin de çocuğun boşanma sonrası uyum sağlayabilmesine katkısı önemlidir. Çocuğun bu zorlu süreci atlama da her iki ebeveyne de ihtiyacı vardır. Evi terk eden ebeveynin çocuğa ve diğer ebeveyne gerekli desteği vermemesi hem çocuğun uyum problemi yaşamasına sebep olur hem de çocuğun yanında olan ebeveynin yükünü arttırır.

Ana babanın boşanma öncesi ve sonrası sürekli çatışma halinde olması da çocuğun boşanmaya uyumunu etkiler. Çatışma her aile için olağandır. Fakat bunun sürekliliği ve ana babanın bunu birer yetişkin olarak çözememesi çocukta davranış bozuklukları, psikolojik sorunlar, yalnızlığa itilme ve benlik saygısını yitirme gibi olumsuz sonuçlar doğurur.⁵⁵² Üstelik ana babanın boşanmaya rağmen çatışmalarının sürmesi ile çocuk da bir süre sonra savaşın içine çekilmiş olur. Çocuk bu çatışma içinde elçi, uzlaştırıcı, sırdaş, günah keçisi olmak gibi bulunmaması gereken durumlara itilir.⁵⁵³

Çocukların uyum sürecinin başarılı bir şekilde atlatılabilmesi ebeveynlerin çocukla kuracakları bağ ile ilişkilidir. Bu ilişkinin kalitesi çocuğun boşanmaya uyumunu da belirleyicidir.⁵⁵⁴ Ancak ana babanın göstereceği gerekli destek ve yardım çocuğun olması gereken gelişimi göstermesini sağlar.⁵⁵⁵ Ebeveynler olabildiğince

⁵⁵¹ Öngider, s.145-146.

⁵⁵² Parkinson, s.132.

⁵⁵³ Daha detaylı bilgi için bkz. Parkinson L., s.147.

⁵⁵⁴ Walczak/Burns, s.73.

⁵⁵⁵ Parkinson L., s.129.

çocuklarını bu süreç hakkında bilgilendirmeli ve hazırlamalıdır.⁵⁵⁶ Özellikle de bu yaşananların sorumlusunun onlar diğer bir tabirle çocuklar olmadığını çocuklarına sıklıkla ifade etmelidir. Çünkü çocuklar özellikle yaşça küçükler kendilerini boşanmanın suçlusu olarak görmeye meyillidir.⁵⁵⁷

B. BOŞANMANIN ANA BABA ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Boşanma çocukların hayatında olduğu kadar eşlerin hayatında da köklü değişikliklere sebep olur. Boşanma, eşlerden hangisi isterse istesin veya ikisi birden istesin fark etmeksizin zorlu bir süreçtir. Evlilik ne kadar başarısız olursa olsun boşanmanın ardından oluşan boşluk çözülmesi gereken zorlu bir süreçtir.⁵⁵⁸ Boşanmayla beraber genellikle çocuğun ana yanına bırakıldığını ve babanın evi terk ettiğini görmekteyiz. Bu durum hem uzaklaşan baba için yeni düzen kurma, çocuğundan uzak kalma anlamına gelirken ana içinse eskiden paylaştığı birçok yükü tek başına omuzlama ve çocuğuna gerekli ilgiyi, özeni göstermesi ve boşanmanın sarsıntısını atlatmasına yardımcı olması gerekliliği anlamına gelir.

Ana ve baba boşanmanın ardından karmaşık ve çeşitli duygular hissederler. Ana genellikle çocuğuyla eski evinde yaşar veya yeni bir yere taşınır. Her iki halde de yeni düzene alışmak hem çocuğunun hem kendisinin tek başına evin ihtiyaçlarını karşılaması ve geçim sıkıntısını atlatabilmesi zor olur. Baba da yeni bir yere taşınarak alışık olduğu çevreden koparken bir yandan nafaka yükümlülüğü altına girer üstelik eskisi gibi çocuğunun birçok önemli anında yanında olamaz ve büyük bir özlem duygusu yaşar.⁵⁵⁹ Boşanmış eşler üzüntü, endişe, utanç, suçluluk gibi çeşitli hislere kapılabilir. Yeni düzene uyum sağlayamama ve bu hislerin ağırlığı kimi zaman eşlerde depresyona neden

⁵⁵⁶ Öngider, s.146.

⁵⁵⁷ Benedek/Brown, s.14 vd.

⁵⁵⁸ Walczak/Burns, s.132; Aybay/Şen, s.599.

⁵⁵⁹ Benedek/Brown, s.75.

olur. Depresyon hem ebeveynin ruh sağlığı için hem de çocuğun bakım ve ihtiyaçlarının giderilmesi için en tehlikeli durumlardandır.⁵⁶⁰

Bazı boşanan eşlerin boşanmanın etkilerini oldukça olumsuz yaşadığı gözlemlenebilmektedir. Bu olumsuzluklardan biri yetişkinlerin gerilemesidir. Diğer bir tabirle boşanan eş normalde yapabileceği işleri yapamaz, kişiliğinin aksine davranışlar sergileyebilir ve bir başkasına zamanla bağlı hale gelebilir. Bir diğer olumsuzluk ise çocuğun ebeveyn rolüne, ebeveynin ise ocuk rolüne geçmesidir. Bu tür ebeveynler çocuklarını kendisinin sırdaşı olarak görür. Ebeveynin bazı bakım ihtiyaçlarını çocukları giderir. Hatta ebeveynlerin bu dönemde alkol, uyuşturucu gibi bağımlılık yapıcı madde kullanımı başlayabilir. Bu kapsamda küçük kardeşlerin bakımının büyük çocuğa bırakılması, çocuklara detaylı olarak geçim sıkıntılarının anlatılması, çocukları kendine veya eve bağlayıp çocukların sosyal yaşamını engellemek gibi belirtiler gösterebilir. Söz konusu bu olumsuzlukların çocuklar üzerinde de etkisi vardır. Çocuklar ebeveyninin yaşadığı sıkıntılar nedeniyle gereğinden fazla sorumluluk yüklenirler bu durumda onların çocukluklarını olması gerektiği gibi yaşayamaması anlamına gelir.⁵⁶¹

Ebeveynlerin boşanmanın etkisiyle kendilerini sosyal hayattan soyutladıkları, yeni arkadaşlık ve ilişkilere açık olmadığı, artık kendileri için sadece çocuklarının olduğu, enerjilerinin kalmadığı gibi birtakım düşünce ve hareketlere kapıldığı gözlemlenmektedir. Bu soyutlama ve ie kapanmaların sebebi olarak başarısız evlilik, maddi durumlarının zayıflamış olması, çocuklarından başka hiçbir şeye vakit ayıramayacaklarını düşünüyor olmaları gösterilebilir. Ancak bu kişilerin özellikle çocukları evden uzaklaştıklarında psikolojik sorunlar yaşamakta ve yalnızlığa düşmektedir. Oysaki sosyalleşmek, birtakım sıkıntılardan uzaklaşmayı, rahatlamayı ve

⁵⁶⁰ Benedek/Brown, s.75.

⁵⁶¹ Benedek/Brown, s.75 vd.

olaylara karşı farklı bakış açıları kazandırabilir. Ebeveynler hayatlarını sürdürebilmelidir. Böylece hem kendilerini hayata adapte edebilir hem de çocuklarının boşanmaya uyumunu da kolaylaştırırlar. Ne de olsa ebeveynlerin sağlıklı olması ve aralarındaki çatışmanın az olması çocuğun boşanmanın üstesinden gelebilmesini ve gelişimini daha sağlıklı geçirmesine yardımcı olur.⁵⁶²

Boşanmanın ardından çocuğun velayeti genellikle tek bir ebeveyne bırakılmaktadır. Çocuk da genellikle velayetin verildiği ebeveynin yanına bırakılır. Yanına bırakılmayan ebeveyn ile çocuk arasında hakimın vereceği karar ile bazı gün ve saatlerde kişisel ilişki kurmasına karar verilir. Çocuk sıklıkla yanına bırakıldığı ebeveyniyle vakit geçirir. Tek başına velayette çocuğun bakım ve gelişiminden velayet verilen ebeveyn sorumlu iken diğer ebeveyn çocukla kısa süreli kişisel ilişki kurar ve çocuğun bakımına destek olmak için nafaka verir.

Çocuğun varlığı ebeveynlerin daima birbirinden kopamaması anlamına da gelir. Ebeveynlerin birbiriyle boşanma sonrası iletişim kalitesi çocuğun uyumu ve gelişimine doğrudan etki eder. Ebeveynler arası uyuşmazlıklar çocuklara yansıtılmamalıdır.⁵⁶³ Daha önemlisi çocuklar bu çatışmanın içinde bir araç olarak kullanılmamalıdır. Ebeveynlerden biri çocuğa diğer ebeveyni kötülememelidir. Çocuğu diğer eşe göstermek bir ödül olmamalıdır aynı şekilde çocuğun gösterilmemesi de nafaka verilmemesinin veya ebeveynlerin aralarındaki sorunların cezası olarak kullanılmamalıdır.⁵⁶⁴

Özellikle çatışmanın yoğun olduğu evliliklerin boşanma ile neticelenmesinin ardından müşterek çocuk yanına bırakılan eşin bilinçli olarak veya farkında olmadan

⁵⁶² **Benedek/Brown**, s.84-87.

⁵⁶³ **Benedek/Brown**, s.97.

⁵⁶⁴ **Emery**, s.127; **Aybay/Şen**, s.604.

diğer eşe karşı çocuğun beyninin yıkanması, çocuğun o ebeveyne yabancılaşması söz konusu olmaktadır. Bu durum ebeveyne yabancılaşma sendromu olarak adlandırılır.⁵⁶⁵ Yapılan araştırmalar çocuğun anaya veya babaya bırakılmakla ebeveyne yabancılaşma sendromu yaşanması arasında bir bağ kuramamıştır. Her iki ebeveyne bırakılan çocuklarda da ebeveyne yabancılaşma sendromu gözlemlenmiştir.⁵⁶⁶ *GARDNER*’a göre ebeveyne yabancılaşma sendromunun sekiz özelliği vardır. Bunlar çocuktan ayrı olan ebeveyne karşı iftira kampanyaları yürütülmesi, çocuğu o ebeveyni reddetmesine yönelik bir mantığa sürüklemek, o ebeveynin yanı sıra geniş ailesine karşı da olumsuz duygular üretmek, çocuğun ebeveynlerine karşı çelişik duyguları, çocuğun olgunluk seviyesine ters ifadelerde bulunmak, ebeveynin reddedilmesinin çocuğun kendisinin karar verdiğine dair iddialar, çocuğun suçluluk hissetmesi, çocuğun yabancılaştıran ebeveynine karşı koşulsuz desteği olarak karşımıza çıkar.⁵⁶⁷

Yabancılaştıran ebeveynin⁵⁶⁸ diğer bir tabirle çocuk yanına bırakılan ebeveynin bu davranışlarının temelinde çocuğunun yararından ziyade kendi yararını daha üstün kabul etmesi yatar. Oysaki çocukların her iki ebeveyniyle de görüşmeye ihtiyaçları vardır. Yabancılaştıran ebeveyn çocuğu olumsuz etkilediği gibi aslında kendisini de etkilemektedir. Bu kişilerde sıklıkla sosyal ilişki kurmada zorluk ve tutarsızlık görülür ayrıca bir şeye bağımlı olma eğilimleri artar. Bu tutumdan çocukla beraber en çok etkilenense çocuğunun kendisini reddettiğini gören hedef ebeveynidir.⁵⁶⁹ Hedef ebeveynler maddi, manevi olarak bir yıkıma uğrarken bir yandan da çocuklarıyla

⁵⁶⁵ **Torun**, s.468; **Benedek/Brown**, s.111.

⁵⁶⁶ **Erlüle**, s.77.

⁵⁶⁷ **Torun**, s.469.

⁵⁶⁸ Velayete sahip olup çocuğu beynini yıkamaya çalışan ebeveyn “*Yabancılaştıran Ebeveyn*” olarak adlandırılırken diğer ebeveyn ise “*Hedef Ebeveyn*” olarak adlandırılmaktadır.

⁵⁶⁹ **Torun**, s.472-473.

iletişimlerini korumaya veya kurmaya çalışmak zorunda kalırlar.⁵⁷⁰ Gerçekten de hedefteki ebeveyni reddeden çocukların aslında o ebeveynle görüştükçe daha sık iletişim kurdukça yumuşadıkları ve sevgi duymaya başladıkları görülür.⁵⁷¹

C. BİRLİKTE VELAYETE İHTİYAÇ DUYULMASI

Boşanmanın hem çocuklar üzerinde hem de her iki ebeveyni üzerinde sarsıcı etkiler yarattığını ifade ettik. Ana baba arasındaki iletişim kalitesinin çocuğun boşanmaya uyumunu kolaylaştıracağını ve çocuğun gelişimi için önemli olduğunu belirtmiştik. Bu etkilerin ortaya çıkmasında ve şiddetinin belirlenmesinde çocuğun velayetinin nasıl olduğu ve bu velayeti kazanmaya çalışan ana babanın tutum ve davranışlarının da rol oynadığını kabul etmek gerekir. Ana babanın velayet düzenlemelerine yaklaşımı oldukça önemlidir. Çocuğun velayetine ilişkin ana baba arasındaki çatışma doğrudan çocuğa olumsuz etkiler.⁵⁷² Kimi zaman ana baba kendilerini aralarındaki ego savaşlarına, birbirilerine üstün olma yarışına o kadar kaptırır ki çocuk adeta unutulur. Çocuğun velayeti ebeveynler için zaferin simgesi haline gelir. Oysaki birlikte velayetin kabul edildiği durumlarda ise ana baba arasındaki çatışmanın az veya hiç olmayacağı öngörülmektedir. Bu nedenle çocuğun boşanmaya uyum sürecinin kolayca üstesinden gelebileceği düşünülmektedir. Gerçekten kimi çalışmalarda ana babanın iş birliği yaparak ebeveynlik görevlerini yerine getirdiklerinde çocukların boşanmaya gösterdikleri uyumun daha kolay olduğu görülmüştür.⁵⁷³

Tek başına velayet sisteminde hakim boşanmayla beraber velayeti ebeveynlerden birine genellikle de anaya verildiği görülmektedir. Velayet kapsamı itibarıyla çocuğun şahıs varlığına, malvarlığına ve temsiline ilişkin hak ve

⁵⁷⁰ **Torun**, s.479.

⁵⁷¹ **Benedek/Brown**, s.112.

⁵⁷² **Öngider**, s.147.

⁵⁷³ **Parkinson L.**, s.129; **Öngider**, s.147.

sorumlulukları içerdği düşünüldüğünde bütün bu hak ve sorumluluklardan bir ebeveynin yükümlü olduğu anlamına gelir. Velayet verilmeyen ebeveyn ise çocuğundan hem fiilen hem de duygusal olarak uzaklaşmak zorunda kalır. Ayrıca çocuğa ilişkin herhangi bir konuda velayet hakkına sahip olmadığı için söz hakkı olmaz. Velayetin genellikle bırakıldığı anneler tabiri caizse çocuğa hem annelik hem babalık yapmaya çalışır. Yapılan çalışmalarda boşanmış ve velayeti tek başına kullanan annelerin diğer annelere nazaran daha kontrolcü ve disiplinli oldukları görülmüştür. Esasında evlilik içindeki çocuklar üzerinde disiplinli olma ve denetleme rolüne sahip olan babalar iken boşanmış ana babalar için bu durum tam tersine dönerek boşanmış babalar bu rollerini kaybederken anneler bu rolü üstlenmiştir.⁵⁷⁴

Tek başına velayetin sebep olduğu bir diğer olumsuz durum ise çocuğun kendini ana babası arasında bir taraf seçmek zorunda hissetmesidir. Çocuğun görüşünü almak çocuğun yaşına, olgunluk seviyesine göre anlam yüklenen oldukça önemli bir ilkedir. Fakat velayet davalarında ebeveynler tarafından çocuğun ana babası arasında taraf seçme yapmasının istenmesi çocuğun olumsuz etkiler ve çocuğun boşanmaya uyum sağlamada zorluk yaşamasına neden olur.⁵⁷⁵ Oysaki ebeveynlerin bu tür zorlama, duygusal yüklemede bulunmalarının önüne geçilmesi gerekir.⁵⁷⁶ Çocuğun görüşüne olabildiğince yer verilmeli fakat onu ana baba seçimine zorlayarak kendisini baskı altında hissetmesinin veya suçluluk duyması önlenememelidir. Üstelik tek başına

⁵⁷⁴ Öngider, s.154.

⁵⁷⁵ AYDIN, Okan/BARAN, Gülen: “Ebeveynleri Boşanma Sürecinde Olan 9-12 Yaş Grubundaki Çocukların Boşanmaya Uyum Düzeylerinin İncelenmesi”, Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi, C.1, S.1, 2012, s. 47.

⁵⁷⁶ Aydın/Baran, s.48.

velayet sisteminde velayetin kime bırakılacağına ilişkin yanlış kararlar çocukların kısa ve uzun dönemli olumsuz etkilenmelerine neden olur.⁵⁷⁷

Boşanma ana baba ve çocuk üzerinde birçok olumsuzluğa sebep olmaktadır. Günümüze kadar sıklıkla uygulanan tek başına velayet sistemi de kimi zaman bu olumsuzlukları ağırlaştırmaktadır. Özellikle ebeveynlerin çatışması hallerine çocuğun kurban edilmesi, çocuğun boşanmaya uyum göstermekte zorlanması uzun dönemde ise psikolojik ve maddi sorunlara yol açabilmesi hatta kendi evlilik hayatını dahi etkilemesi, ebeveyne yabancılaştırma sendromu yaşanması, velayete sahip olmayan ebeveynin duygusal ve fiziksel olarak uzaklaşması ve sadece nafaka sorumlusu haline dönüşmesi, velayet sahibinin ise maddi manevi bütün sorumlulukların altında ezilerek hem çocuğun hem de kendi sağlığına zarar vermesi gibi yukarıda belirttiğimiz çok sayıda olumsuzluk yaşanabilmektedir. Bu sorunların olabildiğince minimize edilmesi ve en önemlisi çocuğun üstün yararının gerekliliğine göre davranılabilmesi için birlikte velayetin uygulanması gerektiği durumlarda birlikte velayet kurumu devreye girmelidir. Gerçekten de birçok uzman birlikte velayetin en iyi yöntem olabileceğini özellikle de çocukla her iki ebeveynin de yakın ilişki kurmasına imkan tanıdığını ifade etmektedir.⁵⁷⁸ Özellikle de giderek artan anlaşmalı boşanma oranları değerlendirildiğinde ana babanın anlaşabildiği, çatışmanın az olduğu boşanmalarda birlikte velayet hem çocuk hem de ana baba için en iyi sonuç verecek sistem olması muhtemeldir. Ancak doğaldır ki her ailenin durumu farklıdır. Her ebeveynler arası ve ebeveyn çocuk arasındaki ilişki ayrı ayrı duruma göre değerlendirilerek çocuğun yararına uygun olarak velayete karar verilmelidir.

⁵⁷⁷ **Torun**, s.479.

⁵⁷⁸ **Benedek/Brown**, s.39.

D. BİRLİKTE VELAYETE GEÇİŞ SÜRECİ

Birlikte velayet kurumu ortaya çıkana kadar velayet kavramının hem kapsamı hem de kimin sahip olduğunu konusunda çeşitli dönüşümler yaşanmıştır. Hem evlilik birliğinin içinde hem de evlilik birliği dışında çocuğun velayetinin düzenlenmesi oldukça önemli bir konu olarak karşımıza çıkar. Velayet konusunda değişen fikirler, toplumdaki kadın erkek rollerindeki farklılaşma, çeşitli sosyolojik ve psikolojik sebeplerle tarihsel süreç içinde farklı sistemler ortaya çıkmıştır. Bu sebeplerden dolayı günümüzde de boşanma sonrası veya evlilik birliği dışındaki velayet ilişkisine dair tartışmalar yaşanmaktadır.

Günümüze kadar çeşitli dönemlerde velayetin nasıl olması gerektiğine dair çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda düzenlemeleri dört başlık altında açıklayabiliriz. Bunlar velayetin babanın mutlak hakkı olduğu kabul edilen sistem, velayetin bırakılmasında ananın tercih edildiği sistem, boşanma davalarındaki kusura göre velayetin bırakılmasının gerekli olduğu kabul edilen sistem ve çocuğun üstün yararı ilkesince çocuğun velayetinin bırakılması gerektiğini kabul eden sistemdir. Ancak her düşüncenin ortak yanı çocuğun velayetinin evlilik dışı ilişki veya boşanmada mutlak tek bir ebeveyne bırakılmasıdır.⁵⁷⁹

Roma Hukukundaki velayet sistemine göre baba çocuk üzerinde mutlak tasarruf hakkı sahibi ve hatta onu öldürme yetkisine dahi sahiptir. Roma’da aile babasının velayet hakkı onun doğal hakkıydı ve baba öldüğünde dahi ana velayete sahip olamıyordu. Babanın velayet hakkı adeta bir mülkiyet hakkı niteliğindeydi.⁵⁸⁰

⁵⁷⁹ Çakır, s.58.

⁵⁸⁰CUADRA, 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, 2010, s.601; MILLER, David J.: “Joint Custody”, Family Law Quarterly, C.13,S.3, 1979, s.351.

Sonrasında bu durum azalmış ve çeşitli hukuk sistemlerinde değişiklik göstermiş olsa da esasında değişmemiştir.

19. yüzyılın başlarında velayete ilişkin tartışmalar basitçe “*Çocuğun velayetinde kural olarak baba yetkilidir*” şeklinde çözüme kavuşturulmuştur.⁵⁸¹ Yine de bu dönemde babanın çocuk üzerindeki mutlak hakimiyetinde azalma meydana gelmiştir fakat mahkemeler nezdinde babanın aile reisi olması sebebiyle çocuğun babaya bırakıldığı görülmektedir.⁵⁸² Esasında babanın tek başına velayet hakkına sahip olmasının altında yatan mantık, babanın çocuğa karşı mali yükümlülükleri karşılıyor olması ve ailenin koruyucusu ve karar vericisi olmasıdır.⁵⁸³

Yüzyıllar boyunca velayet hakkının babaya verilmesinin sebebi düşünüldüğünde karşımıza toplumdaki kadın erkek rolleri ve dolayısıyla aile içindeki ana baba rolleri çıkmaktadır. Özellikle 20. yüzyıla kadar baba her zaman ailenin reisi olarak kabul edilirken ana sınırlı haklara sahip, kocası veya babası olmadan kendi başına hayatını geçirebilmesi pek mümkün olmayan, hukuken eşit haklara sahip olmayan ve mali konularda yetersiz olan kimseler kabul edilir.⁵⁸⁴ Sanayi Devrimiyle beraber ailelerin yapısında kimi değişiklikler yaşanmıştır. Özellikle erkekler günün büyük çoğunluğunu çalışma hayatında geçirmeye başlamış böylece aileden uzaklaşmıştır. Böylece babanın ailedeki rolü “*ekonomik tedarikçi*” halini almıştır⁵⁸⁵. Çocuk ve ana ise babaya ekonomik

⁵⁸¹**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, 1975, s.234.

⁵⁸² **Emery**, s.156.

⁵⁸³**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, 1998, s.897; **Cuadra**, s.602;

⁵⁸⁴ **Benedek/Brown**, s.38.

⁵⁸⁵ **Pryor/Rodgers**, s.291-292; **McNeely**, s.898.

olarak bağımlı olmuşlardır. Hal böyle olunca kadının toplumdaki değersizliği, erkeklerle eşit haklara sahip olmayışı, babanın ekonomik üstünlüğü ve aile içindeki karar verici ve denetleyici otoriter yapısı çocuğun velayetinin de uzun bir süre babaya verilmesi sonucunu doğurmuştur.

Sanayi devrimi babayı evden uzaklaştırıp onu ekonomik tedarikçi rolüne sokarken aynı zamanda fiziksel uzaklaşmayla beraber babanın çocuk üzerindeki koruyuculuğunu, çocuğun rehberi olma özelliğini ve çocuğun yetişmesindeki payını azaltmıştır.⁵⁸⁶ Ana ise çocuğun ev içindeki tek bakıcısı, eşlik edeni haline gelmiş ve çocuğun yetişmesinde büyük pay sahibi olmuştur.⁵⁸⁷ Bunun yanı sıra 19. yüzyıl sonları ve 20. yüzyılın başlarında ebeveynlerin eşitliği düşüncesi de önem kazanarak bu düşünceden ve çocuğun yararının bunu gerektireceğine ilişkin yorumla velayetin özellikle de küçük çocuk velayetinin anneye verilmesi gerektiğine yönelik inanış önem kazanmıştır.⁵⁸⁸ New York mahkemesi bir kararında bu durumu “Duyarlı Yıllarındaki (*Tender Years*)” bir çocuğun böylesine bir ilgiyi, sevgiyi ve disiplini sadece iyi ve kendini adanmış annesinin verebileceğini ifade etmiştir.⁵⁸⁹

Bu kapsamda Duyarlı Yıllar Doktrini (The Tender Years Doctrine), çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ihtiyacı olan ilgi, alaka sevgiyi alması gereken yıllar içinde

⁵⁸⁶ **Pryor/Rodgers**, s.291; **McNeely**, s.898.

⁵⁸⁷ **LUPPINO, Grace A./MILLER Justine FitzGerald**: Family Law and Practice The Paralegal’s Guide Third Edition, ABD, 2012, s.197; **Cuadra**, s.604.

⁵⁸⁸ **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 Family, C.14, 2000, s.185-186; **Mnookin**, s.235; **Kahraman**, s.8.

⁵⁸⁹ **Mnookin**, s.235.

velayetin anneye bırakılması gerekliliğini ifade eder.⁵⁹⁰ Duyarlı yılların hangi yıllar olduğuna net bir açıklama yapmak zor ve hatta mümkün değil. Ama genel olarak çocuğun doğumundan başlayıp çocuğun kendi kararlarını verebilecek olgunluğa erişmesi ya da ergenlik döneminin başlangıcına kadar şeklinde ifade edilmektedir.⁵⁹¹ İngiltere’de 1839 yılında yürürlüğe giren Talfourds Yasası’na göre ise çocuğun yedi yaşına kadar velayeti anaya sonraki yaşlarda ise babaya aittir.⁵⁹² Esasında duyarlı yıllar doktrini kapsamında çocuğun velayetinin anneye bırakılmasındaki amaç çocuğun üstün yararının sağlanmasıdır.⁵⁹³ Duyarlı yıllar doktrini sonucunda velayet, babanın mutlak hakkı görünümünden annenin doğası gereği vereceği sevgiyi, şefkati ve bakımı başka kimse veremeyeceği düşüncesiyle annenin sahip olduğu bir hak niteliğine dönüşmüştür.

Velayetin anneye verilmesinin tercih edildiği yine bu dönemde boşanmada eşlerin kusursuzluğunu esas alan bir başka düşünce daha ortaya çıktı. Bu düşünceye göre çocuklara en iyi şekilde ancak ilişkinin kusursuz tarafı bakabilirdi.⁵⁹⁴ Bir başka deyişle boşanmada kusuru olmayan taraf çocuğa bakan, çocuğun yetiştirilmesinde söz sahibi olan kişi oldu.⁵⁹⁵ Kusursuzluk ilkesi duyarlı yıllar doktriniyle beraber uygulandığında sonuç olarak anne eğer kusuruyla boşanmaya sebebiyet vermemişse o

⁵⁹⁰ **KLAFF, Ramsay Laing**: “*The Tender Years Doctrine: A Defense*”, California Law Review, C.70, S.2, 1982, s.342; **AYANNA, Ariel**: “From Children's Interests to Parental Responsibility: Degendering Parenthood through Custodial Obligation”, UCLA Women's Law Journal, C.19, S.1, ABD, 2012, s.10; **Çakır**, s.61; **Mnookin**, s.235; **Brinig/Buckley**, s.394.

⁵⁹¹ **Klaff**, s.354; **Luppino/Miller**, s.197.

⁵⁹² **Miller**, s.352; **Bölükbaşı**, s.26; **Cuadra**, s.603.

⁵⁹³ **Klaff**, s.342-343; **Kahraman**, s.8-9; **Mnookin**, s.235; **Çakır**, s.61.

⁵⁹⁴ **Mnookin**, s.234.

⁵⁹⁵ **ÖZTÜRKMEN İCAN, Yeşim**: “*Hakimin Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi*” Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s.63; **Çakır**, s.62.

halde velayetin anneye bırakılması, aksi halde anne kusurlu ise velayetin babaya bırakılması ortaya çıkmıştır.⁵⁹⁶ Kusursuzluk ilkesi, eşleri birbirilerinin kusurlarını ispatlama yükümü altına sokmuştur.⁵⁹⁷ Bunun sonucunda eşlerin boşanma evresinde velayete sahip olabilmek adına birbirileri aleyhine yalan beyana başvurmalarını teşvik etmesi ve boşanma davalarındaki çatışmayı daha fazla arttırması sebebiyle eleştirilmiştir.⁵⁹⁸ Zamanla anlaşmalı boşanmaların artması ve kusur ilkesinin çocuğun yararını göz etmediği düşüncesiyle kusura bağlı anlayış terk edilmeye başlanmış ve yeni arayışlar başlamıştır.⁵⁹⁹

Toplumsal dönüşüm 20. yüzyılda da olağan hızıyla devam etti. 1970’li yıllarda feminist hareketin etkileri, kadınların iş yaşamına katılmalarındaki artış, kadın erkek arasındaki eşitliğin hem toplumsal alanda hem de aile içi yaşama olanca katkıları ile aile yapıları ve velayet ilişkisine ilişkin dönüşümler de yaşanmıştır. 20. yüzyılın ortasına kadar etkisini sürdüren duyarlı yıllar doktrini, yüzyılın ikinci yarısında yaşanan dönüşümün de etkisiyle terk edilmeye başlanmıştır ve yerini cinsiyet eşitliğine dayalı çocuğun üstün yararı standardına bırakmıştır.⁶⁰⁰ Yine bu dönemde cinsiyet tarafsızlığı (*sex neutrality*) anlayışı ile annenin sırf cinsiyeti nedeniyle velayete sahip olması eleştirilmiştir. Ayrıca çocuğun psikolojik sağlığının önemi diğer bir tabirle bir bakıma

⁵⁹⁶ Öztürkmen İcan, s.63.

⁵⁹⁷ Kahraman, s.8.

⁵⁹⁸ 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, 2001, s.26; Kahraman, s.8; Çakır, s.62.

⁵⁹⁹ Kahraman, s.8; Çakır, s.62.

⁶⁰⁰ Luppino/Miller, s. 198.

çocuğun üstün yararı vurgulanmıştır. Bu da sex-neutrality anlayışına yönelimin sonucu olarak değerlendirilmektedir.⁶⁰¹

Kadın hakları grupları duyarlı yıllar doktrinine şüpheyle yaklaşmıştır. Kadınlar bir yandan velayet hakkı üzerinde edindiği hakları korumaya çalışırken bir yandan ise iş yaşamında daha etkin rol almaya çalışan kadınların önünde bir engel olduğunu düşündüler. Gerçekten de kadınların işgücüne katılımı, kadınlar üzerindeki birincil ebeveyn görüntüsünü azaltırken anneliğe olan ilginin de kaybına neden oldu.⁶⁰² Hem iş yaşamını ve hem de annelik rolünü bir arada götürmenin zorluklarıyla karşılaşan kadınlar, evlilik birliği süresince babaların çocuk bakımında daha fazla yer almasını talep ettiler.⁶⁰³

Babalar ise kadınların iş yaşamına katılımı ve kadın – erkek arasındaki maaş aralığının daralmasıyla ekonomik tedarikçi rollerinden yetiştirici baba rolüne geçmişlerdir.⁶⁰⁴ Baba hakları grupları da duyarlı yıllar doktrinine çocuğun velayetinin öncelikli olarak anneye verilmesinin babayı ebeveyn olarak velayet hakkından mahrum bıraktığı gerekçesiyle karşı çıkmışlar ve tek babalıktan ziyade birlikte velayeti desteklemişlerdir. Çünkü birlikte velayet, çocuğun ebeveynleri arasında bakımını paylaştırarak aile içindeki eşitliği sağlar.⁶⁰⁵

⁶⁰¹ **Kurki Suonio**, s. 186-187; **Brinig/Buckley**, s.395.

⁶⁰² **Steel**, s.25; **Cuadra**, s.604.

⁶⁰³ **McNeely**, s.905.

⁶⁰⁴ **Pryor/Rodgers**, s.292-293.

⁶⁰⁵ **SCOTT, Elizabeth S.**: “*Pluralism, Parental Preference, and Child Custody*”, California Law Review, C.80, S.3, 1992, s.616; **Pryor/Rodgers**, s.292.

Bütün bu gelişmelerin ışığında duyarlı yıllar doktrini ile savunduğu anne tercihi (*maternal preferences*) yaklaşımı yerini çocuğun üstün yararı ilkesine bırakmıştır.⁶⁰⁶

Çocuğun üstün yararı ilkesi, velayeti ebeveynlerin cinsiyetlerinden bağımsızlaştırmış⁶⁰⁷ ve onların çocuğa bakmadaki önemlerini maskeleyerek önemli olanın çocuğun sosyal yaşamından dini pratiklerine kadar üstün yararının sağlanması olduğunu ifade eder. Böylece velayete ilişkin uyuşmazlıkların çözümü ana babanın birbirilerine karşı üstünlükleriyle değil, çocuğun çıkarları kapsamında çözümlenmeye başlamıştır. Bu sayede hakimler takdir yetkisini kullanarak her somut olayda çocuğun her alanda üstün yararının sağlanabilmesi için gereken velayet düzenlemesine karar verebilir.⁶⁰⁸

Çocuğun üstün yararı ilkesi başta Amerika'daki eyaletler olmak üzere birçok devlette kabul edildi. Fakat uygulamada anne tercihi anlayışı pek terk edilemedi. Mahkeme kararlarına bakıldığında hala duyarlı yıllar doktrini kapsamında anne tercihi babaların tercih edilmesine kıyasla çok daha fazla olduğu rapor edildi.⁶⁰⁹ Anne tercihinin anlayışının varlığının azaltılmasına yönelik çalışmalar neticesinde birlikte velayet kararları ortaya çıktı. Birlikte velayet, ebeveynler ile çocukları arasındaki iletişimin ve her iki ebeveynin sorumluluklarının devam etmesini teşvik edici bir kurum olarak karşımıza çıkar. Birçok devlette birlikte velayete uygun yasal zemin hazırlandı ve mahkemeler tarafından birlikte velayet kararları verildi. Birlikte velayetin asıl uygulama

⁶⁰⁶ **WARSHAK, Richard A.:** "Parenting by the Clock: The Best Interest of the Child Standard, Judicial Discretion, and the American Law Institute's "Approximation Rule"", University of Baltimore Law Review, C.41, S.1, 2011, s.97; **Mnookin**, s.235; **McNeely**, s.903; **Öztürkmen İcan**, s.63; **Çakır**, s.65; **Kahraman**, s.11.

⁶⁰⁷ **McNeely**, s.903.

⁶⁰⁸ **Scott**, s.616.

⁶⁰⁹ **Miller**, s.353; **Cuadra**, s.605; **Luppino/Miller**, s.199; **Ayanna**, s.11.

alanı ise boşanma sonrası birlikte velayet ve nadiren evlilik birliği dışında doğan çocukların velayetine ilişkin oldu.⁶¹⁰

Velayete ilişkin uyuşmazlıklarda çocuğun üstün yararı hedeflenerek çocuğun velayetinin babaya veya anneye bırakılmış olsa da bu şekilde her zaman çocuğun üstün yararının sağlanamadığı görülmüştür. Hakimlerin çocuğun yararını tespit etme konusundaki geniş takdir hakları içtihatlar içinde farklılaşmaya sebep olmuştur. Aynı zamanda her somut olayın farklılığı ve hakimlerin bakış açısına göre kararların kişiselleştirilmesi söz konusu olmuştur. Çocuğun üstün yararına göre velayetle ilişkini düzenlemede diğer bir sorun ise tahmin edilemezlik, belirsizlik olarak karşımıza çıkar. Çocuğun üstün yararının sağlanacağı düşüncesiyle karar verilmiş olsa da verilen kararın gelecekte çocuğun gerçekten faydasına olup olmadığı bilinmemektedir. Özellikle her iki ebeveynin de çocuğuyla ilgili, velayeti kullanmada yetkin olduğu görülüyor ise karar vermek oldukça güçtür.⁶¹¹ Gerçekten de psikologlar da yapılan çalışmalarda çocukların gelecek potansiyel gelişimlerini güvenilir bir şekilde tahmin edememişlerdir. Kaldı ki tahmin etseler dahi hangi tahminin çocuğun yararı için en makul olduğuna ilişkin kesin bir karar verilemezdi.⁶¹²

Buna ek olarak toplumsal cinsiyet eşitliğinin ön plana çıktığı bu dönemde baba hakları gruplarının babanın boşanma sonrası çocuğunun yanında olabilme hakkı ve çocuğunun da gelişimine katkı sağlayacağı fikri ile feminist hareketin de eşitlik talebi ve kadınların boşanmadan sonra çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinde erkeklere de

⁶¹⁰ Cuadra, s.605-606.

⁶¹¹ SCOTT, Elizabeth/DERDEYN, Andre: “Rethink Joint Custody”, Ohio State Laaw Journal, S.45, 1984, s.466-467; Çakır, s.65-66; Mnookin, s.251-252.

⁶¹² Emery, s.155.

sorumluluk verilmesini talep etmeleri sonucunda birlikte velayet için uygun toplumsal zemin hazırlanmıştır.⁶¹³

Bu sayede birlikte velayete ilişkin yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. 1957 yılında Kuzey Karolina eyaletinde boşanma sonrası birlikte velayete imkan veren yasal düzenleme yapılmıştır.⁶¹⁴ 1973 yılından sonra Amerika'nın birçok eyaletinde çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa birlikte velayete izin veren yasal düzenlemeler yürürlüğe girmiştir.⁶¹⁵ 1979 yılında ise Kaliforniya'da aile hukukunda birlikte velayetin uygulanmasına yönelik aktif politika yürütülmüştür. Diğer ülkelerde ise başlarda birlikte velayet açıkça yasal bir düzenleme haline gelmemişse de boşanma halinde yasal müdahalesizlik prensibi benimsenmiştir. Yasal müdahalesizlik prensibi de birlikte velayet tercihi ile ilişkilidir. Bir başka deyişle evlilik sona erdiğinde bile müdahalesizlik prensibi birlikte velayet uygulaması lehine anlam ifade eder.⁶¹⁶

Tarihsel süreç içinde babanın mutlak hakimiyet olarak sahip olduğu velayet hakkı duyarlı yıllar doktrini ile yerini velayette anne tercihi anlayışına bırakırken bunun yanı sıra kusursuz ebeveynin velayeti alması ilkesi de uygulanmıştır. Kadınların iş yaşamına katılımı, baba hakları grubunun ebeveynlik hakkı talepleri, çocuğun bağımsız hak süjesi olarak kabulüyle velayetin çocuğun üstün yararına göre belirleneceği kabul edilmiştir. Bu kapsamda hakimlere tanınan geniş takdir hakkı ile mahkeme kararlarının farklılığı, belirsizlikler ve çocuk yararının tam olarak tespit edilemezliği ve toplumsal cinsiyet eşitliğiyle beraber ebeveynler arası eşitlik anlayışının katkılarıyla mahkemelerin

⁶¹³ Öztürkmen İcan, s.65.

⁶¹⁴ Kahraman, s.11.

⁶¹⁵ Bölükbaşı, s.28.

⁶¹⁶ Kurki Suonio, s.187.

müdahalesi olmaksızın birlikte velayetin çocuğun üstün yararıyla örtüştüğü düşüncesi kabul edilmeye başlanmıştır.

IV. LEHE VE ALEYHE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Boşanma, eşler arasındaki birlikteliği bitirse de çocuklar ile ana babaları arasındaki ilişki diğer bir tabirle ebeveynlik ilişkisi devam eder. Boşanmada eşler, kusurlu olsun veya olmasın evlilik birliğinin başarısızlığı, çocuğa karşı ebeveynlik görevini yapmakta da başarısız olunacağı anlamına gelmez. Velayetin, ana babadan birine mi yoksa her ikisine birden mi bırakılması gerektiği ise her boşanma için farklılık gösterir. 20. yüzyılın ortalarına kadar velayetin tek başına babaya bırakılması veya anneye bırakılması kabulü yerini, önce Amerikan eyaletlerinde ve sonrasında Avrupa ülkelerinde uygulanmaya başlayan birlikte velayet kurumuna bırakmıştır. Boşanmanın ve tek başına velayet uygulamasının neticesinde başta çocuklar olmak üzere hem çocuklar hem de ana babaları üzerindeki olumsuz etkileri görülmüştür. Bugün birçok ülkede birlikte velayet kurumunu boşanma sonrası velayet veya evlilik birliği dışında doğan çocukların velayeti hakkında uygulandığına şahit oluyoruz. Kimi düzenlemelerde birlikte velayet bir kural olarak yer alırken kiminde ise belli şartlara bağlanmış veya seçeneklerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Tek başına velayet bütün hak ve sorumluluklardan tek bir ebeveynin sorumlu olduğu, karar alma sürecinde tek ebeveynin yer aldığı bir velayet ilişkisi iken birlikte velayet, ana babanın velayetten doğan hak ve yükümlülüklerin ana baba arasında eşit olarak iş birliğine ve paylaşıma dayalı kullanımını konu edinir.⁶¹⁷ Ülkemizde kanunen açıkça ifade edilmemiş ancak dünyada yaygın olarak uygulanan birlikte velayetin destekçileri olduğu gibi aleyhtarları da vardır.

⁶¹⁷ Uzun Kazmacı, s.174; Özcan, s.218, Ruhi, s.131; Çakır,67; Kurt, s.157.

A. BİRLİKTE VELAYET ALEYHİNE GÖRÜŞLER

Birlikte velayet, doktrinde çeşitli gerekçelerle eleştirilmiştir. Eleştirilerin temeli birlikte velayetin çocukların ihtiyacı olan süreklilik ve güvenli çevrenin aksine istikrarsızlık, dengesizlik meydana getireceğine ilişkindir.⁶¹⁸ Bu eleştirileri sırasıyla incelemek gerekirse; başta eşler arasında çatışmanın şiddetli olduğu ilişkilerde birlikte velayetin daha da bu çatışmayı arttıracığı yönündedir. Özellikle çekişmeli boşanmalarda veya anlaşmalı boşanma olsa dahi eşler arası çatışmanın yoğun olduğu ilişkilerde birlikte velayetin çatışmaları daha da derinleştireceği böylece öncesinde anlaşılamayan ana babanın boşanmadan sonra da çocuğun eğitimi, dini, malvarlıklarının yönetimi, temsili gibi çeşitli velayete ilişkin hak ve yükümlülükler üzerinde anlaşılamayacaklardır.⁶¹⁹ Çatışmanın olduğu ve boşanmanın da zaten çekişmeli yaşandığı ilişkilerde ana baba arasındaki sağlıklı iletişimin kurulamadığı açıktır. Bu durumda eşler bir çıkmaza girmişlerdir, gerekli yaklaşımı sergilememektedirler bu durumdan da en olumsuz etkilenen çocuklardır.⁶²⁰ Çocuklar çatışmanın doğurduğu dengesiz ve istikrarsız bir aile yapısı içinde yer alırlar bu nedenle çocuğun yararına aykırı bir durum oluşur. Oysa araştırmalar göstermiştir ki ana baba arasında kaliteli bir iletişim ve ilişkinin varlığı halinde birlikte velayetin uygulanabilmesi mümkündür.⁶²¹

Bu düşüncenin sonucu olarak birlikte velayeti desteklemeyenlerin diğer bir argümanı da ana baba arasındaki çatışmanın çocuğun yetiştirilmesine de yansımalarının

⁶¹⁸ **Miller**, s.366.

⁶¹⁹ **GOURLEY, Nancy Gilsan**: “Joint Custody: The Best Interests of the Child”, Tulsa Law Journal, C.18, S.159, 1982, s.167; **AKKURT, Sinan Sami**: “Boşanma Sonrası “Ortak velayet” Kavramının, Özellikle Türk Hukuk Uygulaması Bakımından Genel Olarak Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, C.17, S.202, 2019, s.4191; **Çakır**, s.76-77; **Erlüle**, s.115; **Bölükbaşı**, s.20.

⁶²⁰ **Benedek/Brown**, s.40-41; **Aybay/Şen**, s.609-610; **Parkinson L.**, s.136.

⁶²¹ **KİREMİTÇİ, Müge**: Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, İstanbul, 2015, s.25-26.

olacağı yönündedir. Zaten çatışmalı olan ana baba çocuğun yetişmesinde de birbirilerinden farklı bir anlayış ve doğrultuda çocuğu yetiştirmeye çalışacaklardır. Ana babanın çocuğun yetiştirilmesinde iş birliği yaparak hareket edebilmeleri mümkün değildir.⁶²² Bu durumda çocuk, ebeveynlerin her ikisine de bağlanma sorunu yaşayabilir ayrıca uyum sorunu yaşayabilir ve ana babanın yetiştirme hedeflerinin arasında bocalaması muhtemeldir.⁶²³

Yapılan izleme çalışmalarında da birlikte velayetin kabul edilmesiyle çocukların zamanının ana baba arasında oldukça katı bir şekilde bölünmesinin çocukların olumsuz sonuçlara neden olduğu ifade edilmiştir.⁶²⁴ Aynı şekilde boşanma sonrası yapılan düzenlemeler katılaştıkça çocukların bu birlikte velayetten memnun kalmadığı, katı düzenlemelerin çocuklardan ziyade ana babanın lehine düzenlemeler olduğunu ortaya koymuştur.⁶²⁵

Bir diğer eleştiri ise birlikte velayet uygulansa dahi çocuğun her zaman bir ebeveyne daha fazla bağlı olacağına ilişkindir. Bu düşünceye göre çocuk birine bağlı olmaksızın ihtiyaçlarını gideremez ve her zaman bir tarafa bağlılık hisseder.⁶²⁶ Çocuğun bir ebeveyne bağlılığı nedeniyle bağlı olunana ebeveyn her zaman diğer eşe karşı çocuğu kıskırtabilir veya kullanabilir.⁶²⁷ Çocuk da velayetin kime bırakıldığını bilmelidir. Çünkü çocuk, ailenin bundan sonra eskisi gibi bir arada olmadığını kavramasına rağmen velayetinin her iki ebeveynde de olduğunu görmesi psikolojik

⁶²² **Bükel Koç**, s.77; **Tokuş**, s.76.

⁶²³ **Erlüle**, s.116; **İnce**, s.197.

⁶²⁴ **Parkinson L.**, s.136.

⁶²⁵ **Parkinson L.**, s.136.

⁶²⁶ **İnce**, s.196.

⁶²⁷ **Miller**, s.367; **Bölükbaşı**, s.19.

sağlığına olumsuz etkilere sebep olur. Çocuk, her iki ebeveyninde üzerinde sorumlu olduğunu hissetmesine rağmen neden ailenin bir arada yaşamadığını sorgular.⁶²⁸

Birlikte velayete getirilen bir diğer eleştiri ise ana babanın bir arada yaşamıyor olmasına ilişkindir. Bu eleştiriye göre ana babadan birinin çocuktan uzakta yaşaması zamanla o ebeveynin çocuktan duygusal ve fiziksel kopmasına sebep olur. Ayrıca çocuk hakkında bilgisizliğinin artması bu nedenle çocuğun yetiştirilmesi ve bakımında faydalı olamayacağı düşünülmektedir.⁶²⁹

Boşanan ana babanın yeniden evlenmesi mümkündür. Yeniden evlenildiğinde ve birlikte velayetin uygulanması halinde olumsuzlukların doğabileceği savunulmaktadır. Şöyle ki; yeni evlilikle beraber artık çocuğun yetiştirilmesinde üvey anne – babanın da etkisinin olacağı, çocuğun muhatap olarak kimi kabul edeceğine ilişkin kafa karışıklığı yaşaması ve birlikte velayet sebebiyle sürekli görüşen eski eşlerin, yeni evlilikleri dolayısıyla çatışma yaşayabileceği düşünülmektedir. Şüphesiz bütün bu durumların çocuğun yararına olmayacağı açıktır.⁶³⁰

Birlikte velayete getirilen bir diğer eleştiri, birlikte velayetin toplumun sadece belli kitlelerine hitap ettiğine yöneliktir. Çünkü birlikte velayet uygulamada karşılıklı iş birliğini gerektiren, ana babanın çabalarının önemli olduğu ve ana babanın çocuklarının çıkarlarını gözetmesi ile alakalıdır. Fakat sadece toplumun eğitim düzeyi yüksek kitleleri bu ölçütleri uygulayabilir. Bu durum ise eşitlik ilkesine aykırılık oluşturarak toplum içinde ayrıcalıklı bir kitleyi meydana getirir.⁶³¹

⁶²⁸ İnce, s.196; Tokuş, s.75; Bükel Koç, s.77.

⁶²⁹ İnce, s.197;

⁶³⁰ İnce, s.197; Bükel Koç, s78.

⁶³¹ Erlüle, s.117.

Son olarak evlilik birliği harici birlikteliklerde ana babanın birlikte velayet hakkına sahip olması da eleştirilmiştir. Bu eleştiriler birlikte velayetin kullanılması nedeniyle evlilik dışı ilişkilerin artacağı endişesine dayanır. Buna göre artık ana babalar çocuk sahibi olmak için evlenmeye ihtiyaç duymayacaklardır. Böylece evlilik kurumu önemini yitirerek, resmîyeti olmayan birliktelikler artacaktır.⁶³² ÇELİK'e göre de evlilik birliği harici birlikteliklerin asıl amacı evliliğin doğurabileceği mal paylaşım, nafaka gibi kurumların önüne geçmektir. Evlilik dışı birliktelikler kamu düzenini olumsuz etkileyeceğinden birlikte velayete yer verilmemesi yerindedir.⁶³³

B. BİRLİKTE VELAYET LEHİNE GÖRÜŞLER

Günümüzde birlikte velayet, birçok araştırma sonucuna ve uzmanların görüşüne göre çocuk yararını en çok gözeten kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. En başta birlikte velayet çocuğun her iki ebeveyniyle de yakın ilişki kurabilmesini sağlamaktadır. Daha önceden de ifade ettiğimiz üzere boşanma eşler arasında olur. Çocuktan boşanma yoktur. O halde ana baba boşanmış olsa dahi çocuğun her ikisine de ihtiyacı devam eder. Ana babanın da ebeveynlik görevleri devam eder.⁶³⁴ Ayrıca her iki ebeveynin de çocuğıyla ilişki içinde olmak ve velayete sahip olabilme hakkı vardır.

Çocukların boşanmadan sonra yaşadığı sorunların temelinde güvensizlik ve sevgisizlik hissetmeleri yatar. Ama çocuk, ana ve babasının boşanmış olsalar dahi kendi bakımında eksiklik olmadığını hisseder ve ana babanın iş birliğini gördükçe hissedeceği

⁶³² Erlüle, s.116; Bölükbaşı, s.20.

⁶³³ Çelik, s.260-261.

⁶³⁴ ELKIN, Meyer: “Joint Custody: In The Best Interest of The Family”, Joint Custody and Shared Parenting (Ed. Jay Folberg), New York, 1991, s.12.

güven duygusu artar.⁶³⁵ Gerçekten yapılan araştırmalarda ortak velayet altındaki çocukların yaşanan travmaları nispeten kolay atlattığı görülmüştür.⁶³⁶ Tek başına velayette çocuğun endişe, korku yaşamasına sebep olan “*Benim bakımımı kim üstlenecek?*” sorusu her iki ebeveyn olarak cevabını bulur. Her iki ebeveynin de çocuğun hayatına katılımıyla birlikte velayet kurumu çocuğun haklarını korur.⁶³⁷

Esasında birlikte velayetin lehine görüşler tek başına velayetin eleştirisinden doğar. Gerçekten de boşanma sonrası veya evlilik birliği dışı birlikte velayet düşüncesi, tek başına velayetin antitezi niteliğindedir. Bu nedenle tek başına velayetin temelindeki özellik olan ana babadan sadece birinin velayet sahibi olarak her konuda tek başına karar verici durumuna karşıt olarak birlikte velayet de her iki ebeveynde velayet hakkına sahiptir ve karar verme sürecine de beraber katılırlar. İşte bu durum birlikte velayeti destekleyenlerin en önemli argümanıdır. Bu düşünceye göre tek başına velayette eşlerden biri velayete ilişkin hak ve yükümlülüklerin tek sahibi iken diğer eş sadece nafaka yükümlüsü ve kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişidir. Ancak çocuğuna ilişkin hiçbir konuda söz hakkı yoktur. Ayrıca kişisel ilişki kurma hakkı da velayet dışı bırakılan ebeveyni adeta ziyaretçi gibi konumlandırmıştır.⁶³⁸ Birlikte velayet destekçileri bu sebeplerden dolayı zamanla çocuk ile diğer ebeveyn arasındaki ilişkinin koptuğunu dile getirerek birlikte velayet de bunun mümkün olmadığını aksine aileyi birleştirici bir role sahip olduğunu ifade ederler.⁶³⁹ Gerçekten yapılan çalışmalarda

⁶³⁵ **Benedek/Brown**, s.39; **Aybay/Şen**, s.609; **BAYATA CANYAŞ, Aslı**: “*Why Not Enforce? A Critical Analysis of the Refusal to Enforce Foreign Joint Custody Judgments in Turkish Courts*”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, C.27, S.3, 2013, s.322.

⁶³⁶ **Akkurt**, s.4191; **Kiremitçi**, s.24; **Kurt**, s.161; **Bayata Canyaş**, s.322.

⁶³⁷ **Elkin**, s.12-13.

⁶³⁸ **Erlüle**, s.120; **Bölükbaşı**, s.17; **Scott**, s.624.

⁶³⁹ **Çakır**, s.74.

göstermiştir ki birlikte velayet sahibi olan baba velayete sahip olmayan babaya kıyasla çocuğa ilişkin konularda çok daha katılımcı bir rol üstlenmektedir.⁶⁴⁰

Birlikte velayetin lehine bir diğer görüş ise baba haklarının korunmasına ilişkindir. Uzun bir süre anne çocuğun birincil ebeveyni olarak konumlandırılmıştır. Fakat yapılan araştırmalarda sadece anne değil babanın da çocuğun birincil ebeveyni olabileceğini diğer bir tabirle çocuğun sağlıklı gelişiminde bağlı olunan ebeveyn olabileceğini göstermiştir. Bu durum çocuğun her iki ebeveynine de ihtiyacı olduğunu ve birlikte velayetin önemini ortaya koyar.⁶⁴¹ Birlikte velayet ile birincil ebeveynlik aşılr. Birlikte velayet, birincil ebeveyn olarak genellikle kabul edilen anne üzerindeki bakım stresi ve ekonomik baskıyı ortadan kaldırır, anne üzerindeki iş yükünü azaltır.⁶⁴² Gerçekten de yapılan çalışmalarda da annelerin stres ve ebeveynlik yüklerinin birlikte velayet ile azaldığını; babaların ise velayete sahip olmaları nedeniyle uygulamadan memnun olduklarını göstermiştir.⁶⁴³

Birlikte velayeti destekleyenlere göre tek başına velayette velayet verilmeyen ebeveynin silikleşen rolü birlikte velayet ile evlilikteki gibi canlı kalır. Birlikte velayet ile her iki ebeveynin çocuklarına karşı duydukları sorumluluk hissiyatı arttığı düşünülmektedir. Bu durumun birlikte velayetin çocuğun yetiştirilmesinde tek başına velayete kıyasla daha verimli olacağı savunulmaktadır.⁶⁴⁴ Yapılan çalışmalarda özellikle küçük çocukların her iki ebeveyninin bakımına, ilgisine ihtiyaç duyduğunu ve birlikte velayet halinde çocuğun gerekli sevgi ve güven duygusuna sahip olarak gelişiminin olumlu olacağı görülmüştür. Bu sayede çocuk boşanmanın etkilerini daha

⁶⁴⁰ Kiremitçi, s.25.

⁶⁴¹ Erlüle, s.119-120.

⁶⁴² Kiremitçi, s.23-24.

⁶⁴³ Kiremitçi, s.25.

⁶⁴⁴ Akkurt, s.4191; Kurt, s.161; Çakır, s. 75.

hafif atlatır ve ebeveynlerinin hayatından çıkmadığını sadece ailenin yapısının değiştiğini düşünür.⁶⁴⁵

Boşanma davaları çoğu zaman beraberinde velayet savaşlarını getirir. Özellikle ana baba arasında çatışmanın yoğun yaşandığı ilişkilerde çocuğun velayetine sahip olmak tarafların birbirine karşı kazanacakları bir zafer gibi algılanmaktadır. Ayrıca velayet davalarında kimi zaman çocuk ana babadan birini seçmek zorunda kalır.⁶⁴⁶ Fakat bu durum çocuğu psikolojik ve duygusal olarak yıpratır. Ancak birlikte velayetin uygulanması halinde her iki taraf da velayete sahip olur ve çocuğu taraf seçme zorluğundan kurtarır. Üstelik günümüzde birçok ülkede birlikte velayet kural, tek başına velayet istisnaidir. Diğer bir tabirle eşler boşanmış dahi olsa velayete birlikte kullanmaya devam ederler bu yüzden velayet savaşları meydana gelmez.

Birlikte velayeti savunanların bir diğer argümanı ise birlikte velayet ile boşanma sonrası çocuğun velayet sahibi tarafından silah olarak kullanılmasının engellenmesidir. Tek başına velayette kimi zaman ana baba çocuğu araç olarak kullanarak birbirileriyle mücadele etmektedir. Ancak birlikte velayette her iki eş de velayet sahibi olacağından böyle bir mücadelede çocuğun kullanılması olanaksızdır.⁶⁴⁷

Birlikte velayet lehine bir diğer argüman ise çocuk için verilen nafaka üzerinedir. Buna göre birlikte velayete sahip ancak nafaka borçlusunu eş, velayete sahip olmasa da nafaka sorumlusu olan eşe göre düzenli nafaka verme konusunda daha heveslidir.⁶⁴⁸ Çünkü velayeti birlikte kullanan ancak nafakaya vermekle de yükümlü olan eş tek başına velayetin aksine çocuğunun gerçek ihtiyaçlarını daha iyi bilebilir,

⁶⁴⁵ İnce, s.198-199; Kurt, s.161.

⁶⁴⁶ İnce, s.198.

⁶⁴⁷ Gourley, s. 165; İnce, s.199; Erlüle, s.119.

⁶⁴⁸ Erlüle, s.121; Bölükbaşı, s.18.

çocuğu ile daha yakından ilişki kurar ve velayet hakkı sebebiyle kendisinin de çocuğunun yetiştirilmesinde bir sorumluluğu doğar. Ayrıca tek başına velayette olduğu gibi sadece ayın belli günleri çocuğunu gören bir ziyaretçi değil çocuğun hayatının içinde doğrudan yer alan bir ebeveyn sıfatına sahiptir. Bu nedenle nafakaların verilmesinin gerekliliğini bilen eş düzenli ve yeterli miktarda nafaka vermeyi kendine bir külfet olarak görmez.⁶⁴⁹

Destekçilerin düşüncesine göre birlikte velayet her iki ebeveynin de lehinedir. Çünkü birlikte velayet sayesinde velayet dava sayısını ve dava masrafını azaltır ve eşler arası çatışmanın azalmasına neden olur. Cinsiyete dayalı önyargının ortadan kalkmasını sağlar ve her iki ebeveynin de haklarını korumuş olur.⁶⁵⁰

Özellikle hukukumuzda hakime velayet kararını vermede geniş takdir hakkı verilmiştir. Fakat birlikte velayetin kural olarak benimsenmesi veya eşler anlaşarak karara bağlaması halinde hakimın takdir hakkını sınırlar. Olası keyfi uygulamaların böylece önüne geçilir.⁶⁵¹

Doktrinde ve birçok ülkede artık birlikte velayet kabul edilmektedir. Bunun en büyük nedenleri ise birlikte velayetin ebeveynler arası velayet savaşlarını bitirmesi, çocuğun ebeveynler arası çatışmada koz niteliğinde kullanılmasını engellemesi, çocuğun boşanmaya uyumunu arttırması ve çocuğun sağlıklı yetişmesinde büyük önem arz etmesi kısaca çocuğun üstün yararına uygunluğu, her iki ebeveyninde çocuğuyla

⁶⁴⁹ Birlikte velayet ile nafaka borcunu gereği gibi ifa edilmesi arasında ilişki olduğunu savunanlar olsa da yapılan bazı çalışmalarda nafaka ile birlikte velayetin ilişkisi olduğu saptanamamış ama çocuk ile ebeveyn arasındaki ilişki ve yakınlığın nafaka ile ilgisinin olduğu saptanmıştır. Daha detaylı bilgi için bkz. **Erlüle**, s.121-122

⁶⁵⁰ **Warshak**, s.111; **Özcan**, s.218; **Koçoğlu**, s.64.

