



EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ DURUMUNDA BİRLİKTE VELAYET

AYLİN TOKUŞ

Yüksek Lisans Tezi

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

İzmir Ekonomi Üniversitesi

İzmir

2020

**EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ
DURUMUNDA BİRLİKTE VELAYET**

AYLİN TOKUŞ

İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı'na

Yüksek Lisans Tezi

olarak sunulmuştur.

İzmir

2020

ÖZET

EVİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ DURUMUNDA BİRLİKTE VELAYET

Tokuş, Aylin

Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Cem ÖZCAN

Ağustos, 2020

Sürekli değişim ve gelişim içerisinde olan dünyada toplum ile aile yapısı da değişikliğe uğramıştır. Kadın ve erkek eşitliği, çocuk hakları gibi kavramların kabul edilmesi ile bu konulara dair ulusal ve uluslararası yasal düzenlemeleri beraberinde getirmiştir. Velayet kavramı da bu süreç içerisinde değişiklikler geçirmiştir. Uluslararası hukuk dünyasında boşanma sonrasında ana ve babanın çocuk üzerinde eşit haklara ve yükümlülöklere sahip olması düşüncesi ile pek çok ölkede boşanmadan sonra birlikte velayet söz konusu olmuş ve buna izin veren yasal değişiklikler yapılmıştır. Türk hukuk sisteminde ise evlilik boşanma ile sona erdiği takdirde Türk Medeni Kanunu m.336/3' e göre velayet "çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir" denilmektedir, hükmün lafzının açık olup olmadığı bu hükümde herhangi bir kanun boşluğunun olup olmadığı meseleleri öğretilerde tartışmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 7 No'lu Protokolü'nün onaylanması ve tarafı olduğumuz uluslararası metinlerde çocuğun yüksek yararı kavramının da göz önünde bulundurulması sonucu birlikte velayete hükmedilmesinin mümkün olup

olmadığı meseleleri gündeme gelmiştir. Özellikle Yargıtay'ın son yıllarda birlikte velayetin mümkün olduğuna dair vermiş olduğu kararlar doğrultusunda böyle bir yasal düzenlemeye gereksinim olup olmadığı konusundaki tartışmaları artırmış bu konuda çeşitli görüşleri ortaya çıkarmıştır. Ulusal ve Uluslararası mevzuat irdelenmiş ulusal yasa metninde böyle bir değişikliğe ihtiyaç olup olmadığı, değişiklik olacak ise bu kuralın bir ana kural mı yoksa istisna kural mı olması gerektiği, karşılaştırmalı hukukta birlikte velayet düzenlemeleri ve buna dair modeller incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Velayet hakkı, birlikte velayet, boşanma, çocuğun üstün yararı, karşılaştırmalı hukuk



ABSTRACT

JOINT GUARDIANSHIP IN CASE THE MARRIAGE UNION RESULTS IN DIVORCE

Tokuş, Aylin

Private Law Master's Program

Advisor: Assist. Prof. Dr. Cem ÖZCAN

August, 2020

In a world that is constantly changing and developing, society and family structure have also undergone changes. The adoption of concepts such as equality of men and women, rights of the child, and the adoption of national and international legal regulations on these issues have brought with it. The concept of custody has also undergone changes in this process. In the world of international law, with the idea that parents should have equal rights and obligations over the child after divorce, there has been joint custody in many countries after divorce and legal changes have been made to allow it. In the Turkish legal system, if the marriage ends with divorce, according to the 336/3 Article of the Turkish Civil Code it is said that the custody “belongs to the party to which the child is left”. In the discipline it is disputable, whether the wording of the provision is clear or not and there is any legal gap in this provision or not. As a result of the adoption of the 7 numbered Protocol of the European Convention on Human Rights and considering the concept of the best

interests of the child in the international texts to which we are a party, the issues have arisen whether it is possible to rule on joint custody or not. In particular, the Supreme Court's recent decisions on the possibility of co-custody in line with the need for such a legal arrangement has increased the debate on this issue has raised various opinions. National and international legislation examined whether such a change is needed in the text of the national law, if it is to be changed, whether this rule should be a home rule or an exception rule, the joint custody arrangements in Comparative Law and the models related to it were examined.

Keywords: Custody right, joint guardianship, divorce, child's best interests, comparative law



TEŞEKKÜR

Tezimin baştan itibaren her aşamasında, itinaıyla katkılarını sunan, beni yönlendiren ve çalıŐmamın mevcut haline gelmesini sağlayan kıymetli ve saygıdeğer hocam Dr.Öğretim Üyesi Cem ÖZCAN'a, hayatımın her aşamasında yanımda olan babam Nasır TOKUŞ'a, annem Serap TOKUŞ'a, canım kardeŐlerim M.Burak TOKUŞ ve Ali İmran TOKUŞ ile benim için çok değerli ve kıymetli olan desteklerini, hiç esirgemeyen, her zaman yanımda olan, çok sevdiğim, canım teyzem Zeynep TUNAY'a teŐekkürü bir borç bilirim.



İÇİNDEKİLER TABLOSU

ÖZET	iii
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vii
İÇİNDEKİLER TABLOSU	ix
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiii
BÖLÜM 1: VELAYETİN TANIMI TARİHSEL SÜREÇTEKİ DEĞİŞİMİ VE VELAYETİN KAPSAMI	1
1.1 Velayet kavramı.....	1
1.2 Velayet Kavramının Tarihsel Dönüşümü ve Türk Hukukunda Velayet.....	6
1.3 Velayetin Hukuki Niteliği	10
1.3.1 Kişiliğe Bağlı Bir Hak Olması	11
1.3.2 Kamu düzenine ilişkin olması	12
1.3.3 Velayet Hakkının Zamansal ve Görevsel Olarak Bölünememesi	13
1.3.4 Sınırlanabilen bir hak olması	16
1.3.5 Süreli Olması	16
1.3.6 Çocuğun Menfaatine İlişkin Bir Hak Olması	16
1.4 Velayetin Kapsamı.....	22
1.4.1 Çocuğun Kişi Varlığı Üzerindeki kapsamı	23
1.4.1.1 Çocuğun Yerleşim Yeri	23
1.4.1.2 Çocuğun Mesleki ve Dini Eğitimi	24
1.4.1.3 Çocuğa Ad Koyma Hakkı.....	29
1.4.1.4 Çocuğun Ana Babanın Sözüünü Dinleme Yükümlülüğü.....	30
1.4.1.5 Çocuğun Görüşününün Alınması.....	31
1.4.2 Çocuğun Malvarlığının Kapsamı.....	32
1.4.2.1 Çocuğa Ait Malvarlığı değerlerini Çocuğun Ana Babasının Yönetmesi.....	33
1.4.2.2 Ana Babanın Çocuğa Ait Malvarlığı Değerlerini Kullanması ...	34
1.4.2.3 Çocuğun Serbest Malları	36
1.4.2.3.1 Kazandırmalar	36
1.4.2.3.2 Saklı Pay	36
1.4.2.3.3 Meslek veya Sanat için Verilen Mal ve Kişisel Kazanç	37

1.4.2.3.4 Anne ve Babanın Çocuğunu Temsil Etmesi	37
BÖLÜM 2: VELAYET KAVRAMINA DAİR HUKUKSAL METİNLERİN İNCELENMESİ	39
2.1 Velayete Dair Ulusal ve Uluslararası Düzenlemelerin Değerlendirilmesi ...	39
2.1.1 Velayete Dair Ulusal Düzenlemeler	39
2.1.1.1 Anayasada Yer Alan Düzenlemeler	39
2.1.1.2 TMK'da Yer Alan Velayet ile İlgili Düzenlemeler.....	41
2.1.1.2.1 Velayetin Kullanılması.....	41
2.1.1.2.2 TMK m.363/3 Hükmünün Emredici Nitelik Taşıyıp Taşımadığının Değerlendirilmesi	46
2.1.1.2.3 TMK M.182/2 Hükmünün Birlikte Velayet Açısından İncelenmesi.....	49
2.1.1.2.4 Birlikte Velayetin Yargılamadaki Yeri.....	51
2.1.2 Velayete Dair Uluslararası Düzenlemeler	53
2.1.2.1 Uluslararası Hukuk Metinlerinde Birlikte Velayete Dair Yer Alan Düzenlemeler	53
2.1.2.1.1 Avrupa Konseyinin Tavsiye Kararı.....	53
2.1.2.1.2 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi	55
2.1.2.1.3 Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi..	57
2.1.2.1.4 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No'lu Protokol.....	58
2.2 Uluslararası Sözleşmelerin Normlar Hiyerarşisindeki ve Aile Hukukundaki Yeri ile AİHS EK 7 NO'LU Protokolün 5.Maddesinin İncelenmesi	60
2.3 Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Birlikte Velayet.....	65
2.3.1 Ülkelerin Birlikte Velayete Dair Sistemleri	65
2.3.1.1 Alman Hukuku Bakımından	65
2.3.1.2 Fransız Hukuku Bakımından	66
2.3.1.3 İtalyan Hukuku Açısından.....	67
2.3.1.4 İsviçre Hukuku Açısından	67
2.3.1.5 İngiltere Hukuku Açısından	68
2.3.1.6 Avusturalya Hukuku Bakımından	69
2.3.1.7 İspanya Hukuku Açısından	70
2.3.2 Boşanma Durumunda Birlikte Velayeti Benimseyen Ülkelerde Velayetin Kullanılması ve Çocuğun İkametgâhına Dair Modeller.....	70

BÖLÜM 3: BİRLİKTE VELAYETİN KURULMASI KULLANILMASI VE SONA ERMESİ	75
3.1 Birlikte Velayetin Avantaj ve Dezavantajları.....	75
3.2 Birlikte Velayete Dair Yasa Düzenlemesinin Nasıl Olması Gerektiği Hakkında	78
3.3 Boşanma Durumunda Hâkimin Velayet Modelini Nasıl Belirleyeceği Hususu.	85
3.3.1 Birlikte Velayet Durumunda Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması Meselesi	89
3.4 Boşanmada Birlikte Velayete Hükmedilmemesi Gereken Haller.....	90
3.4.1 Velayetin Kaldırılması Nedenlerinin Bulunması	91
3.4.2 Ebeveynler Arasında Sürekli Çatışma Durumunun Bulunması.....	91
3.4.3 Ebeveynlerin Birbirleri ile olan İletişimin Sağlıklı olmaması	92
3.4.4 Ebeveynlerin Taleplerinin Velayetin Taraflardan Birine Tevdii Edilmesini İstemeleri	93
3.5 Birlikte Velayetinin Kullanılmasının Sona Ermesi.....	94
3.5.1 Ebeveynlerden Birinin Ölümü.....	94
3.5.2 Çocuğun Ergin Olması veya Çocuğun Ölümü.....	94
3.5.3 Evlatlık İlişkisi ve Soy Bağının Reddi.....	95
3.5.4 Gaiplik	95
BÖLÜM 4: SONUÇ.....	97
KAYNAKÇA	101

KISALTMALAR LİSTESİ

TMK	Türk Medeni Kanunu
EMK	Eski Medeni Kanunu
BMÇHDS	Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi
BM	Birleşmiş Milletler
ÇHKİAS	Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi
İMK	İsviçre Medeni Kanunu
S.	Sayı
s.	Sayfa
C.	Cilt
m.	Madde
f.	Fıkra
N.	Numara
t.	Tarih
E.	Esas
K.	Karar
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Vd	ve devamı
Vb	ve benzeri
Bknz.	Bakınız
RG.	Resmi Gazete
Yarg.	Yargıtay
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu

BÖLÜM 1: VELAYETİN TANIMI TARİHSEL SÜREÇTEKİ DEĞİŞİMİ VE VELAYETİN KAPSAMI

1.1 Velayet kavramı

Toplumsal hayatın en önemli yapı taşlarından biri ailedir bu nedenle Anayasa'nın 41.maddesinde;

“Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”¹

şeklinde yer almaktadır.

Bu düzenleme ile toplum içerisinde korunmaya gereksinim duyan, dünyaya geldikleri andan itibaren anne ve babalarına muhtaç olan çocukların korunması, yararlı bireylerin yetiştirilmesi amacıyla, ebeveynlere hak ve sorumluluklar yüklemiştir. Devlet, aile olmanın değerini ve çocukların korunmasının ne kadar değerli olduğunu bu madde ile ortaya koymuş aynı zamanda kendisi de bu konuda sorumluluk yüklemiştir.

Velâyet,

“küçüklerin yahut bazı hallerde de kısıtlı çocukların kişiliklerinin, mallarının korunması ve onların temsili konusunda yasanın anne ve babaya yüklediği ödevler ile bunların gereği olan hakların bütününe ifade eder.”²

¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, T.C. Resmi Gazete, Sayı: 17844, 20 Ekim 1982 [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/#anayasa> (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

² Gençcan, Ö. U. (2018) *Velayet Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi; Zevkliler, A. (2018) *Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*, 10. Basım, Ankara: Turhan Kitapevi; Feyzioğlu, F.N. (1986) *Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitapevi; Öztan, B. (2015) *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi; Akıntürk, T. (2006) *Aile Hukuku*, İstanbul

Türk hukuk sistemi içerisinde anne babanın çocuk üzerindeki velayeti çocuğun hem şahsı üzerinde hem de malları üzerindedir.³

Velayetin kelime anlamına baktığımızda sevmek, sahip çıkmak idare etmek olarak ifade edilmektedir.⁴ Etimolojik köken itibariyle Arapça kökenli olduğunu görmekteyiz aslında velet kelimesinden geldiğini ve egemenliğe dayanan bir kavram olduğunu “otorite, yetki” anlamlarını taşımaktadır. Velayet Arapça “vly” kökünden gelmekte olup “yakın olma, yanında olma; kollama ve koruma, göz kulak olma, bir mesuliyet alma, bir işin başında durma, velilik, valilik, evlialık” kelimesinden alıntıdır.⁵

Başka ifade ile velayet; evlilik birliği içerisinde ebeveynlerin çocuk adına kullanmış oldukları egemenliktir, anne babanın müşterek olarak çocuk üzerinde bir yetki kullanması olarak da görülebilir. Sosyolojik anlamda evlilik birliğinin başlangıcı ile oluşan aile kurumuna çocuğun katılımı ile kendiliğinden var olan anne- babanın egemenliğinin hukuki tanımı “velayet hakkıdır”. Aynı bakış açısı ile velayet hakkı en genel tanımı ile aile yapısı içerisinde henüz ergin olmayan çocuğun anne babasının egemenliği altında olmasını ifade eder.⁶

Velâyet, ebeveynlerin çocukları ile ilişkilerini ifade etmektedir. Velâyet kavramı zaman içerisinde değişim göstermiştir. Zira önceki dönemlerde baba için çocuğu üzerindeki mutlak bir hak olarak kabul edilen velayet hakkı zaman içerisinde babanın yanında anneye de tanınmıştır. Gelişen ve değişen dünya şartlarında velayet ebeveynlere tevdi edilen denetimsiz bir hak olmaktan ziyade kamusal yönü ağır basan bir hak olarak düşünülerek bu hakkın kullanılmasını denetleme yoluna gidilmiştir.

Çocuk üzerinde mutlak bir söz geçirmeyi ifade eden velayet, bilimlerin gelişmesi sonucu, insanların uygarlaşmasıyla, sözlüklerde “sevmek, yardım etmek, idare

³ Çetiner, S. B. (2000) *Velayet Hukuku*, 1. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları

⁴ Devellioğlu, F. (2001) *Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Sözlük*, Ankara: Aydın Kitapevi; Şafak, A. (2002) *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, 4.Bası, Ankara: Temel Yayınevi

⁵ *Velayet Kelime Kökeni*, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/velayet> (Erişim Tarihi: 05.06.2019)

⁶ Özmen, İ. (2013) *Velayet Hukuku Davaları, Çocuk Hakları, Aile ve Çocuk Mahkemeleri*, 3.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi

etmektir” olarak ikinci anlamına kavuşmuştur.⁷ Hatta gelişmiş ülkeler velayeti bu ikinci anlamı ile kabul etmek yerine kavram olarak onu tümüyle terk etmişlerdir. Örneğin Almanya, velayet kavramı için 26 Haziran 1998 tarihli Federal Kanun ile İsviçre Medeni Kanun’un Almanca yasa metninde değişikliğe gidilerek “elterliche gewalt” olarak ifade edilen ve hak, egemenlik, otoriteyi anımsatan kavramın yerine “elterliche gewalt” ifadesine yer verilerek yükümlülük, sorumluluk, bakma yahut gözetme anlamları ağır basan ifade kullanımına geçilmiştir.⁸ Fransızca karşılığı ise “puissance paternelle” olarak yer almaktadır. Öğretide Türkçede yer alan velayet kavramı “baskı ve bağımlılığa” çağrışım yapmasından dolayı ve modern zamandaki anlam ve işlevine uyumsuzluğundan bahisle onun yerine “koruma ve bakma” kelimelerinin tercih edilmesinin daha yerinde olduğu ileri sürülmüştür.⁹

Yaşanan gelişmeler neticesinde velayet kavramının ifade etmiş olduğu anlam da ebeveynlere tanınmış olan “hâkimiyet hakkı” anlamından uzaklaşarak görevler de içeren bir hak olarak görülmeye başlanmıştır.¹⁰

Türk Medeni Kanunu’nda ve 20.11.1989 tarihinde onaylanan Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (BMÇHS) de velayet kavramı tanımlanmamıştır, sadece kavramın çerçevesi çizilmiştir. Velâyet kavramı Medeni kanunumuzda tanımlanmamaktadır ancak TMK m.339 ele alındığında velâyet kavramının içeriğini ortaya çıkarmaktadır. Kanun koyucu eski medeni kanunumuzda olduğu gibi yeni medeni kanunumuzda da velayet kurumunu ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Bu konu Velayet ve Çocuk Malları başlığı altında iki ayrı bölümde ele alınmıştır.

Çocuğun dünyaya gelmesi ile ebeveynler çocuk üzerinde velayete haiz olurlar aslında bu yönü ile velayet hakkı inhisaridir. Hâkim çocuğun korunması açısından gerekli görüp müdahale etmesi dışında ana ve babanın haklı bir sebep olmadığı sürece velayet haklarına müdahale edememektedir. Ayrıca anne baba velayet haklarından vazgeçemezler, bu haklarını başkalarına devredemezler çünkü bu hak şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar içerisinde yer almaktadır. “Fakat bazı istisnai özellik

⁷ Devellioğlu (2001), s. 28.

⁸ Sarı, S. (2007) *Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanılması*, Legal Hukuk Dergisi: Cilt. 5(49), s. 85.

⁹ Serozan, R. (2005) *Çocuk Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 250.

¹⁰ Süzen, B. (2015) *Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Cilt 10(133-134), s. 29.

gösteren durumlar da yahut bazı görevlerin yerine getirilmesi amacıyla anne baba, üçüncü kişilere yetki verebilmektedirler.”¹¹ Velayet hakkı yetkisi tamamen veya kısmen üçüncü kişilere bırakıldığı durumlarda örneğin çocuğun eğitimi için öğretmen yardımı alındığında dahi burada üçüncü kişi çocuğun eğitim görevini üstlenir ancak sonuç olarak velayet yine de ana ve babaya aittir.

Serozan,

“velayet için, evlilik birliği içerisinde yahut evlilik dışında meydana gelmiş çocukların bakımı, ihtiyaçlarının karşılanması her türlü menfaatlerinin sağlanması, temsil edilmesi, onlara ait mal varlığının yönetilmesi hususlarında ebeveynlerin sahip olduğu ödevler toplamı”

olarak ifade etmektedir.¹²

Çelik de velayet kavramını benzer şekilde,

“ebeveynlerin, çocuk veya bazı istisnai durumlarda ergin kısıtlıların üzerlerinde sahip olduğu hak ve yükümlülüklerdir. Bu hak ve yükümlülükler; onların kişiliklerinin ve mallarının korunması ile temsil edilmesini içermektedir.”¹³

şeklinde tanımlamıştır.

Akyüz, velayet kavramını,

“küçüklerin ve bazı durumlarda ergin kısıtlı çocukları da kapsayacak şekilde onların kişiliğine, mallarına özen göstermek ve onları temsil etmek konusunda ebeveynlere yüklenmiş olan sorumluluklarla bunların çocuğun menfaatini uyumlu şekilde yerine getirilmesini sağlayan yetkileri kapsayan ve çocuğun korunmasını sağlayan bir kurum olarak”

tanımlamıştır.¹⁴

¹¹ Öztan (2006), s. 365.

¹² Serozan (2005), s. 250.

¹³ Çelik, C. (2004) *Velayetin Kaldırılması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Cilt 54(1), s. 256.

¹⁴ Akyüz, E. (2012) *Çocuk Hukuku Çocuk Hakları Ve Korunması*, Ankara: Pegem Akademi, s. 219.

Ergün ise velayeti;

“çocuk ile ebeveynler arasında soy bağı ilişkisinin bir sonucu olarak görüp, çocuğun dünyaya gelmesinden erişkinliğine kadar ki dönemde çocuğun her türlü ihtiyaçlarının karşılanması çocuğun toplumsal hayata hazırlanması, çocuğun şahsı ve malları üzerinde idare ve temsil yetkisinin anne baba tarafından kullanılmasıdır”

şeklinde ifade etmektedir.¹⁵

Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, velayeti;

“küçüklerin veya istisnai hallerde kısıtlıların bakımı ve korunmaları amacıyla ebeveynlerin onlar üzerinde sahip olduğu şahıs ve malvarlığı değerlerinin üzerinde olan hak ve yükümlülükleri”

olarak ifade etmektedir.¹⁶

Buna göre velayet kurumu henüz ergin olmamış ve bazen de ergin olmuş fakat kısıtlanmış bulunan çocukların menfaatlerinin korunması amacıyla yönelik bir kavram olduğuna erişebilmekteyiz.¹⁷

Birlikte (ortak) velâyet ebeveynlerin çocuk üzerinde müşterek bir biçimde velayet hakkına sahip olmasını ifade etmektedir. Anne ve babanın boşanmadan sonra velayeti birlikte kullanmaları çocuğa dair eğitim, bakım gibi alanlarda karar verir iken bu süreçleri birlikte yönetecekleri anlamındadır.¹⁸

Birlikte velâyette anne babanın çocuğa dair bakım ve eğitim ihtiyaçlarına yönelik sorumluluklarının aralarında paylaşmaları ve çocuğa müştereken bakmaları

¹⁵ Ergün, Z. (2004) *Boşanma Davaları Nişanlanma Evlenme Butlan Velayet Kişisel İlişki Nafaka Maddi Ve Manevi Tazminat Mal Rejimi*, Ankara: Adil Yayınevi, s. 592.

¹⁶ Hatemi, H., Oğuztürk, B. K. (2013) *Aile Hukuku*, 6.Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 155.

¹⁷ Oğuzman ve Dural (1998), s. 272; Feyzioğlu, Özakman ve Sarial. (1986) *Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 503; Köprülü ve Kaneti. (1989) *Aile Hukuku*, 2. Basım, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 246; Tekinay, S. S. (1990) *Türk Aile Hukuku*, 7.Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 483; Dural, Ögüz ve Gümüş. (2014) *Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku*, C.III, 9. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 342.

¹⁸ Abik, Y. (2011) *Türk Medeni Kanunundaki Hükmeler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı Prof. Dr. Şenel Akyol'a Armağan*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 29; Serdar (2007), s. 162; İnce, N. (2018) *“Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet”*, TAAD, Cilt: 9(4) s. 195.

zorunluluk teşkil etmemektedir. Boşanma durumunda birlikte velâyete karar veren hâkim, çocuğun sürekli olarak ebeveynlerden birinin yanında kalmasına veya ebeveynlerin yanında dönüşümlü olarak kalmasına, yanında kalmadığı diğer ebeveyn ile de kişisel ilişki kurmasına hükmedebilir¹⁹

1.2 Velayet Kavramının Tarihsel Dönüşümü ve Türk Hukukunda Velayet

Toplumun içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik yapının değişimi gelişimi aile yapısında da değişime neden olmaktadır bu değişim ile çocuğun, ebeveynleri ile arasındaki ilişkisi ve çocuğun hukuksal durumu da şekillenmektedir. Toplum içindeki aile kavramının gelişimi ile hukuk sistemlerinde çocuk ve çocuk ile ebeveynleri arasında ilişkiyi de değişime uğramasına neden olmuştur. Bu tarihsel değişimin velayet hakkı bakımından önemlidir.

Ataerkil aile yapısına sahip ailelerde babanın hâkimiyeti vardır. Ailenin daha içe kapanmış olduğu Eski Roma ve Cermen toplumlarda “aile müşterek ve otokratik olarak daha basit ve kapalı bir ekonomi birimi şeklindeydi”²⁰. Bu dönemde özellikle baba egemen idi, aile üzerinde babanın otoritesi bulunuyordu.

Cermen hukukunda aile reisi olan babanın çocuk hatta torunları üzerinde dahi bir egemenlik yetkisi bulunmaktaydı. Aile reisinin sahip olduğu bu velayet ilişkisine munt sistemi adı verilmektedir.²¹ Munt, esas itibariyle aslında babaya çocuğun yararı için tanınmıştı. “Kollama ve kayırma da” munt kavramı içerisinde yer almaktadır.

Babanın yetkisi var olduğu kadar sorumluluğu da mevcut bulunmaktaydı. Örneğin baba çocuğa ait olan malları koruyup idare ettiği gibi bunlara vermiş olduğu zararlardan da sorumlu tutulmaktadır. Çocuğun babanın egemenliğinden çıkabilmesi ise çocuğun ekonomik hürriyetine kavuşması ile mümkün olabilmektedir. Annenin velayet hakkı ise ancak babanın öldüğü durumda mümkün olmaktadır.²² Orta Çağ’da

¹⁹ Koçhisarlıoğlu, C. (2004) *Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 124; Apaydın, B. Ö. (2016) “İsviçre Medeni Kanununun Velâyete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velâyetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Sayı: 145-146, s. 651.

²⁰ Serdar (2007), s. 155.

²¹ Usta, S. (2016) *Velayet Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 42.

²² Çetiner (2000), s. 25; Akyüz, E. (1983) *Medeni Kanun’a Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması*, Ankara: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, s. 20; Serdar (2007), s. 156.

yaşanan ekonomik gelişmeler ile paralel olarak büyük aile yapısının yerini kız ve erkek çocukların aileden ayrılıp özel hayatlarına başlaması ile bu durum benimsenmeye başlanmış ve çekirdek aile kavramı ortaya çıkmıştır. Böylece aile reisinin sahip olduğu yetkiler değişmiş ve kendisine tabi olan kişilerin yararı anlayışı yer edinmeye başlamıştır.²³

Hıristiyanlığın kabulünden önce Roma ve Germen toplumlarına bakıldığında babanın aile bireyleri üzerindeki hâkimiyet hakkı sınırsız bulunmaktaydı. Zira Roma'da patria potestas (baba egemenliği) sistemi bulunmaktadır. Bu sistem; Pater familias'ın hane içerisinde yaşayan tüm aile bireylerinin üzerinde sınırsız denilecek yetkisi olarak görülmektedir. Bu egemenlik yetkisi babaya çok geniş ölçekte bir velayet hakkı vermektedir. Baba çocuğun hem vücut bütünlüğü hem de yaşam hakkı üzerinde dahi söz sahibi olmaktadır.²⁴ Germen hukukunda annenin velayet hakkına babanın ölümü ile kavuşması roma hukukunda söz konusu olmamıştır. Zira pater familias aile bireyleri üzerinde onların yaşı, statüleri, evli olup olmadığı dikkate alınmaksızın onlar yerine tek başına karar vermeye haizdir.²⁵ Pater Familias'ın bu yetkisinin sınırı ise sadece vicdanı ve tanrısı idi. Pater familias'ın ölmesi, ehliyetinin düşmesi (capitis deminutio), çocuk üzerinde sahip olduğu haktan vazgeçmesi (emancipatio) yahut çocuğun rahip veya rahibe olması ve çocuğun ölümü gibi durumlar söz konusu olduğunda çocuğu baba hâkimiyetinden çıkaracaktır. Bu beş durumda patria potestas sona ermiş olacaktır.²⁶ Bu özel sebepler dışında aile babasının hâkimiyet hakkı babanın ölümüne kadar sürmekteydi. Babanın hâkimiyetinin sınırsız hatta kullandığı yetkilerden dolayı devlete karşı dahi sorumluluğu bulunmamaktaydı. Çocuklarını satabilir, organını kesebilirdi ve bunlardan dolayı sorumlu olmazdı.²⁷

İslamiyet'in kabulünden önceki dönemde ataerkil bir aile düzeni bulunmaktaydı. Annenin velayet hakkı sadece babanın yokluğunda haiz olmaktaydı. Çocuğun yetiştirilmesi hakkı bu dönem de anne baba dışındaki kişilere de tanınabilmekteydi. Bu çocuğu yetiştirme hakkı bir nevi velayet diyebileceğimiz türden idi. Ayrıca evlat

²³ İnan, A. N. (1968) *Çocuk Hukuku*, İstanbul: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, s. 124.

²⁴ Tahiroğlu, B., Erdoğan, B. (2012) *Roma Hukuku Dersleri*, İstanbul: Der Yayınları, s. 157.

²⁵ Umur, Z. (2010) *Roma Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 170-172.

²⁶ Usta (2012), s. 41.

²⁷ Çetiner (2000), s. 156.

edinebilme hakları da bulunmaktaydı ancak bu haktan sadece çocuğu olmayanlar yararlanabiliyorlardı ve evlat edinen kimselerin o çocuğu koruyup kollamak ve topluma kazandırmak gibi yükümlülüğü bulunmaktaydı.²⁸

İslamiyet'in kabulünden sonra ve Medeni Kanunumuzun kabulünden önce ise velâyet babaya ait bulunuyor anaya velayet hakkı tanınmıyordu. Babanın velâyetini kullanamayacağı durumlar oluştuğunda ise küçüğe bir vasi atanır idi. Eğer ana, "hür, reşit mümeyiz itimada layık ve haysiyetli ise" ana vasi olarak atanabilmekteydi. Zira ana bu niteliklerde değil ise başka bir kişi vasi olarak atanmaktaydı. Bu hususlar içtihadidir.²⁹

19. yüzyıla gelindiğinde ise ebeveynlerin çocukları üzerindeki birlikte söz sahibi olmaya başlamaları Fransız devrimi sonrasında yaşanan değişim ve gelişmeler ile artmıştır.³⁰ Tarım toplumundan 1950'li yıllar ile sanayi toplumuna geçiş sonrası aile yapısında önemli değişiklikler olmuştur. Çekirdek aile yapıları ortaya çıkmaya başlamıştır. Kadının toplumdaki ve iş hayatındaki yerinin zamanla değişmesi ile aile içindeki rolü de evrilmiştir. Kadın sadece evde ev işleri ve çocuk ile ilgilenmemekte dışarıda da çalışmaktadır. Kadının rolünün değişimi ile erkek ve kadın her ikisi de çocukları ile ilgileniyor çocukları üzerinde eşit söz hakkı sahibi oluyorlardı. Mozaik aile yapısından çekirdek aile yapısına özellikle 1980'li yıllar ile evlilik dışı birlikte yaşama bakış açısının değişmesi ve boşanmaların artması ile geçilmiştir.³¹

Sosyal ve ekonomik gelişmeler sonucunda aile yapısının değişmesi ile hukuk dünyasında çocukların korunması ile ilgili hukuk düzenlemeleri ortaya çıkmıştır. Uluslararası alanda çocuk hakları ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. 1924'te Cenevre de çocuk ticaretine karşı yapılan ilk konferansta çocuk hakları ilk olarak Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesinde korunmaya alınmıştır. 2. Dünya Savaşında çocukların işgücü ve cinselliklerinin sömürülmesi durumlarındaki artış ile buna karşı bir hareketlilik olmuştur. 1924 yılında Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesinden sonra 1959 yılında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi çıkarılmıştır. Bağlayıcı niteliğe haiz olmayan bu bildirgenin bağlayıcı hale gelmesi çok sayıda devlet

²⁸ Çetiner (2000), s. 156.

²⁹ Çetiner (2000), s. 157.

³⁰ Çetiner (2000), s. 158.

³¹ Çetiner (2000), s. 158.

tarafından kabul edilen ve çocuk hakları bakımından önem arz eden Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 1989 yılında imzalanması ile olmuştur.³²

Geniş aile yapısından çekirdek aile yapısına geçiş ve mozaik aile yapısının toplumda yer edinmesi, aile yapısındaki bu farklılaşmalar ile çocuk hakları alanında düzenlemeler olması ve çocuk haklarının kabul edilmesiyle çocuk ve ebeveynleri arasındaki ilişkilerde de birtakım değişiklikler olmuştur. Ana ve baba evli iken ortak çocukları üzerindeki velâyet hakkına ana ve baba birlikte sahip iken boşanma ile sonuçlanan evliliklerde veya evlilik birliği dışındaki ilişkilerde ana ve babanın ortak çocukları üzerindeki velâyet hakkına sahip olup olamayacakları gündeme gelmiş ve tartışılmaya başlanmıştır. Birçok ülkede örneğin Almanya’da veya İsviçre’de evlilik birliği sona erdiğinde yahut evlilik birliği hiç kurulamadığı zamanlarda ana ve baba ortak çocuk üzerinde birlikte velâyet hakkına sahip olabileceğine dair kanuni düzenlemeler bulunmaktadır. Türk hukukunda ise evlilik birliği sona erdiğinde ana ve babanın çocuk üzerinde birlikte velâyet hakkına dair yasal düzenlemeler olmamakla beraber yargı kararları mevcut olup bu hususlar doktrinde tartışılmaktadır.³³

Velayet hakkı ve kapsamı Türk hukuk tarihinde İslamiyet’i kabul etmeden önce ve İslamiyet’in kabulü dönemlerini gözden geçirerek ele aldığımızda; İslamiyet öncesinde savaş dönemleri dışında velayet hakkına kural olarak baba sahip idi.³⁴

İslamiyet’in kabulünden sonra velayet hakkı kapsamını 3’e ayırmıştır. Bunlar; küçüğün kişiliğine bağlı hakların kullanımı, mal velayeti veya vesayet yani küçüğün malvarlığının korunması ve yönetimi, “hidane” yani küçüğün ruhsal fiziksel zihinsel olarak sağlıklı olarak bakımı ve terbiyesidir. “Hidane” bir şeyi yanına almak İslam hukukunda çocuğunun korunup gözetilmesi amacıyla kanun koyucunun belirli kişilere tanıdığı hak olarak tanımlanmaktadır³⁵

Velayetten kaynaklanan genel bakım ve koruma yetkisi barındıran hidane hakkı aslında evlilik sürecince anneye aittir ancak baba ile birlikte yürütülmüştür. Ancak

³² Serdar (2007), s. 158.

³³ Serdar (2007), s. 159.

³⁴ Çetiner (2000), s. 26.

