

Boşanmada Ortak (Birlikte) Velâyetin Uygulanabilirliği

Selvi Nazlı GÜVENÇ 

Dr. Arş. Gör. İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı İstanbul Türkiye
sguvenç@ticaret.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 14.08.2022 Kabul: 07.08.2023 Yayın: 19.08.2023</p> <p>Anahtar Kelimeler: Velâyet hakkı, Ortak velâyet, Birlikte velâyet, Boşanma, Çocuğun üstün menfaati.</p>	<p>Velâyet esasında çocuk yararı ilkesine dayanan veliye mutlak karakterli bir yetki sağlayan bir aile hukuku görevidir. Evlilik birliği devam ettiği sürece ortak çocuğun velayeti eşler tarafından birlikte yürütülür (TMK m.336/1). Boşanma halinde velâyet çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir (TMK m.336/3) Mukayeseli Hukuk kökenli bir kurum olarak ortak velayet: Evlilik birliğinin son bulduğu hallerde de geçerli kabul edilen bir velayet rejimi olarak, velâyet hakkına ana ve babanın her ikisinin birden eşit olarak sahip olmalarını ifade eder. Türk Medenî Kanunu m.336 çerçevesinde, bu nitelikte yani ana ve baba tarafından müştereken sahip olunan bir velayet hakkı ancak ortak hayatın devamı süresince açıkça kabul edilmiş görünmektedir. Ancak Mukayeseli Hukuktaki gelişmelerin de etkisiyle öğretilerde boşanmada ortak velayet tartışmalı bir konu olma özelliği göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7 nolu Ek Protokolün 1 Ağustos 2016'da yürürlüğe girmesiyle birlikte bu tartışma, ilgili protokolün beşinci maddesinin iç hukuka etkisi bakımından başka bir boyut daha kazanmıştır. 2017'de Yüksek mahkemenin ortak velayet unsuru içeren yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ilişkin süregelen uygulaması değişmiş, "ortak velayet düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine 'açıkça' aykırı olduğunun söylemeyeceği" ne hükmedilmiştir. Bu kararın ardından ilk derece mahkemeleri tarafından da boşanmada ortak velayete hükmedilmeye başlanmıştır. Çalışmada bu gerekçelerle boşanmada ortak velayet konusunun hem mevcut yasal düzenlemeler hem de olması gereken hukuk bakımından hukukumuzda uygulanabilir olup olmadığı araştırılmıştır.</p>

Applicability Of Joint Custody in Divorce

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 14.08.2022 Accepted: 07.08.2023 Published: 19.08.2023</p> <p>Keywords: The Custody, Joint custody, Divorce, Principle of the best interests of the child.</p>	<p>Custody is a family law duty that provides an absolute authority to the guardian based on the principle of the best interest of the child. As long as the marriage union continues, the custody of the joint child is carried out by the spouses (TMK art.336/1). In divorce, custody belongs to the party to whom the child is left (TMK art.336/3). Joint custody as an institution of comparative law: It means that both parents have the right to custody independently, as a custody regime that is accepted as valid in even cases where the marriage union has ended. Contrastingly, as can be understood from the explanations above, within the framework of Article 336 of the Turkish Civil Code, a custody right of this nature, that is, jointly owned by the parents, seems to be accepted only during the marriage. However, with the effect of developments in Comparative Law, custody in divorce is a controversial issue in our teaching. With the entry into force of the Additional Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights on 1 August 2016, this debate has gained another dimension in terms of the effect of the fifth article of the relevant protocol on domestic law. In 2017, the ongoing practice of the Supreme Court regarding the enforcements claims of foreign court decisions containing a joint custody element was changed. It was decided by the high court that the joint custody arrangement in divorce cannot be said to be against the Turkish public order clearly. After this decision, joint custody in divorce started to be ruled by the courts. For these reasons, in these study, it has been investigated whether the issue of joint custody in divorce is applicable in our law in terms of both current legal regulations and the law that should be.</p>

Atf/Citation: Güvenç, S. N.(2023). Boşanmada Ortak (Birlikte) Velâyetin Uygulanabilirliği, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), s.600-612.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

Velâyet önceleri çocuk üzerinde ana babanın hâkimiyetini ifade eden bir hak olarak görülmekteydi¹. Güncel yaklaşıma uygun olan ve bizim de katıldığımız tanıma göre: Esasen bir aile hukuku ödevi olan velâyet; yetki- görev hakkı niteliğinde mutlak etkili bir şahıs varlığı hakkıdır². Nitekim güncel öğretide de baskın görüş velâyetin bir yüküm-hak olduğudur³.

Medeni Kanun'un aile kitabının velâyet başlıklı altıncı ayırımında, çocuğun velâyeti ana ve babanın evli olup olmamasına göre farklı şekilde düzenlenmiştir. Ana baba evli ise; TMK m.336/1'e göre: Velâyet (velilik sıfatı) her ikisi tarafından çocuğun doğumuyla kazanılır ve evlilik birliği süresince birlikte yürütülür⁴. Evlilik birliği sona ermemekle birlikte ortak yaşama son verildiği halde⁵ veya ayrılık halinde (TMK m.170) hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir (TMK m.336/2). Görüldüğü üzere TMK m. 336'nın ikinci fıkrasında açıkça hâkime, evlilik birliğinin son bulmamış olduğu bu iki halde, eşler tarafından birlikte yürütülen velâyet hakkını, ana veya babadan birisine tevdi etmek konusunda bir takdir hakkı tanınmıştır. Ana ve babanın her ikisi yönünden velâyetin kaldırılması sebepleri gerçekleştiği hallerde pek tabii olarak çocuk yararı ilkesi⁶ gereğince çocuğun vesayet altına alınmasına da karar verilebilecektir (TMK m. 348/2)⁷. Çocuk yararı ilkesinin velâyetin ana veya babadan birine bırakılmasını gerektirmediği hallerde ise velâyet hakkı, ortak yaşama son verilmiş olup olmasından veya ayrılık kararından bağımsız olarak, eşler tarafından birlikte yürütülmeye devam edecektir⁸. TMK m.336/2'nin lafzından hareketle, öğretide savunulan bir görüşe göre, ilgili hükümde zikredilen her iki halde de hâkim tarafından ortak velâyete hükmedilebilecektir⁹.

¹ Erlüle, Fulya. *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işında Boşanmada Birlikte Velâyet*, 1. bası, Yetkin Kitapevi, Ankara, 2019, (Erlüle, 2019), s. 91.

² Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*, 8. bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.182.

³ Erlüle, 2019, s. 91-93; Öztan Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2015, s. 1078; Çakır, Nagehan. *Boşanma Sonrası Ortak Velâyet*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2020 Ankara, s. 33; Kurt, Leyla Müjde "Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.2, 2018, s.158; Güneş, Zeynep Naz. "Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velâyet", *TBB Dergisi*, S. 150, 2020, s.167; Dönmez, Ünsal/ Barın, Taylan. "Boşanma Sonucunda Birlikte Velâyetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu", *TAAD*, S.35, 2018, s.179.

⁴ Gerek çocuğun doğumu anında evli olan gerek daha sonra evlenen ana baba tarafından ilgili hüküm uyarınca velâyet birlikte kullanılır. Birinci Uzun, Tuğba. "Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, 2016, s.138; Erlüle, 2019, s. 271.