⁶⁵¹ **Özcan**, s.218.

yakın ilişki kurma imkanını elde etmesi, eşler arasında iş birliğinin sağlanacağına dair düşüncelerin varlığı olarak sıralanabilir. Bütün bu nedenlerle özellikle iyiniyetin varlığı birbirine uyumlu olabilen, ebeveynlik rollerinin farkında olan ve önemli olanın çocuk olduğunun kabul edildiği hallerde birlikte velayetin adil ve kıymetli bir uygulama olacağı düşüncesi hakimdir.⁶⁵²

C. DEĞERLENDİRMEMİZ

Birlikte velayetin lehine ve aleyhine çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Birçok ülke kanun değişikliğine giderek birlikte velayeti kabul etmiştir. Birlikte velayetin gündeme gelmesiyle beraber çeşitli değişkenlere sahip bilimsel çalışmalarda da artış gerçekleşmiştir. Bu kapsamda çeşitli araştırmalar yapılmıştır. Birçok araştırmada birlikte velayetin hem çocuk hem de ana baba lehine olduğu ortaya konulmuştur. Ülkemizde de *KİREMİTÇİ'nin* çalışmaları⁶⁵³ birlikte velayet uygulamasının pek olmadığı, tek başına velayetin benimsendiği ve ebeveynler tarafından bilindiği bir ortamda yapılmıştır. Birlikte velayete ilişkin lehe ve aleyhe görüşlerimiz olsa da bunların bilimsel çalışmalara dayanmasında fayda vardır. Bu nedenle *KİREMİTÇİ'nin* ülkemizdeki çalışmasının sonuçları da bizim için önemlidir.

Birlikte velayetin sadece hukuki bir kurum değil aynı zamanda psikolojik, sosyolojik ve ekonomik etkilerinin de bulunduğu sebep ve sonuç yelpazesi geniş bir kavramdır. Hem *KİREMİTÇİ'nin* çalışmasında hem de dünyada diğer yapılan çalışmalar

⁶⁵² **Walczak/Burns**, s.121; **Luppino/Miller**, s.202; **Gourley** s.170; **ERLÜLE**, Fulya: “*Karşılaştırmalı Hukukta Boşanmadan Sonra Velayetin Birlikte Kullanılmasına İlişkin Güncel Gelişmeler ve Türk Medeni Hukukunda Boşanmadan Sonra Velayetin Kullanılması*”, Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu Bildiri Kitabı (Ed. Yasemin Güllüoğlu Altun), İstanbul, 2021, (*Güncel Gelişmeler*), s.14.

⁶⁵³ **KİREMİTÇİ, Müge**: Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, İstanbul, 2015.

da birlikte velayetin farklı değişkenlere bağlı olarak daha çok tercih edildiği ortaya konulmuştur. Demografik özelliklere göre inceleme yapmak gerekirse; uzun süre evli kalan ebeveynler ve çocuğu 15-18 yaş aralığında olan ebeveynler daha çok birlikte velayeti tercih ettiği ortaya konulmuştur. Ayrılık yaşanan dönem süresince birlikte yaşayan ebeveynlerin boşanmadan sonra da birlikte velayete sıcak baktığı ifade edilmiştir. Ayrıca çocuğun zamanlarının ebeveynler arasında paylaşılması çocuğun her iki ebeveyniyle de daha iyi ilişki kurabildiği kabul edilir.⁶⁵⁴

Birlikte velayete cinsiyete dayalı yapılan araştırmanın sonucuna göre, erkekler kadınlara kıyasla boşandıktan sonra her iki ebeveyninde hakkının olacağı birlikte velayeti tercih etmişlerdir. Dünyada yapılan çeşitli araştırmalarda da birlikte velayete sahip babaların velayet sahibi olmayan babalara göre daha memnun olduğu belirtilmiştir.⁶⁵⁵ Babayla büyümenin çocuk yararına da olduğuna ilişkin Amerika’da yapılan bir araştırmada baba ilgisinden mahrum yetişmiş kızların baba ilgisine sahip kızlara nazaran daha fazla istenmeyen hamilelik geçirdikleri, daha fazla intihar teşebbüsünde bulundukları; erkek çocukların ise daha fazla bağımlılık yapıcı madde kullandığı, evden kaçtığı, okulu bıraktıkları ve diğer genel davranışsal ve duygusal problemler yaşadıkları görülmüştür.⁶⁵⁶

Ebeveynlerin sosyokültürel seviyesine göre yapılan inceleme sonuçlarında ise eğitim seviyesi yüksek olan ebeveynlerin eğitim seviyesi daha az olanlara kıyasla daha çok birlikte velayeti tercih ettiği ortaya konulmuştur. Sosyoekonomik açıdan yapılan araştırmalarda ise yüksek gelir grubunda yer alan ebeveynlerin birlikte velayeti daha çok tercih ettiği; bu grubu orta gelir grubu ve nihayetinde düşük gelir grubuna dahil

⁶⁵⁴ Kiremitçi, s. 91-92.

⁶⁵⁵ Kiremitçi, s. 93.

⁶⁵⁶ Aybay/Şen, s.608

ebeveynlerin takip ettiği görülmüştür.⁶⁵⁷ Ayrıca boşanma sürecindeki çalışan kadınların çocukların fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin konularda verilmesi gereken kararları babalarla beraber verilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bunun nedeni olarak kısıtlı zaman ve iş yükü nedeniyle annelerin sorumluluklarını babayla paylaşmayı tercih ettikleri düşünülmektedir.⁶⁵⁸

Araştırmanın bir diğer sonucu ise anlaşmalı boşanan ebeveynlerin birlikte velayeti çekişmeli boşananlara ziyade daha çok tercih edebileceğine ilişkindir. Yine bir diğer araştırmada da anlaşmalı birlikte velayete karar veren ebeveynlerin tekrardan velayete ilişkin dava açma oranlarının daha az olduğu ortaya konulmuştur.⁶⁵⁹ Çocuğun mesleki eğitim ve ruhsal tedavisine ilişkin konular da ise ister anlaşmalı ister çekişmeli boşanma olsun ebeveynlerin birlikte velayeti tercih ettiği görülmüştür.⁶⁶⁰ Kaldı ki araştırmalar göstermiştir ki ebeveynler birbiri ile anlaşamasa dahi birlikte velayet konusunda anlaşabilmektedir. Zaten ebeveyn olarak birbirilerine güvenmeleri yeterli olup birbirilerini sevmeleri gerekmez.⁶⁶¹

KİREMITÇİ'nin araştırması sonucunda birlikte velayete olumlu bakan aile profilinin genellikle anlaşmalı boşanan veya az çatışmalı aileler olduğu, ekonomik ve kültürel düzeyleri yüksek ve demokratik yapıda eşlerin olduğu belirtilmiş. Ayrıca babaların annelere kıyasla daha çok tercih ettiği; çalışan annelerin ise ruhsal ve fiziksel sağlık konusunda çalışmayan annelere kıyasla daha fazla tercih ettiği ortaya

⁶⁵⁷ Kiremitçi, s. 94.

⁶⁵⁸ Kiremitçi, s. 95.

⁶⁵⁹ Kiremitçi, s. 99.

⁶⁶⁰ Kiremitçi, s. 95.

⁶⁶¹ Koenigs/Harris, s.610

konulmuştur. Nihayetinde özellikle fiziksel ve ruhsal sağlık, ahlaki eğitim, söz geçirme konularında birlikte velayetin eşler tarafından tercih edildiği ifade edilmiştir.⁶⁶²

Ülkemizde yapılan araştırmanın bir diğer ve belki de en önemli sonucu ise katılımcılar ilk başta tek başına velayete ilişkin kanuni düzenlemeyi olduğu gibi kabul ederken sonrasında velayete ilişkin hak ve yükümlülükler tek tek sorulduğunda her iki ebeveyninde bu konularda eşit yetkiye sahip olmaları gerektiğine dair görüş ifade etmiştir.⁶⁶³ Diğer bir tabirle katılımcılar bir yandan TMK md.336 hükmüne göre velayetin boşanmadan sonra eşlerden birine bırakılması gerektiğini kabul ediyor bir yandan ise velayete ilişkin konular ayrı ayrı incelendiğinde ana babanın birlikte karar vermesi gerektiğini düşünüyor. Böylece ortaya çelişkili bir durum çıkıyor. Esasında bu çelişki halkımızın velayetin ne olduğunu tam olarak bilmediğini de ortaya koyuyor.⁶⁶⁴ Velayet, toplumun çoğunun düşündüğü gibi sadece çocuğu yanında bulundurmadan ibaret değildir. Bunun ötesinde çocuğa ilişkin birçok konuda hak ve yükümlülükleri de kapsayan oldukça mühim bir hukuki kurumdur⁶⁶⁵. O halde bizim hem velayetin hem de birlikte velayetin anlam ve kapsamını başta ana babalar olmak üzere topluma daha iyi anlatabilmemiz gerekir. Belki de bu bilgisizlik nedeniyle tek başına velayete sahip olan ebeveynler bu yükün altında zamanla ezilmekte ve çocuklarının gelişiminde sekteye uğramasına neden olmaktadır. Oysaki velayetin madden ve manen getirdiği sorumluluk altından ebeveynlerin beraberce kalkabilmesi ve çocuğun yararının gözetilmesi çok daha kolay olabilir. Bu sayede velayet savaşlarına bir son verilebilir.

⁶⁶² Kiremitçi, s. 104.

⁶⁶³ Kiremitçi, s. 105.

⁶⁶⁴ Kiremitçi, s. 105.

⁶⁶⁵ Uzun Kazmacı, s. 174.

Kanaatimizce birlikte velayet çağımızın ideali olan velayet düzenlemesidir. İdeal kavramı felsefi açıdan tartışmaya oldukça açık olmakla beraber her öğretinin ve inanın birbirinden farklı idealleri olmuştur. Her dönemde insanlık belli değer ve durumları gözeterek kendince ideal olanı aramış ve ulaşmaya çalışmıştır. Hatta hukuk kuralları da insan ilişkileri, devlet yapıları ve insan ile devlet arasındaki idealin oluşmasındaki önemli bir araçtır. İnsan ve dolayısıyla toplumlar daima dönüşüm geçirir. Her dönüşüm de kendi idealini oluşturur. Günümüzde de çağdaş insan ve çağdaş toplum yapısı, eskide kalmış ve ideal olmayan düzenlemeleri uyarlama, değiştirme ihtiyacını doğurmuştur. Günün ihtiyaçlarına ve çağdaş olana ilişkin düzen sağlamanın en iyi yolu hukuktur. Esasında hukuk, dünyanın geldiği noktayı geriden takip eden bir konumdadır. Hukuk, çağa yetişmeye çalışır. Bu kapsamda velayet kurumuna ilişkin olarak da günümüzün insan ve toplum düzenine uygun velayet düzenlemelerine ihtiyaç vardır. Günümüzün çağdaş olarak adlandırılan insan ve toplum yapısına bakıldığında velayete ilişkin olması gerekenin de birlikte velayet olduğu kanaatini taşımaktayız.

Çağdaş insandan kaliteli iletişim kurabilen, anlayış sahibi, cinsiyet dahil her türlü ayrımcılıktan uzak, hakka saygılı olması gibi beklentilerimiz vardır. Dolayısıyla toplumlardan da eşitlik anlayışına sahip, haklara saygılı ve hukuk kurallarına uygun, toplumun farklılıklara saygılı, toplumun dezavantajlılarına kolaylık ve anlayış sağlayabilmesi beklentimiz vardır. Saymış olduğumuz bu özellikler birlikte velayetin bu çağın ideal düzenlemesi olduğunu ortaya koyar. Gerçekten de birlikte velayet ana babanın eşitliğini esas alan, önyargılara dayalı toplum yapısına dayanmayan, eşler arası iş birliğini ve iletişimin önemini ortaya çıkaran, eşlerin birbirine karşı saygılı ve anlayışlı olmasını da gerektiren ve en önemlisi çocuğun üstün yararının esas alındığı bir düzenlemedir.

Her ne kadar birlikte velayetin ideal hukuki düzenleme olduğunu ifade etsek de her durumda uygulanabilir olmadığını kabul ediyoruz. Çünkü birlikte velayetin uygulanabilmesi yukarıda ifade ettiğimiz üzere toplumun ve insanın da en azından belli konularda ideal olmasını gerektirir. Mesela açıkça velayete sahip olmak istemeyen, çocuğunu görmek ve ilgilenmek istemeyen bir ebeveyne velayet bırakılamaz. Ya da çocuk haklarına gereken önemin verilmediği, kadın erkek eşitliğinin yok sayıldığı toplumlarda birlikte velayetin uygulanabilirliğini düşünmek güçtür. Hukuki düzenlemeler sebebiyle de birlikte velayetin uygulanamaması gündeme gelir. Mesela Medeni Kanunumuzdaki velayetin kaldırılması sebepleri varsa burada birlikte velayetin uygulanması beklenemez. Saydığımız uygulanamazlıkların temelinde de ideal olmayan, olması gerekene aykırı durumların, koşulların varlığı söz konusudur. Ancak kanaatimizce olması gereken, birlikte velayetin eşlerin anlaşması yoluyla veya hakimın hükmetmesiyle ya da kanunen kendiliğinden yürürlüğe girmesi gibi hangi yöntemle olursa olsun en azından çocuğun velayetine ilişkin bir fırsat olarak hukuki imkan tanınmasıdır.

V. İLKELER KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Velayet hukukuna hakim olan ilkelerin⁶⁶⁶ birlikte velayet kurumunun ele alınmasında da etkili oldukları ifade edilmelidir. Ancak bu bölümde velayete ilişkin ilkelerden ziyade çocuk hukukuna ilişkin ilkeler ve özellikle uluslararası sözleşmelerde belirtilen ilkeler kapsamında birlikte velayeti irdelleyeceğiz. Amacımız bu ilkelerin ruhunun birlikte velayet içindeki yerini göstermek ve birlikte velayetin hukuki bir kurum olarak bu ilkelerin amacına uygun hareket ettiğini ortaya koyabilmektir.

⁶⁶⁶ Bkz. Birinci Bölüm

A. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI

Çocuk hukukuna hakim ilke çocuğun üstün yararıdır.⁶⁶⁷ Öyle ki çocuğa ilişkin her düzenleme de dikkate alınması gerekir. İlke sayesinde çocuk ana baba tarafından hak süjesi olarak kabul edilmiştir.⁶⁶⁸ Çocuğun üstün yararı ilkesi kendi içinden başka ilkelerin doğumuna da sebep olmuştur. Mesela çocuğun kişiliğine saygı ilkesi veya çocuğun görüşünün alınması ilkesi çocuğun üstün yararının gerekli kılmasıyla ortaya çıkan ilkelerdir. Aynı zamanda bu ilkeler çocuğun üstün yararına da aykırı olamayacak şekilde kullanılır. Bir diğer tabirle çocuğun görüşünün çocuğun yararına aykırı olduğu açıkça belli ise bu görüşe göre hareket edilmez. Anlaşılacağı üzere çocuğun üstün yararı öncelikli olarak kabul edilir.⁶⁶⁹

Çocuğun üstün yararı ilkesi kimi durumlarda başka menfaatler ve ilkelerle karşılaştırılmaktadır. Bu durumda ilkelerin veya menfaatlerin yarışması söz konusu olur. En sık karşılaşılan durum çocuğun yararı ile ana babanın yararının çatışmasıdır. Böyle bir durumda çocuğun yararı üstün tutulur.⁶⁷⁰ Çocuğun üstün yararı ilkesi ana baba dışında da herkese karşı ileri sürülebilir.⁶⁷¹ Mesela çocuğun üstün yararı ile hekimin sır saklama yükümlülüğü arasında veya sperm vericisinin gizli kalma talebi arasında bir çatışma olabilir. Bu durumlarda da çocuğun ana babasını tanıma hakkı çocuğun üstün yararı gereği öncelikli ve ağır basan taraf olur böylece hekimin yükümlülüğünden de sperm verenin gizliliğinden de üstün kabul edilir.⁶⁷²

⁶⁶⁷ Detaylı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, IV-A.

⁶⁶⁸ **ÖZTAN, Bilge/ÖZTAN, Fırat:** “*Boşanmada Velayetin Tevdii*”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, 2016, (*Tevdii*), s.483.

⁶⁶⁹ **Özdemir/Ruhi**, s.317.

⁶⁷⁰ **Karaaslan**, s.100; **Serozan**, s.66; **Erlüle**, s.111.

⁶⁷¹ **Öztan/Öztan**, (*Tevdii*), s.483.

⁶⁷² **Serozan**, s.66.

Velayete ilişkin kararlarda da çocuğun üstün yararı göz önünde tutulur. Evlilik birliği içinde velayeti ana baba beraber kullanır ancak çocuğun üstün yararı gerektirdiğinde velayetin kaldırılması gündeme gelmektedir. Evlilik birliği dışındaki çocuk veya boşanma sonrası çocuğun velayetinin belirlenmesinde de çocuğun üstün yararı dikkate alınır. Velayetin yakın geçmişte çocuğun yararı gereği ana babadan birine ve genellikle anneye verildiğini önceki bölümlerde belirtmiştik. Ancak günümüzde birlikte velayet kullanımının çocuğun yararına olduğu düşüncesi hakimdir.⁶⁷³

KOÇHISARLIOĞLU'na göre ana baba birlikte velayet konusunda anlaşmışlarsa kanun tek başına velayeti emretse bile çocuğun üstün yararı gereği anlaşmanın gereğinin kabulü gerekir.⁶⁷⁴ Ancak *SERDAR'ın* da ifade ettiği üzere çocuğun yararına ilişkin karar vermekte ana baba birincil yetkili kişilerdir. Fakat bu durum ana babanın her zaman çocuğun yararına karar vereceği anlamına gelmez. Çocuğun yararının tehlikeye düştüğü durumda hakimin müdahalesi gerekir.⁶⁷⁵

Birlikte velayetin çocuğun yararına olduğu düşüncesi hakim olsa da ister tek başına velayet isterse birlikte velayet olsun temel prensip çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal, sosyal ve ahlaki gelişiminin hangi velayette daha sağlıklı olacağıdır.⁶⁷⁶ Bu nedenle her zaman birlikte velayet çocuğun yararına olmayabilir. Çocuğun üstün yararı esnek bir yapıdadır ve takdiri birçok şartın incelenmesine bağlıdır. Her boşanmada her çocuk için birlikte velayetin uygulanması doğru olmayabilir. Velayetin tespitinde çocuğun yaşı, sosyoekonomik durum, yaşanılan çevre, ana baba arasındaki ilişki gibi çeşitli kriterler söz konusudur. Bazı çalışmalarda boşanan eşler arasında

⁶⁷³ Scott/Derdeyn, s.455; Koçhisarlioğlu, s.39; Çakır, s.89.

⁶⁷⁴ Koçhisarlioğlu, s.39.

⁶⁷⁵ Serdar, s.165-166.

⁶⁷⁶ Özdemir/Ruhi, s.320.

yoğun çatışmanın varlığı söz konusu ise birlikte velayeti uygulamanın pek mümkün olmadığı ve bu nedenle birlikte velayetin uygulamasıyla çocuğun yararının sağlanamayacağı kabul görmektedir.⁶⁷⁷ Fakat çocuğun ruhsal veya bedensel olarak sağlığı yerinde olmayabilir veya özel çocuk olabilir, ana babaya maddi manevi ihtiyacı çok önemli olabilir böyle durumlarda birlikte velayete karar verilmesi daha yerindedir.⁶⁷⁸ Bir başka düşünceye göre de birlikte velayetin kabulü halinde ana babanın tek başına velayette olduğu gibi çocuğu bir silah olarak kullanmalarının önüne geçilebilir.⁶⁷⁹

1 Temmuz 2014 tarihli kanun ile İsviçre Medeni Kanun’unda değişiklikler yapılmıştır. Kanunda velayetin amacının çocuğun yararının temin etmek olduğu ifade edilmiştir. Kanun koyucu, evlilik birliği içinde veya dışında ya da boşanmış ana babaların çocuklarının korunması için en iyi yolun birlikte velayet olduğu kanaatindedir. Çekişme veya bakım ve gözetim konularında anlaşmazlık halinde ise çocuğun yararı ölçüsünde yeni düzenleme yapılır.⁶⁸⁰

B. ÇOCUĞUN GÖRÜŞÜNÜN ALINMASI ⁶⁸¹

Çocuklar boşanma sürecinde çeşitli sorunlarla karşı karşıya kalırlar. Öncelikle çocuklar yaşananlarla ilgili olarak bilgilendirilmek ve destek görmek isterler. Bir diğer durum ebeveynler arasındaki çatışmanın arasında kalmaktır ve çatışmaya dahil edildiklerinde son derece rahatsızlık duyarlar. Boşanma sürecini çocuklar ellerinden geldikçe ebeveynleri birbirinden kayırmadan eşitçe götürmeye çalışır.⁶⁸² Yapılan

⁶⁷⁷ Erlüle, s.112-113.

⁶⁷⁸ Bölükbaşı, s.37.

⁶⁷⁹ Birinci Uzun, s.150.

⁶⁸⁰ Öcal Apaydın, s.636-637.

⁶⁸¹ Bkz. Birinci Bölüm, IV-C.

⁶⁸² Pryor/Rodgers, s. 203.

Çalışmalarda ocukların sıklıkla dinlenilmek istediklerini ancak ebeveynlerinin onları hiç dinlemediği ifade edilmektedir.⁶⁸³ Her ne kadar çocukların ifadeleri tamamen kabul edilebilir olmasa da çocukların görüşlerine saygı duyulması gerekir.⁶⁸⁴

Çocukların velayet konusu dışında da görüşünün alınması genel olarak çocuğun gelişimine katkı sağlar. zgvenlerini sağlama, benlik saygılarını arttırma da onların fikrini almak önemlidir.⁶⁸⁵ çocukların görüşüne başvurulmasının bir diğer anlam ve önemi de demokratikleşme adınadır. Çocuğun görüşünün alınması, katılımcı demokrasinin sadece devlet ve kurumları düzeyinde değil toplumun en küçük birimi ailelere kadar yayılması anlamına gelir.⁶⁸⁶

ocuk görüşünün alınması ulusal düzenlemelerde ve yargı kararlarında da kendine yer bulmuştur. TMK md. 339/III hükmü çocuğun önemli konularda görüşünün alınacağını ifade eder. Hiç şüphesiz velayete ilişkin düzenlemelerden daha önemli hangi konu olabilir ki! Tabii ki çocuğun görüşünün alınması ilkesi birçok konuda çocuğa danışmayı ve olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme imkanı tanımaktadır. Fakat ocuk için belki de en zor görüşünü ifade edeceği konu velayete ilişkin olandır. Tek başına velayet düzenlemesinde genellikle mahkeme aşamasında çocuğun kimin yanında kalmak istediği sorulmaktadır. Bu ocuk için oldukça zor bir karar verme sürecinin doğması demektir. Çünkü ocuk ebeveynleri arasında eşit olmaya çalışır. Elbette ocuk kimin yanında kalmak istiyorsa bu konuda görüşünü ifade edebilmeli ancak bu her zaman kolay olmayabilir. Özellikle ana baba arasında çatışmanın olmadığı, her ikisinin de çocukla yakından ilgili ve sevgi dolu olduğu herhangi biri

⁶⁸³ Parkinson L., s.153.

⁶⁸⁴ Pryor/Rodgers, s. 203.

⁶⁸⁵ Parkinson L., s.155; Benedek/Brown, s.133.

⁶⁸⁶ Serozan, s.68.

lehine görüş ifade etmek oldukça güçleşebilir. Fakat özellikle aile içi şiddetin var olduğu, çatışmanın yüksek olduğu ailelerde çocuk görüşünü daha kolay ifade eder. Ayrıca çocuğun görüşünü ifade etmekte çocuğun olgunluk seviyesi oldukça önemlidir. Her çocuğun ifadesi dikkate alınmaz. Yargıtay uygulaması genellikle 10 yaş ve üstü grubun görüşünü dikkate alırken bu her ülkede değişebilmektedir. O halde genellikle ortaokul çağı ve ergenlik çağındaki çocukların bu imkandan faydalanabildiğini söyleyebiliriz. Bu çocukların daha önceki bölümlerde ifade ettiğimiz üzere boşanmanın suçlusunu tespit edebilme, ebeveynler arasında yargılama yapabilme, yaş büyüdükçe kendi özgür zamanlarında artış, aileden koparak dış dünyayla kaynaşma, sosyalleşme eğilimleri vardır. Buna göre çocukların ailelerinin durumu, çocukların olgunluk seviyesi, yaş grubu, kişisel düşüncelerine göre ana babadan birini velayet sahibi olması için görüş ifade etmeleri gerekir.

Birlikte velayete ilişkin karar verilirken de şüphesiz hakim mümkün olduğu ölçüde çocuğun görüşüne başvurmalıdır.⁶⁸⁷ Birlikte velayetin her ne kadar başta çocuk olmak üzere herkes için ideal bir düzenleme olduğunu kabul etsek de çocuğun yararına bakılmaksızın ve çocuğun görüşü alınmaksızın dayatılması da çocuğa olumsuz etkisi olabilir. Özellikle aile içi şiddetin yoğun yaşandığı, çocuğun duygusal, fiziksel istismar edildiği durumlarda birlikte velayet pek mümkün değildir. Çocuğun görüşünün alınması, mahkemeye yansımamış veya çeşitli sebeplerle ifade edilememiş gerçekleri ortaya çıkarabilir. En başta çocuğun üstün yararının sağlanması amacıyla birlikte velayete başvurulduğunu düşünürsek burada çocuğun görüşünün alınmaması beklenemez. Anlaşmalı boşanma protokollerinde çocuğun her iki ebeveynin velayetine bırakıldığı belirlenebilir ve hakim de bu protokolü aynen uygulayabilir. Ancak her ne kadar eşler anlaşmış olsa da hem mahkeme önce anlaşma aşamasında eşler tarafından

⁶⁸⁷ **SAĞLAM, İpek:** Turkish Family Law (Engagement, Marriage, Divorce and The Consequences of Divorce), İstanbul, 2019, s.190.

hem de mahkeme aşamasında hakim veya konunun uzmanları tarafından çocuğun görüşünün alınması gerektiği kanaatindeyiz. Eşlerin aralarında birlikte velayete ilişkin anlaşma sağlamaları çocuğun görüşünün anlaşma öncesinde ve sonrasında alınmasını engellememelidir. Kaldı ki TMK md. 166/III hükmü de hakimin yapılan anlaşmadaki çocuğun durumunu değerlendireceğini ve çocuğun menfaatine olmaması halinde anlaşmada değişiklik yapabileceğini belirtmiştir. Kimi hukuk sistemlerinde birlikte velayet kuralıdır. Bir diğer tabirle boşanma kararının ardından velayet evlilik birliği içinde olduğu gibi birlikte devam eder. Bu düzenlemenin mantığı birlikte velayetin çocuğun yararına en uygun düzenleme olduğu kabulünde yatar. Fakat kanaatimizce bu halde de birlikte velayetin kural haline getirmek yerine seçenek olması ya da en azından boşanma kararının ardından çocuğun görüşünün alınarak birlikte velayeti isteyip istemediğinin sorulmasının uygun olduğu düşüncesindeyiz. Çünkü her boşanma farklıdır; her çocuk farklıdır. Bunlar üzerinde genelleme yapmak güçtür. Bilimsel çalışmalarla desteklenen birlikte velayetin ideal düzenleme olduğunu kabul etsek de her somut olayın birbirinden farklı olması nedeniyle çocuğun görüşünün alınarak en yararlı düzenlemenin uygulanması gerektiğini düşünüyoruz.

Bütün bu anlatılanların üzerine şunu da belirtmeliyiz ki çocuğun görüşüne uygun karar verilmesi, çocuğun görüşüne göre hareket edilmesi mutlak doğru değildir. Gerçekten de çocuğun görüşü her zaman çocuğun yararına da olmayabilir. Bu nedenle her somut olay kendi içinde değerlendirilmelidir.⁶⁸⁸ Çocuk bu noktada karar merci değildir. Daha ziyade çocuğun görüşü karar alırken değerlendirilmesi gereken kıymetli bir referans noktasıdır.

⁶⁸⁸ Usta, s.106; Öztan/Öztan, (Tevdii), s.482-483.

C. ÇOCUKLAR ARASINDA AYRIM GÖZETMEME

Ayrım yapma yasağı esasında eşitlik ilkesine dayanır ve çeşitli uluslararası metinlerde ve anayasalarda yasaklanmıştır. Anayasamızın 10.maddesi de eşitlik ilkesini konu edinerek ayrımcılık yapılamayacağını ifade eder. Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 2 de ayrımcılık yasağını düzenler. Düzenleme şu şekildedir: *“Taraflar Devletler, bu Sözleşmede yer alan 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 ayrımcılık gözetmeksizin tanırlar ve taahhüt ederler”*. İşbu madde hem çocuklar arası ayrımcılığın hem de ana baba veya yasal vasiler arasındaki ayrımcılığın önlenmesini içermektedir.⁶⁸⁹

Madde metninde diğer statüler nedeniyle de ayrımcılık yapılamayacağı ifade edilmiştir. Bir başka deyişle sadece sayılı haller değil kendilerinin ya da ana babasının başka statülerde olması ayrımcılığa sebep olamaz. Çocuğun ana babası evli veya boşanmış ya da hiç evlenmemiş olabilir. Bu statü farklılıklarına göre çocuğa karşı herhangi bir ayırmada bulunulamaz.⁶⁹⁰ Çocuklar her türlü hak ve özgürlükten eşit olarak faydalanma imkanı vardır.⁶⁹¹ O halde evlilik birliği içinde her iki ebeveyni velayeti birlikte kullanan çocuk ile anası babası boşanmış veya hiç evlenmemiş çocuğun da ebeveynlerinin velayeti birlikte kullanmalarına izin verilmelidir.⁶⁹² Sözleşme gereği taraf devletler çocuklar arasında bu eşitliği sağlayabilmelidir. Çünkü velayet ana babanın bir hakkı olduğu gibi bu hak çocuğun yararına çocuk için kullanılan bir haktır.

⁶⁸⁹ Serozan, s.60.

⁶⁹⁰ Çakır, s.88; Kahraman, s.31.

⁶⁹¹ Akyüz, s.50.

⁶⁹² Çakır, s.88; Kahraman, s.31.

Her statüde bulunan çocuk birbiri ile eşit haklara sahip olmalı bu nedenle aynı velayet düzenlemelerine imkan tanınmalıdır.

D. ÇOCUĞUN ANA BABA TARAFINDAN BAKIM VE ANA BABA İLE YAŞAMA HAKKI

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen bazı haklar da konumuz birlikte velayete katkı sağlar niteliktedir. Bu haklardan biri Sözleşme md. 7'de düzenlenen çocuğun ana baba tarafından bakılma hakkıdır. Sözleşme hükmüne göre mümkün olduğu ölçüde çocuğa ana babası bakar. Mümkün olduğu ölçüde ifadesinden ölüm, velayetin kaldırılması, çocuğun üstün yararı gibi durumları anlamamız gerekir.⁶⁹³ Ölüm ana babanın bakımından çıkmak konusunda bir mecburiyet halidir, doğal bir durumdur. Velayetin kaldırılması sebepleri de artık son çare olarak kullanılan çocuğun velayetinin alınmasını gerektiren hukuki bir durumu ifade eder. Nihayetinde çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa yine çocuğun bakımı ana babadan alınır. Bunun dışında normal şartlar altında çocuğa her zaman ana babası bakmalıdır. Çocuğun en iyi şekilde bakımının gerçekleştirilmesi ve reşit olduğunda sağlıklı bir gelişiminin sağlanmış olması gerekir. Çocuğun fiziksel, ruhsal, zihinsel, ahlaki ve toplumsal olarak gelişmiş bir birey olması amaçlanır. ÇHS md. 27'de ana babanın kendi mali imkanları çerçevesinde çocuğun bakımından sorumlu olduklarını belirtmiştir.

O halde anlıyoruz ki sözleşme çocuğun ana baba bakımından çıkmasını olabildiğince sınırlı tutmuştur. Çocuklar sadece evlilik birliği içinde ana babasının bakımına tabii değil, aynı zamanda boşanmadan sonra veya evlilik birliği dışında da ana babanın bakımında olmalıdırlar. Çocuğun ana baba tarafında bakılması hakkını yerine getirebilmek için en uygun düzenleme ise birlikte velayet olarak karşımıza çıkar. Sözleşme gereği taraf devletler de bu hakkın işlerlik kazanması için üstüne düşeni

⁶⁹³ Çakır, s.90.

yapmakla görevlidir. Sözleşme md. 18’de yer alan düzenlemede çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişiminde ana babanın birlikte sorumlu olduğunu ve bu birlikte sorumluluğun tanınması amacıyla taraf devletlerin üzerine düşeni yapması gerektiğini ifade eder. Bu kapsamda ana baba çocuğun üstün yararı gereği birlikte çocuğun yetişmesinden sorumludur. O halde ilgili maddeyle ana babaya birlikte yetiştirme, geliştirme hak ve sorumluluğu yüklendiği ve böylece eşler arasında eşitlik ilkesinin benimsendiğini anlıyoruz. Bu hükümle de ana babanın birlikte velayete sahip olması gerektiğini kabul edebiliriz.

Çocuk ana baba tarafından bakılma hakkına sahip olduğu gibi ana baba ile yaşama hakkına da sahiptir. Bu hak Sözleşme md. 9’da yer almıştır. Buna göre çocuğun yüksek yararı gerektirmedikçe çocuk, ana babasının yanından onların rızaları olmaksızın ayrı bırakılamaz. Fakat ana babanın ayrılması veya boşanması gibi sebeplerle çocuk ebeveynlerinin birinden ayrı kalabilir. Bu durumda ise ayrıldığı ebeveyni ile kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme yapar aksi ancak çocuğun üstün yararının gerekli kılması halinde geçerlidir. Ancak tek başına velayet hakkının kullanımı sırasında velayet verilmeyen ebeveynin çocukla yaşama ve bakma hakkı kalmamaktadır.⁶⁹⁴ Oysaki birlikte velayetin kabulü halinde velayetten doğan bakım hakkını kullanabileceği gibi yaşama hakkını da kullanabilir. Tek başına velayet ile çocuğun ana babadan birinden mahrum kalması çocuğu üstün yararı ilkesine de aykırılık oluşturur.⁶⁹⁵

⁶⁹⁴ Çakır, s.90; Kahraman, s.40.

⁶⁹⁵ Koçhisarlıoğlu, s.190-191; Kahraman, s.40.

Taraf devletler, ana babanın saymış olduğumuz hak ve sorumluluklarına karşı saygı göstermekle yükümlüdür.⁶⁹⁶

VI. BİRLİKVE VELAYET TİPLERİ

Günümüzde boşanmalar çok basit sebeplerden ve çok daha kolay olabilmektedir. Boşanma sayıları da bu nedenle eskiye nazaran oldukça artmış durumdadır. Boşanmaların artmasıyla beraber ebeveynler ve çocuklarının ihtiyaçlarını karşılayacak çeşitli velayet düzenlemeleri arandı ve benimsendi. Çocuğun üstün yararı ilkesi de bu modellerin uygulanmasındaki araç halini aldı.⁶⁹⁷ Günümüzde birçok ülkede birlikte velayet uygulaması kabul görmektedir. Bunun dışında velayet sahibi olmayan ebeveynin (*exclusive custody*) velayete bağlı hiçbir hakkının olmadığı sadece kişisel ilişki hakkına sahip olduğu; velayet sahibi eşinse yasal ve fiziksel velayet hakkı olduğu tek başına velayet (*sole custody*) ya da kardeşlerin ebeveynler arasında paylaştırıldığı bölünmüş velayet (*split custody*) tipleri mevcuttur.⁶⁹⁸

Biz konumuz gereği birlikte velayeti ve alt başlıkları olarak özellikle Amerikan doktrininde kabul edilen ve tartışılan yasal birlikte velayet ve fiziksel birlikte velayet konularını ele alacağız. Yaygın olarak kabul gören ve uygulanan yasal birlikte velayettir.⁶⁹⁹ Esasında ne tip bir birlikte velayet uygulamasının kabul edileceği ayrı bir politikanın sonucudur. Kimi devletler fiziksel velayete yer verirken kimisi yasal velayet

⁶⁹⁶ **Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi md.5:** *Taraf Devletler, bu Sözleşmenin çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana-babanın, yerel gelenekler öngörüyorsa uzak aile veya topluluk üyelerinin, yasal vasilerinin veya çocuktan hukuken sorumlu öteki kişilerin sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı gösterirler.*

⁶⁹⁷ Steel, s.33.

⁶⁹⁸ Steel, s.32; Gourley, s.161; Luppino/Miller, s.206-207; Cuadra, s.616.

⁶⁹⁹ Koenigs/Harris, s.602; Emery, s.157; Benedek/Brown, s.38.

belirleyebilir ya da ikisini birden kabul edebilirler veya bu konudaki seçimi ana baba ya da çocuğun yararına olacak şekilde hakime bırakılabilir. Amerika’da da çeşitli eyaletler farklı düzenlemeleri kabul etmiştir.⁷⁰⁰

A. YASAL BİRLİKTE VELAYET

Yasal birlikte velayet kavramına göre ana baba velayet kapsamındaki hak ve sorumlulukları eşit olarak kullanır ve çocuğa ilişkin konularda eşit karar verme ve hareket etme hakkına sahiptir.⁷⁰¹ Ana baba çocuğun yetiştirilmesinde çocuğun yararına olacak şekilde işbirliği ile hareket ederler. Çocuğun bu sistemde kimin yanına bırakılacağı ana baba tarafından daha önce belirlenmiş olabilir veya hakim kararı ile belirlenebilir.⁷⁰²

Yasal birlikte velayeti fiziksel birlikte velayetten ayıran özelliği ise çocuğun kimin yanında kaldığıyla ilgilidir. Yasal birlikte velayette çocuk ağırlıkla ana babadan birinin yanına bırakılır.⁷⁰³ Bu nedenle çocuğun günlük bakım ve işlemleri de yanına bırakıldığı ebeveyni tarafından yerine getirilir. Ancak çocuğun günlük işleri dışında kalan sağlığına yönelik işlemler, eğitimine ilişkin kararlar, dini konulardaki kararlar gibi çocuğun geleceğine daha çok yön veren ve nispeten daha önemli kararlarda ana babanın

⁷⁰⁰ Mesela Mississippi Yasalarına göre birlikte yasal velayet, çocuğun sağlık, eğitim ve refahı ile ilgili bilgi alışverişi yapma; yetki ve karar verme konularına beraber katılımıdır. Detaylı bilgi için bkz. **Scott/Derdeyn**, s.494, dn. 201; Detaylı bilgi için bkz. **Kahraman**, s.27-28; Kaliforniya’da da yasal birlikte velayet sosyal ve yasal bir norm olarak kabul edilir. **TEITELBAUM, Lee. E.**: “*Divorce, Custody, Gender, and the Limits of Law: On Dividing the Child*”, Michigan Law Review, C.92, S.6, ABD, 1994, s. 1821.

⁷⁰¹**Koenigs/Harris**, s.604; **Luppino/Miller**, s.206; **Gourley**, s.160-161; **Steel**, s.32; **Emery**, s.157; **Benedek/Brown**, s.40; **Özcan**, s.221; **Kahraman**, s.26; **Teitelbaum**, s.1821.

⁷⁰² **Çakır**, s.71.

⁷⁰³ **Emery**, s.157; **Benedek/Brown**, s.38; **Kahraman**, s.26; **Bayata Canyaş**, s.311.

çocuğun üstün yararına uygun olarak işbirliği içinde beraber hareket etmeleri ve karar vermeleri gerekir.⁷⁰⁴

Yasal birlikte velayeti savunanlara göre bu sayede ana baba arasındaki veya ana baba ile çocuk arasındaki çatışma azaltılabilir. Yapılan çalışmalarda yasal birlikte velayete sahip babaların daha katılımcı olduklarını, çocuklarıyla daha sık ve düzenli kişisel ilişki kurduğu ve nafaka yükümlülüklerini zamanlı ve yüksek miktarda yerine getirdiklerini göstermiştir.⁷⁰⁵ Ancak çocuk sürekli bir ebeveyniyle vakit geçirecek birçok anında onun yanında olacak ve duygusal olarak o ebeveyn ile daha çok bağ kuracağı sebebiyle eleştiriye de uğramıştır. Bir diğer eleştiri ise kadın hakları savunucularından gelmiştir. Onlara göre çocuk genellikle anne yanında kalacaktır ve günlük işlerini, bakımını annesi görecektir fakat önemli kararlarda yetkisini babayla paylaşarak hukuki iktidarını kaybetmiş olacaktır.⁷⁰⁶

B. FİZİKSEL BİRLİKTE VELAYET

Birlikte velayet esasında yasal birlikte velayet olarak gelişmiştir. Fakat zamanla farklı bir hale bürünerek fiziksel birlikte velayet ortaya çıktı.⁷⁰⁷ Fiziksel birlikte velayet, yasal birlikte velayete oldukça benzemekle beraber tek fark çocuğun kimin yanında kalacağı ve bu süreçte kimin sorumlu olacağına ilişkindir. Fiziksel birlikte velayette çocuk sürekli tek bir ebeveyninin yanında kalmaz belli bir plan çerçevesindeki kimi

⁷⁰⁴Steel, s.32; Luppino/Miller, s.206; Özcan, s.221; Çakır, s.71; Kahraman, s.27; Bayata Canyaş, s.311.

⁷⁰⁵Kiremitçi, s.25; Kahraman, s.27.

⁷⁰⁶Erlüle, s.185.

⁷⁰⁷PARKINSON, Patrick: Family Law and Indissolubility of Parenthood, ABD, 2011, s.46; Bayata Canyaş, s.311.

zaman anne yanında kimi zamansa babanın yanında kalır.⁷⁰⁸ Her iki evde çocuğun bizzat kendi evi olarak tasarlanır çocuğun kendine ait odası olur.⁷⁰⁹ Bir diğer tabirle çocuğun anne ve babasına ait ayrı iki evi olduğu kabul edilir ve belirlenen süreler içinde evler arasında gidip gelir. Bu sırada kimin yanında kalıyorsa çocuğun bakımı ve günlük rutin işlerinden o ebeveyni sorumludur. Ancak yasal birlikte velayette olduğu gibi eğitim, sağlık vb. önemli konularda her iki ebeveyn de birlikte eşit hakka sahiptirler.⁷¹⁰

Çocuğun ana baba yanında kalma süreleri kesin bir şekilde eşit paylaşılması gerekmez. Ancak az ya da çok bir eşitliğe yakın zaman geçirmesi aranır.⁷¹¹ Sürelerin belirlenmesi her ailenin durumuna ve ihtiyaçlara göre değişebilir. Bazı durumlarda değişim süreleri 6 ay gibi uzun tutulabilirken kimisinde haftalık değişim olabilir.⁷¹² Çocuğun ne zaman kimde kalacağına ilişkin planlamayı ana baba beraber yapabilir. Aralarında uyuşmazlık çıkması durumunda hakimin de planlamayı yapmasını isteyebilirler.⁷¹³

Fiziksel birlikte velayette karşımıza çıkan bir sorun da ana ile babanın evlerinin birbirine olan uzaklığına ilişkindir. Genel olarak en uygun çözümün her iki ebeveynin evlerinin birbirine yürüme mesafesinde olması gerektiği düşüncesi hakimdir. Yürüme mesafesinde yakınlık çocukların hem istedikleri zaman diğer bir eve gidebilmesine olanak tanır hem de çocuğun alışmış olduğu mahallesinden, arkadaş çevresinden

⁷⁰⁸ **Parkinson P.**, s.46; **Luppino/Miller**, s.206; **Steel**, s.32; **Benedek/Brown**, s.38; **Özcan**, s.220; **Erlüle**, s.183; **Çakır**, 72.

⁷⁰⁹ **Erlüle**, s.183.

⁷¹⁰ **Gourley**, s.161; **Erlüle**, s.183; **Bayata Canyaş**, s.311.

⁷¹¹ **Luppino/Miller**, s.206; **Gourley**, s.161; bu sürelerin %30-70 veya %50-50 gibi birbirine eş veya yakın olması gerektiği kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Emery**, s.157.

⁷¹² **Benedek/Brown**, s.39; **Çakır**, s.73.

⁷¹³ **Parkinson P.**, s.47; **Gourley**, s.161; **Özcan**, s.220.

kopmasını engeller.⁷¹⁴ Ayrıca evlerin birbirine olan yakınlığı çocuğun ne kadar sürelerle ana ya da babada kalacağını belirlenmesinde de önemlidir. Mesafelerin uzaklığı halinde çocuğun ayrı ayrı ebeveynlerinde kalma süresi uzar ama yakın mesafelerde ise bu süreler haftalık kadar düşebilir. Eğer çocuk okul çağında ise ve evler arası mesafe uzaksa bu durumda çocuğun okul dönemi ana babadan birinde tatil döneminde diğerinde kalması gibi düzenlemeler yapılması gerekir.⁷¹⁵

Fiziksel birlikte velayette çocukların her iki ebeveyniyle de uzun ve kaliteli zaman geçirebileceği bu sayede her iki ebeveyn ile çocuk arasında sağlıklı iletişim kurulabileceği bir velayet tipidir. Ana ve baba da çocuklarının her zaman neye ihtiyaç olduğunu, kendilerine düşen görevin ne olduğunu bilir ve böylece çocuğun yetişmesinde daha etkin bir rol sahibi olurlar.⁷¹⁶ Bir diğer olumlu yanı ise çocuğun eşler arasında zaman olarak paylaşılması nedeniyle ebeveynlerin günlük ebeveynlik görevlerinde azalma olur bu sayede ebeveynlik stresi azalır.⁷¹⁷ Ancak fiziksel birlikte velayetin olumsuz yanları da vardır. Bu olumsuzlukların başında adaptasyon ve istikrar konusu gelmektedir.⁷¹⁸ Çocuğun belli sürelerde yaşadığı yer değişmektedir. Özellikle uzun dönemli planlarda çocuğun bir yere alışmışken diğerine taşınması onun yeni bir çevreye uyum sağlamasını gerektirir. Yeni çevre şartları, yeni arkadaşlar edinme adaptasyonu zorlaştırır. Kısa dönemli taşınmalarda ise sürekli olarak oradan oraya gitmenin vereceği bezginlik çocuğun yararına olmaz. Gerçekten de yapılan bir çalışma

⁷¹⁴ **Benedek/Brown**, s.39-40.

⁷¹⁵ **Erlüle**, s.183.

⁷¹⁶ **Çakır**, s.75-76; **Kiremitçi**, s.25; **Erlüle**, s.184; Yapılan çalışmalar özellikle babaların bu sayede çocuğuyla yakın ilişki kurabildiğini ve çocuklarının hayatlarına dokunabildiklerini göstermiştir. Aynı zamanda çatışmalı ailelerde ise bu modelin uygulanmaması gerektiğini ortaya koymuştur. Çalışmalar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. **Kahraman**, s.23 vd.

⁷¹⁷ **Kiremitçi**, s.95.

⁷¹⁸ **Gourley**, s.166; **Erlüle**, s.184; **Özcan**, s.221.

göstermiştir ki birlikte fiziksel velayeti sürdürememiş eşlerin arasında çatışma olduğu gibi eşitliğe aykırı görev dağılımı ve ekonomik dengesizlik vardır.⁷¹⁹ *DOLTO*'ya göre de özellikle on iki yaş altı çocuklarda dönüşümlü olarak bakım çocuğun duygusal istikrarsızlığa sürüklenmesine yol açar ve çocukta ilgisizlik, yaratıcılık eksikliği gibi sorunların meydana gelmesine neden olabilir.⁷²⁰

Bütün bu saydığımız nedenlerle fiziksel birlikte velayete karar verilirken mümkünse hem evler arası yakın olmalı hem de okula yakın olunmalı. Çocuğun kişilik yapısına bakılarak uyum göstermesi kolay çocuklar için düzenlemenin daha ideal olduğu söylenebilir.⁷²¹ Her şeye rağmen araştırmalar göstermektedir ki ister birlikte fiziksel velayet olsun isterse birlikte yasal velayet her ikisi de tek başına velayete nazaran çocuğun daha başarılı bir uyum sürecini geçirmesini sağlar.⁷²² O halde karar vermeden önce detaylı bir inceleme yapmakta fayda vardır. İncelemenin temel konusu ise bu düzenlemeyle çocuğun üstün yararı korunup korunmadığına ilişkin olmalıdır. Öncelikle birlikte velayet ile tek başına velayet arasında karar verilmelidir. Ardından çocuğun yaşı, kişiliği dikkate alınarak evlerin konumları, çocuk okul çağında ise okulun konumu, ana baba arasındaki iletişim kalitesi, işbirliği becerisi ve çocuğu yetiştirme tarzındaki benzerlikler de irdelenmelidir. Kimi ülkeler birlikte fiziksel velayeti kanuni bir sonuç olarak kabul etmektedir. Ancak birlikte fiziksel velayetin hassas dengeler üzerinde durduğunu düşündüğümüzden mümkünse ana baba arasında veya hakim in müdahalesi yoluyla belirlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

⁷¹⁹ Kiremitçi, s.26.

⁷²⁰ Dolto, s. 60.

⁷²¹ Erlüle, s.184.

⁷²² Kiremitçi, s.32.

Son olarak aslında ayrı bir velayet tipi olarak kabul edilen ama nerdeyse hiç uygulaması olmayan kuş yuvası velayetten de (*bird's nest custody*) kısaca bahsetmek gerekir. Bu tip, fiziksel birlikte velayete oldukça benzerlik gösterir. Ancak burada çocuğun her iki ebeveynin evleri arasında gidip gelmesi söz konusu değildir. Onun yerine çocuğun tek bir evi vardır ve ebeveynler yine bir plan ölçüsünde belli süreler o evde ikamet etmektedirler. Amaç çocuğun fiziksel velayette yaşadığı adaptasyon ve istikrar sorununun önüne geçmektir. Ancak bu velayet tipinde çocuk için yeni bir ev gerekmesi nedeniyle ekonomik olarak ve ana babanın boşanmadan sonra özel hayatlarında veya mesleki yaşamlarında değişiklik yaşamaları nedeniyle bu tip velayeti devam ettirmelerinde güçlük yaşanabileceği düşüncesiyle eleştirilmektedir.⁷²³

⁷²³ Erlüle, s.185.

§ 9. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA BİRLİKTE VELAYET

I. GENEL OLARAK

20. yüzyılın sonlarına doğru hem Anglosakson hem de Kıta Avrupası ülkelerinde boşanmadan sonra ve hatta evlilik birliği dışı birlikteliklerde velayete kimlerin sahip olacağı konusunda çeşitli tartışmalar yaşanmış ve düzenlemeler yapılmıştır. Günümüzde bu ülkelerin büyük çoğunluğu birlikte velayeti gerek kural olarak gerekse talep yoluyla olmak üzere farklı modellerde hukuk sistemlerine dahil etmiştir.

Birlikte velayetin birçok ülkede hukuken uygulanabilir hale gelmesi olumlu yanları düşünülerek çocuğun üstün yararı ilkesi kapsamında olmuştur. Özellikle boşanma sonrası birlikte velayette ana baba arasında eşitlik ilkesinin ve evlilik birliği dışı birlikteliklerde ise ayrımcılık yasağının gözetilmesi birlikte velayetin ruhunu oluşturan ilkelerdir.

Bahsettiğimiz ülkelerin velayete bakışları ve değerlendirmeleri bizimkiyle benzer nitelikte olup velayeti çocuğun hukuken temsili, çocuğun şahıs varlığı ve malvarlığına ilişkin hak ve ödevlerin kullanımı ve sorumluluğu olarak kabulü şeklindedir. Birlikte velayet bu ülkelerde ise bizim hukuken ve toplumsal kabulümüzün aksine sadece evlilik birliği içinde var olan bir hukuki kurum olarak değil evlilik dışında ve boşanma sonrasında da ana babanın sorumlulukların devam ettiği bir hukuki kurum olarak kabul edilmektedir.⁷²⁴

Birlikte velayet her ne kadar bahsedilen ülkelerin birçoğunda kabul edilmiş olsa da uygulaması ülkeler arasında farklılık göstermektedir. Bu farklılık ise temelde birlikte velayetin kanundan doğan kural olarak kabul edilmesi ile ebeveynlerin talebiyle sonuç

⁷²⁴ **Erlüle**, s.158.

doğurması arasındadır. Bu kapsamda karşılaştırmalı olarak birlikte velayetin kural olduğu ve şartların varlığı halinde istisnai uygulama alanı bulduğu düzenlemelere de değinmekte fayda vardır.

Birlikte velayet birçok ülkede kabul görmekle beraber bunların bir kısmında velayet boşanmadan etkilenirken diğerlerinde etkilenmez. Bu ülkelerde boşanmanın velayeti etkilemeyeceğinden ana babanın birbirilerinden boşanmış olsalar dahi ana babalığın devam ettiğinden birlikte velayet evlilik birliği içinde nasıl var oluyorsa boşanma sonrasında herhangi bir değişim yaşamadan devam etmesi gerektiği düşüncesi hakimdir. Bu nedenledir ki eşlerden birinin velayeti alma talebi veya çocuğun üstün yararının farklı bir düzenlemeyi gerektirmesi gibi haller hariç olmak üzere boşanma sonrası birlikte velayet mahkeme müdahalesi olmaksızın aynen devam eder.⁷²⁵

Birlikte velayetin boşanmadan sonra da kural olarak kabul edildiği kimi ülkeler şunlardır: Almanya, Avusturya, İsviçre, Fransa, Hollanda, İtalya, Belçika, Litvanya, İngiltere, İspanya, Rusya.

Bazı ülkelerde ise velayet boşanmadan etkilenir. Bu ülkelerde boşanmayla beraber evlilik içinde sahip olunan birlikte velayet ilişkisi bozulmaktadır. Tekrardan birlikte velayete sahip olunması ana babanın anlaşmalarına ve mahkemenin kararıyla mümkün olmaktadır. Bu kapsamda eşlerin anlaşmalarında velayet hakkına birlikte sahip olmalarının yanı sıra velayetin nasıl kullanılacağına bir diğer tabirle çocuğun kiminle, ne kadar süreyle yaşayacağı, giderlerle eşlerin nasıl katlanacağı gibi çeşitli unsurları da içerir. Mahkemenin vereceği birlikte velayet kararı ise her şeyden önce çocuğun yararına bağlıdır. Çocuğun yararına olmayan birlikte velayet kararı verilemez. Görüldüğü üzere bu anlayışta boşanma birlikte velayeti sonlandırırken velayet konusunda yeni düzenleme ihtiyacı doğurmaktadır. Birlikte velayet düzenlemesi için

⁷²⁵ **Erlüle**, s.179.

yukarıda saydığımız şartların varlığı aranırken bunları yokluğu halinde ise tek başına velayete hükmedilmesi gerekir. Bu nedenle birlikte velayetin bu durumda istisnai nitelikte olduğu tek başına velayetinse kural olduğu kabul edilir.⁷²⁶

Boşanma sonrası eşlerin talebiyle birlikte velayetin kabul edilmesine yönelik düzenlemeler günümüzde pek çok birlikte velayeti kabul eden ülke tarafından terk edilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri eyaletlerinin kimisi kural olarak birlikte velayeti tercih ederken kimisi istisnai nitelikte tutmuştur.⁷²⁷ Avusturya’da da 2013 tarihli kanun değişikliği öncesi birlikte velayet ancak eşlerin anlaşması ve hakimin onayıyla mümkündür ve yine 2014 revizyonu öncesi İsviçre’de birlikte velayet, eşlerin anlaşması ve hakim kararına bağlı kalmıştır.⁷²⁸

II. İTALYA HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

İtalya’da Kilise’nin etkisiyle eşler boşanma hakkına dahi oldukça geç sahip olmuşlardır.⁷²⁹ Her ne kadar geriden takip ediyor olsa da 08.02.2006 tarih ve 54/2006 Sayılı Kanun ile boşanma davalarında kabul gören birlikte velayet kural halini almıştır.⁷³⁰ Böylece boşanma çocuğun velayetine sahip olanları etkilememekte olup istisnai olarak tek başına velayete hükmedilmektedir. Ayrıca soybağının kurulmuş olması şartıyla evlilik birliği dışı birlikteliklerde de birlikte velayet uygulama alanı

⁷²⁶ **Erlüle**, s.181.

⁷²⁷ **Birinci Uzun**, s.155.

⁷²⁸ **Erlüle**, s.181.

⁷²⁹ **BLASİO, Guido de /VURI, Daniela**: “*Joint Custody in the Italian Courts*”, 2013, s. 4, <http://ftp.iza.org/dp7472.pdf> (E.T. 30.06.2021).

⁷³⁰ **LAVADERA, Anna Lubrano /CARAVELLİ, Liliana /TOGLİATTİ, Marisa Malagoli**: “*Joint Custody and Shared Parenting: Analysis of Practices in the Civil Court of Rome*”, s. 93, https://ijfs.padovauniversitypress.it/system/files/papers/16_1_06.pdf (E.T.: 30.06.2021).; **Çakır**, s.98;

Bölükbaşı, s.68.

bulmaktadır.⁷³¹ Fiilen ise çocuk eşlerden birine bırakılmaktadır ancak önemli kararlar yine beraber alınmaktadır.⁷³²

III. BELÇİKA HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

Belçika hukukunda da 03.06.1995 tarihli değişiklikle birlikte velayet yürürlüğe girmiştir. Boşanma sonrası birlikte velayet kural halini almıştır ve yine diğer hukuk sistemlerinde hakim olduğu üzere çocuğun üstün yararı gerektirirse tek başına velayet veya başka düzenlemelerin uygulanabilmesi düzenlenmiştir. Günlük kararlar çocuğun yanında kaldığı ana baba tarafından alınabilirken ortak kararların beraber alınması gerekir. Günlük kararlar ile önemli kararlar ayırımına İtalya ve Fransa’da da söz konusudur.⁷³³

IV. HOLLANDA HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

Hollanda hukukunda ise 1995 tarihinde kanun hükmü haline gelen birlikte velayet 1998 tarihli revizyonla kural halini alarak boşanma sonrası kendiliğinden devam edeceği düzenlenmiştir. Çocuğun ebeveynleriyle eşit zaman geçirmesi amaçlanan 2009 yılı düzenlemesiyle ise ana babanın beraber protokol hazırlayarak bu plana göre birlikte velayetin çerçevesinin belirleneceği kabul edilmiştir.⁷³⁴

⁷³¹ **Bükel Koç**, s.75.

⁷³² **Bölükbaşı**, s.68; **Erlüle**, 180.

⁷³³ **İnce**, 206-208; **YILMAZ, Canan**: “Birlikte Velayet Çerçevesinde Alternatif (Dönüşümlü) Himaye”, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, (Ed. Tuğçe Tuzcuoğlu/A. Hulki Cihan), B.1, İstanbul, 2019. (*Himaye*), s. 215.

⁷³⁴ **Kiremitçi**, s.14; **Çakır**, s.97; **Bölükbaşı**, s.67; **Gülgösteren**, s.175.

V. İSPANYA HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

İspanya hukukuna da birlikte velayet ilk kez 08.07.2005 tarihli düzenlemeyle girmiştir. İspanya’da birlikte velayet kural olarak düzenlenmiş olup boşanmanın velayete herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak İspanya Yüksek Mahkemesinin kriterlerini de saydığı çocuğun üstün yararının gerektirdiği takdirde tek başına velayete hükmedilebilir.⁷³⁵

VI. FRANSA HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

Fransa hukukunda velayete ilişkin 1970 tarihinden itibaren 1985,1987, 1993 ve nihayet 2002 yılında çeşitli revizyonlar yapılmıştır. 8.01.1993 tarihli 93-22 Sayılı Kanun ile boşanma, ayrılık ve evlilik dışı birlikteliklerde birlikte velayet (*autorité parentale conjointe*) benimsenmiştir. Fakat evlilik dışı ilişkilerde babanın bir yıl içinde çocuğu tanıması şart koşulmuştur. Son olarak⁷³⁶ 4.03.2002 tarihli 2002-305 Sayılı Kanun ile velayet modernize edilmiştir. Yeni düzenlemeler hem evlilik içinde ve evlilik dışında doğan çocuklar arasında hem de ebeveynler arası eşitlik ilkesini benimsemiştir.⁷³⁷ Hakim çocuğun yararını belirlemede özgürdür. Fransız hukukunda velayetin boşanmadan etkilenmeyeceği açıkça ifade edilmiştir.⁷³⁸ Ancak çocuğun yararı gerekli kılıyorsa mahkeme velayeti ebeveynlerden birine verebilir hatta bir başka kişiye de bırakabilir. Üçüncü kişinin sorumluluğu alması ana babadan velayet hakkını

⁷³⁵ **HAYDEN, Adrina:** “*Shared Custody: A Comparative Study of the Position in Spain and England*”, C.1, 2011, s.9-10, file:///C:/Users/toshiba/Downloads/SSRN-id1762804.pdf, (E.T.:30.06.2021).

⁷³⁶ **Yılmaz, Himaye**, s.215.