³⁵ Usta (2012), s. 30.

son söz söyleme yetkisine baba sahiptir çünkü velayet hakkını bir bütün olarak değerlendirdiğimizde baba velayet hakkının bütününe sahiptir. Zira baba velayetten doğan hak ve yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde velayet anneye doğrudan geçmemekte yukarıda açıklamış olduğumuz şartlar göz önünde bulundurularak anne vasi olarak atanmakta yahut 3.kişi vasi olarak atanmaktadır.³⁶

1.3 Velayetin Hukuki Niteliği

Yeni Medeni Kanunumuz velayet kurumunu önceki kanunda olduğu gibi ayrıntılı olarak ele almıştır. Bu konu iki başlık altında iki ayırım da ele alınmıştır. Öncelikle velayeti sonra ise çocuk mallarını düzenlemiştir.

Türk Medeni kanunumuzun 335-351 maddeleri velayet ile ilgilidir. Kanunda velayetin tanımı yapılmamıştır. Öğreti kanun kapsamını gözeterek velayetin tanımını; çift yönlü olarak hak ve görevler içeren ve ergin olmayan çocuklar ile istisnai durumlarda ergin olmayan çocukların şahısları ve mallarının korunması ve temsili hususundaki ebeveynlerin sahip olduğu hak ve zorunluluklar olarak tanımlamıştır.³⁷

Velayet kavramının daha önce açıklamış olduğumuz tanımlarından da anlaşılacağı üzere velayet aslında sadece bir yükümlülük yahut sadece bir hak değildir. Kanaatimizce, velayet kavramını sadece hak yahut yükümlülük olarak nitelendirilme kavramın açıklanması bakımından eksik kalacaktır. Önceki dönemlerde anne babanın çocuk üzerinde yalnızca haklar ile donatılmış olduğunu bu yetki kullanımı esnasında çocuğun menfaatine uygun düşmeyen durumlar dahi olduğunda anne babanın kimseye hesap verme gibi bir durumu olmamaktaydı. Ancak sonraki dönemlerde çocuk hakları kavramının etkinleşmesi ile çocuğun anne babasının onun menfaatlerini zedeleyen davranışlarını sınırlama yoluna gidilmesi ile velayetin aslında sadece bir hak olmadığı aynı anda birçok sorumlulukları da barındırdığı kabul edilmesi ile de günümüzdeki velayet anlayışına ulaşıldığını düşünmekteyiz.

Zira velayet hakkını sadece hak olarak nitelendirdiğimiz durumda ebeveynlerin çocuk üzerinde sahip olduğu bu yetkinin ortada kalktığı durumlarda velayet hakkı

³⁶ Serdar (2007), s. 156.

³⁷ Usta (2012), s. 19.

elinden alınan kişiden nafaka istenmesinin hukuki dayanağı da kaybolmaktadır.³⁸ Aynı şekilde velayet hakkını sadece anne babanın yükümlülüğü şeklinde nitelendirdiğimizde ise bu sefer de sadece bir ödev vasfına girmiş olacağından velayet hakkı kendisine verilmeyen tarafın çocuk ile kişisel ilişki kurma noktasında bir sorun ortaya çıkacaktır.³⁹ Açıklanmış olduğu üzere velayetin niteliğini hem hak hem de bir yükümlülük olarak görmek sadece bir hak yahut bir yükümlülük olarak nitelendirmemek onu yetersiz ve eksik bir anlamdan kurtaracaktır.

Velayet hakkının hukuki niteliğini ele alırken velayete hâkim olan birtakım ilkeler ile irdelememiz yerinde olacaktır.

1.3.1 Kişiliğe Bağlı Bir Hak Olması

Öğretide yer alan ağırlıklı düşünceye göre velayet hakkı anne ve babanın kişilik hakları içerisindedir. Bu nedenledir ki anne ve baba bu hakkından feragat edememekte, sözleşmeye konu edememekte velayetin kaldırılması nedenleri haiz olmadıkça veli velayetin kaldırılmasını talep edememektedir.⁴⁰

Velayet hakkı ebeveynler tarafından başkasına devredilemez, ebeveynler bu haklarından feragat edemezler ve miras yolu ile de mirasçılarına intikal ettiremezler. Bu hakkın gerektirdiği ödevler ve yükümlülüklerden de feragat edemezler. Anne ve baba sahip olduğu ve şahsa sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkı kullanırken çocuğun yararı ölçüsünde kullanmaktadır. Bu nedenle velayet hakkını kullanan ebeveynler ve çocuk evlat edinilmiş ise evlat edinen kişilerin yasal bir neden olmadığı sürece velayet hakları sınırlanamaz ve devredilemez. Onların sahip oldukları bu hakkın sınırını da çocuğun yararı ilkesi şekillendirmektedir.⁴¹

Velayet hakkı, münhasıran ebeveynlere ait olup bu husus evlat edinme hali haricinde, çocuğun anne babası dışında kimseye bırakılamaz. Buna dair yargı kararında tam tersi karar verildiği durumlarda usul ve kanuna aykırı bulunmuştur zira ebeveyni olmayan küçüğün durumu için, ona vasi atanması gerekirken küçüğün dedelerinin velayetine bırakılmaması gerekmektedir.⁴²

³⁸ Çetiner (2000), s. 29-30.

³⁹ Çetiner (2000), s. 29-30; Erlüle, F. (2010) *Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: C.:16(3-4), s. 219.

⁴⁰ Akıntürk ve Karaman (2012), s. 410.

⁴¹ Öztan (2006), s. 387.

⁴² Yarg. 2. HD. 21.05.2012, 17988/13764 Gençcan, “Ortak Velâyet”, İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, s. 30.

1.3.2 Kamu düzenine ilişkin olması

Kanaatimizce, sağlıklı bir aile yapısı bulunduğumuz toplumun refah düzeyi için önemli bir gereksinimdir. Toplumun yapı taşı olan aile ve onu oluşturan bugünün küçükleri yarının yetişkinleri olan çocukların korunması yetiştirilmesi toplum için de çok önemlidir. Bu nedenle çocukların velayeti sadece anne babayı ilgilendirmemekte içinde yaşadığımız toplumu da yakından ilgilendirmektedir.

Toplumlar içinde buldukları zaman diliminde kendi kültürlerini, tarihlerini, değerlerini aile ve velayet kurumu vasıtasıyla kendinden sonraki kuşaklara aktarmaktadırlar. Toplum içerisinde kamu düzeninin var olmasının temel koşulu; o toplum içerisinde yaşayan bireylere, bu bireylerin yetiştikleri aile ortamına bağlıdır. Bu durum bile velayetin kamusal nitelikte olduğunu gözler önüne sermektedir.⁴³

Velayet kamu düzenine dair olduğundan hukuk sistemleri içerisinde velayete dair kurallar genelde emredici niteliktedir. Anne ve babanın velayetten doğan yükümlülüklerini gerektirdiği gibi yerine getirilmesi amacıyla böyle emredici kurallar konulmaktadır.⁴⁴

4271 sayılı Türk Medeni Kanun'da çocukların bakımı, eğitimi ve gözetimine dair anne ve babanın hak ve yükümlülüklerinin olduğundan bahsedilmiştir. Bu hak ve yükümlülükler her ne kadar anne ve babaya bırakılmış olsa da velayetin kamusal niteliğinden bahisle devletin de yükümlülüğü çocuğun korunması ve bakımı açısından bulunmaktadır. Çocuk Hakları Sözleşmesinde çocuğun yüksek menfaatinin de göz önünde bulundurularak anne ve baba çocuğun yetiştirilmesi hususunda sorumlulukları müşterek olup taraf devletlerin de bu sorumluluğun sağlanması için her türlü çabayı göstermesi gerektiği belirtilmiştir.⁴⁵ Velayetin hem hak hem de bir görev olmasından dolayı ebeveynler velayetten vazgeçemez yahut talepleri doğrultusunda velayetten tek yahut iki taraflı vazgeçme hiçbir hukuki sonuç doğurmaz.⁴⁶

⁴³ Köseoğlu, B., Kocaağa, K. (2011) *Aile Hukuku ve Uygulaması*, Bursa: Ekin Yayınları, s. 505.

⁴⁴ Akyüz, E. (2016) *Çocuk Hukuku - Çocukların Hakları ve Korunması*, 5. Baskı, Ankara: Pegem Akademi, s. 226.

⁴⁵ Turgut, C. (2017) *Türk Medeni Kanunu, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve AİHM Kararları Işığında Velayet Altındaki Çocuğun Eğitim Hakkı*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 12 (133) s. 24.

⁴⁶ Çelik (2004), s. 268.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında da görüldüğü üzere, velayet hakkı kamu düzeni ile ilgilidir ve bu hakkın kullanılması sadece ebeveynlerin anlaşması hususuna bağlı değildir.⁴⁷ “Velayet, kamu düzenine ilişkin olup bu hususta ana ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur. Velayetin kamu düzenine dair olmasından dolayı değişen şartlara göre her zaman ve yargılamanın her safhasında ileri sürülen hususlar dikkate alınır.”⁴⁸ Başka bir Hukuk Genel Kurul Kararında ise; Velayet kurumundaki esas amacın küçüğün ileriye dönük menfaatini korumak olduğundan küçük yararı göz önünde tutmak olduğunu ifade etmiştir.⁴⁹ Velayetin anne babaya tevdi edilmesinde çocuğun üstün yararı anne babanın anlaşmasından daha önemli bulunmasının nedeni velayet kurumunun kamu düzenine dair olmasının yanı sıra velayete dair davalarda kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanmasından da gelmektedir. Nitekim hâkim ebeveynlerin istem ve tercihlerini incelerken bunlardan önce çocuğun yararını göz önünde bulundurmaktadır.⁵⁰

Velayetin düzenlenmesi ve değiştirilmesi kamu düzeni ile ilgili olduğundan bu davalarda kendiliğinden araştırma ilkesi geçerli olmaktadır ve yargılamanın her aşamasınca yargıç tarafından gözetilmelidir. Ebeveynlerin istek ve tercihlerinden ziyade öncelikli olarak çocuğun fikri bedeni gelişimi gelmektedir. Bu sebepten dolayı davayı kabul açıklaması bu tür davalarda tek başına anlam ifade etmemektedir.⁵¹

1.3.3 Velayet Hakkının Zamansal ve Görevsel Olarak Bölünememesi

Anne ve baba üzerlerine düşen hak ve görevleri evlilik birliği içerisinde birlikte yapmak ile yükümlüdürler.4271 sayılı Türk Medeni kanunumuzun 336 maddesinde açıkça ifade edildiği üzere evliliğin devamı sürecince anne ve baba velayeti ortak

⁴⁷ Yarg. HGK. 18.04.2019, 2-2643/484 Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2017-2-2643.htm>, (Erişim Tarihi: 08.09.2019)

⁴⁸ Yarg. HGK. 14.06.2017, 2-1887/1196 Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim Tarihi: 08.09.2019)

⁴⁹ Yarg. HGK. 7.2.2019, 2-2446/80 Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2017-2-2446.htm&kw=velayet+hakk%C4%B1+kamu+d%C3%BCzeni+ile+ilgili#fm> (Erişim Tarihi: 08.09.2019)

⁵⁰ Yarg. HGK. 17.1.2019, 2-2066/15 Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2017-2-2446.htm&kw=velayet+hakk%C4%B1+kamu+d%C3%BCzeni+ile+ilgili#fm> (Erişim Tarihi: 08.09.2019)

⁵¹ Gençcan (2018), s. 30.

kullanırlar. Ayrılık veya evlilik birliğinin boşanma ile sonuçlanması halinde ise anne ve babanın velayeti birlikte kullanıp kullanamayacağı konusu öğretilerde tartışmalıdır.

Velayet hakkının zamansal olarak bölünüp bölünemeyeceği konusuna değinecek olursak; çocuğun ebeveynlerinden ayrılma korkusu, sosyal çevresinin değışecek olması taraflarda bir tedirginliğe yol açabilmektedir. Zira çocuğun belli bir zamanı anne ile bir zamanı da baba ile geçirip onların yanında bulunması durumunda çocuk alıştığı çevreden belli dönemlerde ayrı kalacağı için bu bir sorun yaratmaktadır. Bu nedenle öğretilerde velayet hakkının zamansal olarak bölünebileceği konusunda anne baba ve çocuk için sorun oluşturabileceği ifade edilmiştir ve bundan dolayı zamansal olarak velayet hakkının bölünemeyeceği hususunda görüş bildirilmiştir.⁵²

Ancak, öğretilerdeki bir başka görüş ise velayetin süreli olarak bölünebileceğini kabul etmektedirler. Ebeveynlerin çocuğun gelişimi ve büyüme evresinde müşterek sorumluluğa sahip olmaları ve çocuğun velayetinin kullanılması konusunda hak ve yükümlülüklerin paylaşılması açısından çocuğun belli bir dönem anne ile yaşaması belli bir dönem de baba ile yaşaması durumunda çocuğun bakımına her iki ebeveyn de katkıda bulunmuş olacağından velayet hakkının zamansal olarak bölünebileceğini ifade edilmiştir.⁵³

Kanaatimizce; anne babanın boşanma sonrasında çocuğun velayetinin süreli olarak kullanılması hususunda özellikle birlikte kullanılmasına izin verildiği zaman velayetin süreli olarak bölünebileceğini kabul etmek daha yerinde olmaktadır. Zira ebeveynler evlilik devam ederken çocuk üzerindeki velayet haklarını birlikte kullanabilirken boşanma durumunda birlikte velayete karar verilmediği takdirde çocuk sadece anne yahut babasının yanında yetişecek velayet hakkı kendisine tevdi edilmeyen taraf ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması yönünde düzenlemeler de mevcut olsa bunlar çocuğun ihtiyacı olduğu ilgi şefkati karşılama yetersiz kalacaktır. Bu hususlar ile çocuğun üstün yararını da göz önünde bulundurduğumuz takdirde boşanma durumunda ebeveynlerin velayeti birlikte kullanması ve velayetin süreli olarak bölünebileceğinin kabul etmede yarar olduğu kanısında bulunmaktayız.

⁵² Çetiner (2000), s. 49.

⁵³ Berki, Ş. (1970) *Türk Medeni Kanununda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü*, Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, s. 11.

Ebeveynlerin çocukları üzerinde sahip oldukları velayet hakkı onların bakımı, eğitim, öğretim ve onların korunmasıyla temsilinin içermektedir. Aynı zamanda velayet altında olan çocukların kişilik ve malvarlığına dair haklar da velayetin kapsamı içerisindedir.⁵⁴

Boşanma durumunda anne ve babanın çocukların şahıs ve malvarlıkları üzerindeki olan haklarının bölünüp bölünemeyeceği hususunda öğretide görüşler bulunmaktadır.

Öğretide mevcut olan bir görüşe göre, velayet hakkı ebeveynler tarafından görevsel açıdan bölünebilir olduğu ileri sürülmektedir. Nitekim boşanma sonucunda çocuğu alıkoyma hakkı sadece bir ebeveyn için tanınır iken velayet hakkı ise ebeveynlerden her ikisine de tanınabilmektedir. Bu açıdan velayet ve alıkoyma hakları birbirlerinden bağımsızdır. Alıkoyma hakkı çocuğun malvarlığına dair olmayıp onun şahıs varlığı ile ilgilidir.⁵⁵

Aksi kanaati savunan diğer bir görüş ise; Anne babanın çocukların üzerinde sahip oldukları velayet hakkı aslında görevsel olarak bölünememektedir bu durum velayetin bütünlüğü ilkesinden doğmaktadır.⁵⁶ Öğretiye göre; “Çocuğun şahıs ve malvarlığını bir bütün olarak nitelendirip ayrı düşünülmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü çocuğun bakımının sağlanması, eğitimi gibi hususlar bir nevi çocuğa ait olan bu giderler çocuğun malvarlığıyla da alakalı olduğundan velayetin bölünebilir olduğunu benimsemek çocuk açısından olumsuz sonuç doğurabilmektedir.”⁵⁷

Kanaatimizce, evlilik birliğinin boşanma ile neticelenmesinin ardından anne baba çocuk üzerindeki velayeti birlikte kullanılmasına izin verildiği takdirde, ebeveynler çocuk üzerindeki şahıs ve malvarlığı haklarını aralarında paylaşarak kullanabilirler bu takdirde velayetin görevsel olarak bölünebileceğini kabul edebiliriz. Fakat birlikte velayete karar verilmediği, velayetin yalnızca anne yahut babaya bırakıldığı durumlarda ise velayet hakkı kendisine tanınmayan ebeveyne çocuğun malvarlığının yönetimini bırakmak çocuğun yüksek menfaati ve çıkarlarının korunması için daha yerinde olabileceği kanısındayız.

⁵⁴ Gençcan (2018), s. 24.

⁵⁵ Koçhisarlıoğlu (2004), s. 127.

⁵⁶ Baygın, C. (2010) *Soybağı Hukuku*, 1. Basım, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 278.

⁵⁷ Akyüz (1999), s. 98.

1.3.4 Sınırlanabilen bir hak olması

Anne ve babanın velayet hakları mutlak ve bölünmez nitelikte olmasının sınırı çocuk aleyhine bir durum gerçekleştiğinde birtakım sınırlandırılmalar uygulanmaktadır.⁵⁸ Çocuğun üstün yararının korunmasının amacı ebeveynlerin sahip oldukları velayet hakkının doğal bir sonucu olan hak ve yükümlülüklerini gereği gibi kullanmadıkları takdirde TMK m.346 uyarınca çocuk için bazı tedbirlerin kararlaştırılacağı eğer bu alınan tedbirler yeterli olmaz ise velayetin kaldırılmasına karar verilmektedir.

1.3.5 Süreli Olması

Erginlik kural olarak çocuğun 18 yaşını doldurması ile olmaktadır. Böylelikle ana babanın velayeti ortadan kalmaktadır. Velayette anne babaya düşen en önemli ödev çocuklarını büyütüp topluma kazandırmaktır. Çocuklar ergin olana değin anne babanın velayetinde olması velayet hakkının süresini belirlemektedir.

Bunun yanı sıra evlenme veya mahkeme kararı ile de ergenlik kazanılmaktadır. Böylece ana babanın velayeti ortadan kalmaktadır.⁵⁹

Anlaşıldığı üzere anne babanın çocuk üzerindeki velayet hakkı TMK da yer alan tüm erginliğe erişme hallerinde sona ermektedir. Yani çocuk 18 yaşını doldurup reşit olduğuna anne babanın velayet hakkı sona erdiği gibi, mahkeme kararı yahut evlenmek suretiyle de çocuğun ergin olması halinde velayet hakkı son bulmaktadır.⁶⁰

1.3.6 Çocuğun Menfaatine İlişkin Bir Hak Olması

Çocuk hem yaşı hem yeteri olgunluk derecesine ulaşamadığından kendisini iradesi ile anlatma hususunda, kendisini koruma konusunda yeterli seviyede olamadığı için çocuğu ilgilendiren her konuda karar alacak olan kişilerin çocuğun aleyhine olabilecek davranışlarını önlemek amacıyla bu kişilerin karar alırken belli bir sınırlamaya tabi olması gerekmektedir. Bu düşünceden hareket ile uluslararası metinlerde çocuğu yüksek yararının gözetilmesi hususu hükme bağlanmıştır. Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3.maddesinde çocuğun yüksek yararına vurgu yapılarak

⁵⁸ Akyüz, E. (1999) *Medeni Kanun'un Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanun'u Işığında Değerlendirilmesi*, İstanbul: Cumhuriyet'in 75.Yıl Armağanı, s. 98.

⁵⁹ Baygın (2010), s. 277.

⁶⁰ Çetiner (2000), s. 43.

18.maddesinde ise ebeveynlerin çocuklarını menfaatlerine öncelik vermesi gerektiğinden bahsedilmiştir. Zira çocuğun yüksek yararı yahut çocuğun yüksek menfaati olarak anılan bu ilke ile hem çocuk hakları sözleşmesinin hem de çocuk hukukunun ana teması oluşturulmuştur.⁶¹ Ayrıca idare hukukunda yer alan kamu yararı ilkesinin bir nevi çocuk hukukunda yer alan karşılığı da bu ilke olarak görülmektedir.⁶²

Velayet kurumuna ve çocuk hukukuna egemen bir ilke olan çocuğun yüksek yararı ilkesi ebeveynler tarafından çocuğun bir “hak süjesi” olarak algılanarak çocuğun şahsına saygı duyulması ve çocuğun gelişimi açısından çocuğun kişiliğinin çok yönlü olarak geliştirilmesinin gerektirir. Çocuğun yararı kavramının tanımı olayın özellikleri göz önünde bulundurularak somutlaşabileceğinden bu kavramı net bir şekilde ifade edilememektedir. Ancak elbette bu kavramın içeriğini belirlemek mümkündür. Çocuğun gelişimi açısından önem arz eden çocuğun fiziksel, ruhsal, duygusal, zihinsel ve ahalî gelişimini içeren her olgu aslında çocuğun yararı kavramının içerisinde yer almaktadır.⁶³ Çocuğun yararı kavramını “haklı neden” kavramına benzetecek olursak orada olduğu gibi hâkim nasıl somut olayın koşullarını değerlendirerek takdir yetkisini kanunun izin verdiği hallerde uygulamasını esnetebiliyor ise çocuğun menfaati kavramı da olayın özellikleri değerlendirilerek nitelendirilecek esnek bir kavramdır.⁶⁴ Bu ilke ebeveynlerin çocuğa dair birincil nitelikte ki kararlarında bu karar verme yetkisinin çerçevesinin sınırlarını ve anne babanın velayeti nasıl kullanması gerektiği hakkında bir nevi yol haritası da oluşturmaktadır.⁶⁵

Türk Medeni Kanunu’nda ve Çocuk Hakları Sözleşmesinde çocuğun yüksek menfaati konusunda bunu açıklayacak bir tanım yapılmadığı görülmektedir lakin TMK madde 339/I de ebeveynler çocuk hakkında karar alacağı zamanlar da çocuğun yararını gözeterek onun menfaatlerine uygun kararlar almaları gerektiğinden bahsetmektedir. Aynı şekilde kanunun 346.maddesinde ebeveynler çocuğun

⁶¹ Şirin, M. C. (2011) *Çocuğun Yüksek Yararı: İdare hukukunda Uygulanabilirliği Üzerine Bir Deneme*, I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi, Yetişkin Bildirileri Kitabı - 2, İstanbul: Çocuk Vakfı Yayınları, s. 56.

⁶² Serozan (2005), s. 65.

⁶³ Serdar (2007), s. 163-164.

⁶⁴ Serozan (2005), s. 65.

⁶⁵ İmamoğlu, H. (2005) *Yeni Medeni Kanun’daki Düzenleme ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi*, AÜFHD, Cilt: 54(1), s. 169.

menfaatine göz ardı edip onun yararına aykırı eylemlerde bulunduğu takdirde hâkimin gerekli önlemleri alabilme yetkisi olduğundan söz edilmektedir. Zira sosyal devlet olmanın gereğinden de kaynaklanan çıkar çatışmalarının bir ucunda korunmaya ihtiyacı olan ve menfaatleri zedelenen çocuk var ise bu çocuğun çıkarlarını yüksek menfaati doğrultusunda gözetme ve kollama görevi Anayasamızın 41.maddesinde de ifade edilmektedir.⁶⁶

Çocuk hukuku ve çocukların korunması alanında uluslararası konjonktürde ana belge olan Çocuk Hakları Sözleşmesinde çocuğun yüksek menfaati ile ilgili olarak çocuğu alaka eden tüm faaliyetlerde çocuğun yüksek yararının ana fikirde olması gerektiğinden, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi, ulusal, sakatlık vb. nedenlerden dolayı ayırım yapılamayacağını, sözleşmeyi akdeden taraf devletlerine çocukların temel yaşam hakkına sahip olduğunu kabul etmesi ve onun gelişimi hayatta kalması için gereken azami çabayı göstermesi gerektiğinden ve çocuklar kendilerini özne alan her konuda fikirlerini istedikleri gibi dile getirme haklarına sahip olduklarından bunu da çocuğun yaşı ve olgunluk seviyesine uygun biçimde olması gerektiğinden söz edilir.⁶⁷ Buradan da anlayacağımız üzere aslında çocuğun yüksek menfaati çocuğun esenliğini sağlamak ve korumaktır.

Çocuğun yararı, menfaati kavramından yalnızca çocuğa yönelik bir menfaat değil de daha uzun vadeli olarak düşünülerek çocuğun geleceğini dolayısıyla çocuğun yararı dolayısıyla toplumun da yararını gözetecek şekilde anlaşılmalıdır.⁶⁸ Zira çocuk kendi iradesi ile karar verebilecek olsa idi yaşamı ile ilgili hangi açıdan karar verecek ise çocuğun velayetine sahip olan ebeveynlerde benzer doğrultuda karar veriyor iseler çocuğun yüksek yararı temin edilmiş olmaktadır.⁶⁹

Çocuğun yararı kavramı çocuğun menfaati, çocuğun yarar ve esenliği, çocuğun güvenliği gibi birbirinden farklı kelimeler ile ifade edilmektedir. Farklı kelimeler

⁶⁶ *Mağdur Çocuk Haklarına İlişkin Öneriler*, (2017) İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.magdur.adalet.gov.tr/images/magdurcocuklarraporu19-5x27-5.pdf>

⁶⁷ Çocuğun Yüksek Yararının Belirlenmesine dair BMMYK Kılavuz İlkeleri Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Mayıs 2008, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.refworld.org/cgi-bin/txis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa69594> (Erişim Tarihi: 8.06.2020)

⁶⁸ Çetiner (2000), s. 33.

⁶⁹ Akyüz (2012), s. 50; Grassinger, G. E. (2009) *Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 59.

kullanılmasına rağmen bunların aynı anlamı karşıladığını ifade eden görüşler mevcut olduğu gibi⁷⁰ böyle düşünmeyen görüşler de mevcuttur. Bir görüşe göre çocuğun güvenliği kavramı çocuğun menfaati kavramına kıyas ile daha objektiftir ve var olan ve var olacak menfaat ve hakları da barındırmaktadır. Bu yüzden çocuğun menfaati çocuğun güvenliğinin sağlanmasına yönelik yararları olarak görülür.⁷¹ Koçhisarlıoğlu'na göre ise bu terimlerin eş anlamlı olarak algılanmasının daha yerinde olduğundan söz etmektedir.⁷² Uluslararası hukuk sistemlerinde ise İsviçre'de çocuğun yararı teriminin çocuğun menfaati teriminden daha geniş olduğunu ve bu ölçüde çocuğun menfaati olgusunun çocuğun yararı hususunun bir boyutu olduğu kabul edilmiştir ancak İsviçre öğretisinde ve yargı kararlarında bu iki terim arasındaki farklar net olarak ortaya konulmamıştır ve bu kavramları birbirlerinden kesin olarak da ayırmadıkları görülmüştür. Fransız hukuk sistemine baktığımızda ise çocuğun menfaati kavramının daha geniş olduğu ifade edilmiştir. Türk hukuk sistemi içerisinde ise çocuğun menfaati ile çocuğun güvenliği terimleri aynı anlamada yer aldığı görmekteyiz.⁷³

Velayet kurumunun öncelikli hedefi çocuğun menfaatini sağlamak olduğundan ebeveynlerin istemleri ve yararları doğrultusunda hareket etmekten ziyade çocuğun üstün yararı gözetilerek hareket edilmesi gerekmektedir.⁷⁴ Medeni kanunumuzda ise velayetin kaldırılması hususu çocuğun üstün yararının tehlikeye girmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Buna dair TMK m.348 'de gerekli düzenlemeler bulunmaktadır.

Çocuğun üstün yararı kavramı yargı kararlarında; anne babanın çocuklarını en iyi şekilde yetiştirilmesi gayesi olduğu için anne baba ile çocuğun menfaatleri genelde aynı yönde yer almaktadır ancak bazen menfaatler çatışabilmektedir. Bu durumda kanunumuzda hangi tarafın menfaatinin öncelikli tutulması gerektiği hususunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak birçok yargı kararlarında özellikle çocuğun üstün yararı kavramı ilkesinden hareket ile “ebeveynler ile çocuğun menfaat dengesi karşı karşıya geldiği takdirde velayet kurumunun kamu düzenine dair

⁷⁰ Grassinger, G. E. (2010) “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşününün Alınmaması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt: 1, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, s. 825.

⁷¹ Arabacı, G. P. (2008) *Boşanmanın Çocuklar Bakımından Sonuçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 13.

⁷² Koçhisarlıoğlu (2004), s. 201.

⁷³ Apaydın (2011), s. 636.

⁷⁴ Oğuzman, K., Dural, M. (1998) *Aile Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 276.

olmasından ötürü öncelikli olarak çocuğun üstün yararına işaret etmektedir.”⁷⁵ Başka bir Yargıtay kararında ise; taraflar her ne kadar kendi aralarında çocuğa dair nafaka talebinde bulunmayacağını hususunda anlaşmış olsalar dahi bu çocuğun üstün yararı ile çeliştiği için mahkeme çocuğun yararını gözeterek karar vermiştir.⁷⁶

Geleceğin büyükleri olacak çocukların iyi bireyler olarak yetiştirilmesi toplum için de çok önem arz etmektedir bu nedenle velayetin çocuk yararına bir hak olarak yer alması sadece aile ve çocuk için değil toplum için de önemlidir.

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi 9.12.1994 tarihli 4058 sayılı kanunla onaylanarak, 23.12.1994 tarihinde Bakanlar Kurulu Kararıyla 27.1.1995 tarihli ve 22184 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Anayasanın 90.Maddesi gereğince iç hukuk normu haline gelmiştir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin hükümlerinin özellikle klasik düzeyde hak ve hürriyetlere dair normları doğrudan doğruya uygulanabilirken bunun dışında kalan pek çok normu doğrudan doğruya uygulanamamaktadır.⁷⁷ Fakat sözleşme hükümleri usulüne uygun bir biçimde iç hukuk sistemimizde bulunuyorsa ve anayasada da açıkça belirtildiği gibi milletlerarası sözleşme hükümleri temel hak ve hürriyetlere dair ancak bu konuda ki kanunlar ile arasında çelişki mevcut ise hâkim sözleşme hükümlerine öncelik vererek somut olaya uygulanabilmektedir.

Akıllıoğlu'na göre doğrudan doğruya kullanmaya elverişli kavramlar elbette tartışmasız olanlardır.⁷⁸ Ayrıca doğrudan doğruya kullanılan bu terimler Anayasa 90/son maddesi uyarınca temel haklara dair olduğundan eski tarihli olsa dahi iç hukuk normlara göre uygulanma sırası daha öncelikli olmaktadır.⁷⁹

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesinin (BMÇHDS) 3.Maddesinde “çocuğun en üstün yararı olarak” yer almaktadır. Yine sözleşmenin 18.Maddesinde

⁷⁵ Yarg. 2. HD. 10.09.2019, 587/8485, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 24.11.2019)

⁷⁶ Yarg. HGK. 14.11.2019, 3-2613/1191, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2017-2-2446.htm&kw=velayet+hakk%C4%B1+kamu+d%C3%BCzeni+ile+ilgili#fm> (Erişim Tarihi: 08.09.2019)

⁷⁷ Akıllıoğlu, T. (1995) *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*, Ankara; Serdar (2007), s. 168.

⁷⁸ Kullanmaya elverişli olan kavramlar için “tanır”, “üstlenir”, “saygı gösterir”, “sağlar”, “güvenceye alır” gibi ifadeler doğrudan doğruya kullanılır iken niyet ve tavsiye niteliğinde olan fillerde mevcuttur bunlar; “gözetir”, “özendirir”, “teşvik eder”, “çaba gösterir” Akıllıoğlu (1995), s. 14.

⁷⁹ Serozan (2005), s. 47.

ebeveynlerin veya yasal varislerin çocuğun yetiştirilmesi hususunda çocuğun yüksek yararını göz önünde tutmaları gerektiği vurgulanmıştır. Yargıtay'ın birçok kararında,

“velayet hakkının kullanılması ve bu hakkı kimin kullanacağı hususunda çocuğun üstün yararı dikkate alınarak karar verildiği”

görülmüştür.⁸⁰

BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesinde ve TMK'da çocuğun üstün yararı kavramının net olarak yapılmadığını ifade etmiştik. “Belirli bir olayın özelliklerine göre somutlaştırılması gereken, esnek bir kavram olduğu için kesin bir şekilde tanımlanması mümkün değildir.”⁸¹

Öğretide, çocuğun bedensel yararı konusunda yeknesak birtakım ölçütlere ulaşılabilir de zihinsel, ruhsal ve ahlaki açıdan çocuğun yararının belirlenmesi amacıyla bedensel yarar konusunda olan ölçütlere nazaran daha az sayıda genel geçer özelliğe sahip fikirlere ulaşılabilir. Çocuğun menfaati kavramının somutlaştırılması için tıp ve sosyal bilimlerin de etkili olacağını göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira çocuğun gerek eğitiminde gerekse sosyal ilişkilerinde çocuğun istikrarlı olarak ebeveynleri ile sağlıklı ilgi ve iletişim içerisinde olması gibi tespitlerden faydalanarak çocuğun yararı kavramının somutlaştırılması sağlanabilmektedir.⁸²

Çocuğun her türlü gelişiminin sağlanması için örneğin, bedensel, zihinsel, duygusal, ruhsal ve ahlaki konuların⁸³ yanında çocuğun sosyal, hukuki ve ekonomik konular açısından yararı da aslında bu kavramın içerisinde.⁸⁴ Ayrıca çocuğun menfaati ilkesinin çocuk için gerçekten anlam ifade edebilmesi çocuk lehine olabilmesi için de gerekli şartların oluşturulması gerekmektedir.⁸⁵

⁸⁰ Yarg. HGK. 14.06.2017, 2-1887/1196, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim Tarihi: 23.02.2020); Yarg. 2. HD. 17.01.2017, 19767/556, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim Tarihi: 23.02.2020)

⁸¹ Serdar (2007), s. 163.

⁸² Serdar (2007), s. 164.

⁸³ İmamoğlu (2005), s. 170; Serdar (2007), s. 164.

⁸⁴ Brauchli, A. (1982) *Das Kindeswohl als Maxime des Rechts*, Zurich, s. 109; Serdar (2007), s. 164.

⁸⁵ Serdar (2007), s. 164.

Bu ilke sadece çocuğun velayetine sahip olan ebeveynlere değil çocukla ilgisi olanlara ve gerektiğinde çocuk için karar verecek olan mercii olan adli ve idari makamlara da yönetilmektedir.⁸⁶ Bu açıdan bahsedilen ilke aslında hem anne babanı hem adli ve idari makamların öncelikli olarak göz önünde bulundurması gereken şey çocuğu çemberin ana merkezinde görekerek çocuğu ilgilendiren her türlü eylem ve kararlarda çocuk odaklı düşünmelerini gerektirmektedir. Böylelikle bu ilkenin sağlanmasının yolu açılmış olacak ve çocuğa dair kararlarda çocuktan hareket ederek onun yararı dikkate alınarak karar verildiğinde ilkenin yönlendirme ve ölçüt oluşturma işlevi de tamamlanmış olmaktadır.⁸⁷

1.4 Velayetin Kapsamı

Velayet hakkı geçmişten bugüne küreselleşen dünya ile değişikliklere uğramıştır. Hukuki niteliği açısından değerlendirildiği zaman önem arz eden anlam değişikliğe uğramış olduğunu görmekteyiz.

