

TÜRK MEDENİ KANUNU VE ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER IŞIĞINDA BİRLİKTE VELAYET

Filiz YAVUZ İPEKYÜZ*

Merve POLAT**

ÖZ

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 336/1. maddesi gereğince ana ve baba, evlilik birliği içerisinde velayet hakkına birlikte sahiptirler. Evlilik birliği içerisinde ana ve babadan her biri, velayet hakkını birbirinden bağımsız ve eşit bir şekilde kullanırlar; çocuk üzerindeki hak ve yükümlülükleri çocuğun üstün yararı doğrultusunda, birlikte yerine getirirler.

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-mail: fipekyuz@gmail.com , ORCID ID: 0000-0001-9698-3272.

** Öğrenci, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, E-mail: mervepolat166@gmail.com , ORCID ID: 0000-0002-5584-2286.

Makalenin Gönderim Tarihi : 18.08.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 23.10.2022.

Bu makale, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programında hazırlanan ve 14.06.2022 tarihinde savunulan “Türk Hukukunda Birlikte Velayet” başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

Evlilik birliği içerisinde ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanacağına ilişkin TMK’da net bir hüküm mevcut ise de, evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde veya evlilik dışı ilişkilerde, müşterek çocuğun velayetinin ana ve baba tarafından birlikte kullanılacağına yönelik bir hüküm yer almamakta; var olan düzenlemeler de birlikte velayete imkân tanımamaktadır. Bu husus, son yıllarda öğretide gittikçe tartışmalı hale gelmiştir. Mevzuatımız olan İsviçre Medeni Kanunu’nu da dahil olmak üzere birçok ülkenin medeni kanunu, evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği durumlar ile evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete imkân tanınması ve ayrıca Türkiye’nin taraf olduğu birçok milletlerarası antlaşmada yer alan hak ve ilkeler çerçevesinde birlikte velayetin evlilik birliği içerisinde olduğu gibi boşanma durumunda ve evlilik dışı ilişkide de mümkün olması, bu tartışmanın en önemli nedenlerindedir.

Çalışmamızda, mevcut kanuni düzenlemeler kapsamında Türk hukukunda boşanma durumunda ve evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayetin mümkün olup olmadığı, öğretideki görüşler çerçevesinde değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, velayet, ebeveyn, birlikte velayet, çocuğun üstün yararı.

JOINT CUSTODY IN THE LIGHT OF TURKISH CIVIL CODE AND VIEWS IN THE DOCTRINE

ABSTRACT

In the Turkish Civil Code (TMK), according to article 336/1, the parents have the right of custody together in the union of marriage. In the union of marriage, each of the parents uses the right of custody independently and equally fulfilling their rights and obligations to the child together in line with the best interests of the child. Although there is a clear provision in the TMK that the mother and father will use the right of custody together in the union of marriage, there is no provision that the custody of the joint child will be used by the mother and father together in the case of divorce or extra-marital relations.

In addition to that, current regulations do not allow joint custody. This issue has become increasingly controversial in the doctrine in recent years. The civil code of many countries, including the Swiss Civil Code, which is our source code, allows joint custody in cases where the marriage union ends with divorce and in extra-marital relations. In the framework of the rights and principles contained in many international treaties to which Turkey is a party,

joint custody is one of the most important rights in the civil codes. Therefore, this reality is the most significant reason for that longstanding discussion.

In our study, joint custody will be evaluated whether it is possible in case of divorce and extra-marital relations in Turkish law within the scope of current legal regulations and the doctrine.

Keywords: Child, custody, parent, joint custody, best interests of the child.

I. GİRİŞ

Velayet, on sekiz yaşını doldurmamış küçüklerin veya bazı istisnai hallerde ergin ancak kısıtlanmış olan çocukların, üstün yararının sağlanması, şahıs ve malvarlıklarının korunması ve bunların temsil edilmesi amacıyla, ana ve/veya babaya tanınan hak, yetki ve ödevlerin bütünü olarak tanımlanmaktadır¹. Velayet kanundan doğan bir hak olup

¹ Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s. 272; Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 1984, s. 497; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979, s. 503; Selma Bakır Çetiner, Velâyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 30; Cem Baygın, Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 259; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 406; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, S. 339; Bilge Öztan, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 1074; Sevgi Usta, Velayet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 23-24; Ahmet Cemal Ruhi/Canan Ruhi, Velayet Hukuku, Ankara 2017 s. 21; Rona Serozan, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 250; Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 179; Bahar Öcal Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu'nun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi, Prof. Dr. Özer SELİÇİ'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-46, İstanbul 2016, s. 633; Ahmet Cemal Ruhi, Birlikte Velayet Kurumu ve Birlikte Velayete İlişkin Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 14; Hilal Karaca, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 21; Abdülkerim Yıldırım, Türk Aile Hukuku, Monopol Yayınları, Ankara 2018, s. 55.