⁷³⁷ **FERRAND, Frédérique:** *European Family Law in Action: Parental Responsibilities*, (Ed.:Katharina Boelki- Woelki/Bente Braat/ Ian Curry-Summer), C.3, 2005, https://assets.budh.nl/open_access/fenr/boeken/european_family_law_in_action.pdf (E.T.:30.06.2021), s.85-86.

⁷³⁸ **Ferrand**, s.283.

kaldırmaz aksine uyumlu hareket edilmesini gerekli kılar.⁷³⁹ Ayrıca değiştirme modeli benimsenmiştir. Çocuğu yerleşim yeri her iki ebeveynin veya birinin yerleşim yeri olarak kabul edilmektedir.⁷⁴⁰

VII. ALMAN HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

Alman hukukunda birlikte velayet kurumu Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 1982 tarihli kararı sonucu doğmuştur. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, BGB § 1671/IV'te yer alan velayetin boşanmadan sonra ana babadan birine verilmesini öngören kuralı, aile hayatı ve evlilik özgürlüğü kapsamında anayasaya aykırı bularak birlikte velayetin önu açılmış ve 1998 tarihli Çocuk Reformu ile boşanmadan sonra da birlikte velayetin devam edeceği düzenlenmiştir.⁷⁴¹ Ayrıca birlikte velayete sahip ana baba ayrı yaşıyorlarsa içlerinden birinin talebi üzerine diğer ebeveynin rızası veya 14 yaşını doldurmuş çocuğun bu intikale karşı çıkmamasıyla velayet taraflardan birine bırakılabilir. Velayetin anneye bırakıldığı hallerde ise babanın

⁷³⁹ **GÜVEN, Kudret:** “*Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet*”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, C.4, S.1, 2018, s. 27.

⁷⁴⁰ **Yılmaz, Himaye**, s.222.

⁷⁴¹ **HOHLOCH, Gerhard:** Alman Aile Hukukundaki Yeni Gelişmeler, Reformun Gerçekleşmesi ve Diğerleri, (Çev. Zarife şenocak), 1996, s.385; **ENERGİN, Zümrüt:** Türk Hukukunda Müşterek Velayet Sorunu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s.20; **DETHLOFF, Nina:** European Family Law in Action: Parental Responsibilities, (Ed.:Katharina Boelki- Woelki/Bente Braat/ Ian Curry-Summer), C.3, 2005, https://assets.budh.nl/open_access/fenr/boeken/european_family_law_in_action.pdf (E.T.:30.06.2021) , s.284.

birlikte velayet talebi annenin rızası veya 14 yaşı dolduran çocuğun karşı çıkmamasıyla kabul edilmesi mümkündür.⁷⁴²

Evlilik birliği dışında ilişkiden doğan çocukların velayetinin sadece anaya verilmesi ve birlikte velayetin kabul edilmemesi ise çocuğun yararını sağlamadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁷⁴³ 19.05.2013 tarihli Kanun ile son halini alan BGB § 1626a hükmüne göre evli olmayan eşlerin birbirleriyle anlaşmaları, birbiriyle evlenmeleri veya ebeveynlerden birinin talebi üzerine aile mahkemesinin vereceği karar ile çocuğun yararına da olmak kaydıyla birlikte velayete izin verilmesi düzenlenmiştir. Uzun yıllar evlilik dışı çocukların velayetinin anada olduğu ve hatta birlikte velayet için de ananın rızasının gerektiğine ilişkin kabul günümüzde değişikliğe uğramıştır. Buna göre babanın talebine karşın ana rıza göstermemekte haklı bir sebep sunmadıkça veya çocuğun yararı aksini gerektirmedikçe babanın tek taraflı talebi kabul edilebilir olmuştur.⁷⁴⁴ Talep doğumdan önce de yapılabilir ancak sonuçlarını doğumla gösterir.⁷⁴⁵ Hakim çocuğun yararına tek başına velayet uygunsa velayeti ana babadan birine bırakabilir. Bir başka deyişle kural Alman hukukunda boşanma ile birlikte velayetin devam etmesidir. Evlilik birliği dışı çocuklar da ise kural annenin velayete sahip olması olup taleple birlikte velayet mümkün olur.

VIII. AVUSTURYA HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

Avusturya hukukunda çocuk hukukuna yönelik 1.02.2013 tarihli Kanun değişikliği ile birlikte velayetin boşanmadan sonra kural olarak devam edeceği

⁷⁴² **GÜNEŞ, Zeynep Naz:** “Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velayet”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.150, 2020, s.161; **Güven, K.**, s.22-26; **Arkan Serim**, s. 6081; **Erlüle**, s.165.

⁷⁴³ **Hohloch**, s.387.

⁷⁴⁴ **Güneş**, s.162; **Bölükbaşı**, s.49; **Birinci Uzun**, s.161.

⁷⁴⁵ **Güven, K.**, s.26.

düzenlenmiştir. Değişen kanun öncesi ancak ebeveynlerin aralarında anlaşmaları ve hakim onayıyla birlikte velayet mümkün iken değişikliklerle beraber boşanmanın velayet üzerindeki etkisi sona ermiştir. Ancak ana babanın aralarında anlaşmaları veya tek taraflı olarak ana babadan birinin velayeti tek başına kullanmayı talep etmesi üzerine anlaşmaya göre veya anlaşma mahkemeye sunulmazsa hakim tarafından 6 aylık geçici düzenleme yapılabilir.⁷⁴⁶

Yine 2013 tarihli düzenleme sonrası evlilik birliği dışı çocukların velayetine ilişkin hükümler de değişmiştir. Buna göre eskiden anaya ait olan veya ana babanın ancak anlaşmasıyla mümkün olan birlikte velayet yapılan revizyon sonucunda salt hakimin vereceği birlikte velayet kararı mümkün hale gelmiştir. Ancak ebeveynler birbirinden ayrı yaşıyorlarsa aralarında velayetin kullanımına ilişkin anlaşma yapmaları gerekir aksi halde hakimin velayetin kullanımına ilişkin geçici düzenlemesi yapması gerekir.⁷⁴⁷

IX. İSVİÇRE HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

İsviçre hukukunda velayet konusunu 2000 yılı öncesi, 2000-2014 yılları arası ve 2014 ve sonrası olarak üç dönem halinde incelemekte fayda vardır.

İsviçre’de 1912 tarihli Medeni Kanun ve 1976 tarihli kanun değişiklikleri Türk Medeni Kanunu’na benzer nitelikte olup evlilik içinde ve evlilik dışında velayetin kullanımına ilişkin TMK md.336 ve 337 hükümleriyle aynıdır. 2000 yılı öncesinde her ne kadar İsviçre doktrininde birlikte velayetin mümkün olup olmadığı tartışılmış ve hatta çeşitli Kanton mahkemelerinde birlikte velayete yönelik kararlar çıkmışsa da kanunun özüne ve lafzına aykırı olduğu gerekçesiyle doktrinde ve Federal Mahkeme’de

⁷⁴⁶ **Erlüle**, s.159-160.

⁷⁴⁷ **Erlüle**, s.161-163.

birlikte velayet kabul görmemiştir.⁷⁴⁸ 1976 yılı tarihli Kanun'un hazırlanma aşamasında da birlikte velayet teklif edilmiş ancak reddedilmiştir. *BİNGÖL'e* göre İsviçre o tarihlerde birlikte velayete hazır değildir ve böyle önemli değişikliklerin tartışılmadan araştırılmadan kabul edilmesi mümkün değildir.⁷⁴⁹

İsviçre Medeni Kanunu'nda velayet düzenlemelerini de içeren 1.01.2000 tarihli yeni düzenlemeler yapılmıştır. Esasında diğer Avrupa hukuk düzenlemelerinin aksine geç kalınmış bir revizyona gidilmiştir. Revizyon yapılmasında Çocuk Hakları Sözleşmesine üye ülkelerin sözleşme uyarınca düzenleme yapma zorunlulukları da etkin rol oynamıştır.⁷⁵⁰ Bu düzenleme sayesinde birlikte velayet çeşitli şartlara bağlanmış olsa da uygulanması mümkün oldu. Bu düzenleme ile TMK md.336 hükmüyle aynı olan eski İMK Art 297 (3) değişikliğe uğramıştır. Değişen metin şöyledir: “*Eşlerden birinin ölümünden sonra velayet yetkisi sağ kalan eşe kalır, boşanma halinde ise mahkeme boşanma hükümlerine göre karar verecektir*”⁷⁵¹ Önceki metinde⁷⁵² yer alan velayetin boşanmadan sonra tek bir ebeveyne verileceğine ilişkin kural bu düzenlemeyle en azından zorunluluk olmaktan çıkmıştır. Ana babanın aralarında yapacakları anlaşmayla hakimin birlikte velayet kararı verebilmesi imkanı yaratılmıştır.

⁷⁴⁸ Birlikte velayete ilişkin olumsuz karar verilen 12.12.1991 tarihli Federal Mahkeme Kararı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Koçhisarlıoğlu**, s.18, dn.19; Birlikte velayet lehine İsviçre doktrini ve mahkeme kararları hakkında detaylı bilgi için bkz. **OKTAY, Saibe**: “*İsviçre’de Yasal Değişiklikler ve Mahkeme İçtihatları Işığında Evlenme ve Boşanma Hukukundaki Gelişmeler*”, Türk Medeni Kanunun Vazgeçilmez Özü Eskiye Sözü, B.1, İstanbul, 1996, s. 83; **Güven, K.**, s.14; **Bingöl**, s.295-296; **Güneş**, s.162.

⁷⁴⁹ **Bingöl**, s.296.

⁷⁵⁰ **Erlüle**, s.206.

⁷⁵¹ **Güven, K.**, s.14.

⁷⁵² Eski İMK Art 297(3) “...boşanma halinde çocuk kendisine bırakılan eşe ait olur.” (TMK 336/3 hükmüyle eşittir.)

Benzer şekilde ana babanın evli olmadığı duruma ilişkin velayet düzenlemelerinde de değişikliğe gidilmiştir. Eski İMK Art 298a hükmüne göre kural evlilik dışı çocuğun velayetinin anada olması iken ana babanın aralarında anlaşmaları ve çocuğun yararına olması kaydıyla vesayet makamının da kabulüyle birlikte velayet mümkün kılınmıştır.⁷⁵³ Bir başka deyişle evlilik dışı birliktelikte birlikte velayetin uygulanabilmesi için öncelikle ana babanın ortak talebi ve bu doğrultuda aralarında çocuğun bakımını, masraflarını ve kişisel ilişkiyi de içeren bir anlaşma yapmaları gerekir. Ardından ise anlaşma eğer çocuğun da yararına ise mahkemenin kabul etmesi söz konusu olur. Söz konusu şartlar velayetin kullanımına ilişkin eski İMK 133 (3) hükmünde de sayılmıştır. Art 133 hükmünün getirdiği birlikte velayet hakkının kapsamı geniş olup hem boşanan çiftler için hem de evli olmayan ebeveynler için sonuç doğurmaktadır.

Birlikte velayetin ancak ana babanın anlaşmasıyla mümkün olması ayrımcılık yasağına da aykırılık oluşturmuştur. Çünkü evlilik birliği dışındaki çocuğun velayeti anaya ait olup ancak ana babanın anlaşması halinde birlikte velayete dönüşebilir. Bu durum ise başta evlilik birliği içindeki çocuklar ile evlilik birliği dışındaki çocuklar arasında ayrımcılığa sebep olurken ayrıca ana ile baba arasında da cinsiyet eşitsizliği sebebiyle ayrımcılık doğurmuştur. Bu konuda AİHM'in Almanya-Zaunegger⁷⁵⁴ ve Avusturya-Sporer⁷⁵⁵ kararlarında AİHS Özel ve Aile Hayatına Saygı başlıklı md. 8 ve

⁷⁵³ **ELÇİN, E.Gülçin**: “*Türk ve İsviçre Aile Hukukundaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.145-146, 2016, s.49; **Erlüle**, s.171-209; **Güven, K.**, s.14; **Bingöl**, s.29.

⁷⁵⁴ AİHM, T. 3.12.2009, Başvuru No: 22028/04, Zaunegger- Almanya.

⁷⁵⁵ AİHM, T. 3.02.2011, Başvuru No: 35637/03, Sporer- Avusturya.

Ayrımcılık Yasağı başlıklı md. 14'e aykırılık oluşturduğu tespit edilmiştir. Bu kararlarla beraber İsviçre'de bir revizyon ihtiyacı giderek artmıştır.⁷⁵⁶

Netice itibariyle 2000 yılı kanun değişikliği hem boşanmalarda hem de evlilik dışı birlikteliklerde birlikte velayeti uygulanabilir kılmış fakat kural tek başına velayet olmaya devam ederken birlikte velayet ancak şartların varlığı halinde uygulanabilir istisnai düzenleme halini almıştır.⁷⁵⁷

İsviçre hukukunda çocuğun üstün yararı ilkesinin şemsiyesi altında evlilik birliğinin içinde ve dışında olan çocuklar arasındaki ayrımcılığın önlenmesi, ana baba arasındaki eşitsizliğin kaldırılması ve nihayetinde birlikte velayetin kural haline getirilmesi amacıyla 1.07.2014 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik birlikte velayete son halini vermiştir.⁷⁵⁸ Gerçekten de önceden bahsetmiş olduğumuz araştırma ve uzman görüşleri, birlikte velayetin başta çocuklar olmak üzere velayet ilişkisinin tarafları için olumlu sonuçlar ortaya koymuştur. İsviçre Federal İstatistik Dairesinin 2010 yılı verilerine göre İsviçre'deki boşanmalar sonucu müşterek çocuk velayetinin %50'si anaya bırakılırken, %5'i babaya ve %40'ı ise birlikte velayet olarak tesis edildiği belirtilmiştir. Boşanma sonrası hem ana hem babayla yakın ilişki kurulan ebeveyn çocuk ilişkisinin çocuklar üzerinde daha olumlu sonuçları olduğu da gözlemlenmiştir.⁷⁵⁹ Bütün bu sebeplerin sonucunda nihayet İsviçre 2014 yılında birlikte velayeti daha kapsamlı bir şekilde ele alarak düzenleme yoluna gitmiştir.

⁷⁵⁶ **Erbay**, s. 26, dn. 66; **Erlüle**, s.170-171; **İnce**, s.204.

⁷⁵⁷ **Koçhisarhoğlu**, s.19; **Kurt**, s.162.

⁷⁵⁸ **SCHWENZER, Ingeborg/ KELLER, Tomie**: “*New Rules on Parental Responsibility in Switzerland*”, *International Survey of Family Law*, Y: 2014, s. 457.

⁷⁵⁹ **Erlüle**, s. 230.

İMK Art. 296/I hükmüyle velayetin çocuğun yararına hizmet edeceği açıkça ifade edilmiştir. Böylece velayetin amacı açıkça ifade edilerek çocuğun yararı ilkesi vurgulanmıştır. Birlikte velayet için önemli olan ise İMK 296/II hükmüdür. Buna göre ergin olana kadar çocuklar ana babasının birlikte velayeti altındadır. İMK 298 hükmüne göre ise mahkeme, boşanma veya evlilik birliğini koruma kapsamında çocuğun yararı gerekli kılırsa velayeti ana babadan birine bırakabilir. İMK 298 ve 296 hükümleri beraber değerlendirildiğinde açıkça görülmektedir ki birlikte velayet kural niteliktedir. Boşanma birlikte velayetin uygulanmasına engel teşkil etmez. Fakat çocuğun yararının gerekli kıldığı durumlarda tek başına velayete dönülerek ana babadan birine velayet bırakılabilir. Bu durum da tek başına velayetin istisnai nitelikte olduğunu gösterir. Her ne kadar kural birlikte velayet olsa da velayete ilişkin öncelikli dikkate alınan ilke çocuğun üstün yararadır. Çocuğun yararı gerektirirse kural olan birlikte velayetten tek başına velayete geçilebilir.⁷⁶⁰

Birlikte velayet boşanma halinde de asli olarak uygulanması gerektirir. Fakat kendiliğinden bir uygulama alanı bulmaz. Boşanma davasıyla beraber hakimin velayet konusunda da karar vermesi gerekir. Bu konuda 2014 yılında İMK Art. 133 önemli bir değişime uğramıştır. Yeni düzenlemeye göre mahkeme ana babanın velayete ilişkin hak ve yükümlülüklerini belirler. Bu kapsamda kanunda özellikle çocuğun velayeti, çocuğun korunması, kişisel ilişki kurulması, çocuğun bakım ve masraflarına katılma, nafaka konuları sayılmıştır. Bir başka deyişle birlikte velayet esas olmakla beraber kendiliğinden devam etmemekte hakimin kararı gerekmektedir. İMK 133/II ise hakimin bu konulara ilişkin vereceği kararda önceliğinin çocuğun yararı olduğunu ifade etmiştir.

⁷⁶⁰ Uzun Kazmacı, s. 178; Güneş, s.164; Erbay, s. 66.

Bu kapsamda hakim re'sen çocuğun yararına olan her türlü hususu değerlendirmek zorundadır.⁷⁶¹

Hakimin vereceği kararda doğrudan bağlayıcı olmamakla beraber önem taşıyan diğer durumlar ise ana babanın ortak talepleri ve çocuğun düşüncesinin alınmasıdır. Çocuğun düşüncesinin yaşına, olgunluğuna, bulunduğu hal ve şartlara göre dikkate alınabilirliği değişmekle beraber ana babanın da ortak talepleri her zaman hakim için bağlayıcı nitelik arz etmez. Hakimin değerlendireceği çocuğun yararı ilkesi ebeveynlerin taleplerinden de ve çocuğun görüşünden de farklı olabilir.

İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararda⁷⁶² “...*Tek başına velayete karar vermek ve velayeti tek bir ebeveyne tahsis etmek bu nedenle sınırlı bir istisna kalmalıdır. Ebeveynlerin ciddi bir kalıcı çatışma içinde olmaları veya çocuklarla iletişim kuramamaları durumunda bu istisna düşünülebilir...*” diyerek tek başına velayet istisnai olduğunu ve bu istisnayı doğuran sebebe örnek olarak ise ana babanın arasındaki ciddi çatışma veya çocukla aralarındaki iletişim kopukluğunu göstermiştir. Ayrıca ebeveynlerin işbirliği kurma kapasitesinden uzak olmaları veya ebeveynlerin birlikte velayet yerine tek başına velayeti talep etmeleri veya somut olayın meydana getirdiği diğer olumsuzluk hallerinde de tek başına velayete hükmedilebilir.⁷⁶³ Gerçekten de önceki başlıklarda değindiğimiz üzere çocuğun yararı ilkesince birlikte velayetin sağlıklı sürdürülebilmesi için ebeveynler arası ve çocukla olan ilişkileri sağlıklı olmasında fayda vardır. Ayrıca doktrinde velayetin kaldırılması sebeplerinin

⁷⁶¹ Öcal Apaydın, s. 649; Kurt, s.163.

⁷⁶² BGE 5A_468/2017, 18. Dezember 2017, naklen, Güneş, s.164.

⁷⁶³ Erlüle, s.260 vd.

varlığı halinde de birlikte velayetin tek başına velayete dönüştürülebileceği veya doğrudan mahkemelerce tek başına velayete karar verilebileceği ifade edilir.⁷⁶⁴

İsviçre hukukunda 2014 revizyonuyla beraber evlilik dışı çocukların velayetine ilişkin de değişikliğe gidilmiştir. Kural İMK 296/II gereği evlilik dışı çocuğun velayetinin de ana baba tarafından birlikte kullanılmasıdır. Fakat bu doğumla kendiliğinden gerçekleşmemektedir.⁷⁶⁵ Çünkü diğer ülke hukuklarında olduğu gibi İsviçre hukukunda da velayet ilişkisi soybağına bağlanmıştır. Babanın çocuğu tanınması veya mahkemenin vereceği babalık kararı ile soybağı kurulabilir. Ana babanın evli olmasalar dahi birlikte velayeti kullanabilmeleri için ortak bildirimde bulunmaları gerekir. Aksi halde velayet anaya aittir.⁷⁶⁶ Tanıma işlemi ile beraber de ortak bildirimde bulunulabilir. Bu durumda ana babanın tanımanın yanı sıra birlikte velayete ilişkin ortak bildirimi nüfus müdürlüğüne sunmaları yeterli olur.

Bildirimin içeriği ise asgari olarak sayılmıştır. Buna göre ana baba müşterek çocuğun sorumluluğunu birlikte almak konusunda hazır olduklarını, kişisel ilişkisinin kapsamını, çocuğun kimin himayesine bırakılacağı, çocuğun bakım ve masrafına katılımı konusunda bir anlaşmaya varılmış olması yeterlidir.⁷⁶⁷ Ana babanın yukarıda sayılan konularda anlaşamaması veya birinin birlikte velayetten kaçınması halinde diğer ebeveyn Çocuk Koruma Makamı'na başvurarak bu konuda düzenleme yapılmasını talep edebilir. Makam çocuğun yararı aksini gerekli kılmadıkça birlikte velayete hükmeder. Babanın tek başına birlikte velayet talep edebilmesiyle ananın rızasına bağlı olmanın

⁷⁶⁴ Erbay, s.27; İnce, s.205; Schwenger/ Keller, s. 465.

⁷⁶⁵ Öcal Apaydın, s. 644; Uzun Kazmacı, s. 179.

⁷⁶⁶ Schwenger/ Keller, s. 466; Öcal Apaydın, s.644; Erlüle, s. 172.

⁷⁶⁷ Schwenger/ Keller, s. 463, Öcal Apaydın, s. 646.

önüne geçilmiştir. Bu düzenlemeyle ayrımcılık yasağının da önüne geçilmek amaçlanmıştır.⁷⁶⁸

İMK 298/c maddesi de bir diğer birlikte velayet halini düzenlemiştir. Bu madde hükmüne göre mahkeme babalık davasının neticesinde babalığa hükmetmekle beraber birlikte velayete de hükmeder. Aksi ancak çocuğun yararının tek başına velayeti gerektirdiği durumlarda mümkündür.⁷⁶⁹

İMK 111 anlaşmalı boşanma hükümlerinde bir değişikliğe gidilmemiştir. Anlaşmalı boşanma kapsamında eşler anlaşmayla beraber birlikte velayet taleplerini de mahkemeye sunabilirler. Ancak mahkeme anlaşmalı boşanma dilekçesiyle bağlı değildir. Hakim re'sen araştırma ilkesi kapsamında gerekli uzman görüşü, çocuğu dinleme gibi usullere başvurarak çocuğun yararına uygun düzenlemeyi yapabilir.⁷⁷⁰

2014 revizyonu İsviçre Medeni Kanunu'ndaki himaye (*Obhut*) kavramını da değiştirerek çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi (hukuki himaye) haricinde diğer hususları içerdiği kabul edilmiştir. Bu kapsamda himaye kavramı çocukla aynı evde yaşama, günlük işleri yapma, bakımı ve yetiştirilmesini de kapsayan fiili himaye (*faktische Obhut*) anlamında kullanılmaya başlanmıştır.⁷⁷¹ Himaye kavramı ile velayet kavramı birbirlerinden farklı anlamlar taşır. Himaye kavramı kısaca çocuğun fiilen beraber yaşadığı kimse tarafından bakılması olarak ifade edilebilir.⁷⁷² Velayet ana baba tarafından birlikte kullanılsa da boşanma veya evlilik dışı durumlarda çocuğun

⁷⁶⁸ Öcal Apaydın, s. 646-647; Bölükbaşı s. 59; Uzun Kazmacı, s.179; Schwenzer/ Keller, s. 464.

⁷⁶⁹ Schwenzer/ Keller, s. 465; Güven, K., s.18; Öcal Apaydın, s.647.

⁷⁷⁰ Erlüle, s.249.

⁷⁷¹ Yılmaz, Himaye, s.219; Erlüle, s.235; Güneş, s.166.

⁷⁷² Uzun Kazmacı, s. 179.

ebeveynlerinden biriyle kalıyor olması muhtemeldir. Bu durum da çocuk üzerindeki himayenin kullanımı önem arz etmektedir.

İsviçre hukukunda birlikte velayetin kural haline gelmesiyle beraber alternatif (ortak) himaye gündeme gelmiştir. 1.01.2017 tarihli son değişiklikle de alternatif himaye yasal düzenleme halini almıştır. Yeni İMK 298 hükmüne göre “*Birlikte velayet halinde, mahkeme, ebeveynlerden birinin veya çocuğun istemi üzerine çocuğun yararı anlamında, alternatif himayenin (alternierende Obhut) mümkün olup olmadığını inceler*”.⁷⁷³ Mahkemenin alternatif himaye kararını verip vermemekte dikkat etmesi gereken en önemli unsur çocuğun yararı ilkesinin gözetilmesidir. Öyle ki ana babanın taleplerinden ve yararlarından da üstün tutulmalıdır.⁷⁷⁴

Alternatif himaye, çocuğun bakımının birlikte velayete sahip ana baba arasında ay, hafta ve günlere bölünerek ve olabildiğince eşit olarak dönüşümlü yapılmasını ifade eder.⁷⁷⁵ Bir diğer tabirle söz konusu paylaşım kişisel ilişki kurmadaki zamanın çok daha ötesinde olmalıdır.⁷⁷⁶ Söz konusu dönüşüm, çocuğun anne ve baba arasında gidip gelmesiyle olabileceği gibi (*Değiştirme/Dönüşüm Modeli*) çocuğun bir evde sabit kalıp yanında kalan ana babasının değişmesi şeklinde (*Yuva Modeli*) olması da mümkündür.⁷⁷⁷

Alternatif himaye, birlikte velayetin zorunlu unsuru değildir. Alternatif himaye modelini benimsemeden çocuğun tek bir ebeveyni yanında kalarak diğer ebeveyni ise çocukla kişisel ilişki kurarak birlikte velayete sahip olabilmeleri de mümkündür

⁷⁷³ Yılmaz, *Himaye*, s.216; Uzun Kazmacı, s. 179; Erlüle, s.237.

⁷⁷⁴ Erlüle, s.238-239.

⁷⁷⁵ Yılmaz, *Himaye*, s.216; Uzun Kazmacı, s.180.

⁷⁷⁶ Yılmaz, *Himaye*, s. 233.

⁷⁷⁷ Uzun Kazmacı, s.180.

(*Rezidans Modeli*). Bu durumda çocuk yanında fiilen bulunan taraf günlük işleri ve kararları kendiliğinden alabilirken önemli konularda yine diğer ebeveynle birlikte karar vermelidir.⁷⁷⁸

X. İNGİLİZ HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

İngiliz hukukunda da birlikte velayet boşanmadan etkilenmez. Birlikte velayetin kural olarak benimsenmesinde 1989 tarihli Çocuklar Kanunu (*Children Act*) önemli rol oynamıştır. Kanun ile tarihsel yaklaşım ve anlayış değişikliğe uğrayarak her zaman ebeveynlik anlayışı gelişmiştir.⁷⁷⁹ Bu sayede boşanma sonrası birlikte velayetin uygulanabilir hale gelmiş ve mahkemelerin çocuğun üstün yararı gerektirmedikçe müdahale etmesi ortadan kalkmıştır.⁷⁸⁰ İngiltere hukukunda da günlük iş önemli iş ayırımına gidilerek önemli konularda ortak karar alınması gerektiği ifade edilmiştir.⁷⁸¹ Evlilik birliği dışındaki velayet konusunda ise ana kendiliğinden velayete sahiptir. Baba ise soybağı ilişkisi kurulmasının yanı sıra ebeveynler arasında velayete ilişkin anlaşma yapılması ve mahkeme tarafından onaylanması gerekir.⁷⁸²

XI. AVUSTRALYA HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

Avustralya hukuku da İngiliz hukukunda bahsettiğimiz 1989 tarihli Children's Act yasasına paralel olarak 1995 tarihinde revizyona giderek çocukların

⁷⁷⁸ Uzun Kazmacı, s.180.

⁷⁷⁹ **LOWE, Nigel:** European Family Law in Action: Parental Responsibilities, (Ed.:Katharina Boelki-Woelki/Bente Braat/ Ian Curry-Summer), C.3, 2005, https://assets.budh.nl/open_access/fenr/boeken/european_family_law_in_action.pdf (E.T.:30.06.2021), s. 282.

⁷⁸⁰ **Hayden**, s.16-17.

⁷⁸¹ **İnce**, s. 206.

⁷⁸² **Lowe** , s. 352; **İnce**, s.206; **Bölükbaşı**, s.76.

sorumluluklarının boşanmadan etkilenmeksizin ebeveynler arasında paylaşıldığını kabul etmiştir. Kanun açıkça birlikte velayet ifadesini kullanmamakla beraber yapılan düzenlemeyle birlikte velayetin uygulanabilirliği hukuken mümkün olmuştur.⁷⁸³ Son olarak 2006 yılında eşlerin eşit olarak velayeti paylaşımını konu edinen birlikte velayet düzenlemesi yapılmıştır. Bu değişikliğin temeli eşlerin ortak karar verebilmesi, eşlerin eşit sorumluluğa sahip olması ve çocuğun yararı ilkesine dayanmıştır.⁷⁸⁴

XII. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE BİRLİKTE VELAYET

Amerika Birleşik Devletleri birlikte velayeti ilk yasal düzenleme haline getiren ülke olmakla beraber her eyalet birlikte velayeti kural haline getirmemiştir. Kaldı ki birlikte velayetin nasıl olacağına ilişkin federal kanun da mevcut değildir. Günümüzde eyaletlerin büyük çoğunluğu birlikte velayeti kabul ederken bunların bir kısmı kural olarak kabul eder bir kısmı ise sadece birlikte velayete izin veren yasal düzenlemelerle yetinmiştir.⁷⁸⁵ Ayrıca Amerika Birleşik Devletleri'nde çocuğun hayatının bir kısmını anne bir kısmını babasıyla geçirdiği değişken model veya yuva model gibi modeller ve önceden bahsettiğimiz fiziksel ve hukuksal birlikte velayet düzenlemeleri de kabul görmektedir.⁷⁸⁶

⁷⁸³ Güven, K., s.31.

⁷⁸⁴ Kahraman, s.50; Bölükbaşı, s.77-78; Tokuş, s.69.

⁷⁸⁵ Birinci Uzun, s.155.

⁷⁸⁶ Kiremitçi, s.16-17; İnce, s.211.

§ 10. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE BİRLİKTE VELAYET

I. GENEL OLARAK

Uluslararası toplum yıllar içinde çeşitli düzenlemeler yapma gereği duymuştur. Çocuk hukuku ve kadın hukuku konuları başta olmak üzere insan hakları kapsamında çeşitli konularda yapılan düzenlemeler birlikte velayet kurumuna da ışık tutmuştur. Bu kapsamda çeşitli sözleşmeler, protokol ve tavsiye kararlarının velayete ilişkin hükümleri aşağıda ele alınacaktır. Ancak söz konusu uluslararası belgelerin iç hukuka etkileri ve bu konuda doktrindeki tartışmalar bir sonraki bölümde ele alınacaktır.

II. AVRUPA KONSEYİ TAVSİYE KARARLARI

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi doğrudan birlikte velayete ilişkin 2079/2015 sayılı ve ana babanın velayet sorumluluğuna ilişkin 84 (4) sayılı iki adet tavsiye kararı vermiştir. Her ne kadar Tavsiye Kararları üye devletler adına bağlayıcı değilse de AİHS'in yorumlanmasında önemli rol oynarlar. Avrupa Konseyinin 84 (4) sayılı, 28.02.1984 tarihli “*Ana Babanın Velayet Sorumlulukları Hakkında*” Tavsiye Kararı’nın⁷⁸⁷ 5. İlkesi olarak evlilik birliği içinde ana babanın birlikte velayet sorumluluğuna sahip oldukları benimsenmiştir. 6. İlke ise evlilik birliğinin boşanmayla sona erdiği veya ayrılık halini konu edinmiştir. Buna göre mahkemenin velayeti ana babadan birine bırakması veya ana babanın rızasının varlığı halinde her ikisine birlikte bırakmalıdır ya da çocuğun yararına aykırı olmadıkça ana babanın aralarındaki anlaşmayı uygulamalıdır. 6. İlkenin birlikte velayeti çocuğun yararına aykırı olmamak ve eşlerin anlaşmasına bağlı olarak mümkün kıldığını görüyoruz.

⁷⁸⁷Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 84 (4) sayılı, 28.02.1984 tarihli Tavsiye Kararı, https://www.euromedjustice.eu/en/system/files/20090707173539_Coe.Recommendation%2884%294onParentalResponsibilities.pdf (E.T.:12.07.2021).

Türk Medeni Kanunun anlaşmalı boşanmaya imkan veren md. 166 hükmüne göre eşler aralarında anlaşma yaparak velayete ilişkin sonuç doğuran anlaşmaları benimseyebilir. Ancak TMK md.184/I-5 gereğince hakim bu anlaşmaya bağlı değildir. Hakim velayete ilişkin kararlarında re'sen çocuğun yararını gözetmelidir. Aksi bir durum halinde anlaşmayı değiştirebilir.

Kanaatimizce ülkemizin de üyesi olduğu Avrupa Konseyinin 84 (4) sayılı tavsiye Kararı 6.ilkesi kapsamında eşlerin anlaşması halinde birlikte velayet mümkün olabilmelidir. Mahkemeler TMK 184/I-5'e göre yapılan Anlaşmanın çocuğun yararına aykırı olmaması halinde Avrupa Konseyi Tavsiye Karar doğrultusunda birlikte velayete karar verebilmelidir.

Avrupa Konseyi'nin doğrudan birlikte velayeti ilgilendiren yakın tarihli kararı ise 2.10.2015 tarihli ve 2079/2015 Sayılı “*Eşitlik ve Paylaşılan Ebeveyn Sorumluluğu: Babaların Rolü*” başlıklı Tavsiye Kararıdır. Kararda kamusal ve özel alanın dışında aile içinde ebeveyn arası cinsiyet eşitliği vurgulanmıştır. Ayrıca AİHS md. 8 Özel hayata Saygı kuralının önemi vurgulanmıştır. Karardan anne, baba ve çocuk arasındaki ilişkinin uyum içinde olmasının çocuğun gelişimi için önemli olduğu ve çocuğun yararı aksini gerektirmedikçe ebeveynler ile çocuk arasındaki ilişkinin korunması gerektiği anlaşılmaktadır.⁷⁸⁸ Görülüyor ki Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları üye devletlerde birlikte velayetin uygulanmasını teşvik edici niteliktedir.

III. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi tarafımızca sözleşmenin içerdiği ilkeler kapsamında çalışmanın önceki bölümlerinde de incelenmiştir. Bu nedenle bu

⁷⁸⁸ Tokuş, s.54; Bölükbaşı, s.92; Avrupa Konseyi 2.10.2015 tarihli ve 2079/2015 Sayılı Tavsiye Kararı, <https://www.ft.dk/samling/20151/almde/LIU/bilag/6/1555906.pdf> (E.T.:12.07.2021).

bölümde sadece birlikte velayeti ilgilendiren maddeleri üzerinden değerlendirme yapacağız.

Sözleşme, 20.11.1989 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurul’unda 44/25 Sayılı kararla kabul edilmiş ve 2.09.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti 14.09.1990 tarihinde imzalamış ve 9.12.1994 tarihinde onaylamıştır.⁷⁸⁹ Sözleşme konumuz kapsamında çocuk hukukuna ilişkin ilkeleri ortaya koyması, ana babanın hak ve yükümlülüklerine ilişkin hükümler içermesi ve devlete bu konularda düzenleme yapma yükümlülüğü vermesi nedeniyle önem taşır.

ÇHS md.2 çocuklar arası ayrımcılığın önlenmesini amaçlamıştır. Bu doğrultuda çocuklar, ana babalarının statü farklarına göre farklı işlemlere tabi tutulamazlar. Daha önce de değindiğimiz üzere evlilik birliği içindeki çocuğun ana babasının birlikte velayete sahip olurken evlilik birliği dışında doğan çocuğun sadece anası velayete sahiptir. Bu düzenleme eskiden Avrupa hukuklarında da böyleydi. Fakat AİHM’in Almanya-Zaunegger Avusturya-Sporer kararlarında ayrımcılık yasağına aykırılık tespit edilmiştir. Şu anda nerdeyse bütün Avrupa ülkelerinde evlilik birliği dışındaki çocukların ebeveynlerine soybağının kurulmasıyla beraber birlikte velayet imkanı tanınmıştır. Madde 2 neticesinde üye devletlerin evlilik içi – evlilik dışı çocuk ayrımı veya boşanmış ebeveynler-boşanmamış ebeveynlerin çocuğu arasında ayrımcılığa sebebiyet verecek düzenlemelerden kaçınması ve eşitliği sağlaması gerekir.⁷⁹⁰

Madde 3 çocuğun üstün yararının sağlanması için üye devletlerin gerekli önlemleri alması ve düzenlemeleri yapması gerektiğini ifade etmiştir. Gerçekten de çocuğun üstün yararı ilkesi ÇHS’nin ruhunu oluşturur. Çocuğun yararı ilkesi tüm

⁷⁸⁹ RG. 11.12.1994- 22138

⁷⁹⁰ **Kahraman**, s.31-32.

sözleşme için bir şemsiye hak olarak ifade edilmektedir.⁷⁹¹ Bu nedenle sözleşmenin her maddesi bu ilke kapsamında değerlendirilmelidir. Aynı şekilde çocuğun velayetine ilişkin her düzenlemede bu ilke kapsamında değerlendirilmelidir. Öyle ki çocuğun yararı ana baba yararından da üstündür. Bu nedenle ister tek başına velayet ister birlikte velayet olsun veya birlikte velayete ilişkin belirlenecek herhangi bir model olsun öncelik çocuğun üstün yararının sağlanmasıdır.⁷⁹²

Sözleşme md.7 hükmüne göre çocuk “*mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır*” Konumuz açısından son derece değerli bir hüküm içeren bu maddeye göre çocuğun ana babasını tanıma, bilme hakkının yanı sıra ana babası tarafından bakılma hakkı da vardır. Bu hak birlikte velayette olduğu gibi ana babanın çocuğun bakımını beraber üstlenmelerini düzenlemektedir. Ayrımcılık yasağı, çocuğun üstün yararı ilkesi ve bu maddede yer alan ana baba tarafında bakım hakkının beraber okuması yapıldığında birlikte velayetin evlilik içi veya evlilik dışı ya da boşanma sonrası fark etmeksizin her durumda uygulanması gerektiği karşımıza çıkar. Yine bu maddeyi Sözleşme md.9 ile incelersek çocuğun kötü muamele veya ihmale maruz kalması gibi istisnai durumlar dışında ve rızası olmadıkça ana babasından ayrılamayacağı görülmektedir.

Sözleşmede yer alan bir diğer ilke md.12’ de ifade edilen çocuğun görüşünün alınması ve dolayısıyla katılım hakkıdır. Önceki bölümlerde de bahsettiğimiz üzere

⁷⁹¹Çocuk Adalet Sisteminde Çocuğun Yüksek Yararı Politika Belgesi, <https://www.stgm.org.tr/sites/default/files/2020-09/cocuk-adalet-sisteminde-cocugun-yuksek-yarari-politika-belgesi.pdf> (E.T.: 13.07.2021).

⁷⁹² NİKOLİNA, Natalie: “The Influence of International Law on the Issue of Co-Parenting-Emerging Trends in International and European Instruments”, Utrecht L. Review, 2012, www.heinonline.org (E.T.: 13.07.2021); Koçhisarlıoğlu, s.203; Kahraman, s.35-36.

çocuğun kendisiyle ilgili konularda mümkün olduğunca görüşünü ifade edebilmeli ve görüşüne gereken önem verilmelidir.

Son olarak ÇHS md. 18 çocuğun yetiştirilmesi ve gelişiminde ilk olarak ana babanın birlikte sorumlu oldukları ilkesini benimsemiştir. Bu sorumluluğun çocuğun yararına uygun kullanılması gerektiğini ve taraf devletlerin bu kapsamda gerekli çabaları göstermesini düzenlemiştir.⁷⁹³

Bütün bu maddeler değerlendirildiğinde önemli olanın çocuğun üstün yararının gereklilikleri olduğu bu kapsamda evlilik birliği içinde veya dışında doğmuş ya da sonradan ebeveynleri ayrılmış, boşanmış her çocuğun eşit haklara sahip olması gerektiği ve kendilerini ilgilendiren konularda kendi görüşünü ifade edebilmesi ve görüşünün adli ve idari makamlarca önemsenmesi gerektiği açıktır. Çocuğun gelişiminde ana babasıyla arasındaki ilişkinin önemli olduğu ve çocuğun yararı için ana babası tarafından bakılması, ana babasını tanıması gerektiği, onlarla yaşama hakkına sahip olduğu bu nedenlerle çocuğun yetiştirilmesinde ana babanın çocuğun yararı gayesiyle birlikte hareket etmeleri gerektiği anlaşılmaktadır. Görülüyor ki işbu sözleşme çocuk için ideal bir çocukluğu ve olması gereken yetilere sahip bir yetişkinliği hedeflemektedir. Kanaatimizce bu hedefe varılmasında da istisnai durumları hariç tutarak birlikte velayetin en iyi yol olduğunu kabul etmeliyiz.

⁷⁹³ Usta, s.118; Dönmez/Barın, s.190.

IV. ÇOCUK HAKLARININ KULLANILMASINA İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ

Çocuk Haklarını Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi⁷⁹⁴, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan çocuk haklarının uygulanmasına yönelik olarak Avrupa Konseyi üyesi ve diğer devletler tarafından 25.01.1996 tarihinde Strazburg'ta imzalanmıştır. Amaç, çocukların sahip oldukları hakları kullanabilmeleri ve üstün yararlarının sağlanabilmesidir. Bu kapsamda çocukların gerekli bilgileri edinmeleri ve görüşlerini ifade edebilmeleri gerektiğinin altı çizilerek devlet ve ailelerin de üzerine düşeni yapmaları gerektiği ifade edilmiştir. Sözleşmenin md.1/IV gereğince⁷⁹⁵ Türkiye, adli makam önünde boşanma davaları, ayrılık davaları, çocukların velayetine ilişkin davalar ile ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması ve babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalarda sözleşmenin uygulanacağını beyan etmiştir.⁷⁹⁶ Böylece beyanda belirtilen davalarda çocuk Sözleşmenin kendisine tanıdığı usule ilişkin hakları kullanabilir. Bu kapsamda yeterli idrak gücüne haiz çocuk, davaya ilişkin her türlü bilgiyi alır ve akıbeti konusunda bilgilendirilir, kendi görüşünü ifade edebilir, kendisine temsilci, yardımcı veya avukat atanmasını isteyebilir. Sözleşme md.6 ve devamı hükümler ise adli mercilerin rolünü ifade etmiştir. Buna göre adli makamlar çocuğun gerekli bilgiye sahip olduğundan emin olmalı ve ek bilgi sağlamalı, çocuğun görüşünü ifade etmesine imkan tanınmalı ve önem vermelidir. Acil durumlarda

⁷⁹⁴ Strazburg'ta 25.01.1996 tarihinde imzalanmış ve 1.07.2000 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti ise 9.06.1999 tarihinde imzalamış ve 18.01.2001 tarihinde onaylamıştır. RG. 01.02.2001-24305.

⁷⁹⁵ Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md. 1/IV “Her Devlet, imza sırasında veya onay, kabul, uygun bulma ve katılma belgesinin tevdii sırasında, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine muhatap bir beyanla, bir adli merci önünde bu Sözleşmenin uygulanacağı en az üç çeşit aile uyumsuzluğunu belirlemelidir.”

⁷⁹⁶ **Dönmez/Barın**, s.190.

ve çocuğun tehlikede olduğu anlarda re'sen karar alabilmelidir. O halde Türkiye'nin de velayet davalarında çocuğun görüşüne sadece imkan tanınması değil önem vermesi de gerekmektedir. Bir diğer tabirle göstermelik bir dinlemeden ziyade dinlemenin iyi değerlendirilerek mümkün olduğunca sonuca etkisi olabilmelidir.

O halde birlikte velayet kapsamında değerlendirdiğimizde beyan metninde yer alan velayet davalarında da çocuğun görüşünün alınması Türkiye'nin de taraf olduğu bir hükümdür. Bu durumda idrak gücüne haiz bir çocuğun görüşünün birlikte velayet şeklinde olduğu ve birlikte velayetin çocuğun yararına da aykırı olmadığı bir somut olayda mahkemelerin kanunda yazmıyor gerekçesiyle tek başına velayete karar vermesi ne kadar hukukidir(?) Mahkemelerin velayet davalarında çocuğun görüşüne başvurusu ülkemizde de oturmuş bir sistem olup çocuğun birlikte velayeti ifade etmesi ve çocuğun yararına da aykırılık teşkil etmediği bir durumda birlikte velayetten yana hüküm kurmak çocuk için faydalı olacağı gibi hukuken de bir engel teşkil etmemelidir bu konuda gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

V. MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME

Sözleşme⁷⁹⁷, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 16.12.1966 tarihinde kabul edilip 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti tarafından Sözleşme 15.08.2000 tarihinde imzalanmış 21.07.2003 sayılı ve 25175 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme insan haklarını temel alarak özgür insan ülküsünün yaratılmasında kişisel, siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel şartların sağlanmasını ve bu kapsamda sahip olunan hakların kullanılması ve geliştirilmesini amaçlamıştır.

⁷⁹⁷Sözleşmenin tam metni için bkz.

<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaralliskinSozlesme.pdf> (E.T.: 14.07.2021).

Konumuz açısından Sözleşme md.23 değerlendirilmesinde fayda vardır. Buna göre sözleşmeye taraf devletlerin eşler arasındaki eşitliği sağlaması ve gerekli tedbirleri alması gerekir. Bu kapsamda eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evlilik sonrasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Boşanma sonrası birlikte velayet ile ana babanın velayetten doğan hak ve yükümlülükleri boşanmış olsalar dahi eşit kullanmaları amaçlanmaktadır. O halde Sözleşmeye taraf ülkelerinde iç hukukunda birlikte velayete ilişkin düzenleme yapmaları gerekir.

VI. KADINA KARŞI HER TÜRLÜ AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ SÖZLEŞMESİ

Sözleşme⁷⁹⁸, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 19.12.1979 tarihinde kabul edilip 3.09.1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti ise Sözleşmeyi 11 Haziran 1985 tarih ve 3232 sayılı Kanun ile uygun bulmuş ve 25 Haziran 1985 tarih ve 18792 sayılı Resmi Gazete'de yayımlamıştır. Ancak belirtmeliyiz ki ülkemiz Sözleşmenin özellikle birlikte velayetle ilişkisi olan 16. maddesinin 1. fıkrasının (c), (d), (f) ve (g) bentlerine dönemin Medeni Kanunu ile çeliştiği gerekçesiyle çekince koymuştur. Ancak 30.09.1999 tarihinde çekinceleri kaldırdığını beyan etmiştir.

Sözleşme kadın erkek eşitliğinin sağlanması, kadına karşı cinsiyet nedeniyle yapılanlar dahil her türlü ayrımcılığa karşı olması nedeniyle hem kadınların hem de insanlığın gelişimi adına oldukça önem arz eden ve kadın hukukunun da mihenk taşı olan bir sözleşmedir.

Sözleşme kadın erkek eşitliğini kamusal alanda olduğu kadar aile hayatında da sağlamayı teşvik etmektedir. Bu kapsamda konumuz açısından Sözleşme md. 16

⁷⁹⁸Sözleşmenin tam metni için bkz.

<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf> (E.T.: 14.07.2021).

düzenlemesinin değerlendirilmesi önemlidir. Md. 16/I-c bendine göre hem evlilik sırasında hem de boşandıktan sonra kadın erkek aynı hak ve sorumluluklara sahip olmalıdır. Md. 16/I-d bendi ise medeni durumlarına bakılmaksızın çocuklar konusunda ana babaya eşit hak ve sorumlulukları tanımıştır. Ancak her halükarda çocuğu yararının öncelikli olarak gözetilecektir. Md. 16/I-f bendine göre ise çocuğun yararı üstün tutularak yasal düzenlemelere göre velayet kurumunda kadın erkeğe eşit hak ve yükümlülükler tanınacaktır. Bütün bu düzenlemeleri incelediğimizde görüyoruz ki Sözleşme kadın haklarına önem vermekle beraber çocuğa ilişkin konularda önceliği çocuğun üstün yararına tanımıştır. Bu hükümlere göre kadın erkek eşitliği ana baba arasında da sağlanmaya çalışılmıştır. Evlilik içinde olduğu gibi boşanmadan sonradan eşit hak ve yükümlülükler sahip olunması gerektiği ifade edilmiştir. Sözleşme açıkça medeni durumlarına bakılmaksızın evli veya evli olmaksızın ya da boşanmış ana babaların çocukları konusunda eşit hak ve yükümlülükler tabii olduğunu ifade ederken istisna olarak ise çocuğun üstün yararının öncelikli değerlendirme konusu olduğunu ifade etmiştir.⁷⁹⁹ Bu kapsamda taraf devletlere velayete ilişkin yasal düzenlemelerde de bu eşitliğin sağlanması teşvik edilmiştir. Görülüyor ki Sözleşme md. 16 düzenlemesinin birlikte velayetin ruhuyla örtüşmektedir. O halde taraf devletlerin çoğunun da birlikte velayete ilişkin düzenleme yaptığı bilinmekte olup ülkemizin de bu konuda harekete geçmesi gerekir.

VII. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ve EK 7 NO'LU PROTOKOLÜ⁸⁰⁰

İnsan hakları alanında uluslararası en kapsamlı ve önemli belge niteliğine sahip 4.11.1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme

⁷⁹⁹ Çakır, s.85.

⁸⁰⁰ Sözleşme ve Protokol'ün tam metni için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (E.T.: 14.07.2021).

(AİHS) ülkemizde 18.05.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin özellikle 8. ve 14. Maddeleri birlikte velayet açısından önem arz etmektedir. AİHS md. 8 herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Madde metninde herkes denilerek hakkın sahibinin ana baba yanında çocuk da olduğu anlaşılmaktadır. AİHM kararlarında aile yaşamına saygı ilkesinin velayeti de kapsadığı anlaşılmaktadır.⁸⁰¹ Çocuğun aile hayatının boşanmadan sonra bile ana babayla arasında sürdüğü kabul edilerek çocuğun velayet ilişkisinin ebeveynlerinden koparılması aksine birlikte velayetin benimsenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁸⁰² Sözleşmenin 14. maddesinde ise ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Madde kapsamında kadın erkek eşitliğine aykırı ayrımcılığın açıkça yasak olduğunu ifade edilmiştir. Bize göre madde çocuğun bulunduğu statüye dayalı ayrımcılık yasağını da içermektedir. Çocuklarında evlilik birliği içinde veya dışında ya da boşanmış ebeveynlerin çocuğu olmaları herhangi bir şekilde ayrıma sebebiyet vermemelidir.

Önceki bölümde de bahsettiğimiz üzere AİHM'in Almanya-Zaunegger ve Avusturya-Sporer kararlarında Almanya ve Avusturya'nın AİHS md.8 ve 14 ihlal ettiği tespit edilmiştir. Çünkü eski Alman hukukuna göre evlilik birliği dışında çocuğun velayeti sadece anaya ait olup baba birlikte velayet talep etse dahi ananın rızası olmazsa bu talep reddedilmekteydi. AİHM ise çocuğun yararına yönelik değerlendirmenin eksik olduğundan AİHS md.8 ve 14 hükümlerinin ihlalini tespit etmiştir.⁸⁰³

Birlikte velayetin ülkemizdeki hukuki konumunun ve uygulamasında değişimine yol açan son derece önemli bir diğer uluslararası belge ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No.lu Protokol'dür. Aslında Türkiye 14.03.1985 tarihinde “11 Nolu

⁸⁰¹ Bölükbaşı, s.87.

⁸⁰² Kurt, s.165.

⁸⁰³ Nikolina, s.130; Bölükbaşı, s.87; Kurt, s.165.

Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokolü” (AİHS Ek 7 No.lu Protokol) imzalamıştır. Ancak 6684 Sayılı Kanun’la uygun bulunarak 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmış ve 1.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁸⁰⁴ Protokol ülkemizde birlikte velayet açısından bir dönüm noktası niteliğine kavuşmuştur ancak bu konuda doktrin ve içtihatlarla beraber kanaatimizi içeren değerlendirmeyi sonraki bölümlerde işleyeceğiz. Bu bölümde protokolün birlikte velayet için önem arz eden hususlarını ifade etmeye çalışacağız.

Birlikte velayet kapsamında Protokol’ün 5. maddesini ele almamız zaruridir. Eşler Arasında Eşitlik başlıklı Madde 5 “*Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez*” olarak ifade edilmiştir. Metinden anlaşılabacağı üzere ana baba evlenirken, evlilik sırasında veya evlilik sona erdikten sonra da eşit hak ve yükümlülükler sahiptir. Bu hak ve yükümlülükler ana babanın aralarındaki ilişkiden doğabileceği gibi çocuklarıyla olan ilişkilerinden de doğabilir. O halde ebeveynler boşandıktan sonra da eşit hak ve sorumluluklara sahiptir. Birlikte velayetin ana baba arasındaki getirdiği eşitlik ve her ikisinin de çocuğun velayetinden doğan hak ve sorumluluklara sahip olması tam da Protokol hükmüyle uyumaktadır. Metnin devamında bir kısıtlama getirilmiştir. Buna göre devletler çocuğun yararına olacak tedbirleri almaya devam edecektir. Protokol’de de üstün tutulan çocuğun yararı olmuştur.

⁸⁰⁴ RG. 08.04.2016-29678

§ 11. TÜRK HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

I. EVLİLİK BİRLİĞİ DEVAM EDERKEN BİRLİKTE VELAYET

Velayet sadece ana babaya verilen ve çocuk için olan bir haktır. Ancak ana babanın velayeti birlikte kullanacağına dair Türk Medeni Kanunu'nda açıkça ifade edilen tek düzenleme md. 336/I'dir. Buna göre kural, evlilik birliği süresince ana babanın velayeti birlikte kullanmasıdır. Benzer bir ifadeyle TMK md.335/I'de küçüğün ana babanın velayeti altında olduğu ifade edilmiştir. İlgili fıkralardan anlaşılıyor ki ana baba velayet hakkına eşit olarak sahiptir. Oysaki eski Medeni Kanun düzenlemesine göre uyuşmazlık halinde babanın oyuna üstünlük tanınmaktaydı.⁸⁰⁵ Bu kapsamda evlilik birliği içinde velayet ana babadan kaldırılmadıkça (TMK md.348) ana baba çocuğun okulunu seçmekte, dini eğitimi belirlemekte, göreceği tedavilerde, adının konulmasında, mallarının idaresinde ve kullanımında ve en önemlisi çocuğun temsili gibi çeşitli konularda eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir.⁸⁰⁶

Doktrinde TMK md. 336/I fıkrası çeşitli tartışmalara neden olmuştur. Özellikle birlikte velayetin boşanmadan sonra veya evlilik birliği dışında uygulanıp uygulanamayacağı, ilgili fıkranın emredici nitelikte olup olmadığı, kanunkoyucunun amacı ve yasalaştığı dönem itibarıyla ne anlama geldiği üzerinde tartışmalar yaşanmış olup konu hakkındaki görüşler ileride ele alınacaktır. Gerçekten de TMK md. 336/I'in evlilik birliği içinde birlikte velayeti düzenlemesi sınırlayıcı bir anlama gelebilir. Evlilik birliği dahilinde birlikte velayet mümkünken md.336/III kapsamında boşanma sonrası birlikte velayetin mümkün olup olmadığı veya TMK md.337/I kapsamında evlilik birliği dışında mümkün olup olmadığı tartışılmaya değerdir.

⁸⁰⁵ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona: Aile Hukuku, İstanbul, 1993, s. 342-343; Serozan, s.254.

⁸⁰⁶ Akkurt, s.4189.

II. BİRLİKTE YAŞAMAYA SON VERME VEYA AYRILIK HALİNDE BİRLİKTE VELAYET

Türk hukukunda eşler, ortak hayattan kaynaklı olarak kişiliği, ekonomik güvenliği veya aile huzurlarının tehlikeye düşmesiyle ayrı yaşama haklarına sahiptir. Hakim, ortak hayata ara verilmesi halinde müşterek çocuğun velayetine ilişkin düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Ayrılık hali ise eşlerin talebi üzerine veya hakimın boşanma yerine ayrılık kararı vermesiyle gündeme gelir. Her halükarda evlilik birliği varlığını sürdürmekte olup eşlerin fiilen bir arada bulunmaması söz konusudur. Hem ayrılık hem de ortak hayata son verme halinde çocuk ana babasından biriyle yaşamını sürdürmeye devam ederken çocuğu velayeti konusunda hakimın müdahalede bulunabilme yetkisi vardır. Bu kapsamda TMK md. 336/II hükmü “*Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir*” şeklindedir.

İlgili kanun hükmü özellikle “...*verebilir*” ifadesi üzerinden doktrinde çeşitli anlamlarda değerlendirilmiştir. KOÇHİSARLIOĞLU’na göre TMK md.336/II hükmünün mefhum-u muhalifinden çıkan anlam, velayetin sadece eşlerden birine değil her ikisine birden bırakılabileceğidir.⁸⁰⁷ Gerçekten de md.336/I evlilik birliği içinde birlikte velayeti öngörürken md. 336/II’de ayrılık ve ortak hayata son verme halinde de evlilik birliği sürmektedir. O halde evlilik birliği devam ettiğinden kanun koyucu kuralı birlikte velayet, istisnai hali ise velayetin eşlerden birine tevdi kabul etmiş olabilir. Fakat birlikte velayetin kıstasının evlilik birliğinin sürmesine bağlanması yeni itirazlar gündeme getirmektedir. Şöyle ki; TMK md.336/III hükmünün yaygın olarak boşanma sonrası velayetin eşlerden birine bırakılması anlamına geldiği kabul edilmektedir. O halde bu maddenin sebebi eşlerin artık ayrı yaşamasıysa aynı durum md.336/II için de geçerlidir. Diğer bir itiraz ise eğer evlilik birliği içinde birlikte velayet kuralı

⁸⁰⁷ Koçhisarlioğlu, s.25.

md.336/II halinde neden tek başına velayetin mümkün hale geldiğine ilişkindir.⁸⁰⁸ ÖZTAN'a göre ise TMK md.336'nın yorumu mutlaka çocuğun yararı değerlendirilerek yapılmalıdır. Kanun koyucu ayrılık ve ortak hayata son verme hallerinde evlilik birliğinin devam edip etmediğine göre değil çocuğun yararına göre hakimın tek başına velayete karar verebileceği veya düzenleme yapmaksızın birlikte velayetin devam edeceğini düzenlemiştir.⁸⁰⁹

Netice itibariyle bizim de katıldığımız üzere hakimın tek başına velayete ilişkin karar verme veya birlikte velayete devam etme konusunda açıkça takdir hakkı bulunmaktadır.⁸¹⁰ Ancak TMK md.336/II'de hakime tanınan takdir yetkisinin sebebinin, çocuğun yararı görüşüyle beraber evlilik birliğinin devam etmesi düşüncesi kaynaklı olduğu kanaatindeyiz. Her ne kadar çocuğun yararı ilkesi Medeni Kanunumuzda yer almış olsa da md. 336'yı her fıkrasıyla beraber değerlendirdiğimizde ilk fıkrasında evlilik birliği içinde birlikte velayetin kural olduğuna dair emredici hüküm içerir, üçüncü fıkrasında ise tartışmalı da olsa boşanmadan sonra velayetin ana babadan birine bırakılacağı düşüncesi hakimdir. Bunun sonucunda ikinci fıkradaki takdir hakkının da boşanmadan tek farkının evliliğin devam etmesi olup sırf bu nedenle birlikte velayete izin verdiği ve yine bu nedenle boşanmada olduğu gibi tek başına velayete de imkan tanıdığı ve evlilik sürdüğü için kural birlikte velayet olsa da çocuğun yararı gerektirdiği takdirde tek başına velayetin de mümkün olduğu kanaatindeyiz.

⁸⁰⁸ Detaylı inceleme için bkz. **Koçhisarhoğlu**, s.151 vd..

⁸⁰⁹ **ÖZTAN, Bilge**: “*Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu*”, Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara, 2006, (*Birlikte Velayet Sorunu*), s.255.

⁸¹⁰ **Apaydın**, s.450

III. ANA BABANIN BOŞANMASI HALİNDE BİRLİKTE VELAYET

A. GENEL OLARAK

Türk hukukunda birlikte velayete ilişkin en yoğun tartışmalar ana babanın boşanması sonra birlikte velayetin mümkün olup olmadığı üzerinedir. Bu tartışmalar geçmişten bu yana yapılıyor olup kimi yazarlar birlikte velayetin olumlu olumsuz yanları üzerinden tartışmaya dahil olmuşken birçok yazar da birlikte velayetin Türk hukukunda uygulanabilirliği üzerinde tartışmıştır. Bu noktada tartışmalarda başta mehzat İsviçre Medeni Kanun'u olmak üzere karşılaştırmalı hukuk sistemleri üzerinden ve yaşadıkları değişimler üzerinden incelemeler yapılmış, Türk Medeni Kanunu velayet düzenlemeleri özellikle md. 182 ve 336 hükümlerinin birlikte velayete izin verip vermediği değerlendirilmiş ayrıca Çocuk Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler ve özellikle son olarak AİHS. Ek 7 Numaralı Protokol değerlendirilerek Yargıtay uygulamasındaki değişiklik tartışmayı farklı bir boyuta taşımıştır.