Velayet hakkı önceki dönemlerde anne babanın çocuğu üzerindeki hâkimiyet hakkı olarak görülür iken şimdilerde velâyet ebeveynlere tanınan hak ve yükümlülüğe dönüşmüştür.⁸⁸ Yüküm hakkı ise yüküm ve yetkiden oluşmaktadır. Her ne kadar yetki ve yüküm birbirlerinden farklı olarak bağlanmış olsa da yükümün barındırdığı içerik yetkinin barındırmış olduğu içerikten geri kalmamaktadır hemen hemen aynı yoğunlukta olduğunu görmekteyiz. İşte velayette de bu 2 kavramın adeta iç içe geçtiğini görmekteyiz.⁸⁹

Zira velâyetin çift yönlü bir kavram olduğunu ilişkin ebeveynlere sadece çocuğun kişiliği ve mal varlığı üzerinde yer alan haklardan oluşmayıp aynı zamanda birtakım yükümlülüklerde tanınmasından dolayı çift yönlü olduğuna ulaşabilmekteyiz. Başka bir deyişle velayet hakkı anne babaya çocuğun şahsı ve malları üzerinde hem hak hem de yükümlülük tanımaktadır. Bu yükümlülükler bakacak olursa bunlar sadece ahlaki anlamda değildir ebeveynlerin yasal birtakım yükümlülükleri de mevcuttur. Özellikle modern hukuk sistemlerinde velayeti bir haktan ziyade bir yükümlülük

⁸⁶ Brauchli, A. (1982) *Das Kindeswohl asl Maxime des Rechts*, Zurich, s. 48, 136; Serdar (2007), s. 165.

⁸⁷ Brauchli, A. (1982) *Das Kindeswohl asl Maxime des Rechts*, Zurich, s. 136; Serdar (2007), s. 164.

⁸⁸ Öztan (2006), s. 626; Serdar (2007), s. 165.

⁸⁹ Serozan (2005), s. 240; Serdar (2007), s. 165.

olarak görmektedirler. Velayetin çift yönlü olması korunan faydalar açısından da önem arz eder. Zira ebeveynler çocuğun velayeti ile kendi yaşamlarını da anlamlandırma şekillendirme fırsatı elde etmektedirler.⁹⁰

Velayet hakkı; çocuğun şahıs varlığı üzerindeki hakları ile malvarlığı kapsamında yer alan hakları içine alır.

1.4.1 Çocuğun Kişi Varlığı Üzerindeki kapsamı

1.4.1.1 Çocuğun Yerleşim Yeri

Türk Medeni Kanunumuzun 21/1 maddesi uyarınca,

“Velayet altında olan çocukların yerleşim yeri anne babalarının yerleşim yeridir. Fakat anne babanın ortak bir yerleşim yeri yoksa çocuğun yerleşim yeri çocuk kendisine bırakılan anne veya babanın yerleşim yeridir.”⁹¹

denilmektedir.

Erginliğe ulaşmamış çocuklar ile ebeveynlerinin izni doğrultusunda ailesi ile beraber yaşamayan çocuğun yerleşim yeri ise onun oturma yeridir.⁹² Çocuk eğer vesayet altında ise bu takdirde TMK m.21/2 uyarınca;

“Çocuğun yerleşim yeri bağlı bulunduğu vesayet makamının bulunduğu yerdir.”⁹³

denilmektedir.

Ayrıca çocuğun vesayet altında bulunması onun anne babasının yanında ikamet etmeyeceği anlamına elbette de gelmemektedir bu durumda dahi ebeveynlerinin yanında yaşamaya devam edebilmektedir.⁹⁴

⁹⁰ Serdar (2007), s. 165.

⁹¹ Türk Medeni Kanunu m.21/1, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

⁹² Akyüz (1999), s. 654; Oğuzman ve Dural (1998), s. 277; Saymen, F. H., Elbir, H. (1960) *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, C. III, 2. Baskı, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, s. 371.

⁹³ Türk Medeni Kanunu m.21/2, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

⁹⁴ Berki (1970), s. 25.

Evlatlığın yerleşim yeri ise hususu ise evlatlık velayet altında olduğu müddetçe evlat edinen kişinin yerleşim yeri evlatlığın da yerleşim yeridir.⁹⁵

Çocuğun yüksek yararı ön planda tutularak anne babanın rızası dışında çocuk onlardan alınmaması gerekmektedir ancak eğer çocuğun yüksek menfaatine aykırı olacak bir durum ile karşılaşıldığı zaman örneğin; çocuğun kötü muameleye maruz kalması gibi durumlarda veya anne babanın ayrı yaşamasına bağlı olarak ikametgâhın belirlenmesi amacıyla bir ayrılık kararı verilebileceği BMÇHDS m.9/1'de;

“Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü-muameleye maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.”

şeklinde düzenlenmiştir.⁹⁶

1.4.1.2 Çocuğun Mesleki ve Dini Eğitimi

Velayet kamu düzenine ilişkin olduğunu yukarıda ifade etmiş idik bu nedenledir ki çocukların eğitimi toplum açısından önem arz etmektedir. Çünkü toplumu aileler oluşturmaktadır ve aile içerisinde yer alan çocukların iyi eğitime sahip olması salt aile bakımından önemli değildir. İyi bir toplum yapısı için iyi eğitilmiş bireylere ihtiyaç vardır. Çocuk aile içerisinde ebeveynleri tarafından eğitim öğretimi için nasıl yönlendirilmiş ise aileye ve topluma yansımalarının da paralel olacağını düşünmekteyiz. Zira aile içerisinde çocuk nasıl yetiştirilmiş ise nasıl bir eğitim almış ise ileriye yönelik hayatında da çevresine onu yansıtacaktır ve bulunduğu toplumu da etkileyebilecektir.

⁹⁵ Çetiner (2000), s. 54.

⁹⁶ Kamu Personeli İle Emeklilerin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler Yapılmasına Dair Yetki Kanunu, T.C. Resmi Gazete, Sayı: 22184, 27 Ocak 1995 [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf> (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

Çocuğun eğitimi hususu kanunumuzda velayet kapsamı başlığı altında yer almaktadır. TMK m.391/1’de; ebeveynlerin çocuğun yararını gözetip o ölçüde onun eğitim ve bakımı hususunda karar vermeleri gerektiğinden bahsetmektedir.⁹⁷

Anne baba çocuklarının yetiştirilmesi esnasında çocuklarını kendi ekonomik imkânları doğrultusunda eğitmektedir. Anne babadan kendi imkânlarını aşacak bir eğitim vermeleri beklenmemektedir. “Sırf bu gerekçe gösterilerek de velayetin kaldırılma imkânı bulunmamaktadır.”⁹⁸

Ayrıca TMK m.327’de yer aldığı gibi çocuğun eğitim ve bakım ihtiyaçlarını çocuğun ebeveynlerini temin etmektedir ancak bazı durumlarda örneğin ebeveynlerin yoksul olması yahut çocuğun özel durumunun varlığı halinde çocuğun ihtiyaçlarının teminini sağlanması için hâkimin izni ile ebeveynler çocuğun mallarını kullanabilecekleri yer almaktadır. Benzer düzenleme BMÇHDS m.27/2’de de⁹⁹ çocuğun gelişimi ve yetişmesi için ihtiyaç duyulan gereksinimlerini çocuğun ebeveynleri ile çocuğun bakımını üstlenen kişiler sahip oldukları imkânlar çerçevesinde sağlayacakları yer almaktadır.

Anne babanın çocuğun bakımına ve eğitim giderlerine gücü yetmediği takdirde sosyal devlet olmamızın gereklerinden olan devletin katkıda bulunması gerektiğine dair düzenleme TMK m.350/2’de yer almaktadır. Burada anlaşıldığı üzere aslında çocuğun yetişmesi için gerekli giderin karşılanması konusunda anne baba vasinin yanında devletin de sorumluluğu olduğu gözlenmektedir. Benzer düzenleme BMÇHDS m.27/3’te sözleşmeye taraf devletlere ihtiyaç duyulduğu takdirde gerekli yardımlarda bulunmaları konusunda ödev yüklemiştir.¹⁰⁰

Çocuklarının yetenek ve eğilimlerini dikkate alarak anne ve baba çocuklarını yetiştirmeleri gerekmektedir. Hangi alana yeteneklerinin olduğu hususlarına dikkat

⁹⁷ Türk Medeni Kanunu m 339/1 [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

⁹⁸ Oğuzman ve Dural (1998), s. 278.

⁹⁹ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Erişim Adresi: <https://www.unicef.org/turkey/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>, (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

¹⁰⁰ Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf, (Erişim Tarihi: 23.05.2020); Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: https://www.unicefturk.org/public/uploads/files/UNICEF_CocukHaklarınaDairSozlesme.pdf, (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

etmeleri gerekmektedir. BMÇHDS m.29'da çocuğun eğitiminin amaçlarını düzenleyen maddesinde çocukların kendi kişilik ve yeteneklerine göre yetiştirilmesi hususunu da göz ardı etmemek gerektiğini ifade etmiştir.

Zihinsel veya bedensel engelli çocukların topluma kazandırılması gerekmektedir ve onları anne baba kendi imkânları doğrultusunda eğitimlerini sağlamalıdır.¹⁰¹

743 sayılı Eski Medeni Kanun'da ebeveynler tedip hakkına haizdirler. Ebeveynlerin sahip oldukları bu hakkın içeriğini çocuğun terbiyesi, nasihat etmesi hatta çocuğu dövmek anlamına gelmekteydi. Ancak ebeveynlerin çocukların üzerinde sahip oldukları bu tedip hakkın kullanımı esnasında, ruhsal, fiziksel gelişim bakımından çocuklar korunmaya muhtaç ve güçsüz konumda olduklarından dolayı onları yetiştiren anne babanın çocuğu kollayıp, koruması, gözetmesi gerektiğinden bu hakkın onlara çocuğa eziyet etmek onları dövmek şeklinde yorumlanmaması gerektiği öğretilmiş ve vurgulanmıştır. Anne baba elbette çocuğun eğitim ve terbiyesi konusunda birtakım önlemler alabilecektir fakat bu önlemler çocuğun ruhsal bedensel zihinsel bütünlüğünü olumsuz etkilemeyecek şekilde ve alınan önlemler bir ölçü dâhilinde olmalıdır şeklinde ifade edilmiştir.¹⁰²

Eski Medeni Kanun'da çocuğun mesleki eğitimi konusuna dair düzenleme mevcut iken 4271 sayılı TMK da böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Ebeveynler, kendi ekonomik güçleri ve imkânları doğrultusunda ve dönemin özelliklerine uygun bir biçimde çocuklarına gerekli eğitimi vermeli yahut onun da isteyeceği, sevebileceği, yeteneklerinin olduğu gözlemlenen alanlar ile etkileşim kurmasını sağlamalıdır. Çocuğun gelecek de hayatını idame ettireceği alanı seçip o mesleğe kavuşmasında ise ebeveynler çocukların talepleri ile onun niteliklerini değerlendirerek bu ölçüde ona uygun bir mesleğe yönlendirmeleri gerekmektedir.¹⁰³

Anne ve baba velayetten doğan haklarının sınırı aşmamalıdır. Anne babanın meslek eğitimini göstererek çocuğu ağır işlerde çalıştırmamalı onun işgücünü kötüye kullanamamaları gerekmektedir.¹⁰⁴

¹⁰¹ Oğuzman ve Dural (1998), s. 278-279.

¹⁰² Serozan (2005), s. 263.

¹⁰³ Öztan (2006), s. 651.

¹⁰⁴ Oğuzman ve Dural (1998), s. 278; Öztan (2006), s. 652.

Velayet sahibi anne baba çocuklarının dini eğitimi konusunda çocuğun yüksek yararını gözettiği sürece çocuklarına onların sahip olmasını istediği dini eğitimi ve kurallarını öğretebilirler. Dini eğitimin dinin seçilmesi ve buna uygun gerekli eğitimin verilmesi olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Çocuğa dini eğitim verme hakkı anne babaya ait olmak ile TMK da bu eğitimin nasıl verilmesi gerektiği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Anne baba çocuklarına kendi benimsedikleri dinin eğitimini, kurallarını anlatabilirler. Ayrıca kendi benimsedikleri dinin dışında herhangi bir dini veya bir dini öğretmemeyi de seçebilmektedirler. Fakat ebeveynlerin bu seçtikleri hususların pratikte çocuğa zarar sağlamayacak onun kişilik haklarını zedelediği müddetçe bu konuda gerekli bilgi paylaşımını çocukları ile yapabileceklerdir.¹⁰⁵

Anne ve baba çocuklarını dini eğitim konusunda bilgilendirirken onları ruhsal olarak etkileyecek her türlü baskı halinden kaçınmaları gerekmektedir. Zira bu baskıcı hal çocukların gerek gelişimlerinde gerekse psikolojilerinde yaralar açabilmektedir.¹⁰⁶

Çocuk ergin olup anne babanın velayeti ortadan kalktığı zaman çocuk anne ve babanın vermiş olduğu dini eğitim konusunda inancına devam edebileceği gibi farklı bir dini de benimseyebilir. Anne ve baba çocuklarının dini eğitimleri hususunda üçüncü kişiler ile hukuka ve ahlaka aykırı olmayacak ve haklarını sınırlamayacak sözleşme yapma ve bundan dönme haklarına sahiptirler.¹⁰⁷

Evlilik devam ederken ebeveynler farklı din yahut mezhebe sahip ise yahut anne baba çocuğa dini eğitimin verilmesi noktasında fikir çatışması yaşadığında buna dair TMK' da bir düzenleme bulunmamaktadır fakat hâkimin müdahalesi yolu akla gelmektedir.¹⁰⁸

Yani tarafların velayet konusunda anlaşmaları hâkimi bağlamayacaktır. Hâkim, çocukların ve tarafların menfaatlerini göz önünde tutarak gerekli değişiklikleri yapabilecektir. Velayet, taraflardan birine bırakıldığında, diğer taraf, çocuğa dini eğitim veremeyecektir. Konu ile ilgili öğretide çeşitli görüşler bulunmaktadır.

¹⁰⁵ Grassinger (2009), s. 36.

¹⁰⁶ Köylü, M. (2004) *Çocukluk Dönemi Dini İnanç Gelişimi ve Din Eğitimi*, AÜİFD, C.XLV(11), s. 147-148.

¹⁰⁷ Dural, Öğüz ve Gümüş (2014), s. 279.

¹⁰⁸ Akyüz (1999), s. 493.

Boşanmadan sonra çocuğun velayeti hangi tarafa tevdi edildi ise, çocuğun dini eğitim hakkı da ona aittir. Buna göre, çocuğun velayetinin verilmesinde, çocuğun yetişmiş olduğu din ve mezhebe sahip olan ana veya babanın tercih edilmesi gerekmektedir; çünkü çocuğa daha sonra başka bir din veya mezhep öğretmek, onun fikir ve ruh sağlığına zarar verebilecektir.¹⁰⁹

Akıntürk’de benzer bir bakış açısıyla, çocuğun ana ve babadan sadece birinin velayeti altında bulunması halinde, dini eğitimin belirlenmesi konusunda diğerinin karışma hakkının bulunmadığını iddia etmiştir. Yargıtay, Eski Kanun yürürlüğünde vermiş olduğu bir kararında; velayet hangi tarafa verilmişse, çocuğun dini terbiyesinin de ona ait olacağını kabul etmiştir. Yargıtay’a göre, “Kocanın oy’una ağırlık tanınması, evin reisi olmasının zorunlu kıldığı pratik çareden ibarettir. Aile birliği herhangi bir nedenle çözüldüğünde, oy üstünlüğü kuralı da sona erer. Bu takdirde velayet hangi ebeveyne bırakıldıysa dini terbiye ona ait olur. Şayet veli yoksa bu hak vasiye geçer. Eşlerin boşanması ile annenin çocuğa kendi inandığı dine dair bilgiler vermesi benimsediği dini telkin etmesi ve o yolda terbiye vermesi velayetin kötüye kullanılması şeklinde yorumlanamaz şeklinde ifade etmekte idi.¹¹⁰

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nde, sözleşmenin 20/3 maddesinde çocukların bakımı amacıyla bu amacı güden kurumlara verilmesini gerektiren durumlarda veya evlat edinildikleri durumda, bu sözleşmeye taraf olan devletlerin çocuğun dinsel kimliğine saygı gösterecekleri hüküm altına alınmıştır.

Velayet hükümlerinin pratik olarak uygulanmasında temel amaç, çocuğun menfaatinin korunmasıdır. Anne babanın farklı dine mensup olduğu durumlarda velayeti alan taraf çocuğun dini tercihi konusunda etkili olabilecektir ve ona uygun eğitimi verebilecektir.

Ayrıca anne veya babadan hangisi velayet hakkına haiz ise o tarafın benimsediği dine ilişkin çocuğa bilgilendirme yapması ona birtakım hususlar öğretmesi de hakkın kötüye kullanması olarak görülmemesi gerektiği öğretide ifade edilmiştir.¹¹¹

¹⁰⁹ Akyüz (1999), s. 493.

¹¹⁰ Akıntürk, T. (2006) *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, 10.Baskı, Ankara, s. 426.

¹¹¹ Tekinay (1990), s. 487.

1.4.1.3 Çocuğa Ad Koyma Hakkı

Çocuğa ad konulması konusunda bunun bir hak mı yoksa bir görev mi olduğu hususunda öğretide görüşler bulunmaktadır. TMK m.339/5'te yer alan düzenleme de çocuğun önadını anne ve babası koymaktadır şeklinde düzenleme yer almaktadır.

BMÇHDS de m.7/1'te yer alan düzenlemeye göre çocuğa önad verilmesi aslında bir hak değil bir ödev olarak görülmüştür.

Doktrinde bu hususa dair; Anne baba, aslında ebeveyn olmasından dolayı çocuğa önad koyma hakkına sahip olduğundan bahsedilmiştir. Öğretide yer alan bir görüşe göre ebeveynler velayet hakkına haiz olmasalar bile çocuklarına isim verebilme haklarının bulunduğu ifade edilmiştir.¹¹² Bir başka görüş ise önad konulması hususu kanun metninde yer alması itibari ile bir hak olarak nitelendirmektedirler.¹¹³ Ayrıca anne baba çocuğun adının konulması esnasında anlaşılamadığı durumlarda hâkimin müdahalesi yoluna da gidebileceklerdir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2/7/2009 tarihli ve E.2005/114, K.2009/105 sayılı Kararı ile; bu maddenin birinci cümlesinde yer alan "... evli değilse ananın ..." ibaresi iptal edilmiştir.¹¹⁴ Böylece TMK m.321 de ki düzenleme;

"Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır."

şeklinde olmuştur.¹¹⁵

Evlatlığın soyadına gelecek olursak; küçüğün evlat edinilmesi ile ergin olan kişinin evlat edinilmesi konusu farklı düzenlemelere sahiptir. Evlatlık küçük ise evlat edinenin soyadını alır iken Ergin olan evlatlık evlat edinilirse dilerse evlat edinenin soyadını alabilmektedir.

¹¹² Öztan (2006), s. 653.

¹¹³ İnan, A. N. (1995) *Medeni Hukukta Velayet, Vesayet ve Kayyumluk*, İstanbul Barosu Dergisi, Çocuk Hukuku ve Çocuk Yargılaması Hukuku Semineri, Cilt: 69(1-2-3), s. 74; Zevkliler (2000), s. 922.

¹¹⁴ AYM., 2.7.2009, 114/105, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

¹¹⁵ Türk Medeni Kanunu, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4721&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

1.4.1.4 Çocuğun Ana Babanın Sözüünü Dinleme Yükümlülüğü

EMK m.264/2’de;

“Çocuk ana ve babasına riayete mecburdur”¹¹⁶

şeklinde yer almıştır.

4271 sayılı medeni kanunumuzda çocuğun anne babasının sözüünü dinleme yükümlülüğü bulunmaktadır şeklinde ifade edilmiş biçimi yumuşatılmıştır. Zira bu yükümlülüğün yüklenmesinin amacı velayet hakkının gereklerinin ebeveynler tarafından yerine getirilmesidir¹¹⁷.

Çocuğa yükümlülük olarak yüklenen ebeveynlerinin sözüünü dinleme yükümlülüğü elbette sınırsız değildir. Bu düzenlemenin sınırları mevcuttur bunlar; çocuğun kişilik hakları ve velayetin amaçları oluşturmaktadır. Anne ve baba ahlaka aykırı veya çocuğun, onur, ruh ve bedensel sağlığını bozucu istekler ile çocuğu olumsuz yönde etkileyecek isteklerde bulunursa bu gibi isteklerin yerine getirilmesi çocuktan beklenmemektedir. Zira anne baba korunmaya muhtaç çocuklarının gelişimin engelleyici her türlü davranış ve istemlerden elbette kaçınacaktır.¹¹⁸ Zira aksi halde TMK m.346 uyarınca çocuğun yararı zedelendiğinde ve gelişimi açısından tehlikeye düştüğü hal mevzu bahis olur ise hâkim gerekli önemleri alabilecektir.

BMÇHDS sözleşmeyi taraf olmamız ile 4271 sayılı Medeni Kanunumuzda; EMK’de tedip hakkı içerisinde yer alan çocuğun söz dinleme yükümlülüğü dikkate almadığı takdirde anne ve babanın şiddet kullanabileceğine dair sözleşmeye ve çocuk haklarına aykırılık oluşturur şeklindeki düzenleme medeni kanunumuza alınmamıştır. Böyle bir düzenlemenin değiştirilmesi çocuğun yararı ilkesi gözetildiğinde yerinde bir değişiklik olduğunu görmekteyiz.

Velayet hakkının süreli bir hak olarak gördüğümüz takdirde çocuğun da bu yükümlülüğünü aslında ergin oluncaya kadar devam etmektedir. Ergin oluncaya

¹¹⁶ Türk Kanunu Medenisinin Yürürlükten Kaldırılmış Hükümleri, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.743.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

¹¹⁷ Akyüz (1999), s. 242-243.

¹¹⁸ Dural, Öğüz ve Gümüş (2014), s. 345.

kadar geçen süreçte aslında çocuğun yaşı ile orantılı olarak ebeveynlerinin sözünü dinleme yükümlülüğü de değişmektedir. Aynı zamanda çocuğun bazı kararları kendisinin alabilmesi onun gelişimine de olumlu katkı yapacağından eğer çocuk yeterli olgunluğa kavuşmuş ise anne ve baba onun olgunluğu ölçüsünde bunu dikkate alarak çocuğa kendi hayatını düzenleme olanağı tanır ve bu konularda mümkün olabildiği ölçüde onun düşüncesini de göz önünde tutarlar. Bu husus TMK m.339/3'te belirtilmiştir.

1.4.1.5 Çocuğun Görüşünün Alınması

Ebeveynlerin çocuklarının fikirlerine başvurmaları onların kişiliğinin gelişmesi için önemli bir husustur. Zira ebeveynlerin çocuklarının fikirlerini dinlemesi aslında onlara birey bilincinin nasıl olduğunu öğretmektedirler. Aynı zamanda çocuğa danışılması fikirlerinin dinlendiğinin görmesi çocuğun aile içi ilişkilerini gelişimi açısından ve çocuğun gelişimi için de önemlidir çocuk bu sayede kendini değerli hissedecektir.

Anne babanın çocuğun görüşüne başvurmasının temel gayesi onun yararına hareket ederek ona yaşamının her aşamasında yardımcı olmaktır. Ancak bunun da bir sınırı vardır zira her somut olayda çocuğun görüşüne uygun hareket elbette edilemeyecektir. Eğer çocuğun fikrine başvurulduğunda onun yüksek yararına aykırı bir durum ortaya çıkacak ise ebeveynler çocuk lehine olacak şekilde hareket etmelidirler. Zira çocuğun görüşünün dinlenilmesi yahut ona uygun hareket edilmesi çocuğun yüksek menfaati ile çatışıyor ise çocuk idrak yeteneğine haiz olsa dahi çocuğun beyan ettiği görüşünün aksine karar vermek mümkündür.¹¹⁹

Gerek ulusal gerek uluslararası düzenlemelere bakar isek TMK m.339/3'te çocuğun görüşünün alınması gerektiğini söylemek ile herhangi bir yaş sınırının belirmesinden ziyade olgunluk kavramına yer verildiği görülmektedir. Benzer düzenleme BMCHDS M.12/1'de;¹²⁰

¹¹⁹ Yarg. 2. HD. 09.04.2013, 9745/9865, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2017-2-2446.htm&kw=velayet+hakk%C4%B1+kamu+d%C3%BCzeni+ile+ilgili#fm> (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

¹²⁰ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.unicef.org/turkey/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>, (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

“Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar.”

şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Bu şekilde hüküm altına alınarak olgunluk kavramını ön plana çıkararak 7 yaşındaki bir çocuk ile elbette 16 yaşındaki çocuğun yaşanan olayları kavrama gücü ve yeteneği farklı olabilmektedir. Dolayısı ile çocuğun görüşüne başvurulduğu takdirde bu hususun da göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinde (ÇHKİAS) çocuklar kendileri ile alakalı davalarda bilgilendirilmesi ver fikirlerinin alınması gerektiği hususunda hükümlere yer vermektedir. Türkiye sözleşmenin 1.Maddesin 4.paragrafi doğrultusunda, sözleşme hükümlerinin adli merciler önüne geldiğinde aşağıda bahsedilen aile hukukuna dair davalarda bu sözleşmenin uygulanacağı ifade edilmiştir. *“Boşanma, ayrılık çocukların velayetine ilişkin babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalar ve anne babanın çocuk ile kişisel ilişki kurulması davalarında çocukların bilgilendirilmesini kabul etmiştir.”*¹²¹ ÇHKİAS’da yer alan düzenlemeye göre de çocuğun görüşünün alınması için bir yaş aralığı verilmemiştir somut olayın özellikleri dikkate alınarak hâkim buna kendisi karar vermelidir. Zira taraflardan birine çocuğun velayeti bırakıldığı takdirde çocuğa anne veya babasından hangisi ile kalmak istediği nerede daha rahat hissedeceği öncelikli olarak sorulmalıdır. Burada hâkim bu soruları çocuğun psikolojisini ve herhangi bir baskı altında olmadan onun görüşünü sağlıklı olarak alabilmek amacıyla gerekli uzman bilirkişiler ile çocuğun bir araya gelmesini sağlamalıdır.

1.4.2 Çocuğun Malvarlığının Kapsamı

Çocukların hak ehliyetinin olmasının yanında fiil ehliyetlerine henüz haiz olmadığı görülmektedir bu nedenledir ki çocukların erginlik sürecine erişmesine kadar geçen süreçte onların malvarlığının yönetimi için bu malvarlığını yönetecek kimseye

¹²¹ Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/539a9--Cocuk-Haklarinin-Kullanilmasina-Iliskin-Avrupa-Sozlesmesi.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

ihtiyaç hâsıl olmaktadır. Çocuklar ergin oluncaya kadar geçecek olan zamanda onların mallarının kim tarafında kullanılacağı ve yönetileceği hususunda Türk Medeni Kanunu m.352 uyarınca ebeveynlerin çocuk üzerindeki velayet haklarının kapsamına çocuğun mallarını kullanma ve yönetme yetkisi de yer almaktadır şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Çocuk, ebeveynlerinin malvarlığından tamamen farklı malvarlığına sahiptir. Bu malvarlığı çocuk eğer haksız bir fiile uğradı ise onun sonucunda almış olduğu tazminat olabileceği gibi, bağış yahut kendi el emeği ile meydana gelen durumlar sonucunda ortaya çıkan durumlar sonucunda oluşmaktadır.

Bu nedenle çocuğun malvarlığı değeri ebeveynlerinin sahip olduğu borçlarından dolayı haczedilememektedir ve çocuğun malvarlığının üzerinde rehin de tesis edilebilmesi mümkün değildir.¹²²

Velayet devam ettiği sürece çocuğun malvarlığını anne baba yönetmektedir.(TMK m. 352) Anne babanın velayet hakkı kaldırıldığı veya sona erdiğinde ise malvarlığının yönetimi çocuk erginliğe ulaştı ise çocuğa diğer durumlarda ise TMK m.362 düzenlemesi uyarınca çocuğun vasisine yahut kayyımına devredileceği düzenlenmiştir.¹²³

1.4.2.1 Çocuğa Ait Malvarlığı Değerlerini Çocuğun Ana Babasının Yönetmesi

Anne babanın çocuğun malvarlığını yönetmesi bir hak olduğu kadar aynı zamanda yükümlülüktür. Bu hak velayet hakkının kapsamı içerisinde yer almaktadır. Ebeveynlerin çocuk üzerindeki velayet hakkının devamı süresince bu yönetim haklarını kullanmaktadırlar. Anne babanın kullanmış olduğu bu hak şahsa sıkı sıkıya bağlı olup bu haktan feragat edilemeyeceği gibi eşler de birbirine devredemezler ancak hakkın devri üçüncü bir kişiye mümkün değil iken fiili yönetimin bırakılması mümkündür.¹²⁴

Çocuğun sahip olduğu malvarlığının yönetiminin kapsamına; tasarruf işlemleri, muhafazası, gerekli tedbirlerin alınması, işletilmesi gibi hususlar da girmektedir. Zira

¹²² Turanboy, K. N. (2010) “Anne ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma ve Sarf Etmek Hakkı”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C.2, Ankara: Turan Kitabevi, s. 2127.

¹²³ Türk Medeni Kanunu, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

¹²⁴ Dural, Öğüz ve Gümüş (2014), s. 284.

çocuğa ait olan gayrimenkulün kiraya verilmesi de mümkündür.¹²⁵ Ebeveynlerin çocuğun malvarlığının yönetiminde bazı durumlar ortaya çıktığında hâkimin müdahalesi TMK m.360'a göre mümkün olabilmektedir. Çocuğun malvarlığını yöneten anne babası çocuğun yararını kendi menfaatlerinden üstün tutmaması gerektiğinin bilincinde olmaları gerekmektedir. Aksi tutum söz konusu olduğunda hâkimin müdahalesi gündeme gelecektir.

Ebeveynler tarafından kullanılan yönetim hakkının ergin çocuğa, vasi veya kayyım devri velayetin sona erdirilmesi veya velayetin kaldırılması söz konusu olduğundan gündeme gelir ayrıca çocuğun erginliğe eriştikten sonra kısıtlanması durumu ortaya çıktığında çocuğun malvarlığını bu durumda anne babası tarafından yönetilmesi ortaya çıkmaktadır.¹²⁶

Anne babanın çocuklarının mallarının devredilmesi konusundaki sorumluluğu ise vekil gibidir. Bu husus TMK m.363'te yer almaktadır. Dürüstlük kuralını gözeterek devredilmiş olan mallarının yerine geçen bedeli vermeleri gerekmektedir.¹²⁷

Evlilik birliğinin devamı süresince ebeveynler çocuğun malvarlığını yönetme hak ve yükümlülüğünü beraber kullanıyor olsalar dahi evlilik sona erdiğinde TMK m.353 uyarınca velayet kendisinde bırakılan taraf bu hakka haizdir. Fakat evlilik birliğinin boşanma ile sonuçlanmasından sonra ebeveynlerin talebi ve mahkemenin de çocuğa ait velayet üzerinde anne babanın velayeti birlikte kullanılmasına hükmettiği durumlarda çocuğa dair malvarlığını yönetme yetkisini de ebeveynler birlikte kullanacaklardır.

1.4.2.2 Ana Babanın Çocuğa Ait Malvarlığı Değerlerini Kullanması

Malvarlığının kullanılması; Eski Medeni Kanun'da m.280' de intifa hakkı olarak yer almakta iken, 4271 sayılı kanunumuzda m.354'e göre ebeveynlerin çocuğun malvarlığını kullanma hakları onların kusurlu davranışları sebebiyle kaldırılmadığı sürece çocuğa ait malvarlığı değerlerini kullanım hakkına sahiptirler. Hatta bazı durumlar da bu hak velayet hakkı kaldırıldığı durumda dahi devam etmektedir.¹²⁸

¹²⁵ Akyüz, E. (2000) *İnsan Hakları Eğitim Dizisi - Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması*, Ankara: Milli Eğitim Basımevi, s. 259-300.

¹²⁶ Öztan (2006), s. 685.

¹²⁷ Öztan (2006), s. 688.

¹²⁸ Turanboy (2010), s. 2125.

Anlaşıldığı gibi anne baba çocuğun malvarlığını yönetebilmesi için velayet hakkına sahip olmaları gerekir iken, malvarlığının kullanılabilmesi için anne babanın çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olmaları şartı aranmamaktadır. Anne babanın kusurluları haricinde velayet haklarının kaldırılması durumunda dahi çocuğunun malvarlığını kullanma hakları bulunmaktadır.

Aynı zamanda malvarlığının kullanılması anne baba için sadece hak iken malvarlığının yönetilmesi hem hak hem de yükümlülüktür.

Çocuğun erginliğe ulaşması ile çocuğun malvarlığı üzerindeki anne babanın kullanım hakkı da bitmektedir. Ayrıca; çocuk erginliğe ulaşmış ancak kısıtlanarak anne babasının velayeti altında ise çocuğun malvarlığını anne babası kullanma hakları bulunmamaktadır.

Anne babanın çocuğun malvarlığını kullanım haklarının da elbette bir sınırı vardır bu sınırı hakkaniyet çerçevesi oluşturmaktadır gerekmektedir. Bu kullanım sırasında öncelik elbette çocuğun kendisi ve yararları için kullanımına öncelik vermeleri ve ailenin bazı ihtiyaçları için de çocuğun malvarlığı kullanılabilir elbette bunları anne ve baba hakkaniyet sınırlarını gözeterek yapacaktır.¹²⁹

Velayet kendisinde bırakılmayan tarafın çocuğun malvarlığını kullanıp kullanamayacağı konusu ise tartışmalı olmak ile birlikte bir görüş; hâkim tarafından anne babanın çocuğun mallarını kullanması hususu konusunda bunu hangi oran ile kullanacağını belirleyeceğinden söz edilmektedir.¹³⁰ Diğer bir görüşe göre ise, velayet kendinde bırakılan tarafın kusuru bulunuyor ise çocuğun malvarlığını kullanmazken bu ebeveynin kusuru mevcut olmadığı durumlarda iştirak nafakası veya çocuğun malvarlığından yararlanabileceği gündeme gelmektedir.¹³¹

Fikrimizce evlilik birliğinin boşanma ile neticelenmesinden sonra mahkeme tarafından çocuğun anne baba tarafından velayetinin müşterek kullanılmasına olanak sağlandığında yer alan bu tartışmalar anlamsız olacaktır. Ebeveynler birlikte velayete sahip kılınır ise ve kusurları da mevcut değil ise evlilik birliği devam ederken çocuğa

¹²⁹ Turanboy (2010), s. 2132.

¹³⁰ Tekinay (1990), s. 467.

¹³¹ Dural, Ögüz ve Gümüş (2014), s. 286.

ait malvarlığını nasıl birlikte kullanabilme hakları var ise müşterek velayet durumunda da çocuğa ait malvarlığını ortak kullanabileceklerdir.