⁵ Evlilik birliğini koruyucu bir tedbir olarak düzenlenen TMK m. 197/1 hükmü uyarınca: Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hâkim, ana ve baba ile çocuk arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri re'sen alır (TMK m.197/4, Ayrıca bkz. TMK m. 336/2). Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 11.bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016, s. 145 vd.

⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Çelebi, Özgün. "Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velâyetin Düzenlenilmesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 79, S. 1, 2021, s. 22-77. Koçhisarlıoğlu, Cengiz. *Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması*, Turhan Kitapevi, Ankara 2004 s. 201-203. Erlüle, Fulya. "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması", *MÜHF-HAD*, C.16, S.3-4, 2010, s.225-226.

⁷ Boşanmaya ilişkin aynı yönde bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s.140-141.

⁸ Öztan, Bilge. "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu", *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, s. 252-260, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006. 251vd.; Erlüle, 2019, s. 147.

⁹ Bu halde hâkim tarafından velâyetin ana baba tarafından birlikte kullanılmasına da karar verebileceği yönünde bkz. Usta, Sevgi. *Velâyet Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 110; Erlüle, 2019, s.284-285; Erlüle, 2021, s. 567. TMK m.336/2'nin karşıt anlamı itibariyle ortak yaşama son verilmiş olduğu durumlarda ortak velâyetin devam ettirilmesinin

TMK m.336/3'te ise: “Velayet, ana babadan birinin ölümü halinde velâyetin sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir” hükmü yer almaktadır.

Karşılaştırmalı Hukuk kökenli bir kurum olarak ortak velâyet¹⁰: Evlilik birliğinin hiç kurulmadığı veya son bulduğu hallerde geçerli kabul edilen bir velâyet rejimidir. Ortak velâyet, evlilik birliğinin ana ve babanın her ikisinin birden, eşit yetkilerle velayet hakkına müstakil şekilde sahip olmalarını ifade eder¹¹. Bu halde velayet ana-baba tarafından anlaşılacak şekilde kullanılacaktır¹². Ortak velâyetin uygulama alanı pek tabii olarak boşanma ile sınırlı değildir, evlilik birliğinin hiç kurulmadığı durumlarda olduğu gibi¹³ evliliği sona erdiren boşanma dışındaki sebeplerin varlığı halinde de ana babanın ortak velayet söz konusu olabilir¹⁴. Ayrıca ortak velayetin uygulanana gelen birden çok modeli de mevcuttur¹⁵.

Boşanmada ortak velayete ilişkin tartışmaların odağında yukarıdaki paragrafta değinilmiş olan TMK m.336 düzenlemesi yer almaktadır. Çocuğun velâyeti ilgili hükmün ilk fıkrasında, evlilik birliğinin devamı sürecine, ikinci fıkrasında ortak yaşama son verilmiş olduğu durum ile ayrılık haline ve son fıkrada ise evliliğin eşlerden birinin ölümü veya boşanma ile sona ermesi durumlarına ilişki üçlü bir ayırım yapılarak düzenlenmiştir. Velâyetin ana ve baba tarafından ortak kullanılması esası ise sadece evlilik birliği süresince geçerli bir rejim olarak açıkça benimsenmiştir¹⁶ (TMK m.336/1). Boşanmada ortak velayet konusunda TMK m. 336/3 hükmü farklı şekilde yorumlanmaktadır.

Bir görüşe göre, TMK m.336/2'nin zıt anlamından hareketle, ortak hayata son verilmiş veya ayrılık kararı verilmişse, hâkim tarafından ortak velâyete hükmedilebileceğinin kabul olduğuna değinmiştik¹⁷. Bu kabulün de etkisiyle olsa gerek ve evliliğin boşanma ile sona ermesinin sıklaşması¹⁸ itibariyle, özellikle ihtilafli görünen husus, TMK' nin velâyete ilişkin hükümleri çerçevesinde, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde, ortak velâyetin uygulanabilir olup olmadığıdır. Boşanmada ortak velayet tartışması bakımından bir diğer önemli

çocuk yararı ilkesine daha uygun bulunduğunu gösterdiği görüşü için bkz. Öztan, 2006, s. 255. Aksi yönde bkz. Hatemi, s. 182.

¹⁰ Karşılaştırmalı hukuk bakımından ortak velâyet konusunda detaylı bilgi için Çakır, s. 91 vd.; Bükel Koç, Merve. “Ortak Velâyet”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara 2020, s. 71 vd.

¹¹ Apaydın, Eylem. “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Düzenleme Yapılması Gereği”, *İNÜHFD*, C.9, S.1, 2018, s. 447.

¹² Çelebi, s. 46. Ancak boşanmada ortak velâyete karar verilmesi halinde ana babanın hak ve yükümlülükleri ve çocukla ilgili kararlarda yetki alanlarının tespit edilmesi zorunludur. Öztan, Bilge/ Öztan, Fırat. “Boşanma Birlikte Velâyet ve Birlikte Velâyetin Uygulanmasına İlişkin Modeller”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.1, s.2569-2608, 2020, (<https://www-jurix-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/article/20850>) (Erişim tarihi: 14.04.2022), s.10-11.

¹³ Evlilik dışı ilişkide ortak velâyete ilişkin detaylı bilgi için bkz. Uzun, agm. Öztürk, Barış Can. *Birlikte Velâyet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s.208 vd

¹⁴ Karş. Durak, Yasemin “Gemeinsames Sorgerecht”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 24, S. 4, 2020, s. 112.

¹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Erlüle, 2019, s. 183-186; Öztan/Öztan, s. 10 vd.

¹⁶ Boşanma sebepleri ve boşanma oranlarındaki artış için bkz. Erlüle, Fulya. “Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında Yapılan Revizyonlar ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velâyetin Kural Haline Gelmesi”, *YÜHFD*, C:XVIII, S. 18, 2021, (Erlüle, 2021), s. 565.

¹⁷ Bkz. dn.9. Aksi yönde Hatemi, s. 134; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 145; Öztürk, s. 202.

¹⁸ Boşanma sebepleri ve boşanma oranlarındaki artış konusunda bkz. Erlüle, 2021, s. 556-557. 2022 yılı evlenme ve boşanma istatistikleri için bkz. data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Boşanma-Istatistikleri-2022-49437.

düzenleme, Medeni Kanun'un "Çocuklar bakımından ana ve babanın hakları 1. Hâkimin takdir yetkisi" başlıklı 182. maddesidir. İlgili düzenlemenin üçüncü fıkrasında: "Velâyetin 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" hükmü yer almaktadır. TMK m.182/3'teki, "velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş" ifadesine boşanmada ortak velayeti uygulanabilirliği tartışması kapsamında birbirinden farklı anlamlar verilmektedir. Bu yönüyle ilgili hüküm boşanmada ortak velâyetin uygulanabilirliği konusunda belirleyici özelliği haizdir¹⁹.

Yüksek Mahkeme uygulamasında kabul edilmiş olmakla birlikte, çalışma kapsamında, pozitif hukukumuz bakımından boşanmada ortak velayetin uygulanabilirliği, mukayeseli hukuk ve iç hukukumuz yönünden etkili olan güncel gelişmeler ışığında incelenmiştir. Bu kapsamda boşanmada ortak velayete ilişkin tartışmaları ilgilendiren bir gelişme olarak 1 Ağustos 2016'da yürürlüğe giren AİHS 7 Nolu Ek Protokol'ün beşinci maddesinin iç hukukumuzda etkisi de ayrı bir başlık altında ele alınmıştır.