Karşılaştırmalı hukukta ve uluslararası sözleşmelerde birlikte velayetin yerini önceki bölümlerde ifade ettik. Bu bölümde başta TMK md. 182 ve 336 hükümlerini değerlendireceğiz ardından bu konu hakkında doktrindeki görüşleri açıklayarak Ek 7 No'lu Protokolün iç hukuka etkisini ele alıp ulusal yargı kararlarının değerlendirmesini yapacağız ve son olarak görüşümüzü ifade etmeye çalışacağız.

B. TÜRK MEDENİ KANUNU MADDE 336/III VE 182/III HÜKÜMLERİNİN İNCELENMESİ

Türk Medeni Kanunu md. 336 hükmüne ilişkin doktrinde yoğun tartışmalar vardır. TMK md.336/III fıkrası ölüm ve boşanma halinde velayetin kimde olacağını düzenlemiştir. Buna göre “*Velayet ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” olarak ifade edilmiştir. Tek fıkroda hem ölüm hali hem de boşanma hali beraber düzenlenmiştir. Ölüm halinde ana

babadan sağ kalanın velayete sahip olacağına dair şüphe yoktur. Tartışmalar fıkranın ikinci kısmında yoğunlaşmaktadır.

Doktrinde yaygın olarak ilgili fıkranın lafzına bakıldığında kanun koyucunun velayeti ana babadan birine tevdi düşüncesi hakimdir. Ancak özellikle son zamanlarda kanunun hem lafzı hem de amacından bu anlamın çıkartılamayacağı yönünde bir görüş hakimdir. Ayrıca birçok yazar çocuğun yararı ilkesi kapsamında ilgili maddelerin yorumlanması gerektiğini ifade ederek farklı çıkarımlarda bulunmuştur.

Kanaatimizce de ilgili fıkranın lafzına baktığımızda kanunkoyucu velayeti ana babadan birine tevdi etmektedir. Maddeyi bir bütün olarak incelediğimizde de aynı sonuca varıyoruz. Şöyle ki; I.fıkra evlilik birliği içinde birlikte velayet kuralından emredici hüküm olarak bahsedilmiştir. Bu fıkranın amacı birlikte velayeti ifade etmektir. İkinci fıkra ise evlilik birliği içinde ancak ayrı yaşama veya ayrılık halinde kuralın yine birlikte velayet olduğu fakat hakimin takdir yetkisini kullanarak velayeti ana babadan birine bırakabileceği düzenlenmiştir. Burada amaç evlilikte birlikte velayeti devam ettirirken özellikle çocuğun yararı gerektirdiği takdirde tek başına velayete de karar verilebileceğini ifade etmektir. Üçüncü fıkra ise hem ölüm hem boşanma hali tek fıkra düzenlenmiştir. Üçüncü fıkranın amacı tek başına velayeti ifade etmektir. Gerçekten de ölüm halinde kural olan tek başına velayet halini boşanma halinden ayırmaksızın düzenlemiştir. Hem ölüm hem boşanma halinin tek başına velayete sebebiyet verdiği düşüncesiyle TMK md.336/III hükmünün her iki hali de içerecek şekilde düzenlendiği kanaatindeyiz.

Ayrıca kanun maddesi ve birlikte velayete ilişkin doktrin görüşlerini ifade etmeden önce bizim de görüşlerimizde bir referans noktası olması açısından md. 336'nın mehz İsviçre Medeni Kanunu'ndaki karşılığını, dönüşümünü ve eski Türk Medeni Kanunu düzenlemesini kısaca ifade etmeliyiz. Buna göre TMK md. 336/III

hükmü, 743 sayılı eski Medeni Kanun md.264/I hükmüyle anlamca aynı olup sadece sadeleştirme yapılmıştır bunun dışında herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. 743 sayılı Medeni Kanun 1926 yılında dönemin İsviçre Medeni Kanunu örnek alınarak yürürlüğe girmiştir. O halde 1926 yılından bu yana aynı kanun hükmünün kabul edildiği bilinmeli ve 1926 yılında Türk kanun koyucusu ve hatta diğer ülke kanun koyucuları tarafından birlikte velayet biliniyor bilinmediği ve amaçları sorgulanmalıdır.⁸¹¹ İsviçre hukuku şu anda boşanmadan sonra birlikte velayeti kural kabul etmiştir fakat 2014 revizyonu öncesi birlikte velayet istisnai nitelikte ve 2000 revizyonu öncesinde ise TMK md. 336 hükmü ile eİMK md. 297 aynı şekilde düzenlenmiştir.⁸¹² Bir diğer tabirle şu anda tartıştığımız TMK md.336/III hükmü esasında ülkemizde 1926 yılında kabul etmiş olduğumuz ve mehz İMK’da geçerliliğini çoktan yitirmiş bir düzenlemedir. Ancak Yeni Türk Medeni Kanun’un hazırlanış aşamasında İsviçre hukukundaki ve diğer Avrupa hukuklarındaki birlikte velayet düzenlemeleri göz ardı edilerek kanuna herhangi bir şekilde konulmamıştır.

Birlikte velayete ilişkin bir diğer tartışma ise TMK md.182/III (eski TMK md.182/II) üzerinde yoğunlaşmıştır. TMK md.182/III “*Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır*” olarak ifade edilmiştir. Kimi yazarlar md. 182’yi tek başına velayeti zorunlu kıldığı şeklinde yorumlarken birçok yazar ise ilgili metinden velayetin ana babadan birine verilme zorunluluğu içerdiğine dair bir anlam çıkarılamayacağını ifade etmiştir. Gerçekten “*Hakimin Takdir Yetkisi*” kenar başlıklı kanun hükmünü incelediğimizde velayetin ana babadan birine bırakılmasından bahsedilmediği gibi bunu zorunlu da kılmamaktadır. Kanun hükmü velayet kendisine

⁸¹¹ Apaydın, s.458.

⁸¹² Erlüle, s.209.

bırakılmayan ebeveynin çocuk ile arasındaki kişisel ilişkinin düzenlenmesinde çocuğun yararının esas tutulması gerektiğini ve velayet sahibi olmayan eşin gerekli giderlere katılımının zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Bir diğer tabirle çocuğun yararı esas alınarak velayet sahibi olmayanın kişisel ilişki hakkı ve giderlere katılma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu düzenlemeyi yaparken hakime geniş bir takdir yetkisi vererek çocuğun yararının tespiti ve kişisel ilişki ile giderlere katılmanın belirlenmesini istemiştir. Madde velayetin kullanımı kendisine verilmeyen eşin kişisel ilişkisinin nasıl belirleneceğine ilişkin kılavuz niteliğindedir.

C. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Doktrinde TMK md. 182/III (eski TMK md.182/II) ve 336/III hükümleri üzerinden özellikle hükümlerin emredici olup olmadığı, tek başına velayeti mümkün kılarken birlikte velayeti dışlayıp dışlamadığı ve md. 336/III fıkrasında gerçek boşluk veya örtülü boşluk olduğu ve nihayetinde olması gereken yasal düzenleme üzerine çeşitli tartışmalar yaşanmıştır. Her ne kadar görüşleri belli başlıklar altında kısmen toplamak mümkün olsa da özgün fikirlerin tamamıyla birbirine uyduğunu söylemek güçtür. Bu nedenle yazarların benzer görüşlerini ifade etsek bile hepsini ayrı ayrı ele alacağız.

Doktrinde yer alan görüşlerden biri TMK md. 182 ve 336 hükümlerinin emredici nitelikte olduğu ve boşanma sonrası birlikte velayete imkan tanımadığına ilişkindir.⁸¹³ Kimi yazarlar birlikte velayet Türk hukukunda mümkün olmasa da AİHS Ek 7 No.lu Protokol'ün kabulüyle uygulanmaya başladığını veya mümkün olduğunu ifade ederken kimisi Protokol kabul edilmeden önce birlikte velayetin uygulanması için çeşitli önerilerde bulunmuştur.

⁸¹³ Köprülü/Kaneti s.247.

HATEMİ'ye göre boşanma sonrası çocuğun velayeti sorunu öncelikle çocuğun yararı ve esenliği ilkesine göre çözülmelidir. Öyle ki anlaşmalı boşanmalarda dahi çocuğun yararı ilkesine aykırılık halinde anlaşma hakim tarafından kabul edilmemelidir. Yazar TMK md. 182 hükmünde birlikte velayete ilişkin olarak boşluk içermediğini menfi çözüm olduğunu savunmaktadır ve de lege ferenda (*olması gereken hukuk*) bir öneri olarak kanunda bu yönde bir hüküm konulmasını savunmadığını ifade etmiştir. Çünkü yazara göre birlikte velayet düzenlemesi eşlerin çocuk üzerindeki savaşlarını devam ettirebilir ve bu durum çocuğun yararına aykırılık oluşturur.⁸¹⁴ Ancak yazar TMK md. 336 hükmündeki “*verebilir*” ifadesinin Avrupa hukukundaki etkiyle ileride birlikte velayetin Türk hukukunda kabulüne yol açabileceğini de ifade eder.⁸¹⁵

DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ'e göre TMK md.182 gereği hakim boşanmadan sonra velayetin çocuğun yararı esas alınarak kime bırakılacağı konusunda geniş takdir yetkisine sahiptir. Yazara göre hukukumuzda evlilik birliği devam ederken birlikte velayet kabul edilirken boşandıktan sonra birlikte velayet kabul edilmemiştir. Buna rağmen yazar Yargıtay'ın AİHS Ek 7 No.lu Protokol md.5 ve Anayasa md.90/V hükümleri gereği birlikte velayeti uygulamaya başladığını da ifade etmiştir.⁸¹⁶

Benzer görüşteki *AKINTÜRK/ATEŞ*'e göre de kanunkoyucu TMK md.336/III hükmü ile birlikte velayete izin vermemiştir. Hakim çocuğun yararını gözeterek velayeti ana babadan birine bırakırken diğerinin velayet hakkı sona erer. AİHS Ek 7 No.lu Protokol gereği çocuğun yararı aksi bir düzenlemeyi gerektirmiyorsa birlikte velayet mümkün kılınmıştır. Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu emsal kararlar diğer

⁸¹⁴ **HATEMİ, Hüseyin:** Aile Hukuku, B.9, İstanbul, 2021, s.134.

⁸¹⁵ **Hatemi, Aile,** s.188.

⁸¹⁶ **Dural/Öğüz/Gümüş,** s.145.

mahkemelerin de birlikte velayet kararı vermesi mümkün hale gelmiştir.⁸¹⁷ Bir başka deyişle yazara göre aslında Medeni Kanun birlikte velayete imkan vermemektedir fakat AİHS Ek 7 No.lu Protokolün Resmi Gazete’de yayımlanması ve Anayasa md. 90/V gereği birlikte velayetin Türk hukukunda uygulanabilmesinin önünün açıldığını kabul etmektedir.

Kanun hükmünün emredici olduğunu kabul etmekle beraber bu düzenlemeye eleştirel yaklaşan ve çeşitli yöntemlerle aşılması gerektiğini ifade eden yazarlar da vardır. *SEROZAN*, mevcut yasa hükmüyle boşanma veya evliliğin iptalinde eşlerden birine velayetin tevdi edileceğini kabul etmektedir. Fakat bu hükmü yoğun bir şekilde eleştirmiştir. Yazar birlikte velayete imkan tanınmamasını özellikle anayasal eşitlik, ana baba hakları ve ÇHS’de yer alan çocuğun ana babayla yaşama hakkına aykırı bulmuştur. Eleştirilerini Batı ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin de katkılarıyla yasal düzenlemelerin artık birlikte velayete imkan tanınmasıyla desteklemiştir. Ancak yazara göre de birlikte velayet, çocuğun üstün yararına uygun olması ve eşlerin bu konuda anlaşabilmesiyle mümkündür. Yazar sorunun çözümü içinse TMK md.336 ve 337 hükümlerini Anayasa Mahkemesinin defî yoluyla T.C. Anayasası’nın ÇHS kapsamında yorumlanarak eşitlik ilkesi, çocuğun kişiliğinin geliştirilmesi hakkı ve ana baba hakkına aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle incelemesi gerektiğini ifade etmiştir.⁸¹⁸ Bir başka deyişle *SEROZAN* her ne kadar mevcut yasal hükümlerin birlikte velayete imkan vermediğini kabul etse de bu düzenlemelerin hatalı olduğunu ve iptal edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

ERBAY’a göre TMK md. 182/II (günümüz TMK md.182/III) hükmü velayetin eşlerden birine bırakılmasına imkan tanırken TMK hükümlerine göre birlikte velayet

⁸¹⁷ **Akıntürk /Ateş**, s.311.

⁸¹⁸ **Hatemi/Serozan**, s.370; **Serozan**, s.255-256.

mümkün değildir. Birlikte velayetin Türk hukukunda mümkün hale gelmesi için md. 182'nin Anayasa Mahkemesi denetiminden geçmesi ve yasama erkinin düzenleme yapması gerekir.⁸¹⁹

ÇETİNER ise 2002 tarihli eserinde Türk hukukunu Alman hukuku ve ABD hukukundan farklı tutarak TMK'nın boşanma sonrası birlikte velayete izin vermediğini ifade etmiştir. Yazar bu görüşünü ifade ederken dönemin Yargıtay kararlarıyla da desteklemiştir.⁸²⁰ Bununla beraber Yargıtay'ın bu doğrultudaki görüşünü terk etmeye başladığını ve ÇHS md. 3/II uyarınca terk etmesi gerektiğini de ifade etmiştir. Ayrıca yazara göre boşanma ile ayrılık arasındaki fark resmi işlemlerden ibarettir. Çocuğun sadece ikametgahı değişmekte olup bunun dışında ana baba yine her kararı birlikte almalıdır. Ancak ana babanın çekişme halinde olması veya çocuğun yararına olmaması halinde velayet eşlerden birine bırakılmalıdır.⁸²¹

BAYGIN'a göre Türk hukukunda ilgili maddelerin lafzından da anlaşıldığı üzere kural boşanma sonrası velayetin ana babadan birine bırakılmasıdır. Ancak yazara göre kural tek başına velayet olsa dahi eşlerin anlaşması ve çocuğun yararına olduğu takdirde istisnai olarak birlikte velayete imkan tanınmalı bu kapsamda yeni düzenleme yapılmalıdır. Bu düzenleme yapılana kadarsa en azından TMK md.166/III anlaşmalı boşanma hükümlerine göre birlikte velayete imkan tanınmalıdır.⁸²²

KURT'a göre TMK md. 336/III hükmü lafzı açık olup boşanma sonrası velayetin ana babadan birine bırakılması yönündedir. Ancak yazar kanunda gerçek boşluk olduğu fikrine de katılmamaktadır. Çünkü Türk Medeni Kanunu 22.11.2001

⁸¹⁹ **Erbay**, s.182-183.

⁸²⁰ **Çetiner**, s.48.

⁸²¹ **Çetiner**, s.108-109.

⁸²² **BAYGIN, Cem**: Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010, (*Soybağı*), s.268.

tarihinde kabul edilmiş olup o dönemdeki mehz İMK’da birlikte velayete istisnai de olsa yer verilmiştir. Oysaki Türk kanun koyucu herhangi bir şekilde bu kurumu kanuna dahil etmemiştir. Bir başka deyişle birlikte velayetin bilinmediği düşüncesi doğru değildir. Yazar benzer şekilde örtülü boşluk olduğu fikrine de katılmamaktadır. Çünkü kanun koyucunun yanlışlıkla ihmalen bir unutmaları söz konusu değildir. Kurt’a göre kanun birlikte velayete imkan tanımaz. Fakat ÇHS ilgili maddeleri ve Ek 7 No.lu Protokol md.5’in Anayasa md.90/V gereği iç hukuk olarak kabul edilmesiyle birlikte velayetin çocuğun yararı gerektirdiği takdirde uygulanabilmesi gerektiğini ifade eder. Bir başka deyişle *KURT* normlar hiyerarşisi gereği uluslararası sözleşmelerin iç hukuk haline gelerek birlikte velayetin uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmiştir.⁸²³ Nihayetinde yeni bir yasal düzenleme yapılması gerektiğini ileri sürerek yapılacak düzenlemede kural-istisna ayırımına gidilmeksizin çocuğun yararının ve durumun şartlarına göre hakimin takdir yetkisi kapsamında bırakılması gerektiğini ileri sürer.⁸²⁴

KOÇOĞLU’na göre çocuğun yararı aksini gerektirmedikçe birlikte velayetin önüne kamusal engel konulmamalıdır. Yazar yaptığı değerlendirmede araştırmaları da örnek göstererek hem ana baba hem çocuk için birlikte velayetin lehe bir uygulama olduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre mevcut TMK hükümleri birlikte velayete imkan tanımamaktadır fakat kabul ettiğimiz uluslararası anlaşmalar ve Yargıtay’ın son kararlarıyla beraber artık birlikte velayetin kural, tek başına velayetin istisna olmak üzere düzenlenmesi gerekir.⁸²⁵

GÜVEN’e göre TMK md.182 ve 336 hükümlerinin tek başına velayeti mümkün kılmaktadır ve bu doğrultudaki Yargıtay uygulaması da doğrudur. Ancak Ek

⁸²³ **Kurt**, s.172 vd.

⁸²⁴ **Kurt**, s.174 vd.

⁸²⁵ **Koçoğlu**, s.72-73.

Protokolün kabulüyle ve Yargıtay'ın son kararıyla birlikte velayet hukukumuzda mümkün hale gelmiştir. Ancak birlikte velayetin kural veya istisna teşkil etmesinden ziyade bir yasal bir imkan olarak kabul edilmesi ve hakimın taraflara bu konuda bilgilendirme yaparak uygulanması gerektiğini ifade eder. Netice itibariyle yazar eşlerin birlikte velayet konusunda anlaşmaları ve çocuğun yararına olması şeklinde birlikte velayetin uygulanabilmesine yönelik düzenlemelerin TMK'da yapılması gerektiğini ifade eder.⁸²⁶

Yargıtay uygulamasının içinde olan *GENÇCAN'a* göre ise TMK md. 336/III hükmü velayetin ana babadan birine verilmesi şeklinde emredici nitelikteydi. Ancak Ek 7 No.lu Protokol'ün kabulü bu durumu değiştirmiştir. Protokol md. 5'le beraber birlikte velayete engel teşkil eden TMK hükümleri örtülü olarak kaldırılmıştır. Yazara göre birlikte velayet artık asıl olup tek başına velayet istisna niteliktedir. Ancak çocuğun yararı dikkate alınmalı ve birlikte velayetin zorunlu olmadığı da ifade edilmiştir.⁸²⁷

Doktrinde yer alan bir diğer görüş ise TMK md. 182 ve 336 hükümlerinin emredici olmadığı ve birlikte velayetin Türk hukukunda mümkün olduğuna ilişkindir.

Türk hukukunda birlikte velayeti tartışmaya açan ilk yazarlardan olan *KOÇHİSARLIOĞLU'na* göre TMK md.182 ve 336 hükümlerinden velayetin mutlaka ana babadan birine tevdi edileceği anlamı çıkartılamaz.⁸²⁸ Aksi halde kanunun özüne ve amacına aykırılık teşkil eder. Tek başına velayet halinde eşlerden birinden velayet

⁸²⁶ **GÜVEN, Aydın:** “*Türk Hukukunda Ortak (Birlikte) Velayet*”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.3, s.124-127.

⁸²⁷ **GENÇCAN, Ömer Uğur:** “*Ortak Velayet*”, İzmir Barosu Dergisi, Özel Sayı 8 Mart 2017, (*Ortak Velayet*), s.26-27; **Gençcan** , s. 310 vd.

⁸²⁸ **Koçhisarlioğlu**, s.104; Aynı yönde ileri süren Bingöl'e göre Türk Medeni Kanun hükümlerinde velayetin eşlerden birine bırakılmasını zorunlu kılan bir düzenleme yoktur. **Bingöl**, s.290.

kaldırılmaktadır fakat bu durum çocuğun yararına aykırılık oluşturmaz.⁸²⁹ Yazara göre md.336/III hükmünde yer alan “*tarafa*” ibaresindeki tekil anlamı dil bilgisi gayesiyle kullanılmıştır. Bir diğer tabirle kanun koyucu aslında tek bir tarafı kastetmemiştir.⁸³⁰

Yazara göre kanun koyucunun amacı çocuğun yararını ve bunu tek başına velayetle sağlayabileceğini düşünmüş olabilir. Fakat amaca ulaşmada kullandığı araç amacın gerçekleşmesinde anlamsız hale gelmiştir. O halde amaca göre sınırlama yapılarak TMK md.1 yoluyla velayetin birlikte kullanılması mümkün hale gelebilir.⁸³¹ Yazara göre hukukumuzda birlikte velayete ilişkin yeni bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Birlikte velayetin genel kural olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürer.⁸³²

ARKAN SERİM’e göre de⁸³³ TMK md.182 ve 336 hükümleri emredici gibi yazılmışsa da birlikte velayete engel teşkil etmemektedir. Hatta md.336’nın ilk iki fıkrası birlikte velayeti kural olarak ifade eder. Ayrıca çocuğa ilişkin konularda çocuğun yararı ilkesinin esas alınması gerektiği ve amaca uygun yorum metoduyla hakimnin boşanma halinde tek başına velayet kararı verebileceği gibi birlikte velayet kararı da verebilmelidir. Yazara göre yasa değişikliği yapılması kaçınılmazdır ancak o zamana kadar da amaca uygun yorumla birlikte velayet kararları verilebilmelidir.⁸³⁴

SÜZEN’e göre de TMK md. 336/III hükmü çocuğun yararı ilkesiyle beraber değerlendirilmelidir. Bu ilke kapsamında değerlendirme yapıldığında tek başına velayetin her zaman çocuğun yararını sağlamayacağı açıktır. Bu nedenle özellikle

⁸²⁹ Koçhisarhoğlu, 237.

⁸³⁰ Koçhisarhoğlu, 105.

⁸³¹ Koçhisarhoğlu, 243-244.

⁸³² Koçhisarhoğlu, 237.

⁸³³ Arkan Serim, s.6085.

⁸³⁴ Aynı görüşe sahip Gülgösteren’e göre de yapılacak düzenlemelerin tamamında çocuğun yararı ilkesi sınırdır. Gülgösteren, s.179.

tarafların her ikisinin de birlikte velayeti talep etmesi ve çocuğun yararına olması halinde hakimin birlikte velayet kararı vermesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁸³⁵

CEYLAN'a göre Türk hukukunda birlikte velayetin uygulanması mümkündür. TMK md. 182 ve 336 hükümlerinde tek başına velayetin zorunlu olduğu anlamı çıkarılamaz. Yazara göre ana babanın anlaşması ve çocuğun yararı gerektirirse birlikte velayet mümkün olmalıdır. Bu durum uluslararası anlaşmalar ile iç hukukun da uyum içinde olmasını sağlar.⁸³⁶

AYBAY/ŞEN de benzer bir fikir ileri sürerek TMK md. 182 ve 336'nın birlikte velayete engel teşkil etmediğini, ÇHS'deki ilkelere ve çocuğun yararı ilkesine uygun olarak birlikte velayetin bir seçenek olarak yasal düzenleme içinde yer alması gerektiğini kabul etmektedir. Ancak yazar birlikte velayetin İsviçre'de olduğu gibi kural düzenleme olmasını değil hakimin takdiriyle karar verilebilecek bir seçenek olması gerektiğini savunur.⁸³⁷

ERDEM'e göre Türk hukukunda birlikte velayeti yasaklayan bir düzenleme yer almamaktadır. Hakim çocuğun yararına uygun olduğu sürece birlikte velayete karar verebilmelidir. Ayrıca Ek 7 No.lu Protokolün kabulüyle artık bu tartışmanın da bir önemi kalmamıştır.⁸³⁸

⁸³⁵ **Süzen**, s.34.

⁸³⁶ **Ceylan**, *Yeni Gelişmeler*, s.54-55.

⁸³⁷ **Aybay/Şen**, s.595; Aynı yöndeki Özcan'a göre tek başına velayet mutlak olarak çocuğun yararını sağlamaz. Yapılan araştırmalar birlikte velayetin çocuğun yararına olacağı kanısını oluşturmuştur. Bu nedenle birlikte velayet kanunda yasaklanmadığı için çocuğun yararı ilkesi gözetilerek hakimlerin zorunluluk olarak değil ancak alternatif olarak karar verebilmesi gerekir. **Özcan**, s.225-226.

⁸³⁸ **ERDEM, Mehmet**: Aile Hukuku, B.2, Ankara, 2019, s.173-174.

SERDAR'a göre TMK md. 182/II (günümüz TMK md.182/III) hükmünden velayetin mutlaka eşlerden birine verileceği anlamı çıkartılamaz ve birlikte velayetin dışlandığı anlamı da çıkartılamaz. Aynı şekilde TMK md.336/III hükmünden de birlikte velayetin söz konusu olamayacağına ilişkin bir anlama varılamaz.⁸³⁹ Kanunun amacında çocuğun yararı ilkesi önemli rol oynar. Bu nedenle ilgili hükümlerinde bu hüküm kapsamında değerlendirmesi yapılmalıdır. Bu kapsamda md. 336/III hükmünün getiriliş amacı hakimın takdir yetkisini kısıtlamak değildir. Hakimın takdir yetkisinin sınırı çocuğun yararadır. Ana babanın birlikte velayeti talep etmesi halinde birlikte velayete imkan tanınmalıdır. Ayrıca TMK md. 166 hükmü de bu durumu destekler niteliktedir.⁸⁴⁰

BÖLÜKBAŞI'na göre TMK md. 336/I-II fıkralarında olduğu gibi son fıkrada da çocuğun yararı esas alınmıştır. Fakat günün koşullarında çocuğun yararının boşanma sonrası tek başına velayetten yana olduğu kabul edilmiştir. Günümüzde ise birlikte velayetin çocuğun yararını daha çok koruyacağı kabul edilebilir. Yazarın birlikte velayet düzenlemesine ilişkin önerisinde ise çocuğun yararı esas tutularak ana babanın ortak talebi ve çocuğun görüşü de dikkate alınarak velayetin ana babadan birine veya her ikisine bırakılması şeklindedir. Bir diğer tabirle birlikte velayete aslilik veya istisnai bir nitelik kazandırmaksızın bir seçenek olarak sunmuştur.⁸⁴¹

AKKURT'a göre Ek 7 No.lu Protokol ile birlikte velayet Türk hukukunda zorunlu değil fakat uygulanabilir hale gelmiştir. Birlikte velayet kararları kural veya istisna teşkil ettiğinden değil çocuğun yararı gerektiriyorsa verilmesi gereken kararlardır. Hatta yazar söz konusu Protokol olmasaydı dahi md. 336/III hükmünün

⁸³⁹ *Serdar*, s. 174-175.

⁸⁴⁰ *Serdar*, s.184.

⁸⁴¹ *Bölükbaşı*, s.156 vd.

birlikte velayete imkan tanıdığını ileri sürmektedir. Amaçsal ve genişletici bir yorumla ilgili hükmün birlikte velayete imkan tanıdığı bu yüzden Protokolün, TMK md.336/III hükmünü ilga etmediğini kabul etmektedir. Netice itibariyle fiili durum yaratılması beklenmeden yeni yasal düzenlemelerin yapılması gerektiğini ve bu düzenlemelerde birlikte velayetin kural olması gerektiğini ileri sürmüştür.⁸⁴²

Doktrinde ilgili kanun hükümlerinin emredici olmadığını kabul etmekle beraber TMK md. 336/III hükmünün örtülü boşluk veya gerçek boşluk içerdiğine yönelik görüş de mevcuttur. *ÖZTAN'a* göre TMK md. 182 ve 336 hükümlerinin emrediciliğinin incelenmesi gerekir. Yazar md. 182/II (TMK md.182/III) hükmünü incelediğinde kanun hükmünün açıkça velayetin ana babadan birine veya her ikisine birden bırakılabileceğine ilişkin bir anlam çıkarılamayacağını ifade etmiştir. TMK md. 336/III hükmü ise mutlaka çocuğun yararı ilkesi ile değerlendirilmelidir. Kanun koyucu 336. Maddenin ilk iki fıkrasında çocuğun yararını esas aldığı gibi son fıkrada da bu ilkenin ışığından ayrılmamıştır. Yazara göre kanun koyucu boşanma halinde çocuğun yararının ancak velayetin eşlerden birine bırakılmasıyla olacağı varsayımıyla hareket etmiştir. Ancak kanun koyucunun bu varsayımı hatalıdır. Tek başına velayet mutlak çocuğun yararını sağlamaz. Bu kapsamda kanun koyucunun çocuğun yararını esas aldığı kabul edilirse ilgili hükmün emredici nitelik taşımadığı kabul edilmelidir. Kaldı ki kanun koyucu birlikte velayeti dışlamak isteseydi bunu açıkça bir ifadeyle düzenlerdi. Yazara göre boşanma ile eşlerden birinden velayetin alınması oldukça katı ve adil olmayan bir düzenlemedir. Bütün bu değerlendirme kapsamında yazar maddenin yeniden ele alınmasını ve boşanma sonrası birlikte velayetin hakim tarafından takdirine verilmesi taraftarıdır. Fakat bu düzenleme yapıldığı kadar md. 336/III 'ün örtülü boşluk içerdiği ve TMK md. 1/I kapsamında hakim tarafından boşluğu doldurması gerektiğini ve bunu yaparken hükmün

⁸⁴² **Akkurt**, s.4195 vd.

lafzından değil kanun koyucunun amacından hareket etmesi gerektiği bu sayede amaca uygun sınırlama ile çocuğun yararı amacını karşılıyorsa birlikte velayetin mümkün olabileceğini savunmaktadır.⁸⁴³

ERLÜLE'ye göre TMK md. 182/II (TMK md.182/III) hükmü doğrudan velayet hakkına kimin sahip olduğuna ilişkin olmayıp velayete sahip olmayan ebeveynle kişisel ilişki kurulması, nafaka düzenlemesini içermektedir. Yazara göre asıl incelenmesi gereken TMK md. 336/III hükmüdür. İlgili hüküm modern hukukun gereği olarak çocuğun yararı ilkesi kapsamında değerlendirilerek anlamı ve amacı tespit edilmelidir. Maddede yer alan “*taraf*” ifadesinden tekil anlam çıkartılarak birlikte velayetin mümkün olmadığı kabul edilemez. Çünkü çocuğun yararı ilkesi kapsamında md. 336/I-II fıkralarında birlikte velayet mümkünken son fıkrada kanun koyucu bu ilkeden vazgeçmiş olamaz fakat çocuğun yararının tek başına velayetle gerçekleşeceği varsayımına dayanmıştır. Ancak çocuğun yararına olan düzenlemenin birlikte velayet olduğu çeşitli araştırmalarla ortaya konulmuştur. O halde TMK md. 336/III hükmünde örtülü boşluk vardır ve amaca uygun sınırlama ile doldurulabilir. Bir başka deyişle burada somut olaya uygulanacak bir düzenleme olmakla beraber kanunun özüne ve amacına uygun olmadığına adil olmayan bir uygulamaya yol açılmaktadır. Bu kapsamda amaca uygun sınırlama ile TMK md.1 yoluyla hakim hukuk yaratır.⁸⁴⁴

AKYÜZ'e göre TMK md. 182 birlikte velayete engel teşkil etmez aksine hakime velayete ilişkin yapacağı düzenlemede geniş bir takdir yetkisi tanır. TMK md. 336/III hükmünün de tek başına velayeti zorunlu kılması şeklinde yorumlanması kanunun amacına aykırıdır. Çocuk hukukuna ilişkin temel ilke çocuğun yararadır. O halde kanunda örtülü boşluk varsa çocuğun yararı ilkesi ile doldurulmalıdır. Netice itibariyle

⁸⁴³ **Öztan**, *Birlikte Velayet Sorunu*, s.252 vd.

⁸⁴⁴ **Erlüle**, s.283-294.

yazar TMK md. 182 ve 336'nın çocuğun yararına aykırı olmadıkça birlikte velayete imkan tanıdığını ancak yine de yeniden düzenlenme yapılarak birlikte velayetin kural olmasını ve çocuğun yararı gerekli kılırsa istisnai olarak tek başına velayetin mümkün olması gerektiğini ifade eder.⁸⁴⁵

AYAR'a göre Türk hukukunda ana babanın birlikte velayeti beraber talep etmeleri ve çocuğun yararına olması durumunda TMK md. 182/II (TMK md.182/III) ve 336/III hükümleri TMK md.1/I'e uygun yorumlanmasıyla doldurularak birlikte velayet mümkündür. Ayrıca Ek Protokol ve ÇHS'nin kabulü ve Yargıtay'ın son kararıyla birlikte velayete ilişkin yasal bir düzenleme yapılması gerekmektedir.⁸⁴⁶

APAYDIN ise TMK md. 336/III hükmünü emredici olarak nitelendirmekle beraber emrediciliğin kapsamını çocuk yanına bırakılan ebeveyne velayetin verilmesi olarak ifade etmektedir. Yazara göre ilgili hüküm diğer tarafın velayete sahip olup olmadığına ilişkin bir şey söylememektedir. Ancak kanun hükmü birlikte velayete ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Çünkü hükmün konuluş tarihi itibarıyla birlikte velayet kurumu bilinmemektedir. Bu nedenlerle md. 336/III hükmü gerçek boşluk içermektedir ve hakim TMK md.1 gereğince doldurması gerekir. Çünkü kanun koyucu bilerek düzenleme yapmaktan kaçmamıştır. Yazar ayrıca birlikte velayetin yasaklanıp yasaklanmadığının değerlendirmesini yaparak Medeni Kanunda birlikte velayeti yasaklayıcı bir hüküm yer almadığını ifade eder. Bir diğer tabirle md. 336/III ne birlikte velayeti düzenlemiştir ne de birlikte velayeti yasaklamıştır. Yazar birlikte

⁸⁴⁵ **Akyüz**, s.234-235.

⁸⁴⁶ **AYAR, Ahmet**: “*Velayet Hakkının Boşanma Sonrası Verilmesi, Kaldırılması ve Ortak Velayet*”, Türk Hukukçu Kadınlar Derneğinin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı Aile Hukuku Güncel Sorunlar, İstanbul, 2019, s.93.

velayetin kural nitelikte olması gerektiğine ifade etmiştir. Buna göre ancak çocuğun yararının gerekli kıldığı durumda tek başına velayet istisnai olarak uygulanmalıdır.⁸⁴⁷

D. DEĞERLENDİRME

Türk hukukunda boşanma sonrası birlikte velayetin mümkün olup olmadığı konusu kapsamında ilgili Medeni Kanun maddeleri ve uluslararası anlaşma maddeleri değerlendirilerek çeşitli konularda görüşler ileri sürülmüştür. Özellikle TMK md. 182 ve 336 hükümleri üzerinde yapılan tartışmalarda kanun koyucunun amacı, hükümlerin lafzi yorumu ve emredici nitelikte olup olmadığı tartışılmıştır.

Kimi yazarlar ilgili hükümlerin tek başına velayete imkan tanıma şeklinde emredici nitelikte olduğunu bu nedenle birlikte velayetin mümkün olmadığını ifade ederken bazı yazarlar ise ilgili hükümlerin emredici olduğunu ve hukukumuzda birlikte velayetin mümkün olmadığını fakat çeşitli yöntemlerle birlikte velayetin uygulanabilmesi gerektiğini savunmuştur. Bu yöntemler içinde TMK md.182 ve 336 hükümlerinin Anayasa Mahkemesi önüne taşınması ve yasama erkinin harekete geçmesini ileri sürenler olduğu gibi en azından yeni düzenleme yapılana kadar sadece anlaşmalı boşanma hükümleri kapsamında birlikte velayete izin verilmesi gerektiğini ifade eden de vardır. Ancak bu görüşlere sahip birçok yazar uluslararası sözleşme olan AİHS Ek 7 No.lu Protokol'ün kabul edilmesiyle iç hukuk haline geldiğini ve bu nedenle artık birlikte velayetin hukukumuzda uygulanabilir olduğunu veya uygulanmaya başladığını ifade etmiştir. Öyle ki kimi yazar Protokol'ün kabul edilmesiyle beraber birlikte velayete engel oluşturan ilgili TMK hükümlerinin ilga edildiğini ifade etmiştir.

Bir diğer görüş ise TMK md. 182 ve 336 hükümlerinin lafzından veya kanunun amacından yola çıkarak ve kabul ettiğimiz uluslararası sözleşmelerde de bahsi geçen çocuğun yararı ilkesi kapsamında hukukumuzda birlikte velayetin mümkün olduğunu

⁸⁴⁷ Apaydın, s.457 vd.

ifade etmektedir. Bu yazarlardan kimisi TMK md. 182 ve 336 hükümlerinin lafzından özellikle de “*tarafa*” ifadesinden tek başına velayetin zorunlu olduğu anlamının çıkarılamayacağını ve ilgili hükümlerin birlikte velayeti yasaklamadığını ifade etmiştir. Ayrıca birçoğu hem kanunumuzda hem de ÇHS’de kabul ettiğimiz çocuğun yararı ilkesiyle beraber ilgili maddelerin yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre kanun koyucu, TMK md. 336 düzenlerken çocuğun yararı ilkesini gözetmiştir. TMK md. 336/I-II. fıkralarında çocuğun yararı esas alınarak birlikte velayete yer verilmişken son fıkrada unutulmuş olamaz. Olsa olsa kanun koyucu boşanma halinde tek başına velayetin çocuğun yararına olacağını kabul etmiştir.

Bu görüşe sahip yazarların birçoğu kanun koyucunun amacının çocuğun yararı olduğunu bu nedenle TMK md.336/III hükmünün TMK md.1 kapsamında kanunun özüne uygun olarak amaca uygun yorumlama yöntemiyle, birlikte velayetin uygulanabilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Çünkü tek başına velayet, çocuğun yararı amacının sağlanmasında yeterli bir araç olmayıp adil olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Bu nedenle md. 336/III hükmünde örtülü boşluk olduğu kabul edilerek çocuğun yararı amacına istinaden amaca uygun sınırlama yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak nihayetinde doktrindeki hakim kanı özellikle Protokol’ün kabulü ve Yargıtay’ın tutum değişikliğiyle beraber artık birlikte velayete ilişkin yasal bir düzenleme yoluna gidilmesidir.

Bir diğer yaklaşım ise TMK md.182 ve 336 hükümlerinin emredici nitelikte olduğu ancak TMK md. 336/III hükmünde gerçek boşluk olduğuna yöneliktir. Çünkü ilgili madde ilk olarak 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve bu dönemde kanun koyucunun birlikte velayetten haberi dahi yoktur. Bir diğer tabirle kanun koyucu birlikte velayeti bilmediği için düzenleme yapmamıştır. Maddede yer alan gerçek boşluğun TMK md. 1 ile doldurulması gerekir.

TMK md. 182 hakkında doktrindeki birçok yazarla aynı fikirleri paylaşmaktayız. Madde, hakimın takdir yetkisi başlığı taşımakta olup çocukla olan kişisel ilişkiyi ve nafakayı düzenler. Bu düzenlemelerin hakimın takdirinde olduğunu ve çocuğun görüşünün, çocuğun yararının dikkate alınarak yapılacağını ifade eder. Maddenin tartışmalı noktası 3. Fıkradaki “*Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş...*” tabirinden çıkmaktadır. Bu fıkra göre velayete sahip olmayan eşin çocukla kişisel ilişkisi çocuğun yararına göre düzenlenir ve bu eşin giderlere katılma yükümlülüğü vardır. Ancak doktrinde kimi yazarlar bu ifadelerden sadece tek başına velayetin mümkün olduğu anlamını çıkarmaktadır. Oysaki hakim kanıya katıldığımız üzere maddedeki ibareden herhangi bir şekilde birlikte velayetin mümkün olmadığı sonucu çıkarılamaz. Madde sadece velayet hakkından bağımsız olarak sahip olunan hak ve yükümlülük olan kişisel ilişki ve nafakanın düzenlenmesi ve dikkat edilmesi gereken esaslara ilişkindir. Hükmün gerekçesinden de velayetin bırakılmasına yönelik bir anlam çıkartılamaz. Bizim de katıldığımız görüşe göre TMK md. 182 birlikte velayetin mümkün olup olmadığı konusunda incelenmesi gereken bir düzenleme değildir. TMK md. 182 hakime çocuğun yararı ve çocuğun görüşü ilkelerini takdir yetkisinin sınırı olarak belirtmiştir. Hakim bu geniş takdir yetkisinde çocuğun yararı birlikte velayeti gerektiriyorsa buna izin verebilmelidir. Hatta birlikte velayetin kabul edilmesi halinde uygulanacak modele göre ana babanın çocukla kişisel ilişkisini bu maddede belirtilen esaslara göre düzenlemelidir.

Birlikte velayete ilişkin asıl tartışmalar TMK md. 336 üzerinde toplanmıştır. Hükmün ilk olarak lafzı yorumu yapılmaya çalışılmıştır. Genel kanı ve geçmiş Yargıtay uygulaması TMK md. 336/III hükmünün emredici nitelikte olduğuna ilişkindir. Ancak birlikte velayeti destekleyen birçok yazar hükmün emredici olmadığını ifade etmiştir. Kanunun lafzında “*taraf*” ifadesinin dilbilgisi kaygısıyla kullanıldığı aslında tek bir tarafı değil taraf veya tarafları ifade ettiğini belirtilmiştir. Ancak bizim de katıldığımız

görüŖe göre kanun hükmü açık bir Ŗekilde velayeti eŖlerden birine bırakmakta olup emredici niteliktedir. Dilbilgisi kaygısıyla bu ifadenin kullanıldığını düşünmemekteyiz. Bize göre bu ifadenin zıt anlam yorumundan velayetin her iki tarafa birden bırakılamayacağı anlamı çıkmaktadır.

Birçok yazara göre kanun koyucunun iradesi çocuğun yararına yöneliktir. Bu doğrultuda maddenin ilk iki fıkrasında çocuğun yararı esas tutularak birlikte velayete yer verilmiŖken son fıkrada bu amaçtan vazgeçilmiŖ olamayacağı düşüncesi doktrinde yer tutar. Hatta sırf bu nedenle “*taraf*” ifadesinin tekil düşünölemeyeceğı de ifade edilmiŖtir. Ancak bizim de katıldığımız üzere ve doktrinde birlikte velayeti savunan bazı yazarların da ifade ettiğı üzere kanun koyucu her ne kadar çocuğa ilişkin düzenlemelerde çocuğun yararını esas alarak hareket etmiŖ ve md. 336 hükmünde de bunu amaç edinmiŖse de sonuç istenildiğı gibi olmamıŖtır. Kanun koyucu boşanma sonrası tek başına velayetin çocuğun yararına olacağı düşüncesine kapılmıŖtır. Oysaki geçmiŖ bölümlerde ifade ettiğimiz üzere ve araŖtırmaların da gösterdiği gibi hem çocuk hem de ana baba için birlikte velayet daha olumlu sonuçlara yol açmakta ve çocukların boşanmanın etkisini atlatmaları ve sağıklı gelişimleri için daha önemli rol oynamaktadır.

Bize göre kanun koyucu açıkça TMK md. 336/III’te boşanma sonrası velayeti taraflardan birine bırakmıŖtır. Ancak kanun koyucuyu bu düzenlemeye iten saik çocuğun yararı ilkesidir. TMK md. 336 hükmü üç fıkra ve üç aşamadan oluŖtuğı düşüncesindeyiz. Md. 336/I fıkrası evlilik birliğinin süresince birlikte velayeti kural olarak benimsemiŖtir. Md. 336/ II ise eŖlerin ortak yaşama fiili olarak ara vermesi veya hakim tarafından ayrılık kararı verilmesi halinde hakimin takdir yetkisi kapsamında velayeti eŖlerden birine bırakabileceğı ifade edilmiŖtir. Burada kural yine birlikte velayettir ancak sayılı hallere özgü olarak hakimin tek başına velayete karar verme

yetkisi de vardır. Ortak hayata son verme veya ayrılık halinde hem evlilik birliği devam eder hem de boşanmış gibi eşler ayrı yaşar. Tabiri caizse evlilik ile boşanma arası bir hale benzerlik vardır. Birlikte velayet ile tek başına velayet arasında ise kural-istisna ilişkisi kurulmuştur. Nihayetinde son fıkrada ise ölüm ve boşanma hali düzenlenmiştir. Ölüm ve boşanmanın bir arada düzenlenmesinde bize bu fıkrada tek başına velayetin kural olduğunu ifade ediyor diyebiliriz. Ölüm halinde velayetin sağ kalan eşe geçmesi durumun için tek başına velayetin kural olduğu şüphesizdir. Devamında boşanma halinde velayetin eşlerden birine bırakılmasıyla kanun koyucunun tek başına velayeti düzenlediğini kabul ediyoruz. Esasında maddenin sistematığına bakıldığında her fıkranın özgün durumuna göre birlikte velayetin sırasıyla; uygulanmak zorunda, uygulanmalı ama istisnası var ve uygulanamaz şeklinde bir sıra takip ettiğini düşünüyoruz.

Önceki bölümlerde ifade ettiğimiz üzere yabancı ülke hukuklarında ve mehz İsviçre Medeni Kanun’unda birlikte velayet kural olarak kabul edilmiştir. İMK 2000 yılındaki revizyonla birlikte velayeti istisnai düzenleme kabul ederek belli şartlar sağlandığı takdirde birlikte velayetin uygulanmasını mümkün kılmıştır. 2014 yılında geçirdiği revizyonla beraber birlikte velayeti kural haline getirmiştir. Bizim kanunumuz ise ilk olarak 1926 yılında 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi dönemin İsviçre Medeni Kanunu örnek alınarak yürürlüğe girmiştir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre bu tarihte kanun koyucunun birlikte velayeti kabul etme imkânı yoktur. Çünkü birlikte velayet kurumunun ortaya çıkış süreci ABD eyaletlerinde 1970’lere Avrupa’da ise 20.yüzyıl sonlarına dayanmaktadır. *APAYDIN’a* göre sayılan bu nedenlerle hakim in birlikte velayet kurumunu bilmediği ve md.336/III hükmünün gerçek boşluk içerdiği ifade edilmektedir. *KURT* ise bu düşünceye haklı olarak karşı çıkmaktadır. Yazar mevcut Türk Medeni Kanunu’nun 22.11.2001 tarihinde kabul edildiğini ifade ederek bu tarihteki İsviçre Medeni Kanunun md. 133 hükmünde istisnai olarak birlikte velayetin

düzenlenmiş olduğunu bu nedenle Türk kanun koyucunun bu kurumu bilmiyor olmasının kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir. Gerçekten de Türk kanun koyucu eski Medeni Kanun'da yer alan hükmü aynen devam ettirirken mehz İMK'da yapılan 2000 revizyonu ve sonucu olan birlikte velayete ilişkin hükümleri dikkate almamıştır. O halde yazara katıldığımız üzere burada gerçek boşluk olduğu kabul edilemez. Kanun koyucu, bilgisi dahilinde tercihini birlikte velayet yerine tek başına velayetten yana kullanmıştır.

Doktrindeki bir diğer taraftar bulan ve tartışma konusu olan örtülü boşluk fikrinin de irdelenmesi gerekir. Bunun için doktrinde örtülü boşluk fikrinin nasıl oluştuğunu ifade edilmelidir. Medeni Kanunumuzun 1. maddesinden de anlaşılacağı üzere kanun, sözüyle ve özüyle uygulanır. Bir diğer tabirle hakim kanunun hem lafzını hem de ruhunu kavrayarak uygular. Kanunun özüyle sözü arasında çelişki olmamalıdır.⁸⁴⁸ TMK md. 336/III hükmünün lafzından velayetin boşanmadan sonra ana babadan birine bırakılacağı anlaşılmaktadır. Hükmün özünü ise kanun koyucunun amacına aykırı olmayacak şekilde yorumlamak gerekir. Kanunların yorumlanmasında doktrinde ve yargı uygulamasında en çok başvuru olan yorum türü amaca göre yorumdur. Buna göre kanunun uygulanacağı bir diğer tabirle yorumun yapılacağı zamanda kanun koyucu nasıl bir çözüm, hüküm getirirdi bu araştırılır. Nihayetinde yapılan yorum kanunun sözüne ve özüne uygun olmalı ve amaca aykırı olmamalıdır.⁸⁴⁹

TMK md. 336/III hükmünün örtülü boşluk içerdiğini ileri süren yazarlara göre kanun koyucunun amacı çocuğun yararının sağlanmasıdır. İlgili kanun hükmünün yorumu, kanunun geneline yansıyan çocuğun yararı ilkesi kapsamında yapılmalıdır. Ancak kanun koyucunun bu amaç için kullandığı araç bir diğer tabirle boşanma halinde

⁸⁴⁸ Altaş/Döngül s. 180 vd.

⁸⁴⁹ Altaş/Döngül, s.205-206.

tek başına velayet kabulü zamanla yetersiz hale gelmiştir. Şöyle ki TMK md. 336/III lafzından anlaşılan çocuğun velayetinin boşanmadan sonra eşlerden bir tarafa verilmesi çocuğun yararı ilkesini karşılamamaktadır. Yazarlara göre ilgili hüküm örtülü boşluk içermektedir.

Örtülü boşluğu da ifade etmek gerekirse; örtülü boşluk, kanunda somut olaya ilişkin bir hüküm bulunmasına rağmen ilgili hükmün sözüyle özünün uyuşmadığı veya bu hükmün uygulamasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturan adaletsiz sonuçlara yol açması durumudur. Bu boşluk türünde hakimin yapması gereken kanunu amacına uygun sınırlamaktır (*Teleojik Redüksiyon*).⁸⁵⁰ Bu sayede adaletsiz uygulamalara yol açan kural savsaklanan istisnanın eklenmesiyle beraber amaca ve adalete uygun olarak daralttırılır.⁸⁵¹ Bu kapsamda kanunda örtülü boşluk olduğunu ileri süren yazarlara göre boşluğun TMK md. 1/I ve akabinde md. 1/II yoluyla amaca uygun sınırlamayla doldurulması gerekir.⁸⁵² Aslında doktrinde örtülü boşlukların öncelikle kanun koyucu tarafından doldurulacağı ancak kanun hükmünün adaletsizliğe yol açması halinde hakim TMK md.2/II hakkın kötüye kullanılamaması gereği o kuralı uygulamaz ve md.2 dürüstlük ilkesine göre hükmü sınırlayarak doldurabileceği ifade edilir.⁸⁵³ Fakat bazı yazarlar bu görüşe hak vermekle beraber her zaman hakkın kötüye kullanımı söz konusu olmayabileceğini ve md. 336/III hükmünün çocuğun yararı kapsamında amaca uygun

⁸⁵⁰ **Altas/Döngül**, s.256; **NOMER, Haluk Nami/ AKBULUT, Pakize Ezgi**: Medeni Hukuka Giriş Bölüm 1, B.4, İstanbul, 2020, s.53 vd.; **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, 2001, s.96; **ATAAY, Aytakin**: Medeni Hukukun Genel Teorisi, B.3, İstanbul, 1980, s.238 vd.

⁸⁵¹ **SEROZAN, Rona**: Hukukta Yöntem, İstanbul, 2015, s.124.

⁸⁵² **Nomer/Akbulut**, s.62; **Erlüle**, s.293-294.

⁸⁵³ **Altas/Döngül**, s.256-257; **SEROZAN, Rona**: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, B.4, İstanbul, 2013, s.172; **Serozan**, Yöntem, s.132.

sınırlanabileceğini ve bunun md.2/II hükmünden bağımsız bir yöntem olarak md. 1 kapsamında olduğunu belirtir.⁸⁵⁴

Doktrinde kimi yazarlarca benimsenen örtülü boşluk fikrine katılmıyoruz. Çünkü örtülü boşluk *SEROZAN'ın* da ifade ettiği üzere kanunda bir kural olmakla beraber bu kural yanlışlıkla bir diğer tabirle istemsiz olarak fazla geniş tutulmuştur. Kanun koyucu tipik olayı düzenlemiş fakat atipik olayı istisnai olarak düzenlemeyi savsaklamıştır.⁸⁵⁵ Oysaki TMK md. 336 hükmünü incelediğimizde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 2001 yılında kabul edildiğini, Avrupa ve mehz İsviçre hukukunda birlikte velayetin istisnai dahi olsa yer aldığını biliyoruz. O halde kanun koyucunun burada bir savsaklaması, ihmali olduğunu düşünmüyoruz. Aksine kanun koyucu mehz İMK'da yer alan düzenlemeler içinde birlikte velayeti bilerek Türk hukukunda düzenlemediği kanaatindeyiz. Kanun koyucu çocuğun yararı ilkesini amaç edinmişse dahi bunun yolunun yine tek başına velayetle olabileceği düşüncesindedir. Kanun koyucunun bilinçli bir şekilde md. 336/III hükmünü düzenlemesi söz konusudur. Aksi olsaydı yürürlükten kalkan 743 sayılı Medeni Kanun'da yer alan hükmü sadece sadeleştirme yaparak sözüne ve özünde değişiklik olmadan mevcut TMK'da düzenlemezd. Her ne kadar tek başına velayetin mutlak olarak çocuğun yararını koruyacağı düşüncesine katılmıyor olsak da yasal düzenleme açısından kanun koyucunun iradesinin aksini kabul etmek de söz konusu olamaz. O halde TMK md. 336/III hükmünün örtülü boşluk içerdiği fikrine katılmamız mümkün değildir.

Sonuç itibariyle TMK md. 336 sistematğine baktığımızda son fıkrada tek başına velayetin öngörüldüğünü ancak kanun koyucunun bu belirlemeleri yaparken çocuğun yararını amaç edindiğini kabul ediyoruz. Neticede kanun koyucu TMK çeşitli

⁸⁵⁴ **Nomer/Akbulut**, s.62; **Erlüle**, s.294; **Kırca**, s.101-102.

⁸⁵⁵ **Serozan**, Medeni, s.158

maddelerinde çocuğun yararını açıkça ifade etmiş ve md.336 hükmünü de bu ilke ışığında düzenlemiştir. Ancak kanun koyucu çocuğun yararının eşler boşandıktan sonra velayetin bir tarafa verilmesiyle olacağı kanaatindedir. Burada gerçek boşluk fikrini savunan yazarların aksine kanun koyucunun birlikte velayet kurumundan habersiz olduğunu düşünmüyoruz. Her ne kadar 743 Sayılı Medeni Kanun 1926 yılında kabul edilmişse de mevcut 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu 22.11.2001 tarihinde kabul edilmiştir. Bu tarihte başta mehz İsviçre hukuku olmak üzere birçok Avrupa hukukunda birlikte velayet istisnai de olsa kabul edilmiştir. O halde kanaatimizce kanun koyucu birlikte velayeti bilerek düzenlememiştir. Öyle ki burada kanun koyucunun bir düşüncesizliği, ihmali veya hatası olduğunu da düşünmüyoruz. Aksine kanun koyucunun iradesi tek başına velayetten yanadır. Bu durumun kanun koyucunun değişen kadın-erkek ilişkisine, aile ve toplum yapısına ayak uyduramaması ve çocuğun yararı ilkesiyle birlikte velayet ilişkisini tam kavrayamamış olmasından kaynaklandığını düşünmekteyiz.

Bu durum doktrinde kanunun örtülü boşluk içerdiği fikrini çıkarmıştır. Gerçekten de kanun koyucunun TMK md.336/III hükmü somut uyuşmazlığa uygulamada adaletsiz sonuçlara yol açabilir ve tatmin etmiyor olabilir.⁸⁵⁶ Birçok zaman kanunun amacı doğrultusunda kullanılan araç yetersiz kalabilmektedir. Bu durumda kanunda örtülü boşluğun olduğu kabul edilebilir. Fakat örtülü boşluk kanun koyucunun bilinçsizce, düşüncesizliğinden sebebiyet verdiği boşluk türüdür.⁸⁵⁷ Oysaki biraz önce ifade ettiğimiz üzere kanun koyucunun bilinçsizce düzenleme yapma durumu söz konusu değildir.⁸⁵⁸ Burada şu itiraz gelebilir: Örtülü boşluklar zaman içinde sonradan da oluşabilir. Bir başka deyişle çocuğun yararı kanun kabul edildiğinde tek başına velayeti

⁸⁵⁶ **Antalya/Topuz**, s.284.

⁸⁵⁷ **Antalya/Topuz**, s.285.

⁸⁵⁸ **Kurt**, s.173.

gerektiriyordu ancak günümüzde birlikte velayeti gerektiriyor. Tarihsel bir yorumla eski tarihli bir yasayı kanun koyucunun iradesini araştırarak yorumlamanın zor olması doğaldır.⁸⁵⁹ Fakat unutulmamalı ki 1.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiş bir kanundan bahsediyoruz ve on yılı aşkın süre önce birlikte velayet tartışmaları Türk doktrininde başlamıştır. Kaldı ki Avrupa hukuku çok daha önceden bunu tartışmış ve hatta düzenleme haline getirmiştir. Ayrıca unutulmamalıdır ki kanun koyucunun düzenlediği kanun metnini bırakıp aksine kanun koyucunun açık olmayan iradesini esas almak hukuk güvenliği açısından tehlikeli olabilir.⁸⁶⁰

Kanaatimizce çocuk hukukunun esasını çocuğun üstün yararı ilkesi oluşturur. Ülkemizde ve yurtdışında yapılan çalışmalar da gösteriyor ki çocuğun gelişimi ve boşanmanın etkilerini atlatmasında ideal çözüm birlikte velayettir. Baştan bunu kabul etmekle beraber salt TMK md.182/III ve 336/III hükümlerinin yorumlanmasıyla birlikte velayetin Türk hukukunda mümkün olduğunu söylemek de güçtür. Kanun lafzıyla ve ruhuyla uygulanır. Amacın çocuğun yararı olduğunu kabul ettiğimizde kanun koyucu kendi içinde tutarlı bir düzenleme yapmıştır. Fakat bu düşünceye katılmamız mümkün değil. Hangi velayet düzenlemesi tercih edilirse edilsin hiçbirisi çocuğun üstün yararı ilkesinin bir sonucu olarak mutlak doğru niteliği taşıyamaz. Her boşanma farklı aile yapıları, eş ilişkileri ve çocukları içerir o halde her uyuşmazlığın çocuğun üstün yararı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Buna rağmen kanaatimizce kanun koyucunun açık iradesine ve kanun lafzına aykırı (*contra legem*) bir yorum yapılması da mümkün değildir. Ancak 8.03.2016 tarih ve 29678 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 Numaralı Protokol 5. maddesinde yer alan eşlerin evlilik birliği içinde, sona ermesinde, çocuklarıyla olan ilişkilerde eşit olduklarını belirten

⁸⁵⁹ AKTAŞ, Sururi: “Hukukta Yorum Çabaları”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3-4, 2011, s.14.

⁸⁶⁰ Aktaş, s.15; Oğuzman/ Barlas, s.68.

hüküm ile Türk hukukunda birlikte velayet mümkün hale gelmiştir. Uluslararası sözleşmelerin Türk hukukundaki yerini ve uygulanabilirliğini sonraki bölümde detaylı inceleyeceğiz.

Son olarak TMK md.166/III kapsamında anlaşmalı boşanma hükümlerini ele almak gerekir. Bu kapsamda evlilikleri en az bir yıl süren eşlerin birlikte açtığı veya birinin açtığını diğerrinin kabul ettiği davalarda hakim tarafları bizzat dinleyerek eşlerin arasında yaptığı protokolü uygun bulmasıyla anlaşmalı boşanma gerçekleşir.⁸⁶¹ Eşlerin aralarında yaptıkları protokol, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumunu kapsar. Hakim tarafından anlaşma protokolü incelenerek çocuğun yararının gerektirmesi halinde protokol üzerinde değişiklik yapılabilir. Bu değişiklikler olduğu gibi taraflarca kabul edilmeli aksi halde boşanma kararı verilemez.⁸⁶² AİHS Ek 7 No.lu Protokol'ün kabulüyle birlikte velayetin hukukumuzda uygulanabilir hale gelmiştir. Ancak ilgili Ek 7 No.lu Protokol öncesinde de anlaşmalı boşanmayla birlikte velayet talep eden bir çiftin talebi İzmir 4. Aile Mahkemesi T. 27.05.2009, E.2009/448, K.2009/480 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Gerçekten de eşlerin anlaşma protokolünde birlikte velayeti benimsemeleri neticesinde hakimin bu durumda çocuğun yararı sağlanıyorsa bu protokolü uygun bulması gerektiği kanaatindeyiz. Kaldı ki mahkeme kararında da çocuğun yararının sağlandığına yönelik uzman görüşüne başvurulmuştur.⁸⁶³ Ayrıca TMK boşanma sonrası tek başına velayeti uygun bulmuş olsa da doğrudan birlikte velayeti yasaklayıcı bir hüküm barındırmamaktadır.⁸⁶⁴ O halde çocuğun yararına olması

⁸⁶¹ **Hatemi**, *Aile*, s.126-127; **Akıntürk/Ateş**, s.270.