1.4.2.3 Çocuğun Serbest Malları

Yasa koyucu çocuğun serbest mallarını; kazandırmalar, saklı pay, meslek ve sanat için verilen mal, kişisel kazanç şeklinde 4 kategoride sıralamıştır. Kanun koyucu tarafından çocuğa ait malların yönetilmesi ve kullanılmasında ebeveynlerin hareketleri bakımından birtakım sınırlamalara tabi tutmuştur bunları detaylı olarak aşağıda anlatacağız.

1.4.2.3.1 Kazandırmalar

Çocuğa kazandırmada bulunan kişi tarafından aksi hali belirtmediği sürece kazanımların yönetmek anne ve babaya aittir.¹³²

TMK m.357 hükmü çocuğun serbest mallarından ilki olan kazandırmalar konusunda bir yasağı hüküm altına almıştır. Buna göre;

*“Ana ve baba, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendi menfaatlerine sarf edemezler”*¹³³

şeklinde düzenleyerek çocuğa yapılan kazandırmaların ebeveynler tarafından kullanılması kanun koyucu yasaklamıştır.

1.4.2.3.2 Saklı Pay

Çocuğa ait saklı paya ait yönetim aslında ebeveynlere aittir ancak ölüme bağlı tasarruf yardımı ile miras bırakan saklı paylı hakkın yönetilmesini çocuğun ebeveynlerinden alması da söz konusu olabilmektedir. (TMK m.358) Çocuğa miras yolu ile intikal eden saklı payın yönetiminin sulh hâkimine belli dönemlerde hesap verilmesi veya yönetimin bir başkasına bırakılabilmesini de miras bırakan tarafından istenebilmesi mümkündür.¹³⁴

¹³² Dural, Ögüz ve Gümüş (2014), s. 527.

¹³³ Türk Medeni Kanunu, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4721&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

¹³⁴ Öztan (2006), s. 692.

1.4.2.3.3 Meslek veya Sanat için Verilen Mal ve Kişisel Kazanç

TMK madde 359 hükmü doğrultusunda çocuğun meslek yahut sanat ile ilgilenebilmesi için çocuğun kendisine ait malvarlığından bir kısmının çocuğa verilmesi durumunda ebeveynlerin çocuğa verilen bu kısım üzerindeki yer alan yönetim ve kullanma hakları da bitmiş olmaktadır.

Çocuğun çalışması sonucu ortaya çıkan çocuğun kazancı üzerinde anne ve babanın yönetim ve kullanım hakları bulunmadığı vurgulanmaktadır. Çocuğun ebeveynleri ile birlikte yaşaması durumunda ebeveynler çocuktan onun giderleri için harcama yapacağından bahisle çocuğun çalışması sonucu elde etmiş olduğu kişisel kazancından uygun bir katkıda bulunmasını isteyebilirler.

1.4.2.3.4 Anne ve Babanın Çocuğunu Temsil Etmesi

Ebeveynlerin çocuk üzerinde sahip olduğu velayet hakkı çocuğun üçüncü kişiler ile yaptığı hukuki işlemlerde üçüncü kişiler açısından yasal temsilci rolünde yer almaktadırlar ve anne babanın bu hakkının içerisinde çocuğun üçüncü kişilere karşı temsilini de içermektedir.

Sınırlı ehliyetsizler açısından küçük ayırt etme gücüne haiz ise anne babası üçüncü kişiler ile yapacağı işlemleri küçük adına yerine getirmektedirler. Anne babanın küçük adına yerine getirdiği iş ve eylemlerde onun menfaatini korumaları gerekmektedir zira küçüğün aleyhine olan işlemlerden kaçınacaklardır. Ayrıca önemli olan husus çocuğun yararını korumak olduğundan yapılan işlem sırasında işleme dair küçüğün fikrine başvurulması gerekir.

Zira eğer küçük ayırt etme gücüne haiz ve tek başına işlem yapmaya ehil ise ebeveynleri izin verebileceği gibi daha sonradan onay ile de küçüğün yaptığı işlemi geçerli hale getirmeleri imkânları mevcuttur. Onay bekleme safhasında ise onay gelene kadar işlem askıda hükümsüzdür. Onay geldiğinde ise işlem baştan itibaren geçerli olacaktır. Fakat işleme onay gelmez ise küçüğün yapmış olduğu işlem geçersiz olacaktır. Bu durumda üçüncü kişi eğer iyi niyetli ise sebepsiz zenginleşme düzenlemelerine giderek küçüğe vermiş olduğu şeyleri geri alabilme imkânı bulunmaktadır.¹³⁵

¹³⁵ Hatemi ve Oğuztürk (2013), s. 163-164.

TMK 449'da bir takım yasak işlemler sayılmaktadır. Çocuğun yararına uygun düşmeyecek bu hususlar onu borç altına sokacaktır bu nedenle kanunumuz bunları yasaklamaktadır. Bu doğrultuda velayet altındaki çocuk adına borç altına girilmesi, önemli miktarda bağışlarda bulunması ve vakıf kurması yasaktır.

Ayırt etme gücüne haiz küçüğün ebeveynlerinin izin yahut onayına ihtiyaç duymadan bazı karşılıksız kazandırmalar yapabilmektedir. Ancak kendisini borç altına sokmaması gerekmektedir. Ancak bu durum öğretide anne baba çocuğun yasal temsilcisi olduğundan bahisle küçüğün yaptığı bu karşılıksız kazandırmalar konusunda bir veto haklarının olduğu konusunda fikir mevcuttur.¹³⁶

Fiil ehliyetine haiz olmamasına rağmen karşı tarafta yer alan kişileri yanıltarak yapılan işlemler açısından küçük eğer ayırt etme gücüne haiz ise karşı tarafın uğramış olduğu zararlardan dolayı sorumluluğu vardır. Ayrıca haksız fiil sorumlulukları da bulunmaktadır.¹³⁷

Ayırt etme gücü bulunmayan küçükler açısından ise bunlar hak ve borç altına girememektedirler yapmış oldukları işlem kesin hükümsüz olup izin yahut onay ile de geçerli hale gelmemektedir.

¹³⁶ Hatemi ve Oğuztürk (2013), s. 164; Serozan (2005), s. 283.

¹³⁷ Oğuzman, Seçili ve Özdemir (2013), s. 84-85.

BÖLÜM 2: VELAYET KAVRAMINA DAİR HUKUKSAL METİNLERİN İNCELENMESİ

2.1 Velayete Dair Ulusal ve Uluslararası Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Velayetin koruma altına almak istediği temel hedef çocuktur. Çocuklar geleceğin nesilleri olduğundan hem aile içerisinde hem de toplum içerisinde çok önemlidirler. Çocuk haklarının aşama kaydetmesi ile çocuğun yararı kavramının öneminin artması, velayet kavramının zaman içerisinde evrilmesini de gözeterek gereksinimleri karşılamak amacıyla velayet hususunda birçok ulusal ve uluslararası düzenlemeler bulunmaktadır. Hukukumuz da evlilik birliği içerisinde velayet hakkının birlikte kullanılacağı hususunun yanı sıra asıl tartışmalı olan, anne babanın boşanması sonucunda velayet hakkını birlikte kullanıp kullanamayacağıdır. Küreselleşen dünya da birçok şeyin gelişimi aynı zamanda birçok şeyin değişimini de beraberinde getirmektedir. Bu husus en belirgin toplum yapılarında ortaya çıktığı görülmektedir. Ekonomik ve sosyal değişimler toplum yapısını da değiştirmiş ve aile yapısı da buna bağlı olarak değişiklik içermektedir. Bu durumda boşanma sonucunda birlikte velayetin mümkün olup olmadığı hususunda velayet konusunda mevcut ulusal ve uluslararası düzenlemelerin ele alınması gerekmektedir.

2.1.1 Velayete Dair Ulusal Düzenlemeler

2.1.1.1 Anayasada Yer Alan Düzenlemeler

Normlar hiyerarşi içerisinde en üstte bulunan anayasamız da aile kurumunun önemine binaen, Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler kısmında Ailenin korunması ve çocuk hakları kenar başlıklı maddesinde, Aile Türk toplumunun temelidir. Eşler arasında eşitliğin olduğundan bahsetmiştir bu husus 41.maddeye 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunun 17'nci maddesiyle eklenmiştir. Ayrıca herkesin herhangi bir ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu vurgulanmıştır.

Anayasamız da velayet hakkı açıkça düzenlenmemek ile beraber Anayasa mahkemesi kararlarında velayet kavramını tanımlamıştır. Buna göre;

“Velayet, reşit olmayan çocuklarının bakım ve gözetimi konusunda anne ve babaya verilen hak ve yükümlülüklerden oluşan bir müessese olup bu bağlamda

çocuğun bakım ve eğitimi, kanuni temsili, mal varlığının yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması için hukuki temel oluşturmaktadır. Yakın bir geçmişe kadar anne ve babanın çocukları üzerindeki hâkimiyet hakkı olarak görülen velayet, günümüzde hem bir yükümlülük hem de bir hak olarak kabul görmektedir.”

olarak ifade edilmektedir.¹³⁸

Velayet hakkının değerlendirilmesi Anayasa Mahkemesi tarafından “Özel Hayatın Gizliliği” kenar başlıklı 20.maddesi ve “Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları” başlıklı 41.maddesi kapsamında değerlendirmektedir. Anayasa’nın, devlete bir takım pozitif yükümlülük yüklediği görülmektedir. Bunun nedeni, toplum yaşamının içinde yer alan aile yaşamının saygınlığının artması hem çocuğun hem ailenin menfaatlerinin toplum açısından önemli olmasından gelmektedir.¹³⁹

2010 yılında Anayasanın 41.Maddesine yapılan ekleme ile çocuğun yüksek yararına dikkat çekilmiştir ve bu doğrultuda buna aykırı olmadığı sürece her çocuğun, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğundan bahsedilmiştir. Anayasa’nın 41.Maddesinde;

“... Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”¹⁴⁰

şeklinde yer almaktadır.

Aile yaşamına dair çıkan uyuşmazlıklar ile ilgili bunların çözümü hususunda Anayasa Mahkemesinin aslında salt olarak esas aldığı kesin ve somut ilkelerin bulunduğunu söyleyememek ile birlikte mahkeme verdiği kararlarda,

¹³⁸ Anayasa Mahkemesi Hayriye Özdemir Başvurusu, B.No: 2013/3434, T.25.06.2015, § 39, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2013-3434.htm&kw='2013/3434'+> (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

¹³⁹ Anayasa Mahkemesi Murat Atılgan Başvurusu, B.No: 2013/9047, T.07.05.2015, § 22 ve 23, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2013-9047.htm&kw=07.05.2015#fn> (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

¹⁴⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

“Aile hayatına saygı hakkı bakımından devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin birbirinden kesin çizgilerle ayrılması mümkün olmadığından her iki durum yönünden de aynı ilkeler geçerlidir. Buna göre aile hayatına saygının gereklerinin devletin negatif veya pozitif yükümlülükleri çerçevesinde incelenmesinde en önemli nokta, bireyin hukuki menfaati ile kamu menfaati arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının belirlenmesidir.”¹⁴¹

“Aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülükler arasındaki sınırları kesin biçimde tanımlamak mümkün değildir. İlgili makamlar her iki yükümlülük çerçevesinde belirli bir takdir alanına sahiptir ve her iki yükümlülük kapsamında da benzer ilkelerin göz önünde bulundurulması, özellikle her iki durumda da kamusal makamlarca olayın bağlamı ve müdahalenin türüne göre birey menfaatleri ile toplum menfaatleri ve çocuk ile ebeveyn menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmesi gerekmektedir. AIHM’ye göre bu dengenin tesisinde niteliği gereği çocuğun menfaatlerine özel bir önem verilmelidir.”¹⁴²

şeklinde kararlarda yer aldığı üzere her somut olayın değerlendirilmesi yapıldığında farklı sonuçlara ulaşılabilmesinin nedeni çocuğun yüksek menfaatinin sağlanması hedefi yer almaktadır.

2.1.1.2 TMK’da Yer Alan Velayet ile İlgili Düzenlemeler

2.1.1.2.1 Velayetin Kullanılması

Medeni kanunda yer alan m.182 de hâkimin takdir yetkisi başlıklı madde düzenlemesi,

“Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının

¹⁴¹ Anayasa Mahkemesi Ş.İ Başvurusu, B.no: 2016/8660 Karar Tarihi: 7/11/2019, §22, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2016-8660.htm&kw=aile+hayat%C4%B1na+sayg%C4%B1+hakk%C4%B1m+kapsam%C4%B1nda+negatif+ve+pozitif#fm>, (Erişim Tarihi: 25.05.2020)

¹⁴² Anayasa Mahkemesi A.K Başvurusu, B.No: 2016/7425 T.12.06.2019, § 22; Hokkanen/Finlandiya, B.No: 19823/92, 23/9/1994, § 55; Hoppe/Almanya, § 49, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2016-7425.htm&kw=aile+hayat%C4%B1na+sayg%C4%B1+hakk%C4%B1m+kapsam%C4%B1nda+negatif+ve+pozitif#fm> (Erişim Tarihi: 25.05.2020)

düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.”

şeklindedir.

“Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Hâkim, istem hâlinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.”¹⁴³

şeklindeki düzenlemesi ve madde 336’da bulunan,

“Ana ve baba evli ise, Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar olarak ifade edilmiştir. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir. Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.”¹⁴⁴

şeklindeki düzenle olmak üzere velayete ilişkin iki asıl düzenlememiz bulunmaktadır.

TMK m.182 de mevcut olan düzenleme çerçevesinde çocuğun velayeti kendisine tevdi edilmeyen taraf ile çocuk arasında şahsi ilişkinin nasıl kurulacağı konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Buradan kesin bir yargı olarak kanunun ortak velayeti yasakladığı görüşüne varamayız. Boşanma sonucunda velayetin mutlak olarak ana babadan birine ait olduğunu da ifade eden bir anlamı bulunmamaktadır. Konu ile alakalı kesin anlam mevcut olmadığı gibi keşif yolu ile de bulunmamaktadır.¹⁴⁵

¹⁴³ Türk Medeni Kanunu, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.5.2020)

¹⁴⁴ Türk Medeni Kanunu, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.5.2020)

¹⁴⁵ Dönmez, Ü., Barın, T. (2018) “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), S. 35, s. 185-186.

Birlikte velayetin incelenmesi açısından ele alacağımız bir diğer hüküm ise TMK m.336 düzenlemesidir. Hükümün ilk fıkrasında anne babanın birlikte velayeti evlilik birliği içerisinde kullanması gerektiği açıkça ifade edilmektedir.

TMK m.336/2 fıkrasında ise, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi ile ayrılık hallerinde, hâkimin takdir hakkı olduğunu ve velayeti eşlerden birine verebileceği düzenlemiştir. Fakat hâkime tanınan bu istisnai takdir yetkisinin sınırını yine çocuğun üstün menfaati oluşturmaktadır. Anlaşıldığı üzere kanun koyucu bu fıkrada da aslında birlikte velayete engel teşkil edecek bir yasak bulunmamaktadır.¹⁴⁶ Çocuğun üstün yararı gözetilerek aksi hareket edilmeyerek kanun koyucu velayetin tevdiini eşlerin beraber veya ayrı yaşamaları kriterlerinden ziyade çocuğun üstün yararına göre belirlemektedir.

Diğer bir deyişle, çocuğun yararı aksini gerektirmedikçe, hâkimin genel kuralı göz ardı ederek velayet hakkını anne veya babadan yalnız birine bırakması mümkün olmayacaktır. Nitekim bu fıkra kapsamında da müşterek velayete ilişkin bir yasak getirilmediği görülmektedir. Kanun koyucu, velayetin tevdiini eşlerin birlikte veya ayrı yaşamalarına göre değil, çocuğun üstün yararına göre belirlemektedir.¹⁴⁷ Benzer şekilde, hükümün lafzının yanında özünü ve ruhunu da dikkate alıp yorumlandığı takdirde velayet hakkının kullanımının, hâkim tarafından, anne ve babanın müşterek kullanımına bırakılacağı sonucuna ulaşılabileceğini savunmaktadır.¹⁴⁸

Düzenlemenin son fıkrasında ise, eşlerden birinin ölümü veya evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinde velayete kimin sahip olacağını düzenlemiştir. İlgili hükme göre, eşlerden birinin ölmesi durumunda velayet hakkı sağ kalan eşe aittir. Boşanma durumunda ise, velayet çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacaktır. Burada üzerinde durulması gereken iki konu bulunmaktadır. Birincisi söz konusu düzenlemenin emredici nitelikte olup olmadığı, ikincisi ise 336.maddenin üçüncü fıkrasında bir boşluk bulunup bulunmadığıdır.¹⁴⁹ Bu konu öğretilerde tartışmalı bulunmaktadır.

¹⁴⁶ Dönmez ve Barın (2018), s. 186-187.

¹⁴⁷ Öztan, B. (2006) *Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu*, Prof. Dr. Tuğrul Ansay Armağanı, Ankara: Turhan Kitapevi, s. 255.

¹⁴⁸ Koçhisarlıoğlu (2004), s. 151-152.

¹⁴⁹ Dönmez ve Barın (2018), s. 185.

Hatemi / Kalkan / Oğuztürk; mevcut olan düzenlemenin yerinde olup olmadığı noktasında birbirlerinde farklı görüşleri bulunmaktadır. Aynı zamanda TMK m.336/3 düzenlemesine dikkate alındığında boşanma gerçekleştikten sonra velayetin sadece eşlerden birine tevdi edilmesi gerektiğini anne babanın birlikte velayete sahip olmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedirler. Müşterek velayet konusunda aslında kanunda bir boşluk bulunmadığını burada kanun koyucunun menfi çözüm yönetimi benimsediğinden bahisle mevcut hükmün yerinde olduğunu savunmaktadır. Birlikte velayeti içeren bir düzenleme evlilik birliği sona ermiş olan eşlerin tartışmalarını çocuk üzerinden devam ettirebileceği bir ortam oluşmasına neden olarak çocuğun yararını zedeleyecek olmasından bahsetmektedir.¹⁵⁰

Akıntürk/Ateş Kahraman; Çocuğun yararını dikkate alarak velayetin eşlerden birine bırakılmasının daha uygun gördüklerini belirterek müşterek velayeti uygun görmemek ile beraber yazarlar; evlilik birliği içerisinde anne baba velayeti birlikte kullanmaktadırlar boşanma davası açıldığı takdirde boşanma tarihine kadar beraberce kullanılmış olan velayet hakkı evlilik kesin olarak sona ermesi ile anne babadan yalnızca birine verilmesi gerektiğini belirterek hâkimin velayetin tevdi konusunda geniş bir takdir hakkı olduğundan bahsetmişlerdir.¹⁵¹

Köprülü/Kaneti; Boşanma ile ortak hayat sona ereceğinden velayet hakkının da zorunlu olarak eşlerden birine bırakılması gerekmektedir. Hâkim tarafların anlaşması hususunu dikkate alabilmesi için çocuğun menfaati doğrultusunda hareket ederek çocuğun menfaatlerini gözetmeli ancak bu durumda dahi belli bir ölçüde bu hususu dikkate alacağını ifade etmişlerdir.¹⁵²

Baygın; Tek başına velayetin boşanma ve ayrılık durumlarında asıl olduğunu belirterek bazı belli koşullar içerisinde ise birlikte velayete hükmedilmesine imkân veren düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁵³

¹⁵⁰ Hatemi ve Oğuztürk (2013), s. 131-132.

¹⁵¹ Akıntürk, T., Karaman, D. A. (2012) *Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku*, 14. Basım, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 310.

¹⁵² Köprülü ve Kaneti (1989), s. 198-199.

¹⁵³ Baygın, C. (2010) *Soybağı Hukuku*, 1. Basım, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 268.

Serozan,

“ tarafların birlikte velayet konusunda anlaşmaları durumunda bu açıkça çocuğun menfaatine de karşı çıkmıyor ise müşterek velayetin mümkün olabildiğini ”

düşünmektedir.

Aynı zamanda mevcut düzenleme için ise, velayetin sadece eşlerden birine tanınmasını zorunlu kıldığını kabul ederek bu düzenlemeyi uygun bulmayarak TMK 336/3 hükmünün anayasa mahkemesine başvurulmak suretiyle söz konusu düzenlemenin iptal edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Zira hükmün belirttiğimiz fıkrası BMÇHDS ve Anayasa’ya aykırılık teşkil etmektedir.¹⁵⁴

Ayrıca bazı yazarlara göre velayet ile ilgili olan 2 temel düzenlemenin, TMK m.182 ve 336/3 hükümlerinin, sadece lafzı ile yorumlayarak doğrudan birlikte velayete karar verilemeyeceği sonucuna ulaşılmasının mümkün olmadığını boşanma gerçekleştiğinde velayeti anne baba birlikte kullanabileceklerini savunmaktadırlar.¹⁵⁵

Bu görüşte olanlar; velayetin her iki eşe birden tevdi durumu ancak çocuğun üstün yararı gerektirdiği durumlarda olacağını da ifade etmektedirler.¹⁵⁶ Madde lafzına bakıldığında metnin içerisinde yer alan taraf ve eş kelimelerini çok bilinçli olarak bunlar ile kesinlikle eşlerden birini kastettikleri yollu fikir Koçhisarlıoğlu’na göre bir tür karine, bir tür ön gerçek, bir tür ön yargı, bir tür varsayım(faraziye) olmaktan öteye gitmemektedir.¹⁵⁷

Ayrıca şunu da göz önünde bulundurmak gerekmektedir ki; kanun koyucunun çocuğun menfaatini göz ardı etmesi mantıklı olmadığından özellikle birinci ve ikinci fıkralarda çocuğun yararı gözetilir iken üçüncü fıkrada bunun göz ardı edilmiş olması mantıklı bir açıklama olamayacağından bahisle kanun koyucunun velayeti anne veya babadan birine verme isteğinin, çocuk açısından daha yararlı görüleceği ve çocuğun üstün yararına uygun olacağı düşüncesi varsayımından kaynaklanmaktadır.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Serozan, R. (2008) *Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler*, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 772-773.

¹⁵⁵ Grassinger (2009); Acabey, M. B. (2000) *Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Hukuki Konular*, İzmir Barosu Dergisi, S. 4, s. 101.

¹⁵⁶ İnce (2018), s. 221; Çelikel, A., Erdem, B. B. (2017) *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 735; Şanlı, C., Esen, E., Ataman, İ., Meşe, F. (2018) *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 551-552.

¹⁵⁷ Koçhisarlıoğlu (2004), s. 104; Akyüz (1999), s. 232.

¹⁵⁸ Koçhisarlıoğlu (2004), s. 104.

¹⁵⁸ Öztan (2006), s. 256.

Boşanma sonucunda kanun koyucu taraflara boşanmanın sonuçları bakımından serbestçe karar verme yetkisi tanıdığını TMK m.166/3'te belirtilmiştir. Ancak burada eşlere velayet hususunda birlikte velayete ilişkin bir serbeste tanımamasının sebebi bu hükmün çizgisine ters düşmekten gelmektedir.¹⁵⁹

2.1.1.2.2 TMK m.363/3 Hükümünün Emredici Nitelik Taşıyıp Taşımadığının Değerlendirilmesi

Hukukumuzda evlilik birliğinin boşanma ile sonlanmasından sonra velayete dair detaylı hükümler olmadığından boşanma sonrasında velayet hakkının tek bir tarafa mı yoksa her iki tarafa birlikte mi verileceği konusunda TMK'nın 336/3.ve 182.Maddelerinin uygulanması ve yorumlanması ile anlaşılabilir. Türk hukuku içerisinde ortak velayetin mümkün olup olmadığı açısından öncelikle velayete ilişkin hükümlerin niteliklerinin emredici özellik taşıyıp taşımadığı hususu değerlendirilmelidir.

Kanundaki bazı hükümlerin kişilerin iradesine bırakılmaksızın mutlaka uyulması zorunludur. Diğer bazı hükümlerin uygulanıp uygulanmaması ise, ilgililerin iradesine bırakılmıştır. Bu açıdan Medeni Kanun'daki hukuk normlarını emredici ve yedek olmak üzere iki tarafta toplayabiliriz. Emredici hukuk kuralları, ilgililerin iradesi ne yönde olursa olsun, uygulamaları mutlaka zorunlu olan hukuk kurallarıdır. Kişiler aralarında yapacakları anlaşmalarla bu kuralların aksini kararlaştıramayacakları gibi, bu kuralların aralarındaki ilişkiye uygulanmayacağına da karar veremezler. Yedek hukuk kuralları ise: kişilerin kendi aralarındaki ilişkiye uygulanıp uygulanamayacağını veya bu ilişkiyi tamamen değişik bir hükmün düzenleyeceğini serbestçe kabul edebildikleri kurallardır. Yedek hukuk kuralları ise: yorumlayıcı ve tamamlayıcı hukuk kuralları olarak ikiye ayrılır.¹⁶⁰

Emredici hukuk kurallarının en belirgin özelliği bilindiği üzere kesin ve bağlayıcı olmasıdır. Bir kanun hükmünün emredici nitelikte olup olmadığını anlamada hükmün yazılma şekli önem arz etmektedir. Ancak bazen hükmün lafzı tek başına yeterli olmamaktadır. Bu durumda hükmün hangi amaçla konulduğu ön plana çıkarılarak değerlendirme yapılması gerekmekte ve emredici nitelikte olup olmadığı değerlendirilmelidir.

¹⁵⁹ Koçhisarlıoğlu (2004), s. 37 vd.; Öztan (2006), s. 257.

¹⁶⁰ Oğuzman, K., Barlas, N. (2013) *Medeni Hukuk*, 19. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 84-87.

Yargıtay, genel anlamda kamu yararı ve kamu düzenine hizmet eden hükümlerin emredici hukuk kuralı özelliği taşıdığını kabul etmektedir.¹⁶¹

Öğretide velayete ilişkin düzenlemelerin emredici nitelikte olup olmadığına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre kanunumuzda yer alan düzenlenin emredici nitelikte olduğu ve kanun koyucunun boşanma sonrasında velayetin yalnızca eşlerden birine verilmesi gerektiğini dolayısıyla kanunda menfi bir çözüme gidildiğini herhangi bir boşluk olmadığını benimsemişlerdir.¹⁶²

Kanunumuzda yer alan, boşanma ve ayrılığa karar verilmesi halinde hâkim velayeti eşlerden birine vermesi gerektiği hususunda ki velayet düzenlemesi velayetin kamu düzeni ile ilgili olduğu hususunda ve bu madde hükmünün emredici nitelik taşıdığı hususunda Yargıtay'ın kararları bulunmak ile beraber velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılmasının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinden ortak velayeti uygun görmemiştir.¹⁶³ Hatta buna dair kararların tenfizini bile reddetmiştir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki Yargıtay 2.Hukuk dairesi 20/02/2017 tarih 2016/15771 E., 2017/1737 K.Sayılı kararında,

*“istikrarlı görüşünü değiştirerek ortak velayet düzenlemesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına karar vermiştir.”*¹⁶⁴

Başka bir görüşe göre hükmün lafzına bakıldığında her ne kadar velayetin eşlerden birine bırakılması gerekliliği anlaşılrsa da hüküm emredici nitelikte değildir ve hükümde örtülü boşluk bulunduğunu benimsemektedirler. Örtülü boşluk, kanunda konuya dair uygulanabilir bir hüküm olmasına rağmen kuralın sözü ile özünün bağdaşmadığı durumlarda ortaya çıkan bir boşluk türü olduğunu ifade etmiştir.¹⁶⁵

¹⁶¹ Yarg. 3. HD. 25.04.2017, 3414/5913

¹⁶² Hatemi ve Oğuztürk (2013), s. 131.

¹⁶³ Yarg. 2. HD. 27.12.2004, 13947/15854; Yarg. 2. HD. 12.06.2006, 2773/9267

¹⁶⁴ Yarg. 2. HD. 20.2.2017, 15771/1737, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi: 23.5.2020)

¹⁶⁵ Örtülü boşluğun nasıl doldurulacağına ilişkin yerde birlikte velayet hususundan bahsetmiştir. Kırcı, Ç. (2001) *Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 50(1), s. 110.

Öztan,

“madde hükmü düzenlemesi göz önüne alındığında konuluş amacı ile madde metninde kullanılan kelimelerin açıkça çeliştiği ifade edilerek hükümde örtülü boşluk olduğunu”

söylemiştir.

Ayrıca yazar çocuğun üstün yararının ön planda tutulmuş olmasına rağmen çocuğun menfaatine olan ortak velayet sisteminin göz ardı edilmesinin kanun koyucunun hedeflediği amaç ile örtüşmemektedir. Yazar, toplumun zaman içerisinde değişen ihtiyaçları nedeniyle kanun maddelerinin yorum yoluyla mevcut düzenleme amacının gerektirdiği uygulama alanına indirgenmesi şeklinde amaca göre sınırlama yoluyla çocuğun menfaatinin gerektirdiği hallerde müşterek velayetin mümkün kılınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶⁶ Ayrıca yazar, hükümdeki boşluğun hâkim tarafından çocuğun yararına uygun doldurulmasını gerektiğini dile getirmiştir.¹⁶⁷

Serdar,

“TMK.182 VE 336/3 hükümlerinin anlamının keşfedilmesi için velayete ilişkin hükmü sadece lâfzî yorum metodu ile yorumlamanın yanında mantıksal yorum ve amaca bağlı yorum metodu içerisinde bir bütün olarak inceleyerek madde hükümlerinden kesin olarak ortak velayetin mümkün olmadığı sonucuna varılamayacağını”

ifade etmiştir.¹⁶⁸

Koçhisarlıoğlu,

“velayet ile ilgili mevcut kanun maddesinde amaca uygunluk sorununun bulunduğu, kanun koyucunun ulaşmak istediği hedef çocuğun üstün yararının

¹⁶⁶ Öztan (2006), s. 260.

¹⁶⁷ Öztan (2006), s. 260.

¹⁶⁸ Serdar (2007), s. 175 vd.

gözetilmesi ile bu hedefe ulaşmak için kullanılan araç görevi gören yasal düzenlemenin arasında uyum bulunmadığını”

ifade etmektedir.

Bu durumda yazara göre, madde düzenlemesinin lafzı açık olsa dahi kanun hükmüne aykırı (contra legem) bir yorum ile ortak velayete izin verilmesi gerekmektedir.¹⁶⁹

Apaydın,

“velayet ile ilgili düzenlemelerde menfi çözüm yolunu benimsediğini, kanun koyucunun iradi olarak ortak velayete ilişkin bir düzenleme yapmaktan kaçınmamış olmakla beraber yasada gerçek bir boşluk bulunduğunu ve bu boşluğun hâkim tarafından TMK'nın 1. maddesi uyarınca doldurulması gerektiği”

ifadesini kullanmıştır.¹⁷⁰

2.1.1.2.3 TMK M.182/2 Hükümünün Birlikte Velayet Açısından İncelenmesi

Hâkime takdir yetkisi tanıyan düzenlemeleri öğretisi 2 grupta toplamıştır. Birinci grupta o hükmün uygulanması için gereken şartların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda hâkime takdir yetkisi tanınırken ikinci grupta o normun uygulanması ile varılacak olan sonucun tayininde hâkime takdir yetkisi vermektedir. Bu ikinci grup hâkime takdir yetkisi veren durum TMK m.182 için mevcuttur.¹⁷¹ Bazı durumlarda ise hâkim aynı zamanda hem şartlar için hem de hükmün sonucu için takdir yetkisi kullanma durumunda olabilmektedir.¹⁷² Hâkim takdir yetkisini kullanırken somut olayın özelliklerini değerlendirip kanun hükmünün çizdiği çerçeve içinde adil bir biçimde kullanılmalıdır bu yetkiyi kullanırken tamamen serbest değildir. Hâkim, hukuk, hakkaniyet ve hükmün korumak istediği amaç ve menfaat ile bağlıdır. Hâkim hakkaniyete göre takdir yetkisini kullanırken olayın özelliklerini dikkate alıp bunları ne ölçüde değerlendirdiğini kararında gerekçeli olarak belirtmek durumundadır. Hâkim TMK m.182 uyarınca çocuğa dair eğitim, sağlık ve ahlak açısından onun

¹⁶⁹ Koçhisarlıoğlu (2014), s. 243-244.

¹⁷⁰ Apaydın, E. (2018) *Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9(1), s. 457-459.

¹⁷¹ Hatemi, H. (2011) *Medeni Hukuk'a Giriş*, 5. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 99.

¹⁷² Oğuzman ve Barlas (2013), s. 92.

menfaatini ilk planda göz önünde bulundurması gerekmektedir. Çocuğun menfaatine uygun karar vermelidir.¹⁷³

Türk Medeni Kanun madde 182/2'de¹⁷⁴ düzenlenen hükümden evlilik birliği sona erdikten sonra eşlerden birine velayet hakkı bırakılmasından sonra, velayet hakkı kendisine tanınmamış olan ebeveynin çocuk ile kurulacak olan kişisel ilişkiye, o ebeveynin çocuğun giderlerine; bakım, eğitim gibi kendi olanakları dâhilinde katılacağını göstermektedir. Zira hükümden de anlaşılacağı üzere velayetin kime veya kimlere tevdi edileceği hususunda bir düzenleme içermediği açıktır. Ayrıca çocuğun üstün yararının öneminden dolayı, çocuğun menfaati anne babasının boşanmasından sonra velayetin ortak kullanılmasını gündeme getiriyor ise, ortak velayete karar verilebilecektir.

Koçhisarlıoğlu'na göre,

“bu düzenleme emredici nitelikte değildir. Düzenlemenin anlatımından yola çıkarak madde metninde yer alan -velayet kullanılması kendisine bırakılmayan eş şeklinde ifade edilen tekil anlatımın evlilik birliği boşanma ile sona erdiğinde velayetin mutlak suretle eşlerden birine verilmesi gerektiği sonucuna gidilemeyeceği; çocukların taraflardan yalnız birine bırakılması hususundan dolayı böyle bir düzenleme bulunduğu”nu

ifade etmektedir.¹⁷⁵

Nitekim benzer görüşte olan Serdar;

“velayet her iki ebeveyn tarafından birlikte kullanıldığında zaten velayete sahip olmayan tarafın çocuk ile kişisel ilişki kurması ve çocuğa ödeyeceği nafaka söz konusu olmayacağından 182/2 de tekil bir anlatımın bulunmasının doğal olduğunu

¹⁷³ Oğuzman ve Barlas (2013), s. 93.