I. Güncel Bir Hukukî Mesele Olarak Ortak Velâyet Kavramına İlişkin Gelişmeler

Batı Ülkelerinde, 20. yüzyılda özellikle 1970'lerden itibaren, velâyet modellerinin çocuğun psikolojik ve sosyal gelişimi ile ilişkisi çok sayıda bilimsel araştırmaya konu edilmiştir²⁰. Bu araştırmalar kapsamında²¹, ortak velâyet modelinin, gerek boşanmanın çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerinin azaltılması bakımından çocuğun genel psikolojik durumu konusunda gerek ebeveynler arasındaki uyuşmazlıkların yönetilmesinde olumlu etkileri haiz olduğu genellikle kabul görmektedir²². Bu yöndeki bilimsel gelişmelerin hukuk alanına etkisi ile ortak velâyet modeli tek başına velâyet modeline yeğ tutulmaya başlanmıştır²³. Bu kabulün esası Aile Hukuku'na hâkim çocuk yararı ilkesinin²⁴ boşanmadan sonra özellikle çocuk üzerindeki olumlu etkileri sebebiyle ortak velâyeti gerektirdiği düşüncesidir²⁵. Başka bir ifade ile çocuk yararının aksini gerektirdiği durumlar haricinde ortak velâyetin esas olması gerekir. Bu doğrultuda boşanma halinde ortak velâyet yirminci yüzyılın sonlarından itibaren Anayasa Mahkemesi kararlarını takiben Karşılaştırmalı Hukukta kural haline gelmeye başlamıştır²⁶.

¹⁹ Çakır, s. 108-109; Erlüle, 2019, s.270-271; Güven, Kudret. "Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velâyet Hakkının Geldiği Son Nokta Ortak Velâyet", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.1, 2018, s. 18; Erlüle, 2021, s. 565; Durak, s. 107-108.

²⁰ Çelebi ortak velâyetin çocuk yararına dayanan bir velâyet rejimi olarak öne çıkmakla ilk olarak araştırılma sebebinin cinsiyet çatışmasından kaynaklandığı belirtmektedir bkz, agm, s. 44.

²¹Ortak velâyete ilişkin ilgili araştırmalar ve sonuçlarına ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bkz Kurt, s.160; Erlüle, 2019, s. 122-134. Ortak velâyete karşı çıkan görüşler için bkz. Çakır, s. 76-77. Ayrıca bkz. Kiremitçi, Müge. *Boşanma Sürecinde Müşterek Velâyet ve Toplumsal Bakış Açısı*, Legal, İstanbul, 2015.

²² Bkz. Kurt, s. 160-162; Erlüle, 2020, s. 59-61.

²³ Erlüle, 2020, s. 63; Erlüle, 2021, s.555.

²⁴ Aile hukukuna hâkim ilke çocuk yararı ilkesidir. Bu ilke Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, m. 3'te: 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 ifade olunmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından boşanmada velâyete ilişkin çocuk yararı ilkesi uyarınca dikkate alınan hususlar için Bkz. Öcal Apaydın, s. 649-650.

²⁵ Detaylı bilgi için bkz. Öcal Apaydın, s. 636-641.

²⁶ Erlüle, 2019, s. 203 vd.; Usta, s. 117; Kurt, s. 162 vd.; Öztan/Öztan, s. 2. Alman Hukuku yönünden ayrıca bkz. Güneş, s. 159 vd.; Çelebi, s. 48-58. Öztürk, s. 168-180.

TMK' nin mehazı İsviçre Medeni Kanunu (İMK) açısından velâyet kurallarına ilişkin değişiklikler tedrici olarak gerçekleşmiştir. 2000 senesinde İMK m.133 ile ana babanın ortak velâyete ilişkin talepte bulunması halinde, çocuğun masrafları ve bakımı konusunda anlaşılması olması şartıyla, çocuk yararına uygun görülürse ortak velâyet kararı verilebileceği hüküm altına alınmıştır²⁷. 2013 yılında yapılan değişiklik ile ilgili madde kaldırılarak, "Hâkim, boşanma halinde, şayet çocuk yararı gerektiriyorsa, ebeveynlerden birine tek başına velâyeti verebilir" düzenlemesi getirilmiştir (İMK m. 298/1)²⁸. 1 Temmuz 2014'de yürürlüğe giren bu değişikliğinden sonra İsviçre Hukuku'nda boşanmada ortak velâyet asıl, ana veya babanın tek başına velâyeti ise istisnai bir velâyet rejimi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır²⁹. İngiltere, İspanya, Fransa, İtalya, Almanya gibi Avrupa ülkelerinde de boşanmada ortak velâyet konusunda benzer değişiklikler gerçekleşmiştir³⁰.

Ortak velayet konusundaki bir diğer gelişme konunun uluslararası belgelerde yer almaya başlamasıdır. Avrupa Konseyinin 4 sayılı Ana Babanın Ebeveyn Sorumlulukları Hakkında ve Eşitlik ve Birlikte Velâyet (Paylaşılmış Ana Baba Sorumluluğu) : Babaların Rolü hakkında 2079 sayılı Tavsiye Kararları bu konuda örnek gösterilebilir³¹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. ve 14. maddeleri uyarınca AİHM'nin (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) muhtelif kararlarında, boşanma halinde ortak velâyete karar verilmesi gerektiği yönünde hüküm kurulmuştur³². Yine Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin muhtelif maddelerinde hüküm altına alınan ilkelerin, evlilik dışı ve evlilik içi doğan çocuğun arasında ayrımcılık yapılmaması yönünden, ortak velayetin esas kabul edilmesini gerektirdiği ifade edilmektedir³³.

Milli hukukumuz bakımından boşanma sonrası ortak velâyet konusunda gerçekleşen önemli bir gelişme Türkiye tarafından, AİHS Ek 7 Nolu Protokolün 6684 sayılı kanun ile uygun bulunarak ve 1 Ağustos 2016'da yürürlüğe girmesidir³⁴. AİHS Ek Protokol 7'nin iç hukuka aktarılması gerekçesiyle Yargıtay'ın ortak velâyet unsuru içeren yabancı mahkeme kararlarının tanıma talebinin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddi şeklindeki süregelen uygulaması

²⁷ Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina E. Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, Stämpfli, Bern, 2010, s.152-153. Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge), 2011.

²⁸ Çeviri, Kurt, s. 162. Ayrıca Erlüle, 2021, s. 563; Güneş, s. 163. İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişikliğin gerekçeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Öcal Apaydın, Bahar. "İsviçre Medeni Kanunu'nun Velâyete İlişkin Hükümlerinden Değişiklik Yapılması ve Ortak Velâyetin Kural Olarak Benimsenmesi", *Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.145-146, 2016, s. 636 vd. Güven, s. 11-64.

²⁹ Kurt, s. 162-163; Erlüle, 2020, s.63; Öcal Apaydın, s. 641 vd; Erlüle, 2021, s. 563; Apaydın, s. 468; Çelebi, s. 49-50.