⁸⁶² **Akıntürk/Ateş**, s.271-272.

⁸⁶³ **Serdar**, s.171-172, dn.59.

⁸⁶⁴ **Apaydın**, s.459.

ve eşlerin anlaşmasıyla TMK md. 166/III kapsamında birlikte velayet uygulanabilir olmalıdır.⁸⁶⁵

IV. ANA BABANIN EVLİ OLMAMASI HALİNDE BİRLİKTE VELAYET

A. GENEL OLARAK

Son yıllarda dünya düzeyinde evlilik dışı birliktelik sayısı artmış ve bu birliktelikler sonucu doğan çocukların velayeti ayrı bir problem olmaya başlamıştır. Eskiden birçok hukuk düzeninde evlilik dışı doğan çocuğun velayeti anaya aitken zamanla bu düzenleme yerini belli şartlar halinde ana babanın birlikte sorumluluğuna devretmiştir. Hukukta yer alan bu değişim hem toplumsal hem de aile yapısındaki değişimin yansımasıyken aynı zamanda artan miktarda evlilik dışı yaşamın bir sonucudur. Doğal olarak değişime uygun regülasyon da kolay olmamaktadır.⁸⁶⁶

Birçok Avrupa ülkesinin hukukunda evlilik dışı birliktelikte birlikte velayete imkan tanınmıştır. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu da evlilik dışı birliktelikte birlikte velayete izin vermektedir. İMK'da 2000 yılı revizyonu öncesi evlilik dışı velayet kullanımı, mevcut TMK md. 337 düzenlemesiyle örtüşmektedir. Buna göre kural ana babanın evli olmadığı hallerde velayetin anaya ait olmasıdır. Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ise çocuğun yararı da varsa ancak o halde babaya tek başına velayet bırakılmaktaydı. 2000 yılındaki değişiklik ile İsviçre'de birlikte velayet mümkün hale gelmiştir. Buna göre çocuğun yararına olduğu takdirde ana babanın ortak taleplerinin bulunması, çocuğun bakımı ve giderlerine katılımı içeren anlaşma yapmış olmaları ve

⁸⁶⁵ Baygın, s.268; USTA, Sevgi: Velayet Hukuku, İstanbul, 2016, s.121; Çakır, s.119; Ertüle, s.324; Öztan, Birlikte Velayet Sorunu, s.257.

⁸⁶⁶ SEROZAN, Rona/BAŞOĞLU, Başak/KAPANCI, Berk: “Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, 2016, s.538.

anlaşmanın vesayet makamınca onaylanması ile evlilik dışı birlikte velayet mümkündür.⁸⁶⁷ Bir diğer tabirle İMK 2000 öncesi evlilik dışı birlikte velayete imkan tanımazken 2000-2014 arası ise şartların sağlanmasıyla istisnai düzenleme olarak kabul etmiştir. Ancak bu düzenlemenin evlilik birliği içinde doğan çocuk ile evlilik birliği dışı doğan çocuk arasında ve ana baba arasında ayrımcılığa sebep olduğu düşüncesi ve AİHM'in Almanya'ya yönelik bu konuda AİHS ayrımcılık yasağına aykırılığa ilişkin olarak verdiği karar İsviçre'de yeni düzenleme ihtiyacını arttırmıştır. Bu doğrultuda 2014 yılında yapılan düzenlemeye göre evlilik birliği dışında kural, birlikte velayetin kabulüdür. İMK md.296/II, ana babanın evli olup olmadığına bakmaksızın çocuğun ergin olana kadar ana babanın birlikte velayeti altında olduğunu benimsemiştir.⁸⁶⁸ Ancak çocuğun doğumuyla birlikte velayet kendiliğinden oluşmaz. Ana babanın ortak bir bildirimde bulunmaları gerekir. Bildirim yapılmadıkça velayet yine anaya aittir. Bildirim kapsamında birlikte velayet, kişisel ilişki, bakım, nafaka ve çocuğun himayesi hususları da kararlaştırılmalıdır.⁸⁶⁹ Ancak babanın velayet hakkına sahip olmak için öncelikle soybağı ilişkisinin de kurulmuş olması gerekir. Çocukla baba arasındaki soybağı mahkeme kararıyla veya tanıma yoluyla kurulabilir. Birlikte velayete ilişkin bildirim tanımayla beraber de yapılabilir.⁸⁷⁰

Türk hukukunda evlilik birliği dışında velayet kural olarak anaya ait olup ancak ananın ölümü, kısıtlılığı veya küçüklüğü halinde çocuğun yararı gerektiriyorsa babaya bırakılabilir veya vasi atanabilir. Bir diğer tabirle mevcut düzenlememiz 2000 revizyonu öncesi İMK'da yer alanla aynıdır. Türk kanun koyucu her ne kadar İsviçre Medeni Kanununun örnek almaya çalışmışsa da 2000 revizyonundaki birlikte velayete ilişkin

⁸⁶⁷ **Erlüle**, s.208 vd.

⁸⁶⁸ **Uzun Kazmacı**, s.178.

⁸⁶⁹ **Baygın**, s.271; **Erlüle**, s.227 vd.

⁸⁷⁰ **Elçin**, s..49-50; **Uzun Kazmacı**, s.179.

hükümlere yanaşmamıştır. Görüldüğü üzere hukukumuzda evlilik dışında babaya çok kısıtlı bir şekilde velayet hakkı tanınmıştır.

B. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Evlilik birliği dışı velayet ilişkisini düzenleyen TMK md. 337 hükmü doktrinde çeşitli açılardan eleştirilmiştir. *SEROZAN*, TMK md.337 ve 336 hükümleri aynı şekilde değerlendirmiştir. Yazara göre kanunumuz henüz veya artık evli olmayanlara birlikte velayeti tanımamıştır. Ancak bu düzenlemeler anayasal eşitlik, ana baba haklarına ve ÇHS hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca AİHM de evlilik birliği içinde çocukla kurulan ilişki ile evlilik birliği dışında kurulan ilişki eş kabul etmiştir. Bu nedenle ilgili hükümlerin defî yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınması gerekir.⁸⁷¹

AKYÜZ'e göre Türk hukukunda evlilik birliği dışında birlikte velayete imkan tanınması gerekir. Yazar yeni düzenlemeyle ÇHS'de yer alan ayrımcılık yasağı, çocuğun ana baba tarafından bakılma hakkı ve çocuğun yetiştirilmesinde ebeveynlerin

⁸⁷¹ **Serozan**, s.255-256. TMK md. 337 hükmü Anayasa'nın 5.,10., 12. Ve 41. Maddelerine aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır. Başvuru, evlilik birliği dışında çocuk ile evlilik birliği içinde doğan çocuk arasında ayrımcılık yapıldığına ilişkin olup velayetin çok güç babaya verildiği, evlilik birliği dışı doğan çocuğun babasının soyadı ve velayete ilişkin yükümlülüklerinden yararlanamadığına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi kararında soyada ilişkin iddiaların velayete ilişkin olmadığından incelenmemesine ve evlilik dışı doğan çocuğun velayetinin derhal anaya ve istisnai olarak babaya verilmesinin ise kanun koyucunun takdirinde olduğuna ve nihayetinde evlilik birliğindeki veli ile boşanma veya evlilik birliği dışındaki velilerin hukuki statüleri farklı olduğundan eşitlik karşılaştırılması yapılamayacağına karar vermiştir. **Anayasa Mahkemesi T:13.11.2008, E: 2005/53, K:2008/161 (RG. 27.03.2010;S.27534)**, Daha detaylı bilgi için bkz.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/03/20100327-9.htm>

birlikte sorumluluğu hükümleri kapsamında çocuğun yararı gerektirdiği takdirde birlikte velayetin uygulanması gerektiğini savunur.⁸⁷²

REYHANİ YÜKSEL'e göre hukukumuzda evlilik dışı birlikte velayet mümkün olmamakla beraber boşanma sonrası birlikte velayet kararları emsal teşkil ederek evlilik dışında birlikte velayet de mümkün olmalıdır. Yazara göre çocuğun yararı oldukça ana babanın ortak talebi ve anlaşmanın hakim tarafından uygun bulunmasıyla birlikte velayet mümkün olmalıdır.⁸⁷³

GÜVEN'e göre yasada evlilik dışı birlikte velayete ilişkin hüküm bulunmamakta ve bu nedenle oluşan boşluğun çocuğun yararı ilkesi kapsamında doldurularak birlikte velayete imkan tanınmalıdır. Bu kapsamda ÇHS' de yer alan kuralların soybağına dayandığı bu nedenle evlilik dışı çocukları da koruduğundan çocuğun yararı gerektiriyorsa birlikte velayetin kabulünün kaçınılmaz olduğu kabul etmiştir.⁸⁷⁴

UZUN KAZMACI'ya göre evlilik birliği dışında birlikte velayet hukukumuzda düzenlenmemiştir. Fakat yazara göre velayet, evliliğin değil soybağının bir sonucudur bu nedenle evlilik birliği dışında birlikte velayet mümkün olmalıdır. Yazara göre kanun koyucunun bu konuda düzenleme yapması gerekir bu kapsamda birlikte velayet kararı verirken çocuğun yararı ve uzman görüşü dikkate alınmalıdır.⁸⁷⁵

ERLÜLE'ye göre birlikte velayetin kural kabul edilmesi evlilik birliği içinde velayete sahip olabilirken evlilik birliği dışında velayete sahip olamayan babanın uğradığı ayrımcılığı ve evlilik birliği içindeki ile birlik dışındaki çocuk arasındaki ayrımcılığa engel olur. Bu kapsamda velayetin ana babanın medeni hallerinden

⁸⁷² Akyüz, s.237.

⁸⁷³ Reyhani Yüksel, s.79.

⁸⁷⁴ Güven, K., s.48-49.

⁸⁷⁵ Uzun Kazmacı, s.183-184.

bağımsız soybağı ilişkisine göre düzenlenmesi ve ÇHS md. 2., 3., 7., 18. ve AİHS md.8 ve 14'e uygun olarak birlikte velayete TMK 'da imkan tanınması gerekir.⁸⁷⁶

SERDAR TMK md. 337 hükmünde kasıtlı susma mı var yoksa boşluk mu var incelemesinde bulunarak boşluk içerdiğine kanaat getirmektedir. Yazar evlilik dışı doğan çocuğun sırf bu nedenle her iki ebeveynin velayetin mahrum kaldığını ve bunun çocuğun yararı ilkesiyle bağdaşmadığını belirtir. Kanun koyucunun ÇHS ayrımcılık yasağı ve çocuğun yararı ilkelerini aykırı davranmaya çalıştığı söylenemez. Bu nedenle kanun koyucunun olumsuz sonuç istediğinden kasıtlı sustuğu kabul edilemez. Yazara göre TMK kapsamında boşluğun gerçek mi örtülü mü olduğu pratik anlamda önem taşımaz bu nedenle her halükarda hakimın TMK md. 1/II hükmüne göre doldurması gerekir. Yazar md. 337 hükmünün genişliği nedeniyle amaca uygun sınırlama yoluna gidilerek istisna yaratılması gerektiğini ifade ederek çocuğun yararının gerektirdiği takdirde TMK md. 1/II ile birlikte velayete karar verilmesi gerektiğini savunur.⁸⁷⁷

AYAR'a göre TMK md. 337 hükmündeki boşluğun TMK md. 1/II yoluyla doldurulması ve birlikte velayetin mümkün kılınması gerekir. Ayrıca Ek Protokol ve ÇHS'nin kabulü ve Yargıtay'ın son kararıyla birlikte velayete ilişkin yasal bir düzenleme yapılması gerekmektedir.⁸⁷⁸

BÖLÜKBAŞI'NA göre⁸⁷⁹ TMK md. 337 düzenlemesi doğal olarak anayı ilk velayet sahibi yapmıştır. İkinci fıkra ise sadece sayılan hallere özgü düzenlemeyi içermekte olup soybağı kurulan babanın velayet hakkına değinilmemektedir. Çocuğun yararı geçmişte tek başına velayeti gerektirmiş olabilir ancak günümüzde birlikte

⁸⁷⁶ **Erlüle**, s.343-344.

⁸⁷⁷ **Serdar**, s.185-193.

⁸⁷⁸ **Ayar**, s.93.

⁸⁷⁹ **Bölükbaşı**, s.170 vd.

velayetten yanadır. O halde ilgili hükümde örtülü boşluk vardır. Çünkü kanunun lafzı kanunun amacına aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle geniş bir düzenleme olan md. 337'yi kanunun amacı olan çocuğun yararı kapsamında amaca uygun sınırlandırma yapılarak doldurulması gerekir. Burada getirilecek istisna çocuğun yararı kapsamında ana babanın evli olmasa dahi birlikte velayeti kullanabilmesidir.

KÖKSAL'a göre ana babalar evli olup olmadıklarına bakılmaksızın çocuğun yetiştirilmesi, eğitimi ve yararının sağlanmasında beraber sorumlu olmalıdırlar. Bu nedenle en azından mehzaz İMK'da olduğu gibi velayete birlikte kullanabilmelidir.⁸⁸⁰

BİRİNCİ UZUN'a göre TMK md. 337 hükmünde herhangi bir boşluk yoktur. Kanun açıkça kuralın anaya velayet verilmesi istisnai hallerde ise babaya tek başına velayet verilmesi şeklinde olduğunu ifade ederek bu sebeple kanun koyucunun birlikte velayeti engellediğini belirtir. Ancak yazar kanun koyucunun bu düşüncesine katılmadığını da ifade eder. Yazar olması gereken içinse eğer soybağı kurulmuşsa çocuğun yararına olduğu takdirde ana babadan birinin talebi üzerine hakimın birlikte velayete karar verebilmesi gerektiğini ileri sürer.⁸⁸¹

ÇELİK ise bütün bu görüşlerin aksine evlilik birliği dışında birlikte velayete imkan verilmemesinin doğru olduğunu ifade ederek aksi bir durumda evlilik dışı ilişkilerin artacağı ve kamu düzenini tehlikeye atacağını ileri sürmüştür. Oysaki yazara göre mevcut düzenleme evlilik dışı birlikteliklerden çocuk sahibi olunması halinde ana babayı resmi nikah yapmaya sevk etmektedir.⁸⁸²

⁸⁸⁰ *Köksal*, s.366.

⁸⁸¹ *Birinci Uzun*, s.163-164.

⁸⁸² *Çelik*, s.260-261.

HATEMİ ise Anayasa Mahkemesi kararı sonrası ana babanın evli olmaması halinde çocuğun velayetinin kural olarak anaya verilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁸⁸³

C. DEĞERLENDİRMEMİZ

Evlilik birliği dışındaki ilişkilerde çocuğun velayetinin ne olacağı ve ne olması gerektiğine ilişkin çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır. Kimi yazarlar Türk hukukunun evlilik dışında birlikte velayete imkan vermediğini ifade etmekteyken kimisi ise TMK md. 337 hükmünün boşluk içerdiğini ve kanun koyucunun çocuğun yararı amacını güttüğünü bu nedenle amaca uygun sınırlama yoluyla bir istisna yaratılarak TMK md. 1/II kapsamında boşluğun doldurulması ve böylece birlikte velayetin uygulanabilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Evlilik birliği dışı ilişkide birlikte velayetin mümkün olup olmadığına ilişkin tartışma sürmekle beraber doktrinde hakim kanı, birlikte velayetin mevcut düzenlemelerde mümkün olmasa bile yeni düzenlemeler ile mümkün olmasından yanadır. Bu düşüncayı savunan yazarlar özellikle AİHS Ek 7 No.lu Protokol ve Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında kabul edilen ilkeler doğrultusunda düzenleme yapılması gerektiğini belirtir. *ÇELİK* ise bu düşüncenin aksine evlilik dışı birlikte velayete imkan tanımanın resmi nikah olmaksızın birlikteliklerin ve çocukların artacağını dolayısıyla kamu düzenini tehlikeye atacağını iddia eder.

Türk Medeni Kanunu md. 337 hükmü “*Ana baba evli değilse*” başlığı altında velayeti düzenler. Md. 337/I’e göre “*ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir*” olarak ifade edilmiştir. Kanun koyucunun ifadesine göre açık bir şekilde velayet anaya bırakılmıştır. II. fıkrada ise birinci fıkranın aksine olarak babaya velayetin ne zaman bırakılacağı düzenlenmiştir. Buna göre ananın küçük, kısıtlı, ölmüş olması ya da velayeti kendisinden alınmışsa hakim çocuğun yararını da değerlendirerek velayeti ya babaya verir ya da çocuğa vasi atar. Görülüyor ki kanun koyucu emredici bir kural

⁸⁸³ **Hatemi**, *Aile*, s.188.

koyarak evlilik dışında velayeti kural olarak anaya vermiştir. Babanın velayet hakkı ise vasi atanması ile eş değer olarak hakim kanaatine bırakılmıştır. Ananın küçük, kısıtlı veya ölmüş olması ya da velayet hakkının kaldırılmış olması hallerinde ya babaya velayet bırakılır ya da vasi atanır. Kanun koyucu bu maddede çocuğun yararı hangi durumu gerektiriyor ise ona göre karar verilmesini açıkça düzenlemektedir. Ancak öncelikle ananın velayete sahip olamaması için bir sebep olmalıdır. Bir diğer tabirle ananın küçüklük, kısıtlılık, ölüm veya velayetin kaldırılması gibi velayeti kullanmasının mümkün olmadığı halde çocuğun yararına göre hakimın takdir yetkisi devreye girer.

TMK md. 337 hükmü herhangi bir şekilde birlikte velayeti düzenlememiştir. Kural ananın tek başına velayeti iken istisnası ise babanın tek başına velayeti veya vasi atanmasıdır. Kanun koyucunun birlikte velayete imkan tanıma gibi bir düşüncesinin olmadığı barızdır.

Öncelikle ifade etmeliyiz ki evlilik birliği dışında doğan çocuğun velayetinin öncelikle anaya ait olması son derece doğaldır. Ana ile çocuk arasında soybağı, doğumun tespitiyle kurulur.⁸⁸⁴ Babanın biyolojik çocuğuyla soybağı ise hukukumuza göre babanın anayla evlenmesi, babanın çocuğu tanınması veya hakim kararıyla kurulabilir. Velayet hakkı da soybağıyla ilişkili olup ana babanın çocukla soybağı kurulmadıkça çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olamazlar.⁸⁸⁵ O halde birlikte velayetin mümkün olup olmadığı veya ileride nasıl olması gerektiğini ifade ederken bilinmelidir ki öncelikle ana ve babanın çocukla soybağı kurulmuş olmalıdır.

Evlilik birliği dışında birlikte velayetin mümkün olup olmadığı meselesini irdelerken öncelikle değinilmesi gereken AİHM kararlarına konu olan ve bazı ülke düzenlemelerinin gerekçesini oluşturan ayrımcılık yasağı ilkesidir. Gerçekten de evlilik

⁸⁸⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s.270; Akıntürk/Ateş, s.327.

⁸⁸⁵ Ruhi, s.140-141.

birliği içindeki çocuk ile evlilik birliği dışındaki çocuk arasında statü farklılıklarıyla eşitsizliğe yola açan düzenlemeler söz konusudur. Maalesef TMK hükümleri de bu konuda eleştirilmeye açıktır. Burada temel eleştiri ana babanın kendi seçimleri sebebiyle çocukların birbirlerinden farklı olarak eşitliğe aykırı muamelelere maruz kalmasıdır. Gerçekten de çocukların, ana babalarının evli olup olmamasını seçebilme imkanı yoktur. Ancak aksi kanaatte olanlar ise bu farklılık yaratan uygulamaların evlilik kurumunu ve aileyi koruma amacı güttüğünü ileri sürer.⁸⁸⁶ Türk Medeni Kanunu eski Kanunun aksine sahih nesep - sahih olmayan nesep (düzgün-düzgün olmayan) ayırımına yer vermeyerek birtakım eşitsizliği kaldırmaya yönelik düzenlemelerde bulunmuştur. Buna rağmen eleştirdiğimiz nokta evlilik birliği içinde ana babanın birlikte velayete sahip olurken evlilik birliği dışında kural olarak ananın istisnai olarak babanın tek başına velayete sahip olmasıdır. Oysaki ana baba resmi nikahları olmadan fiilen birlikte yaşasa veya yaşamasa da çocuk üzerinde velayet hakkını kullanabilmeli aynı şekilde çocuk da kendi seçimi olmayan bir şekilde doğduğu bu aile içinde ana babasıyla yakınlık kurabilmeli onlar tarafından yetiştirilme ve bakılma hakkına sahip olabilmelidir.

Mehaz İsviçre Medeni Kanununda evlilik birliği dışında velayet düzenlemesi, 2000 yılı revizyonu öncesi kural olarak ananın sahip olduğu; istisnai olarak ise babanın sahip olabildiği tek başına velayete imkan tanımaktaydı. 2000 yılı revizyonuyla beraber 298a/I maddesinde evlilik birliği dışında da birlikte velayete imkan tanındı. Buna göre ana babanın aralarında yapmış oldukları ve çocuğun bakım ve bakım giderlerinin paylaşımını gösteren ve vesayet makamı tarafından çocuğun yararı ilkesince uygun bulunması halinde birlikte velayete imkan tanındı. Bir diğer tabirle kural ananın tek başına velayeti olmakla beraber şartların gerçekleşmesiyle istisnai olarak birlikte

⁸⁸⁶ Akıntürk/Ateş, s.324.

velayet mümkün kabul ediliyordu.⁸⁸⁷ Bu düzenleme 1.07.2014 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemeyle değişikliğe uğradı. Bu düzenlemeyle ana babanın sonradan evlenmeleri halinde, babalık davasına hükmeden mahkemenin kararında birlikte velayete hükmetmesi veya ana babanın ortak talepleri doğrultusunda ya da tanıma sırasında babanın talepte bulunmasıyla birlikte velayete karar verilebilmektedir. Aksi hallerde velayet tek başına anaya aittir.⁸⁸⁸

İsviçre’yi bu düzenlemeye iten etkenlerden biri de AİHM’in vermiş olduğu Avusturya Sporer ve Almanya Zaunegger kararlardır.⁸⁸⁹ Mahkeme, Almanya Zaunegger kararında⁸⁹⁰ evlilik dışı ilişki sonucu babanın AİHS 8 ve 14 maddeleri kapsamında ayrımcılığa uğradığını değerlendirmiştir. Ayrımcılık esasında iki noktada bulunmaktadır. Biri babanın annenin rızası olmaksızın birlikte velayeti elde etmek için hiçbir imkanının olmaması diğeri ise evlilik dışı ilişkideki babanın evlilik içindeki ve boşanma sonrası birlikte velayete sahip olanlardan farklı muameleye maruz kalmasıdır. Avusturya Sporer kararında⁸⁹¹ ise mahkeme aile kavramını sadece evlilik temelli tutmayıp evlilik dışı “*fiili aile*” kavramını da içerdiğini ifade etmiştir. Mahkeme Avrupa’da fikir birliği olmamakla beraber annenin rızası olmaksızın babanın birlikte velayet hakkına sahip olduğunu ve üye devletlerin çocuğun üstün yararı olması ve ebeveynler arası çatışma olmaması halinde birlikte velayetin yerel mahkemelerce değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Gerçekten de AİHM Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi’nde evlilik birliği içinde doğmasıyla evlilik birliği dışında doğması arasında çocuk ve baba yönünden farklı muamelelere tabii tutulmanın ancak

⁸⁸⁷ **Birinci Uzun**, s.160; **Erlüle**, s.209.

⁸⁸⁸ **Birinci Uzun**, s.161.

⁸⁸⁹ **Erlüle**, s.218-219.

⁸⁹⁰ AİHM, T. 3.12.2009, Başvuru No: 22028/04, Zaunegger- Almanya.

⁸⁹¹ AİHM, T. 3.02.2011, Başvuru No: 35637/03, Sporer- Avusturya.

önemli gerekçelerle olabileceği ifade edilmiştir.⁸⁹² Biz de evlilik dışı birlikteliklerde hem çocuğun hem de babanın ayrımcılığa uğradığı kanısındayız. Türk hukukuna göre babalar ancak istisnai olarak tek başına velayete sahip olabilirken birlikte velayete hiç sahip olamamaktadır. İsviçre’de ise 2014 öncesinde annenin rızasıyla baba birlikte velayete sahip olabiliyordu. Her iki durumda da babanın, birlikte velayet hakkına sahip olabilen boşanan veya evli babalara göre ayrımcılığa uğradığı açıktır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında da değerlendirme yapmak gerekirse md.2’de de ifade edildiği üzere çocuklar arasında doğum, ana babaları ve statüleri dahil her türlü ayrımcılık yasaktır. Sözleşmenin ruhunda ve lafzında da ifade edildiği üzere çocuğun üstün yararı temel ilkemiz olup evlilik birliği dışı çocukların üstün yararı gereği ana babayla ilişki kurma, onlar tarafından bakılma ve yetiştirilme hakları vardır. Unutulmamalı ki çocuğun herhangi bir seçim şansı yoktur. Ana babasının iradeleri üzerinden çocuğun farklı statüde kabul edilerek farklı hukuki muameleye maruz kalması hem ayrımcılık hem de çocuğun üstün yararına da aykırılık teşkil eder. Bu kapsamda ÇHS md. 7 çocuğun ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkı ve md. 18 çocuğun gelişiminde ana babanın birlikte sorumluluğu ihlal edilmiş olur ve çocuğun yararına aykırı uygulamaya yol açar.

Hukukumuza geldiğimizde doktrinde kimi yazarlar çocuğun yararının günümüzde birlikte velayet gerektirdiğini ve kanun koyucunun ayrımcılık yasağına aykırı davranma amacı gütmüş olamayacağını bu nedenle TMK md.337 hükmünün örtülü boşluk içerdiğini ve TMK md.1 yoluyla doldurulması gerektiğini ifade etmiştir. Doktrinde bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Bize göre kanun koyucu çocuğun yararına hizmet etmeye çalışmış olabilir. Ancak bu kapsamda yararı, ananın tek başına velayetini kural olarak benimsemekte babanın ise istisnai olarak tek başına velayet

⁸⁹² https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf, (E.T.:19.08.2021).

sahibi olmasında görmüştür. Kaldı ki ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine ilişkin AİHM kararları 2009-2011 yıllarında verilmiş olup ne Türk kanun koyucunun ne de Almanya, Avusturya, İsviçre kanun koyucularının ayrımcılık yasağını gözettiği söylenemez. Avrupa hukuklarında ve mehz İsviçre hukukunda evlilik dışı birlikte velayet ayrımcılık yasağına aykırı da olsa istisnai olarak yer almaktaydı o halde Türk kanun koyucunun bundan habersiz olduğu da söylenemez. Türk Kanun koyucu açıkça bu düzenlemeye yer vermemiştir.⁸⁹³ O halde hukukumuzda evlilik birliği dışında birlikte velayet mümkün değildir.

Doktrinde kimi yazarlar evlilik dışında birlikte velayetin olması gerektiğini ifade ederken kimi ise bu düzenlemeyle resmi nikah olmaksızın birlikteliklerin ve çocukların artacağını dolayısıyla kamu düzenini tehlikeye atacağını ileri sürer. Bize göre ise AİHM kararları ve ÇHS kapsamında birlikte velayetin hem babalar hem de çocuklar için ayrımcılığı önleyeceği ve daha önemlisi çocuğun üstün yararına olacağı inancıyla birlikte velayetin mümkün kılınması gerekir. Kamu düzenine aykırılık oluşturulmaması son derece önemlidir. Fakat kimi yazarlar kamu düzeninin değişken olduğunu ifade eder.⁸⁹⁴ Gerçekten de toplumun ve onun takibinde hukukun değişen yapısı düşünüldüğünde kamu düzeninin de sabit olmadığı ve değişebildiği kabul edilmelidir. Çocuk hukukuna ve velayete ilişkin düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilir.⁸⁹⁵ Bu kapsamda evlilik dışında da birlikte velayetin değişen toplum, aile yapısı çerçevesinde kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağı ve hatta çocuğun gelişiminin toplumsal önemi gözetildiğinde çocuğun gelişimine katkı sağlayacak kamusal müdahalelerin yapılabileceği kabul edilmelidir. Kaldı ki evlilik dışı birliktelikler artıyor

⁸⁹³ Uzun Kazmacı, s. 177.

⁸⁹⁴ DOLUNAY, Ayhan: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni” Prof. Dr. Yıldırım Uler'e Armağan", Lefkoşa, 2014, s. 45-63, s.47.

⁸⁹⁵ Ruhi, s.25.

gerçekleriyle bu çocukların haklarının yasal düzenlemeler ile engellenmesini kabul edemeyiz.

Evlilik birliği dışında birlikte velayetin AİHS Ek 7 No.lu Protokol 5. maddesi kapsamında değerlendirilmesin de fayda vardır. Protokol md. 5 eşlerin eşitliğini ifade eden ancak bunu evlilik kapsamında değerlendiren bir maddedir. Buna göre eşler, evlilik birliği içinde ve evlilik birliği bittikten sonra eşit sorumluluklara sahiptir. Protokol maddesi sınırlayıcı bir şekilde sadece eşleri evlilik veya boşanma fark etmeksizin eşit sorumlulukta kılmıştır. *BÖLÜKBAŞI'na* da katıldığımız üzere Protokol evlilik dışı birliktelikte birlikte velayeti kapsamamaktadır. Fakat AİHM'in "*fiili aile*" kavramından da yola çıkarak AİHS md.8 "*özel hayata ve aile hayatına saygı gösterme hakkı*" ve md. 14 "*ayrımcılık yasağı*" kapsamında birlikte velayetin boşanmadan sonra mümkün olması gerektiği gibi evlilik birliği dışında da mümkün kılınması gerektiği kanaatindeyiz.

TMK md. 337/I fıkrası, İstanbul 1. Aile Mahkemesi'nin iptal başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi önüne taşınmış ancak oybirliğiyle reddedilmiştir.⁸⁹⁶ Başvuru, evlilik birliği dışında çocuk ile evlilik birliği içinde doğan çocuk arasında ayrımcılık yapıldığına ilişkin olup velayetin çok güç babaya verildiği, evlilik birliği dışı doğan çocuğun babasının soyadı ve velayete ilişkin yükümlülüklerinden yararlanamadığına ilişkindir. Bu kapsamda kanun hükmünün Anayasa md. 5 sosyal devlet ilkesine aykırılık, md. 10 ve 12 eşitliğe aykırılık, ayrımcılığa yol açması sebebiyle, md. 41 ailenin huzuru, çocuğun korunması kapsamında itirazları içermektedir. Mahkeme soyada ilişkin itirazların soybağına ilişkin olduğundan değerlendirmeye almamıştır. Çocuğun doğumuyla velayetin anaya verilmesinin çocuğun yüksek yararı ilkesi gereği olduğu belirtilerek bu konuda yapılacak düzenlemelerin kanun koyucunun takdirinde

⁸⁹⁶ Anayasa Mahkemesi, E.2005/53, K.2008/161, T.13.11.2008 (RG: 27/03/2010, S.27534)

olduğu ifade edilmiştir. Kararın bize göre en tartışmalı noktası ise evlilik birliğinin devamı ile evlilik birliğinin sona ermesi ve evlilik dışı çocuk sahibi ana babaya ilişkin farklı düzenlemeler öngörülmesinde bu velilerin farklı hukuksal konumda olduğu bu nedenle eşitlik karşılaştırması yapılamayacağına yönelik kısmıdır.

Kararı velayet yönünden incelememiz gerekirse evlilik birliği dışında doğan çocuğun velayetinin derhal anaya verilmesi çocuğun yararı ve kamu düzeni açısından en isabetli olandır. Fakat bundan sonraki aşamada babanın tek başına veya birlikte velayete sahip olabilmesi şartlarının ağırlığı veya hiç imkan tanınmaması AİHS ve ÇHS ayrımcılık yasaklarına aykırılık teşkil eder. Kaldı ki Anayasanın 10. maddesi gereği cinsiyet dahil her türlü ayrımcılık yasaktır. Bu konuda Anayasa Mahkemesi her ne kadar velayetin kime verileceği konusunda düzenlemeyi yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında kabul etse de açıkça ayrımcılığa yol açan Anayasa ve AİHS'e aykırı bir takdir hakkının kullanımının söz konusu olamayacağı kanaatindeyiz. Böyle bir durumda yapılması gereken *SEROZAN*'ın ifade ettiği üzere ilgili maddeyi iptali için Anayasa Mahkemesi önüne taşımaktır.⁸⁹⁷ Bir diğer sakıncalı durum ise kararda evlilik birliği devamı ile evlilik birliğinin sona ermesi ve evlilik dışı çocuk sahibi ana babanın farklı statülerinin sebebinin farklı hukuksal konumları olarak görülmesi ve bu nedenle eşitsizliğin olmadığına ilişkin kısmıdır. Çünkü her ne kadar ana babalar evli, boşanmış veya evli değil gibi sıfatlandırılırsalar da müşterek çocukların bu durumdan etkilenmemesi gerekir. Unutulmamalı ki çocuklar bu statülere isteyerek sahip olmamaktadır. O halde ana babanın tercihleri üzerinden çocuklar arası ayrımcılığa yol açılmamalıdır. Bize göre ana babalar evli, boşanmış, evli değil şeklinde farklı statüleri olsa dahi temelde hepsinin ortak özelliği ana baba olmaktır. Bu nedenle farklı şartlarda

⁸⁹⁷ Serozan, s.256.

da olsa hepsinin eşit kabul edilerek en azından ana baba olmaktan doğan haklarına ulaşabilme imkanlarının olması gerektiği kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi kararı daha önce de açıkladığımız ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturan Almanya Zaunegger ve Avusturya Sporer kararlarından önce verilmiştir. Günümüzde birlikte velayete doktrinde yoğun olarak olumlu yaklaşılmaktadır, mehz İsviçre Kanununda ise kural olarak benimsenmiştir. Son olarak kabul edilen AİHS Ek 7 No.lu Protokol ile boşanmadan sonra birlikte velayetin uygulanacağına ilişkin yargı kararları da verilmeye başlanmıştır. Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesinin verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanması üzerinden on yıl geçmekle tekrar itiraz başvurusu yapılabilir. O halde bütün bu şartlar incelendiğinde TMK md. 337 hükmünün tekrar Anayasa Mahkemesi önüne velayet incelemesiyle gitmesinde fayda görüyoruz. Bu yöntemin uygulanabileceğini düşünmekle beraber en kesin çözümün kanun koyucunun yeni bir düzenleme yapması gerektiği olduğu kanaatine de sahibiz.

Son olarak evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayetin kabul edilmesinin toplumumuzda yer alan dini nikahlanmaya ilişkin etkilerinin ne olacağı ayrı bir araştırma ve tartışma konusu yapılabilir. Avrupa’da bu sorun pek gündeme gelmemekle beraber toplumumuzda bilindiği üzere resmi nikah olmadan dini nikahla yaşayan çiftler bulunmaktadır. Birlikte velayete ilişkin çalışmalarda da dini nikahla birlikte velayet ilişkisinin incelendiğine rastlanmadı. ÇATALBAŞ tezinde salt dini nikahlı eşlerin çocuklarının erkenden kimlik alabilme, sağlıklı yetiştirilebilmeleri açısından birlikte velayetin fayda sağlayacağını ifade etmiştir.⁸⁹⁸ Hukukumuzda resmi nikah olmadan dini nikah yapılmasına müsaade edilmemektedir. Anayasanın İnkılap Kanunlarının Korunması başlığı altında evlendirmenin, evlendirme memuru önünde yapılacağı, TMK

⁸⁹⁸ Çatalbaş, s.126.

md.143 kapsamında aile cüzdanı gösterilmeden dini nikahın yapılmayacağı ve aile cüzdanının da ancak resmi nikahla verileceği ifade edilmektedir. Ancak yine de geçmişten resmi nikahı olmaksızın dini nikahlı yaşayan çiftler bulunmaktadır. Birlikte velayeti kabulümüzle beraber bu kimseler çocuk üzerinde eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olabilecektir. Bu noktada bir sorun görülmemektedir. Fakat birlikte velayetin suistimal edilerek resmi nikahsız dini nikah sayısında artış olabilir mi sorusu akla gelmektedir. Her ne kadar resmi nikah olmaksızın dini nikah hukuken mümkün olmasa da pratikte bu durum aşılabilmektedir. Bu durumda resmi nikah yapmak istemeyen kişiler inançları gereği dini nikah yapabilir ve kanunun şartlarını sağlamakla birlikte velayete sahip olabilirler. Ancak bu imkanın insanları resmi nikahtan kaçınıp sadece dini nikah yapmaya sevk etmemesi gerekir. Çünkü özellikle eğitimsiz ve hukuktan ziyade töreye göre hareket eden küçük bölgelerde bir erkeğin, yaşlı veya genç fark etmeksizin biri resmi nikahlı kalanı ise dini nikahlı birden çok eşi olduğuna rastlanılmaktadır. Her ne kadar bu durumda evleneni ve nikah kıyanı cezalandıran TCK md.230/V-VI fıkraları Anayasa Mahkemesi kararlarıyla iptal edilmiş olsa da kanaatimizce dini nikah yoluyla birden fazla eşe sahip olunması hem kadın haklarına hem de bu evliliklerden meydana gelen çocukların üstün yararına hizmet etmez. Kaldı ki hakimin en üst planda tutacağı ilke çocuğun üstün yararıdır. O halde hakim, resmi nikahlı birinin bir başka dini nikahlı eşinden olan çocuğu üzerinde birlikte velayet kararı vereceğinde bunun suistimale yol açmasını önlemek için reddetmelidir. Benzer şekilde resmi nikah olmaksızın birden çok kişiyle dini nikahlı olan ve farklı eşlerden çocukları olan babanın da bir çocuğu üzerinde birlikte velayet hakkı varsa diğer eşlerden olan çocuklar için bu hak reddedilebilmelidir. Kanaatimizce dini nikah meselesi çok yönlü olup hem toplumumuzun sosyolojisi hem de insan hakları, demokratik ve laik hukuk devleti ilkeleri kapsamında değerlendirilerek oluşturacağı olumsuzlukları daha net bir şekilde önlemeye yönelik düzenlemeler yapılması gereken bir konudur. Birlikte velayetin kimi salt dini nikahlı eşler ve

çocukları için tıpkı evlilik birliği dışında çocuk sahibi olan çiftlerde olduğu gibi olumlu etkileri olabileceken aksi bir şekilde birden çok kadınla evlilik (kuma getirme), çocuk gelin gibi toplumu yaralayıcı durumlarda ise ne çocuğun yararına olacağı ne de kadın veya toplumun yararının sağlanacağı kanaatindeyiz. Sonuç olarak bu tür olumsuz durumlarla karşılaşmanın oldukça istisnai olacağını düşünmekle beraber karşılaşılması halinde ise aile mahkemesi hakimi tarafından birlikte velayetin tercih edilemeyeceği kanaatindeyiz. Bu istisnai haller haricinde evlilik dışı ilişkide çiftin çocuğu üzerinde birlikte velayet talebinin değerlendirilmesinde hakim eşlerin dini nikahlı olup olmadıklarını dahi incelemesiz çünkü hukuki bir önem arz etmez eğer çocuğun yararı var ve gerekli şartlar sağlanmışsa birlikte velayete karar verilir.

V. AİHS EK 7 NO.LU PROTOKOL 5. MADDESİNİN İÇ HUKUKA ETKİSİ

A. GENEL OLARAK

Ülkemizde birlikte velayet tartışmalarına farklı bir boyut kazandıran ülkemiz tarafından 14.03.1985 tarihinde imzalanan fakat 10.03.2016 tarihli 6684 Sayılı Kanun'la uygun bulunarak 25.03.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan ve 1.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren 11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol'dür. Protokol, hukukumuzda yürürlüğe girmesiyle beraber yargıda da etkisini göstermeye başlamıştır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Protokolün 5. maddesinde ifade edilen eşlerin evlilik süresince ve evlilik sona ermesinden sonra eşit olduğuna ilişkin hükümden yola çıkarak görüş değişikliğine gitmiş ve birlikte velayetin Türk hukukunda mümkün olduğuna kanaat getirmiştir.

Protokolün hukukumuzda yürürlüğe girmesiyle beraber uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzdaki yeri ve bu hükümlerin mevcut kanun hükümlerini ilga

edip etmeyeceği üzerine tartışmalar yaşanmış ayrıca Protokolün birlikte velayetin Türk hukukunda uygulanabilirliği üzerine çeşitli görüşler ifade edilmiştir.

Öncelikle iç hukuk kuralları ile uluslararası toplumun oluşturduğu uluslararası hukuk arasındaki ilişki tespit edilmelidir. Bu tespit uluslararası hukukun ulusal mahkemeler önünde uygulanabilirliğini de belirlemeye yarar.⁸⁹⁹ Bu kapsamda iki görüş ortaya atılmıştır: Düalist (İkici) görüş – Monist(Tekçi) görüş.⁹⁰⁰ Düalist görüşe göre iç hukuk devlet egemenliği altında kişilere yönelik kurallar içerirken uluslararası hukuk birbirilerine eşit devletlerin ortak iradelerini içerir. İç hukuk ile uluslararası hukuk farklı düzeylerde yer alır ve aralarında alt-üst ilişkisi bulunmaz. Bu nedenle birbirilerinde doğrudan uygulanabilme imkanı da yoktur. Uluslararası hukukun iç hukukta uygulanabilmesi ancak aktarımla bir diğer tabirle içselleştirme yoluyla mümkündür.⁹⁰¹ Monist görüşe göre ise dünyada tek bir hukuk olup iç hukukun da uluslararası hukukun da bunun bir parçası olduğu görüşü hakimdir. Tek bir hukuk sistemi görüşü gereği iç hukukla uluslararası hukukun çelişmemesi gerektiği çatışırsa dahi uluslararası hukukun üstün tutulacağı savunulmaktadır. Bu durumda uluslararası hukukun çatışma halinde iç hukukun da doğrudan uygulanabileceği anlamı da çıkmaktadır.⁹⁰²

Doktrinde yer alan bu iki görüşe göre Türk hukukundaki durumu incelemek gerekirse başvurulması gereken en önemli hüküm Anayasa'nın 90. maddesidir. Anayasa md. 90/I uluslararası anlaşmaların kanunla uygun bulunarak onaylanabileceği kuralını ifade ederken maddenin 2. ve 3. fıkraları istisnaları, 4. fıkra ise istisnanın istisnasını

⁸⁹⁹ **AYBAY, Rona/ORAL, Elif:** Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul, 2016, s.24.

⁹⁰⁰ **Aybay/Oral,** s.23; **PAZARCI, Hüseyin:** Uluslararası Hukuk, B.18, Ankara, 2019, s.19 vd.; **KABOĞLU, İbrahim Ö.:** Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), B.7, İstanbul, 2011, s.392.

⁹⁰¹ **Pazarcı,** s.20; **Aybay/Oral,** s.24-25; **Dönmez/Barın,** s.192; **Kaboğlu,** s.392.

⁹⁰² **Aybay/Oral,** s.25-26; **Pazarcı,** s.22; **Dönmez/Barın,** s.192; **Kaboğlu,** s.393.

ifade eder.⁹⁰³ Madde 90/V hükmü ise uluslararası belgelerin iç hukukumuzdaki yerine ilişkindir. Fıkranın ilk cümlesi “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar kanun hükmündedir*” olarak ifade edilmiştir. Görülüyor ki usulüne göre yürürlüğe konulması şartıyla uluslararası sözleşmeler kanun gücünde konumlandırılmıştır. ATAR’a göre bu cümleden uluslararası hukukun kanunla eş değerde konumlandırıldığı anlaşılır. Yazara göre bu durumda önceki - yeni düzenleme ve genel - özel düzenleme ayırımına göre uygulama yapılmalıdır⁹⁰⁴ KABOĞLU da Anayasa md.90/V ilk cümlesinden yola çıkarak Türk hukukunda monist görüşün hakim olduğunu uluslararası hukukun bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilir olduğunu ifade etmiştir.⁹⁰⁵ Ancak kimi yazarlar ise fıkranın ikinci cümlesinde yer alan “*Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmaz*” ifadesinin uluslararası anlaşmaları normlar hiyerarşisinde kanunun üstünde

⁹⁰³ **T.C. Anayasa md. 90/II** “*Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.*”

Md. 90/III “*Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.*”

Md. 90/IV “*Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.*”

⁹⁰⁴ **ATAR, Yavuz:** Türk Anayasa Hukuku, B.13, İstanbul, 2019, s.389.

⁹⁰⁵ **Kaboğlu,** s.393; Aynı görüşte olan Türk hukuk sisteminin uluslararası hukuka bakışını klasik monist görüşle açıklanabileceğini fakat bunun da yetersiz olduğunu ve yeni bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden görüş için bkz. **TEKİN APAYDIN, Deniz:** “*Monizim- Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi:Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işında Değerlendirme*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1, 2018, s.556.

konumlandığını ifade etmiştir.⁹⁰⁶ Ancak çeşitli görüşlerden ve Anayasada yer alan ifadeden de anlaşılacağı üzere uluslararası anlaşmalar kanunla en az eş değer seviyede olup tartışmalar daha üstün olup olmadığına ilişkindir. Ancak bizim de katıldığımız üzere *PAZARCI*'ya göre 22.05.2004 tarihinde md.90/V fıkrasına eklenen son cümle ile bu tartışmalar son bularak uluslararası anlaşmaların kanunla eş değer olduğu anlaşılmıştır.⁹⁰⁷ Bu hüküm “*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*” olarak ifade edilmiştir. Bu hükümden yola çıkarak kimi yazarlara göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalar ile diğer anlaşmaları birbirinden ayırmak gerekir.⁹⁰⁸ Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalarla sınırlı olarak uluslararası anlaşmalar kanundan üstün tutulmuştur ancak bunlar dışında kalan anlaşmalarda kanunla uluslararası anlaşma eş değerde kabul edilir.⁹⁰⁹ Esasında burada kanaatimizce uluslararası anlaşmaya üstünlük tanınmasından ziyade temel hak ve özgürlüğe üstünlük tanınmaktadır. Gerçekten de olması gereken, hangi hukuk temel hak ve özgürlüğe daha fazla koruyorsa o hukukun uygulanması olmalıdır. O halde Anayasa md. 90/V hükmüne göre uluslararası anlaşmalar kanunla eş değerdedir. Ancak temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmaların kanunla çatışması halinde uluslararası anlaşmalar uygulama alanı bulur.⁹¹⁰ Temel hak ve özgürlükler dışındaki anlaşmaların

⁹⁰⁶ **GÖREN, Zafer:** Anayasa Hukuku, B.5, Ankara, 2020, s.236; **Pazarcı**, s.28; **Dönmez/ Barın**, s.193.

⁹⁰⁷ **Pazarcı**, s.28.

⁹⁰⁸ **AYBAY, Rona:** “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, Ayı Basım Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.70, Ankara, 2007, s.207.

⁹⁰⁹ **TEZİÇ, Erdoğan:** Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), B.23, İstanbul, 2019, s.13-Te14; **FENDOĞLU, Hasan Tahsin:** Anayasa Hukuku, B.4, Ankara, 2018, s.552; **Kaboğlu**, s.394; **Pazarcı**, s.28.

⁹¹⁰ **Energın**, s.56.

kanunla çatışması halinde ise iç hukuktaki iki kanun hükmü çatışmış gibi genel-özel ve önceki - yeni düzenleme kriterlerine göre değerlendirme yapılmalıdır.⁹¹¹

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmaların Anayasa md.90 hükmüne göre konumunu ve uygulamasını ifade ettikten sonra AİHS Ek 7 No.lu Protokolün bu kapsamda değerlendirmesini yapmamız gerekir. Aile hukuku genel olarak toplumdan topluma farklı düzenlemeler içeren ve uluslararası toplumda yeknesak düzenlemeler yapılarak devletlerin iç hukukuna aktarılması zor bir alan olarak karşımıza çıkar. Bu durum toplumların kültürel ve sosyal yapıları, ihtiyaçları, gelenekleri, dini yapıları düşünüldüğünde oldukça doğaldır. Ancak yine de özellikle eşitlik ilkesi üzerinden insan haklarına dayanan çeşitli aile, kadın – erkek ve çocuklara ilişkin düzenlemeler yapılmaktadır.

Birlikte velayet tartışmalarına farklı bir boyut kazandıran AİHS Ek 7 No.lu Protokol 5. maddesi de eşlerin evlilik birliği ve evlilik sona erdikten sonra hem kendi aralarında hem de çocuklarıyla olan ilişkilerinde hak ve sorumluluklar bakımından eşit olduklarını belirtir. Görülüyor ki anlaşma eşitlik ilkesine dayanarak ana babanın evlilik süresine sabit kalmaksızın çocuk üzerinde eşit hak ve sorumluluğa sahip olmalarına bir başka deyişle eşit velayete sahip olmalarına yöneliktir. Maddenin devamında ise bu hükmün devletlerin çocuk yararına gerekli tedbiri almalarına engel olmadığı ifade edilir. Böylece Protokol hükmünün devletleri sınırlayıcı olmadığı çocuğun yararı gerektiriyorsa farklı tedbirler alınabileceği anlaşılır. Protokol eşlere eşit velayet hakkı tanıdığına göre velayetin temel hak ve özgürlük olarak değerlendirmesi yapılmalıdır. Velayet hakkının ana babaya tanınmakla beraber çocuk lehine bir hak niteliğinde olduğunu ilk bölümde ifade etmiştik. Kanaatimizce hem çocuğun ana baba tarafından bakılma ve onları bilme hakkı hem de ana babanın çocukları üzerinde eşit söz hakkına

⁹¹¹ Atar, s.388; Dönmez/Barın, s.195.

sahip olmaları ayrıca annelik babalık duygularını cinsiyet ayrımı olmaksızın tadabilme hakları düşünüldüğünde velayetin statülerden bağımsız olarak ana baba yönünden de çocuk yönünden de eşitlik ilkesi kapsamında bir temel hak olarak kabul edilmesi gerekir.

Sonuç olarak temel hak ve özgürlüğe ilişkin AİHS Ek 7 No.lu Protokol 5. maddesinin Türk hukukunda aksi bir kanun hükmüyle çatışması halinde Anayasa md.90/V gereği Protokolün esas alınması gerekir. Ancak Protokol maddesinin devamında devletin çocuğun yararı gerektirdiğinde farklı tedbirler alabileceği hüküm altına alınmıştır. O halde Protokol Türk yasa koyucusunu sınırlamadığı gibi Türk yargısını da sınırlamamaktadır. Mahkemeler çocuğun yararı gerektirdiği takdirde farklı tedbirleri de alabilmelidir. Kanaatimizce çocuğun yararı evrensel bir temel hak olarak nitelendirilerek Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde olduğu gibi Protokol'de de velayete sınırını veren öncelikli ilke olarak yer tutmuştur. Bu düşüncemiz kimi yazarlarca savunulan Protokol'ün TMK md. 336/III hükmünü ilga ettiği düşüncesinin de aksini kabulümüz anlamına gelmektedir.

GENÇCAN'a göre Türk Medeni Kanun md. 336/III hükmü birlikte velayete engel teşkil eder. Ancak AİHS EK 7 No.lu Protokol ile beraber TMK md. 336/III hükmü örtülü olarak ortadan kaldırılmıştır.⁹¹² Ancak bize göre Protokol birlikte velayeti bir alternatif olarak sunmuştur. Protokolden birlikte velayetin kural olduğu anlaşılmadığı gibi hem ÇHS'de sıkça değinilen hem de Protokol maddesinin devamındaki çocuğun yararı velayetin gerekirse tek başına ana babadan birine verilmesini de mümkün kılmaktadır. O halde TMK md. 336/III hükmünde yer alan boşanma sonrası tek başına velayet hükmünün ilgasından ziyade TMK md.336 ile Protokol md.5 hükümlerinin birlikte uygulanabilirliği olduğu düşüncesindeyiz. Ayrıca

⁹¹² **Gençcan**, s. 311.

Anayasa md. 90/V gereği temel hak ve özgürlüklere ilişkin her anlaşma iç hukuku ilga etmez ve üstünlük sağlamaz. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalar ancak kanunlarla çatışma halinde ilk olarak uygulama alanı bulur.

B. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Doktrinde AİHS Ek 7 No.lu Protokol 5. Maddesinin iç hukukumuzda birlikte velayete ilişkin etkileri ile ilgili görüşler ifade edilmiştir. *APAYDIN*'a göre Protokol md. 5 eşlerin evlilik birliği veya sona ermeden sonra eşit olduğunu ve cinsiyet temelli ayrımcılığı yasaklamaktadır. TMK md 336 cinsiyet temelli bir ayrımcılık yapmadığı için Protokole aykırı kabul edilemez. Fakat Protokol, gerçek anlam ve değerini ancak birlikte velayet düzenlemesiyle bulacaktır.⁹¹³

GÜVEN'e göre Protokol md. 5 TMK md. 182/II (TMK md.182/III), 336/II ve 337 hükümlerini ortadan kaldırmaz. Yazara göre Protokol tüm aile ilişkilerinde uygulanabildiği için Medeni Kanun'a görece genel hüküm niteliğindedir. Ancak iki genel kanun niteliğinde hem TMK hem Protokol varlığını beraber sürdürür. Bu durumda sonraki genel kanun olan Protokolün önceki genel kanun olan TMK yanında ek bir hüküm ifade etmesi söz konusudur.⁹¹⁴ Bu kapsamda çocuğun yararının sağlanması kaydıyla evlilik ortadan kalmış veya hiç yapılmamış olsa bile birlikte velayete imkan tanınmalıdır.⁹¹⁵

ERLÜLE'ye göre Protokol md. 5 hükmü AİHS md.14'ye yer alan ayrımcılık yasağının özel bir türü olan cinsiyet ayrımcılığını yasaklamıştır. Bu nedenle TMK md. 336/III ile Protokol md. 5 arasında bir çatışma söz konusu değildir. Kaldı ki çatışma olsa bile temel hak ve özgürlüklerde milletlerarası antlaşmanın uygulanması

⁹¹³ *Apaydın*, s.467.

⁹¹⁴ *Güven, K.*, s.38 vd.

⁹¹⁵ *Güven, K.*, s.44.

gerektiğinden TMK hükümlerinin ihmal edilmesi gerekir. İhmal halinde maddeler arası öncelik olmaz fakat bu durumda Protokol hükmü uygulanırken TMK hükümleri uygulanmaz. Çünkü normlar hiyerarşisinde hepsi aynıdır fakat Anayasa md. 90 özel çatışma kuralı gereği milletlerarası antlaşmadaki temel hak ve özgürlük hükümleri uygulanırken kanun ihmal edilir. Bu durum TMK hükmünün mülgası anlamına bir başka deyişle örtülü olarak kaldırıldığı anlamına gelmez.⁹¹⁶

ERDEM'e göre Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle beraber artık birlikte velayetin Türk hukukunda mümkün olup olmadığına yönelik tartışmaların anlamı kalmamıştır. Protokol birlikte velayeti mümkün kılmaktadır.⁹¹⁷

AKINTÜRK/ATEŞ ise Protokol yürürlüğe girmesinden önce birlikte velayetin Türk hukukunda mümkün olmadığını TMK md. 182 ve 336 hükümlerinin emredici olduğunu beyan ederken Protokol sonrası görüş değişikliğine giderek artık birlikte velayete karar verilebileceğini ifade etmiştir.⁹¹⁸

İNCE'ye göre Protokol yürürlüğe girerek iç hukukumuz bir parçası olmuştur. Protokolün ışığında TMK hükümlerinin de birlikte velayeti yasaklamaması sebebiyle gerekli şartların sağlanmış olması halinde birlikte velayete hükmedilmelidir.⁹¹⁹

ENERGİN'e göre Protokol, ana baba arasında eşitlik ilkesine dayanarak sadece evlilik birliği değil birlik dışında da bu esas ölçüt alır. Protokol, birlikte velayeti

⁹¹⁶ **Erlüle**, s.317-319.

⁹¹⁷ **Erdem**, s.174.

⁹¹⁸ **Akıntürk/Ateş**, s.311.

⁹¹⁹ **İnce**, s.221.

zorunlu kılmamaktadır.⁹²⁰ Her durumda çocuğun üstün yararı değerlendirilerek birlikte velayete karar verilebilmelidir.⁹²¹

GENÇCAN da Protokolle beraber artık çocuğun üstün yararı aksini gerektirmedikçe velayetin ana ve babaya birlikte verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Gençcan'ın fikirlerinin yansımasını Yargıtay'ın görüş değişikliğini ifade ettiği Yargıtay T:20.02.2017, E.2016/15771, K. 2017/1737 Sayılı kararında da görmekteyiz. Yazara göre Protokolün yürürlüğe girmesiyle birlikte velayete engel olan TMK hükümleri örtülü olarak ortadan kaldırılmıştır.⁹²²

KURT ise göre Protokol md.5, ÇHS md.3, 7 ve 18, AİHS md.8 hükümleri birlikte velayete dayanak teşkil edecek hükümler olup normlar hiyerarşisi kapsamında birlikte velayetin Türk hukukunda uygulanabilir olduğunu ifade eder. Yazara göre velayet hakkı temel hak niteliğinde olup Anayasa md. 90/V gereği uluslararası sözleşmelerin TMK'dan üstün tutularak uygulanması gerekir. Bu kapsamda çocuğun yararı halinde birlikte velayete hükmedilebilmelidir.⁹²³

CEYLAN'a göre de hukukumuza giren ve öncelikli olan Protokol kapsamında birlikte velayete karar verilebilmesi gerekir. Ancak bunun için eşlerin de bu konuda mutabakat sağlaması gerekir.⁹²⁴

DÖNMEZ/BARIN'a göre Protokol birlikte velayeti uygulanabilir hale getirmiştir. Ancak bu birlikte velayetin kural olacağı anlamına gelmemektedir. Velayet hakkının sujesi çocuğun kendisidir. Bu nedenle çocuğun üstün yararı ilkesi Protokolün

⁹²⁰ **Energim**, s.60.

⁹²¹ **Energim**, s.62.

⁹²² **Gençcan**, *Ortak Velayet*, s.26.

⁹²³ **Kurt**, s.174.

⁹²⁴ **Ceylan**, *Yeni Gelişmeler*, s.54.

de istisnasını teşkil eder. Yazara göre çocuğun üstün yararına oldukça birlikte velayet uygulanabilir olmalıdır. Bu kapsamda en azından alternatif olarak birlikte velayet düzenlenmelidir.⁹²⁵

ÇAKIR'a göre Protokol iç hukuk halini alarak TMK ile beraber varlığını sürdürür. Protokol md. 5 cinsiyetler arası eşitliği benimsemiştir ancak birlikte velayete ilişkin bir zorunluluk içermez. O halde çocuğun yararına olması kaydıyla birlikte velayet hükmedilebilir.⁹²⁶

BÖLÜKBAŞI'na göre Protokol cinsiyet ayrımcılığını reddeder TMK md. 336/III hükmünde ise cinsiyete dayalı bir ayırım yer almaz. Bu nedenle Protokol ve TMK hükümleri arasında bir çatışma yoktur. Hakim önüne gelen uyuşmazlıkta Protokole uygun olarak birlikte velayete veya TMK kapsamında tek başına velayete karar verebilir.⁹²⁷

C. DEĞERLENDİRMEMİZ

Birlikte velayetin Türk hukukunda uygulanabilirliği doktrinde oldukça tartışmalı ve yargı kararlarında ise olumsuz sonuç bulurken AIHS Ek 7 No.lu Protokol'ün 6684 Sayılı Kanun'la uygun bulunarak 25.03.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanması hem doktrinde birlikte velayetin mümkün olmadığını savunan yazarların hem de Yargıtay'ın yerleşik görüşünde değişikliğe yol açmıştır.

Öncelikle Protokolün Türk hukukunda yeri ve doğrudan uygulanabilirliği üzerine inceleme yapılma gereği doğmuştur. Bu kapsamda Anayasa md.90 hükmünden yola çıkarak Türk hukukunun uluslararası hukuka bakış açısının kimi yazarlar monist

⁹²⁵ **Dönmez/Barın**, s.204 vd.

⁹²⁶ **Çakır**, s.118.

⁹²⁷ **Bölükbaşı**, s.165.

kimisi ise düalist olduğunu ve bazı yazarlar ise yeni bir bakış açısına ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir. Kanaatimizce Anayasa md.90/V uluslararası antlaşmaları kanunla eşdeğer kabul etmiştir. Asıl tartışmalar ise fıkranın son cümlesinde yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunlar arasında çatışma olması halinde antlaşmanın esas alınacağını ifade eden hüküm üzerinde toplanmıştır. Bu durumda uluslararası antlaşmalar kanundan üstün müdür, çatışan kanunlar ilga mı edilmiştir tartışması doğmuştur. Gerçekten Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı GENÇCAN da Protokolün kabul edilmesiyle beraber TMK md.336/III hükmünün örtülü olarak ilga olduğunu ifade etmiştir.