¹⁷⁴ TMK m.182/2 hükmüne göre: “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.” şeklindedir. [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4721&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, (Erişim Tarihi: 23.5.2020)

¹⁷⁵ Koçhisarlıoğlu (2014), s. 103.

ve bundan dolayı 182/2 düzenlemesinde velayetin taraflardan birine bırakılması durumunda, velayet hakkı kendisine tevdi edilmeyen taraf ile çocuk arasındaki şahsi ilişkilerin düzenleneceği ve çocuğa gereksinimleri uygun bir miktar nafakanın ödenmesi konusunda düzenleme olması, velayetin ebeveynlere ortak bırakılmasının dışlandığı ve velayetin boşanma sonrasında ortak kullanılmasının olası olmadığı anlamına gelmediği”

görüşünü ifade etmiştir.¹⁷⁶

Öztañ ise,

“yasa koyucunun hüküm altına aldığı hususun, velayetin kullanılması, kendisine bırakılmayan tarafın çocuk ile ilişkilerinin nasıl düzenleneceğine dair olduğunu ve bu hükmün yorumunun çocuğun velayetinin sadece bir tarafa bırakılmasının zorunluluğu şeklinde düşünölemeyeceğini”

ifade etmektedir.¹⁷⁷

2.1.1.2.4 Birlikte Velayetin Yargılamadaki Yeri

AİHS 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme ‘ye Ek 7 No’lu Protokolüne kadar velayete dair kararların emredici olduğu için ortak velayete dair yabancı mahkeme kararlarının tanınıp tenfiz edilmesi dahi reddedilmekteydi. Türk yargısı sistemi içerisinde yer alan mahkemeler de velayet konusundaki görüşü boşanma sonucunda velayetin anne veya babadan birine bırakılması yönünde idi fakat Türk hukukunda ortak velayete dair ilk karar 27.05.2009 tarihli İzmir 4.Aile Mahkemesi tarafından verilmiştir. Bahsi geçen kararda boşanmaya ilişkin anlaşma protokolünde taraflar ortak velayet talep etmişlerdir ve çocuğun üstün yararına vurgu yapılarak uzman görüşü de alınarak ortak velayete hükmedilmiştir. Ancak bahsi geçen 2009/448 E.Ve 2009/470 K.sayılı karar anlaşmalı boşanma kapsamında olduğundan taraflar temyiz etmemiş ve kesinleşmiştir. Zira taraflardan biri temyiz isteminde bulunsa idi Yargıtay’ın o dönem itibari ile değil ortak velayete dair bir kararı onamak yabancı mahkemelerce

¹⁷⁶ Serdar (2007), s. 175 vd.

¹⁷⁷ Öztañ (2006), s. 254.

bu konuya dair verilmiş tanıma ve tenfizi bile velayetin kamu düzenine ilişkin olduğu ve velayete dair yasa hükümlerinin emredici olduğu gerekçesi ile kabul etmemekteydi. Bahsettiğimiz Ek 7 No’lu Protokolün 2016 yılında yürürlüğe girmesi ile Yargıtay istikrar hale getirdiği içtihadından dönmüştür.

Yargıtay 2.Hukuk Dairesi 2016/15771 E.ve 2017/1737 K.Sayı ve 20.07.2017 tarihli kararında ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Kararın gerekçesi incelendiğinde olaya uygulanacak olan hukukun Türk hukukundan farklı olması sebebiyle ortak velayet kurumunun Türk toplumun çıkarlarını ve aile yapısına zarar vereceği sonucunda varılmasına erişilmeyeceğini ifade ederek ilk derece mahkemesinin verdiği kararı bozmuştur.¹⁷⁸

Yargıtay bir başka kararında boşanma sonucunda ortak velayete dair yabancı mahkeme kararlarının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğundan bahisle kararın tanınmasına reddine dair ilk derece mahkemesinin kararını boşanma sonrasında ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeyeceğinden bahisle bozmuştur. Yargıtay bahsi geçen bu kararda ortak velayete dair iç hukuktaki düzenlemeleri göz önünde bulundurur iken, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No.lu Protokol’ün 5.Maddesine gönderme yapmıştır. Ayrıca Anayasa madde 90 göz önünde bulundurularak aynı konuda yasalar ile farklı düzenleme içermeleri durumunda temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası hükümlerin uygulanacağından bahsetmektedir.¹⁷⁹

Yargıtay’ın yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara dair verdiği fakat Türk hukuku içinde boşanma durumunda ortak velayetin uygulanabileceğine ışık yaktığı bu kararlardan sonra ilk derece mahkemeleri de taraflardan gelen talep ile birlikte ortak velayet hususuna dair kararlar vermeye başlamıştır. Özellikle Yargıtay 2.Hukuk dairesinin içtihat değişikliğinden sonra Bölge Adliye Mahkemeleri’nin boşanma sonucunda ebeveynlerin ortak kararları neticesinde ortak velayet istemleri konusunda buna hükmedebileceğine dair karar örnekleri bulunmaktadır.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Yarg. 2. HD. 20.2.2017, 15771/1737, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2016-15771.htm&kw=yarg%C4%B1tay%20+2.+hukuk+dairesi+`2016/15771`+E+`2017/1737`+K#fm> (Erişim Tarihi: 25.03 2020)

¹⁷⁹ Yarg. 2. HD. 4.12.2017, 18674/13800, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 25.03.2020)

¹⁸⁰ İlgili karar örnekleri için bknz. Apaydın (2011), s. 463-466.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi açısından ise, iç hukukumuzda yer alan kamu düzeni kavramı ile uluslararası özel hukukta yer alan kamu düzeni kavramı birbirinden ayırt etmek gerekir. Nitekim Türk hukuk sistemi içerisinde yasalarda yer alan emredici nitelikteki hükümlerin yabancı mahkemeler dikkate alınmaması yahut yanlış uygulanması o mahkeme kararının tanınması yahut tenfizine engel olmamaktadır.¹⁸¹ Zira önceleri Yargıtay ortak velayete dair yabancı mahkemelerin kararlarının tanınması ve tenfizine olumlu yaklaşmazken şimdi böyle olmadığı aşikârdır.

2.1.2 Velayete Dair Uluslararası Düzenlemeler

Devletlerin kendi iç hukukunda yaptıkları düzenlemelerin yanı sıra milletlerarası hukuk metinleri içerisinde de çocuğun üstün menfaati kavramının öneminin kavranması ile birlikte uluslararası düzeyde de birtakım düzenlemeler yapılması gerekliliği ortaya konulmuş ayrıca çocuk haklarının giderek önem kazanması, hakların etkin olması ve çocuğun yararının bir bütün olarak sağlanabilmesi açısından birçok uluslararası hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Türk hukuku açısından ortak velayetin mümkün olup olmadığına dair bir sonuca varabilmek açısından ulusal hukukumuzu etkilemekte olan uluslararası düzenlemelerin de incelenmesi gerekmektedir.

2.1.2.1 Uluslararası Hukuk Metinlerinde Birlikte Velayete Dair Yer Alan Düzenlemeler

2.1.2.1.1 Avrupa Konseyinin Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi günümüze değin insan hakları ile alakalı birçok tavsiye kararlar yayınlamıştır üye devletler açısından bu tavsiye niteliğinde olan kararların bir bağlayıcılığı yoktur. Ancak Türkiye Cumhuriyeti'nin de üyesi olduğu konsey tarafından yayınlanan kararlar üye devletler açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yorumlanmasına ışık tutmaktadır.

Türk Medeni Kanun'un 184/5 maddesine göre taraflara boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin konuda anlaşmaya varma konusunda bir yetki verilmekte ancak bu anlaşmanın geçerli olup olmayacağı konusunda ancak hâkimin onayı ile taraflar arasındaki anlaşmanın geçerli olabileceğinden bahsetmektedir.

¹⁸¹ Bingöl, E. (2014) *Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88(2), s. 295.

TMK 184.Maddesinin 5.Bendi ile Bakanlar Komitesinin 28.02.1994 tarihli 84/4 sayılı ebeveyn sorumluluklarına ilişkin tavsiye kararının 6.İlkesi¹⁸² ile paralel olduğu görülmektedir. Bahsedilen 6.İlke de Çocuğun menfaatlerine aykırı olmamak kaydı ile anne baba arasında velayet hakkının kullanımı konusunda yetkili makam tarafından ebeveynler arasında paylaşmak veya ebeveynlerin talepleri olduğu durumlarda velayet hakkının ortaklaşa kullanılmasına karar vermek ve durumun gerektirdiği önlemleri almaktadır şeklinde yer almaktadır.

Görüldüğü üzere Türk Medeni Kanunu'nda boşanmanın sonuçlarına dair düzenleme ile tavsiye kararda ortak olarak vurgulanan hususun paralel olduğu aşikârdır. Nitekim iki düzenlemede de çocukların üstün yararı gözetilerek ve çıkarlarına aykırı olmayacak şekilde, taraflar arasında yapılan anlaşmayı yetkili makamın dikkate alması gerektiği belirtilmiştir.¹⁸³

Avrupa Konseyi tarafından yayınlanan bir başka kararda ise: AİHS'nin 8.Maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkının temel bir hak olduğunu ve anne baba ile çocuk açısından beraber olmanın aile yaşamı için önem arz ettiği belirtilmiştir. Anne baba ile çocukların birbirlerinden ayrı olmaları aralarındaki ilişkiye zarar vereceğinden bahsedilmektedir, tabi istisnai durumları da göz ardı etmemekte yarar bulunmaktadır zira çocuğun yararı neticesinde böyle bir karar da verilebileceği vurgulanmıştır. İlgili kararın devamında ise anne babanın çocuk ile olan ilişkilerinde eşit haklara sahip olması gerektiğinden bahsedilmektedir. Zira bu durum çocuğun hayatına, gelişimine katkı sağlayacağı yadsınamaz bunun yanında bu tutumun toplumda kalıplaşmış şekilde yer alan cinsiyet rollerinin de aşılması açısından faydalı olacağı 02.10.2015 tarihli “*Equality and shared parental responsibility: the role of fathers*” başlıklı ve 2079(2015) sayılı tavsiye kararında¹⁸⁴ belirtilmektedir.

¹⁸² Euromed Justice Is A Project Implemented By A Consortium Led By Fuapp, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/20090707173539_Coe.Recommendation%2884%20%294onParentalResponsibilities.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2020)

¹⁸³ Koçhisarlıoğlu (2004), s. 196.

¹⁸⁴ Equality and shared parental responsibility: the role of fathers, Karar metni için [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://semanticpace.net/tools/pdf.aspx?doc=a%20HR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnceG1sL1h%20SZWYvWDJILURXLWV4dHluYXNwP2ZpbGVpZD0yMjIyMCZsYW5nPUVO&xsl=%20aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJIZi1XRClBVC1YT%20UwvUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIyMjIw>, (Erişim Tarihi: 25.03.2020)

Avrupa Konseyi tarafından alınan tavsiye niteliğindeki ortak velayete dair kararlarda, konseye üye devletlere eğer boşanmış tarafların anlaşmaları ve talepleri olması doğrultusunda birlikte velayete karar vermeleri konusunda telkinler vermektedir.¹⁸⁵

2.1.2.1.2 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Uluslararası alanda çocuk haklarına ilişkin temel prensipleri ortaya koyup ve bunları kurallara bağlayan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuk haklarının gelişiminde ve öneminin vurgulanması açısından önemli bir yeri bulunmaktadır.

Devletlerin iç hukuklarında veya uluslararası alanda ortak velayetin dayanağını “çocuğun üstün yararı” ilkesi oluşturmaktadır. Bahsedilen bu ilke aslında birçok uluslararası hukuk metinlerinde yer alsa dahi BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde çokça vurgulanıyor olması ayrıca sözleşmeyi kabul edip onaylayan ülke sayılarının fazlalığı gibi nedenlerden dolayı bu ilkenin önemini artırmasının yanında uygulama alanını yaygınlaştırmış aynı zamanda sözleşmeyi ise daha önemli kılmaktadır. Zira çocuğun üstün yararı ilkesinin birçok uluslararası metinlerde yer almasının en önemli sonucu olarak, devletlerin bu ilkeyi kendi iç hukuk sistemlerine yansıtarak çocuklar ile alakalı düzenlemeler de kendisini göstermektedir.

Bu sözleşme, 20 Kasım 1959 tarihinde BM Genel Kurulunda kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi baz alınarak hazırlanmıştır ve sözleşme aslında bildirgeyi tamamlar niteliktedir. Bildirge, on iki temel ilke içermektedir. Çocukların özel ve hukuki bir korunmaya gereksinim duyduklarını ve bütün çocukların bildirmede yazılı olan haklardan eşit koşullarda yararlanmasını hedef almaktadır.¹⁸⁶

Türkiye Cumhuriyeti bu sözleşmeyi 14 Eylül 1990’da imzalamış, 10 Aralık 1994 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiş, 23 Aralık 1994 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından 4058 sayılı yasa ile onaylamış ve yasa 27 Ocak 1995 tarih ve 22184 sayılı Resmî Gazete ‘de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, Türkiye sözleşmeye taraf haline gelmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki sözleşmenin 17, 29 ve 30.maddelerine çekince koymuştur.¹⁸⁷ Bunun gerekçesi ise; bahsi geçen maddelerin iç hukukta yer alan

¹⁸⁵ Koçhisarlıoğlu (2004), s. 239; Gülgösteren, A. Z. (2017) *Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte Velayet*, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 27 Mart 2017, s. 175.

¹⁸⁶ İnan (1968), s. 98-99; Akyüz (1999), s. 38-39.

¹⁸⁷ Madde 17

Taraf Devletler, kitle iletişim araçlarının önemini kabul ederek çocuğun; özellikle toplumsal, ruhsal ve ahlaki esenliği ile bedensel ve zihinsel sağlığını geliştirmeye yönelik çeşitli ulusal ve uluslar arası kaynaklardan bilgi ve belge edinmesini sağlarlar. Bu amaçla Taraf Devletler:

mevzuat ile çelişmesine neden olacak şekilde yorumlanmasının önüne geçmektir.

Sözleşmenin 3.Maddesinde;

“Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir”

şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Aslında sözleşmenin içerisinde direk velayet ile ilgili düzenlemeler yer almamasına rağmen bu ve benzeri düzenlemeler çocuğun yararı ilkesinden hareket ederek çocuk ile ebeveynleri arasındaki hak ve yükümlülükler dair temel prensipleri belirleyen hükümler mevcuttur. Ayrıca sözleşmenin temelinde her ne kadar çocuğun yararı ilkesine vurgu yapılmış olsa da sözleşme metninde doğrudan bir tanıma ulaşılamamaktadır nitekim hükmün değerlendirilmesi yapılırken sözleşmenin bütününe göz önüne alarak yorumlanması yerinde olacaktır.¹⁸⁸

-
- a) Kitle iletişim araçlarını çocuk bakımından toplumsal ve kültürel yararı olan ve 29 uncu maddenin ruhuna uygun bilgi ve belgeyi yaymak için teşvik ederler;
 - b) Çeşitli kültürel, ulusal ve uluslararası kaynaklardan gelen bu türde bilgi ve belgelerin üretimi, değişimi ve yayımı amacıyla uluslararası işbirliğini teşvik ederler;
 - c) Çocuk kitaplarının üretimini ve yayılmasını teşvik ederler;
 - d) Kitle iletişim araçlarını azınlık grubu veya bir yerli ahaliye mensup çocukların dil gereksinimlerine özel önem göstermeleri konusunda teşvik ederler;
 - e) 13 ve 18 inci maddelerde yer alan kurallar göz önünde tutularak çocuğun esenliğine zarar verebilecek bilgi ve belgelere karşı korunması için uygun yönlendirici ilkeler geliştirilmesini teşvik ederler.

Madde 29

1.Taraf Devletler çocuk eğitiminin aşağıdaki amaçlara yönelik olmasını kabul ederler;

- a) Çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi;
- b) İnsan haklarına ve temel özgürlüklere, Birleşmiş Milletler Andlaşmasında benimsenen ilkelere saygısının geliştirilmesi;
- c) Çocuğun ana-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı veya geldiği menşe ülkenin ulusal değerlerine ve kendisinininkinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesi;
- d) Çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması;
- e) Doğal çevreye saygısının geliştirilmesi,

2.Bu maddenin veya 28 inci maddenin hiçbir hükmü gerçek ve tüzel kişilerin öğretim kurumları kurmak ve yönetmek özgürlüğüne, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen ilkelere saygı gösterilmesi ve bu kurumlarda yapılan eğitimin Devlet tarafından konulmuş olan asgari kurallara uygun olması koşuluyla, aykırı sayılacak biçimde yorumlanmayacaktır.

Madde 30

Soya, dine ya da dile dayalı azınlıkların ya da yerli halkların var olduğu Devletlerde, böyle bir azınlığa mensup olan ya da yerli halktan olan çocuk, ait olduğu azınlık topluluğunun diğer üyeleri ile birlikte kendi kültüründen yararlanma, kendi dinine inanma ve uygulama ve kendi dilini kullanma hakkından yoksun bırakılamaz.

¹⁸⁸ Grassinger (2009), s. 62.

Sözleşmede çocuğa tanınmış olan haklara dair anne ve babanın çocuğa yol gösterme, yönlendirme gibi konulardaki hak ve yükümlülüklerine sözleşmeye taraf devletlerce saygı gösterileceği sözleşmenin 5.Maddesinde yer almaktadır.¹⁸⁹ Çocuğun ebeveynlerini tanıma, bilme ve onlar tarafından bakılma gözetilmesi hakkına sahip olduğu sözleşmenin 7.maddesinde¹⁹⁰; sözleşmenin 9.maddesinde ise, ebeveynleri tarafından çocuğun ihmal edilmesi, kötü muamelede gibi durumlar olmadığı müddetçe çocuğun anne ve babasından rızası dışında ayrılamayacağı teminat altında bulunmaktadır.¹⁹¹ Ayrıca sözleşmede çocuğun fiziki ve ruhsal açıdan gelişimin sağlanmasında anne ve babanın sorumlulukları bulunduğunu ve bu sorumlulukları için çaba gösterirken çocuğun yüksek yararı ilkesini göz ardı etmeyerek hareket etmeleri gerekmektedir.¹⁹²

2.1.2.1.3 Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi 25 Ocak 1996 tarihinde Strasburg'da imzaya alınmış ve 1 Temmuz 2000 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti tarafından 9 Haziran 1999 tarihinde imzalanmış ve 18 Ocak 2001 tarihinde yürürlüğe girmiş olan çocuk hakları açısından önem arz eden bir sözleşmedir.

¹⁸⁹ Madde 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.

¹⁹⁰ Madde 7

1.Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.

2.Taraf Devletler, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması söz konusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt ederler.

¹⁹¹ Madde 9

1.Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun ana babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmal edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.

¹⁹² Madde 18

1.Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilelere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler.

Sözleşmenin birinci hedefi çocukların haklarını korumak, bu hakları geliştirici nitelikte düzenlemeler yapmak, çocukların bizzat kendilerini ilgilendiren konularda onların duygu ve düşüncelerini önemsemek, iradelerini göz önüne alarak her türlü çıkarlarını korumak ve gözetmektir. Sözleşmenin 1.Maddesinin 4.fıkrasında¹⁹³, belirtildiği üzere Türkiye Cumhuriyeti, adli makamlar huzurunda görülecek olan; boşanma davalarında, ayrılık davalarında, çocukların velayetine dair davalarda, anne baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkiye dair davalar ile babalığın mahkeme hükmü tarafından kurulduğu davalarda sözleşmeyi uygulayacağını beyan metninde belirtmiştir.¹⁹⁴

Çocuk idrak yeteneğine haiz ise kendi şahsını ilgilendiren bütün hukuki süreçlerde bilgilendirme ve fikirlerini beyan etme gibi bazı haklar sözleşmenin 3.maddesinde yer almaktadır. Çocuğun istemiş olduğu bütün bilgilerin verilirken çocuğun taleplerinin de olası sonuçları uygun şekilde anlatılması gerekmektedir.¹⁹⁵ Sözleşmenin 3.ve 6.maddeleri gözetildiğinde velayetin ebeveynlerden her ikisine yahut yalnızca birine verilmesi çocuğu doğrudan etkilediğinden böyle bir karar verilirken çocuğun menfaatini ön plana alarak çocuğun fikrine başvurulması ve bu husus göz önüne alınarak karar verilmesi hususu sözleşme maddeleri incelendiğinde anlaşılmaktadır.

2.1.2.1.4 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No'lu Protokol

Ek 7 No'lu Protokol ortak velayet açısından uluslararası düzenlemeler içerisinde çok önemli bir yere sahiptir. Bizim hukukumuzda ise bu protokolün 25 Mart 2016 tarih

¹⁹³ Madde 1 - Sözleşmenin uygulanma alanı ve amacı

2.Bu Sözleşmenin amacı, çocukların yüksek çıkarları için, haklarını geliştirmek, onlara usule ilişkin haklar tanımak ve bu hakların, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli merci önündeki, kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmaktır.

4.Her Devlet, imza sırasında veya onay, kabul, uygun bulma ve katılma belgesinin tevdi sırasında, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine muhatap bir beyanla, bir adli merci önünde bu Sözleşmenin uygulanacağı en az üç çeşit aile uyuşmazlığını belirlemelidir.

¹⁹⁴ Dönmez ve Barın (2018), s. 16.

¹⁹⁵ Madde 6- Karar süreci

Bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci, bir karar almadan önce :

- a) Çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlamalıdır.
- b) Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda,
 - Çocuğun bütün gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalıdır.Çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır.
 - Çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.
- c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir

ve 29664 sayılı Resmi Gazete 'de yayınlanan 6684 sayılı kanun ile yürürlüğe girmesinden sonra ortak velayetin mümkün olup olamayacağına ilişkin sorular yeniden gün yüzüne çıkmış ve bu protokole atıf yapılarak görüşler ortaya atılmıştır: bu yasanın yürürlüğe girmesi ile Ömer Uğur Gençcan, Türk hukuk sistemi içerisinde ortak velayete dair izin vermeyen mevcut düzenlemenin örtülü olarak kaldırıldığını düşünmektedir.¹⁹⁶

Özellikle protokolün “Eşler Arasında Eşitlik” başlıklı 5.Maddesinde;

“Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir.”

şeklinde ifade edilerek eşlerin sadece evli olduğu müddette değil de evlilik birliğin sona erdiğinde dahi eşit hak ve sorumluluklar taşıdıkları net olarak ifade edilmektedir.

Bu söz konusu olan eşitlik prensibi özellikle özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanı yaratacağı maddenin lafzından da anlaşılmalıdır. Nitekim eşitlik prensibi velayet ilişkisinde de uygulama alanı bulacaktır. İlgili hükmün devamında ise

“taraf devletlerin çocukların menfaatine yönelik önlemler almasına engel teşkil edecek bir husus bulunmadığını ifade etmektedir”

denilerek çocukların üstün yararı gerektiriyor ise devlete aslında sınırlı olmak kaydı ile bir takdir hakkı sağlamıştır ve gerekli önlemlerin devlet tarafından alınabileceğine dair istisnaya ver verdiği görülmektedir.

Bahsedilen protokolün ulusal hukukumuz açısından ortak velayete karar verilmesinin olağan hale gelip getirmiştir. Sözleşme iç hukukumuzda usulüne uygun olarak kanun metni ile girdiğinden bahisle yargı makamlarının birlikte velayete karar vermesinin yolunu açmıştır.

¹⁹⁶ Gençcan (2018), s. 26.

2.2 Uluslararası Sözleşmelerin Normlar Hiyerarşisindeki ve Aile Hukukundaki Yeri ile AIHS EK 7 NO'LU Protokolün 5.Maddesinin İncelenmesi

Milletlerarası sözleşmelerin iç hukukta nasıl uygulanabileceğine dair hüküm Anayasa'nın 90/1 maddesinde;

“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır”

şeklinde ifade edilmiştir. Maddenin devamında bu kuralın birtakım istisnaları olduğundan bahsedilmiştir.¹⁹⁷ Hükümün son fıkrasında ise istisnanın istisnası hükmüne yer verildiği görülmektedir.¹⁹⁸

Maddenin 90/5.Maddesinin düzenlemesi ise bize uluslararası sözleşmelerin hiyerarşik yerini göstermektedir. *“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.”* Ayrıca Anayasanın 90.Maddesine 2004 yılında eklenmiş olan cümlesi¹⁹⁹ ile de *“temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler”* ve bunların haricinde kalan sözleşmeler için de ikili bir ayırım olduğu gözükmektedir.

¹⁹⁷ Madde 90/2- Ekonomik, ticari 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.

175.Madde 90/3-Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

¹⁹⁸ Madde 90/4-Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

¹⁹⁹ “Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın halinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.” denmiştir. (5170 Sayılı Kanununun 430 S. Sayılı Genel Gerekeçesi ve Anayasa Komisyonu Raporu) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> (Erişim Tarihi: 26.03.2020)

Nitekim yapılan bu ekleme ile temek hak ve hürriyetlere dair sözleşmelerin haricinde kalan sözleşmeler için bir değişiklik olmamasına rağmen, temek hak ve hürriyetlere dair sözleşmeler açısından bunların normlar hiyerarşisindeki yeri daha da tartışılır hale getirmektedir. Fıkranın birinci cümlesinde uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğundan ve bunların ulusal hukuktaki yeri net olarak ifade edilmek ile beraber devamındaki cümlelerde milletlerarası sözleşmelere dair anayasaya aykırılık iddiasında bulunamayacağı hükme bağlanmıştır. Yasa metni içerisinde yer alan ve sanki birbiri ile çelişiyormuş gibi görünen bu iki düzenlemenin olması uluslararası metinlerin Türk hukuk sisteminde hiyerarşi içerisindeki yerinin tespiti hususunda bir takım farklı görüşlere yer verildiği görülmektedir.

Bu görüşlerden birincisi, uluslararası sözleşmeler ile kanunlar eşit statüde görmektedir. Bunu dile getiren yazarlar; uluslararası sözleşmelerin Anayasanın 90.Maddesinde açık bir şekilde kanun hükmünde olduğunun kabul edildiğini ifade ederek uluslararası sözleşmelere dair Anayasa Mahkemesinin denetimin olmaması onları tek başına kanunlardan daha üst bir derecede görmemektedirler.²⁰⁰ Zira kanunlar ile uluslararası sözleşmeler eşit değere sahip olduklarından bahisle olası bir çelişki durumunda bu uyumsuzluğun çözüme kavuşması açısından kanunlar için var olan genel düzenleme- özel düzenleme yahut önceki düzenleme sonraki düzenleme kriterlerine bakılması gerekmektedir.²⁰¹

İkinci görüş ise; uluslararası sözleşmelere dair Anayasa Mahkemesine karşı aykırılık iddiası ile gidilmeyeceğinden dolayı uluslararası sözleşmeleri kanunlar ile kıyasladığımızda, kanunlardan daha üst bir yerde olduğuna ilişkindir.²⁰² Ayrıca değinmek gerekir ki: Uluslararası sözleşmeleri uygun kulan kanunların anayasal denetime tabi olacağı açıktır. Burada Anayasa Mahkemesinin denetimi sadece sözleşmeyi uygun bulan kanun ile sınırlı şekildedir, sözleşmenin ihtivası için bir denetimi elbette ki söz konusu değildir. Anlaşıldığı üzere ancak şekli bir denetim mümkün olup uluslararası sözleşmeyi esas bakımından denetleyememektedir.²⁰³

²⁰⁰ Özbudun, E. (2018) *Türk Anayasa Hukuku*, 18. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 383.

²⁰¹ Özbudun (2018), s. 384.

²⁰² Gözübüyük, Ş. (2013) *Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 311.

²⁰³ Anayasa Mahkemesi, 31.05.2012, 47/87, T.C. Resmi Gazete, Sayı: 28829, 22 Kasım 2013 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/11/20131122-6.htm>, (Erişim Tarihi: 26.03.2020)

Anayasa'ya 2004 yılında yapılan ek cümle ile her ne kadar bazı yazarlar tarafından bahsi geçen temel hak ve hürriyetlerle alakası sözleşmelere kanun üstü bir nitelikte olduğunu savunmaktadırlar bunun en temel nedeni de özelliği olan bir sözleşme olduğundan bahisle temel hak ve hürriyetler ile alakalı olduğu için anayasanın temelini oluşturduğunu ve anayasa ile aynı nitelikte olduğunu savunmaktadırlar²⁰⁴. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yasalar ile karşı karşıya kaldığından onlardan üstün olduğunu bunun nedenini ise sözleşmenin muhtevassından doğduğunu söylemektedirler.²⁰⁵

Fakat bu görüşe katılmanın uygun olmadığını dile getiren yazardan bir kısmı ise, Türk hukuk sistemi içerisinde uluslararası sözleşmelerin niteliği Anayasada açıkça ifade edilmiş olup; temel hak ve özgürlüklere dair sözleşmelerin yasalar ile çatıştığı durumlarda bu sözleşmelerin kanun hükmünde olduğunu dile getirmiştir. Zira yasa koyucu bu sözleşmelere kanunun üstünde bir değer vermek istese idi bu düzenlemeyi yapmaktan kaçmayacaktı.²⁰⁶

Nitekim Anayasanın son fıkrasına yapılan bu ekleme neticesinde söz konusu sözleşmelere bir üstün nitelikten oluşturmaktan öte normlar hiyerarşisinde aynı basamakta bulunmaktadır. Ayrıca burada temel hak ve hürriyetler ile ilgili milletlerarası sözleşmelere kanunlar yanında bir üstünlük verilmediği gibi normlar hiyerarşisindeki yeri de elbette ki değişmemektedir. Bahsi geçen hüküm ile aslında sadece kanunlar ile çatışması halinde özel bir çözüm prensibi getirdiği göz önünde bulundurulmalıdır.²⁰⁷

Anayasa m.90/5'de de ifade edildiği üzere uyuşmazlık söz konusu olduğunda bir çözüm yolu öngörmektedir ancak bunun için de hangi milletlerarası sözleşmelerin bahsi geçen fıkra da anıldığı gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunun tespit edilmesinin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Zira bu tespit yapılırken uluslararası sözleşmelerde yer alan düzenlemelerin Anayasanın ikinci kısmında bulunup bulunmadığına bakılması gerekir fakat temel

²⁰⁴ Atar, Y. (2017) *Türk Anayasa Hukuku*, 11. Basım, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 394-395.

²⁰⁵ Yüzbaşıoğlu, N. (1993) *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 58.

²⁰⁶ Dönmez ve Barın (2018), s. 196.

²⁰⁷ Atar (2017), s. 391.

hak ve hürriyetlere ilişkin olan ikinci kısım oldukça geniştir bu durum da hali ile ikinci kısım ile bağdaşmayan milletlerarası sözleşmelerin sayısını oldukça düşürmektedir.²⁰⁸ Ayrıca milletlerarası sözleşmenin hangi amaç doğrultusunda düzenlenmiş olduğu sözleşmenin içeriği gibi hususlar da bize milletlerarası sözleşmelerin temel hak ve hürriyetlere ilişkin olup olmadığı noktasında fikir verecektir çünkü bir uluslararası sözleşmenin temel hak ve hürriyetler ile bağının olup olmadığının tespiti için illaki doğrudan temel hak ve hürriyetleri düzenlemesi gerekmemektedir.

Aile hukukuna dair yapılan uluslararası sözleşmelerin devletlerin ulusal sistemlerinde yer edinebilmesi açısından bu tarz sözleşmelerin insan hakları ve eşitlik prensibine dayandırması ulusal hukuklar içerisinde karşılık bulmaları açısından önem arz etmektedir.

AİHS'nin Ek 7 No'lu protokolünün Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanarak yürürlüğe girmesi sonucunda dolayısı ile protokolün içermiş olduğu AİHS'ye ek hak ve yükümlülükler de AİHS'nin uluslararası konjonktürde teminat altına alınmıştır ve protokolün ihlali mevzu bahis olduğundan ise AİHS'nin koruma sistemi ortaya çıkacağı açıktır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı da bu protokolde yer alan mevcut düzenlemeler ile genişlemiştir ve ulusal hukuk sisteminde yer alan iç hukuk yolları tüketildikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru yolu ile koruma mekanizmasını devreye girmesi sağlanabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından sözleşmenin 8.Maddesi ve Ek 7 No'lu Protokol ile velayet hakkına dair incelemelerini özel ve aile hayatına saygı hakkı ile eşler arasındaki eşitlik ilkesi içerisinde değerlendirmeler de bulunarak yapmaktadır.

AİHM Ek 7 No'lu Protokolün 5.Maddesi ile dair fikri, anne babanın çocuklar ile ilişkilerinde eşitlik prensibinin önemli olduğunu ve bunun sağlanması için devletlere bazı yükümlülükler yüklemiştir eşitlik prensibinin sağlanması açısından iç hukuk sistemlerine gerekli yasal düzenlemelerde bulunulması gerektiğini ifade etmiştir.

²⁰⁸ Atar (2017), s. 390.

AİHM ortak velayet konusunda her somut olay için değerlendirilme yaparken çocuğun üstün menfaati içerisinde ele almaktadır. Bu saptanırken protokolün 5.maddesinde belirtildiği gibi taraf devletlere takdir hakkı bırakmıştır dolayısıyla devletlerin iç hukuk sistemlerinde çocuğun üstün menfaatinin gereksinimi konusunda taraflar ile yakın iletişimde olan yargısal organlarca tespit edilecektir. Ayrıca taraf devletlere sağlanan bu takdir hakkı oldukça geniş yorumlanmaktadır. Yine Türkiye'nin taraf olduğu bir diğer sözleşme olan BMÇHDS'nin 3.maddesi gereğince velayet kararı verileceği sırada göz önünde bulundurulması gereken çocuğun üstün yararı ilkesidir.

AİHM de görülen Cernecki vs. Avusturya davasında: taraflar anlaşıp talepte bulunduğu dahi, çocukların velayetinin ebeveynlerden birine tek başına bırakılmasını uygun gören (şu an farklı olan hükmü mevcuttur) Avusturya Medeni Kanunu madde 177'nin Ek 7 No'lu Protokolün 5.Maddesini ihlal etmediğini ve kanun koyucunun boşanma sonrasında ortak velayete karar verilmemesini devlete tanınmış olan takdir alanı içerisinde görerek Avusturya Medeni Kanunu m.177'nin protokolün 5.maddesinin ihlali gerekçesi ile açılan davayı reddetmiştir.²⁰⁹

AİHM ortak velayet konusunda ise zorunlu olarak görmemek ile protokolün 5.maddesi doğrultusunda velayet kendisine bırakılmayan anne veya baba için çocukla sağlıklı ilişkiler kurabilmeyi bir ölçüt olarak almaktadır.

Protokol'ün 5.Maddesinde açıkça evliliğin devamı müddetince veya sona ermesi durumunda eşitliği savunmaktadır. Hükümce yasaklanan husus, çocuklar ile kurulacak ilişkilerde eşler arasında cinsiyeti esas olan bir ayrımcılık yapılmaması gerektiğidir. TMK m 336 hükmü ile Ek 7 No'lu protokolün yasaklamış olduğu husus kıyaslandığında iç hukukumuzda yer alan bu düzenlemenin eşler arasında cinsiyet temelli bir ayırım yapmadığı ve eşler arasında bir eşitsizliği göstermediği açıktır dolayısı ile bu hüküm protokolün 5.maddesine aykırı bulunmamaktadır. Nitekim AİHS'ne taraf devlerin ulusal kanunları protokolün 5.Maddesi ile uyum içerisinde olması gerekmektedir.²¹⁰

²⁰⁹ Apaydın (2011), s. 467. Karar için bkz: <http://echr.ketse.com/doc/31061.96-en-20000711/> (Erişim Tarihi 27.03.2020)

²¹⁰ Apaydın (2011), s. 467.