³⁰ Bkz. Kurt, s.162vd. Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında yapılan birlikte velâyete ilişkin revizyonlar hakkında detaylı açıklama için Erlüle, 2021, s.560 vd. İsviçre Medeni Kanunu bakımından bkz. Apaydın, s. 641vd.

³¹ Bkz. Erlüle, 2020, s. 61-64; Usta, s. 117-118. Amerikan ve Avustralya Hukuklarında Ortak Velâyete İlişkin bkz. Güven, agm.

³² Bkz. Erlüle, 2020, s. 62 dn. 29'da gösterilen kararlar.

³³ Erlüle, 2020, s. 62-63. Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 18 bu bakımdan özel öneme sahiptir. ÇHS M. 18/1'de çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları olarak benimsenmiş ve taraf devletlerin bu ilkenin hayata geçirilmesinde her türlü çabayı gösterecekleri ifade olunmuştur. İlgili sözleşmede maddesinin İsviçre Medeni Kanunu revizyonun gerekçelerinden birini oluşturduğuna ilişkin bkz. Usta, s. 118; Bingöl, s. 287. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Öcal Apaydın, agm. Evlilik dışı çocuk bakımından aynı yönde bkz. Reyhani Yüksel. *Velâyet Hakkı ve Anayasal Sınırları*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 77-78.

³⁴ Erlüle, 2019,s.299-230; Çakır, s. 125-132.

değiştirilmiştir³⁵. Öğretide de geçmişte boşanmada münhasıran tek başına velâyet rejiminin geçerli olduğu görüşü baskın iken zikredilen gelişmelerin etkisiyle mevcut TMK hükümleri uyarınca evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde hâkim tarafından ortak velâyete hükmedilebileceği ve “de lege ferenda” olarak ortak velâyeti çocuk menfaati ilkesine uygun gören ve TMK’ nin mevcut düzenlemelerin buna uygun olarak tadil edilmesi gerektiği yönündeki görüşler ağırlık kazanmaya başlamıştır³⁶.

II. Pozitif Hukuk Bakımından Ortak Velâyet’ in İncelenmesi

A. TMK Hükümleri Çerçevesinde Ortak Velâyet

Yukarıda değinmiş olduğumuz gibi TMK m.336/1’de velâyetin evlilik devam ettiği sürece ana ve baba tarafından birlikte kullanılacağı, aynı düzenlemenin ikinci fıkrasında ise ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hâkimin velâyeti eşlerden birine verebileceği düzenlenmiştir. TMK m.336’nın üçüncü fıkrasında ise ölüm ve boşanma halinde velâyetin sırasıyla sağ kalan eş veya çocuk kendisine bırakılan eşe ait olduğu ifade edilmiştir. İfade edilmiş olduğu gibi zikredilen yasal düzenleme çerçevesinde evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyetin mümkün olup olmadığı öğretide ihtilafıdır. Özellikle TMK m.336/3’de açıkça boşanmada ortak velayetten bahsedilmemiş olması itibarıyla konu tartışmalı olmaya devam etmektedir. Yine Medeni Kanun’un Çocuklar Bakımından Ana ve Babanın Hakları, 1.Hâkimin Takdir Yetkisi, başlıklı 181. maddesinin ikinci fıkrasında “*velâyet kendisine verilmeyen eş...*”ten bahsedilmesi ilgili hükme, boşanmada ortak velâyetin Medenî Kanun uyarınca uygulanabilirliği konusunda farklı anlamlar verilmesine sebep olmuştur. Esasen Medenî Kanun’un boşanmada velayeti düzenleyen her iki hükmü de öğretide farklı şekilde yorumlanmaktadır.

Öğretide geçmişten yana savunula gelen bir görüşe göre: Kanun Koyucu boşanma sonrası ortak velâyeti uygun görmeyerek, bu durumda velâyetin ana veya babadan birine verileceği esasını benimsemiştir. Bu görüşe göre, emredici nitelikli TMK m.336/3 ile boşanma sonrası ana babanın ortak velâyeti hususunda menfi çözüm şeklinde bir düzenleme getirilmiştir³⁷. Dolayısıyla boşanma halinde müşterek çocuğun ana veya babadan birine bırakılması zorunludur. Emredici nitelikteki TMK m.336/3 gereği, boşanmada hâkim tarafından ortak velayete hükmedilemez³⁸. AİHS Ek Protokol 7’nin yürürlüğe girmesinden önceki döneme ilişkin olarak Yargıtay uygulaması da bu

³⁵ Apaydın, s. 461; Usta, s. 116; Çelebi, s.62. İngiliz vatandaşı olan tarafların ortak velâyet istemine ilişkin davada karar vermek gerekirken kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle yazılı hüküm kurulması bozma sebebi sayılan bir karar için bkz. Ruhi, Canan/Ruhi, Ahmet Cemal. *Velâyet Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 45-47.

³⁶ Aynı yönde Erlüle, 2020, s. 64; Baygın, s. 268; Çakır, s. 144. Hakime velâyete ilişkin geniş bir takdir hakkı tanınması gerektiği ve çocuk yararının hani durumlarda tek başına velâyeti ani durumlarda ortak velâyeti gerektirdiğinin er somut olay özelinde incelenmesi gerektiği görüşü için bkz. Ercoşkun Şenol, H. Kübra. “Türk Hukukunda Boşanma Halinde Ortak Velâyete Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu”, *InÜHFD*, C.12, S.2, 2021, s. 763.

³⁷ Hatemi, s. 131; Dural/Öğüz/Gümüş, s.140 p.752; Kılıçoğlu, Ahmet. *Aile Hukuku*, 3. bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2017, s.624. AİHS 7 Nolu Ek Protokol m.5 gerekçesiyle ortak velâyete hükmedilmesini kabul etmekle birlikte aynı yönde bkz. Kurt, s.172vd.

³⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 140 p.752; Hatemi, s.131, Kurt, s.170; Kılıçoğlu, s. 624.

yönde olmuştur³⁹. TMK düzenlemeleri uyarınca ortak velayete hükmedilmesini mümkün görmemekle birlikte TMK m.336/3 hükmünün boşanmada ortak velayete imkân tanımaması itibarıyla, ilgili hükmün çocuk yararı ve anayasal eşitlik ilkelerine aykırı olması gerekçesiyle aleyhine aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurulması da öğretide önerilmiştir⁴⁰.

Boşanma halinde ortak velâyeti mümkün sayan görüşe göre ise: TMK m.336/3 düzenlemesi ortak velâyete hükmedilmesini engellemektedir⁴¹. Bu görüşteki yazarlar tarafından, ilgili hüküm emredici nitelikte sayılmamakta⁴² ve boşanmada ortak velayet konusunda bir örtülü boşluk olduğu kabul edilmektedir⁴³. Bu görüş bakımından özellikle üzerinde durulan husus, TMK m.336/3'ün çocuk yararı ilkesine uygun olarak yorumlandığı takdirde, hâkim tarafından boşanmada ortak velayete hükmedilebilmesinin önünde bir engel olarak değerlendirilmemesi gereğidir⁴⁴. Bu görüşteki yazarların bir kısmı tarafından da TMK m.336/3'ün , boşanmada ortak velayete hükmetme konusunda hakime takdir yetkisi verecek şekilde tadil edilmesi gereği ifade edilmektedir⁴⁵. Yine öğretide savunulan bir görüşe göre TMK m.336/3'de boşanmada ortak velayet konusunda menfi çözüm yolu benimsenmiş değildir. İlgili madde de örtülü değil gerçek bir boşluk vardır. Bu boşluk hakim tarafından TMK m.1 uyarınca doldurulacaktır⁴⁶.