Öncelikle ifade etmeliyiz ki velayet hakkı, sujesi çocuk olan bir hak olarak kabul etmenin yanı sıra ana babanın hakları ve eşitlik ilkesi kapsamında da değerlendirdiğimizde AIHS Ek 7 No.lu Protokol temel hak ve özgürlüklere ilişkin ve ihlali halinde AIHM'e başvurulabilecek bir uluslararası belgedir. Bu kapsamda Anayasa md.90/V kapsamında değerlendirilerek kanunla çatışması halinde esas alınması gerekir. Ancak esas alınır ifadesi bizim de katıldığımız görüşe göre öncelik anlamında olmayıp uygulamadaki yoruma bırakılmıştır.⁹²⁸ Kaldı ki Protokolü çocuğun yararı istisnasını getirerek devletlerin farklı tedbirler alabileceğini ifade etmesi, eğer çocuğun yararı gerektiriyorsa birlikte velayet yerine tek başına velayetin mümkün olması ve hatta şartlar gerektiriyorsa velayetin her iki eşten de kaldırılması anlamına gelir. O halde

⁹²⁸ **Aybay**, s.205, naklen “*gereğede “öncelik verilmesi”nden söz edilmişken, kabul edilen maddede, “esas alınır” denilmesi, anayasa koyucunun “öncelik verilmesi”nden yana olmadığı; bu konunun uygulamadaki yorumlara bırakıldığı biçiminde anlaşılmalıdır.*” ve s.212, naklen “*Gereğede “üstün” tutulmadan söz edilmişken, kabul edilen metinde “esas alınma” denilmesinden, amacın, üstün tutma olmadığı sonucuna varılabilir. Bunun sonucu olarak, yargıç (kanun uygulayıcısı) aşağıda açıkladığımız gibi, ulusal yasa ile antlaşma arasında, yürürlüğe giriş tarihinden bağımsız bir seçim yapacak ve “insan haklarından yana” olana öncelik verecektir.*”

Protokolün TMK md.336/III hükmünü örtülü olarak kaldırdığı görüşüne katılmıyoruz. Bunun sebebi hem uluslararası sözleşmenin kanunu kaldıran niteliği olmadığı hem de TMK md.336/III hükmüyle Protokolün aynı anda uygulanabilir nitelikte olduğunu düşünmekteyiz.

Protokolün TMK md.336/III hükmünü kaldırmadığına yönelik doktrinde de çeşitli görüşler ifade edilmiştir. Bu görüşteki yazarlara göre Protokol cinsiyet ayrımcılığına yönelik ve TMK'nın geneline hitap eder. TMK ile Protokol arasında herhangi bir çatışma yoktur gerektiğinde TMK kapsamında tek başına velayete de karar verilebilir.⁹²⁹ Yine doktrinde hakim kanı Protokolün birlikte velayeti Türk hukukunda mümkün kıldığı ancak zorunlu bir hal olarak da ileri sürmediği yönündedir. Bu kapsamda çocuğun yararına göre hareket edilmeli ve birlikte velayete karar verilebilmelidir.

Kanaatimize göre de Protokol uygun bulma kanunu ile onaylanarak iç hukukumuzu bağlayıcı bir nitelik kazanmıştır. Üstelik Anayasa md.90/V gereği kanunla eş değerde olup boşanma sonrasında da evlilik içinde de eşler arası ve çocukla olan ilişkide eşitlik esas alınmalıdır. Bu kapsamda Türk Medeni Kanun'un imkan vermediği birlikte velayet kurumu, AİHS Ek 7 No.lu Protokol ile kati bir şekilde uygulanabilir hale gelerek tartışmalara son vermiştir. Her ne kadar *GENÇCAN*'ın aksine TMK hükümlerinin ortadan kalkmadığını düşünsek de netice itibarıyla Protokol sayesinde Yargıtay da uygulamada görüş değişikliğine giderek birlikte velayete imkan tanımıştır.

Sonuç olarak doktrindeki hakim kanıya katılarak Protokol iç hukukta birlikte velayeti uygulanabilir hale getirmiştir. Bu durum TMK md.336/III hükmü kapsamında boşanma sonrası tek başına velayete engel teşkil etmez. Gerçekten de hem Protokol hem de ÇHS kapsamında çocuğun yararı sınır olarak ifade edilir. Yapılan her velayet

⁹²⁹Çakır, s.118; Bölükbaşı, s.165; Apaydın, s.467; Güven, K., s.38 vd.

düzenlemesi çocuğun yararına uygun olmalıdır. O halde boşanma sonrası birlikte velayet artık mümkün olmakla beraber tek başına velayet de ortadan kalkmış değildir. Çünkü Protokole göre kural çocuğun üstün yararı olup düzenleme bu ilke çerçevesinde yapılmalıdır.

VI. BİRLİKTE VELAYETE İLİŞKİN YARGI KARARLARI

A. YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ 20.02.2017 TARİHLİ 2016/15771 E., 2017/1737 K. SAYILI EMSAL KARARI VE ÖNCESİ

Birlikte velayete ilişkin yargı kararları pek sık olmamakla beraber özellikle 2017 yılında Yargıtay'ın görüş değişikliğine gitmesinin ardından artarak yargı dünyasında yer bulmuştur. Uygulamada birlikte velayete ilişkin ilk karar İzmir 4. Aile Mahkemesi 27.05.2009 tarih, 2009/448 E., 2009/470 K. sayılı karar olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹³⁰ Dava, TMK md.166/III kapsamında anlaşmalı boşanmayı içermekte olup tarafların yaptığı anlaşma protokolüne göre çocuğun velayetinin birlikte kullanılması düzenlenmiştir. Mahkeme aldırıldığı uzman raporu doğrultusunda birlikte velayetin

⁹³⁰ “...cocuk için ideal olanı her iki ebeveynin de çocukla ilgili kararlara aktif katılması, çocuğun sınırlama olmaksızın istediği kadar her iki ebeveyni de görebilmesidir. Bosanma sonrasında en sık gorulen negatif durum, eski eslerin çocuk bakımı ve gorusmeler konusunda catismalarıdır. Catismaları çocuk üzerinden devam ettirerek birbirlerini cezalandırma, ofkelerini aktarma yolu olarak çocuğu kullanma ortaya çıkabilmektedir. Çocuk velayeti ile ilgili duzenleme ne olursa olsun, çocuğun ihtiyacları her zaman birinci planda gelmelidir.cifti ile yapılan gorusmede, her iki tarafında çocuğun yuksek yararını göz onunde bulundurabilecek, bosanma sonrasında da musterek çocuk ile ilgili olarak bir araya gelerek karar alabilecek istek ve bilince sahip oldukları, çocukla ilgili alınacak kararlarda is birliğı içinde bulunabilecekleri izlenimi edinilmistir. Yapılan değerlendirmeler sonucunda, tarafların ortak velayet uygulamasına yönelik istek, bilinc ve gerekli motivasyona sahip oldukları, tarafların kucuğun psiko-sosyal gelisimini göz onunde bulundurarak kucuğun diğer ebeveyni ile olan iletisim ve paylasımını destekleyici tutum icerisinde bulundukları izleniminin edinilmesi ile musterek çocuğun alıstığı yasam duzeninin sağlanması durumunda ortak velayetin taraflarca kullanılabileceği kanısına varılmış” Karar için bkz. **Serdar**, s.171, dn.59.

çocuğun yararına olacağını ve ana babanın işbirliği içinde olabileceğini öngörerek birlikte velayete karar vermiştir. Söz konusu karar temyiz edilmediğinden tekrar değerlendirme yapılmamış ve kesinleşmiştir. Esasında mahkemenin olması gerektiği gibi bir karar verdiğini görüyoruz. Dava anlaşmalı boşanma içermekte bir başka deyişle eşler velayet konusunda birbiriyle aynı fikirde olarak birlikte velayeti talep etmişlerdir. Velayet davalarında olması gerektiği üzere mahkemenin aldıracağı uzman raporu da birlikte velayet lehine olup birlikte velayeti içeren anlaşmanın kabulüne karar verilmiştir.

Yargıtay'ın birlikte velayete ilişkin verdiği kararlar ise 2017 yılı öncesi ve sonrasında farklılık göstermektedir. Yargıtay önüne gelen kararlar sıklıkla birlikte velayete ilişkin yabancı mahkeme ilamlarının tenfizine yöneliktir. Yargıtay bu davalarda TMK md.336/III hükmünün emrediciliği ve kamu düzenine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle tenfiz taleplerini reddetmiştir.⁹³¹ Bu durum Yargıtay'ın kamu düzenini emredici kurallar gibi görmesi ve yabancı hukuka uygun düzenlemelerin Türk kamu düzenine aykırı olduğunu kabul etmesi sebebiyle eleştirilmiştir.⁹³² Oysaki kamu düzeni uluslararası özel hukukta dar yorumlanması gerektiği görüşü hakimdir.⁹³³

⁹³¹ **ALİBABA, Arzu/KOCANA RODOSLU, Emine:** “*The Role of Public Policy in the Enforcement of Foreign Custody Judgments: An Example of Joint Custody in Turkish Law*”, Sustainability, MDPI, Open Access Journal, vol. 12(5), 2020, s.22; Kararlar için bkz. **Bingöl**, s.291-292; “*Evlilik devam ettiği sürece ana-baba velayeti birlikte kullanırlar. Boşanma ve ayrılığa karar verilmesi halinde hakim velayeti eşlerden birine vermek zorundadır. (TMK.mad.336) Velayetin düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin müşterek çocuğun velayetini yazılı şekilde düzenlemesi Türk Medeni Kanununa aykırıdır. (MÖHUK.mad.38/c) Bu nedenle mahkemenin velayet düzenlenmesine yönelik tenfiz isteğini reddetmesinde isabetsizlik yoktur.*” **Yargıtay Kararı - 2. HD., E. 2006/6824 K. 2006/13638 T. 10.10.2006**, <https://www.lexpera.com.tr>. (E.T.: 5.09.2021)

⁹³² **Bingöl**, s.293; **Apaydın**, s.463; **Erlüle**, s.295.

⁹³³ **Alibaba/Kocana Rodoslu**, s.22.

Fakat Türkiye'nin 14.03.1985 tarihinde imzaladığı "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokolü" 6684 Sayılı Kanun'la uygun bulunarak 1.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmesi Yargıtay'ın birlikte velayetin Türk hukukunda uygulanabilirliğine bakışını değiştirmiştir. Bu doğrultuda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2017 tarihli 2016/15771 E., 2017/1737 K. sayılı kararı Türk hukuk uygulamasında da dönüm noktası olmuştur.⁹³⁴ Karara konu davada taraflar İngiliz vatandaşı olup evlilik dışı

⁹³⁴ "Taraflar İngiliz vatandaşıdır. Davacı baba, evlilik dışı doğan 24/10/2003 doğumlu ortak çocuk... 'un velayetinin anne ve babaya verilmek suretiyle, velayetin ortak düzenlenmesini istemiştir...

Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol", 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 Nolu 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 hukukla ilgili yasal düzenlemeye baktıktan sonra "kamu düzeni" (ordre public) kavramı üzerinde durmak uyuşmazlığın çözümü için yararlı olacaktır...

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

O halde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velayete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek "ortak velayet" istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk

müşterek çocuğun velayetinin birlikte kullanılması istemlidir. Kararda birlikte velayetin kamu düzeniyle ilişkisini irdelenerek birlikte velayetin “açıkça” Türk kamu düzenine aykırılık oluşturduğunu söylemenin mümkün olmadığını ifade edilmiştir. Yargıtay bu kararı verirken iç hukuktaki yasal düzenlemelere ek olarak Ek 7 No.lu Protokolün 5. maddesini de belirterek verdiği kararı bu hükme dayandırmıştır. Bu sayede Yargıtay birlikte velayete ilişkin tenfiz kararlarını emredici hükümlere ve kamu düzenine aykırılık sebebiyle reddetme görüşünde değişikliğe giderek iç hukuk haline gelen Ek 7 No.lu Protokol’e de dayanarak birlikte velayetin açıkça kamu düzenine aykırılık oluşturmadığına hükmetmiştir. Üstelik bu kararını evlilik birliği dışında doğan müşterek çocuğun velayeti hakkında vermiştir.

Bu kararın ardından Yargıtay 2. HD. 4.12.2017 tarihli 2016/18674 E., 2017/13800 sayılı kararında da iki Türk vatandaşının arasında yaptığı birlikte velayet düzenlemesine ilişkin yabancı mahkemede verilen kararın Türkiye’de tanınmasına yönelik açılan davada kamu düzenine açıkça aykırı olduğunu söylemenin ve toplumun temel yapısı ve çıkarını ihlal ettiğini söylemenin mümkün olmadığını ifade etmiştir.⁹³⁵

Yargıtay’ın yeni görüşündeki prensipleri esasında *GENÇCAN* ifade etmiştir. *GENÇCAN’a* göre AİHS Ek 7 No.lu Protokol Anayasa md.90/V fıkrasında yer alan “*esas alınır*” ibaresi gereği iç hukuk halini almıştır. Buna göre artık birlikte velayet kural iken tek başına velayet istisnai uygulama alanı bulur. Yargıtay’ın da bu doğrultuda karar verdiği gerekçesinden anlaşılmaktadır. Ancak *GENÇCAN’ın* birlikte velayete ilişkin diğer görüşlerini de ifade ederek uygulamanın bundan sonra da neye göre

kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.”, Yargıtay Kararı - 2. HD., E. 2016/15771 K. 2017/1737 T. 20.2.2017, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 5.09.2021)

⁹³⁵ Karar için bkz. *Gençcan*, s. 314.

olacağını öngörmek de fayda vardır. Yazar birlikte velayetin kural olmakla beraber zorunluluk teşkil etmediğini ancak gönüllülük esasıyla karar verilmesi gerektiğini bu kapsamda tek başına velayet talebi varsa birlikte velayete karar verilmemesi gerektiğini ifade eder. Birlikte velayet çocuğun yararına aykırılık teşkil ederse gerekçesi açıklanarak birlikte velayete karar verilmemelidir. Eşlerin birlikte velayet talebi hakimi bağlamaz. Hakim idrak çağındaki çocuğun görüşünü ve gerekirse uzman görüşü de almalıdır.⁹³⁶

B. YARGITAY EMSAL KARARI SONRASI VERİLEN YARGI KARARLARI

Yargıtay'ın görüş değişikliğinin ardından yerel ve Bölge Adliye mahkemelerinde birlikte velayete ilişkin kararlar verilmeye başlanmıştır. Tekirdağ Çorlu 1. Aile Mahkemesi 14.04.2017 tarihli kararında boşanan çiftin hazırladıkları protokolde birlikte velayeti düzenlemişlerdir. Yerel mahkeme birlikte velayetin çocuğun yüksek menfaatine katkı sağlayacağından kabul etmiştir.⁹³⁷

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1. HD 10.05.2017 tarih, 2017/121 E., 2017/601 K. sayılı kararında müşterek çocuk dinlenerek her iki ebeveyniyle de ilişkisinin devam etmesini istemiştir. Mahkeme Yargıtay kararına da atıf yaparak kamu düzenine açıkça aykırılık olmadığını ve birlikte velayet kararının verilebileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, Yargıtay gibi Ek 7 No.lu Protokolün iç hukuk haline geldiğini ve TMK ilgili hükümleri örtülü olarak kaldırdığını kabul etmiştir. Ayrıca taraf vekilleri velayetin müvekkillerine verilmesini ve birlikte velayet tercihinin katılmadıklarını ifade etseler de mahkeme çocuğun yararı gereği birlikte velayeti gerekli görmüştür. Kararın sonunda ise birlikte velayetin kullanımı şu ifadelerle belirtilmiştir “*Ortak velayet çocukla ilgili önemli kararları birlikte almayı gerektiren bir durumdur. Çocuğun*

⁹³⁶ Gençcan, s.316-317.

⁹³⁷ Akkurt, s.4195; Reyhani Yüksel, s.76.

*sağlığı, eğitimi, onun hayatına yön verecek ve onun üstün yararını gerektirecek hususlarda ortak hareket etmeyi gerektirir. Bununla beraber çocuğun bir düzene ihtiyacı vardır, bu düzeni sağlamak için bir ebeveynin yanına yerleştirilmesi, diğeri ile kişisel ilişki kurulması ve yanına yerleştirilmeyen ebeveynin çocuğun giderlerine de katılması gerekir.”*⁹³⁸

Ankara BAM 2. HD 5.12.2017 tarih, 2017/1132 E., 2017/1471 K. sayılı bir kararda ise mahkeme, ana babanın gönüllülük esasına dayalı olarak birlikte velayete karar verilebileceği prensibine dayanarak annenin tek başına velayeti talep etmesi sebebiyle birlikte velayet koşulları gerçekleşmediğinden birlikte velayete yönünde karar verilememiştir.⁹³⁹

İstanbul BAM 38. HD. 12.04.2019 tarih, 2018/2733 E., 2019/537 sayılı kararında ise evlilik dışı ilişkiden olan müşterek çocuğun birlikte velayetine ilişkindir. Karara göre tanıma sureti ile babayla soybağı kurulan çocuğun velayetinin sadece anne değil birlikte velayet olarak düzenlenip düzenlenemeyeceğinin incelenmesi bu doğrultuda uzman görüşü alınması gerektiğine dairdir.⁹⁴⁰

⁹³⁸ Karar için bkz. **Apaydın**, s.463 vd.

⁹³⁹ Karar için bkz. **Apaydın**, s.465.

⁹⁴⁰“...Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir.

O halde mahkemece, tanımak sureti ile baba nüfusuna kaydedilen ve bu suretle evlilik dışı dünyaya geldiği için velayeti annede bulunan çocuğun velayetinin ortak düzenlenip düzenlenemeyeceği konusunda taraflarca bildirilecek deliller serbestçe değerlendirilerek ve uzman görüşü alınarak değerlendirilmesi gerekirken, yasal olarak mümkün bulunmadığı gerekçesi ile reddedilmesi usul ve yukarda açıklanan yasal düzenlemelere uygun görülmemiştir. Tarafların istinaf talepleri yerindedir...”**, İstanbul BAM 38. HD. 12.04.2019 tarih, 2018/2733 E., 2019/537, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 5.09.2021).**

Ankara BAM, 2. HD., E. 2019/823 K. 2020/1076 T. 6.10.2020 kararında ise ana baba anlaşma protokolünde her ne kadar birlikte velayet talep etmişse de yerel mahkeme ebeveynlerden birinin Ankara birinin Çanakkale’de oturması sebebiyle birlikte velayetin çocuğun yararına olmayacağına bu nedenle ret kararı vermesini kaldırmıştır. Mahkeme gerekçesi şöyledir “...*Ortak velayete hükmedebilmek için anne ve babanın bunu birlikte talep etmesi koşulunun gerçekleştiği ve ortak velayet konusunda taraflar arasında çekişme olmadığı anlaşılmaktadır. Tarafların müşterek çocuğun fiilen baba yanında kaldığı, sosyal hizmet uzmanı tarafından düzenlenen sosyal inceleme raporunda da; davalı annenin bugüne kadar velayet sorumluluğunu sağlıklı bir şekilde yerine getirdiği ve bundan sonra da yerine getireceği, oğlu K5’in isteği doğrultusunda babasının yanında kalma fikrine saygı duyduğu... Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; anne ve babanın bilinçli ebeveynler oldukları, ortak çocuklarının isteklerine ve düşüncelerine önem verdikleri, çocuğun yüksek menfaatine gözettikleri ve bu noktada birbirleri ile uzlaşabilip ortak karar alma becerisi gösterdikleri anlaşılmaktadır. Anne ve babanın ortak iradesinin çocuğun menfaatine olmadığı durumlarda hakim duruma müdahale imkanı var ise de; tarafların ortak velayet taleplerinin çocuğun üstün yararına ve güvenliğine aykırı olduğuna dair dosyada delil bulunmamaktadır. Bu durumda ortak velayete ilişkin talebin kabulü gerekirken, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir...*”⁹⁴¹

⁹⁴¹Ankara BAM, 2. HD., E. 2019/823 K. 2020/1076 T. 6.10.2020, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 5.09.2021).

İzmir BAM 2.Hukuk Dairesi'nin verdiği kararlarda da davanın tarafının birlikte velayet talebi olmasına rağmen herhangi bir değerlendirme yapılmadan taleplerin reddedilmesi kararların kaldırılma nedeni olarak sayılmıştır.⁹⁴²

C. ANAYASA MAHKEMESİ HİLAL ERDAŞ BAŞVURUSU (BAŞVURU NUMARASI: 2018/27658, T.6.10.2021, RESMÎ GAZETE 30.11.2021, S.31675)

Anayasa Mahkemesinin Başvuru No: 2018/27658, 6.10.2021 tarihli ve S. 31675, 30.11.2021 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan kararı, başvuru Hilal Erdaş'ın müşterek çocuğun velayetinin ebeveyn tarafından ortak kullanımına karar verilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkindir. İşbu kararın incelemesini çeşitli açılardan ele alınmıştır ancak şunu baştan belirtmeliyiz ki kararın hem olumlu hem de olumsuz bulduğumuz yanları bulunmaktadır.

Öncelikle karara konu olayı özetlemek gerekirse; başvuru ile E.E Antalya 4. Aile Mahkemesi tarafından 16.5.2014 tarihinde anlaşmalı boşanmışlardır. Boşanmayla beraber müşterek çocuk babanın velayetine bırakılmıştır.

Başvuru velayetin değiştirilmesi ve iştirak nafakası talebiyle Antalya 6. Aile Mahkemesine başvurmuştur. Alınan sosyal inceleme raporunda çocuğun daha çok başvuruyla yaşadığı ve hem anne hem babaya psikolojik ve sosyal bağılılık hissettiği, her ikisinden ayrı kalma kaygısı yaşadığı belirtilmiş. Annenin sosyal destekleme sistemine babaya kıyasla daha fazla sahip olduğu fakat babanın da çocuğa bakmakta istekli olduğu, çocuğun mevcut düzenden mutlu olduğu ifade edilmiştir. Tarafların ortak velayete sahip olmasının çocuğun yararına olacağı ancak hukuken mümkün değilse çocuğun velayete sahip ebeveyn ile ikamet etmesi gerektiği ve velayetin başvurucuya verilmesinin uygun olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme 2.10.2017 tarihli kararında

⁹⁴² 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, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 5.09.2021).

velayetin anneye verilmesine ve babayla kişisel ilişki kurmasına karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde ise çocuğun fiili durumdan memnun olduğu ve çocuğun hafta içi annede hafta sonu babada kalmasının çocuğun psikolojisini olumsuz etkilemeyeceğini, ana babanın da itirazının olmadığını bu nedenle ortak velayete karar verilmesine gerek olmadığını, mevcut uygulamaya hukuki çerçeve hazırladığını belirtmiştir.

E.E. istinaf yoluna başvurmuştur. Antalya BAM 2. HD 13.7.2018 tarihli kararında istinafının kabulüne, velayetin ortak kullanılmasına çocuğun babasıyla yaşamasına ve anneye kişisel ilişki kurmasına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde ise ortak velayetin hukuken mümkün olduğunu ve ancak çocuğun üstün yararına aykırılık halinde karar verilemeyeceğini, çocuğun velayetinin fiilen ortak kullanıldığının ve çocuğun bu durumdan memnun olduğunun ayrıca sosyal inceleme raporunun da bunu desteklediğini belirtmiştir.

Nihayetinde başvuru, ortak velayetin ancak tarafların talebi ve çocuğun üstün yararına aykırı olmadıkça uygulanabileceği, istinaf mahkemesinin talep olmaksızın ve tarafların görüşünü almaksızın karar verdiği şeklindeki iddialarıyla bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararı açıklamak ve değerlendirmesini yapmak gerekirse şu söylenmelidir ki; Anayasa Mahkemesinin nihai kararının gerekçelerine kadar olan bölümde birlikte velayetin Protokol ve Yargıtay emsal kararına atıf yapılarak mümkün olması, birlikte velayete karar verirken derece mahkemelerinin değerlendirmesi gereken ölçütler, birlikte velayetin aile hayatına saygı ilkesine uygunluğu ifade edilmiş olup, bu değerlendirmeye katılmaktayız.

Anayasa Mahkemesi kararında velayetin ortak kullanımının TMK kapsamında olmasa da 6684 sayılı Kanun ile onaylanan Ek 7 No.lu Protokol md.5 ile mümkün hale geldiğini ifade etmiştir (§ 46). Bu sayede Anayasa Mahkemesinin de birlikte velayetin mümkün olup olmadığı konusunda Ek Protokol sayesinde mümkün olduğunu belirtmiş oldu.

Mahkeme, Yargıtay emsal kararını da değerlendirerek Yargıtay'ın, velayet konusunda ebeveynler arasında bir çekişme olmamasını da dikkate aldığını ifade etmiştir. Ayrıca velayetin ortak kullanımı ve sonlandırılmasına ilişkin usul ve esasların mevzuatta ayrıca ve açıkça düzenlenmediği belirtilmiştir (§ 47). Gerçekten de Mahkeme tespitine katılarak birlikte velayete yönelik düzenleme yapılması gerekliliğini kabul etmekteyiz.

Mahkemenin katıldığımız bir diğer tespiti ise asıl amacın çocuğun üstün yararı olduğuna ilişkindir. Mahkeme bu kapsamda çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil etmemesi halinde velayetin ortak kullanımının -somut olayın koşullarına göre- aile hayatına saygı ilkesine ilişkin anayasal güvencelere uygun olduğu ifade edilmiştir (§ 48). Bu sayede Mahkemenin de aksi gerekmedikçe birlikte velayet uygulanmasının aile hayatına saygı ilkesine uygun olduğunu kabul ettiğini görmekteyiz.

Mahkeme birlikte velayetin çocuğun üstün yararına olup olmadığı konusunda yapılması gereken inceleme konusunda derece mahkemelerine yol göstermiştir. Buna göre derece mahkemeleri birlikte velayetin çocuğun üstün yararına olduğunun tespiti için bilimsel görüş ve raporlar ile yeterli ve objektif verilere dayanmalı, ebeveyn ve dinlenebilecek çocuğun görüşü alınmalıdır. Ayrıca birlikte velayet konusunda taraflar arasında ihtilafın varlığı da araştırılarak çocuğun üstün yararının tespitinde ve uygulamanın sürdürülebilirliğinin sağlanmasında dikkate alınmalıdır (§ 49).

Mahkeme bütün açıklamalar neticesinde yaptığı değerlendirmeye göre “...başvurucunun ortak velayet uygulamasını kabul etmediği ve açıkça bu uygulamaya itiraz ettiği, davalı babanın da velayetin ortak kullanımına ilişkin açık bir talebinin mevcut olmadığı görülmüştür. Her iki tarafın önceliğinin velayetin kendisine verilmesi olduğu gözetildiğinde ebeveynlerin velayetin kullanımı konusunda ihtilaflarının olduğu ve velayetin ortak kullanımının taraflar arasında çekişmeye sebep olabileceği söylenebilir. Bu ihtilafların çocuğun üstün yararına olanı tespit bağlamında BAM Dairesi tarafından gözetilmediği, çekişmenin ortak velayetin sürdürülebilirliğine ve çocuğun psikolojik gelişimine muhtemel etkilerine ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı görülmüştür. Bununla birlikte hükme esas alınan bilirkişi raporunun ebeveynlerin ortak velayete ilişkin görüşlerine başvurulmadan hazırlandığı, derece mahkemelerinin de ebeveynlerin velayetin ortak kullanımına ilişkin istek ve iradelerinin olup olmadığını araştırmadığı görülmüştür. Bu durumda ortak velayetin çocuğun üstün yararına olup olmadığı hususunda somut olayın koşulları dikkate alınarak yeterli bir incelemenin ve değerlendirmenin yapılmadığı anlaşılmaktadır” (§ 50). Bu nedenle Mahkeme Anayasa’nın 20. Maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine oyçokluğuyla karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi başvuruya konu birlikte velayetin aile hayatına saygı hakkının ihlali niteliği taşımasına ilişkin yaptığı değerlendirmeden anlaşılıyor ki; Mahkeme, BAM Dairesinin çocuğun üstün yararının tespiti, velayetin sürdürülebilirliği ve çocuğun psikolojik muhtemel gelişimi konusunda yeterli değerlendirmeyi yapmadığını kabul etmiştir. Mahkemeye göre tarafların birlikte velayete yönelik açık bir talebinin olmaması ve tarafların önceliklerinin velayetin kendilerine verilmesi şeklinde tek başına velayet olmasının taraflar arasında çekişme yaratabileceği kabul edilmiştir. Taraflar arasındaki bu velayet ihtilaflarının çocuğun üstün yararının tespiti konusunda,

çekişmenin ise velayetin sürdürülebilirliği ve çocuk psikolojisindeki muhtemel etkisinin dikkate alınmadığı kabul edilmiştir.

Bu karara katılmayan Hasan Tahsin GÖKCAN ise Karşıoy Gerekçesi sunmuştur. Bizim de katıldığımız *GÖKCAN* gerekçesinde AİHS Ek 7 Nolu Protokol ile müşterek velayetin artık kural haline geldiğini ve uyuşmazlıkta yer alan mahkeme kararları ve sosyal inceleme raporunun da bunu benimsediğini belirtmiştir. Ayrıca Protokol'e göre müşterek velayetin uygulanması için tarafların oybirliğinin veya rızalarının aranmayacağını ifade etmiştir. Atıf yapılan Yargıtay kararında da müşterek velayet için tarafların aynı fikirde olmasının zorunlu görülmediği fakat somut olayda da zaten bu konuda bir çekişmenin söz konusu olmadığını ek olarak ifade edildiğini belirtmiştir (§ 3). *GÖKCAN* çoğunluk kararında yer alan BAM Dairesinin çocuğun üstün yararını tartışmadığı gerekçesine ise BAM Dairesinin kararında yer alan ve başvuru dilekçesinde de geçen şu ifadeler üzerinden karşı çıkmıştır: “...mahkemenin de kabulünde olduğu üzere çocuğun velayeti taraflar arsında fiilen ortak kullanılmakta olup, küçükte bu uygulamadan memnundur. Dosyaya sunulan sosyal inceleme raporunda da velayetin anne ve babaya ortak verilmesinin çocuğun menfaatine olduğu bildirilmiştir. O halde; mahkemece, tarafların fiili yaşam şekli, küçük Eylül'ün istekleri ve menfaatleri gözetilerek velayetin ortak olarak taraflara bırakılması gerekirken, hukuken mümkün olmadığı şeklindeki hatalı gerekçe ile velayetin değiştirilmesine karar verilmesi doğru olmamıştır. ...ilk derece mahkeme kararının çocuk için ortak velayete hükmedilmek suretiyle düzeltilmesi cihetine gidilmiştir.” (§ 9). Bu ifadelere işaret ederek sosyal inceleme raporunda tavsiye edilen müşterek velayetin tartışıldığını ve fiili durumun da esas alınarak istinafta bu kararın verildiğini ifade etmiştir (§ 10).

GÖKCAN, çoğunluk kararındaki müşterek velayetin talep edilmediği argümanına ise davalı babanın istinaf başvurusunda müşterek velayete karar verilmesini

talep ettiği gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Ayrıca çoğunluk kararında sanki tarafların müşterek velayet konusunda oy birliği gerekiyormuş gibi yaklaşımının da Ek 7 No.lu Protokol'deki kuralla bağdaşmayacağını kabul edilmesi gerektiğini aksi halde velayet ilkelerinin AYM tarafından belirlenmesine yol açabileceği bunun da ikincilik ilkesine aykırı olacağını ifade etmiştir. Gerçekten de AİHM içtihatlarıyla belirlendiği üzere Anayasa Mahkemesi ihlallerin önlenmesi ve mağduriyetlerin giderilmesinde ikincil/ tamamlayıcı yetkiye sahiptir. İkincilik ilkesi, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun anayasal yorumlanmasını ve değerlendirmesini gerektirir.⁹⁴³

Anayasa Mahkemesi, BAM Dairesinin kişisel ilişki tesisine yönelik kararının da Anayasa md.20 aile hayatına saygı hakkının ihlaline karar vermiştir. BAM Dairesi pazartesi sabahından perşembe sabahına kadar çocuğun başvuru yanında kalmasına karar vermiştir. Çoğunluk kararında ise bu değişikliğin gerekçesinin açıklanmadığı gibi kişisel ilişki tesisinin de çocuğun üstün yararına olup olmadığı değerlendirilmediği ve uygulanabilir olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. *GÖKCAN*'ın karşıoy gerekçesinde ise tek farkı babayla görüşmede Cuma değil Perşembe başlanması olduğu ve başvuruçunun bile bu konuda pek itirazının olmadığı, BAM Dairesi kararının mevcut duruma en uygun çözüm olduğu ifade edilmiştir.

D. DEĞERLENDİRMEMİZ

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere Yargıtay'ın görüş değişikliğiyle beraber yargı uygulamaları da bu yönde kararlar vermeye başlamıştır. Her ne kadar Yargıtay'ın bu kararından önce yerel mahkeme düzeyinde birlikte velayet kararı çıkmışsa da Yargıtay önüne giden davalarda Yargıtay kamu düzeni ve TMK emredici hükümlerinden yola çıkarak anlaşmalı boşanma dahi olsa tanıma, tenfiz davalarını

⁹⁴³ **GÖKCAN, Hasan Tahsin:** “*Bireysel Başvuruda İkincil İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.135, 2018, s.15 vd.

reddetme yönelimi göstermiştir. Ancak Ek 7 No.lu Protokol'ün Anayasa md.90/son gereği iç hukuk kuralı haline geldiği ve TMK md.336/III hükmünü örtülü olarak kaldırdığına kanaat getiren Yargıtay artık birlikte velayetin “*kamu düzenine “açıkça” aykırı olmadığını ve Türk toplumunun temel yapısı ve çıkarlarını ihlal ettiğini söylemenin mümkün olmadığından*” yola çıkarak birlikte velayet kararı vermeye başlamıştır. Örneklerden de görüyoruz ki genellikle anlaşmalı boşanma davaları yargının önüne gelmiştir. Bu davalarda tarafların talebi ve çocuğun üstün yararı dikkate alınarak birlikte velayete karar verilmektedir. Ayrıca çekişmeli davalarda da çocuğun yararına aykırı değilse birlikte velayete kural olarak karar verildiğini görüyoruz. Birlikte velayet uygulamada kural olarak görülmekte olup mahkeme kararlarında birlikte velayete karar verilmemesi için ancak çocuğun yararına olmadığının ispatlanması aranmıştır. Ancak birlikte velayete ilişkin gönüllülük prensibi bir başka ifadeyle tarafların rıza veya taleplerinin gerekip gerekmediği konusunda uygulamada bir anlaşmazlık olduğu aşıkardır. Kimi kararlarda çocuğun yararı gereği taraflardan biri istemese bile birlikte velayete karar verilirken kimisinde ise sırf anne birlikte velayeti değil tek başına velayeti istiyor bu nedenle gönüllülük koşulu sağlanmadığından birlikte velayete karar verilememiştir. Yukarıdaki başka bir mahkeme kararında ise evlilik birliği dışında doğan müşterek çocuğun velayetinin de birlikte kullanılabileceğini görüyoruz. Bütün bunlardan anlaşılıyor ki artık uygulamada birlikte velayete ilişkin kararları sık sık göreceğiz. Ancak birlikte velayetin şartları, gerekçesi ve nasıl olacağına ilişkin henüz belirsizliklerin olduğu da çok açıktır. Bu nedenle içtihatlar ve doktrin dikkate alınarak ve nihayetinde yeni bir kanun yazımıyla belli prensipler üzerinde anlaşarak her somut olaya uygun olarak çocuğun üstün yararına uygun karar verilmesinde fayda vardır.

Derece mahkemelerinin yukarıdaki birlikte velayet kararlarında olduğu gibi uygulamada yeknesaklığın olmadığı görülmektedir. Tam da bu konuda Anayasa

Mahkemesi Hilal Erdaş Bireysel Başvurusunda (No.2018/27658, T. 6.10.2021 ve Resmi Gazete S. 31675, T.30.11.2021) önüne gelen uyuşmazlıkta BAM Dairesi tarafından verilen birlikte velayet kararının ve belirlenen kişisel ilişki tesisinin Anayasa md.20 aile hayatına saygı hakkının ihlali yönünden oyçokluğuyla kabul etmiştir.

Mahkemenin vermiş olduğu kararı iki aşamada değerlendirmeyi uygun bulmaktayız. Bunlardan ilki genel ilkeler yönünden olup bu konudaki mahkeme değerlendirmelerine katılmaktayız. Şöyle ki;

Bizim de kabul ettiğimiz şekilde birlikte velayet TMK kapsamında değerlendirildiğinde mümkün değilken 6684 Sayılı Kanun'un onaylanmasıyla AİHS Ek 7 Nolu Protokol md.5 ile mümkün hale gelmiştir. Velayet davalarında asıl amaç çocuğun üstün yararının belirlenmesidir. Öyle ki çocuğun üstün yararına aykırılık halinde birlikte velayete kabul edilmemelidir. Birlikte velayetin aile hayatına saygı ilkesiyle çelişmesi söz konusu değildir. Ancak çocuğun üstün yararının aksini gerektirmesi mümkündür. Bu konuda detaylı incelemeyi yapacak olan daha avantajlı konumda bulunan derece mahkemeleridir. Çocuğun üstün yararının tespitinde bilimsel görüş ve raporları değerlendirme, eşlerin ve çocuğun velayete ilişkin görüşlerini almak önemlidir. Mahkemenin de ifade ettiği üzere “...velayetin ebeveynler tarafından kullanılmasına ve bu uygulamanın sonlandırılmasına ilişkin usul ve esaslar mevzuatta açıkça ve ayrıca düzenlenmediği söylenebilir” (§ 47). Mahkemenin bu ifadesiyle kanun koyucunun birlikte velayete yönelik Protokol'den bağımsız olarak, aynı doğrultuda ve daha kapsamlı bir düzenleme yapması gerektiği bir kez daha ortaya çıkmıştır.

Kararın ikinci aşaması ise genel ilkeler ve açıklamalar kapsamında uyuşmazlığa yönelik açıklanan nihai karar oluşturmaktadır. Fakat biz nihai karara katılmamaktayız ve karşıoy veren Hasan Tahsin Gökcan'ın gerekçesine katılmaktayız.

Mahkeme çoğunluk kararında her iki ebeveyninde velayetin kendisine verilmesini istediğini bu ihtilafında çekişmeye sebep olabileceğini ifade etmiştir. Ancak her iki ebeveynin de öncelikle tek başına velayet talep etmeleri birlikte velayete doğrudan bir engel oluşturmamalı fakat bu karşılıklı taleplerin sürekli bir çekişme yaratması, sağlıklı iletişim ve iş birliğine engel olması bu sebeple çocuğun üstün yararına da aykırılık teşkil edeceği somut olayda öngörülebiliyorsa birlikte velayete karar verilmemelidir. Değerlendirme yapılırken çocuğun üstün yararı ana babanın yararından üstün tutulmalıdır. Bu tespitlerin yapılmasında ebeveyn ve çocuk görüşü alınmalı ve uzman raporları incelenmelidir. Kaldı ki karşıoy § 10 ve çoğunluk kararı § 11’den anlaşıldığı üzere davalı babanın istinaf dilekçesinde birlikte velayetin mümkün olduğu ve bunu talep ettiği anlaşılmaktadır. O halde Mahkemenin açık bir talep olmadığını gerekçe göstermesi hatalıdır. Ayrıca birlikte velayetin kabulü için “açık” bir talep şart değildir. Böyle bir şart ne Protokol ne Yargıtay içtihadından anlaşılmaktadır.

GÖKCAN’ın da ifade ettiği üzere Mahkeme kararı sanki birlikte velayet ancak oybirliğiyle mümkünmüş gibi bir izlenim oluşturmaktadır. Oysaki böyle bir anlam Protokol’den de Yargıtay kararından da çıkartılamaz. Karşıoy gerekçesinde ifade edildiği üzere aksinin kabulü ikincillik ilkesine aykırılık oluşturur. Bize göre de birlikte velayete yönelik oybirliği aranması gerekmediği gibi taraflar bu konuda iradelerini ortaya koymayabilir veya biri itiraz edip diğeri kabul de edebilir bir başka deyişle birlikte velayetin uygulanması için talep şart olarak kabul edilmemelidir. Önemli olan çocuğun üstün yararı olup birlikte velayetin sürdürülebilirliği ve çocuk yararına olduğu anlaşılıyorsa uygulanabilmelidir fakat oybirliğiyle taraflardan birine verilmesi saklı kalmak kaydıyla.

Mahkemenin çoğunluk kararında Bam Dairesinin çocuğun üstün yararının tespiti ve birlikte velayetin sürdürülebilirliği ile çocuğun psikolojik gelişimine etkisinin

değerlendirilmediği kabul edilmiştir. Mahkemenin bu argümanının doğruluğu için BAM Dairesi kararını okumak gerekse de bu imkânımız bulunmamaktadır. Ancak karşıoy gerekçesinde bu kararın belli bir bölümüne yer verilerek Dairenin gerekli konuları tartıştığı, sosyal inceleme raporu incelemesi yaptığı ve bu sayede birlikte velayete karar vermiş olduğunu anlaşılmaktadır. Bunun aksi bir durum olsaydı bir başka deyişle BAM Dairesi eksik inceleme ve değerlendirme yapmış olsaydı Mahkeme kararının kabul edilmesi gerekirdi.

Mahkemenin hatalı gördüğü ve bizim de katıldığımız en önemli yanlış ise ne sosyal inceleme raporunda ne de mahkeme vasıtasıyla ebeveynlerin birlikte velayete ilişkin görüşlerinin alınmamış olmasıdır. Sosyal inceleme raporunda birlikte velaye tavsiye edilmiş olmasına rağmen ve raporda hem de devamında mahkeme aşamasında bu konuda ebeveynlerin görüşüne başvurulmaması bir eksikliktir. Ancak mutlak olarak birlikte velayete engel teşkil etmez.

Ebeveynlerin birlikte velayet konusunda aydınlatılmaya ihtiyaç duyduğunu *KİREMİTÇİ'nin* çalışması ortaya çıkarmıştı.⁹⁴⁴ Araştırmalar gösteriyor ki eşler birlikte velayetin ne olduğunu bilmiyor oysaki yeterince bu konuda aydınlatılsalar birlikte velayeti daha fazla tercih edebilirler. Bu nedenle birlikte velayetin kapsamı işleyişi ebeveynlere anlatılmalı ardından bu konudaki görüşleri alınmalıydı ve mahkeme değerlendirmesinde bu unsurlara da yer verebilmeliydi. Gerçekten de Mahkeme kararı §8'de başvurucunun velayetin değiştirilmesi talepli açtığı dava dilekçesinde “...*çocukla başvurucun ilgilendiğini, tüm masraflarının ve ihtiyaçlarının başvuru tarafından karşılandığını belirtmiştir. Bu duruma rağmen çocuğun velayet hakkına dayanılarak her babası tarafından alınacağı ve annesinden koparılacağı endişesiyle yaşadığı...*” ifade edilerek başvurucunun endişesinin velayetin bir başkasında olmasından ziyade

⁹⁴⁴ **Kiremitçi**, s.105.

çocuğun kendisinden alınabilmesine ilişkindir. Oysaki birlikte velayet anlatılabilse her ikisinin de velayete sahip olacağı, önemli kararları beraber alabileceği, masraf ve bakımları ortak karşılayabilecekleri, müşterek çocuğun da mevcut düzenlemeye uygun olarak veya benzer düzenlemeyle ana baba yanında kalabileceği benimsenebilirdi. Ancak hakimin ebeveynlerin bu konudaki görüş ve talepleriyle bağlı olmadığını da ifade etmekte fayda var. Ayrıca sırf ebeveynlerin birlikte velayete ilişkin görüşü alınmadığı gerekçesiyle birlikte velayet aleyhine karar verilemeyeceği kanısındayız.

Kararda bir diğer inceleme konusu olan kişisel ilişki tesisine yönelik BAM Dairesi kararının eski kişisel ilişki tesisinden çok farklı olmadığını fakat yine de gerekçesiz karar olmaz prensibinden yola çıkarak değiştirilen kişisel ilişki tesisinin gerekçesiz bırakılmasının hatalı olduğu yönünde Mahkeme kararına ise katılmaktayız.

Netice itibariyle kararda atıf yapılan (§ 27-30) AİHM kararlarından da anlaşılacağı üzere devlet ebeveynler ile çocuk arasında ilişkinin kısıtlanmasına yol açacak düzenlemelerden kaçınmak ve atıf yapılan (§ 38-43) AYM kararlarında belirtildiği üzere pozitif tedbirler almakla yükümlüdür. Bu kapsamda birlikte velayet, çocuğun yararı aksini gerektirmedikçe uygulanarak aile hayatına saygı ilkesinin de hayata geçirilmesinde rol oynamalıdır. Bunun için birlikte velayetin kanun koyucu tarafından düzenlenmesi ve mahkemelerin birlikte velayet kararlarının artması gereklidir. Ancak Anayasa Mahkemesinin yaptığı gibi birlikte velayetin uygulanması için açıkça talep etme veya oybirliği gibi şartların gerekli görülmesi devletin bu konudaki pozitif yükümlülüğüyle bağdaşmaz.

VII. BİRLİKTE VELAYETE HÜKMEDİLMEMESİ GEREKEN HALLER

A. GENEL OLARAK

Birlikte velayet, hem çocuk hem ebeveynler için oldukça ideal bir düzenleme olmakla beraber zorunlu olarak uygulanması söz konusu olamaz. Kanımızca ideal düzenlemeler ancak ideal kişi, ilişki ve ortamda anlam kazanmaktadır. Bunu birlikte velayet kurumu kapsamında değerlendirdiğimizde ise ideal ebeveynler, ebeveynler arası ilişki, işbirliği ve saygı ortamına ihtiyaç duymaktayız. Ebeveynlik görevini layıkıyla yerine getiremeyen ebeveynlerin olduğu veya birlikte velayeti çocuk için daha yıkıcı olacağı gözükten bir ortamda birlikte velayet kararı vermenin bir anlamı yoktur. Aynı şekilde çocuğun velayetini almak istemeyen veya ortak bir şekilde velayetin tek başına velayet olmasını isteyen ebeveynleri birlikte velayete zorlamanın da kimseye faydası olmaz. Bu nedenlerle aşağıdaki hallerde hakimın tek başına velayete karar vermesi veya gerekirse her iki ebeveyninden de velayeti kaldırarak çocuğa vasi ataması gerekir.

B. VELAYETİN KALDIRILMASI NEDENLERİNİN BULUNMASI

Türk Medeni Kanunu md. 348 hükmünde velayetin kaldırılması nedenleri saymıştır. Bu kapsamda değerlendirilebilecek durumlarda kişinin sahip olduğu velayet hakkı kaldırılır. Birlikte velayete sahip ebeveynlerden biri için geçerli ise o kişiden velayet kaldırılırken diğer eş velayete tek başına sahip olmaya devam eder. Ancak her iki ebeveyn içinde velayetin kaldırılmasını gerektiren bir sebebin varlığı halinde her ikisinden de velayet kaldırılarak çocuğa vasi atanır.

Maddenin ilk fıkrasına göre ebeveynin deneyimsizliği, hastalığı, başka yerde bulunması ve benzeri durumlar halinde ebeveyn velayetten doğan görevini yerine gereği gibi ifa edemiyorsa velayeti kaldırılır. Bu hüküm kapsamına giren sebepler sınırlı sayıda olmayıp farklı sebeplerden velayet görevinin yerine gereği gibi getirilememesi söz konusu olabilir. Maddenin ikinci fıkrasında ise ebeveynin çocuğa karşı yeterli ilgi

göstermemesi ve görevlerini ağır biçimde savsaklaması sayılmıştır. Bu hallerde velayetin kaldırılmasını gerektiren sebepler olarak karşımıza çıkar.⁹⁴⁵

Ayrıca ebeveynlerden birinin velayetin kaldırılmasını gerektirecek kadar ağır olmasa da çocuğun sorumluluğunu üstlenemeyeceği başka bir sebep olabilir. Bu gibi hallerde de birlikte velayetin çocuğun yararına olmaması halinde hakimnin tek başına velayete hükmedebilmesi gerekir.⁹⁴⁶

C. EBEVEYNLER ARASI SÜREKLİ ÇATIŞMA HALİ

Genel olarak eşler arasında çeşitli konularda çatışma hali olması, tartışmalar yaşanması son derece doğal algılanmaktadır. Bu durumun özellikle boşanmış çiftlerde olması ise belki de kaçınılmazdır. Ancak her fikir ayrılığı, çatışma hali ebeveynlerin arasındaki ilişkide ve müşterek çocukları üzerinde olumsuz sonuca yol açmaz. Gerçekten de eşler çeşitli sebeplerle ayrılmış olsa da aralarında çocuklarının hayatına ilişkin ara ara fikir ayrılığı yaşansa dahi bunun çocuğun yararına aykırılık oluşturduğunu baştan kabul etmemiz söz konusu olamaz.⁹⁴⁷

Ancak ebeveynler arası çatışma halinin sürekli olması halinde çocuk üzerinde olumsuz etkilerinin olması muhtemeldir.⁹⁴⁸ Olumsuz durumun somut olarak tespit edilebilir olması gerekir.⁹⁴⁹ Bu noktada çatışmanın sürekliliği ve bunun çocuğun yaşamına ilişkin karar verme aşamasında çıkmaza sokması, ana babanın velayetten doğan sorumluluklarını yerine getirmesini engellemeleri veya çatışma dolayısıyla çocuğu ikinci plana atarak kendi ihtiras ve rekabetlerine kapılmaları halinde artık

⁹⁴⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s.374.

⁹⁴⁶ Kurt, s.179.

⁹⁴⁷ Kurt, s.180.

⁹⁴⁸ Kiremitçi 25.

⁹⁴⁹ Kurt, s.179.

çocuğun yararı olduğu söylenemez. Bu durumda birlikte velayetten mümkünse tek başına velayete dönülmesi veya henüz birlikte velayet kararı verilmemişse hiç verilmemesi tercih edilmelidir.⁹⁵⁰

D. EBEVEYNLER ARASI SAĞLIKLI İLETİŞİM VE İŞBİRLİĞİNİN BULUNMAMASI HALİ

Birlikte velayet kurumu sağlıklı uygulanabilmesi için ebeveynlerden asgari düzeyde de olsa bir işbirliği ve iletişim kurabilme kabiliyeti istemektedir. Gerçekten de iletişimin tamamen koptuğu, ebeveynlerin hiçbir şekilde işbirliğine yanaşmadığı bir durumda birlikte velayetin sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda ne çocuğun gideceği okuluna ne çocukla olan kişisel görüşmeye ne de tıbbi tedavisine karar verilebilir. Her ne kadar birlikte velayetin uygulanabilmesi için mükemmel bir iletişim ve işbirliği aranmasa da asgari düzeyde çocuğun velayetinden doğan sorumlulukların yerine getirilmesi, ortak kararların alınabilmesi için bulunması gerekir. O halde ebeveynlerin öncelikli olarak çocukları için iletişim kurma ve işbirliği yapma isteği içinde bulunarak velayetten doğan sorumlulukları kapsamında bu yükümlülükleri yerine getirmelidirler.⁹⁵¹

Kimi zaman ebeveynlerden biri haklı bir sebeple veya sebep olmaksızın tek taraflı olarak iletişim kurmak ve işbirliği yapmaktan kaçınabilir. Bu gibi hallerde velayetin kime bırakılacağı tartışma konusu olabilir. Akıllara işbirliği yapmayan eşten velayet alınarak kusursuz eşin tek başına velayet sahibi olması gelebilir. Çünkü aksi bir düzenleme kusurlu eşe ödül gibi olabilir. Fakat İsviçre Federal Mahkemesi, bu düşüncenin aksine böyle bir somut olayda çocuğun yararını kıstas alarak kusuruyla işbirliğinde bulunmaktan kaçınan eşe tek başına velayeti bırakmıştır.⁹⁵² Gerçekten de

⁹⁵⁰ Özdemir/Ruhi, s.343.

⁹⁵¹ Kurt, s.180; Özdemir/Ruhi, s.344.

⁹⁵² Kurt, s.181; Özdemir/Ruhi, s.344.

Mahkeme'nin vermiş olduğu bu karar bize velayet hakkının süjesini tekrar hatırlatır cinstendir. Velayet çocuğun yararına bir haktır ve bu hakkın kullanımı ve sahipliğinde en önemli ölçüt çocuğun üstün yararı ilkesidir.

Ebeveynler arası sağlıklı iletişim ve işbirliği önceki başlıkta bahsetmiş olduğumuz Ankara BAM, 2. HD., E. 2019/823 K. 2020/1076 T. 6.10.2020 kararında da ifade edilmiştir. Kararda “...*Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; anne ve babanın bilinçli ebeveynler oldukları, ortak çocuklarının isteklerine ve düşüncelerine önem verdikleri, çocuğun yüksek menfaatine gözettikleri ve bu noktada birbirleri ile uzlaşabilip ortak karar alma becerisi gösterdikleri anlaşılmaktadır...*” şeklinde ifade edilerek ana babanın uzlaş yeteneği, çocuğun üstün yararına olan bakışları ve saygılarının birlikte velayete karar vermedeki önemi belirtilmiştir.

E. EBEVEYNLERİN ORTAK İSTEĞİNİN VELAYETİN TARAFLARDAN BİRİNE BIRAKILMASI OLMASI

TMK md. 166/III gereği eşlerin mali durumları ve çocuğun durumunu ortaklaşa kararlaştırdıkları bir protokol ile boşanmayı talep edebilmeleri mümkündür. O halde eşlerin anlaşma protokolüne çocuğun velayetinin tek başına velayet olarak içlerinden birine bırakılacağını yazmaları durumunda birlikte velayet ortadan kalkar mı sorusu akla gelmektedir. Ancak yine aynı madde hükmü gereği bu protokol hakimi bağlayıcı değildir. Doktrinde de velayetin “*yüküm-hak*” niteliğinde olduğu ve kamu düzenini ilgilendirdiğinden kolayca vazgeçilemeyeceği ifade edilmektedir.⁹⁵³ Kaldı ki md.166/III hükmü gereği hakim gerekli gördüğü takdirde protokol üzerinde değişiklik yapabilir.

O halde hakim, anlaşma protokolünü uygun bularak tek başına velayete hükmedebileceği gibi değişiklik yaparak birlikte velayeti de eşlere sunabilir.⁹⁵⁴ Hakimin

⁹⁵³ Kurt, s.181.

⁹⁵⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s.125.

buradaki kıstası çocuğun üstün yararı olmalıdır. Bu ilke ışığında bir değerlendirme yapılması gerekir. Bize göre anne veya babanın ısrarla çocuğun velayetini istememesi tek başına velayet için yeterli olmalıdır. Çünkü velayete isteksiz bir ebeveyni sırf velayet kamu düzenine ilişkindir ve vazgeçilemez diyerek velayet hakkı sahibi yapmak ileride çocuğun yaşamında ve gelişiminde olumsuz sonuçlara yol açabilecek ebeveyn sorumsuzluklarına neden olabilir. Gerçekten de velayete sahip olmak istemeyen birini velayet hakkı sahibi olmaya zorlamak çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil eder.⁹⁵⁵

O halde anlaşmalı boşanmada eşlerin tek başına velayete karar vermiş olması halinde hakim çocuğun üstün yararı ilkesini gözeterek gerekirse anlaşmaya uyarak tek başına velayet kararı vermeli aksi halde çocuğun yararına aykırı olacaksa anlaşmayı değiştirerek birlikte velayeti teklif etmelidir. Her ne olursa olsun eşlerin hal ve tutumu velayet konusundaki ısrar ve istekleri değerlendirilerek çocuğun yararının hangi velayet tipiyle sağlanabileceği titiz bir incelemeden geçirilmelidir.⁹⁵⁶

VIII. TÜRK MEDENİ KANUNUNDA OLMASI GEREKEN BİRLİKTE VELAYET DÜZENLEMESİNE İLİŞKİN MESELELER

A. TÜRK MEDENİ KANUNUNDA DÜZENLEME YAPILMASI GEREKLİLİĞİ

Türk hukukunda 1926 tarihli Medeni Kanun'dan bu yana hem yasa düzenlemeleri hem de yargı uygulamalarıyla tek başına velayetin kabul edildiği açıktır. Her ne kadar doktrinde birlikte velayetin uygulanabilirliğine ilişkin çoğu son yıllarda olmak üzere birçok görüş ifade edilmişse de 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun md. 182 ve 336 hükümleri tek başına velayete müsaade etmiştir. Türk kanun koyucuları İsviçre Medeni Kanun'unda yer alan birlikte velayete TMK'da yer vermemiştir. Ancak AİHS

⁹⁵⁵ Özdemir/Ruhi, s.345.

⁹⁵⁶ Kurt, s.182.

Ek 7 No.lu Protokol'ün kabulüyle Protokol md.5 gereği birlikte velayetin iç hukuk halini aldığı ve artık birlikte velayetin mümkün olduğuna ilişkin Yargıtay'ın vermiş olduğu emsal kararlar birlikte birçok yargı kararı verilmeye başlanmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nda birlikte velayete ilişkin düzenleme yapılmasının gerekli olup olmadığını iki açıdan ele almakta fayda vardır: Biri birlikte velayet ile tek başına velayetin sakıncaları ve avantajları açısından değerlendirmesi, bir diğeri ise yasal düzen ve yargı uygulamalarının artık birlikte velayete ilişkin düzenleme yapma ihtiyacını doğurup doğurmadığına ilişkindir.

Türk hukuku tek başına velayeti benimsemiş olmakla beraber çocuğun üstün yararı ilkesini de benimsemiştir. İlkeye atıf yaparak kanunda düzenlemeler yaptığı gibi başta Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi olmak üzere çeşitli uluslararası sözleşmelerde çocuğun üstün yararı ilkesini benimsediğini ve bu doğrultuda düzenlemeler yapacağını da kabul etmiştir. Hakimin velayete ilişkin vereceği kararlarda da çocuğun üstün yararını gözetmesi esastır. TMK md. 336 kapsamında hakim çocuğun yararı doğrultusunda velayeti, ana ya da babaya bırakır. Hüküm kapsamında birlikte velayetin hiç değerlendirilmeye alınmamaktadır. Bunun sebebi Türk kanun koyucusunun çocuğun üstün yararı ilkesini tek başına velayetten yana görmesindendir.

Ancak yurt dışında yapılan araştırmalar ve konunun uzmanları tek başına velayete kıyasla birlikte velayetin daha çok çocuğun yararına olduğunu göstermektedir. Gerçekten de boşanma en büyük etkilerini belki de müşterek çocuk üzerinde göstermektedir. Ancak boşanma çocuktan da ayrılmak anlamına gelmemektedir. Ebeveynlik boşanmaya rağmen devam etmektedir. Boşanmanın çocuk üzerindeki etkileri hem fiziksel olarak bir ebeveynin kaybı şeklinde olduğu gibi hem de psikolojik olarak güvensizlik, korku gibi problemlerle ve Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu gibi davranış bozukluklarıyla kendini göstermektedir. Oysaki amaç bu olumsuzlukların en

aza indirgenerek hem ebeveynler arası çatışmanın minimize edilmesi hem de çocuğun boşanmanın olumsuz etkilerini kolay atlatmasını ve sağlıklı gelişimini sağlamaktır.

Kimi boşanmalarda ebeveynlerin ego savaşı, birbirilerine üstün olma gayreti öyle bir hal alır ki velayete sahip olan adeta zafer kazanmış gibi algılanır. Oysaki birlikte velayet, velayet savaşlarına engel teşkil eder. Birlikte velayet ana babayı uyum içinde hareket etmeye teşvik eder bunun sonucunda ana baba arasındaki işbirliği ve iletişimin kalitesi çocuğun gelişimine ve boşanmaya uyumuna da olumlu etkisi olur. Tek başına velayette velayet bırakılmayan eşin zamanla fiziksel kopmanın yanı sıra duygusal kopma da yaşadığı ve sadece nafaka ödeyerek ebeveynlik görevini yerine getirdiği görülmektedir. Oysaki birlikte velayet ebeveynleri çocuk yanlarında olmasa dahi çocuğun hayatından kopmamalarını ve sorumluluk almalarını sağlamaktadır.

Araştırmalar ve birlikte velayet lehine argümanlar üzerine Amerika ve Avrupa’da birlikte velayet düzenlemeleri aşama aşama ilerleyerek günümüzde genellikle kural halini almıştır. Çocuğun yararına olan böylesi bir düzenlemenin Türk hukukunda da kendine yer bulma zamanı çoktan gelmiştir.