2.3 Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Birlikte Velayet

Evlilik birliğinin boşanma neticelenmesi ile velayetin birlikte kullanılmasını Avrupa ülkelerinin büyük bir kısmında kabul görmektedir. Nitekim bu düşüncenin kabul görmesinin en büyük nedenleri; uluslararası düzenlemelerin çocuğun menfaati ilkesine yapmış olduğu vurgunun yansıması ile tarafların boşanma sonucunda anne baba kimliğini taşımaya devam etmesi ve bundan dolayı velayet dair hak ve yükümlülükleri ortak kullanmaları çocuğun menfaatine daha yararlı olacağı düşüncesidir. Ortak velayetin kabul edildiği ülkelerde iki farklı sistem bulunmaktadır. Bazı ülkelerde, boşanma sonrasında ortak velayet yasal nedenler ile devam ederken, bazı ülkelerde velayetin ortak kullanılabilmesinin koşulu tarafların mahkemeden buna dair talepte bulunmasıdır.

Birlikte velayet kurumunun benimsendiği ülkelerde; tarafların evlilikleri boşanma ile sonuçlandığında taraflar evlilik birliği içerisinde olduğu gibi boşanmadan sonra da velayeti müşterek kullanmak istediklerine ilişkin talepli dilekçeyi mahkemeye sunmaları zorunlulukları bulunmamaktadır. Nitekim yasa hükmü gereği eşler boşansa dahi çocuk üzerinde sahip oldukları velayet hakkı devam etmektedir. Eğer eşler velayeti ortak kullanma taraftarı değil ise veya hâkim çocuğun menfaatini ilkesi doğrultusunda ortak velayeti uygun bulmaz ise velayetin tek tarafa verilmesi gündeme gelmektedir.²¹¹

2.3.1 Ülkelerin Birlikte Velayete Dair Sistemleri

2.3.1.1 Alman Hukuku Bakımından

Alman hukukunda boşanma neticesinde velayet tek bir tarafa bırakılmakta idi.1980'li yıllarda Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunup ortak velayete imkân tanımayan yasa hükmünün anayasaya aykırılık teşkil ettiğinden bahisle başvuruda bulunmuşlardır. Federal mahkeme 03.11.1982 tarihinde vermiş olduğu karar ile evlilik boşanma ile sona erdiğinde ortak velayeti içermeyen yasa hükmünü Federal Alman Anayasa'nın aileyi ve ebeveynlerin özgürlüğünü koruyan 6.Maddesi doğrultusunda iptal etmiştir. Bu karardan sonra mahkemeler eşlerin talepleri, birlikte çalışabilme yeteneklerine haiz olmaları ve çocuğun menfaatine

²¹¹ İnce (2018), s. 201.

uygun ise ortak velayete karar vermektedir.²¹² Fakat boşanma sonucunda ortak velayete karar verilebilmesi için buna dair koşulların net olmamasından kaynaklı mahkemeler buna dair çekinken tavır ortaya koymuşlardır. Bu sebeple bir düzenleme yapılması gerekliliği ortaya çıkarmış ve ortak velayet hususu Alman Medeni Kanunu'nun 1671.Maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu madde çerçevesinde: ayrılık ve boşanma sonucunda velayet anne baba tarafından birlikte kullanılmaya devam etmekte olup bu husus ancak taraflardan gelen talep ile sona ermektedir. Anne babadan biri tarafından verilmiş olan bu dilekçe yalnızca çocuğun yararına uyduğu takdirde mahkemece onaylanmaktadır.²¹³ Buna göre; boşanma neticesinde birlikte velayetin ana kural olduğunu, tek başına velayet durumunun ise istisna olduğunu görmekteyiz. Ebeveynler boşanma sonrasında çocuğun velayetini müşterek olarak kullanırlar hatta bunun için mahkeme kararına dahi ihtiyaç bulunmamaktadır. Fakat ebeveynlerden biri velayetin tamamı yahut bir kısmını tek başına kullanabilmesi için mahkeme kararına gereksinim duyulmaktadır.²¹⁴

Alman hukuk sisteminde boşanmak isteyen çiftler Alman Medeni Usul Kanunu'nun 622.Maddesinin 2.Fıkrası doğrultusunda verecek olacakları dilekçede eğer ergin olmayan çocukları var ise bunu da bildirmeleri gerekmektedir. Mahkeme bu durumu Sosyal Hizmetler Kurumu'na bildirimde bulunarak kurumun anne ve babayı velayet hakkı ve çocuğun bakımı gibi konularda bilgilendirilmesi amaçlanmaktadır.

Ortak velayetin kullanılması esnasında çocuk kimin yanında ise çocuğun günlük ihtiyaçları açısından karar alma yetkisi o ebeveyne ait bulunmaktadır. Fakat çocuk hakkında önem teşkil eden kararlar verilecek iken her iki ebeveynin de ortak noktada buluşması gerekecektir.²¹⁵

2.3.1.2 Fransız Hukuku Bakımından

1987 yılında boşanma sonucunda birlikte velayet istisnai bir hal iken; 1993 yılında velayet boşanma sonrasında dahi ebeveynler tarafından birlikte kullanılacağı kabul

²¹² İnce (2018), s. 201-202.

²¹³ İnce (2018), s. 202.

²¹⁴ Uzun, T. B. (2016) *Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Üstün Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli*, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, s. 155.

²¹⁵ İnce (2018), s. 208.

edilmiştir.²¹⁶ 2002 yılında ortak velayete dair yasa hükümlerinde değişiklik yoluna gidilerek Fransız Medeni Kanunu'nun 373-2²¹⁷. Maddesinin 1.Fıkrasında; velayetin, anne baba tarafından kullanılması konusunda boşanmanın bir etkisi olmadığından bahsetmektedir. Zira taraflar çocuk üzerinde eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptirler ve birbirlerinin kararlarına saygı göstermeleri gerekmektedir. Ortak velayetin nasıl kullanılacağı konusunda taraflar anlaşamaz ise mahkemeye başvurmaları gerektiği Fransız Medeni Kanunu'nun 373/2.maddesinde belirtilmektedir. Ayrıca çocuğun yararı gerektiriyor ise kanunda mahkemenin velayeti tek tarafa bırakabileceği de düzenlenmektedir. Velayetin tek tarafa tevdi edildiğinde diğer tarafın çocuk ile kişisel ilişki kurma yahut önem arz eden konularda bilgi alma gibi hakları da vardır.²¹⁸

2.3.1.3 İtalyan Hukuku Açısından

İtalya'da birlikte velayet kanundan doğmaktadır. 2006 yılında İtalya Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklik yapılmıştır. Bunun neticesinde birlikte velayete dair evlilik birliğinin boşanma ile neticelenmesi ve evlilik dışı olan ilişkileri de kapsayacak şekilde birlikte velayet kurumu düzenlenmiştir. Çocuğun ebeveynleri ile soy bağı kurmuş fakat ebeveynler evli değil olamamak ile beraber birlikte yaşıyorlarsa çocuğa ait velayeti müşterek kullanabilirlerken şartlar mevcut olmadığı durumda ise çocuğun yararını göz önüne alarak velayeti tek ebeveyne tevdi edilebilmektedir.²¹⁹

2.3.1.4 İsviçre Hukuku Açısından

İsviçre'de 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren yasal düzenleme gereği, boşanma sonucunda anne babanın çocuk üzerinde sahip olduğu velayet hakkını etkilemeyecektir şeklinde düzenleme yapılarak boşanma sonrasında birlikte velayet kurumu kanunlaşmıştır. Bu düzenleme ile birlikte velayet boşanma sonrasında dahi birlikte kullanılacağı kuralı mevcut olmuştur.

²¹⁶ İnce (2018), s. 203.

²¹⁷ Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile - Article L431-2, Fransız Medeni Kanunu, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000032171241&cidTexte=LEGITEXT000006070158&dateTexte=20170316> (Erişim Tarihi: 01.04.2020)

²¹⁸ İnce (2018), s. 203.

²¹⁹ Öksüz, D. (2018) *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Velayet Hakkı*, TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, Bilgi Notu, 2018, s. 15.

İMİK m.296 uyarınca anne babanın evli olup olması önem arz etmeksizin, çocuk anne babasının ortak velayetindedir. İMİK m.296/1 de velayetin çocuğun yararına hizmet etmesi gerektiğinden, ikinci fıkra da ise çocuk üzerinde anne babanın sahip olduğu ortak velayet hakkının, çocuğun ergenlik çağına kadar süreceğinden bahsetmektedir.²²⁰

Hâkim boşanma davasında ebeveynlerin haklarını ve yükümlülüklerini İMİK m.133 uyarınca belirlemektedir. Buna göre; mahkeme ebeveynler ile çocuk arasındaki yasal ilişkinin sonuçları hakkındaki düzenlemelere göre ebeveynlerin hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir. Böylece birlikte velayet kurumu için hem evlilik birliğinin boşanma ile neticelenmesi sonrası hem de evlilik dışı ilişkiler için de uygulanma alanı oluşturulmuştur.²²¹ Nitekim mahkeme özellikle; ebeveynlerin velayete dair yükümlülüklerini, ikametgâhı, kişisel ilişki kurulmasını, çocuğun bakımına ilişkin katkıyı düzenlemektedir. Mahkeme çocuğun yararını gerektiren tüm koşulları göz önüne alır ayrıca ebeveynlerin ortak istemleri ve çocuğun düşüncesini de göz önünde bulundurur. Ayrıca mahkeme tarafından çocuğun erginliğe ulaşmasından sonra dahi çocuk için verilmiş olan katkının devamına hükmedebilir.²²²

Anlaşıldığı üzere İsviçre hukukunda velayete dair, birlikte velayetin istisna olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkeme somut olayın özelliklerini değerlendirerek velayete dair karar verecektir.²²³ Zira çocuğun üstün menfaati doğrultusunda hâkim boşanma davasında eşlerden birine tek başına velayeti bırakabilmektedir.

2.3.1.5 İngiltere Hukuku Açısından

İngiliz hukukunda 1987 Aile Hukuku Reform kanunu ile 1989 tarihli çocuk yasasında anne babaya yüklenmiş olan sorumluluk değişikliğe uğramış ve evlilik birliğinin boşanma ile neticelenir ise anne babanın ortak velayet hakkının da boşanma ile kendiliğinden bitmeyeceği görülmektedir. İngiliz hukuku boşanan eşlere, her ikisine de velayet sorumluluklarının devam edeceğini öngörmektedir.²²⁴

²²⁰ Apaydın (2011), s. 636.

²²¹ Uzun (2016), s. 154.

²²² Apaydın (2011), s. 469.

²²³ Uzun, T. B. "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Üstün Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, s. 155.

²²⁴ İnce (2018), s. 206.

Mahkeme çocuğun yüksek menfaati kriterini göz önüne alıp hareket ederek çocuğa ilişkin bazı konulara ilişkin müdahale edebilmektedir. Mahkemenin müdahalesi bazen mahkemenin kendi inisiyatifinde olabileceği gibi bazen de anne babanın talebi doğrultusunda olabilmektedir. Aslında hâkimin müdahalesi her durumda ortaya çıkmamaktadır asıl kural; ebeveynlere velayetin bırakılmasında bir özerklik verilmesi ve mahkemenin müdahalesinin ana kural olmamasıdır. Ortak velayeti kullanan anne baba çocuğun nerede, kimler ile hangi koşullarda yaşayacağına, çocuğun eğitimi, sağlığı, ikametgâhı gibi önemli konularda fikir birliği sağlayıp mahkemenin onayına sunmaları gerekmektedir.²²⁵

2.3.1.6 Avusturalya Hukuku Bakımından

Avusturalya Parlamentosu tarafından 2006 yılında anne babanın çocuk ile iletişimlerinin daha sağlıklı olması amacıyla boşanma sonrasında birlikte velayete imkân sağlayan yasa değişikliğinde bulunmuşlardır. Kabul edilen yasa düzenlemesinin içeriği geniş tutulmuştur. Şayet tüm çocuk yaş gruplarını ve çatışmanın fazla bulunduğu aileleri de içine alacak şekilde kapsama alanı geniştir.²²⁶

Anne ve babanın sorumluluk ve yetkisi eşit şekilde paylaştırılmıştır. Avustralya Aile Hukuku Yasasında buna dair; mahkemeler çocuğun velayetinin anne ve baba tarafından kullanılmasında çocuğun menfaatinden yola çıktıkları için bu kuruma teşvik etmektedirler ancak elbette bunun sınırı mevcuttur çocuğun istismar edilmesi ve aile içi şiddet durumlarında mahkemenin tavrı da değişeceğinden, mahkeme anne babanın çocuğun yaşamına dair önemli ve aslında uzun vadede kararlar alacağından çocuğa dair olan bu kararların onlar tarafında ortak alınmasını öngörmektedir aksi halde para cezası yaptırımını bulunduğu bahsedilmektedir. Yine mahkeme ortak velayet hususunda karar verirken çocuğun anne ve babası ile eşit zaman geçirmesi ya da eşit vakit geçireme dahi kaliteli zaman geçirmesi gerektiğini öngörmektedir. Ayrıca mahkeme tüm bu kararların temelinde çocuğun yararını en üst norm olarak uygulaması gerektiği yasa metninde vurgulanmıştır²²⁷

²²⁵ İnce (2018), s. 206-207.

²²⁶ Kahraman, S. (2018) *Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Müsterek Velayet*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 50.

²²⁷ McIntosh, J. ve Chisholm, R. (2008) *Shared Care and Children's Best Interests In Conflicted Separation*, Australian Family Lawyer, C.20, S. 1 [Çevrimiçi] Erişim Adresi:

2.3.1.7 İspanya Hukuku Açısından

2005 yılında yapılan kanuni düzenleme ile boşanma sonucunda eşler kural olarak velayet hakkını ortak kullanmaktadırlar ve görüldüğü üzere boşanmanın velayet üzerinde etkisini görmemekteyiz. Zira çocuğun üstün menfaati gözetildiğinde hâkim birlikte velayeti kaldırarak bunun yerine çocuğun velayetini taraflardan birine de bırakabilmektedir. Anlaşıldığı üzere hâkimin velayeti eşlerden birine verebileceği gibi birlikte velayet hükmü kurmasına rağmen çocuğun eğitimi bakımı gibi konular bakımından eşlerden birinin karar verebilmesi konusunda karar verebilme yetkisini o eş için elinden alabilmektedir. Ayrıca eğer kardeş var ise mahkemenin karar verme sürecinde bunu gözetip kardeşleri ayırmama yoluna gitmektedir. Mahkeme çocuğun üstün yararını gözetir iken zira çocuk 12 yaşını doldurmuş ise onun fikrini de almaktadır çocuk 12 yaşını doldurmamış ancak karar verebilecek fikirlerini beyan edebilecek durumda bulunuyor ise çocuk mahkeme tarafından dinlenmektedir.²²⁸

2.3.2 Boşanma Durumunda Birlikte Velayeti Benimseyen Ülkelerde Velayetin Kullanılması ve Çocuğun İkametgâhına Dair Modeller

Açıklamış olduğumuz üzere ortak velayet birçok ülke tarafından benimsenmektedir. Zira velayetin müşterek kullanılması elbette ki evlilik birliği devam ederken kullanılan velayetten farklıdır. Çünkü artık eşler aynı çatı altında yaşamamaktadırlar. Bundan dolayı boşanma sonucunda ortak velayetin nasıl kullanılacağını irdeleyen birtakım modeller mevcuttur. Hangi tarafın, hangi işleri birlikte hangi işleri tek yapacağına ilişkin hususlara ilişkin düzenlemeler ülkeler arasında farklılıklar göstermektedir. Bazı ülkelerde ise velayetin konusuna dâhil olan günlük olarak anılan işleri çocuğu yanında bulunduran eş diğer eşe danışmadan yapabilme kabiliyetine haizdir. Fakat önemli işler olarak anılan konularda ise eşler ortak karar vermek durumundadırlar. Bunun örnekleri bazı ülkelerde mevcuttur örneğin, Almanya, Fransa, İsviçre, İtalya, Belçika gibi ülkelerde bulunmaktadır. Bir hususun günlük işlere girip girmediği konusu objektif kriterlere göre değerlendirilecektir. Zira, çocuğun yemek saati günlük okul sorunları, ihtiyaçları, önem arz etmeyen tedavileri günlük ihtiyaç grubunda değerlendirilip diğer ebeveyne sorulmasına

http://flwg.com.au/data/attachment.php?id=3066&keep_session=2131937812&for_session=15502da9 (Erişim Tarihi: 5.05.2020); Kahraman, S. (2018) *Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Müşterek Velayet*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 50-51.

²²⁸ İnce (2018), s. 207.

ihtiyaç duyulmamaktadır. Alman Medeni Kanunu'nun 1687.Maddesinde çocuğun günlük yaşamda yapılması gereken işlerini çocuğun yanında yaşayan eşin diğer eşe sormadan yapmasına imkân tanımaktadır. Bu eşin daimî olarak diğer taraf ile iletişim kurup günlük işlemler hakkında soru sormasına gerek bulunmamaktadır. Ancak haklı bir sebebin varlığı halinde örneğin çocukla daha az ilişki içerisinde olan ebeveyn şehir dışında yaşıyor ise çocuk ile daha sık ilişki kuran ebeveynin çocuğa ait günlük işler için bilgi alabilme imkânı da bulunmaktadır. Çocuk için önemli işlerde ise örneğin, çocuğun gideceği okulun tespitinde, mesleğinin ve dininin seçilmesi veya önem arz eden bir ameliyat veya tedavi süreci geçirmesi gibi konularda ise anne ve babanın bu konuda ortak karar vermesi gerekecektir. Önemli konulara ait karar verilmesi gereken hususlarda eşler anlaşamaz ise evlilik birliği devam ederken nasıl ki eşler anlaşamadıkları hususlarda mahkemeye başvuruyorsalar burada da eşler mahkemeye başvuracaklardır. Önemli işler alanında olup aynı zamanda gecikmesinde sakıncalı olan işlerde bir tarafın tek başına karar alabilmesinin yolu Alman Medeni kanununda açıktır. Burada gecikmesinde sakınca bulunan durumlara örnek olarak ekonomik veya sağlık bakımından hasar, zarar oluşturacak hususlar olarak algılanmalıdır. Ancak ortak olarak alınması gereken bir karar anında diğer tarafa ulaştırılması, karar verme süreci uzun zaman aldığı takdirde çocukla sık ilişki kuran çocuğun yanında olan ebeveyn gecikmesinde sakınca olan bu işi yaptıktan sonra zaman geçirmeden durumu diğer ebeveyne haber vermelidir. Ancak bu önemli iş ve günlük işlerin ayrımı her daim böyle kolay olmamaktadır ne önemli ne günlük işlerdendir demeyeceğimiz gri alan da bulunmaktadır. Örneğin ağır antibiyotik kullanımı günlük olayları aşmaktadır.²²⁹

Çocuğa ait günlük ve önemli işlere dair ayırmadan ziyade çocuğun yerleşim yeri daha çok önem arz etmektedir. Çocuk ile yaşayan ebeveyn çocuğa dair tüm işleri kendisi yapabilecek konumda iken diğer ebeveyn, çocuğa dair önem arz edecek onu etkileyecek hususlardaki konularda kararları ancak mahkeme aracılığı ile denetleme imkânı bulmaktadır. Evlilik birliği boşanma ile sonuçlandığında ortak velayete karar verildiği durumlarda çocuğun yerleşim yerinin neresi olacağı sorunu gündeme gelmektedir. Çocuğun nerede yaşayacağı hususunda tek taraf ile yaşayacağı konut modelinin (residans modeli, Eingliederungsmodell Domizilprinzip) dışında, çocuğun kısmen anne ve babada kaldığı (değişken model, Wechselmodell) yahut anne

²²⁹ İnce (2018), s. 208-209.

babanın belirli aralıklar ile çocuğun yanında kaldığı modeller (Yuva Modeli, Netzmodell) mevcuttur. Tek komut modelinde, çocuk yaşamını anne yahut babasının yanında geçirmektedir çocuğun yanında kalmadığı taraf çocuk ile arasındaki ilişkinin gerçekleşmesi için çocuğu ziyaret etmektedir. Çocuğun yemek yemesi, okula gitmesi doktora götürülmesi gibi günlük işleri çocuğun yanında kaldığı ebeveyn üstlenmektedir zira çocuk ile daha çok ilişkide bulunan taraftır. Önem arz eden işlerde ebeveynler ortak karar almalıdırlar aynı zamanda gecikmesi sakınca oluşturacak bir iş olduğu takdirde gerekli karar bir taraf tarafından alınmalıdır diğer tarafa da haber verilmektedir. Birlikte velayete karar verildiği durumlarda bu modelin tercih edilmesinin nedeni çocuğun yararından hareket ile çocuğun sosyal çevresinden ve daimi ilişki içinde bulunduğu bir tarafın mevcut olmasının faydasından hareket ederler ve mahkemede çocuğun içinde yaşayıp almış olduğu ortamdan ayrılmaması için bu yönde karar vermektedir. Bu modelin olumsuz yönü olarak ifade edilen çocuk ile aynı konutta yaşamayacak olan ebeveynin çocuğa dair alınmış kararlar açısından bunlara katılamayacağı veya katılacak olsa bile bunu dava yolu ile yapabileceğinden çocuğa dair alınmış olan kararların değiştirilmesinde geç kalınabileceği öne sürülmüştür. Bu model de eğer eşler birbirleri ile anlaşamıyor, güvenmiyor ise, çocukla aynı konutta yaşayan tarafın çocuğa dair karar almadan önce diğer tarafa danışması diğer tarafın sorularını yanıtlamadığı gibi durumlar oluşturabileceğinden sağlıklı bir model olarak görülmemektedir. Ayrıca bu modelde çocuk ile aynı konutu paylaşmayan ebeveynin çocuk ile ilgili günlük işler veya çocuğu alaka eden durumlarda fikir beyan edememesi aslında çocuktan daha uzak kalacağını da göstermektedir.²³⁰

Değişken modelde ise çocuk yaşamının belirli bir kısmında bir taraf ile diğer bir kısmında ise de diğer bir taraf ile geçirmektedir. Böylece bu modeli benimsenir ise çocuk sadece bir taraf ile kalmamış olacak salt bir tarafın üzerine maddi ve manevi sorumluluk bırakılmamış olacak ve çocuğun her iki taraf ile vakit geçirilmesi sağlanmış olacaktır. Çocuğun ebeveynleri ile eşit düzeyde ve sağlıklı ilişkiye sahip olabilme imkânı sunmaktadır. Son dönemlerde özellikle Almanya, Avusturya, Kanada, İsveç, Fransa, Belçika, Hollanda ve Amerika gibi ülkelerde bu model uygulanmaktadır. Ayrıca bu model ile belirli dönem aralıkları ile hem annenin hem de babanın çocuğa dair günlük işler ve çocuğun yetişmesi ile ilgileneceklerdir. Bu

²³⁰ İnce (2018), s. 210.

modelin olumsuz yanı olarak, çocuğun belirli aralıklar ile yer değiştirmesi çocuğa, kendine ait bir sosyal çevrenin olmadığını hissetmesine neden olabilir. Ayrıca bu modelde taraflar birbirleri ile çelişecek kararları almamaları gerekmektedir. Zira aldıkları takdirde çocuk için bocalamalara neden olabilmektedirler. Çocuğun günlük işlerine dar anlaşmazlığa düştükleri takdirde aile mahkemesine başvurmaları gerekmektedir. Ancak bu husus da ortak velayetin kullanımına dair kısıtlamaları göz önüne getirmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir; bu model psikologlar tarafından birbiri ile iyi ilişkiler içerisinde olan, aynı sosyal çevre ve benzer sosyal niteliklere sahip ebeveynler için uygun görülmektedir. Yuva modelinde ise çocuk yaşadığı evi değiştirmemekte çocuğun anne ve babası ev değiştirmektedir. Çocuğun sabit sosyal bir çevresi bulunmaktadır. Ancak bu modelde tarafların ekonomik boyutu önem arz etmektedir zira bu modelde çocuğun yaşadığı ev sabit kalmaktadır. Çocuğun anne ve babası belirli aralıklar ile burada çocuk ile yaşamaktadırlar. Belirlenen süre bittiğinde bir taraf gidip diğer taraf gelmektedir. Bu model değişken modelin zararlarını ortadan kaldırdığı için daha çok tercih edilmektedir. Ancak mahkeme tarafından ebeveynler böyle bir modeli benimsemeye de zorlanamamaktadırlar.²³¹

²³¹ İnce (2018), s. 211-212.

BÖLÜM 3: BİRLİKTE VELAYETİN KURULMASI KULLANILMASI VE SONA ERMESİ

3.1 Birlikte Velayetin Avantaj ve Dezavantajları

Ortak velayet hakkında yasal düzenlemenin gerekliliğinden önce ortak velayetin avantaj ve dezavantajlarına değinerek ortak velayetin olumlu olumsuz yanlarını ortaya koyduktan sonra ortak velayetin nasıl düzenlenmesi gerektiği hususunu anlatacağız.

Eğitim kültür seviyesinin yüksek olduğu ebeveynler çocuk üzerinde ortak söz söylemeyi istemektedirler. Çocuğun ruhsal gelişimi ve psikolojisi de göz önüne alındığında ortak velayet uygulaması yerinde olduğu gözlemlenmektedir. Zira çocuğun velayeti tek bir tarafa bırakılmadığından çocukta diğer ebeveyn tarafından terk edilmiş hissiyatı oluşmayacaktır. Ancak elbette bu kurumun dezavantajları da bulunmaktadır. Zira zaten anlaşmadıkları için boşanmış olan eşler çocukları ile ilgili konularda uzlaşarak karar verebilecekleri gerçekçi gözükmemektedir.²³²

Ortak velayetin olumsuz yanlarını ele alacak olursak, evlilik birliği sona erdikten sonra velayeti ortak kullanan anne baba çocuk üzerindeki kararları birlikte alacaklarından bu kararlar alma sırasında bir uyuşmazlık içine düştükleri zaman bu durumun çocuğu olumsuz etkileyebilecektir.²³³ Fakat bu husus çocuğunun yararını düşünen var karşılıklı saygı içerisinde olan kişiler için aşılmayacak bir sorun yaratmamalıdır. Nitekim tek başına velayet durumunda da velayet bırakılan taraf ile diğer taraf arasında velayet sahibi ebeveynin çocuk hakkında vereceği kararlar konusunda aralarında uyuşmazlıklar çıkabilmektedir. Farklı bir görüşe göre, boşanma sonrasında çocuğun velayetinin anne ve baba tarafından birlikte kullanılması ailesinin artık bir arada bulunmayacağını hissetmesi ve çocuğun velayetin kimde olduğunu anlayamayacak olması onun psikolojisini negatif yönde etkileyecektir denilmektedir. Çocuk neden ailesinin eskisi gibi beraber olmadığını sorgulayacaktır.²³⁴ Fakat çocuk annesi babasının boşandığını bilse dahi anne baba

²³² Yenisey, F. (2017) *Mağdur Çocuk Haklarına İlişkin Öneriler*, İstanbul, s. 47; [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.magdur.adalet.gov.tr/images/magdurcocuklarraporu19-5x27-5.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.5.2020)

²³³ Koçhisarlıoğlu (2004), s. 206.

²³⁴ İnce (2018), s. 197.

çocuğa dair velayeti birlikte paylaşır ise çocuk anne ve babasının onun üzerindeki sorumluluğunu hissedeceği için çocuğun ruh halini olumsuz etkilememektedir tam tersine ebeveynlerin boşanmış olsa dahi onun üzerindeki hak ve yükümlülüklerini birlikte paylaşarak yapmaları çocuğun kendisini daha iyi hissetmesini sağladığını düşünmekteyiz.

Ayrıca ebeveynlerin zaten anlayamadıkları için evliliklerini sona erdirdiklerinden zaten hali hazırda birbirleri ile anlaşamayan çiftlerin daha sonra velayetin gereği olan hak ve sorumluluklarını yerine getirebilmeleri açısından uyum içinde hareket etmeleri mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.²³⁵ Fakat bilinçli ve çocuğun mutluluğunu düşünen ebeveynler boşanma durumunda çocuklarının en az etkilenmesi için onların yararına çocuk ile ilgili konularda karar verirken uyum içerisinde olacaklardır.

Boşanan çiftlerin yeni bir hayata başlamaları ve başka birliktelikler veya evlilik gündeme geldiğinde ortak velayet hususunda sorun olabileceği gündeme gelebileceği düşünülmektedir.²³⁶ Zira velayetin tek tarafa verilmesi durumunda da bu ortaya çıkabilecek bir durumdur. Boşanma ile her ne kadar evlik birliği sona ermiş olsa da ebeveynlik sona ermemektedir bundan dolayı çocuğun menfaati için taraflar bir araya elbette geleceklerdir.

Ortak velayetin olumlu yanlarına değinecek olursak; ortak velayet sisteminin kabulü çocuğun ruhsal olarak daha yararınadır ayrıca ortak velayet için olumsuz olarak ifade edilen hususların hepsi velayetin eşlerden birinin tek başına kullanması durumunda da karşılaşılabılır hususlar olduğunu da göz ardı etmemek gerekecektir.

Çocuğun velayeti eşlerden birine bırakıldığı durumlarda velayeti kendisine bırakılan taraf velayet hakkını tek başına kullanarak çocuğu ilgilendiren kararları da tek başına almaktadır velayet hakkının birlikte kullanılması durumunda ebeveynler çocuk üzerinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olarak çocuğu ilgilendiren konularda karar alırken birbirlerine danışıp fikir alışverişi yaptıktan sonra karar vereceklerdir.²³⁷ Velayetin ebeveynler tarafından birlikte kullanılması çocuğun anne babasının

²³⁵ İnce (2018), s. 196.

²³⁶ İnce (2018), s. 197.

²³⁷ Koçhisarlıoğlu (2004), s. 135.

evliliklerinin boşanma ile bitmesi sürecine daha kolay adapte olmasını sağlayacaktır. Nitekim birlikte velayete karar kılındığında çocuğun anne babası boşanmış olsa dahi çocuk her ikisiyle de ilişkisi devam ettiği görülmektedir ve anne babasının ayrılmış olması onların kendisi ile olan ilişkilerini etkilemeyeceğini anlamasını sağlayacaktır. Velayetin tek başına kullanılması durumunda ise çocuk ile kişisel ilişki kurulur iken velayet tevdi edilmeyen taraf ile çocuk arasında elbette daha sınırlı bir ilişki mevcut olacaktır bunun yanında velayetin birlikte kullanılması durumunda anne baba çocuk üzerindeki velayetten kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini ortaklaşa devam ettirmektedirler. Böylece çocuğun zihinsel, fiziksel, ruhsal gelişimi açısından her iki ebeveyn de katkıda bulunabilecek çocuk ise hem anne hem babasının sevgi şefkatinden ve ebeveynlerinin yeteneklerinden yararlanabilecektir.²³⁸

Birlikte velayet kurumuna dair ülkelerinde yasal düzenleme mevcut olan Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Ülkelerinde bu konuya dair yapılan çalışmalar neticesinde çocuğun ebeveynleri ile kurduğu ilişki incelendiğinde müşterek velayet kurumunun tek başına velayete göre çocuk açısından daha olumlu sonuçlar doğurduğu ileri sürülmüştür. Ülkemiz de de benzer çalışmalar yapılmıştır. Zira Kiremitçinin doktora tezinde bir anket çalışmasına yer verilmiştir ve 120 kişinin katılımı ile gerçekleşen bu çalışmada birlikte velayete dair görüş bildiren 48 kişi mevcut iken sadece anneye velayetin tevdi edilmesi cevabını veren 55 kişi var iken 17 kişi de velayetin babaya tevdi edilmesi hususunda fikir beyan etmişlerdir.²³⁹

Ülkemizin de içerisinde bulunduğu Kara Avrupası hukuk sistemlerinin çoğunda birlikte velayet kurumu yasal olarak düzenlenmektedir. Türkiye de ise her ne kadar yargı uygulamasında birlikte velayete dair kararlar mevcut ise de TMK 182 ve 336 maddelerini incelediğimiz ve hâkimin birlikte velayete karar verip veremeyeceği burada bir boşluk bulunup bulunmadığına ilişkin hususları öğreti görüşlerini yukarıda irdelemiştik ancak anlaşıldığı üzere ülkemizde birlikte velayeti düzenleyen yasal bir düzenleme henüz mevcut değildir. Yargı uygulamasındaki TMK m.1 hükmü uygulanarak hukuk yaratma yolu ile gerçek bir kanun boşluğunun doldurulduğu görülmektedir. Tüm bu sebeplerden dolayı boşanma durumunda somut

²³⁸ İnce (2018), s. 199.

²³⁹ Öztürk, M. K. (2017) “Boşanma Sürecinde Ortak (Müşterek) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı”, Çocuk Hakları Çalışmaları-I (Ed: Evgen Gülçin Elçin/Arzu Genç Arıdemir), İstanbul: On iki Levha Yayınları, s. 72-73.

olayın gereksinimlerine uygun çocuğun üstün yararı gözetilerek ve aynı zamanda taraf olduğumuz uluslararası metinler gözetilerek kanun koyucunun ortak velayet kurumunu düzenlemesi gerektiği görüşündeyiz.

3.2 Birlikte Velayete Dair Yasa Düzenlemesinin Nasıl Olması Gerektiği Hakkında

Birlikte Velayete dair yasal mevzuat değişikliği ile ilgili öğretilerde yer alan görüşlerden ve yasa düzenlemesinin nasıl olması gerektiğinde önce mevcut yasal düzenlemeyi ele alacak olursak evlilik birliği içerisinde kural olarak çocuğun velayet hakkının anne ve babaya ait olduğunu söylemiş idik. Boşanma durumunda ise hâkim, çocuğun velayetini ana veya babadan birine bırakmaktadır. TMK 182/I velayetin kime bırakılacağı hakkında hâkime takdir yetkisi sunmaktadır hâkim olanaklar dâhilinde ebeveynleri dinleyecek, çocuk vesayet altında bulunuyor ise vasi ve vesayet makamının düşüncesine başvuracaktır. Fakat hâkimin bunlara başvurmuş olması onu bağlamayacaktır. Bu görüşler yol gösterici mahiyetindedir ayrıca ebeveynlerin aralarında anlaşma yapmaları da hâkimi bağlamamaktadır fakat çocuğun üstün yararı ile hâkim bağlı olduğundan eğer şartlar çocuğun yararını sağlıyor ise ebeveynlerin aralarında yapmış olduğu anlaşmaya göre de karar verebilmektedir. Eğer hem anne hem baba da sonradan bahsedeceğimiz velayetin kaldırılması sebepleri haiz ise ve çocuğun menfaati de gerektiriyor ise hâkim çocuğun vesayet altına alınmasına da karar verebilir. Velayetin ebeveynlere tevdi edilmesi durumunda çocuğun kimin yanında daha iyi yetişeceği hususu önemli olduğundan anne babanın mali durumları ya da kusurlarının çok büyük bir etkisi olmamaktadır. Zira hâkim çocuğun yararına olacak şekilde mali durumu iyi olmayan hatta kusurlu tarafa dahi velayeti tevdi edebilmektedir. Ayrıca çocuğun velayetine dair olan kararlar nihai değildir. Hâkim şartlar değiştiği takdirde örneğin; ebeveynlerden birinin başka bir yere gitmesi, ölmesi gibi durumların zorunlu kıldığı hallerde hâkim re ‘sen yahut tarafların talebi ile gerekli değişikliği de yapabilmektedir. Velayeti kendisine bırakılmış olan ebeveyn öldüğü takdirde velayet kendiliğinden diğer ebeveyne geçmemektedir, hâkimin karar vermesi gerekir. Velayeti kendisine bırakılmış olan ebeveynin yeniden evlenmesi durumunda ise sırf bu sebep ile velayet diğer tarafa geçmemektedir. Bu hususun yanında velayetin değiştirilmesini haklı kılacak olan olguların da varlığı durumunda örneğin; eşin

çocuğa kötü davranıyor olması yahut yeni evlilikten meydana gelen çocuklara diğerk çocuğa nazaran öncelik tanındığı durumlarda velayetin değıştirilmesini haklı gösteren sebepler ortaya çıkmış olacaktır.²⁴⁰ TMK 183'te yer alan haller örnekleme niteliğinde olup bunlar dışında hâkimin şartları yeniden gözden geçirmesi gereken hususlar olduğu takdirde hâkim her halükarda harekete geçer.²⁴¹

Evlilik birliğinin boşanma ile sonuçlanmasında birlikte velayete hâkimin hükmedip hükmedemeyeceğı meselesinin net olarak sonlanması açısından kanun koyucunun TMK'da değışiklik yaparak birlikte velayeti mümkün kılan yasal düzenlemesi yapması gerekmektedir.