Boşanmada ortak velayeti geçerli bir velayet rejimi olarak değerlendiren yazarlar tarafından, haklı olarak TMK m.182 düzenlemesi de haim tarafından ortak velayete hükmedilmesini engelleyen bir düzenleme sayılmamaktadır. İlgili hükmün müşterek çocukların taraflardan yalnız birine bırakılması hali dikkate alınarak düzenlenmiş olduğu ifade edilmektedir⁴⁷. Bu bağlamda ilgili hükümde yer alan “...velâyet kendisine bırakılmayan taraf...” ifadesinde tekil olarak taraf kelimesinin kullanılması kanun koyucunun bilinçli olarak velâyetin ebeveynlerden birine bırakılmak zorunda olduğu düşüncesinin bir sonucu olarak tercih edilmiş değildir⁴⁸. Başka bir ifade ile ilgili hüküm ile velayette hak sahipliği değil boşanma ve ayrılık halinde ana babanın hakları ve çocukla kişisel ilişki kurulması hususunda hakimin takdir yetkisi düzenlenmek istenmiştir. Bu görüşe göre velâyet ana ve babaya birlikte bırakılırsa artık velâyet kendisine

³⁹ Bkz. Apaydın, s. 46 dn. 59'da yeralan Yargıtay 2HD E.2006/6824 K.2006/13638 T.10.10.2006 sayılı karar.

⁴⁰ Bu görüş için bkz. Serozan, Rona. “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler”, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008, s.773.

⁴¹ Koçhisarlıoğlu, s. 44; Baygın, s.268; Öztan, 2015, s.1090-1091; Bingöl, Ediz.” Boşanmış Çiftlerin Birlikte Velâyet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.88, S. 2, 2014, s. 304.

⁴² Koçhisarlıoğlu, s.38, 229; Öztan, 2006, s.256-257; Çakırca, s. 120-121.

⁴³ Öztan, 2006, s. 260; TMK m. 336/3 lafzını açık bulmamakla birlikte, ilgili hükmün çocuk yararı ilkesi uyarınca yorumlanarak bu sonuca varılması gerektiği yönünde Öztan/Öztan, s. 21.

⁴⁴ TMK m. 336/3 düzenlemesinin çocuk yararı ilkesi ışığında “objektif zamana uygun yorum metodu” çerçevesinde anlaşılabilirliği yönünde Öztan, 2006, s.256-259. Koçhisarlıoğlu, s. 175vd. İlgili hükmün amaca uygun yorum yapılarak anlaşma halinde ortak velâyete hükmedilmesi gerektiği yönünde Erlüle, 2019, s. 154 vd. Ayrıca bkz. Kırca, Çiğdem. “Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama”, *AÜHFĐ*, C.50, S. 1, 2001, s.110. Kurt, Kanun hükmünün yorumlanmasında zamanın şart ve ihtiyaçlarının göz önünde tutulmasının gerekli olduğunu ancak bu gerekçeyle kanun metnine aykırı (contralegem) yorum yapılarak hükmün düzeltilmeyeceği görüşündedir bkz. agm, s. 172-173.

⁴⁵ Koçhisarlıoğlu, s. 226; Öztan, 2006, s.259-260.

⁴⁶ Apaydın, s. 457-459.

⁴⁷ Koçhisarlıoğlu, s. 104; Kurt, s. 166; Dönmez/ Barın, s. 185; Apaydın, s. 460; Ercoşkun Şenol, s. 758. Karş. Baygın, s. 268.

⁴⁸ Koçhisarlıoğlu, s. 103 vd.; Öztan, 2006, s.253-254; Erlüle, 2019, s. 286.

birakılmayan bir eşin varlığından söz açılmayacağından ilgili hüküm kapsamında kişisel ilişki düzenlenmesinin ve nafaka belirlenmesinin gereği yoktur⁴⁹.

Bir diğer görüş kapsamında ise Medenî Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde, boşanma sonrasında esas olanın ana veya babanın tek başına velâyeti olsa dahî eşlerin ortak velâyet konusunda anlaşmış olmaları ve yürütmek konusunda hazır olduklarının anlaşılması durumunda çocuk yararı ilkesi gereğince boşanmada ortak velâyetin kabul edilmesi gereği ifade edilmektedir⁵⁰. Ancak bu görüşteki yazarlar tarafından da TMK m.336/3 yönünden boşanmada ortak velayete imkan sağlayan şekilde bir açık bir değişiklik yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁵¹.

B. AİHS 7 Nolu Ek Protokol'ün Yürürlüğe Girmesinin Boşanmada Ortak Velâyete İlişkin Etkisi

Türk Hukuku'nda boşanmada ortak velâyetin mümkün sayılıp sayılmayacağı tartışması, Türkiye tarafından, AİHS Ek 7 Nolu Protokol'ün 10 Mart 2016'da 6684 sayılı Kanun ile uygun bulunması ve 1 Ağustos 2016'da yürürlüğe girmesi ile başka bir boyut kazanmıştır. AİHS 7 Nolu Ek Protokol'ün konumuz bakımından önem arz eden beşinci maddesi şu şekildedir: “*Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesine halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir*”. İlgili düzenleme ile evlilik birliği sonrasında döneme ilişkin olarak da eşlerin çocuklarıyla ilişkileri ile hak ve sorumluluklar bakımından eşit olması ilkesi kabul edildiğinden, bu maddenin ortak velayetle de ilgili olduğu kabul edilmektedir⁵².

Güncel gelişmeler başlığı altında kısaca değinmiş olduğumuz üzere, Ek Protokol 7'nin yürürlüğe girmesinin etkisiyle öncelikle ortak velâyet unsuru içeren yabancı mahkeme kararlarının tanınması taleplerine ilişkin olarak Yargıtay'ın kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle red yönündeki yerleşmiş uygulaması terkedilmiştir⁵³. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından 20.02.2017 tarihli kararda, “*ortak velâyet düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine 'açıkça' aykırı olduğunun söylemeyeceği*” ne hükmedilmiştir. Yüksek Mahkeme tarafından bu görüş değişikliğinin gerekçesi olarak AİHS Ek 7 Nolu Protokol 5. maddesi gösterilmiş ve Anayasa'nın 90. maddesi son fıkrası uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu, andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı ifade olunmuştur⁵⁴. Görüldüğü üzere Anaya m.90 ışığında çözüme kavuşturulacak bu mesele de

⁴⁹ Koçhisarlıoğlu, s. 104.

⁵⁰ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 43 vd. ayrıca s. 175-177; Öztan, 2006, s.257; Usta, s. 123-124.

⁵¹ Koçhisarlıoğlu, TMK m.336/3'ü ana ve baba tarafından boşanma halinde çocuğun velâyeti hususunda anlaşmanın gerçekleşmediği hallerde uygulanacak bir hüküm olarak değerlendirmektedir bkz. age, s. 39. Benzer bir görüş için Öztan, 2006, s. 260; Öztan/Öztan, s.20-21. Ayrıca bkz. Bkz. Baygın, Cem. *Soybağı Hukuku*, İstanbul, 2010, Oniki Levha Yayıncılık, s. 268; Dönme/Barın, s. 206; Apaydın, s.469 vd; Ercoşkun Şenol s. 762-763.