Günümüzde yasal zemin de artık birlikte velayetin Türk Medeni Kanunu’nda kendine yer bulması gerekliliğini ortaya koymaktadır. TMK boşanma sonrası veya evlilik birliği dışında birlikte velayete değinmemişse de evlilik birliği içinde ve ayrılık halinde birlikte velayetin uygulanabilirliğini düzenlemiştir. Ayrıca ülkemizin de kabul ettiği Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi önsözünde çocuklara dair her konuda çocuğun yararı ilkesinin temel ilke olarak uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Öyle ki ilke, hem Anayasa md. 41 hem de TMK çeşitli hükümlerinde kendine yer bulmuştur. Kanun koyucunun sırf bu ilkenin hayata geçirilmesi için dahi birlikte velayeti kanunda düzenlemesi gerekir. Ancak AİHS Ek 7 No.lu Protokol’ün 10.03.2016 tarihli 6684 Sayılı Kanunla uygun bulunmasıyla beraber Protokolün 5.

maddesinde yer alan eşlerin evlilik sonrasında da çocuklarına karşı hak ve sorumluluklarında eşit olduğuna ilişkin madde iç hukukumuz haline geldi. Protokol, yargı uygulamalarını da doğrudan etkileyerek birlikte velayet lehine kararlar artarda verilmeye başlandı. Hatta önceden açıkladığımız üzere başta uygulamacılar olmak üzere kimi yazar Protokolün Türk Medeni Kanun'un ilgili hükümlerini ilga ettiğini ileri sürmüştür. Bize göre her ne kadar TMK md. 336/III hükümleri yürürlükten kalkmamışsa da artık bu hükümlerde birlikte velayete yönelik düzenleme yapılması gerekliliği doğmuştur. Düzenleme mahkemelerin çelişkili karar veya gerekçelerine giderebileceği gibi hukuki olarak öngörmenin zor olduğu birlikte velayet uygulamasının önüne geçerek kapsamı ve temel dayanakları belirli bir kurum haline gelecektir. Kaldı ki uluslararası sözleşmeyle kabul edilen ve uygulamaya dökülen bir kurumun ülkenin Medeni Kanun'unda da olması gerektiğini düşünmekteyiz.

Birlikte velayetin evlilik birliği dışındaki çocuklar açısından da uygulama alanı bulması gerekir. Bu konuda mevcut TMK md.337 hükmü oldukça yetersiz olup birlikte velayetin uygulanmasına engel teşkil eder. Ancak Çocuk Hakları Sözleşme md. 2 Ayrımcılık Yasağı ve AİHS md.8 ve 14 hükümleri doğrultusunda AİHM'nin vermiş olduğu Almanya ve Avusturya kararlarındaki ayrımcılık yasağına aykırılık kararları neticesinde Türk kanun koyucusunun bu konuda da eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağını gözeterek birlikte velayeti düzenlemesi gerekir. Kaldı ki Yargıtay 2.Hukuk Dairesi 20.02.2017 tarihli emsal kararında ve İstanbul BAM 38. HD 12.04.2019 tarihli 2018/2733 E., 2019/537 K. sayılı kararında evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayeti düzenlenmiştir.

Velayet düzenlemeleri çocuk ve aileyi etkilemesinin yanı sıra ülkenin geleceğini bir başka deyişle toplumu ve devleti ve dolayısıyla insanlığın meşru çıkarlarını da

etkilemektedir.⁹⁵⁷ O halde çocuğun yararına gelişim için hangi düzenleme gerekirse o düzenlemenin yapılması gerekir. Bütün bu açıklamalarımız doğrultusunda bir an önce Türk Medeni Kanunu'nda birlikte velayet düzenlemesi yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Esasında bu düşünce bu alanda çalışan herkes tarafından paylaşılmakta olup düzenlemenin içeriği konusunda farklılıklar söz konusu olmaktadır.

B. BİRLİKTE VELAYETİN KURAL MI İSTİSNA MI YOKSA BİR ALTERNATİF OLARAK MI DÜZENLENECEĞİ MESELESİ

Karşılaştırmalı hukukta görülüyor ki tek başına velayet yerini zaman içinde çocuğun üstün yararı, ebeveynlerin eşitliği, aileye saygı doğrultusunda birlikte velayete bırakmıştır. Bu geçiş aşamalar halinde olmuştur. Örneğin Almanya, Avusturya ve İsviçre öncelikle tek başına velayeti kural olarak kabul ederken birlikte velayeti istisnai bir düzenleme olarak hukuk sistemlerine dahil etmiştir. Birlikte velayetin istisnai niteliği ancak birtakım şartların varlığı halinde birlikte velayete müsaade edilmesinden kaynaklıdır. Fakat 2013 yılında Almanya ve Avusturya'da 2014 yılında ise İsviçre'de yapılan revizyonla birlikte velayet kural halini almıştır. Birlikte velayetin önce istisnai olarak kabul edilmesi sonrasında ise kural halini almasını birçok ülke tecrübe etmiştir. Nihayetinde bu ülkeler birlikte velayeti kural olarak kabul etmişse de farklı modeller uygulanmaya devam etmiştir. Örneğin İsviçre'de birlikte velayet kural olmakla beraber boşanmayla beraber bu konuda verilecek bir mahkeme kararı gereklidir.⁹⁵⁸ Almanya, Fransa, İngiltere, İsveç gibi ülkelerde ise birlikte velayet mahkeme kararı gerekmeksizin kendiliğinden devam etmektedir.⁹⁵⁹ Birlikte velayetin kural olarak kabul edildiği ülkelerde tek başına velayet istisnadır. Bu ülkelerde birlikte velayetin mümkün

⁹⁵⁷ Koçhisarhoğlu, s.141.

⁹⁵⁸ Erlüle, s.337.

⁹⁵⁹ Erlüle, s.179-180; İnce, s.205.

olmadığı, çocuğun üstün yararının tek başına velayeti gerektirdiği hallerde velayet düzenlemesine müdahale ederek tek başına velayete karar verilmektedir.

Doktrinde birlikte velayete ilişkin olarak Türk Medeni Kanunu'nda düzenleme yapılması gerektiği fikri paylaşılmaktadır. Ancak nasıl bir düzenleme olacağına ilişkin çeşitli görüşler vardır. Birinci görüş birlikte velayetin kural olarak düzenlenmesinden yanadır.⁹⁶⁰ Bu görüşteki *KOÇHİSARLIOĞLU'na* göre⁹⁶¹ boşanmadan sonra da birlikte velayetin devam etmesi gerekir. Evlilik süresince devam eden birlikte velayetin evlilik sona ermesi nedeniyle sonlandırılması mantıklı değildir. Velayet ilişkisi evliliğe bağlanamaz. *SERDAR* ise velayetin soybağına bağlanması gerektiğini böylece ana babadan velayetin koparılamayacağını ancak bu kuralın sınırının da çocuğun yararı olması gerektiğini ifade etmektedir.⁹⁶²

Aksi görüş ise birlikte velayetin istisna, tek başına velayetin kural olması yönündedir. Esasında bu görüşü savunanlar birlikte velayeti birtakım şartlara bağlayarak revizyonlar öncesindeki karşılaştırmalı hukuk düzenlemelerine benzetmiştir. *AYDIN'a* göre eşlerin birlikte velayet konusunda anlaşmaları ve talepte bulunmalarıyla çocuğun üstün yararına olması kaydıyla birlikte velayete imkan tanınması gerekir.⁹⁶³ *AYBAY/ŞEN'e* göre birlikte velayet ülkemiz koşulları içinde uygulamada sorunlara yol açabilir. O nedenle seçimlik kabul edilerek boşanan eşlere kolaylık sağlayabileceğini ifade eder.⁹⁶⁴

⁹⁶⁰ Koçoğlu, s.73-74; Apaydın, s.472; Bingöl, s.284; Erlüle, s.343; Çakır, s.145.

⁹⁶¹ Koçhisarhoğlu, s.149.

⁹⁶² Serdar, s.194.

⁹⁶³ Güven, A., s.127

⁹⁶⁴ Aybay/Şen, s.597.

Son görüş ise kural veya istisna ayırımına gidilmeksizin somut olay kapsamında çocuğun üstün yararı ilkesi gözetilerek hakimın takdir yetkisi kapsamında birlikte velayetin uygulanmasıdır.⁹⁶⁵ Bu görüşü savunan *BİRİNCİ UZUN*'a göre iki velayet sistemi arasında birbirine üstünlük tanınmamalı ve soybağına dayalı anlayış terk edilerek çocuk merkezli bir anlayış benimsenmelidir. Böylece çocuğun üstün yararının gerektirdiği velayet sistemi uygulanabilmelidir.⁹⁶⁶ *KURT*'a göre ise her toplumun sosyo-kültürel şartları farklılık taşımaktadır. Bu nedenle Avrupa ülkelerindeki kural istisna ayırımına dayalı düzenlemelerin aynen ülkemizde de kabul edilmesi gerekmez. Yazara göre kural istisna ayırımı yapmaksızın TMK'da çocuğun üstün yararı temelinde md. 182 ve 336'nın düzenlenmesi gerekir.⁹⁶⁷

Kanaatimizce birlikte velayetin karşılaştırmalı hukukta önce istisna sonrasında kural olarak yer alması aynısını hukukumuzda da uygulamamız gerektiği anlamına gelmez. Kaldı ki istisnai olarak kabul edilen birlikte velayetin hem AİHS Ek 7 No.lu Protokol md.5 lafzına ve özüne aykırı olduğunu hem de uygulamasının oldukça sınırlı kalacağı gerekçesiyle eleştirmektediriz. Çeşitli şartların varlığına bağlı olarak birlikte velayetin kabul edilmesi birlikte velayet tercihlerinin düşük olmasına neden olacak ve güçleştirici bir uygulama halini alacaktır. Kaldı ki Protokol md.5 de evlilik sonrasında da eşlerin eşit olduğunu ifade etmekte olup birlikte velayeti ikincil, istisnai bir düzenleme niteliğine sokmamaktadır. Aksine şartsız kayıtsız birlikte velayetin yolunu açmaktadır. Ancak bu demek değildir ki Ek Protokol birlikte velayeti kural olarak kabul etmiştir. Protokol metni herhangi bir şekilde birlikte velayete zorlamamaktadır. Ancak birlikte velayetin yolunu açarak eşlerin velayet konusundaki eşitliğini vurgulamıştır. Ayrıca Protokol metninin devamında ve uluslararası diğer metinlerde de kabul ettiğimiz

⁹⁶⁵ **Öztan**, *Birlikte Velayet Sorunu*, s.259; **Koçhisarlıoğlu**, s.226; **İnce**, s.221.

⁹⁶⁶ **Birinci Uzun**, s.156.

⁹⁶⁷ **Kurt**, s.175-176.

üzere çocuğun üstün yararı velayet düzenlemelerinin sınırını teşkil eder. Gerçekten de birlikte velayet her ne kadar hem çocuk hem ebeveynleri için ideal velayet düzenlemesi olarak gözüktse de mutlak uygulanması gerektiği anlamına gelmez. Her boşanma davasında birlikte velayetin en iyi çözüm olması beklenemez. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu'nda yapılması gereken düzenlemelerin çocuğun üstün yararıyla sınırlandırılmış hakimın takdir yetkisi kapsamında olması gerektiğini bu kapsamda kural – istisna ayrımı yapılmaksızın çocuğun üstün yararı kapsamında her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Gerçekten de ana babadan biri veya her ikisinin de birlikte velayeti hatta tek başına velayeti dahi istemediği bir durumda kural yoluyla kendiliğinden birlikte velayete devam edilmesi söz konusu olmamalıdır. Her ne kadar boşanma, ebeveynliği sona erdirmese de çocuk ve aile hayatında birtakım değişikliklere yol açması ve boşanma öncesinde evlilik birliği içindeki sağlıklı durumların devam etmesi de muhtemeldir. O halde ideal iletişim ve işbirliğini sağlayamayan ebeveynlerin olduğu veya velayet görevini yürütmek istemeyen ya da aile içi şiddet, istismar gibi olumsuzlukların olduğu durumlarda hakimın talep beklemeksizin boşanmayla beraber çocuğun üstün yararına göre uygun velayet düzenlemesine karar vermesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu görüşümüzü ifade etmenin yanı sıra birlikte velayetin tek başına velayete nazaran hem ana babanın hem de çocuğun yararına olduğunu ve bu nedenle hakimlerin ancak ince eleyip sık dokuyarak birlikte velayet aksi kararlar verebilmesi gerektiğini de ifade etmeliyiz.

Olası Türk Medeni Kanun değişikliğinde boşanma sonrası birlikte velayetin bir alternatif olarak çocuğun üstün yararı kapsamında hakimın takdirinde bir kurum olması gerektiğini ifade ettik. Değinilmesi gereken bir diğer durum ise TMK md. 166/III kapsamında anlaşmalı boşanma halinde ne olacaktır. Anlaşmalı boşanmalar tüm dünyada giderek yaygınlaşan bir boşanma sistemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre eşlerin boşanmaya karar verdiği gibi mali ve çocuklar açısından sonuçlarda da

anlaşması gerekir. Esasında boşanma sonrası birlikte velayetin ruhuna oldukça uygun bir boşanma sistemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada hakimin tek yapması gereken eşlerin aralarında yaptıkları protokole göre çocuğun durumunu değerlendirerek çocuğun üstün yararını tespit etmesidir. Kaldı ki anlaşmalı boşanmalarda eşlerin işbirliği ve iletişiminin daha sağlıklı olması muhtemel olup çocuğun menfaatinin gözetileceği izlenimi oluşturmaktadır. O halde hakimin anlaşmayı çocuğun üstün yararına aykırı bulmaması halinde anlaşmayı kabul etmesi gerekir.

Son olarak evlilik birliği dışında birlikte velayetin hangi statüde düzenleneceğini ele alacağız. Bilindiği üzere Türk Medeni Kanunu evlilik birliği dışında birlikte velayete müsaade etmemektedir. TMK md.337 kapsamında evlilik birliği dışında velayet anaya aittir. Bu doğal soybağı ilişkisinin olması gereken bir sonucudur. Ancak baba için velayet ilişkisi ancak ananın küçük, kısıtlı, ölmüş veya velayeti kaldırılmışsa gündeme gelebilmektedir. Babanın velayet sahibi olmasını oldukça zorlaştıran bu düzenleme hem babanın ebeveynlik hakkına hem çocuğun babayla kuracağı ilişkiye engel teşkil etmektedir. Karşılaştırmalı hukukta da yıllar içinde farklı düzenlemeler yapılarak babanın velayete sahip olmasını ananın rızasına bağlamıştır. Bu düzenlemeler AİHM önüne gittiğinden ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edildiğine hükmedilmiştir. AİHM kararları sonrası evlilik birliği içinde ve dışında doğan çocuklar arası hem de kadın erkek eşitliği doğrultusunda yeni düzenlemeler yapılmıştır. İsviçre hukukunda evliliğe bağlı olmaksızın çocuğun reşit olana kadar ana baba velayeti altında olduğu benimsenmiştir. Ancak evli olmayan ana babadan ortak bildirim talep edilmiştir. Bildirim kapsamında birlikte velayet, kişisel ilişki, bakım, nafaka ve çocuğun himayesi hususları da kararlaştırılmalıdır. Gerçekten de evli olmamak çocuğun velayetine sahip olabilmeye engel teşkil etmemelidir. Kanaatimizce evlilik birliği dışındaki çocuğun velayeti anaya doğumla beraber verilir. Ancak babanın soybağı ilişkisini kurması halinde ana veya babadan birinin ya da her ikisinin birden talebi üzerine birlikte

velayete imkân tanınmalıdır. Ancak tek taraflı talep veya ortak bildirim birlikte velayet için başlı başına yeterli olmayıp çocuğun üstün yararı değerlendirmesinden geçmelidir. Bu doğrultuda karar merci mahkemelerdir. Hakim kararında ana babanın evli olup olmadığına bakmaktan ziyade çocuğun üstün yararına, eşlerin ortak talepleri olup olmadığına, eşler arası çatışmaya ve geçmişe bakarak birlikte velayete hükmetmelidir.

C. BİRLİKTE VELAYETİN NASIL BİR MODELDE UYGULANACAĞI MESELESİ

Hukumumuzda birlikte velayeti kabul etsek dahi birlikte velayetin kapsamını bir başka deyişle çocuğun yerleşim yeri, bakımına ve eğitime katılma ve giderlerini karşılama, ziyaret hakkı, günlük ve olağanüstü işlerde karar verme konusunda kimin nasıl bir rol üstlenileceği belirlenmelidir. Gerçekten de birlikte velayet kararları sadece hukuki bir statü yaratmanın ötesinde fiiliyatta da sonuç doğurmalıdır. Bu konulara ilişkin olarak anlaşmalı boşanmalarda ana babanın ortak protokol üzerinde anlaşabilmeleri mümkündür.⁹⁶⁸ Hakim protokolü değerlendirerek çocuğun üstün yararına olmayan durumlarda değişiklik yapabilir. Ancak çekişmeli boşanmalarda da hakimin çocuğun bakım ve korunması için gerekli düzenlemeleri yapması gerekir.

İsviçre’de ve Avrupa’nın geri kalanında da farklı “bakım modelleri” ile karşılaşmaktadır.⁹⁶⁹ Bu modeller çocuğun fiilen yaşadığı yer ve bakımının üstlenilmesi bağlamında farklılıklar taşımaktadır. Bunlardan ilki Rezidans Modelidir (Tek Yerleşim Yeri). Bu model genellikle tek başına velayet sistemine benzerliği ve teorik olarak tek başına velayetten ayrılrsa dahi pratik olarak aynı sonuçları doğuracağı yönünden eleştirilmektedir.⁹⁷⁰ Rezidans modeline göre çocuk tek bir ebeveyni yanında kalmakta

⁹⁶⁸ Öztan/Öztan, s.2586.

⁹⁶⁹ Yılmaz, Himaye, s.220.

⁹⁷⁰ DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: “Velayetin İçerdiği Hak ve Yükümlülükler Bakımından Boşanma Sonrası Ortak Velayetin İşlevselliği”, II.Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, C.2, (Ed. Süheyla

iken diğ er ebeveynin ç oç uğ u belli zamanlarda ziyaret etme hakkı vardır.⁹⁷¹ Bu modelin uygulandığı velayet ilişkisinde günlük iş leri ç oç uğ un yanında kaldığı ebeveyn tarafından karşı lanması beklenirken önemli iş lerde ise birlikte karar verilmesi aranır. Gecikmesinde sakınca bulunan iş lerde ise ç oç uğ un yanındaki ebeveynin gereğini yapıp sonrasında diğ er ebeveyne haber verir.⁹⁷² Rezidans modeli evlilik içindeki rol paylaşımının devamının sağ lanabilmesi ve eş lerin yerleş im yerlerinin birbirine uzak olması durumunda desteklenmekle beraber ziyaret hakkının kullanımında sorunlar yaş anabilmesi ve ebeveynlerin ç oç uktan fiziksel ve psikolojik olarak uzaklaşabilmesi nedeniyle de eleştirilmektedir.⁹⁷³

Bir diğ er model ise Avrupa’da son yıllarda giderek yaygınlaş an Dönüş üm (Değ iştirme/Değ iş imli) Modelidir. Dönüş üm modeli, İsviçre’de alternatif (ortak) himaye olarak da nitelendirilmektedir.⁹⁷⁴ 2002 yılında Fransa, 2006 yılında Belçika ve günümüzde İsveç, Hollanda, Danimarka gibi çeş itli ÷ lkeler bu modeli uygulamaktadır.⁹⁷⁵ Mehaz İsviçre Medeni Kanun’unda ise 1.01.2017 tarihli revizyonla İMK md.298 değ iştirilerek “*alternatif himaye*” kavramı yürürlüğ e girmiştir.⁹⁷⁶ Avrupa Konseyi de dönüş ümlü modeli 2079 sayılı 2.10.2015 tarihli Tavsiye Kararında üye ÷ lkelere önermiştir.⁹⁷⁷ Bu modele göre ç oç uğ un bakımı ebeveynler arasında

Suzan Gökalp Alica/Necdet Basa), Ankara, 2019, s.1457-1458; **Öztan/Öztan**, s.2591; **SERDAR,İlknur**: “*Mukayeseli Hukuk Işığında Birlikte Velayetin Kullanılmasının Değ erlendirilmesi*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, 2020 (*Mukayeseli Hukuk*), s.285.

⁹⁷¹ **Yılmaz**, *Himaye*, s.221; **İnce**, s.210.

⁹⁷² **İnce**, s.210; **Öztan/Öztan**, s.2589-2590.

⁹⁷³ **Öztan/Öztan**, s.2588.

⁹⁷⁴ **Yılmaz**, *Himaye*, s.222

⁹⁷⁵ **Yılmaz**, *Himaye*, s.222.

⁹⁷⁶ Detaylı bilgi için bkz. **Erlüle**, s.236 vd.

⁹⁷⁷ **Serdar**, *Mukayeseli Hukuk*, s.286.

paylaşılmaktadır. Çocuk sırayla belli süreler için anne ve babada eşit olarak kalmaktadır. Bu sayede ebeveynler çocuğun bakımında eşit sorumluluk taşımakta ve eşit zaman geçirebilmektedir.⁹⁷⁸ Burada çocuk gittiği evin misafiri konumunda değil bizzat evin üyesi olarak kabul edilir. Her iki evde de gerekli eşya ve ortamı bulunur.⁹⁷⁹ Bu model çocukların herhangi bir yere aidiyet hissedemeyeceği, sosyal ortamlarının olumsuz etkileneceği, çocuğun uyum problemi yaşayabileceği sebepleriyle eleştirilmiştir.⁹⁸⁰ Fakat şartların oluşması halinde çocuğun yararına en uygun model olduğu da savunulmaktadır. Bu modelde ebeveynler ebeveynliğini en verimli şekilde yaşayabilir ve çocukla sık ve sıkı bir ilişki kurabilirler ve ebeveynler arası yardımlaşma artar. Ancak modelin sağlıklı uygulanabilmesi için ebeveynlerin yerleşim yeri hem birbirine hem okula yakın olmalı, her iki evde de gerekli eşyalar bulunmalı ve ebeveynler arası işbirliği ve iletişim kalitesinin yüksek olması gerekir.⁹⁸¹ Ebeveynlerin çocuğun eğitimi, beslenmesi, bakımı gibi temel konularda işbirliği sağlayamaması halinde çocuk olumsuz etkilenir.⁹⁸² Bu nedenle her durumda uygulanabilmesi de mümkün değildir. Değişimli modelde günlük olaylar konusunda kimin karar vereceği konusunda ebeveynler aralarında anlaşabilir veya görev paylaşımı yapabilir ya da kimin yanındaysa onun karar vermesi gibi çözümler üretilebilir. Ancak araştırmalar göstermiştir ki ebeveynlerin en çok ihtilafta bulunduğu konular: Beslenme, uyku yeri ve zamanı, televizyon ve disiplindir. Dönüşümlü modelde sıkça yer değiştiren çocuğun bu konularda istikrarlı bir düzeni olması gerekir bu nedenle de ana babanın uyumlu olması önem arz eder.⁹⁸³ Önemli işlerde ise birlikte karar verirler.⁹⁸⁴ Ancak eş önemli bir

⁹⁷⁸ Yılmaz, s.221; İnce, s.211.

⁹⁷⁹ Öztan/Öztan, s.2594.

⁹⁸⁰ Demircioğlu, s.1458; Öztan/Öztan, s.2597.

⁹⁸¹ Öztan/Öztan, s.2596; İnce, s.211.

⁹⁸² Serdar, *Mukayeseli Hukuk*, s.274.

⁹⁸³ Serdar, *Mukayeseli Hukuk*, s.274.

konuda tüm çabaya rağmen diğer ebeveyne ulaşılamaması halinde tek başına karar verir.⁹⁸⁵

Dönüşümlü modelin de özel bir türü olarak nitelendirilen bir başka model ise Yuva modelidir. Bu modelde çocuğun yaşadığı yer sabit olmakla beraber ebeveynler dönüşümlü olarak çocuğun yanında kalarak çocuğa bakarlar.⁹⁸⁶ Modele göre çocuğun konutu tek olsa da model oldukça masraflı ve çok iyi bir ebeveyn işbirliği aradığı için uygulamada pek mümkün değildir.⁹⁸⁷

Sayılan modeller arasında bilimsel olarak herkes için geçerli olacak bir üstünlük sağlayan bir model bulunmamaktadır.⁹⁸⁸ Bu konuda sosyal bilimler alanında daha fazla araştırma yapılmasına ihtiyaç vardır. Salt hukukçu olarak bu konuda bir karar vermek güçtür. Şu bir gerçek ki hangi velayet modeli belirlenirse belirlensin temel ölçüt: Çocuğun üstün yararadır. O halde her ailenin farklı şartları olduğunu kabul edersek model belirleme konusunda tek bir doğrudan bahsetmek oldukça güçtür. Her ne kadar kimi modeller ebeveynlerin yararınaysa da çocuğun yararıyla olası bir çatışma halinde hakimin görevi çocuğun yararı gözeterek velayet düzenlemesi yapmaktır.⁹⁸⁹

Kuşkusuz ki anlaşmalı boşanmalar da eşlerin velayet sistemi ve modeli konusunda ortak mutabakatı vardır. Hakimin mümkün olduğunca buna saygı duyması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak çocuğun üstün yararına aykırı bir anlaşmayı kabul etmesi de beklenemez. Hakim gerekirse farklı modellere karar verebilmelidir.⁹⁹⁰

⁹⁸⁴ Öztan/Öztan, s.2598.

⁹⁸⁵ Serdar, *Mukayeseli Hukuk*, s.275.

⁹⁸⁶ Yılmaz, s.221; İnce, s.212.

⁹⁸⁷ Yılmaz, s.221; Öztan/Öztan, s.2598; İnce, s.212.

⁹⁸⁸ Yılmaz, s.224.

⁹⁸⁹ Kurt, s.176.

⁹⁹⁰ Kurt, s.177.

Gerçekten de modeller arasından mutlak doğruyu tespit etmek imkansızdır. Tek başına velayete benzeyen rezidans modelinin de Avrupa'da son yıllarda giderek yaygınlaşan dönüşümlü modelin ve benzerlerinin de aleyhte ve lehte durumları vardır. Bize göre birlikte velayet kağıt üzerinde kalmamalıdır. Aksine pratikte de ruhunu ve sonuçlarını yansıtabilmelidir. Rezidans modelinde olduğu gibi bir ebeveynle çocuğun kalıp diğer ebeveynin sadece önemli zamanlarda görüş ifade edip çocukla sadece ziyaret süreleri içinde bağ kurmasını birlikte velayete uygun bulmuyoruz. Birlikte velayet çocuğun gelişiminde önem arz eden kararlarda söz sahibi olabilme hakkı verdiği gibi fiziksel ve duygusal bağın da artmasına imkan vermelidir. Bu doğrultuda kısa ziyaretlerin olumlu sonuç vermediği bilinmektedir. Bu durum zamanla çocukla ebeveynin arasındaki bağı da koparmaktadır. O halde ebeveynler arası eşit olmasa dahi eşite yakın çocukla vakit geçirme imkanı tanınmalıdır. Ancak bu dönüşümlü model benimsenerek çocuğun bir annede bir babada bulunması anlamına gelmemektedir. Dönüşümlü modelde her ne kadar çocuğu o evin misafiri kabul etmesek de bu çocuğun gezici konumda olduğu gerçeğini değiştirmez. Kaldı ki bu modelde çocuğun okulu ve iki ev arasında coğrafi yakınlık önem arz eder. Ancak günümüzde bunun pek mümkün olmadığını söylemeliyiz. Kaldı ki ana baba da belli bir semtte yaşama zorunluluğuna itilmemelidir. Aynı şekilde çocuğun iki ev etrafındaki sosyal ortama adapte olması da güçtür. O halde hakim birlikte velayet modeli hakkında karar verirken önüne gelen somut olaya göre çocuğun üstün yararı ilkesini gözeterek ebeveynlerin işi, çocuğun yaşı, çocuğun sağlığı, coğrafi durumlar, ebeveynler arası iletişim ve işbirliği yeteneği ve yaşam koşullarına göre değerlendirme yaparak karar vermelidir.

Ebeveynler arası iş ayrımında ise ebeveynlerin birbirine karşı bir üstünlüğü yoktur.⁹⁹¹ Biz de *İNCE*'ye⁹⁹² katılarak günlük işlerde (beslenme, giyinme vb.) çocuğun

⁹⁹¹ **Öcal Apaydın**, s.651.

⁹⁹² **İnce**, s.223.

yanında bulunan ebeveynin sorumlu olması ve tek başına karar verebilmesi gerektiğini ancak önemli işlerde (okul seçimi, yurtdışına çıkma, dini eğitim vb.) ise birlikte velayete uygun olarak birlikte karar alınması gerektiğini düşünüyoruz. Gecikmesinde sakınca olan, acil işlerde ise çocuğun yanında bulunan ebeveynin karar alarak ivedi bir şekilde diğer ebeveyne de bunu bildirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

D. HAKİMİN BİRLİKTE VELAYETE KARAR VERİRKEN DEĞERLENDİRECEĞİ HUSUSLAR

Boşanmalardan en çok etkilenen müşterek çocuklardır. Çocukların boşanmaya gösterdiği uyumu maksimize etmek için uygun velayet düzenlemelerine ihtiyaç vardır. Çocuğun velayetine ilişkin verilecek her karar somut olaya özgü çeşitli incelemeleri beraberinde getirir. Türk Medeni Kanunu md.182'e göre de hakimin bu konuda geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Gerçekten de hakimin önüne gelen her olay birbirinden çok farklı olabilir bu nedenle hakime bu yetkinin verilmesi gerekir. Kaldı ki velayetin kamusal tarafı sebebiyle hakimin re'sen araştırma görevi de bulunmaktadır.⁹⁹³ İsviçre Federal Mahkemesi de alternatif himayenin her durumda doğru olmayacağını bu nedenle her somut olayın incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁹⁹⁴ Her ne kadar TMK tek başına velayeti düzenlemişse de günümüzde AİHS Ek 7 No.lu Protokolün kabulüyle bu durum uygulamada aşılmıştır. Bundan sonraki süreçte birlikte velayet ve birlikte velayetin modeline dair kararlarda hakimin geniş takdir yetkisi bulunmaktadır. Hakim velayete ilişkin takdir yetkisini kullanırken sadece yasal ve teknik unsurları değil aynı zamanda psikolojik ve sosyolojik koşulları da değerlendirmelidir.⁹⁹⁵

⁹⁹³ Öztan/Öztan, *Tevdii*, s.486; Kurt, s.177.

⁹⁹⁴ Yılmaz, s.234.

⁹⁹⁵ Bayata Canyaş, s.310.

Hakimin velayet düzenlemesinde dikkat edeceği öncelikli konu çocuğun üstün yararıdır.⁹⁹⁶ Hakim, çocuğun üstün yararına olmayan hiçbir düzenlemeye karar vermemelidir. Hatta eşlerin ortak talebi olsa dahi hakim bu taleple bağlayıcı değildir.⁹⁹⁷ Hakim, çocuğun eğitim ve ekonomik ihtiyaçlarını gözeterek, geleceğine dair planlamaları öngörerek çocuk için uygun velayet düzenlemesi ve model ayarlamasını yapmalıdır. Bu kapsamda ana babaya ilişkin olarak; ebeveynlerin yaşları, çocukla olan yaş farkları, ebeveynlerin yerleşim yerleri ve birbirine uzaklıkları, ebeveynlerin mesleki durum ve sosyal statüleri değerlendirilerek çocuğun yararına nasıl hizmet edebilecekleri araştırılmalıdır. Ebeveynlerin çocuğu geliştirme ve yetiştirme yetenekleri, ebeveynler arası iletişimin kalitesi, işbirliği yetenekleri ve aralarındaki anlaşma yeteneği ve isteği gözetilmelidir.⁹⁹⁸ Federal Mahkeme de alternatif himayenin “zorunlu şartı” olarak yetiştirme yeteneğini aramıştır.⁹⁹⁹ Çocuğun ise yaşı, psikolojik ve fiziksel sağlığı, kardeşleri varsa aralarındaki ilişki, çocuğun alıştığı ortam ve çocuğun istekleri dikkate alınmalıdır.¹⁰⁰⁰ Ayrıca boşanma sebebi de aile içi şiddet, istismar gibi çocuğu da olumsuz etkilemiş bir durum ise bunun da velayet düzenlemesinde gözetilmesi gerekirse tek başına velayete karar verilmesi ve hatta her iki ebeveyne de verilemeyecekse vasi atanması gerekir.¹⁰⁰¹ Bütün bu incelemeler ile çocuğun hangi

⁹⁹⁶ POLAT, Oğuz/GÜLDOĞAN, Evin: “Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.118, 2015, s.254. Öztan/Öztan, Tevdii, s.486; Gençcan, s.317.

⁹⁹⁷ Gençcan, s.317.

⁹⁹⁸ Öztan/Öztan, s.2061; Yılmaz, s.235.

⁹⁹⁹ Yılmaz, s.235.

¹⁰⁰⁰ Polat/Güldoğan, s.247; Öztan/Öztan, s.2062.

¹⁰⁰¹ Öztan/Öztan, Tevdii, s.487.

velayet düzenlemesinde fikren, bedenen ve ruhen en iyi gelişim sağlayacağına ilişkin kanaat oluşur.¹⁰⁰²

Hakimin karar verirken değerlendireceği önemli bir diğer husus ise çocuğun görüşünün alınmasıdır. Velayet hakkının aktif bir sujesi olan çocuğun kendi geleceğini şekillendiren velayet düzenlemesi hakkında görüş bildirmesi en doğal hakkıdır. Kaldı ki çocuğun görüşünün açıklanmasına verilen imkan, Anayasa md.41 ve ÇHS md.12’de de benimsenmiştir.¹⁰⁰³ Görüş alınmasında çocuğun idrak gücü ve çocuğun serbest iradesi dikkate alınmalıdır. Hakim çocuğa bundan sonrası ile alakalı gerekli bilgilendirmeyi yaparak çocuğun velayeti konusundaki görüşünü sorması gerekir.¹⁰⁰⁴

Hakimin karar verirken alacağı en büyük yardımlardan biri uzman görüşüne başvurusudur. Her ne kadar hukukçular olarak çocuğun üstün yararının öneminin farkında olsak da bunun tespitinin sosyal hizmet, psikoloji gibi alandaki uzmanların yapabilmesi daha olasıdır. Bu nedenle hakimlerin uzman görüşüne başvurusu gerekir. Uzman, çocuğun bakım, eğitim gibi ihtiyaçlarını, çocuğa gösterilecek sevgiyi, çocuğun sosyal, psikolojik ve davranışsal durumunu tespit edebilir ana babanın özelliklerini değerlendirebilir böylece uzman çocuğun üstün yararını tespit edebilir.¹⁰⁰⁵

Bir diğer değerlendirme ise birlikte velayete yönelik gönüllülüğün olup olmadığına yöneliktir. Esasında hukukumuzda henüz yeni verilen ve tam bir yeknesaklığın olmadığı yargı kararlarının bazısında¹⁰⁰⁶ gönüllülüğün kriter olduğu ve

¹⁰⁰² **Öztan/Öztan**, *Tevdii*, s.487.

¹⁰⁰³ **Öztan/Öztan**, *Tevdii*, s.488

¹⁰⁰⁴ **Gençcan**, s.317

¹⁰⁰⁵ **Polat/Güldoğan**, s.253.

¹⁰⁰⁶ **Ankara BAM 2. HD 5.12.2017 tarih, 2017/1132 E., 2017/1471 K.**

hatta *GENÇCAN*'ın da gönüllüğün esas olduğunu ifade ettiğini söyleyebiliriz.¹⁰⁰⁷ Ancak karşılaştırmalı hukuka baktığımızda gönüllülük esasına bakılmaksızın çoğu ülkeden kendiliğinden birlikte velayetin kural olarak devam ettiğini görüyoruz. Bize kalırsa da gönüllülük birlikte velayetin ruhuna son derece uygundur. Gerçekten de birlikte velayet ebeveynler arası kaliteli iletişim ve işbirliği ile çok daha sağlıklı bir uygulama alanı bulur. Ancak gönüllülük prensibi birlikte velayet kararı için zorunlu koşul olmamalıdır. Hakim çocuğun üstün yararına uygun olarak talep olmaksızın birlikte velayete karar verebilmelidir. Ancak TMK md.348 kapsamındaki unsurların bulunduğu velayet görevinin geçmişte aksatıldığı anlaşıyor ve ileride de aksatılacağı öngörülüyorsa bu durumda birlikte velayet kararı verilmemelidir. Kişi ısrarla velayet görevini yapmak istemiyorsa velayet tek başına diğer ebeveyne bırakılmalıdır. Başka bir olası durum ise ana babadan birisi veya her ikisinin birden ısrarla tek başına velayeti talep etmesi halinde ise şiddetli tek başına velayet talebi, birlikte velayetten vazgeçme sebebi olabilir. Çocuğun üstün yararı değerlendirilerek ana babanın bu ısrarlarıyla beraber gerekli iletişim, işbirliği hallerini sağlayamayacakları anlaşıyorsa çocuğun yararına uygun olarak tek başına velayete karar verilebilir. İsviçre yargı kararlarında da bir tarafın alternatif himayeye ısrarla karşı çıkmasının düzenlemenin yapılmaması için yeterli bulunduğu anlaşılmaktadır.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁷ **Gençcan**, s.316-317.

¹⁰⁰⁸ Daha detaylı bilgi için bkz. **Yılmaz**, s.235-236.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

BİRLİKTE VELAYET KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

§ 12. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKU KANUNU VE ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE BİRLİKTE VELAYETİN TANIMA TENFİZİ

I. GENEL OLARAK

Devletlerin egemenlik araçlarından biri yargıdır. Yargı kararları, başka ülkelerde kendiliğinden sonuç doğurmaz. Ancak devletler, yabancı mahkeme ilamlarının iç hukuk veya uluslararası sözleşmeler vasıtasıyla kendi ülkelerinde sonuç doğurmasını kabul edebilir.¹⁰⁰⁹ Gerçekten de göçmenliğin sürekli arttığı dünyamızda yabancı ülkelerde verilen mahkeme kararlarının davanın tarafı kişilerin kendi ülkelerinde de kabul ve icra edilebilir olması gerekmektedir.

Bu doğrultuda hukukumuzda “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun” ve çeşitli milletlerarası sözleşmelerle tanıma ve tenfiz kurumları düzenlenmiştir.

Birçok vatandaşımız dünyanın çeşitli ülkelerine iş, eğitim, evlilik gibi sebeplerle giderek temelli bir yaşam kurmuştur. Doğaldır ki bu vatandaşlarımız ve sonraki nesiller evlilikler ve boşanmalar gerçekleştirmiştir. Günümüzde özellikle Türk nüfusunun çok olduğu Almanya, Fransa, İsviçre, İngiltere, ABD ve birçok ülkede daha boşanma sonrası ve evlilik dışı birlikte velayet uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla bu ülkelerdeki vatandaşlarımızın ülkemizde yabancı mahkemelerden alınan birlikte velayet kararlarını Türk mahkemelerinde tanıma ve tenfiz ettirmeleri ihtiyacı doğmaktadır.

¹⁰⁰⁹ ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, B.6, İstanbul, 2018, s.503.

Gerçekten de Türk mahkemeleri önüne gitmiş birlikte velayet davalarına baktığımızda sıkça yabancı mahkemelerin vermiş olduğu birlikte velayet kararlarının tanıma ve tenfizini konu aldığı görülüyor.

Tanıma, kesin hüküm niteliğindeki yabancı mahkeme ilamlarının Türk hukukunda kabul görmesidir. Bir başka deyişle yabancı mahkeme kararı sanki Türk mahkemelerinde verilmiş gibi kabul edilmesidir.¹⁰¹⁰ Tanıma davasının konusu yabancı ülkede kesinleşmiş cebri icraya konu olmayan kararlardır. Tanıma davalarına konu kararlar tespit kararları veya inşai kararlardır. Bu kararlar icrası olmaksızın kesinleşmesiyle hüküm ve sonuç doğurur. En tipik örneği ise boşanma davalarıdır.¹⁰¹¹

Tenfiz ise kesin hüküm niteliğinde ve cebri icrası mümkün olan yabancı mahkeme ilamlarının Türkiye’de de icra kabiliyeti kazanmasıdır.¹⁰¹² Eda kararlarının yerine getirilmemesi halinde cebri icraya başvurulması gerekir bu nedenle eda davaları, tenfiz davasının konusunu oluşturur.¹⁰¹³

Yabancı mahkemelerce verilen boşanma kararları için her ne kadar tanıma davası yeterli olsa da velayet kararları icra edilmesi gerektiğinden tenfiz davası açılması gerekir.¹⁰¹⁴ Ayrıca belirtmeliyiz ki tanımanın ön koşulları tenfizin ön koşullarıyla (MÖHUK md.50) aynı; asıl koşulları ise tenfizin asıl koşullarıyla karşılıklılık koşulu

¹⁰¹⁰ **DOĞAN, Vahit:** Milletlerarası Özel Hukuk, B.5, Ankara, 2019, s.114; **RUHİ, Ahmet Cemal:** Türk Hukukunda Yabancı Boşanma İlamlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul, 2020, s.24; **TEZGEL, Mehmet:** Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara, 2012, s.55; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe,** s.506.

¹⁰¹¹ **AKINCI, Ziya/ GÖKYAYLA, Cemile Demir:** Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul, 2010, s.44; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe,** s.506, **Ruhi,** s.38; **Doğan,** s.116.

¹⁰¹² **Doğan,** s.116.

¹⁰¹³ **Doğan,** s.116; **Ruhi,** s.38.

¹⁰¹⁴ **Tezgel,** s.151.

(MÖHUK md.58 ve md.54/1-a) hariç aynıdır. Bu nedenle bu bölüm altında birlikte velayet kararlarının tanınmasından ziyade tenfizini inceleme konusu yapacağız.

II. 5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA TENFİZİN ŞARTLARI

Yabancı ülke mahkemelerinde verilen velayet kararlarının ülkemizde icra edilebilmesi için MÖHUK md. 50 ve 54'te yer alan koşulların gerçekleştirilmesiyle tenfiz edilmesi gerekir. Velayet kararları boşanma davalarından bağımsız olabileceği gibi boşanma davasının sonucunda verilen kararlar da olabilir. Ancak velayet kararının ülkemizde tenfizi için öncelikle boşanma kararının Türk mahkemelerinde verilmiş olması veya tanınmış olması gerekir. Boşanmanın tanınması gerçekleşmeden velayetin tenfizi mümkün değildir.¹⁰¹⁵ Buna karşılık boşanma davasının tanınmasına karar verilirken velayet davasının tenfizinin reddine hükmedilmesi mümkündür. Bu durum MÖHUK md. 56 hükmünde kısmi tenfiz olarak ifade edilir. Ancak aksine boşanma tanınmasının reddi ile velayetin tenfizinin kabulü mümkün değildir. Çünkü boşanma kabul edilmediğinden velayet kararı da verilemez.¹⁰¹⁶

Tenfiz kararı için MÖHUK md. 50 ön koşullar ve md. 54 asıl koşulların sağlanmış olması gerekir.¹⁰¹⁷ MÖHUK md. 50/I “*Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır*” şeklindedir. Buna göre yabancı mahkeme kararı hukuk davalarına ilişkin olmalı ve yabancı ülke hukukuna göre kararın kesinleşmiş olması gerekir.

¹⁰¹⁵ Süzen, s.38; Akıncı/Gökyayla, s.161.

¹⁰¹⁶ Süzen, s.38; Akıncı/Gökyayla, s.161-162.

¹⁰¹⁷ Doğan, s.120; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s.510.

Burada ilk dikkat edilmesi gereken tenfize konu kararın yabancı mahkeme tarafından verilmesidir. Gerçekten de kimi ülkelerde idari makamlar tarafından boşanma gibi çeşitli davalara yönelik kararlar verilmektedir.¹⁰¹⁸ Bu gibi idari kararlar MÖHUK kapsamında tenfiz edilememektedir. Doktrinde karar veren makamın ismen mahkeme olması gerekmediği mahkeme sıfatına haiz bağımsız ve tarafsız hareket yetkisine sahip olması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁰¹⁹ Ancak bu sorun çeşitli milletlerarası antlaşmalar yoluyla aşılmaktadır. Bu sözleşmeler vasıtasıyla mahkeme kararı dışındaki kararlarında tenfiz edilebileceği düzenlenmektedir.¹⁰²⁰

Önemli bir diğer ön koşul ise yabancı ülke hukukuna göre kararın kesinleşmiş olmasıdır. Bu koşulun amacı davalıyı henüz kesinleşmemiş bir kararın icrasından korumaktır.¹⁰²¹ Bilindiği üzere velayet kararları TMK md. 351'in de ifade ettiği üzere sonradan değiştirilebilen kararlar olup maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler. Bu sebeple velayet davalarının yabancı ülkede şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmesi yeterlidir.¹⁰²²

MÖHUK md. 54 ise tenfiz için gerekli asıl koşulları ifade eder. Buna göre;

“a)Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması.

¹⁰¹⁸ “Yargıtay Danimarka Kopenhag Belediye Başkanı tarafından verilen boşanma kararının tenfizi talebini, tenfizi istenen kararın mahkeme kararı niteliğinde olmaması gerekçesiyle reddetmiştir.”Yargıtay 2. HD E.1995/3612, K.1995/44567, T.13.04.1995, **Ruhi**, s.223.

¹⁰¹⁹ **KÖLE, Mehmet:** “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 34, Yıl: 2016, s.46.

¹⁰²⁰ Daha detaylı bilgi için bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s.513 vd.; **Süzen**, s.39.

¹⁰²¹ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s.519.

¹⁰²² **Süzen**, s.39; **Akıncı/Gökyayla**, s.160-161.

b) İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.

c) Hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması” gerekir.

Maddeden anlaşılabacağı üzere tenfiz için karşılıklılık esası, münhasır yetki alanına girmeme, kamu düzenine aykırılık teşkil etmeme ve davalının savunma haklarının ihlal edilmemiş olması aranmaktadır. İlk şart, karşılıklılık esası, ülkeler arası ilamların tenfizinin anlaşma veya kanun hükmüyle kabulü şeklinde olabileceği gibi bunların yokluğunda ülkeler arası fiili bir karşılıklılık da söz konusu olabilir.¹⁰²³ Yabancı mahkeme ilamlarının tanınmasında ise bu koşul aranmaz. İkinci olarak münhasır yetki alanına girmeme şartı ise Türk mahkemelerin bizzat yetki alanında olmayan konularda karar verilmesini ifade eder. Buna ek olarak kendini aşırı yetkili görerek karar veren yabancı mahkeme ilamları da davalının itirazına bağlı olarak tenfiz edilemez kabul edilmiştir.¹⁰²⁴ Bir diğer tenfiz şartı ise davalının savunma hakkına riayet edilmemesidir. Burada savunma hakkının usulü işlemlerine riayet edilmeme söz konusudur. Kanunda sayılan aykırılıklar; yabancı ülkede mahkemeye usulüne uygun çağrılmama, o mahkemede temsil edilmeme veya gıyabında hüküm verilmesidir. Bu

¹⁰²³ **Ruhi**, *Tanıma ve Tenfiz*, s.68-69.

¹⁰²⁴ **NOMER, Ergin**: Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul, B.2, 2018, s.192.

sebeplere dayanılarak Türk mahkemesine itiraz edilmemiş olması gerekir.¹⁰²⁵ Kanunda sayılı şartlar arasından kamu düzenine aykırı olmama şartını Yargıtay kararları üzerinden velayet davaları kapsamında ayrı bir başlık olarak değerlendirmemiz önem arz eder. Diğer şartların ise velayet davalarına özgü olarak ayrıca bir incelemesine yer vermeye ihtiyaç duyulmamaktadır.

Tenfiz davasına yukarıda MÖHUK md.50 ve 54 kapsamındaki koşulların oluşmadığından itiraz edilebileceği gibi MÖHUK md.55/II gereği “*yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek itiraz edebilir*” şeklindedir.

III. BİRLİKTE VELAYET KARARINA İLİŞKİN TENFİZ DAVALARI İLE KAMU DÜZENİNE AÇIKÇA AYKIRILIK OLUŞTURMAMA KOŞULUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. YARGITAY’IN TENFİZ KARARLARINDA KAMU DÜZENİNE AÇIKÇA AYKIRILIK DEĞERLENDİRMESİ

MÖHUK md. 54/I-c bendine göre tenfiz kararının verilebilmesi için yabancı mahkeme ilamının kamu düzenine açıkça aykırı olmaması gerekir. Kamu düzenine aykırılık, hakim tarafından re’sen incelenir.¹⁰²⁶

Kamu düzenine aykırılık doktrinde uygulanacak hukuk kuralının soyut anlamda değil somut anlamda verilen kararın kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi olarak ifade edilmektedir. Bir başka deyişle normun kendisinin Türk hukukuna aykırılığı değil

¹⁰²⁵ Nomer, s.210; Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s.106.

¹⁰²⁶ Doğan, s.133; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.542.

normun uygulanmasının doğurduğu sonuçların kamu düzenine aykırılığı tenfiz reddi sebebini oluşturur.¹⁰²⁷

Türk hukukuna aykırı her kararın tenfizi reddedilemez. Kamu düzenine açıkça aykırılık sebebiyle bir yabancı mahkeme kararının tenfizinin reddedilebilmesi için kararın Türk hukukunun “temel” ilkelerine, toplumun genel ahlak ve örf adet yapısına “açıkça” aykırı olması gerekir.¹⁰²⁸ Kamu düzeni kavramının sabit sınırları ve unsurları bulunmadığından zamana göre değişkenlik gösterebilir.¹⁰²⁹

MÖHUK md.54/I-c kamu düzenine açıkça aykırılık bulunmamasına yönelik hükmü, uzun süre velayete ilişkin yabancı mahkeme ilamlarının tanıma ve tenfizinde Türk mahkemelerinin ret gerekçesini oluşturmuştur. Gerçekten de Yargıtay 2017 yılında vermiş olduğu birlikte velayete müsaade eden karara kadar yabancı mahkemelerde verilen birlikte velayet kararlarının tenfizini reddetmiştir.¹⁰³⁰ Kararların gerekçesinde birlikte velayet düzenlemesinin TMK md.336 emredici hukuk kuralına aykırılık teşkil etmesi ve kamu düzenine açıkça aykırı olması ifade edilmiştir.¹⁰³¹

¹⁰²⁷ **Huysal**, s.180; **Doğan**, s.133-134; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s.547-548; **Nomer**, s.202; **Ruhi**, s.238; **Öztekin Gelgel**, s.129.

¹⁰²⁸ Daha detaylı bilgi için bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s.543; **Doğan**, s.134; **Nomer**, s.201; **Huysal**, s.179; **Ruhi**, s.234; **Bayata Canyaş**, s.319.

¹⁰²⁹ **UYANIK ÇAVUŞOĞLU/Ayfer**: Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, İstanbul, 2006, s.147; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s.546; **Doğan**, s.138.

¹⁰³⁰ “Bilindiği üzere; ergin olmayan çocuk ana babasının velayeti altındadır. Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Ancak boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte evlilik birliği sona erdiğinden velayetin beraberce kullanılma olanağı kalmamaktadır.” **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2012/794, K.2013/310, T.06.03.2013**, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 05.11.2021)

¹⁰³¹ “tanınmasına karar verilen yabancı mahkemenin boşanma kararında “müşterek çocuk üzerindeki velayet hakkının taraflarca müştereken ifa edileceği” hüküm altına alınmış olup, boşanmadan sonra

Fakat Türk hukukundaki her emredici hukuk normundan farklı olarak verilen yabancı mahkeme kararı, kamu düzenine aykırılık anlamına gelmez.¹⁰³² Buna rağmen Yargıtay birlikte velayet kararı verilen yabancı mahkeme kararlarına “*kategorik*” bakarak velayet kamu düzenine ilişkin olduğundan ve TMK md.336 hükmüne aykırılık teşkil ettiği sebebiyle tenfiz kararı vermemektedir.¹⁰³³ Oysaki *ÇELİKEL/ERDEM*’in de ifade ettiği üzere kamu düzenine ilişkin olan her iç hukuk kuralının aynı şekilde milletlerarası özel hukuku bağlamında da kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilemez.¹⁰³⁴ Yazarın AIHS Ek 7 Nolu Protokol kabulü öncesi eserlerinde ifade ettiği görüşe göre TMK md.336 hükmü de kamu düzenine ilişkin olarak değerlendirilemez ve hatta çocuğun üstün yararı ilkesi dikkate alınarak birlikte velayet kararlarının tenfizi gerekir.¹⁰³⁵ *ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE*’ye göre de birlikte velayet kararlarının tenfiz edilmemesinin Türk hukukunun temel değerleriyle bir ilişkisi yoktur ve kamu düzenini ihlal etmez.¹⁰³⁶ *GÜVEN* de velayetin ana babaya birlikte verilmesi nedenine dayanarak kamu düzenine açıkça aykırılığın oluşmayacağını aksine çocuğun yararı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade eder.¹⁰³⁷ *ŞENSÖZ*

velayetin müştereken ifasına Türk Hukukunun cevaz vermediğine (TMK.md.336/2),” Y. 2.HD, E.2012/21186, K.2013/7440, T.19.03.2013, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 05.11.2021)

¹⁰³² **ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru:** Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, İstanbul; 2017., s.437; **Akıncı/Gökyayla**, s.164; **Nomer**, s.202; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s.542; **Süzen**, s.43; **Ruhi, Tanınma ve Tenfiz**, s.94.

¹⁰³³ **Bayata Canyaş**, s.318; **Süzen**, s.40; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s.553; **Köle, M.**, s.55.

¹⁰³⁴ **ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır:** Milletlerarası Özel Hukuk, B.15, İstanbul, 2017, s.733; Kamu düzenini emredici kurallar gibi uygulamanın hatalı olduğuna ilişkin benzer görüş için bkz. **Öztekin Gelgel**, s.128.

¹⁰³⁵ **Çelikel/Erdem**, s. 733.

¹⁰³⁶ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s.553, dn.421.

¹⁰³⁷ **GÜVEN, Pelin:** Tanıma – Tenfiz (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi), Ankara, 2013, s.137.

MALKOÇ da velayet kararının tanınma ve tenfizinin Türkiye’deki sonuçlarının aile ve çocuk hukukunun temel ilkeleriyle açıkça bağdaşmaması ve çocuğun yararına aykırılık teşkil etmesi halinde kamu düzenine açıkça aykırılıktan söz edilebileceğini ve tanıma tenfiz kararlarında tek kıstasın çocuğun üstün ve öncelikli yararı olduğunu ifade eder.¹⁰³⁸ *BAYATA CANYAŞ’a* göre de evlilik boyunca eşler arasında paylaşılan velayetin, boşanma sonrası kamu düzeni nedeniyle kendiliğinden reddedilmesi doğru değildir.¹⁰³⁹

İfade edildiği üzere Yargıtay’ın 2017 yılına kadar vermiş olduğu birlikte velayetin TMK md.336 emredici hukuk kuralına aykırılık teşkil ettiği ve dolayısıyla kamu düzenine de aykırılık oluşturduğuna yönelik kararlar bizim de katıldığımız üzere doktrinde eleştirilmiştir. Gerçekten de sırf emredici hukuk normundan farklı olmasına dayanarak kamu düzenine aykırılık tespiti isabetsizdir. Kararın kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi için hukuk düzeninin temel ilkelerine, genel örf adete açıkça bir ihlal niteliği taşınmalıdır. Oysaki velayet düzenlemelerinde temel ilke çocuğun üstün yararadır ve değerlendirilmesi gereken de çocuğun yararı ilkesidir.¹⁰⁴⁰ Bu kapsamda birlikte velayete ilişkin tenfiz kararlarında da kararın doğuracağı sonucun çocuğun üstün yararına uygun olup olmadığı gözetilmelidir. Kaldı ki 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi md. 10 hükmünde kararın doğuracağı sonuçların aile ve çocuk hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmama halinde ancak tenfizin reddedilebileceği ifade edilmiştir.

¹⁰³⁸ **Şensöz Malkoç**, s.440-441.

¹⁰³⁹ **Bayata Canyaş**, s.320.

¹⁰⁴⁰ **ÖZGENÇ, Zeynep**: “*Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, C.22, S.1, 2018, s.20; **Uyanık Çavuşoğlu**, s.159; **Huysal**, s.158; **Süzen**, s.43; **Ruhi**, s.242; **Bayata Canyaş**, s.320.

B. KAMU DÜZENİNİN ÇOCUK HUKUKU İLKELERİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRMESİ

Kamu düzenine aykırılık, hukukun temel ilkelerine ve genel örf adete aykırılığı ifade eder. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da T.6.5.1998, E.12-187, K.325 sayılı kararında¹⁰⁴¹ kamu düzeni ihlalinin “*ahlak ve dürüstlük kuralları, toplumun, hukukun temel ilke ve ve yargılarını adaleti, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlal eden olgulardır*” şeklinde ifade etmiştir. Velayet kararlarında ise aile ve çocuk hukukunun temel prensipleriyle bağdaşmayan yabancı mahkeme kararlarının tenfizi kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddedilebilir. Çocuk hukukuna ve dolayısıyla velayet kararlarına uygulanacak en önemli ilke çocuğun üstün yararıdır. Çocuğun üstün yararı ilkesi Anayasa ve Türk Medeni Kanun’da da kendine yer bulmuş ve taraf olduğumuz Çocuk Hakları Sözleşmesinin de sözünde ve özünde yer almaktadır.

Kamu düzenine aykırılığın tespitinde de çocuğun üstün yararı ilkesine aykırılık var olup olmadığı değerlendirilmelidir.¹⁰⁴² Yargıtay da verdiği birçok tenfiz kararında çocuğun üstün yararını inceleme konusu yapmıştır.¹⁰⁴³

Birlikte velayet kararını içeren yabancı mahkeme ilamı ancak çocuğun üstün yararına olmadığı hallerde tenfizi reddedilmelidir. Bir başka deyişle sırf birlikte velayet

¹⁰⁴¹ Uyanık Çavuşoğlu, s.147.

¹⁰⁴² Şensöz Malkoç, s.425; Süzen, s.45; Uyanık Çavuşoğlu, s.147; Ruhi, s.238; Öztekin Gelgel, s.128; Özgenç, s.33.

¹⁰⁴³ “Çocugu dinlemeden alınmış olan velâyet kararlarını Yargıtay çocukun yararı ilkesine aykırı hareket edildiği için kamu düzeninden bulup tenfiz etmemektedir. Bkz.2.HD, E:2108,K:3555, T:28.2.1991”, Öztekin Gelgel, s.129; “Yargıtay 2. H.D. verdiği bir kararda, çocuğun menfaatleri gözetilmeksizin doğrudan ana ve baba arasında yapılan velayete anlaşmasına göre verilen yabancı mahkeme kararının tenfizi talebi kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir. Yarg. 2. H.D., T. 28.02.1991, E. 1991/2108, K. 1991/3555”, Bölükbaşı, s.263, dn.1213; Karar ile ilgili olarak ayrıca bkz. Huysal, s.182-183.

kararını içermesi nedeniyle yabancı mahkeme ilamının tenfizi reddedilmemelidir.¹⁰⁴⁴ Hakim kamu düzenine aykırılık tespitinde yabancı mahkeme kararının iç hukuktan farklı olmasını değil çocuğun üstün yararına aykırılığı değerlendirmelidir.¹⁰⁴⁵

Tenfiz davasında çocuğun üstün yararının değerlendirilmesi, hakimin ana baba ve çocuğun ilişkilerini, aile yapılarını, kişisel özelliklerini değerlendirmeyi gerektirir¹⁰⁴⁶ Bir başka deyişle çocuğun üstün yararının tespiti “*işin esasına girme yasağını*” aşarak davanın esasına girilmesini gerektirmektedir.¹⁰⁴⁷ Bu noktada *HUYSAL*, konunun istisna kabul edilerek hakimlere gerekli yetkilerin verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁰⁴⁸ Kimi yazarlar ise çocuğun üstün yararının tespitinde esasa girilmesinin mecburi olduğu ancak bunun çocuğun yararının tespitiyle sınırlı olduğundan kısmen inceleme yapılacağını ifade etmiştir.¹⁰⁴⁹

Hakim birlikte velayetin tenfizinde çocuğun üstün yararını değerlendirmenin yanı sıra aynı ilkeyle bağdaşan farklı ilkelere de dikkat etmelidir. Bu ilkeler AİHS ve ÇHS’de yer alan ayrımcılık yapmama yasağı, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi, çocuğun görüşünün alınması, çocuğun ana baba ile yaşama hakkıdır.¹⁰⁵⁰

¹⁰⁴⁴ **Tezgel**, s.172; **Bayata Canyaş**, s.328.

¹⁰⁴⁵ **Uyanık Çavuşoğlu**, s.147; **Öztekin Gelgel**, s.128.

¹⁰⁴⁶ **Süzen**, s.45; **Ruhi**, s.237; **Huysal**, s.183.

¹⁰⁴⁷ **PARTALCI, Rümeysa**: “*Yabancı Devletlerden Alınan Velayet Kararlarının Tenfizi*”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s.62; **Bölükbaşı**, s.263.

¹⁰⁴⁸ **Huysal**, s.184.

¹⁰⁴⁹ **Partalcı**, s.63-64; **Bölükbaşı**, s.264.

¹⁰⁵⁰ **Özgenç**, s.21 vd.; **Şensöz Malkoç**, s.430.

C. AİHS EK 7. NOLU PROTOKOLÜN TENFİZ KARARLARINA ETKİSİ

Doktrinde uygulanması mümkün görülen ancak Yargıtay kararlarında TMK md.336 hükmünün cevaz vermemesi ve tanıma tenfiz davalarında kamu düzenine açıkça aykırı sayılan birlikte velayet kararları, “11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol’ün” kabulü ile Türk yargısında da yer bulmaya başlamıştır.