Doktrinde yapılması gereken kanuni düzenleme açısından birlikte velayetin ana kural mı yoksa istisna mı olduğu yahut hiç böyle bir ayrıma tabi tutulmadan hâkimin somut olayın koşulları ve takdir yetkisini göz önünde bulundurup çocuğun üstün yararına hangisi uyarsa o şekilde karar verebilmesi gerektiğı hakkında fikirler bulunmaktadır.

İnce, Boşanma durumunda birlikte velayete izin verecek yasal düzenlemenin olması gerektiğini ifade etmektedir. 18.12.2003 tarihli Alman Federal Mahkemesi'nin kararında ifade ettiğı gibi birlikte velayetin ana kural, tek başına velayetin ise istisna olması gerektiğı gibi bir ayırım yapılmasının uygun olmadığı görüşündedir. Zira birlikte velayete karar verilebilmesi için somut olay değılendirilmesi yapıp aynı zamanda eşlerin de buna gönüllü olması gerektiğini ifade etmiştir. Birlikte velayet düzenlemesi durumunda TMK 348.Maddesinde değışiklik yapılarak çocuğun menfaati gerektiğinde velayetin tek tarafa bırakılmasını ebeveynlerden biri talep edebileceğı gibi mahkemenin de çocuğun menfaatini gözeterek velayetin tek tarafa bırakılmasına re'sen karar verebileceğı düzenlenmelidir şeklinde düşünmektedir.²⁴²

Birlikte velayetin bir ana kural olduğunu / olması gerekliliğini savunanlar: ²⁴³ velayetin tek bir kurala bağlanmasını bu konu hakkındaki birçok tartışmayı sona

²⁴⁰ Dural, Öğüz ve Gümüş (2014), s. 140-141.

²⁴¹ Türk Medeni Kanunu m. 183, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-183>, (Erişim Tarihi: 25.3.2020)

²⁴² İnce (2018), s. 222.

²⁴³ Koçhisarlıoğlu (2004), s. 237.

erdireceğini söylemektedirler. Zira velayetin soy bağına bağlı olarak ebeveynlerin her ikisine de ait olduğu şeklinde düzenlemesi yapılmasının uygun olduğunu savunmaktadırlar ancak bunun da sınırını çocuğun yüksek menfaati oluşturduğunu ve çocuğun menfaatine birlikte velayet aykırı düşüyor ise bu koşullarda ancak çocuğun velayeti taraflardan birine verilebilmelidir yahut bir vasi atanabileceğini savunmaktadırlar.²⁴⁴ Bunun yanında, boşanmadan sonra birlikte velayetin olmaması gerektiğini birlikte velayetin istisna olması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır.²⁴⁵

Bu doğrultuda öğretide olan bir görüşe göre olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından boşanma sonucunda birlikte velayet kurumunu ana kural olarak, tek başına velayet ise ebeveynlerin uyuşamadıkları takdirde istisnai bir durum olduğundan bahsederler. Ebeveynler, velayete birlikte sahip olmaları çocuğun menfaatine daha uygun olduğu gibi, velayetin aslında ebeveynler için hak olması ile de uyumludur.²⁴⁶ Başka bir görüşe göre, kural tek başına velayet olmalı fakat durumlar gerektiğinde istisnai olarak çocuğun üstün yararı gerektirdiğinde birlikte velayete hükmetmeme konusunda takdir yetkisi de bulunmalıdır.²⁴⁷

Aybay/Şen benzer şekilde;

“Toplum yapımız göz önüne alındığı takdirde boşanmanın sonuçlanmasının ardından birlikte velayetin esas kural olması olumsuzluklar doğurabileceğinden böyle bir düzenleme olması yerinde görülmemektedir. Bu konuda boşanan anne ve babaya seçimlik bir hak tanınması uygun olur.”²⁴⁸

şeklinde ifade etmişlerdir.

Farklı bir görüşe göre yapılması gereken mevzuat değişikliği ile birlikte velayet ile tek başına velayet arasında bir kural /istisna ayrımı yapılmaması gerektiğidir. Zira tüm aileleri kapsayacak şekilde onların menfaatlerine uygun tek bir düzenleme

²⁴⁴ Serdar (2007), s. 194.

²⁴⁵ Hatemi ve Oğuztürk (2013), s. 110.

²⁴⁶ Koçhisarlıoğlu (2004), s. 86, 149, 237; Serdar (2007), s. 194; Gençcan (2018), s. 27; Apaydın (2011), s. 472; Kurt (2018), s. 169.

²⁴⁷ Köseoğlu ve Kocaağa (2011), s. 170.

²⁴⁸ Aybay, E., Şen, B. (2016) *Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1-2 Ocak -Şubat 2016, s. 600.

yapılamayacağı için, hâkimin çocuğun yüksek yararına hangi velayet modeli en çok uygun ise o velayet modeline hükmedilebilmesi esas olmalıdır.²⁴⁹ Zira Öztan, boşanma sonucunda ortak velayete hâkiminin hükmedip hükmedemeyeceği hususunda birlikte veya tek başına velayetin ana veya istisna kural olup olmadığı konusunda bir ifade tarzı kullanmadığından birlikte velayete hükmedilebilmesi için hâkimin takdirine bırakılması gerektiğini savunduğu görüşüne erişilebilmektedir.²⁵⁰ Birlikte velayetin sağlıklı bir şekilde ilerleyebilmesi için bir takım şartlara haiz olması gerekmektedir. Anne ve baba arasında çocuğun menfaatine aykırı düşecek onun ruhsal ve fiziksel gelişimine engel olacak tarzda bir çatışma ortamının, aile içi şiddetin bulunmaması gerekmektedir. Ebeveynlerin birbirleri ile iyi iletişim içerisinde olmaları gerekmektedir. Bu gibi şartlara sahip ebeveynler çocuk üzerinde birlikte velayet hakkına sahip oldukları takdirde tek başına velayete göre çocuğun menfaatine daha uygundur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki boşanmaların sonucunda birlikte velayete karar verilmesi yalnızca istisnai hallerde tek başına velayete karar verileceği hususu peşinen söylemek yerinde olmayacaktır. Somut olayın özellikleri gözlemlenerek çocuğun üstün yararına hangi velayet modeli uygun görüleceği hususu tespit edilmesi yerinde olacaktır. Yapılacak yeni kanuni düzenlemede velayet modelleri arasında kural/istisna gibi bir ayrıma gidilmeyerek hâkimin takdir yetkisinin sınırlanmamış olmaktadır. Hâkim, velayet hakkının anne babanın tabii ve temel bir hakkı olmasından dolayı tek başına velayete hükmettiği takdirde velayet hakkı kendisine tanınmayan ebeveyn için o hakkı ortadan kaldırmış olacağından tek başına velayete kolay bir şekilde karar vermemelidir titiz, özenli davranması gerekmektedir.²⁵¹

Avrupa ülkelerinin yasal metinlerinde boşanma sonucunda birlikte velayetin kural, tek başına velayetin istisna olarak düzenlenmiştir. Ancak yasal düzenlemeler yapıldıklarında, yapıldığı ülkenin sosyal – kültürel koşullarını da göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Zira ülkelerin gelişmiş seviyeleri farklı olduğundan toplumu oluşturan aile yapıları da elbette ki farklılık göstermektedir. Bu nedenle yapılacak kanuni düzenlemeler yapılırken kültürel, sosyolojik faktörlere de dikkat edilmesi gerekecektir. Birlikte velayet kurumunun sağlıklı olarak işlemesine engel

²⁴⁹ Uzun (2016), s. 156.

²⁵⁰ Öztan (2006), s. 170.

²⁵¹ Koçhisarlıoğlu (2004), s. 183; Kurt (2018), s. 175.

olabilecek birçok faktörler bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak aile içi şiddeti, kültürel faktörlerden dolayı ebeveynlerin boşandıktan sonra dahi aralarında var olan çatışma halini sona erdirememeleri ve minimum düzeyde dahi olsa çocukları için medeni ilişkiler içerisinde bulunamama gibi durumlar ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Türk hukuk sistemi açısından birlikte velayet ve tek başına velayete karar verilirken kural istisna ayırımından ziyade somut olayın özellikleri tespit edilip değerlendirilerek birlikte velayetin sağlıklı şekilde işleminin şartları ve çocuğun yararı da haiz ise bu durumu ebeveynlerden özellikle çocuktan sakınmamak gerekmektedir.²⁵²

Leyla Müjde Kurt, Evlilik birliğinin boşanma ile sonuçlanması durumunda velayeti düzenleyen TMK m.182 ve m.336 yasa hükümlerinde değişikliğe gidilerek “çocuğun yararı” kriterinin eklenmesi yerinde olacaktır. Böylece TMK m.182 f.1 hükmü;

“Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, anayı, babayı ayırt etme gücü bulunduğu takdirde çocuğu ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, çocuğun yararı için önemli olan tüm hal ve şartları dikkate alarak ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler”

biçiminde değiştirilmesi yönünde olması gerektiğini

TMK m.336 f.3 hükmünün ise;

“Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada hâkim, çocuğun yararına göre velayeti ana ve babanın her ikisine veya ana ya da babadan birine verir; ana ve babadan hiçbiri velayet görevini yerine getirebilecek durumda değilse, çocuğa vasi atar.”

biçiminde değiştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.²⁵³

Apaydın, Birlikte velayet kurumunun kanun koyucu tarafından düzenlenirken bunun bir istisna değil de kural olarak ele alması gerektiğini böylece birlikte velayete

²⁵² Kurt (2018), s. 175.

²⁵³ Kurt (2018), s. 176.

hükmetmeyecek hâkimin gerekçe ortaya koymak durumunda olacağına daha isabetli olacağını düşünmektedir. Ayrıca hâkimin ortaya koyacağı bu gerekçenin çocuğun üstün yararı ilkesine uygun olması gerekmektedir. Zira çocuğun üstün yararına aykırı durumlar mevcut ise bu durumlar tarafların anlaşmış olmaları durumunda dahi hâkim birlikte velayete karar vermemelidir. Ayrıca eğer ki eşlerden her ikisi için de böyle bir sebebin varlığına ulaşan yargıç yine birlikte velayete karar vermeden kaçınarak çocuğa bir vasi tayin etmesi gerektiğini ifade etmektedir.²⁵⁴

Bu konuda ÖZTAN, bu konuya dair en yerinde çözümün kanun koyucunun bu düzenlemeyi değiştirerek ulaşabileceğini ifade etmiştir.²⁵⁵

Akyüz,

“çocuğun üstün yararının sınırları içerisinde boşanmış olan ebeveynler çocuğun velayetini birlikte kullanmalarına imkân sağlayan TMK 182. ve 336.Maddelerinde açık bir yasa düzenlemesi yapılması gerektiğini”

ifade etmektedir.²⁵⁶

Baygın ise,

“birlikte velayet kurumu İsviçre’de olduğu gibi benzer şekilde evlilik birliğinin boşanma ile neticelenmesinden sonra birlikte velayete belirli koşullar altında hükmedileceğine dair açık bir yasal düzenleme yapılması gerektiğini”

ifade etmektedir.²⁵⁷

Benzer şekilde Şeker,

“... birlikte velayet kurumu TMK 336 /son fıkrasına eklenecek düzenleme ile bundan faydalanacak ebeveynler için çocuk üzerindeki velayeti birlikte kullanmalarına yasal düzenek oluşturacaktır”

şeklinde düşünmektedir.²⁵⁸

²⁵⁴ Apaydın (2011), s. 472-473.

²⁵⁵ Öztan (2006), s. 260.

²⁵⁶ Akyüz (2012), s. 236.

²⁵⁷ Baygın (2010), s. 268.

Özdemir de benzer şekilde,

“kanun metninde ebeveynlerin taleplerine uygun şekilde ve hâkimin de bu talebi uygun görmesi sonucunda kanun metninde birlikte velayet kurumunun düzenlenmemiş olmasını bir eksiklik”

olarak ifade etmektedir.²⁵⁹

Bingöl,

“evlilik devam ettiği sürece ebeveynler velayeti müşterek kullanır düzenlemesi evlilik birliği devam etmese dahi anne baba velayeti müşterek kullanır şeklinde belirtilmesinin mevcut düzenlemeler açısından bir sorun teşkil etmeyeceğini”

ileri sürmüştür. TMK’da anne babanın evli olması durumu dışında ortak velayet düzenlenmemiş olsa dahi çocuğun üstün yararı olduğu takdirde hâkim buna hükmetmelidir. Zira burada İMK m.133 f.3’te olan sıkı şartlarda aranmamaktadır. Yani hâkim tarafların bu yönde belirtmiş oldukları istemlerini dinledikten sonra somut olayı değerlendirip göz önüne alarak çocuğun yüksek yararı doğrultusunda resen bu yönde karar dahi verebilmektedir. Ancak hâkim burada somut olay değerlendirir iken boşanma sebebini de göz önünde bulundurabilir zira taraflar arasında özel bir boşanma sebebi olan TMK m.162 “Hayata kast, pek kötü, onur kırıcı davranış” varsa bu durumda elbette hâkim birlikte velayete karar vermeyecektir. Bunun yanında eğer genel boşanma sebepleri var ise örneğin evlilik birliğinin temelinden sarsılması bu durumda velayet davalarında resen araştırma ilkesi uygulandığı için hâkim ortak velayete karar verebilmektedir. Bunun yanında anlaşmalı boşanma durumunda ise hâkim taraflardan böyle bir talep ve çocuğun menfaatini de zedelemiyor ise birlikte velayete karar verebilmektedir.²⁶⁰

²⁵⁸ Şeker, H. (2003) “Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Geçici Önlem Olarak; Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisiyle Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri”, Adalet Dergisi, No: 17, s. 120 dipnot 10; Apaydın (2011)

²⁵⁹ Özdemir, S. O. (2016) *Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı*, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 35, Issue: 1, S. 29-46, s. 39.

²⁶⁰ Bingöl (2014), s. 303-305.

Arkan Serim de benzer ifade ile yapılacak olan yasal mevzuat düzenlemesi ile evlilik birliğinin boşanma ile sonuçlanmasından sonra birlikte velayete açık şekilde imkân tanıyan yasa düzenlemesinin uygun olacağı görüşündedir.²⁶¹ Bu konuya dair görüşüm sonuç kısmında belirtilmiştir.

3.3 Boşanma Durumunda Hâkimin Velayet Modelini Nasıl Belirleyeceği Hususu

Boşanma sonucunda uygulanacak velayet modeli tespit edilirken ebeveynlerin ve çocuğun menfaatlerinin karşı karşıya gelmesi olası bir durumdur. Bu durumda hâkimin bu menfaat çatışmaları arasında çocuğun menfaatini gözeterek onun menfaatini üstün tutmalıdır. Çünkü hâkim aslında burada sadece çocuğun menfaatini değil toplumun menfaatini de korumaktadır. Hâkim çocuğun yararını gözetirken onun yaşamış olduğu çevre, alışmış olduğu ortam, ebeveynlerin çocuğa bakma olanakları, ebeveynlerin eğiticilik ve çocuğu geliştirmeye yardımcı olacak yetenekleri, çocuğun anne ve babası ile olan ilişkileri, eğer kardeşler var ise kardeşlerin bir arada kalması ve elbette çocuğun isteği gibi benzer hususları göz önünde bulundurması gerekir.²⁶²

Çocuğun üstün yararı ilkesi yargı kararlarında velayet konusu düzenlenirken en temel ilke olduğu birçok yargı kararında ifade edilmektedir.²⁶³

Yargı kararlarında çocuğun üstün yararı (menfaati) kavramı; çocuğun yararı ele alınırken somut olayın içerisinde çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal, ahlaki ve toplumsal gelişimi ve çocuğun kişiliğinin bütünler nitelikte olan onu sosyal kişiliğinin en iyi seviyesine getirecek gelişimini tamamlayacak olan tüm hususların bir bütün içerisinde bulunması gerekmektedir.²⁶⁴ Hâkim velayet modelinin belirler iken hangi model çocuğun menfaatini en üst düzeyde sağlayabilecek ise ona göre karar vermelidir.

²⁶¹ Arkan, A. S. (2018) “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 14 Sayı: 167, s. 6085; Apaydın (2011), s. 273.

²⁶² Uzun (2016), s. 163.

²⁶³ Yarg. 2. HD. 16.6.2016, 12054/11763, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-201612054.htm&kw=E.+`2016/12054`+K.+`2016/%2011763`#fm> (Erişim Tarihi: 08.05.2020)

²⁶⁴ Yarg. 2. HD. 16.12.2019, 4980/12318, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2019-4980.htm&kw=%C3%A7ocu%C4%9Fun+%20C3%BCst%C3%BCn+yarar%C4%B1#fm> (Erişim Tarihi: 05.05.2020)

Hâkimin boşanma sonrasında tek başına velayete mi, birlikte velayete mi karar vereceği meselesini değerlendirir iken yararlandığı ölçütler bulunmaktadır. Hâkim çocuğun üstün yararından hareket ederek ebeveynlerin ve çocuk ayırt etme gücüne haiz ise velayet konusundaki düşüncelerini dinlemeli, somut olayın şartlarını tespit edip değerlendirmede bulunarak velayetin modelini belirlemelidir bu belirleme sırasında ebeveynlerin özellikleri niteliklerini aralarındaki iletişim gibi hususları da göz önünde bulundurması gerektiğinden yukarıda bahsetmiştik.²⁶⁵

Medeni Kanun'un madde 182 ve 336 /3 düzenlemelerinden de anlaşıldığı üzere boşanma sonrasında velayetin hâkimin takdir yetkisi ile belirleneceğidir ve bu yetkinin sınırını da çocuğun üstün yararı oluşturmaktadır. Zira 336 /3 madde hükmü getiriliş amacı dikkate alınırsa bunun hâkimin takdir yetkisinin kısıtlayıcı bir hususu barınmadığına ulaşılabilmekteyiz. Ebeveynler birlikte velayeti talep ettikleri takdirde ve çocuğun üstün yararına da açıkça ters düşmediği takdirde hâkimin bu talebi uygun görmesi gerekmektedir. Nitekim MK 166 maddesini göz önünde bulundurulduğunda tarafların boşanma sonrasında çocuğun velayeti hususunda anlaşmaları gerektiğini ifade etmektedir. Her ne kadar hâkim ebeveynlerin yapmış oldukları bu anlaşma ile bağlı değilse de tarafların bir husus üzerinde ortak bir anlaşmaya vardıkları ve bu vesile ile uygulamada aralarında daha az sorun çıkaracağından bahisle hâkiminin tarafların anlaşmasına öncelik vermesi uygun olmaktadır. Zira taraflar bu konuda anlaşmış ve çocuğun üstün yararına da aykırı bir durum teşkil etmiyor ise hâkimin ebeveynlerin yapmış oldukları anlaşmayı uygun bulması yerinde olacaktır. Yine Medeni Kanun m.182 tarafından hâkime sağlanmış olan takdir hakkı çerçevesinde hâkim, taraflar bakımından birlikte velayete dair bir talep olmasa dahi çocuğun üstün yararına uygun düşüyor ise boşanmadan sonra ebeveynlere çocuğun velayetini birlikte kullanmalarına karar verebilir.²⁶⁶

Benzer şekilde Koçhisarlıoğlu,

“hâkimin boşanmadan sonra anne babanın bu yönde bir talebi olmadığı durumlarda dahi çocuğun üstün yararı ile birlikte re'sen birlikte velayete hükmedebileceği”

görüşündedir.²⁶⁷

²⁶⁵ Kurt (2018), s. 177.

²⁶⁶ Serdar (2007), s. 184-185.

²⁶⁷ Koçhisarlıoğlu (2004), s. 239.

Yine aynı şekilde İnce,

*“velayette esas öncelik çocuğun üstün yararı olduğundan, çocukları için medeni ilişki kurabilecek ve bunun düzeyinin sabit kalabilmesini sağlayabilecek olan ebeveynler için talep etmemiş olsalar dahi hâkim re’sen birlikte velayete karar verebileceğini düşünmektedir. Ayrıca bir tarafın tek başına velayeti sürdürmek istemesi de ortak velayete karar verilmesine engel teşkil etmemektedir.”*²⁶⁸

şeklinde ifade etmektedir.

Çocuğun üstün yararını gözeterek birlikte velayete hükmedildiğinde ebeveynlerin ve çocuğun fikirleri de dikkate alınarak çocuğun hangi ebeveyn ile yaşayacağı sorusu gündeme geldiğinde kararını buna uygun şekilde vermelidir.²⁶⁹ Çocuğun yerleşim yeri hususunda farklı hukuk sistemlerinde bulunan modellere önceden değinmiş idik.²⁷⁰

Yargıtay 2.Hukuk Dairesi Başkanı Gençcan,

“çocuğun yüksek menfaatine açık şekilde aykırı olmadıkça velayet anne ve baba tarafından ortak olarak kullanılabilirliğini”

ifade etmiştir. Zira 14 Mart 1985 tarihinde imzalanmış olan 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol’ün onaylanması 25 Mart 2016 Tarihli ve 29664 Sayılı Resmî Gazete ‘de yayınlanan 6684 sayılı kanunla uygun bulunması ile TMK m.336/3 hükmünü örtülü olarak ortadan kaldırdığı anlaşılmaktadır.²⁷¹

Ek 7 No’lu Protokol’ün 5.Maddesine göre,

“Eşler evliliğin sona ermesi durumunda, çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar.”

²⁶⁸ İnce (2018), s. 210 vd.; Kurt (2018), s. 177.

²⁶⁹ İnce (2018), s. 210.

²⁷⁰ Konunun detayı II. BÖLÜM’de yer almaktadır.

²⁷¹ Gençcan (2018), s. 26.

şeklinde hükümlerin olması mahkemelerin birlikte velayet verebilmesinin bir nevi gerekçesi niteliğindedir.²⁷²

Nitekim Anayasamızın 90/5 maddesi incelendiğinde de anladığımız üzere usulünce yürürlüğe giren milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde yer almaktadır. Usulüne uygun yürürlüğe giren temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası “andlaşma” hükümlerine göre karar verilmesi gerekmektedir. Nitekim 6684 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi ile de 4271 sayılı yasamızda ortak velayet imkân tanımayan hükümleri aslında örtülü olarak kaldırmıştır.²⁷³

Gençcan ortak velayete karar verilmesi gereken durumlarda bunun birtakım ilkelere haiz olduğundan bahsetmiştir. Bunlar; zira öncelikle ortak velayet kurumu bir istisna değil de bir ana kural olması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca birlikte velayetin gönüllülük esasına uygun olması gerektiğini eğer ki velayetin eşlerden birine verilmesi talebi mevcut ise taraflar arasında uyuşmazlığa neden olmaması açısından bu durumda birlikte velayet karar verilmesinin uygun olmayacağını ve aile mahkemesi birlikte velayet kararı verir iken idrak çağına erişmiş çocuk varsa onun görüşünü dikkate alması gerekmekte ve koşullar gerektirir ise bir uzman görüşüne de başvurulabileceğini ifade etmektedir. Benzer şekilde ebeveynlerin çocuk ile kişisel ilişkisi konusunda da idrak çağındaki çocuğun fikri alınması ve gerekirse burada da bir uzmana danışılması gerekmekte ve ona göre karar verilmesi gerekmektedir. Aynı zamanda velayet kural olarak ebeveynler çocuğun giderlerine eşit şekilde katılması gerekmektedir ancak istem halinde mahkeme hangi ebeveynin ne ölçüde çocuğun giderlerine katılacağı hususunda karar verilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki tarafların çocuk üzerinde velayeti birlikte kullanmalarına ilişkin talepleri çocuğun üstün yararına aykırı ise velayet eşlerden birine bırakılması gerekmekte eşlerden her ikisi de elverişli değilse vasi atanması için vesayet makamına bildirimde bulunulması gerekmektedir.²⁷⁴

²⁷² Cumhurbaşkanlığı Sözleşme Karar Onayı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/26/AIHS_7.protokol.pdf, (Erişim Tarihi: 25.3.2020)

²⁷³ Gençcan (2018), s. 26.

²⁷⁴ Gençcan, Ö. U. (2016) *Boşanma Halinde Ortak Velayet Artık Mümkündür*, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.hukukmedeniyeti.org/makale/13514/bosanma-halinde-ortak-velayet-artik-mumkundur>, (Erişim Tarihi 10.05.2020)

Gençcan, özellikle belirttiği üzere evlilik birliğinin boşanma ile sonuçlandığı durumlarda çocuğun üstün yararı gerektiriyor ise ve eşler bu konuda gönüllü ise ortak velayet asıl kuraldır istisnai durum tek başına velayettir.²⁷⁵

3.3.1 Birlikte Velayet Durumunda Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması Meselesi

Kişisel İlişki kurma hakkı, anne baba ile çocuğun şahıs haklarının yanında ebeveynler dışında üçüncü kişilerinde çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı psikolojik olarak anne baba olma olgusuna dayanmaktadır. Çocuğun kişisel ilişki kurması aslında doğrudan çocuğun yararına onu koruyan bir durumdur. Ebeveynlerin kişisel ilişki kurması ise onların hak ve yükümlülük dengesinin bir gereğidir.²⁷⁶

Ebeveynler ile çocuk arasındaki ilişki sadece bir hukuki ilişki değil, duygusal bir ilişkiyi de barındırmaktadır. Kişisel ilişki mahkeme kararı ile kurulabilmektedir. Hâkimin bu konuda kanundan kaynaklanan bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Dikkat edilmesi gereken husus çocuğun yararadır. Nitekim hâkim karar verirken çocuk kendisini ifade edebilecek ise çocuğu dinlemeye özen göstermelidir. Ayrıca kişisel ilişkinin kurulmasından ziyade kullanılması da önem arz eder. Bu nedenle kişisel ilişki hakkının uygulanmasının da aslında bir nevi sınırları vardır.²⁷⁷

Ortak velayet kurumunu kabul eden ülkelerde boşanma sonucunda eşlerin çocuk üzerinde velayet hakları müşterek ve eşit olarak kabul edilmektedir. Bundan dolayı velayetin içerisinde olan hak ve yükümlülükler ebeveynler arasında paylaştırılmadığından ebeveynler velayetin kullanılmasında eşit ölçüde söz hakkına sahip bulduklarından çocuğu ilgilendiren kararların alınmasında ebeveynlerin uzlaşması gerekmektedir.²⁷⁸

²⁷⁵ Gençcan (2018), s. 27.; [Ömer Uğur Gençcan] (2020, Mayıs 12). Boşanma davasında ortak velayet mümkün müdür? [VideoDosyası] Erişim Adresi: <https://www.youtube.com/watch?v=si1w6XyVjjY>; [Ömer Uğur Gençcan] (2020, Mayıs 12) TBB Tv Ömer Uğur Gençcan, Boşanma Davasında Ortak Velayet Mümkün Müdür? [VideoDosyası] Erişim Adresi: <https://tv.barobirlik.org.tr/Watch/4753>, (Erişim Tarihi 12.05.2020)

²⁷⁶ Serdar, İ. (2007) *Kişisel İlişki Kurma Hakkı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, s. 742-743.

²⁷⁷ Serdar (2007), s. 778-779.

²⁷⁸ Former Section IV, Case Of V.C. v. SLOVAKIA, (*Application no:18968/07*), [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-107364%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 10.05.2020)

Ebeveynler çocuk üzerindeki velayet hakkını kullanırken uyuşmadıkları ve ortak noktada buluşmadıkları takdirde ve bunlar ile birlikte bu durumun çocuğun üstün yarına hizmet etmekten çıkması halinde hâkim velayeti anne veya babadan sadece birisine bırakabilmektedir. Boşanma sonucunda velayetin ebeveynler tarafında ortak kullanılmasına karar verildiği durumlarda çocukla kişisel ilişkinin nasıl kullanılacağına hâkim çocuğun bakımı bakımından boşanma ve ayrılık davalarında hükmettiği gibi düzenlenmesi gerekmektedir.²⁷⁹

Aslında hâkim çocuğun bakımı için yine ebeveynlerden birine bırakılmasına karar verecektir ve çocuğun bırakılmadığı taraf ile çocuk arasında kişisel ilişkiyi düzenleyecektir. Böylece çocuk üzerinde ki velayet hakkına ortak sahip olan ebeveynler sadece çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkına sahip olmayacak çocuğu yalnızca belirli bir zamanda görmek ve ondan haberdar olma dışında çocuğun eğitimi gelişimi gibi konularda da söz hakkı bulunacaktır.²⁸⁰ Böylece çocuk fiziken ebeveynlerden birinin yanında olmasına rağmen, velayetin tek tarafta olmasına kıyasla daha rahat iletişim kurma imkânı elde edilecek ve ebeveynlerin çocuk üzerindeki karar alma mekanizmaları ortak olacaktır.

3.4 Boşanmada Birlikte Velayete Hükmedilmemesi Gereken Haller

Hâkimin birlikte velayete karar verirken hangi durumlarda çocuğun üstün yararının zedeleneyeceğinden bahisle birlikte velayete karar vermemesinin uygun olacağı haller İsviçre hukukunda birtakım ölçütler ile gösterilmektedir bunlar Türk hukuku bakımından da yol göstericidir. Aşağıda var olan sebepler bulunduğu takdirde hâkim tek başına velayete karar vermesi yahut anne babanın her ikisi de velayet hakkını kullanmaya elverişsiz durumda ise çocuğa vasi atanması daha uygun olacaktır. Yapılan araştırmalar neticesinde birlikte velayet kurumunun sağlıklı olabilmesi adına anne baba arasında çatışma ortamının bulunmaması ebeveynler sağlıklı ilişkiler içerisinde uyum sağlamaları gerekmektedir.²⁸¹

²⁷⁹ Y.Y. v. Turkey - 14793/08, Judgment 10.3.2015 [Section II], [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22002-10569%22%5D%7D> (Erişim Tarihi 10.05.2020)

²⁸⁰ Serdar (2007), s. 169-170.

²⁸¹ Kiretmitçi, M. (2015) *Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak)Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı*, 1.Basım, İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 24.

3.4.1 Velayetin Kaldırılması Nedenlerinin Bulunması

Anne babanın çocuk üzerindeki velayet haklarını amaca uygun kullanmadıkları takdirde çocuğun korunması amacıyla ve kanunun öngörmüş olduğu önlemlerin de yeterli olmadığı durumda anne ve babanın velayet hakkının kaldırılması öngörülmüştür.²⁸²

Türk Medeni Kanunu'nun 348.maddesinde düzenlendiği üzere velayetin kaldırılması nedenleri arasında; deneyimsizlik, hastalık, başka bir yerde bulunma veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememeyi yahut çocuğa yeterli düzeyde ilgiyi göstermeme veya ona karşı yükümlülükleri ağır bir biçimde savsaklaması nedenlerinden dolayı velayetin kaldırılabilceği düzenlenmiştir.²⁸³ Zira velayetin kaldırılma sebepleri ebeveynlerden her ikisi için de mevcut olduğu durumlarda hâkim bu takdirde çocuğun velayeti o ebeveynlerden alıp çocuğa vasi tayin etmesi gerekmektedir. Fakat velayetin kaldırılması sebepleri sadece bir ebeveyn üzerinde mevcut ise bu durumda hâkim, eğer diğer eş tek başına çocuğun eğitimi ve bakımı ile gerektiği gibi ilgilenebilecek ise çocuğun velayetini n o tarafa bırakılmasına hükmetmelidir.²⁸⁴

Ebeveynlerden biri üzerinde TMK 348 de sayılan sebepler dışından farklı olarak o ebeveynin çocuğun sorumluluğunu yeterince üstenebilecek olmasından dolayı da o ebeveyn için velayetin kaldırılması da gündeme gelebilir. Bu tür durumlarda da hâkimin velayeti diğer ebeveyne bırakması gerekmektedir. Zira önemli olan kriter çocuğun yararı olduğundan örneğin anne veya babadan biri eğer tutarsız kişilik sergileyerek çocukta var olan güven duygusuna zarar veriyorsa o ebeveynin velayete sahip olmaması çocuk için daha yararına olabilmektedir.²⁸⁵

3.4.2 Ebeveynler Arasında Sürekli Çatışma Durumunun Bulunması

Anne baba arasında her aile ortamında olabilecek olan, boşanma sonucunda çoğunlukla görülebilen tartışmalar ve fikir ayrılıkların olması velayetin bir taraftan

²⁸² Dural, Ögüz ve Gümüş (2014), s. 354.

²⁸³ Örneğin; anne babanın çocukla hiç ilgilenmemesi, çocuğa cinsel istismarda bulunması, anne veya babanın alkol veya uyuşturucu bağımlısı veya şiddet yanlısı olma gibi. Daha fazla örnek için bkz Öztan (2006), s. 1154.

²⁸⁴ İnce (2018), s. 178.