⁵² Bkz. Velâyetin cinsiyet eşitliği ile ilişkilendirilmesinin gerekçeleri için bkz. Çelebi, s. 33 vd.

⁵³ Boşanmada velâyetin ana veya babadan birine bırakılması mecburiyetine ilişkin eski tarihli kararlar için bkz. Öztan, 2006, s. 251 dn.4.

⁵⁴ Erlüle, s. 300 dn.114'de Öztan, Bilge. “Boşanmada Birlikte Velâyet”, *İzmir Medeni Hukuk Günleri, II, Aile Hukuk Sempozyumu Bildiri Özetleri*, 27-28 Nisan 2018, İzmir, s.12-13. Bu karara ilişkin karşı oy yazısı için bkz. Apaydın, s. 462 vd.

öncelikle tespit olunması gereken husus AİHS 7 nolu Ek Protokol m.5'in TMK'nin boşanmada ortak velayete ilişkin 336/3 hükmü ile çatışma içinde olup olmadığıdır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Gençcan⁵⁵ tarafından da 7 Numaralı Ek Protokolün 5. maddesi uyarınca, artık evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velâyetin asıl olduğu, boşanmada da ortak velâyetin genel kural olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁶. Zira Gençcan'a göre: 6684 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile boşanma halinde ortak velâyeti engelleyen TMK hükümleri hükümden düşmüştür⁵⁷. Hukuk pratiğimizde bu gelişmenin ardından ilk derece mahkemeleri tarafından da ana babanın müşterek talebi ile ortak velayete hükmedilmeye başlanmıştır⁵⁸. Öğretide de, AİHS Ek protokol 7'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte normlar hiyerarşisi çerçevesinde ortak velayetin uygulanabilir hale geldiği görüşü ifade olunmuştur⁵⁹.

Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre⁶⁰: AİHS 7 Nolu Ek Protokol madde beş, imzacı devletler yönünden ortak velayeti emreden bir düzenleme olarak değerlendirilmemektedir. İlgili hüküm ile gerek evlilik süresince gerek boşanma aşamasında eşler arasında cinsiyet temelli bir ayrımcılık yapılmasının yasaklanmıştır. TMK m.336'da eşler arasında cinsiyet temelli bir ayırım yapmadığına göre ilgili protokolün beşinci maddesine aykırı bir hüküm olarak değerlendirilmemektedir⁶¹. Bu görüş kapsamında AİHM tarafından, Avusturya Medeni Kanunu'nun boşanma halinde velâyetin ebeveynlerden birine bırakılacağına ilişkin 177. paragrafının, velayet kendisine bırakılmayan eş yönünden çocukla kişisel ilişki kurma ve bilgi alma hakkının kanun ile temin edilmiş olduğu gerekçesiyle, Ek 7 nolu Protokol 5. maddesinin ihlali anlamına gelmediğine hükmedilmiş olması örnek gösterilmektedir⁶².

Varılan sonuç itibariyle bu görüşe benzeyen bir başka görüşe göre, 7 numaralı Ek Protokol m. 5'in eşler arasında velayete ilişkin eşitliği de gerektirdiği kabul edilmekle ortak velayete ilişkin geçerli olan çocuk yararı ilkesinin ilgili protokol maddesinin de istisnasını oluşturduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, iç hukukumuzun bir parçası haline gelen konuyu ilgilendiren bir diğer sözleşme Çocuk Hakları Sözleşmesidir. Velâyetin süjesinin ebeveynler değil çocuk olduğu dikkate alındığında, çocuk yararı ilkesi uyarınca Çocuk Hakları Sözleşmesine uygun bir karara

⁵⁵ Erlüle, 2019, s. 301 dn. 117'de Gençcan, Ömer Uğur, "Ortak Velâyet", İzmir Barosu Bülten, Y. 27, 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Mart 2017, s.26; Apaydın, s.449.

⁵⁶ Aynı yönde Erlüle, s.301 dn. 115'te Öztan, Bilge. "Boşanmada Birlikte Velâyet", *İzmir Medeni Hukuk Günleri, -II, Aile Hukuk Sempozyumu Bildiri Özetleri*, 27-28 Nisan 2018, İzmir, s.13.

⁵⁷ Anayasa m. 90/son iki düzenlemenin çatışması durumunda uygulanacak normun tespitine yönelik özel bir çatışma kuralıdır. AİHS 7 nolu Ek Protokol m.5'in ortak velâyetine ilişkin TMK m.336/3 ile çatıştığı kabul edilse dahi ilgili hükmün örtülü olarak ilga edildiği söylenemez protokolün ilgili maddesinin uygulanacağı söylenebilir. Bu yönde ve Anayasa m. 90/ son'un iç hukuka etkisi konusundaki tartışmalara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Erlüle, 2019, s. 308-319; Dönmez/Barın, s. 193vd. Çakır, s. 126-127; Güven, agm. Aynı yönde Öztürk, s. 226.

⁵⁸ Kurt, s. 170 dn. 42'de verilen, T. 27.5.2009 E. 448, K. 470, sayılı İzmir 4. Aile Makemesi Kararı. Ayrıca, Apaydın, s. 461 dn. 60'ta verilen Yargıtay 2HD 22.11.2004 E.12285/K.13680 kararı. Çakırca, Nagehan. *Boşanma Sonrası Ortak Velâyet*, Ankara, 2020, s. 137 vd. Evlilik dışı çocuk yönünden ortak velâyetine ilişkin bkz. Çelebi, s. 63 dn.185'te yer verilen İstanbul 10 BAM, 226/9, 07.01.2019, Ankara 2 BAM, 3530/158, 05.02.2019, İzmir 2 BAM , 3781/179, 05.02.2019 kararları.

⁵⁹ Kurt, s.174. İlgili protokolün yürürlüğe girmesiyle artık boşanmada ortak velâyetine hükmedilmesinin önündeki tek engelin çocuk yararı ilkesinin aksini gerektirmesi hali olduğu görüşü için bkz. Reyhani Yüksel, s. 83-84.

⁶⁰ Apaydın, s. 467 vd. Erlüle, 2019, s. 318-319.

⁶¹ Apaydın, s. 467. Benzer şekilde Dönmez/Barın, s. 202 vd.

⁶² Apaydın, s. 467; Dönmez/Barın, s. 203; Erlüle, 2019, s. 317.

varılması gerekmektedir. Olması gereken hukuk bakımından ise ana ve babaya ortak velayeti tercih etme hakkı tanınmalıdır⁶³.

Öğretideki Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Varılan Sonuçlar

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, TMK m.336/2'nin, yani "ortak yaşama son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir", hükmünün zıt anlamı itibarıyla, hâkimin bu halde ortakvelâyete de karar verebileceği sonucuna kesin şekilde ulaşamaz. Nitekim ilgili düzenleme velayetin hali hazırda ana-baba tarafından birlikte kullanıldığı durum dikkate alınarak kaleme alınmış görünmektedir. Bu sebeple ilgili hüküm sebebiyle, Kanun Koyucu tarafından veya Medenî Kanunu'muz çerçevesinde, ayrılık veya ortak yaşama son verilmesi halinde ortak velayetin çocuk yararına uygun bir velâyet rejimi olarak görüldüğü söylenemeyecektir⁶⁴.