Protokol md.5 “ (1)*Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. (2)Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez*” hükmüyle beraber Yargıtay 2. Hukuk Dairesi T.20.02.2017, E. 2016/15771, K. 2017/1737 sayılı kararına göre “...Esasa uygulanan hukukun Türk Hukukunda farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır” (10.02.2012 tarih ve 2010/1 E, 2012/1 K.sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı). Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde “ortak velayet” düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. O halde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek

milli hukuklarındaki velayete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek "ortak velayet" istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir” gerekçesiyle birlikte velayetin uygulanması Türk Hukuku için bir dönüm noktası olmuştur.

Yargıtay vermiş olduğu kararda tenfiz'in kamu düzenine aykırı olup olmadığını incelerken 10.02.2012 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na da atıf yaparak sırf emredici hukuk kuralına aykırılığın tenfiz'in reddi için yeterli olmayacağını aksine Türk hukukunun temel değerlerine, genel ahlak anlayışına, Anayasada ve milletlerarası anlaşmalarda yer alan temel ilkelerin değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiş. Bu nedenlerle birlikte velayetin hem kamu düzenine açıkça aykırı olmaması hem de Türk hukukunun temel yapısına aykırılık oluşturmadığından birlikte velayetin mümkün olduğuna kanaat getirmiştir.

Karar doktrinde genel anlamıyla olumlu karşılansa da bizim de katıldığımız üzere çocuğun üstün yararı ilkesinden bahsedilmemesi hatalıdır. Çünkü kamu düzenine aykırılığın incelemesinde işin esasına girileceği ifade edilmiştir. Ancak bu incelemede kıstasın çocuğun üstün yararı olacağı kararda yer bulmamıştır. Oysaki önceden de ifade ettiğimiz üzere kamu düzenine açıkça aykırılık incelemesi velayet ve çocuk hukukuna ilişkin davalarda aile ve çocuk hukukunun temel ilkeleri yönünden yapılmalıdır. Bu nedenle olmazsa olmaz inceleme konusu birlikte velayette çocuğun üstün yararının var olup olmadığıdır. Doktrinde de bu durum ÖZGENÇ¹⁰⁵¹ tarafından kararda iç hukuk ve Protokolün kabulünün değerlendirmesine gerek olmaksızın çocuğun üstün yararı gözetilerek karar verilmesi gerektiği şeklinde ifade edilirken diğer yazarlar tarafından da

¹⁰⁵¹ ÖZGENÇ, s.32-33.

birlikte velayet kararlarında her şeyden önce çocuğun üstün yararı incelenmelidir şeklinde belirtilmiştir.¹⁰⁵²

Yargıtay'ın vermiş olduğu emsal karar ve AİHS Ek 7 No.lu Protokol md.5'ten anlaşıldığı üzere artık boşanma halinde birlikte velayet mümkün hale gelmiştir. Ancak evlilik dışı doğan çocukların velayetine ilişkin olarak Protokol'de bir ibare olmadığı gibi yargı kararlarında da doğrudan konunun esasına değinilmemiştir. Yine de Yargıtay 20.02.2017 tarihli emsal kararda ve İstanbul BAM 38.HD kararında evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun birlikte velayetine karar verilmiştir. Fakat değerlendirilmesi gereken nokta Yargıtay, kararlarında kamu düzenine aykırılık hususundaki görüşünü detaylı bir şekilde açıklamış olmasıdır. Buna göre birlikte velayetin kamu düzenine açıkça aykırı olmadığı kabul edilmiştir. O halde TMK veya Protokol metninde yer almasa bile evlilik dışı birliktelikten doğan çocuklar için birlikte velayetin uygulanmamasını haklı gösteren bir sebep yoktur. Anlaşıyor ki yabancı mahkeme tarafından verilen evlilik dışı ilişkideki birlikte velayet kararının Türk mahkemelerinde tanıma ve tenfizine kamu düzeni açısından engel teşkil eden bir durum söz konusu değildir. Kaldı ki sırf çocuğun üstün yararı ilkesi değerlendirilerek dahi birlikte velayet kararının tanıma tenfizi mümkün olmalıdır.¹⁰⁵³

Kanaatimizce evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar üzerindeki velayet hakkının ana baba tarafından birlikte kullanılıp kullanılamayacağı konusunda ikili ayrıma gitmekte fayda vardır. Protokol metninde ve TMK hükümlerinde evlilik dışı ilişkide birlikte velayetin mümkün olduğuna dair bir anlam çıkarılamamaktadır. Bu nedenle Türkiye'de açılan bir birlikte velayet istemli davada evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk için birlikte velayet kararı verilmesi salt TMK incelemesi ile mümkün değildir. Fakat

¹⁰⁵² Bölükbaşı, s.263; Ruhi, s.237.

¹⁰⁵³ Partalçı, s.79; Bölükbaşı, s.265-266.

yabancı bir mahkemenin evlilik dışı birlikte velayet kararının Türk mahkemelerinde tanıma tenfizi mümkündür. Çünkü Yargıtay kararında genel bir kamu düzeni açıklaması yapılarak birlikte velayetin kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmayacağı ve emredici kurallardan ziyade hukukun temel ilkelerine aykırılığın değerlendirileceği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda evlilik dışında birlikte velayete hükmeden yabancı mahkeme kararlarının Türk mahkemeleri tarafından tanıma ve tenfizinin mümkün olması gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak yine de belirtmek gerekir ki ileride Yargıtay’a bu konuda bir dosya gitmesi halinde iç hukukta yeri olmadığı gerekçesiyle kamu düzenine aykırı olarak değerlendirerek tenfizi engellemesi de olasıdır.

Burada karşımıza iki sorun çıkabilir: Birincisi eğer Türkiye’de evlilik dışı birlikte velayet mümkün olmazsa yabancı mahkemede evlilik dışı ilişkiler için verilen birlikte velayet kararının Türkiyede tanıma ve tenfizi kabulü halinde bu durum ayrımcılık yasağına aykırılık olarak kabul edilebilir. Çünkü bir toplumdaki çocukların ve ana babalarının bir kısmının yabancı mahkeme kararlarının tanıma tenfiziyle birlikte velayete sahip olması diğer kısmının ise Türk mahkemelerinde açılan velayet davaları nedeniyle birlikte velayete sahip olamaması söz konusu olabilir. Bu sorun vatandaşı kanuna karşı hile yapmaya sevk ederek Türk mahkemelerinde alamayacağı kararı yabancı mahkemelerde alıp Türkiye’de tanıma tenfizine yönlendirebilir.

İkinci sorun ise yabancı mahkemede evlilik dışı ilişkiler için verilen birlikte velayet kararının Türkiyede tanıma ve tenfizi reddi halinde bu durum yabancı mahkemelerde boşanmadan sonrası birlikte velayet kararı alanlar ile evlilik dışı ilişkide birlikte velayet kararı alanlar arasında ayrıma sebep olmasıdır. Esasında bu sorunun sebebi: Yargıtay her ne kadar “*Türk Hukukunda farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez*” diyorsa da Protokol ve TMK hükümlerine dayanarak hareket ediyor

olması ve çocuk hukukunun ilkelerini daha az değerlendirmesidir. Oysaki çocuğun üstün yararını gözeterek tanıma tenfiz kararı verebilmelidir.

Görülüyor ki bu konu, Yargıtay'ın önüne gidecek davalarla daha net bir çözüme kavuşacaktır. Ancak en nihayetinde evlilik birliği dışında da çocuğun üstün yararını dikkate alarak birlikte velayete imkan tanınması gerekmektedir. Nihai çözüm ise iç hukukumuzda hem boşanma sonrası hem de evlilik dışı ilişki için birlikte velayet düzenlemesinin kabul edilmesidir.

IV. ÇOCUKLARIN VELAYETİNE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ İLE ÇOCUKLARIN VELAYETİNİN YENİDEN TESİSİNE İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA TENFİZ

Tanım ve tenfiz 5718 Sayılı Kanunla düzenlenmiş olmakla beraber kanun madde 1 hükmüne göre milletlerarası sözleşmeler saklı tutulmuştur. Türkiye'nin taraf olduğu çeşitli milletlerarası antlaşmalarda çocuk velayetinin tenfizine yönelik düzenlemeler mevcuttur. Bunlardan biri de “20 Mayıs 1980 Tarihli Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi”dir. Sözleşmenin kapsamına dahil kararların Sözleşmeye taraf devletlerce çabuk ve kolayca tanınması ve tenfizi amaçlanır.¹⁰⁵⁴ Sözleşme, velayet, kişisel ilişki, haksız olarak alıkoyulan çocukların iadesi ve velayetin yeniden tesisini konu edinir. Sözleşmenin kapsamına giren konularda öncelik sözleşmenin uygulanması sözleşmenin kapsamı dışında kalan durumlarda ise MÖHUK uygulanmasıdır.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵⁴ Huysal, s.190; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s.578; Ruhi, s.184; Tezgel, s.258

¹⁰⁵⁵ Özgenç, s.10; Ruhi, s.184; Süzen, s.35-36.

Sözleşme, hukukumuzdan farklı olarak çocuk kavramını 16 yaşın altındakiler ve bağımsız olarak ikamet yeri belirleme yetkisi bulunmayan kişi olarak kabul etmiştir. Ayrıca Sözleşme kapsamında tanıma tenfiz için çocuğun sözleşme tarafı ülke vatandaşı olması gerekmeyip velayet kararının o ülkelerden biri tarafından verilmiş olması yeterlidir.¹⁰⁵⁶ Sözleşmenin hukukumuzda göre tenfiz şartlarını daha geniş tutarak sadece mahkeme kararlarının tenfizini değil aynı zamanda idari velayet kararlarını da tenfize tabii tutmuştur.¹⁰⁵⁷

Sözleşme md.7 hükmüne göre taraf devletlerden birinde verilen karar diğer devlette tanınır ve icra kabiliyeti varsa tenfiz edilir. Bu düzenlemeyle velayet kararının tanıma tenfizi derhal gerçekleştirileceği gibi aynı zamanda tanıma tenfiz taraf devletler için bir zorunluluktur.¹⁰⁵⁸

Sözleşmede tanıma tenfiz farklı durumlar gözetilerek düzenlenmiştir. Buna göre Sözleşmenin 8. ve 9. Maddeleri haksız götürme ve tenfizin reddini açıklarken Sözleşme md.10 ise genel olarak tanıma ve tenfizde ret sebeplerini saymıştır. Buna göre 8.madde haksız olarak götürülmeyi 9.madde¹⁰⁵⁹ ise 8.maddeye bağlı olarak açılan tenfiz

¹⁰⁵⁶ Akıncı/Gökyayla, s.181; Süzen, s.36.

¹⁰⁵⁷ ÖZTEKİN GELGEL/Günseli: “Devletler Özel Hukukunda Velayet Çocuk Kaçırmaları Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4, S.8 Güz 2005/2, s.124; Akıncı/Gökyayla, s.181; Tezgel, s.259.

¹⁰⁵⁸ Süzen, s.37; Akıncı/Gökyayla, s.185.

¹⁰⁵⁹ Sözleşme md. 9: “1. 8. maddede öngörülenler dışında i haksız olarak götürme durumlarında ve götürmeden itibaren altı aylık bir süre içinde herhangi bir merkezi makama müracaat edilmiş ise, tanıma ve yerine getirme ancak aşağıdaki hallerde reddedilir:

a. Davalı veya yasal temsilcisini n gıyabında verilen bir kararın söz konusu olması halinde, davalıya, savunmasını yapmasına imkan verecek bir sürede dava dilekçesi veya benzeri belgenin tebliğ edilmiş olması. Ancak, davalının bulunduğu yerin menşe Devlette davayı açan davacıda n gizlenmiş olması

davalarının ret sebeplerini saymıştır. Sayılan ret sebeplerinin varlığı halinde hakim tenfiz davasını reddetmelidir. Sözleşmenin 10.maddesi¹⁰⁶⁰ ise bu haller dışındaki genel tanıma tenfiz ret sebeplerini saymıştır. 10. Maddede sayılan ret sebeplerinin varlığı halinde reddetme takdiri hakimdedir. Maddenin birinci fıkrası 9.maddeye atıf yaparak

nedeniyle tebligatın yapılmamış olması halinde bu tebligat eksikliği tanıma veya tenfiz işleminin reddi için sebep teşkil etmez.

b: Davalını n veya yasal temsilcisi bulunmaksızın verilen bir kararın söz konusu olması halinde, karar ı veren makamın yetkisi: i. Davalının mutad meskeni veya ii. En az birinin halen orada mutad olarak oturmaya devam etmesi şartıyla , çocuğun ana babasını n son müşterek mutad meskeni veya, iii . Çocuğun mutad meskenine dayanmakta ise.

c. Çocuğun götürülmesinden önce bir yıl süre ile talep eden Devlette mutad olarak oturmuş olması hali ayrı k olmak üzere , tanınması veya tenfizi istenen kararın götürülmeden önce talep edilen Devlette verilmiş bir kararla bağdaşmaması,

2. Tanıma ve tenfiz haksız götürmeden itibaren altı ay içinde istenmiş olduğu takdirde , herhangi bir merkezi makamdaki bir talepte bulunulmamış olması halinde de bu maddenin birinci paragrafı hükümleri uygulanır.

3. Karar, hiçbir şekilde, esastan bir inceleme konusu olamaz.”

¹⁰⁶⁰ **Sözleşme md. 10/I** “1. Tanıma ve yerine getirme, 8. ve 9. maddedeki haller dışında, sadece 9. maddede öngörülen nedenlerle değil ayrıca, aşağıdaki nedenlerden bir i içinde reddedilebilir:

a. Kararı n sonuçlarını, talepte bulunulan Devletin aile ve çocuk hukukunun temel prensipleri ile bağdaşmadığı açık bir biçimde tespit edilmemişse;

b. Aradan geçen zaman da dahil, ancak haksız götürme sebebiyle sadece çocuğun oturduğu yerin değişmesi hariç olmak üzere şartlarda meydana gelen değişiklikler sebebiyle i l k kararı n sonuçlarını n artık çocuğunun yararıyla açıkça bağdaşmaz nitelikte görülürse;

c. Menşe Devlette dava açıldığı an: i . Çocuk, talepte bulunulan Devlet vatandaşı, veya mutad meskeni bu Devlette iken, menşe Devleti ile bu bağlardan hiçbir i yok idi ise; ii. Çocuk aynı zamanda menşe Devlet ve talepte bulunulan Devlet vatandaşı ve mutad meskeni talepte bulunulan Devlette ise;

d. Karar, gerek talepte bulunulan Devlet, gerek üçüncü bir Devlette verilen ve talepte bulunulan Devlette yerine getirilebilir bir karar ile tanıma ve yerine getirme müracaatında önceki bir dava yüzünden bağdaşmıyorsa ve ret çocuğun çıkarlarına uygunsa.”

velayet kararı tenfizinin reddinde 9. ve 10.maddelerin birlikte değerlendirilmesi gerektiği anlaşılr.¹⁰⁶¹

V. VELAYET SORUMLULUĞU VE ÇOCUKLARIN KORUNMASI HAKKINDA TEDBİRLER YÖNÜNDEN YETKİ, UYGULANACAK HUKUK, TANIMA, TENFİZ VE İŞBİRLİĞİNE DAİR 1996 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA TENFİZ

Türkiye'nin taraf olduğu “1961 Tarihli Küçüklerin Korunmasına Dair Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Hukuka Dair Lahey Sözleşmesi” hükümlerinin anlaşılmalığı, tanıma ve tenfiz konusunda yetersiz kalması ve sınırlı sayıda ülke tarafından kabul edilmesi nedeniyle istenen başarıya ulaşamamıştır.¹⁰⁶² Bu nedenle ki daha kolay ve hızlı uygulanabilen 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi kabul edilmiştir.¹⁰⁶³

Sözleşmenin amacı, çocuklara karşı koruma tedbirini almaya yetkili devleti ve velayet sorumluluğu kaynaklı uygulanacak hukuku belirlemek, tedbirlerin tanıma tenfizinde ülkeler arası işbirliğini sağlamaktır.¹⁰⁶⁴

Sözleşme, 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi aksine hem konu hem de kişi bakımında daha geniş uygulama alanı vardır. Gerçekten 1996 Lahey Sözleşmesi 18 yaş altındakileri çocuk kabul ederek bu kimselere karşı uygulama alanı bulur.¹⁰⁶⁵ Mahkeme kararları dışında idari makam kararlarının da tanıma tenfizi mümkündür.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶¹ Akıncı/Gökyayla, s.189; Kahraman, s.85; Energin,s.96.

¹⁰⁶² Ruhi, s.191.

¹⁰⁶³ Kahraman, s.79; Energin, s.89;Ruhi, s.193.

¹⁰⁶⁴ Ruhi, s.194; Energin, s.89.

¹⁰⁶⁵ ULUSU KARATAŞ, Ayşe Elif: “Velayet Sorumluluğu Ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz Ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi Ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, C.37, S.2, s.994; ALTIPARMAK, Ayşe Kübra: “ Velayet Uyuşmazlıklarında Yeni Bir Dönem mi? 1996 Tarihli Lahey

Sözleşmeye göre uygulanacak hukuk ancak çocuğun üstün yararı değerlendirilerek kamu düzenine açıkça aykırılıktan reddedilebilir. bir başka deyişle kamu düzeni nedeniyle yabancı kararın reddi ancak çocuğun üstün yararına aykırılık halinde mümkündür.¹⁰⁶⁷

Sözleşme md. 23 taraf devletlerden biri tarafından alınan koruma tedbiri kararının diğer taraf devletlerce kanunen tanınacağını düzenlemiştir. bir başka deyişle herhangi bir prosedüre başvurulması gerekmez. Hakim takdiriyle reddedilebileceği haller ise maddenin ikinci fıkrasında sayılmıştır.¹⁰⁶⁸ Ret sebepleri takdiri olduğundan çocuğun yararı gerektiriyorsa ret sebebinin varlığına rağmen koruma tedbiri alınabilir.¹⁰⁶⁹

Velayet Sözleşmesi Hakkında Bir İnceleme” Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2020, s.420; **Ruhi**, s.194.

¹⁰⁶⁶ **Altıparmak**, s.429; **Ulus Karataş**, s.992; **Ruhi**, s.195.

¹⁰⁶⁷ **Ulus Karataş**, s.982; **Ruhi**, s.197.

¹⁰⁶⁸ **Sözleşme md. 23/II** “a) önlemin, yargı yetkisi II. Bölümde belirtilen gerekçelerden birine dayanmayan makam tarafından alınması halinde;

b) önlemin, acil durum haricinde, adli veya idari yargısal işlem bağlamında çocuğun dinlenilmesine fırsat verilmeksizin talep edilen Devletin temel usul ilkelerini ihlal edecek şekilde alınması halinde;

c) acil durum haricinde, böyle bir önlemin şahsın dinlenilmesine fırsat verilmeksizin alınması halinde, önlemin velayet sorumluluğunu ihlal ettiğini ileri süren herhangi bir şahsın talebi üzerine;

d) çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurularak böyle bir tanınmanın talep edilen Devletin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde;

e) söz konusu önlemin, sonradan alınan önlemin talepte bulunulan Devlette tanıma için gereklilikleri yerine getirmesi durumunda, çocuğun mutlak meskeninin bulunduğu Akit Olmayan Devlette sonradan alınan önlem ile bağdaşmaması halinde;

f) 33. maddede belirtilen usule uygun olmaması halinde.”

¹⁰⁶⁹ **Ulus Karataş**, s.980; **Energin**, s.91.

Sözleşmenin tenfiz hükmü ise md.26'da düzenlenmiştir. Buna göre tanımadan farklı olarak tenfizin talep edilmesi gerekir. Tenfizin usulü kararın uygulanacağı ülkedeki usul hükümlerine göre tespit edilir. Madde hükmüne göre tenfizin reddi md.23/II bir başka deyişle tanıma ret sebeplerinin varlığı halinde mümkündür. Ancak Sözleşme md.28 hükmüyle ek bir yetki tanınmıştır. Buna göre “çocuğun *üstün yararı dikkate alınarak talepte bulunulan Devletin hukuku uyarınca bu hukukun belirlediği ölçüde uygulama gerçekleşir*” şeklindedir. Bir başka deyişle tenfizi talep edilen karar, uygulanacağı ülkenin iç hukukunun müsaade ettiği ölçüde uygulanabilir. Ancak burada koşul çocuğun üstün yararının kıstas olarak değerlendirilmesidir.¹⁰⁷⁰ Doktrinde 1996 Lahey Sözleşmesinin, 1980 Avrupa Sözleşmesindeki üç türlü tenfiz usulü yerine tek bir sistem benimsemesi sebebiyle daha rahat ve kolay uygulanabilir olduğu savunulmaktadır.¹⁰⁷¹

¹⁰⁷⁰ **Ulus Karataş**, s.987; **Energin**, s.93; **Kahraman**, s.82.

¹⁰⁷¹ **Ulus Karataş**, s.995.

SONUÇ

Toplumlar ve toplumun en küçük birimi olarak kabul edilen aileler daimî olarak değişim göstermektedir. Yapılan araştırmalar gösteriyor ki geçmişe nazaran başta Avrupa’da olmak üzere küresel boyutta hem boşanma oranları hem de evlenmeden ilişki yaşayan sayısı artmaktadır. Bu değişimden en başta toplumların geleceği ve aynı zamanda o toplumun korunmaya ihtiyacı olan üyeleri olarak kabul edilen çocuklar etkilenmektedir.

Çocuklar doğaları gereği korunmaya ihtiyaç duymakta olup anne ve babalarının velayeti altındadır. Bu kapsamda çocuğun bakımını, eğitimi, hayatına yön vermeyi, bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlamak; yasal temsilcisi olmak ve mallarını yönetmek hak ve yükümlülüklerinin tamamını içeren hukuki terim velayet olarak adlandırılır. Velayet hakkı ana babanın çocuk üzerinde sahip oldukları hak ve yükümlülükleri ifade eder. Esasında velayet hakkı çocuk için ana babaya tanınmış bir başka deyişle başkasının kişiliği üzerinde kurulmuş mutlak hak niteliğinde bir yüküm-haktır.

Velayet hakkı, çocuğun sorumluluk sahibi olmasını, ayakları üzerinde durabilmesini, fiziksel, zihinsel ve sosyal gelişimini sağlamasını kısacası çocuğun üstün yararını hedefler. Bu kapsamda velayet hakkı çocuğun bakımı, eğitimi, adı soyadı, yerleşim yeri, üzerinde tanınan egemenlik olarak çocuğun kişi varlığına ilişkin hak ve yükümlülükleri içerdiği gibi aynı zamanda çocuk mallarının yönetimi, kullanımı, gelirlerinin sarfi şeklinde çocuğun malvarlığına ilişkin hak ve yükümlülükleri de içerir. Ayrıca velayet hakkına sahip ana baba çocuğun temsiline ilişkin hak ve yükümlülükleri de haizdir.

Çocuk soybağıyla bir anneye babaya bağlı olsa dahi boşanma, evlilik birliği haricinde ilişki, velayetin kaldırılmış olması veya koruma tedbirleri gibi durumlarda

hukuki olarak velayet hakkına sahip olmayan veya velayet hakkına sahip olsa dahi çocukla ikamet etmeyen ana babanın sırf çocuğun annesi babası sıfatlarına haiz oldukları için ve hatta üçüncü kişilerin dahi çocukla kişisel ilişki kurma hakkı vardır. Öyle ki çocuğun üstün yararına aykırı olunmadıkça kişisel ilişkinin kurulabilmesi anayasal hüküm altına alınmıştır. Ancak boşanmanın ardından özellikle tek başına velayete karar verildiği durumlarda çekişmeli ana babaların birbirine karşı çocukla kişisel ilişki kurulmasını engelleme veya zorlaştırma gibi olumsuzluklara karşılaşılmaktadır. Ancak son kanun değişikliğiyle beraber mahkeme kararlarında kabul gören kişisel ilişki kurulmasını engellemenin velayetin değiştirilmesine neden olabilmesi kanunumuza da eklenmiştir.

Velayet ana babaya tanınan bir hak olmakla beraber mahkeme tarafından kaldırılması da mümkündür. Velayetin kaldırılmasını gerektiren bir sebebin varlığı halinde birlikte velayete de karar verilmesi beklenemez. Ana babanın kısıtlanması veya ana babanın deneyimsizlik, hastalık, başka yerde bulunma veya benzer sebepler ile velayet görevini gereği gibi yerine getirememe ya da çocuğa yeterli ilginin gösterilmemesi ve yükümlülüklerin ağır biçimde savsaklanması veya şartlar gerektirirse ana veya babanın bir başkasıyla yeniden evlenmesi durumlarında velayetin kaldırılması mümkündür. Bu durumda velayete tek bir taraf sahip olur veya velayet ikisinden de kaldırılırsa çocuğa vasi atanır.

Velayete ilişkin verilen kararlar şekli anlamda kesin hüküm teşkil etse de maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Bu nedenle hakim re'sen veya talep üzerine her zaman velayetin değiştirilmesine de karar verebilir.

Velayet hem niteliği itibariyle hem de sahip olanlar bakımından tarihsel süreçte değişimler yaşamıştır. Bu süreçte Roma hukukunda babaya tanınan mutlak bir hak iken günümüzde ana babaya tanınan bir yüküm hak niteliğini kazanmıştır. Babanın mutlak

hakimiyeti yıllar içinde velayet anneye verilmelidir anlayışına dönüşmüştür. 20. yüzyılın sonlarına kadar evlilik birliği içinde ana baba velayete birlikte sahip olabilirken boşanmada ve evlilik birliği harici ilişkide tek başına velayet kabul edilmiştir. Ancak toplumsal değişimler, kadın erkek eşitliği, kadın hareketleri, baba hakları grubu ve çocuk hukukuna hakim olan ilkeler kapsamında boşanma ve evlilik birliği haricinde de birlikte velayet kurumu tartışılır hale gelmiştir.

Birlikte velayet genel olarak ana babanın müşterek çocukları ve istisnai olarak kısıtlı ergin çocukları üzerinde velayet hak ve sorumlulukların eşit kullanımı ve yerine getirilmesini ifade eder. Birlikte velayet ile aile içi kadın erkek eşitliği ve çocuğun üstün yararı amaçlanmıştır. Bu kapsamda tek başına velayette vuku bulan çocuğun eşler arasındaki ego savaşına araç edildiği velayet savaşlarının veya velayet sahibi ebeveynin diğer ebeveyne karşı çocuğu doldurduğu ebeveyne yabancılaşma sendromu gibi birtakım olumsuzlukların giderilmesi istenmiştir. Çocuğun ise her iki ebeveyniyle de iletişim kurabilmesi zaman geçirebilmesi ve ebeveynlerinin de ondan kopmaması bu sayede çocuğun gelişimine katkıda bulunmak amaçlanır. Çocuğun ana baba tarafından bakım ve yaşama hakkı Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde de yer alır.

Boşanmadan en çok etkilenen çocuklardır. Çocuklar boşanmanın etkilerini yaş gruplarına, cinsiyetlerine ve aile yapısına göre kısa süreli ve uzun süreli olmak üzere farklı şekillerde yaşarlar. Çocuğun sağlıklı gelişimi için boşanmaya uyum göstermesi önem arz eder. Çocuk bu süreçte her iki ebeveyne de ihtiyaç duyar. Ebeveynler olabildiğince çocuklarını yaşanan süreç hakkında bilgilendirmeli, boşanmanın suçlusunun onlar olmadığını anlatabilmelidir. Sürekli çatışan, kaliteli iletişim kuramayan ebeveynler ise çocuğun boşanmaya uyumunu zorlaştırır. Boşanmadan diğer etkilenen ise ana babadır. Evlilik ne kadar başarısız olursa olsun boşanmak eşlerde bir boşluk yaratabilmektedir. Eşler endişe, utanç, üzüntü, suçluluk gibi çeşitli olumsuz

duygulara kapılabilir. Kimi zaman ise çocuklarına bağlanma veya çocukları dert arkadaşı görerek çocuklara gereğinden fazla sorumluluk yüklemeye karşılaşılabılır. En sık karşılaşılan sorunlardan biri ise velayet sahibi bir başka deyişle yabancılaştıran ebeveynin çocuğu diğer ebeveyne bir diğer tabirle hedef ebeveyne karşı yabancılaştırmasıdır. Bu durumda çocuk hedef ebeveynden tamamen koparak ona karşı olumsuz duygular beslemektedir. Süreç içinde sayılan olumsuzluklar ve amaçlar doğrultusunda en ideal düzenlemenin birlikte velayet olduğu düşüncesi gelişmiştir.

Birlikte velayetin hem aleyhine hem lehine çeşitli görüşler ifade edilmiştir. Aleyhe eleştiriler daha çok çatışmanın artacağı, çocuğun yetiştirilmesinde farklı anlayış ve doğruların benimseneceği, çocuğun bağlılık hissedemeyeceği, yeniden evlenme durumunda çocuğun kimi muhatap alacağı konusunda kafasının karışacağı ve evlilik dışı ilişkilerde resmi nikaha ihtiyaç duyulmayacağı bu nedenle kamu düzenini olumsuz etkileyeceğine yöneliktir. Birlikte velayet lehine argümanlar ise çocuğun her iki ebeveyne de ihtiyaç duyduğu ve ana babanın ebeveynlik görevlerinin devam ettiği, velayet savaşlarının son bulacağı temelindedir. Bu kapsamda boşanma sonrası çocuğun güvensizlik ve sevgisizlik hissetmesine karşın çocuğun iş birliği içindeki ana babayı görmesiyle güven duygusu artar ve daha çok sevgilerini hisseder. Velayetin birlikte kullanımıyla beraber çocuğun ebeveynler arası koz olarak kullanımı sona erer. Tek başına velayetin aksine ebeveynlerin birlikte karar verebilir ve her ikisi de daha katılımcı rol oynarlar. Yapılan araştırmalar da her iki ebeveynin de velayete sahip olmasıyla özellikle velayet bırakılan annelerin üzerindeki stresin azaldığı ve sorumlulukları babalarla paylaştığı babaların da uygulamadan memnun olduklarını göstermiştir.

Günümüzün ideal düzenlemesinin birlikte velayet olduğu görülmektedir. Bu ideal gelecekte değişebilir olsa da günümüz hukukunda ve toplumsal anlayışında olması

gereken birlikte velayetin boşanma sonrası ve evlilik birliği dışında da çocuğun üstün yararına aykırı olmadıkça kabul edilmesidir. Günümüzde bir insandan beklentilerimizin temelinde anlayışlı, saygılı, herhangi bir ayrımcılıktan uzak, toplumun dezavantajlı gruplarına karşı pozitif olabilmesi ve hukuk kurallarına uyabilmesi vardır. Birlikte velayet de esasında bu beklentilerimizi karşılayabilecek insanın isteyeceği ve kolayca yürütebileceği velayet sistemidir. Birlikte velayetin iki temel noktası kaliteli iletişim ve iş birliğidir. Bu nedenle ideal velayet sisteminin birtakım ideal insan özelliklerini barındıran ebeveynler tarafından yürütülmesi daha kolaydır.

Yapılan araştırmalar göstermiştir ki insanlar hem velayet sorumluluğunun ağırlığının farkında değiller hem de birlikte velayetin ne olduğunu bilmiyorlar. Bu nedenle birlikte velayet daha iyi anlaşılmalı, daha çok uygulanmalıdır. Bu sayede ebeveynlerin de velayeti çok daha kolay yürütebileceğini ve çocuğun üstün yararının sağlandığını görebiliriz.

Birlikte velayet ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri eyaletlerinde çocuğun üstün yararının gerektirmesi halinde kabul edilmiştir. Bu kabul sonraları mahkemenin müdahalesi olmaksızın birlikte velayetin çocuğun üstün yararına olduğu düşüncesiyle kabul edilmeye başlanmıştır. Bu doğrultuda Avrupa ülkelerinde de önce istisnai olarak sonrasında kural olarak birlikte velayet kabul edilmiştir.

Mehaz İsviçre Medeni Kanun'u ve Alman Medeni Kanun'unda da önce istisnai sonrasında ise kural olarak birlikte velayet düzenlemesi yapılmıştır. Nihayetinde 1.07.2014 tarihli değişiklikle mehaz İsviçre Kanununda ergin olana kadar çocuğun ana babanın birlikte velayeti altında kalacağı benimsenmiştir. Boşanma halinde kural birlikte velayet olmakla beraber ancak hakim kararıyla velayet kararı verilmelidir. Evlilik birliği harici ilişkide de kural birlikte velayettir. Ancak bu doğumla gerçekleşmez. Baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulması aranır. Bu

kapsamda tanımayla beraber birlikte velayete ilişkin ortak bildirimde bulunulabilir veya babalık davasıyla beraber birlikte velayete de hükmedilebilir. Alman hukukunda da Federal Mahkemenin tek başına velayeti anayasaya aykırı bulması üzerine yapılan Çocuk reformuyla boşanma sonrası birlikte velayet kuralı olarak kabul edilmiştir. Evlilik birliği dışında ise kural annenin doğrudan velayete sahip olması olmakla beraber babanın da talebi ve mahkemenin kararı ile velayete sahip olabilmesidir. Ancak geçmiş düzenlemelerde ana velayet hakkına sahipken babanın da velayete sahip olabilmesi ancak ananın rıza göstermesiyle mümkündü. Fakat AİHM, Almanya- Zaunegger ve Avusturya-Sporer kararı ile Özel ve Aile Hayatına Saygı başlıklı md. 8 ve Ayrımcılık Yasası başlıklı md. 14'e aykırılık oluşturduğu tespit etmiştir. Bunun üzerine hem Almanya hem de Avusturya'da evlilik birliği dışında birlikte velayet için ananın rızasının aranması kuralı kaldırılmıştır.

Birlikte velayet farklı tiplerde karşımıza çıkar. Amerikan eyaletlerinde fiziksel ve yasal birlikte velayet tipi ayrımı yapılmıştır. Yasal birlikte velayet kapsamında hak ve sorumluluklar ebeveynler tarafından eşit paylaşılır ancak çocuk birisinin yanında ikamet eder. Bu nedenle günlük işlerde yanında kalan söz sahibi iken önemli işlerde birlikte karar verilir. Fiziksel birlikte velayet de ise fark çocuğun hem anne hem babanın yanında eşit veya eşite yakın olarak kalmasıdır. Her iki evde çocuğun evi olarak hazırlanır. Bunun yanı sıra özellikle Avrupa'da benimsenen çocuğun fiilen yaşadığı yer ve bakımının üstlenilmesine göre rezidans modeli, dönüşümlü model, kuş yuvası modeli gibi çeşitli bakım modelleri gelişmiştir. Esasında modellerin temelinde çocuğun üstün yararı ilkesi yatmaktadır. Rezidans modelinde çocuk ebeveynlerden biriyle yaşar ancak önemli işlerde birlikte karar verirken günlük işlerde ise çocuğun yanında kalan ebeveyn karar verir. Son yıllarda Avrupa'da giderek kabul görmeye başlayan dönüşümlü modele göre çocuk dönüşümlü olarak ebeveynleriyle kalarak eşit veya eşite yakın zaman geçirmektedir. Dönüşümlü model Fransa, Belçika, İsveç Hollanda, Danimarka gibi

lkelerde kabul edilirken İsviçre’de de 1.01.2017 tarihli revizyonla mahkemeyi alternatif himayenin çocuğun yararına olup olmadığını incelemekle yükümlü tutulduğu alternatif himaye kavramı kanuna eklenmiştir. Kuş yuvası modelinde ise çocuğun tek bir evi olup ana baba bu evde dönüşümlü olarak kalmaktadır. Ancak kuş yuvası modeli pek uygulama alanı bulmamaktadır. Sayılan modeller arasında bilimsel olarak herkes için sağlıklı olabilecek bir model bulunmamaktadır. Bu konu daha fazla araştırmayı gerekli kılmaktadır. Hukukçuların da bu konuda kendi başlarına bir kanaate varmaları sağlıksız sonuçlara sebep olabilir. Kuşkusuz anlaşmalı boşanmalarda ebeveynler kendilerine ve çocuklarına uygun bir model benimseyebilirler. Ancak ekişmeli boşanmalarda doğru modeli benimsemek güç olabilir. Her modelin olumlu ve olumsuz yanları bulunmakla beraber biz de dönüşümlü modelin birlikte velayetin ruhuna daha uygun düştüğü kanaatindeyiz. Ancak mutlak bir doğrunun olmadığı da açıktır. Fakat doktrinde de ifade edildiği üzere çocuğun günlük işleri ve önemli işlerinde ayırım yapılarak günlük işlerde yanında bulunduğu ebeveynin önemli işlerde ise her iki ebeveyninde sorumlu olduğu kanaatindeyiz Acil işlerde ise çocuğun yanındaki ebeveynin karar alması ve diğer ebeveyne ivedi olarak bildirmesi gerekir.

Birlikte velayet doktrinde tartışılmakla beraber uluslararası belgelerde de kendine yer bulmuştur. Avrupa Konseyi’nin 2079/2015 Sayılı kararında aile içindeki cinsiyet eşitliğine işaret edilirken 84(4) Sayılı kararında ise çocuğun üstün yararına uygun olarak talep halinde boşanma sonrası birlikte velayetin mümkün olduğu anlamı çıkarılmaktadır. ocuk hukukunun anayasası niteliğindeki Birleşmiş Milletler ocuk Hakları Sözleşmesi ise çocuğun üstün yararı, çocuğun görüşünün alınması, çocuklar arasında ayrımcılık yasağı, ana babayı bilme hakkı, çocuğun ana baba bakımında olması gibi birlikte velayetin ruhuna uygun düşen temel hakları gözeterek düzenlenmiştir. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın nlenmesi Sözleşmesinin ilgili hükümleri incelendiğinde ana babaların

evlilik içi, evlilik dışı ve evlilik sonrasında eşit hak ve yükümlülöklere tabii olduğu kabul edilmiştir. Birlikte velayeti Türk hukukunda uygulanabilir kılan belge ise şüphesiz AİHS Ek 7 No.lu Protokoldür. Protokol 5. Maddesi ile çocuğun üstün yararına aykırı olmadıkça evlilik sonrasında eşlerin velayet konusunda eşit hak ve yükümlölöklere sahip olduğu kabul edilmiştir.

Hukukumuzda ise birlikte velayet TMK md. 182 ve 336. hükümleri üzerinden incelenmiştir. TMK md. 336/I evlilik birliğı içinde birlikte velayeti benimserken md. 336/II’ de birlikte yaşama son verme veya ayrılık halinde hakimin velayeti ana babadan birine verebileceğı ifade edilmiştir. Fıkranın mefhum-u muhalifinden kuralın birlikte velayet istisnasının tek başına velayet olduğu anlaşılmaktadır. TMK md. 336/III ise velayetin ölüm halinde sağ kalana, boşanma halinde ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olduğunu düzenler. Kanaatimizce TMK md. 336 hükmünde üç fıkrayı bir arada değerlendirmeliyiz. İlk fıkra evlilik içinde birlikte velayeti ikinci fıkra ayrılık halinde kural olarak birlikte velayeti çocuğun yararı gerektirirse tek başına velayeti düzenlerken ölüm ve boşanmayı içeren üçüncü fıkra ise tek başına velayeti düzenlenmiştir.

Doktrinde TMK md. 336/III ve md. 182/III değerlendirmesini yapan kimi yazarlar birlikte velayeti savunmamakta olup ilgili maddelerin emredici nitelikte olduğu ve birlikte velayeti kabul etmediğı yönünde görüş ifade etmektedir. Ancak bu yazarlar da nihayetinde AİHS Ek 7 No.lu Protokol ile birlikte velayetin hukukumuzda kabul edildiğini ifade etmiştir. Birlikte velayet lehine görüş ifade eden yazarlardan bir kısmı ise maddenin çocuğun yararı ilkesiyle beraber değerlendirilmesi gerektiğini bu kapsamda tek başına velayetin mutlak çocuğun yararını sağlamayacağını bu nedenle maddenin kanunun özüne ve amacına aykırı olduğundan amaca uygun sınırlama ile TMK md. 1 yoluyla doldurulması gerektiğı ifade edilmektedir. Kimisi ise ilgili maddenin emredici nitelikte olduğu ve burada gerçek boşluk olduğunu TMK md. 1’e

göre doldurulması gerektiğini ifade eder. Kanaatimizce md.336/III emredici niteliktedir. Ayrıca doktrinde ileri sürülen gerçek boşluk ve örtülü boşluk fikirlerine de katılmıyoruz. Çünkü kanun koyucu birlikte velayetten haberdar olmasına rağmen kanuna eklememiştir. Kanun koyucunun iradesi çocuğun yararının tek başına velayet ile mümkün olması yönündedir. Ancak çocuğun üstün yararının çoğu zaman birlikte velayet kimi zaman ise tek başına velayetle sağlanacağını düşünmemiz nedeniyle bu iradeye katılabilmemiz mümkün değildir. Fakat AİHS Ek 7 No.lu Protokol kabulüyle birlikte velayet hukukumuzda mümkün hale gelmiştir. TMK md. 182/III ise birlikte velayetin mümkün olmadığını söyleyen yazarlar tarafından gerekçe gösterilirken aksi kanaatteki birlikte velayetin mümkün olduğunu savunan yazarlar tarafından bizim de katıldığımız üzere ilgili fıkranın velayetin bırakılmasında dikkate alınacak unsurlara ilişkin olduğu herhangi bir şekilde tek başına velayeti işaret etmediği şeklinde görüş ifade edilmektedir.

Evlilik birliği dışında velayet düzenlemesi ise TMK md. 337'de ananın doğumla velayeti kazanacağı babanın ise ancak ananın küçük, kısıtlı, ölümü halinde çocuğun yararı gözetilerek babaya bırakılabilmesi olarak düzenlenmiştir. Kimi yazarlar birlikte velayetin mümkün olmadığını kimisi ise hükmün boşluk içerdiğini TMK md. 1 yoluyla doldurulması gerektiğini ifade eder. Kanunun evlilik dışı ilişkide birlikte velayete yer vermediği açıktır öyle ki babaya dahi ancak tek başına velayet şeklinde velayeti bırakmaktadır. Oysaki hem ana baba arasında hem de evlilik içi doğan ve evlilik birliği dışında doğan çocuklar arasında ayrımcılık ve eşitliğe aykırılık söz konusu olup AİHM Almanya ve Avusturya kararları da bu yöndedir. Protokol ise evlilik birliği dışında birlikte velayeti içermediği kanaatindeyiz. Ancak Yargıtay emsal kararında ve diğer yargı kararlarında evlilik dışı çocuk için de birlikte velayet kararı verildiği görülmektedir. Gerçekten de çocuğun üstün yararı, çocuklar arası ayrımcılık yasağı ve

kadın erkek eşitliği kapsamında değerlendirildiğinde birlikte velayete imkân tanınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Türk Medeni Kanunu üzerinden yapılan tartışmalar nihayetinde AİHS Ek 7 No.lu Protokol md.5 kabulüyle sona ermiş gözükmemektedir. Ancak kimi yazar Protokol'ün kabul edilmesiyle kanunun ilgili hükümlerinin örtülü olarak ilga olduğunu ifade etmiştir. Doktrinde bizim de katıldığımız kimi yazar ise TMK hükümlerinin ilga olmadığını ancak Protokol'ün kabulüyle birlikte velayetin iç hukuk halini aldığını ancak çocuğun üstün yararı gerektirirse TMK md. 336/III hükmünde ifade edildiği üzere tek başına velayete de karar verilebileceğini belirtmiştir. Esasında burada Anayasa md. 90/V gereği kanunla uluslararası sözleşmenin çatışması da tartışılmıştır. TMK hükümlerin ilga edildiğine dair yorum Anayasa md.90/V gereği uluslararası sözleşmelerin üstün kabul edilmesinden dolayıdır. Bizim katıldığımız görüşte ise 90/V öncelik anlamında olmayıp yoruma bırakılmıştır. Kaldı ki Protokol cinsiyet eşitliği ve çocuğun üstün yararını benimsemiştir ve kanunla arasında çatışma yoktur. Esasında Protokol birlikte velayeti kural kılmamıştır ve çocuğun üstün yararını öncelik konumuna getirerek birlikte velayetin sınırını da ifade etmiştir. Çocuğun yararının gerektirmesi halinde TMK md. 336/III tek başına velayetin kabulü mümkündür.

Protokol'ün kabulü birlikte velayete ilişkin yargı kararlarında da değişikliğe yol açmıştır. Yargıtay 2. HD 20.02.2017 Tarihli 2016/15771 E., 2017/1737 K. Sayılı emsal kararı ile birlikte velayetin açıkça kamu düzenine aykırı olmadığını AİHS Ek 7 No.lu Protokol ile iç hukuk halini aldığını ifade ederek birlikte velayetin mümkün olduğuna dair karar vermiştir. Yargıtayın emsal kararı öncesinde anlaşmalı boşanma ile birlikte velayetin kabul edildiğine dair ilk derece mahkemesi kararı olsa da Yargıtayın genel görüşü birlikte velayetin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiğine yöneliktir. Bu nedenle emsal karar öncesi tenfiz davaları reddedilmekteydi. Emsal karar sonrası ise

birçok derece mahkemesi kararında birlikte velayetin kabul edildiği görülmektedir. Üstelik evlilik birliği haricindeki ilişkilerde de birlikte velayeti kabul eden mahkeme kararları bulunmaktadır.

Mahkemeler nezdinde anlaşmalı boşanmalarda birlikte velayet anlaşmaya uygun olarak kabul edilirken çekişmeli boşanmalarda mahkemeler arası farklılıkların var olduğu gözlemlenmektedir. Genel olarak mahkemeler birlikte velayeti kural kabul ettiği gözlemlenmektedir. Ancak gönüllülük prensibi üzerinde mahkemelerin yeknesak bir uygulaması olduğu söylenemez. Kimi mahkemeler tarafların rızasına, talebine bakmaksızın birlikte velayete hükmederken kimisi ise talep yokluğundan veya taraflardan birinin tek başına velayeti istemesi sebebiyle birlikte velayeti kabul etmemektedir. Tam da bu konuda Anayasa Mahkemesi 30.11.2021 T., 31675 S. Resmi Gazete’de yayımlanan Hilal Erdaş Başvurusunda birlikte velayeti değerlendirmiştir. Mahkeme öncelikle birlikte velayetin iç hukuk ve uluslararası sözleşmeleri değerlendirerek çocuğun üstün yararına olduğunu ve uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Somut olaya özgü değerlendirmesinde ise her iki ebeveynin velayetin kendisine verilmesini istediğini bunun ileride çekişme yaratacağını kabul etmiştir. Mahkemenin bu değerlendirmesinde sanki tarafların talepleri olmazsa birlikte velayetin mümkün olmadığı izlenimi çıkarılmaktadır. Oysaki karşıoyda da ifade edildiği üzere ne Protokol metninden ne de Yargıtay emsal kararından böyle bir anlam çıkartılamaz. Bu kabul karşıoyda ifade edildiği üzere ikincilik ilkesine aykırılık oluşturur. Kaldı ki böyle bir şart birlikte velayetin uygulanabilirliğini zorlaştıracı nitelikte olup çocuğun üstün yararını ana baba yararının gerisinde bırakır. Ana baba birlikte velayetin anlamını kavrayamamış da olabilirler bu nedenle mahkemenin değerlendirmeyi çocuğun üstün yararına göre yapması ve ana babayı birlikte velayet konusunda aydınlatması ve görüşlerini alması gerekir. Mahkemenin katıldığımız eleştirisi ise ana babanın birlikte velayet konusunda görüşlerinin alınmamış olmasınadır. Gerçekten de hem çocuk hem

de ana babanın görüşünün alınması velayet düzenlemelerinde önem arz eder. Mahkemenin aile hayatına saygı ilkesini ihlal ettiğine ilişkin kararının gerekçelerinin temelinde BAM Dairesinin eksik incelemede bulunduğu yatmaktadır ancak karşıyda yapılan atfa göre Daire çocuğun üstün yararına yönelik gerekli tartışmaları yaparak birlikte velayete karar vermiştir. Nihayetinde karar birlikte velayeti uygulanamaz olduğunu söylememekte fakat tarafların oybirliğine ihtiyaç duyulduğu izlenimi yaratmaktadır. Derece mahkemelerinde yeknesaklık bulamamış gönüllülük prensibi konusunda Anayasa Mahkemesi tarafların rızasını veya talebini aramış izlenimi sunmaktadır. Kanaatimizce birlikte velayet için gönüllülük tercih edilesidir fakat zorunlu bir unsur değildir. Taraflar bu konuda irade ortaya koymayabilir veya reddedebilir. Hakim çocuğun üstün yararını gözeterek bu durumun ileride yaratacağı muhtemel etkilerine göre birlikte velayete karar vermelidir.

Birlikte velayet ideal düzenleme olmakla beraber mutlaka kabulü gerekmez. Kanunda velayetin kaldırılması sebeplerinin varlığı halinde birlikte velayet kararı verilmesi beklenemez. Birlikte velayette ebeveynler arası sağlıklı iletişim ve işbirliği önem arz etmektedir. Ayrıca ebeveynler arasındaki çatışmanın da olmaması veya geçici olması ya da tolere edilebilir miktarda olması önemlidir. Amaç çocuğun bu ilişkiden zarar görmemesidir. O nedenle sağlıklı bir iletişim veya işbirliğinin yokluğunda veya sürekli bir çatışmanın varlığı halinde birlikte velayet kararı verilemez. Birlikte velayetin kabulünde tarafların ortak talebinin olması istenen bir durumdur. Fakat kimi zaman eşler velayetin taraflardan birine bırakılmasını da ortak bir şekilde talep edebilirler. Gerçekten de velayeti istemeyen bir kimseye zorla velayetin bırakılmasının çocuğun yararına olduğu söylenemez. Eğer taraflar bir tarafa bırakılmasında anlaşmışsa buna çocuğun yararı gözetilerek uyulmalıdır.

Bütün bu açıklamalar neticesinde birlikte velayete ilişkin kanunda düzenleme yapılması gerekliliğinin doğduğu açıktır. Hem yargı kararlarında kabul edilen hem de uluslararası sözleşmenin kabulü ile iç hukuk halini alan birlikte velayete Türk Medeni Kanun’unda da yer verilmesi gerekir. Yapılacak düzenleme hem boşanma sonrası hem de evlilik birliği dışındaki ilişkilerde birlikte velayeti geçerli kılmalıdır. Düzenleme çocuğun üstün yararını birlikte velayetin sınırı olarak benimsemelidir. Ancak yapılacak kanun değişikliğinde aşırı detaycı bir yaklaşımda bulunulmaması bir başka deyişle birlikte velayetin nasıl tesis edileceğine dair doğrudan bir modele karar vermek yerine bu durum hakim takdirine bırakılmalıdır. Çünkü her somut olayın farklılığı düşünüldüğünde hakimin uygun düzenlemeyi kararlaştırabilmesi daha mümkündür. Kaldı ki birlikte velayetin çocuğun üstün yararına olduğunu hem ülkemiz hem de yurtdışında yapılan araştırmalar göstermiştir. O halde hem kanunun hem kabul ettiğimiz Çocuk Hakları Sözleşmesinin ruhunda çocuğun üstün yararı olduğuna göre kanun koyucunun hiç beklemezsizin bu düzenlemeyi getirmesi gerekir.

Ülkemizde birlikte velayet uygulanmaya başlamıştır. Karşılaştırmalı hukukta birlikte velayetin kural olarak kabul edilmiştir. Yargıtay emsal kararında birlikte velayetin kural olduğu anlamı çıkarılabilir. Mahkemelerde gerçekten bu yaklaşımı gütmektedir. Doktrinde birçok yazarda birlikte velayetin kural olması gerektiğini ileri sürmektedir. Kimi yazarlar ise istisnai niteliği taşıması gerektiğini ifade eder. Son ortaya çıkan görüş ise kural-istisna ayırımına gidilmeksizin çocuğun üstün yararına göre hakimin takdir etmesine yöneliktir. Bize göre de birlikte velayet bir alternatif olarak kanuna eklenmeli ve çocuğun üstün yararı önceliğinde birlikte velayete veya tek başına velayete karar verilmelidir. Kaldı ki Protokol metninden de birlikte velayetin kural olduğu anlaşılmamaktadır. Protokol öncelik olarak çocuğun üstün yararını kabul etmiştir. Anlaşmalı boşanmalarda ise birlikte velayeti içeren anlaşma protokolü çocuğun üstün yararına uygunsa kabul edilmelidir. Mahkemelerde bu doğrultuda hareket

etmektedir. Evlilik birliği dışında ilişkide ocuk doğrudan ananın velayeti altındadır babanın soybağı kurmasından sonra ise ancak taraflardan birinin veya her ikisinin talebi ya da babalık davası neticesinde hakim tarafından çocuğun üstün yararı değerlendirmesinden geçerek birlikte velayet kabul edilmelidir.

Nihayetinde hakim TMK md. 182’de ifade edildiği üzere geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Takdir yetkisini kullanırken en önemli kıstas çocuğun üstün yararının gözetilmesidir. Bu kapsamda çocuğun eğitimi, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarını gözeterek geleceğine dair planlamaları öngörerek ocuk için uygun velayete ve modele karar vermelidir. Kararı verirken tarafların kültürel ve ekonomik durumları, yaşları, yerleşim yerleri, meslekleri, anlaşma ve iletişim yetenekleri, yetiştirme yeteneği ve aralarındaki ilişki gibi unsurları değerlendirilmeli; çocuğun ise özel durumları, yaşı, sağlığı, kardeşleri ve sosyal ortamı, başkalarıyla olan ilişkisi, istekleri dikkate alınmalıdır. Bunların yanı sıra aile içi ilişkiler, şiddet ve istismarın varlığı gibi boşanma sebebini de oluşturabilecek ve geleceği etkileyebilen unsurlar değerlendirilmelidir.

Anayasa Mahkemesi kararında tarafların görüşünün alınmadığı haklı eleştirisi yapılmıştır. Gerçekten de imkanlar elverdikçe hem tarafların hem de çocuğun görüşünün alınması velayet davalarında son derece mühimdir. Hakimin salt hukukçu olarak yeterli değerlendirmeleri yapması güçtür. Bu nedenle çocuğun üstün yararının tespitinde uzman görüşüne de başvurması son derece önem arz eder.

Avrupa’da kabul edilen birlikte velayet Türk yargısının önüne sıklıkla tanıma tenfiz davaları olarak gelmiştir. Yargıtay emsal kararına kadar bu davalarda tenfiz talebini TMK md. 336/III emredici hukuk kuralına ve kamu düzenine açıkça aykırılık gerekçesiyle reddetmekteydi. Fakat emsal kararla birlikte velayetin Ek 7 No.lu Protokol’n iç hukuka etkisini dikkate alarak kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmadığını hüküm altına almıştır. Aslında emsal karara kadar doktrinde Yargıtayın

bu sebeplere dayanarak tenfiz taleplerini reddetmesi kategorik bakıldığı ve her iç hukuk kuralının milletlerarası özel hukuk bağlamında kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği yönünde eleştirilmiştir. Birçok kez ifade edildiği üzere kamu düzenine aykırılık için hukuk düzeninin temel ilkelerine, genel örf adetine açıkça bir aykırılık oluşturması gerekir. Oysaki velayet düzenlemelerinde temel ilke çocuğun üstün yararı olup birlikte velayet kararları da bu ilkeye aykırılık oluşturmaz.

MÖHUK kapsamında birlikte velayet kararlarının tanıma ve tenfizinin ön koşulları ve asıl koşullarının sağlanmış olması gerekir. Buna göre MÖHUK md. 50'ye göre öncelikle yabancı mahkeme kararları hukuk davalarına ilişkin olmalı ve yabancı ülke hukukuna göre kesinleşmiş olması gerekir. Boşanma ve velayet kararları her ülkede mahkeme tarafından verilmeyebilir. Ancak bu sorun genellikle ülkelerin karşılıklı anlaşmaları yoluyla aşılaraq idari kararlar da kabul edilebilmektedir. Kararın kesinleşmesinden kasıt ise şekli anlamda kesinleşme olup maddi anlamda kesinleşme aranmaz. Asıl koşullardan ilki ise fiili veya hukuki anlamda karşılıklıdır. İkincisi bizzat Türk mahkemelerinin yetki alanına girmemesini ifade eden münhasır yetkisine girmeme koşuludur. Üçüncü şartı davalının savunma hakkına riayet edilmesi bir başka deyişle savunma hakkının davet, temsil edilme, gıyabında karar verilmeme şeklinde usulü işlemlere uygun olarak kullanılabilmesidir. Son şart ise Yargıtayın talepleri reddinde gerekçe olarak sunduğu kamu düzenine açıkça aykırı olmama koşuludur. Saydığımız koşullar tenfiz kararları için tamamen geçerli olmakla beraber tanıma kararı için karşılıklılık şartı hariç diğer şartların varlığı yeterlidir.

ÖZET

Birlikte velayet, tek başına velayetin olumsuz etkilerini engelleyen, çocuğun boşanmaya daha kolay uyumunu sağlayan ve çocuğun üstün yararının gerekli kıldığı bir düzenlemedir. Birçok ülke tarafından birlikte velayet boşanma sonrası kural olarak kabul edilmiştir. Uluslararası belgelerde de eşitlik ilkesi, ayrımcılığın önlenmesi, çocuğun üstün yararı ilkeleri ve çocuğun ana baba tarafından bakılma ve onlarla yaşama hakkı kapsamında yer bulmuştur.

Türk Medeni Kanunu evlilik birliği içinde birlikte velayeti kabul ederken boşanma sonrasında velayetin ana babadan birisine bırakılmasını düzenlemiştir. Kanun, evlilik dışı doğan çocuğun velayetine ananın sahip olmasını istisnai durumlarda ise babanın bu hakka sahip olabilmesini düzenlemiştir. AİHS Ek 7 No.lu Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 20.02.2017 tarihli 2016/15771 E., 2017/1737 K. sayılı kararıyla birlikte velayet konusunda görüşünü değiştirerek birlikte velayetin kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına karar vermiştir. Ancak hala birlikte velayetin hangi hallerde kabul edilebileceğine dair yeknesak bir uygulama yoktur. Son olarak Anayasa Mahkemesi Hilal Erdaş Başvurusunda eksik inceleme neticesinde verilen birlikte velayet kararının aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme kararında tarafların birlikte velayeti istemeleri gerekiyormuş gibi bir yaklaşım vardır. Oysaki gerek Protokol gerekse Yargıtay kararında tarafların rıza veya karşılıklı talepleri birlikte velayetin şartı olarak kabul edilmemiştir.

Hem yargının kabul etmesi hem de çocuğun üstün yararına uygun olması nedeniyle kanunumuzda birlikte velayet düzenlemesi yapılmalıdır. Düzenlemenin kural veya istisna olmaktan ziyade alternatif olması gerekir. Birlikte velayetin nasıl uygulanacağı ise somut olaya göre tarafların ve çocuğun görüşü doğrultusunda hakimnin takdir yetkisi kapsamında belirlenmelidir. Yargıtay emsal kararına kadar birlikte

velayete ilişkin yabancı mahkeme ilamlarının tenfizi reddedilirken artık tenfiz şartlarının oluşması halinde kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Velayet, Birlikte Velayet, Çocuğun Üstün Yararı, Boşanma, Evlilik Dışı Doğan Çocuk, AİHS Ek 7 No.lu Protokol, Tenfiz.



ABSTRACT

Joint custody is a regulation that prevents the negative effect of sole custody, enables the child adapt to divorce more easily and is required by the best interest of the child. Joint custody has been adopted as post-divorce rule by many countries. Joint custody has been included in international documents within the scope of the principle of equality, prevention of discrimination, principle of the best interests of the child and the rights of the child to be cared for by parents and lived with parents.

The joint custody has been accepted during marriage under the Turkish Civil Code (TCC), whereas custody has been granted to one of the spouses post-divorce. Under the Turkish Civil Code, the parental right of child born out of the wedlock has belonged to mother, father may have this right in exceptional cases. Following the entry into force of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights, the 2nd Law Department Court of Cassation changed its view regards joint custody and has decided that joint custody is not clearly against to public order in 2016/15771E. 2017/1737K. numbered. However, there is still no uniform application regarding the circumstances in which joint custody can be accepted. Finally, Constitutional Court decided that the joint custody decision, which was given as a result of incomplete examination in Hilal Erdaş Individual Application, violated the right to respect for family life. There is an approach in the court decision as if the parties should request joint custody. However, the consent and mutual demands of the parties were not accepted as a condition of joint custody neither in the Protocol nor in the Court of Cassation decision.

Joint custody regulation should be made in our law because it is accepted by the judiciary and the best interests of the child. Regulation should be regarded as an alternative rather than the rule or exception. How joint custody will be implemented should be determined within the scope of the judge's discretion in line with the views of the parties and the child, depending on the concrete case. Until the precedent decision of the Court of

Cassation, the enforcement of foreign court decisions regarding joint custody was rejected, but enforcement is now accepted if the conditions exist.

Key Words: Custody, Joint Custody, The Best Interests of the Child, Divorce, Child Born Out of Wedlock, Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights, Enforcement.