²⁸⁵ İnce (2018), s. 179.

alınıp diğer tarafa verilmesi için elbette ki yeterli değildir. Ayrıca anne babanın sadece çocuğun yetişmesi konusunda farklı düşüncelere sahip bulunmaları tek başına velayete karar kılınması için yeterli bir neden değildir. Ebeveynler arasında sürekli çatışmanın bulunması halinde bu durum çocuğun üstün yararına açıkça zarar verdiği somut olarak tespit edildiği takdirde velayetin tek başına kullanılmasını haklı kılabilir. Ancak anne baba arasında bulunan bu çatışma halinin çocuk için önem arz edecek konularda alınması gereken kararların alınmamasına anne babanın bu aralarında olan çatışma yüzünde velayetin gerektirdiği sorumlulukları yerine getirememesi ve çocuğa sıkıntı vermesine yol açacak mahiyette ise tek başına velayete hükmedilmesi elbette ki çocuğun yararına olmaktadır.²⁸⁶

3.4.3 Ebeveynlerin Birbirleri ile olan İletişimin Sağlıklı olmaması

Boşanan ebeveynlerden çocuğun özne olduğu önem arz eden meselelerde iş birliği, uyum içerisinde olup sağlıklı iletişim kurup konuyu çözebilmeleri açısından iletişime açık olmaları beklenir. Ancak bu her zaman elbette mümkün değildir örneğin aile içi şiddetin sonucunda boşanmış olan ebeveynlerde, şiddet mağduru olan ebeveyn boşanmış olduğu kişi ile uyum ve iş birliği içerisinde olmasını beklemek haklı bir beklenti olamayacağından bu nedenle bu gibi konularda ebeveynler arasındaki iş birliği ve uyum isteğinin bulunmaması nedeniyle tek başına velayete karar verilebilir.²⁸⁷

Birlikte velayet kurumunun sağlıklı olarak yürütülebilmesi için ve çocuğun yetiştirilmesi açısından gelişen meselelerde çözüme ulaşabilmeleri açısından boşanan ebeveynler arasındaki iletişimin asgari ölçüde de olsa birbirleri ile iş birliği içerisinde olmaları ve iletişim kurabilmeleri gerekmektedir. Zira ebeveynlerinden bundan yoksun olmaları halinde örneğin çocuğun hangi okula gideceği, okullar ilgili sorunları nasıl çözecekleri vb. gibi konularda fikir birliğine varamamaları çocuğun elbette aleyhine olacak ve özellikle ebeveynlerin aralarında olan iletişim kurma kabiliyetlerinin yok olması veya işbirliği içerisinde bulunma isteklerinin yok olması eğer kronik bir halde ise ve bu durum çocuğun yüksek menfaatinin aleyhine durum teşkil ettiği takdirde tek başına velayete karar kılınabilir.²⁸⁸ İsviçre Federal

²⁸⁶ İnce (2018), s. 179

²⁸⁷ Kurt (2018), s. 181.

²⁸⁸ Kurt (2018), s. 180.

mahkemesinin 10.06.2009 tarihli 5A_ 170/2009 sayılı kararında da bu husus belirtilmiştir. Mahkeme kararında; boşanan anne baba arasında uzlaşma istek ve yeteneğinin bulunmadığı durumda velayetin ebeveynlerden birine bırakılmasını haklı bulmuştur.²⁸⁹

3.4.4 Ebeveynlerin Taleplerinin Velayetin Taraflardan Birine Tevdii Edilmesini İstemeleri

Tarafların aralarında çocuğun velayeti ile ilgili hususta anlaşmış olmaları durumunda bununla hâkimin bağlı olup olmadığı meselesi aslında velayetin kamu düzenini ilgilendiren boyutu olmasının ve ebeveynlerin çocuğun velayeti üzerindeki haklarını serbestçe tasarruf edemeyecekleri ile ilintilidir.

Anlaşmalı boşanma durumunda dahi TMK m.166/3'ten anlaşıldığı üzere ortak çocuğu bulunan taraflar çocuğun durumu hakkında yapmış oldukları düzenlemeyi ancak hâkim uygun bulduğu takdirde uygulanabilmektedir. Bu durumda ebeveynlerden birinin velayeti tek başına yürütmesi hakkında taraflar eğer anlaşmış ve hâkim de bunu çocuğun yararına aykırı bulmadığı takdirde tarafların anlaşmasına uygun velayeti bir tarafa tevdi eder.²⁹⁰

Hâkim, ebeveynler tarafından çocuğun velayetinin bir tarafa bırakılması hakkında yapmış oldukları anlaşmayı dikkate alıp tek başına velayete hükmedilmesi için bu hususun çocuğun üstün yararı bakımından gözetmesi gerekecek ve o doğrultuda karar vermesi gerekecektir.²⁹¹

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz sebeplerin bulunduğu durumlarda velayetin tevdi meselesinde hâkim ortak velayete hükmetmemesi çocuğun yarına olmaktadır. Zira eşlerden biri için bu sebepler bulunduğu takdirde ortak velayete karar verilmeyecektir. Eğer eşlerden ikisi bakımından da bu velayetin kaldırılması sebepleri gerçekleşmiş ise bu durumda ise çocuğa vasi tayin edilmesi gerekecektir. Bu nedenle sulh hukuk mahkemesine ihbarda bulunulur. Ortak velayet için de velayetin

²⁸⁹ İsviçre Federal mahkemesinin 10.06.2009 tarihli 5A_ 170/2009 sayılı kararı. [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/Ofd38a70-0ff3-4420-8c74-f2da693c55f2> (Erişim Tarihi: 12.05.2020)

²⁹⁰ Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298, N. 27; Öztan (2006), s. 698; Kurt (2018), s. 182.

²⁹¹ Kurt (2018), s. 182.

kaldırılması sebepleri geçerlidir.²⁹²

3.5 Birlikte Velayetinin Kullanılmasının Sona Ermesi

3.5.1 Ebeveynlerden Birinin Ölümü

Çocuğun velayetini ortak kullanan anne babadan birinin vefat etmesi durumunda velayet hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir olmasından, mirasçılara devri mümkün devri mümkün olmadığından çocuğun anne veya babasından birinin ölümü halinde bu hakları mirasçılara geçmeyecektir.²⁹³

Evlilik birliği içerisinde çocuğun ebeveynlerinden birinin vefatında velayet sağ kalan eşe bırakılmaktaydı. Fakat evlilik birliği boşanma ile sonuçlanmış ve velayet tek tarafa tevdi edildi ise velayet kendisine bırakılan taraf vefat ettiğinde, çocuğun velayetine sahip olmayan tarafa mahkeme kararı olmaksızın velayet hakkı geçmemektedir.²⁹⁴ Hâkim bu durumda kararı verirken sağ kalan tarafa velayetin verilmesinin uygun olup olmadığı hususunu gözetmektedir. Zira hâkim velayetin diğer eşe verilmesini uygun bulmadığı takdirde çocuğa vasi atanmaktadır, vasi atanıncaya kadar velayet askıda kalmaktadır.²⁹⁵

3.5.2 Çocuğun Ergin Olması veya Çocuğun Ölümü

TMK m.335/1' de aslında velayetin erginlik ile sonlanacağına dair kesin bir hüküm bulunmamasına rağmen yasa metninde ergin olmayan çocuğun velayet altında olacağı belirtilmektedir. Velayetin süreli bir hak olmasında dolayı kural olarak velayet hakkı da çocuğun ergin olması ile kendiliğinden sona erecektir.²⁹⁶

Ebeveynlerin ölümü nasıl ki velayeti sona erdiriyor ise çocuğun ölümü de velayeti sona erdirecektir.²⁹⁷

²⁹² [Ömer Uğur Gençcan]. (2020, Mayıs 23). TBB TV Ömer Uğur Gençcan, Ortak Velayet Mümkün Müdür? [VideoDosyası] Erişim Adresi: <https://www.youtube.com/watch?v=si1w6XyVjjY>, (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

²⁹³ Öztan (2006), s. 638.

²⁹⁴ Özkan, H. (2005) *Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı*, İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 48.

²⁹⁵ Yarg. 2. HD. 5.3.2015, 20112/3557, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2014-20112.htm&kw=velayetin+ask%C4%B1da+kalmas%C4%B1#fm>, (Erişim Tarihi: 14.05.2020)

²⁹⁶ Öztan (2006), s. 639.

²⁹⁷ Zevkliler, A., Acabey, M. B., Gökyayla, K. E. (2000) *Medeni Hukuk; Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, 6.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 1128.

3.5.3 *Evlatlık İlişkisi ve Soy Bağının Reddi*

Velayet hakkı hukuki niteliği itibari ile devredilmez bir hak olduğundan bahsetmiştik. Ancak çocuğun evlilik birliği devam ederken evlatlık verilmesi durumunda çocuğun anne babasının sahip olmuş oldukları velayet hakkı evlat edinen kişiye geçmektedir, dolayısıyla evlat edinen kişi velayetten doğan hak ve yükümlülükleri kullanabilmektedir.

Soy bağının reddi durumunda ise eğer çocuk evlat edinilmiş ise hem anne hem babanın velayet hakları son bulurken evlat edinme durumu söz konusu olmadığında ise yalnızca babanın velayet hakkı son bulmaktadır.²⁹⁸

Boşanma sonrasında gerekli nitelikler taşıdığı gerekçesi ile mahkeme tarafından velayetin birlikte kullanıma olanak sağlandığı durumlarda, evlilik devam ederken evlatlık verilme ve soy bağının reddine dair konular kıyasen burada da uygulanabileceğini düşünmekteyiz.

3.5.4 *Gaiplik*

Gerçek kişiliği sona erdiren hallerden biri de gaipliktir. Gaiplik kararı hakları ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme tarafından verilmektedir. Gaiplik kararı ile gaibin evliliğini kendiliğinden sona ermemektedir. Gaipliğine karar verilen kişinin eşi evlilik feshedilmedikçe yeniden evlenememektedir. Kaybolanın eşi evliliğin feshinin, gaiplik başvurusu birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile isteyebilir. Kaybolanın eşi bu yollara başvurmadığı sürece mevcut evlilik devam etmektedir. Bu sebeple öğretilerde bazı yazarlar tarafında gaiplik kararına mahkemece hükmedilmesine rağmen diğer eş tarafından evliliğin feshedilmesi amacıyla talepte bulunulmadığı sürece velayet de her iki eş için de sürmeye devam etmekte olduğunu düşünür iken²⁹⁹ birtakım yazarlar ise evlilik birliğinin feshine ihtiyaç duyulmadan gaiplik kararı alındığı tarihten itibaren velayetin sağ kalan eşe geçmiş olduğunu ifade etmektedirler.³⁰⁰ Kanun metninden çıkarım yaptığımızda evlilik devam ettiği, sürece yasa koyucu tarafından evlilik birliği içinde çocuğun velayeti birlikte kullanılacağından evlilik feshedilmedikçe velayet de her iki eşten kalkmamalıdır.

²⁹⁸ Özlü, H. (2002) *Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması*, 1.Baskı, Ankara: Adil Yayınevi, s. 67.

²⁹⁹ Özlü (2002), s. 67.

³⁰⁰ Öztan (2006), s. 638.

Evlilik birliğinin boşanma ile neticelenmesinde eğer ebeveynler çocuk üzerinde sahip oldukları velayet hakkını birlikte kullanıyorlar ise anne veya babadan biri ile ilgili gaiplik kararı verildiği takdirde zaten ortada da bir evlilik bulunmadığından gaiplik olmayan tarafın gaiplik kararının mahkeme tarafından verilmesinden sonra çocuğa dair velayet hakkını tek başına kullanabilecektir.



BÖLÜM 4: SONUÇ

Çalışmamızda Türk hukuk sistemi içerisinde birlikte velayete hükmedilmesinin mümkün olup olmadığı, yasal bir düzenleme gerekip gerekmediği, yasal bir düzenleme olacak ise bu normun bir ana kural mı yoksa istisna kural mı olup olmayacağı hususları incelenmiştir. Çalışmamız ele alınırken öncelikle birinci bölümde velayet ile ilgili genel açıklamalara yer verilmiş olup velayetin tanımı, tarihsel süreç içerisinde sosyal, ekonomik, hukuk, toplumsal gibi gelişmelerin velayet kavramına etkilerinin neler olduğu bunların velayet kavramının içeriğinin değişmesinde ki etkisi ve ihtiyaçlara göre şekillenen velayet kavramının nasıl değiştiği, velayet kavramının Türk hukuk sisteminde ki yeri Eski Medeni Kanun ile Yeni Medeni Kanun içerisinde nasıl düzenlenmiş olduğu aralarında ki farklılıklar, velayet kavramına hâkim olan ilkeler ve velayetin kapsamı değerlendirilmiştir. İkinci bölüm de ise velayet kavramının ulusal ve uluslararası metinler de nasıl yer aldığı detaylıca anlatılmıştır. Ulusal mevzuat detaylıca incelenerek hâkimin TMK 'da yer alan hükümler çerçevesinde birlikte velayete hükmedip hükmedemeyeceği, bu hukuk normlarının emredici nitelikte olup olmadığı hususuna dikkat çekilmiştir. Uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzda etkisi ve aile hukukuna etkisi değerlendirilerek usulüne göre iç hukukumuzda girmiş olan sözleşmeler çerçevesinde birlikte velayetin hükmedilmesinin yolu açılmıştır. Bu konuya dair yargı kararları üzerinde durulmuştur. Yabancı hukuk sistemlerinin birlikte velayete bakışı açısından onların birlikte velayete imkân kılan düzenlemeleri incelenmiştir. Birlikte velayetin mümkün olduğu ülkelerin buna dair modelleri incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise, Birlikte velayetin olumlu ve olumsuz yanlarına değinilmiştir. Türk hukuk sistemi içerisinde birlikte velayet hakkında düzenlemenin nasıl yapılacağı, hâkimin birlikte velayete hükmederken hangi kriterleri gözden geçirmesi gerektiği, hâkimin birlikte velayete karar veremeyeceği durumlar ve birlikte velayetin kullanılmasının sona erme halleri incelenmiştir. Çalışmamız neticende varmış olduğumuz sonuçları aşağıda verecektir.

Toplum için önem arz eden çocukların yetiştirilmesi, geleceğe hazırlanması hususu hem aileler hem de toplum için önemlidir. Nitekim gelişmiş toplumları bugünün çocukları oluşturacaktır. Bu nedenle anne ve babaya çocuk üzerindeki velayet hakkı kapsamında birçok hak ve yükümlülük yüklenmiştir. Bu yönü ile velayet çift

yönlüdür. Velayet çocuğun hukuki durumu ile ilgili olup çocuk ile ebeveynleri arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Bu kavram toplumsal yapıdan etkilendiği için zaman içerisinde değişerek günümüzdeki haline varmıştır. Eski Roma döneminde çocuk obje olarak nitelendirilmekte iken toplumsal değişiklikler ve bunların ulusal, uluslararası mevzuatlara yansımaları, çocuk hakları kavramının ortaya çıkması ile zaman içerisinde toplum içinde korunmaya ihtiyacı olan bireyler olarak nitelendirilmiştir. Eski Medeni Kanun'da evin reisi olan babanın son söz söyleme hakkı mevcut iken aile reisliğinin kaldırılması ve anne, babanın her konuda eşit hak ve yükümlülükler sahip olmuştur. Çocuğun üstün yararı kavramı ortaya çıkarak çocuk kendisi ile ilgili kararlarda düşüncesi önem kazanmıştır.

Ebeveynlerin çocuk üzerindeki velayet hakkının kapsamında, çocuğun şahıs varlığı ve malvarlığının yanında çocuğun temsili de girmektedir. Velayet hakkı mutlak bir hak olmasından dolayı şahsa sıkı sıkıya bağlı olup feragat edilemez 3.bir kişiye devredilemez. Çocuğun menfaati doğrultusunda eğer ebeveynlerin velayet hakkı ile çocuğun yararı çatıştığında çocuğun yararına öncelik verilecektir. Velayet hakkı anne babaya evlilik birliği içerisinde tanınmış olduğundan bu hakkı müşterek olarak kullanırlar. Evlat edinme durumunda ise evlat edinenler ile çocuk arasında soy bağı kurulmuş olduğundan evlat edinenler de velayet hakkını kullanmaktadırlar. Türk Medeni Kanunu'nda velayetin evlilik birliği içinde eşlerin birlikte kullanacağı hükmü yer alırken boşanma neticesinde bu hakkın sadece anne yahut baba tarafından kullanılacağı düzenlenmiştir. Zira TMK m.182/2 ve m.336 maddeleri irdelendiğinde birlikte velayete karar verilip verilemeyeceği hususları öğretide tartışılmıştır. Kanaatimizce TMK 336/3'te yer alan velayet hakkı çocuk kendisine verilen taraftır denilerek “ burada kanun metninin sadece lafzının değerlendirilmemesi gerekliliği ve çocuğun yararı kavramını unutmamaktan yola çıkılarak kanun koyucu bu madde hükmü ile örtülü bir boşluk bırakmıştır. Öğretide kanundaki bu durumu boşluk olarak nitelendirmeyen görüşler de mevcuttur ancak o durumda dahi Anayasa 90/5 maddesi uyarınca usulünce onaylanan uluslararası sözleşmeler iç hukukumuz da kanun hükmünde yer almaktadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Ek 11 No'lu Değişik İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5.Maddesinde,

“eşler evliliğin sona ermesi durumunda, çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklarından eşit şekilde yararlanırlar”

olarak yer aldığı üzere ve çocuğun yararı kavramından hareket edilerek birlikte velayete karar kılmak mümkündür. Zira Anayasa m.90/3'te usulünce iç hukukumuzda yürürlüğe girmiş olan uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkan uyuşmazlıklarda uluslararası sözleşme hükümleri uygulanmaktadır denilmektedir. Ayrıca eğer ki TMK 336/3 hükmünün emredici nitelikte olduğunu düşünecek olsak bile Ek 7 No'lu protokolün onayı ile bu hüküm örtülü olarak kalkmıştır.

Hukuk sistemi içerisinde dinginlik olması gerekmektedir bu nedenle Türk hukuk sistemi içerisinde evlilik birliği sona erdikten sonra eşlerin çocuğun velayetini birlikte kullanıp kullanamayacağı hususunda en kalıcı ve tartışmasız çözüm yolu elbette kanun koyucunun değişiklik ekleyerek birlikte velayete karar verilebileceğine dair hususu yasa metni içerisinde düzenlemesidir. Yapılacak olan bu düzenlemenin istisna mı yoksa kural mı olacağı konusu da öğretilerde tartışmalıdır. Bazı görüşlere göre kural istisna ayrımı yapılmadan böyle bir düzenlemeye gidilmesi yönündedir. Kanaatimizce velayet kavramını toplumun şartları ile değerlendirildiğinde ihtiyaçlara cevap verecek nitelikte değişmesi ve bunun sağlanması amacıyla uluslararası alanda birlikte velayete imkân tanıyan yasal düzenlemelerin de mevcut olduğunu gözettiğimiz takdirde, Türk hukuk sistemi içerisinde dinginlik sağlanması ailenin gelişen ihtiyaçlarına cevap olması, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler de değerlendirildiğinde birlikte velayete hükmedilmesinin mümkün olduğunu görmekteyiz zira yargı kararları da bu yöndedir yasal bir düzenleme ile birlikte velayetin mümkün kılınması ve bunun bir istisna kural değil de ana kural olması yerinde olacaktır. Ancak eğer eşler arasında çekişme çıkacağı anlaşılmakta ise aile mahkemesine birlikte velayetin istenmediği söylenmelidir. Alman ve İsviçre kanunlarında yer alan düzenlemeler örnek alınarak boşanma sonucunda gönüllülük esasını ve çocuğun üstün menfaati kriterlerini göz önüne alarak birlikte velayet asıl kural olup velayetin eşlerden birine bırakılması ise istisna olacak şekilde bir mevzuat değişikliğinin yapılması yerinde ve ihtiyaçları karşılayacak şekilde olacaktır. Ayrıca hâkimin önüne geleceği bu olayda ebeveynlerin gönüllülük esası ve her olayın özelliği göz önünde tutularak çocuğun yararı ilkesinin karşılanması amacıyla boşanmış eşlerin kendi aralarındaki ilişkiyi ve onların çocuk ile olan ilişkilerini, iletişimlerini, uyumlarını ve çocuğun görüşünü dikkate alması yerinde olacaktır. Hâkim bu hususları göz önüne alırken gerekli uzman niteliklere sahip kişilerin

görüşlerinde de faydalanması sağlıklı bir sonuca ulaşmamızı sağlayacaktır. Buradan hareket ederek birlikte velayetin zorunlu olduğu hususu elbette çıkılmamalıdır zira tarafların buna dair talebi olsa dahi çocuğun güvenliği ve yüksek menfaatine aykırı düştüğü durumlarda eşlerden birine yahut her ikisinin de elverişli olmadığı durumlarda çocuğa vasi atanması için vesayet makamına gidilmektedir. Nitekim velayet kamu düzenine dair olduğundan ve velayet kurumunun düzenlenmesindeki temel etken küçüğün ileriye yönelik menfaati olduğundan anne babanın istek ve taleplerinden ziyade çocuğun yararının dikkate alınması mühimdir.



KAYNAKÇA

Abik, Y. (2011). *Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı*. Prof Dr.Şenol Akyol'a Armağan. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Acabey, M.B. (2006) *Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Hukuki Konular*, İzmir Barosu Dergisi, 71(4), ss.88-140.

Akıllıoğlu, T. (1995) *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi No: 13 Andlaşmalar Dizisi No: 1. Ankara: İnsan Hakları Merkezi Yayınları.

Akıllıoğlu, T.(1995) *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi No: 13 Andlaşmalar Dizisi No: 1. Ankara: İnsan Hakları Merkezi Yayınları.

Akıntürk, T. (2006) *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, İkinci Cilt*. 10'uncu baskı. Ankara: Turhan Kitabevi.

Akyüz, E. (1983) *Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması*. Ankara: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları.

Akyüz, E. (1998) *Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi Ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi*. Cumhuriyet'in 75. yıl Armağanı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Akyüz, E. (1999) *Velayet ve Çocuğun Korunması*. Prof Dr Ali Naim İnan'a Armağanı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Akyüz, E. (2000) *İnsan Hakları Eğitim Dizisi-Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması*. Ankara: Milli Eğitim Basımevi.

Akyüz, E. (2016) *Çocuk Hukuku Çocuk Hakları ve Korunması*. Ankara: Pegem Akademi.

Akyüz, E. (1983) *Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması*. Ankara: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları.

Anayasa, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/#anayasa> (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

Anayasa Mahkemesi Kararı, T.C. Resmi Gazete, Sayı 28829, 22 Kasım 2013 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/11/20131122-6.htm> (Erişim Tarihi 26.03.2020).

Apaydın, B.Ö. (2016) *İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(145-146), ss. 631-658.

Apaydın, E. (2018) *Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(1), ss. 445-476.

Arabacı, G.P. (2008) *Boşanmanın Çocuklar Bakımından Sonuçları*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı. Konya.

Arkan, A.S. (2016) *Boşanma Halinde Ortak Velayet*, Legal Hukuk Dergisi, 14(167), ss. 6075-6088.

Atar, Y. (2013) *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: [https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22\[%22002-10569%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22[%22002-10569%22]). (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22\[%22001-107364%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22[%22001-107364%22]) (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar ve Kararlarının İçtihadı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://echr.ketse.com/doc/31061.96-en-20000711/> (Erişim Tarihi: 27.03.2020).

Avrupa Parlamenterler Birliği, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://semanticpace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnceG1sL1h%20SZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMjIyMCZsYW5nPUVO&xsl=%20aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJZi1XRC1BVC1YT%20UwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIyMjIw> (Erişim Tarihi: 25.03.2020).

Barın, Ü.D. (2018) *Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 9(35), ss. 175-210.

Barlas, K.O. (2013) *Medeni Hukuk*. 19'ncü baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Baygın, C. (2010) *Soy Bağı Hukuku*. 1'inci baskı. İstanbul: On İki Lehva Yayınları.

Bingöl, E. (2014) *Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukuku Açısından Karşılaştırılması*, İstanbul Barosu Dergisi, 88(2), ss. 278- 312.

Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.unicef.org/turkey/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dairs%C3%B6zle%C5%9Fme>. (Erişim Tarihi: 07.09.2019).

Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: https://www.unicefturk.org/public/uploads/files/UNICEF_CocukHaklarınaDairSozlesme.pdf. (Erişim Tarihi: 06.08.2019).

Birleşmiş Milletler Mülteci Ajansı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opedocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa69594>. (Erişim Tarihi: 8.06.2020).

Bozkurt, İ. (2010) *Velinin Velayetten Doğan Hak Görev ve Yetkileri*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı. İstanbul.

Brauchli, A. (1982) *Das Kindeswohl als Maxime des Rechts*. Zurich: Schulthess.

Ceylan, S.G. (2004) *Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Council of Europe (1984). *Recommendation No. (84)4 on Parental Responsibilities* [Online]. Erişim Adresi: https://www.euromedjustice.eu/en/system/files/20090707173539_Coe.Recommendation%2884%294onParentalResponsibilities (Erişim Tarihi: 01.05.2020)

Çelik, C. (2004) *Velayetin Kaldırılması*, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 54(1), ss. 255-309.

Çetiner, S.B. (2000) *Velayet Hukuku*, 1'nci baskı. Ankara: Yetkin Yayınları.

Devellioğlu, F. (2001) *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Sözlük*. Ankara: Aydın Kitabevi.

Dural, K.O. (1998) *Aile Hukuku*. 2'nci baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Elbir, H.F. (1960) *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku C.III*. 2'nci baskı. İstanbul: İsmail Akgün Matbası.

Erdem, A.Ç. (2017) *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Ergün, Z. (2004) *Boşanma Davaları Nişanlanma Evlenme Butlan Kişisel İlişki Nafaka Maddi ve Manevi Tazminat Mal Rejimi*. Ankara: Adil Yayınevi.

Erlüle, F. (2010) *Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 16(3-4), ss. 217-248.

Feyzioğlu, F.N. (1986) *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Gençcan, Ö.U. (2015) *Velayet Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Gençcan, Ö.U. (2017) Ortak Velayet, *İzmir Barosu Bülten, Özel sayısı*, ss. 24-30.

Gençcan Ö.U., Boşanma Halinde Ortak Velayet Mümkün müdür? [Çevrimiçi]
Erişim Adresi: <https://www.hukukmedeniyeti.org/makale/13514/bosanma-halinde-ortak-velayet-artik-mumkundur/> (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

[Gençcan Ö.U.]. (2020, Mayıs 1) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Boşanma Davalarının Ortak Velayet Mümkün müdür? [VideoDosyası]. Erişim Adresi: <https://www.youtube.com/watch?v=si1w6XyVjjY>.

Gökyayla, A.Z. (2000) *Medeni Hukuk, Giriş , Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Gözübüyük, Ş. (2018) *Anayasa Hukuku. 18'nci basım*. Ankara: Turhan Kitabevi.

Graasinger, G.E. (2009) *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Grassinger, G.E. (2010) *Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar*. Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan XII. İstanbul: Levha Yayıncılık.

Gülgösteren, A.Z. (2017) *Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte Velayet)*, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), ss. 157-180.

Gümüş, M.D. (2016). *Türk Özel Hukuku cilt III Aile Hukuku*.11'nci baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Hatemi, H. (2011) *Medeni Hukuk'a Giriş*. 5'nci baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

İmamoğlu, H. (2005) *Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi*, AÜHFD, 54(1), ss. 165-190.

İnan, A.N. (1968) *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları.

İnan, A.N. (1999) *Medeni Hukukta Velayet, Vesayet ve Kayımlık*. İBD, Çocuk Hukuku ve Çocuk Yargılaması Hukuku Semineri, 69(1-2-3), ss.74.

[İnanç Görür] (2020, Haziran 1) CMK Uygulamaları. [VideoDosyası]. Erişim Adresi: <https://tv.barobirlik.org.tr/Watch/4753> (Erişim Tarihi: 01.06.2020)

İnce, N. (2018) *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 9(1), ss. 189-229.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 10.06.2009 tarihli 5A_ 170/2009 Sayılı Kararı. [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/0fd38a70-0ff3-4420-8c74-f2da693c55f2> (Erişim Tarihi: 12.05.2020).

Jept U.J. (1987) *Nacheheliche Elternschaft und Kindeswohl-Plaedoyer für das gemeinsame Sorgerecht als anzustrebenden Regelfall*. Farmz.

Kahraman, T.A. (2012) *Aile Hukuku*. 14'üncü basım. İstanbul: Beta Yayınevi.

Kaneti, B.K (1989) *Aile Hukuku*. 2'nci baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Kiretmitçi, M. (2015) *Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı*. 1'inci basım, İstanbul: Legal Yayıncılık.

Kocaağa, B.K. (2011) *Aile Hukuku ve Uygulaması*. Bursa: Ekin Yayınları.

Koçhisarlıoğlu, C. (2004) *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*. Ankara: Turhan Kitabevi.

Köylü, M (2004) *Dini Çocukluk Dönemi İnanç Gelişimi ve Din Eğitimi*, AÜİFD, 55(11), ss. 147-148.

Kurt, L.M. (2018) *Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), ss. 157-186.

Mağdur Çocuklar Raporu, [Çevrimiçi] Erişim Adresi:
<http://www.magdur.adalet.gov.tr/images/magdurcocuklarraporu19-5x27-5.pdf>.
(Erişim Tarihi: 01.04.2020).

McIntosh J., Chilshom, R. (2008) *Shared Care and Children's Best Interests In Conflicted Separation*, Australian Family Lawyer, 20(1), ss. 1-11. [Çevrimiçi] Erişim Adresi:
http://flwg.com.au/data/attachment.php?id=3066&keep_session=2131937812&for_session=15502da9 (Erişim Tarihi: 5.5.2020).

Meşe, C.Ş. (2018) *Milletlerarası Özel Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Mustafa Dural, T.Ö. (2014) *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Oğuztürk, H.H. (2013) *Aile Hukuku*. 6'ncı baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Öksüz, D. (2018). *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Velayet Hakkı*. TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, Bilgi Notu, ss.15.

Özbudun, E. (2018) *Türk Anayasa Hukuku. 18'nci baskı*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Özdemir, K.O. (2019) *Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler*. 18'nci baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Özdemir, S.O. (2016) *Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı*, Public and Private International Law Bulletin, Vol. 35(1), ss. 276- 312.

Özlu, H. (2002) *Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması*. 1'nci baskı. Ankara: Adil Yayınevi.

Özkan, H. (2005) *Aile Hukuku Davaları ve Tatbiki*. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Özlu, H. (2002) *Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması*. Ankara: Adil Yayınevi.

Özmen, İ. (2013) *Velayet Hukuku Davaları Çocuk Hakları Aile ve Çocuk Mahkemeleri*. 3'ncü baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.

Öztañ, B. (2006) *Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu*. Prof.Dr.Tuğrul Ansay'a Armağanı. Ankara: Turhan Kitabevi.

Öztañ, B. (2015) *Aile Hukuku*. 6'ncı baskı. Ankara: Turhan Kitabevi.

Öztürk, M.K. (2017) *Boşanma Sürecinde Ortak (Müşterek) Velayet ve Toplumsal Bakış Çocuk Hakları Çalışmaları-I*. (Ed: Evgen Gülçin Elçin, Arzu Genç Arıdemir). İstanbul: On İki Levha Yayınları.

Sarı, S. (2007) *Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması*, Legal Hukuk Dergisi, 5(49), ss. 83-94.

Sarıal, N.F. (1989) *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Serdar, İ. (2007) *Kişisel İlişki Kurma Hakkı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(ÖS), ss. 739-781.

Serdar, İ. (2008) *Birlikte Velayet*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(1), ss. 155-197.

Serozan, R. (1997) *Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuku Alanında Korunmasında Yetersizlikler*. Prof.Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, ss. 381-406.

Serozan, R. (2005) *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Serozan, R. (2008) *Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler*. Prof.Dr.Bilge Öztañ'a Armağan. Ankara: Turhan Kitabevi.

Sözlük, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/velayet> (Erişim Tarihi: 05.06.2019).

Süzen, B. (2015) *Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(133-134), ss. 27-52.

Şafak, A. (2002) *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*. 4'ncü baskı. Ankara: Temel Yayınları.

Şakir, B. (1970) *Türk Medeni Kanunda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şımulü*. Ankara: Yargıçoğlu Matbası.

Şeker, H. (2003) *Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Geçici Önlem Olarak; Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisiyle Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri*, Adalet Dergisi, 17(1), ss. 114-129.

Şen, E.A. (2016) *Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(1), ss. 589-615.

Şirin, M.C. (2011) *Çocuğun Yüksek Yararı: İdare Hukukunda Uygulanabilirliği Üzerine Bir Deneme*. I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi, Yetişkin Bildiriler Kitabı. İstanbul: Çocuk Vakfı Yayınları.

Tahiroğlu B., Erdoğan, B. (2012) *Roma Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları.

Tekinay, S.S. (1990) *Türk Aile Hukuku*. 7'nci baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Turanboy, K.N. (2010) *Anne ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma ve Sarf Etmek Hakkı*. Prof.Dr.Fırat Öztan'a Armağan, C.2. Ankara : Turhan Kitabevi.

Turgut, C. (2017) *Türk Medeni Kanunu Çocuk Hakları ve AİHM Kararları Işığında Velayet Altındaki Çocuğun Eğitim Hakkı*, Terazi Hukuk Dergisi, 12(133), ss. 22-31.

Türkiye Büyük Millet Meclisi. [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>. (Erişim Tarihi: 26.03.2020).

Türkiye Büyük Millet Meclisi. [Çevrimiçi] Erişim Adresi: https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc085/kanuntbmmc085/kanuntbmmc08504620.pdf. (Erişim Tarihi: 5.5.2020).

Umur, Z. (2010) *Roma Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Beta Yayınevi.

Usta, S. (2012) *Çocuk Hakları ve Velayet*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Usta, S. (2016) *Velayet Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Uzun, T.B. (2016) *Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Üstün Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli*, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1), ss. 135-166.

Yargıtay Kararları. [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim Tarihi: 08.09.2019).

Yargıtay Kararları. [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd201615771.htm&kw=yarg%C4%B1tay+2.+hukuk+dairesi+'2016/15771'+E+'2017/1737'+K#fm> (Erişim Tarihi: 25.03 2020).

Yargıtay Kararları. [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd20194980.htm&kw=%C3%A7ocu%C4%9Fun+%C3%BCst%C3%BCn+yarar%C4%B1#fm> (Erişim Tarihi: 05.05.2020).

Yargıtay Kararları. [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-201612054.htm&kw=E+'2016/12054'+K+'2016/111763'#fm> (Erişim Tarihi: 08.05.2020).

Yargıtay Kararları. [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-201612054.htm&kw=E+'2016/12054'+K+'2016/11763'#fm> (Erişim Tarihi: 08.05.2020).

Yargıtay Kararları. [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd201420112.htm&kw=velayet+in+ask%C4%B1da+kalmas%C4%B1#fm> (Erişim Tarihi: 14.05.2020).

Yargıtay Kararları. [Çevrimiçi] Erişim Adresi:
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb20167425.htm&kw=aile+hayat%C4%B1na+sayg%C4%B1+hakk%C4%B1m+kapsam%C4%B1nda+negatif+ve+pozitif#fm> (Erişim Tarihi: 20.05.2020).

Yargıtay Kararları. [Çevrimiçi] Erişim Adresi:
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2012-9745.htm&kw=+'2012/9745'+E.+'2013/9865'+K.+#fm> (Erişim Tarihi: 20.05.2020)

Yenisey, P.D. (2017) *Mağdur Çocuk Haklarına İlişkin Öneriler*. İstanbul.

Yüzbaşıoğlu, N. (1993) *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Zevkliler, A. (2018) *Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*. 10'ncu baskı. Ankara: Turhan Kitabevi.