Belirtildiği üzere boşanmada ortak velayet, Medenî Kanunu'muzda açıkça düzenlenmemiştir. TMK m.336/3'ün, boşanma halinde, velayetin kendisine bırakılan tarafa ait olacağı şeklindeki açık lafzından Kanun Koyucu'nun evliliğin boşanma ile sona ermesi durumuna tek başına velayeti diğer velayet modellerine tercih ettiği başka bir şekilde menfî çözüm şeklinde bir düzenleme getirildiği anlaşılmaktadır.

Boşanmada velayet konusuna ilişkin Medeni Kanun'da yeralan bir diğer düzenleme olan m.182/3 tek başına Kanun Koyucu tarafından boşanmada ortak velayetin dışlandığı sonucuna varmak üzere yeterli değildir. Nitekim ilgili düzenleme, VIII.Çocuklar bakımından ana ve babanın hakları ve 1. Hakimın takdir yetkisi şeklindeki kenar başlıklarından açıkça görüldüğü üzere hakim tarafından kişisel ilişkiler düzenlenirken dikkate alınacak hususları gösteren bir maddedir. Ancak bu düzenleme TMK m. 336/3 ile birlikte değerlendirildiğinde Kanun Koyucu'nun boşanmada geçerli velâyet rejimi tercihinin tek başına velayet yönünde olduğunu göstermek üzere anlamlı sayılmak gerekir. Nitekim TMK m. 182/3'ün lafzının bu hususu göstermekte yeterince açık olmadığına itirazına karşı⁶⁵ öğretide daha önce de ifade olunmuş olduğu üzere⁶⁶ revizyondan önce Mehaz Kanun'un (eİMK m.133/1) ilgili hükme karşılık gelen eski maddesinde velâyetin ebeveynlerden birisine bırakılacağına açıkça düzenlenmiş olduğu söylenebilecektir. Nitekim ortak velayet yönünden gerçekleştirilen revizyonlardan önce mehaz Kanun'un (İMK) TMK m.336/3'e karşılık gelen m.297/III hükmü İsviçre öğretisinde ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da bu şekilde anlaşılmaktadır⁶⁷.

Hukumumuzda evliliğin boşanma ile sona ermesi durumunda ortak velayeti uygulanabilirliği sorununu doğrudan etkiler görünen diğer bir gelişme ifade edilmiş olduğu gibi AİHS 7 Nolu Ek Protokol'ün yürürlüğe girmesidir. Nitekim Anayasa m.90/son'a göre; usulüne göre yürürlüğe konmuş olan milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde olduğundan ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların kanunlarla aynı konuda farklı hükümler

⁶³ Aynı yönde bkz. Dönmez/Barın, s. 205. Müşterek talep ve çocuk yararı ilkesi gözetilerek istisnai olarak boşanmada ortak velâyete hükmedilmesi gerektiği görüşü için bkz. Baygın s. 268.

⁶⁴ Aksi yönde Erlüle, 2019, s. 287.

⁶⁵ Bu görüş için bkz. Öztan, 2006, s. 253. TMK'nin mevcut hükümlerini boşanmada ortak velâyet kararı verilmesini engellemediği görüşü için ayrıca bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 103 vd. Dönmez/Barın, s. 184 vd.

⁶⁶ Öztan, 2006, s. 253.

⁶⁷ Baygın, s. 267'den BGE 117 II 523; Usta, s. 119; Çelebi, s. 49.

içermesinden doğan doğabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacağından konu önemi haizdir. Yüksek Mahkeme'nin ilgili protokolün beşinci maddesini gerekçe göstererek Türk Hukuku'nda boşanmada ortak velayeti mümkün sayan yorumu da dikkate alındığında konunun araştırılması zarurî hale gelmektedir. Anayasa m. 90/son düzenlemesinin iç hukuka etkisi konusunda birbirinden farklı görüşler ileri sürülmekteyse de, bu tartışmaya girmeden öncelikle milletlerarası andlaşma ve kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi bir çatışmanın varlığı, ön koşul olarak gerçekleşmelidir. Vardığımız sonuç itibarıyla Ek protokol 5. maddesinin TMK'nin velâyete ilişkin hükümleri ile çatışma halinde olduğu söylenemez⁶⁸. Öğretide benzer görüşü paylaşan yazarlar tarafından örnek gösterilen Avusturya/Cernekv davası⁶⁹ çerçevesinde AİHM tarafından, Avusturya'nın Kanunu'nda ortak velayeti düzenlememiş olması sebebiyle ihlale hükmedilmemiş olması bunu açıkça göstermektedir. Kararda ifade olunduğu üzere takdir marjıdır. İlgili hüküm taraf devletleri ortak velayeti iç hukuklarında düzenlemekle yükümlü tutmamaktadır.

Bize de daha isabetli görünen ilgili protokolün beşinci maddesinin ratio legisinin kadın ve erkek eşin arasında sadece evlilik süresince değil evlilik sonrasındaki dönemi de kapsayacak şekilde eşitliğin sağlanması olduğudur. Bu görüş kabul edildiği takdirde, 7 nolu Ek Protokol madde 5'in TMK'nin m. 336. ile çeliştiği ve dolayısıyla Anayasa'nın 90/son gereğince milletlerarası antlaşma hükmünün uygulanarak ve ortak velâyete hükmedilebileceği sonucuna varılmayacaktır. Zira AİHS 7 nolu Ek protokol 5. maddesi doğrudan boşanmada ortak velâyete ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi TMK m.336'da evlilik sürecinde veya sonrasında kadın veya erkek ebeveyn arasında hak ve yükümlülüklerde eşitliği ihlal eden bir düzenleme sayılamaz.

Bir an için ek protokol beşinci maddenin velayete ilişkin sonuçları olduğu kabul edilse dahi velâyet konusuna ulusal ve uluslararası düzeyde hâkim olan ilke çocuk yararı ilkesi, ana- babanın yararı veya çocuğun yararının çatıştığı zaman çocuğun yararının esas alınacağını ifade eder⁷⁰. Bu bakımdan velayet konusunun ana ve babanın eşitliği ilkesinin doğrudan bir alanı olmadığı kabul edilmesi gerekir⁷¹. Bu hususta ayrıca çok haklı olarak çocuk yararı ilkesinin Ek Protokol m.5'in de istisnasını oluşturduğu ve BMÇHS uyarınca da çocuk yararına uygun şekilde velayete karar verilmesi gerektiği ifade olunmaktadır⁷².

Olması gereken hukuk bakımından boşanmada ortak velâyetin kural olarak kabul edilmesinin gerekli olup olmadığı sorusunun cevabı da yine çocuk yararı ilkesi ile doğrudan bağlıdır. Batıda ilgili bilim dalları çerçevesinde yapılan araştırmalar çocuk yararına uygun velayetin ortak velayet olduğunu göstermektedir⁷³. Bu yönüyle soru multidisipliner bir özellik taşımaktadır. Bize göre bu soru titizle cevaplandırılmalıdır. Zira ortak velâyet rejiminin çocuk

⁶⁸ Benzer şekilde Erlüle, 2019, s. 315-316. TMK m. 336/3'ün zimmî olarak ilge olunmadığı ancak AİHS 7 nolu ek protokol m. 5 uyarınca çocuğun yararına olması halinde ilgili madde gereğince boşanmada ortak velâyete hükmedilebileceği yönünde Çakırca, s. 133.

⁶⁹ Cernekv. Austria Application no. 31061/96.

⁷⁰ Erlüle, 2020, s. 61.

⁷¹ Benzer şekilde Çelebi, çocukları etkileyen konularda kadın erkek eşitliğinin birincil ölçüt olmadığı ifade etmektedir. Çocuğun üstün yararı ilkesinin ilgili kendisi ile birlikte geçerli sayılabilecek diğer hukuki ilkelere tercih edilecek nitelikte olduğunu ifade etmektedir., agm., s. 32

⁷² Dönmez/Barın, s. 205; Ercoşkun Şenol, s. 762.

⁷³ Bkz. Erlüle, Fulya. "Boşanmadan Sonra Birlikte (Ortak) Velâyete İlişkin Güncel Gelişmeler", *Bursa Barosu Dergisi*, C.45, S.114, 2020, s.61, (Erlüle, 2020). Ayrıca bkz. Ercoşkun Şenol, s. 756 dn. 6.

lehine özelliklerinin yanı sıra bize göre çocuğun uyuşmazlıklardan olumsuz etkilenmesi, eski eşler arasında devam eden çekişmelerde araçsallaştırılması ve gereği gibi velâyetin yürütülememesi tehdidinin olumsuz sonuçlarından zarar görmesi gibi riskler mevcuttur⁷⁴. Bu sebeple bize göre bu hususlar dikkate alınarak ve bir uygulama envanteri elde edilmesi amacıyla, İsviçre’de gerçekleşen ilk aile hukuku revizyonunda olduğu gibi hakime ana-babanın anlaşması⁷⁵ ve velâyeti çocuk yararına uygun şekilde yürütebileceklerinin anlaşılması halinde ortak velâyete hükmetme bakımından takdir hakkı tanınmalıdır. Zira böyle bir ihtimalde belirli bir süre içinde uygulamamızda boşanmada ortak velâyetin ne ölçüde ağırlık kazanacağı dolayısı ile ilgili kurumun kural olması yönünde bir ihtiyacın varlığı tespit edilebilecektir. Aile Mahkemeleri tarafından ebeveynlerin talebi ve çocuk yararına uygunluk şartı ile verilen ve yürütülebilen belirli sayıda ortak velâyet kararı, kurumun TMK’de kural haline getirilmesinin güçlü gerekçelerden birini teşkil edecektir⁷⁶.

KAYNAKÇA

Apaydın, Eylem. “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Düzenleme Yapılması Gereği”, *İNÜHFD*, C.9S.1, , s. 445- 476, 2018.

Baygın, Cem. *Soybağı Hukuku*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Bingöl, Ediz. “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.88, S.2, s.276- 312, 2014.

Birinci Uzun, Tuğba. “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, s. 135-166, 2016.

Bükel Koç, Merve. “Ortak Velayet”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2020.

Çelebi, Özgün. “Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 79, S. 1, s. 22-77, 2021.

Çakır, Nagehan. *Boşanma Sonrası Ortak Velayet*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Durak, Yasemin. “Gemeinsames Sorgerecht”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 4, s.101-118, 2020.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 11.bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016.

⁷⁴ Erlüle, s. 114vd.; Çakır, s.76.

⁷⁵ Hakime mevcut pozitif düzenleme çerçevesinde de anlaşma halinde ortak velâyetin çocuk yararına uygun olup olmadığını denetleme konusunda takdir yetkisi tanınması yönünde bkz. Öztan, 2006, s. 52.

⁷⁶ Öztan/Öztan, bu konudaki görüşlerini şu şekilde ifade etmektedir: “Avrupa Konseyinin tavsiye kararına göre, birlikte velâyetin temel kural ve velâyetin anababandan birine verilmesi istisna olarak kabul edilmeden önce toplumdaki isteklerin hangiyönde olduğubelirlenmeli, toplumdakideğer hükümlerinin değişip değişmediğiüzerinde sosyolojik araştırmalar yapılmalı, özellikle ülkenin kültürü, adetleri, toplumun normları incelenmeli, gerçeğe uygunluğu araştırılmalıdır. Birliktevelâyetin temel kural olarak kabulü hâlinde, 90 yılı aşkın bir süreden beriuygulanan ve toplumda büyüktartışmalara neden olmayan tek başına velâyetin istisnaî hüküm olarak uygulanması herhalde hâkimlere bellibir süre büyük bir yük getirecektir. Birlikte velâyetin, toplumda alışıl gelmiş olan uygulamalar ve örflerkarşısında yaygın bir şekilde uygulanabilmesi için herhalde uzunca bir süre beklemek gerekecektir. Bu konudabiraz sabır zorunlu olacaktır kanaatındayız.”, agm, s. 23.

Dönmez, Ünsal/ Barın, Taylan. “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, *TAAD*, Y.9, S.35, s. 175-209, 2018.

Ercoskun Şenol H. Kübra. “Türk Hukukunda Boşanma Halinde Ortak Velâyete Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu”, *İNÜHFD*, C.12, S.2, s.754-765, 2021.

Erlüle, Fulya. *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet*, 1. Bası, Yetkin Kitapevi, Ankara, 2019, (Erlüle, 2019).

Erlüle, Fulya. “Boşanmadan Sonra Birlikte(Ortak) Velâyete İlişkin Güncel Gelişmeler”, *Bursa Barosu Dergisi*, C.45, S.114, 2020, s.59-68. (Erlüle, 2020)

Erlüle, Fulya. “Alman, Avusturya ve İsviçre Medenî Kanunlarında Yapılan Revizyonlar ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velayetin Kural Haline Gelmesi”, *YÜHFD*, C.XVIII, S. 18, s. 555-576, 2021, (Erlüle, 2021).

Güneş, Zeynep Naz. “Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velayet”, *TBB Dergisi*, S. 150, s. 157-178, 2020.

Güven, Kudret. “Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta Ortak Velayet”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.1, 2018, s.11-64.

Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*, 8. bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina E.. *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 4. Auflage, Stämpfli, Bern, 2010.

Kılıçoğlu, Ahmet. *Aile Hukuku*, 3. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2017.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz. *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004.

Kurt, Leyla Müjde “Boşanma Durumunda Birlikte(Ortak) Velâyet”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.2, 2018, s.157-184.

Reyhani Yüksel. *Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Ruhi, Canan/Ruhi, Ahmet Cemal. *Velayet Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

Serozan, Rona. “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler”, *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*, Turhan Kitapevi, s. 759-777, Ankara, 2008.

Öcal Apaydın, Bahar. “İsviçre Medeni Kanunu'nun Velayete İlişkin Hükümlerinden Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, *Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan*, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.145-146, 2016, s. 631-658.

Öztan, Bilge. “Türk Hukuku'nda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu”, *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, s. 252-260, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006. (Öztan, 2006)

Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2015. (Öztan, 2015)

Öztan, Bilge/ Öztan, Fırat. “Boşanma Birlikte Velayet ve Birlikte Velayetin Uygulanmasına İlişkin Modeller”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.1, 2020, s.2569-2608. (<https://www-jurix-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/article/20850>) (Erişim tarihi: 14.04.2022)

Öztürk, Barış Can. *Birlikte Velayet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

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