yalnızca ana ve babaya tanınan şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır². Bu nedenle velayet kapsamında ana ve babanın sahip olduğu hak ve yetkiler üçüncü kişilere devredilemez³, mirasçılara intikal edemez ve bahse konu hak ve yetkilerden feragat edilemez⁴. Birlikte velayet ise, ana ve babanın evli olup olmadığına bakılmaksızın çocuk üzerinde eşit hak ve yetkilere sahip olmalarını ifade eder⁵. Bir başka ifadeyle, birlikte velayet, ana ve babanın çocuk üzerindeki hak ve yükümlülüklerini Anayasa'nın 10. ve

² Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, s.180; Usta, Velayet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016 s.103; Öztan, Aile Hukuku, s.1078; Akıntürk/Ateş, Aile Hukuku, s.407; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.43; Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s.500; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 254; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s.23.

³ "...Velayet kendisine bırakılan davalı (baba)'nın bu görev ve sorumluluğunu yerine getirmediği, çocuğu önce kendi anne ve babasının yanına, bir süre sonra da buradan da alıp, birlikte yaşadıkları dönemdeki bakıcı kadına bıraktığı, bu süre içinde dahi çocuğun bakım masraflarının ve diğer giderlerinin davacı (anne) tarafından karşılandığı yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Velayet görev ve sorumluluğu, bir başkasına bırakılamaz ve devredilemez. Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi baba yanında tehlikededir. Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde bir sebep ve delil de bulunmamaktadır. Bu durumda, davanın kabulü ile velayetin davalıdan alınarak davacıya verilmesi gerekirken, bu husus nazara alınmadan yetersiz gerekçe ile isteğin reddi doğru bulunmamıştır." İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 26.02.2015 T. 2014/19942 E. 2015/3018 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 04.09.2022.

⁴ İlnur Serdar, Birlikte Velayet, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, Yıl 2008, s.1 60; Öztan, Aile Hukuku, s.1078; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 252; Usta, Velayet Hukuku, s. 27; Akıntürk/Ateş, Aile Hukuku, s. 407; Ruhi, Birlikte Velayet Kurumu, s. 28; Eylem Apaydın, Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.9, S.1, Yıl 2018, s. 446.

⁵ Serdar, Birlikte Velayet, s. 162; Ediz Bingöl, Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması, İstanbul Barosu Dergisi, C: 88, S: 2, Yıl 2014, s. 281; Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, s.447; Süheyla Kahraman, Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Müşterek Velayet, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s. 131.

41/1. maddelerinde belirtilen eşitlik ilkesi çerçevesinde yerine getirmesidir⁶. Benzer şekilde milletlerarası antlaşmalarda, ana ve babanın çocuğun yetiştirilmesinde birlikte sorumluluklarının olduğu belirtilmiştir⁷.

Türk Medeni Kanunu'nun velayet hakkını düzenleyen hükümlerinde evlilik birliği içerisinde çocuğun, ana ve babasının birlikte velayeti altında olduğu açık bir şekilde ifade edilmiştir. Nitekim TMK'nın 336/1. maddesinde yer alan düzenleme gereğince, "...evlilik devam ettiği sürece ana ve baba, velayeti birlikte kullanırlar." Velayet hakkının ana ve baba tarafından birlikte kullanılması, kendilerine tanınan hak ve yükümlülüklerin aralarında paylaşılacağı anlamına gelmemektedir⁸. Zira her biri hak ve yükümlülükleri, aralarında uzlaşarak sağlayarak eşit bir şekilde yerine getirirler⁹. Daha net bir ifadeyle velayet hakkı, hem ana hem de baba tarafından birinin diğerine üstünlüğü olmaksızın birlikte kullanılacaktır¹⁰. 743 Sayılı Mülga Medeni

⁶ Bingöl, Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması, s.281.

⁷ BMÇHS'nin 18.maddesi'nde: "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 vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler." şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Sözleşme'nin metni için bkz: (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>) Erişim Tarihi: 02.08.2022.

⁸ Leyla Müjde Kurt, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, Yıl 2018, s.158; Öztan, Aile Hukuku, s. 1079; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, s. 183; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 500; Ruhi, Birlikte Velayet Kurumu, s. 34.

⁹ Nurten İnce, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet, TAAD, Y. 9, S. 34, Nisan 2018, s. 195; Kurt, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, s. 158; Öztan, Aile Hukuku, s. 1079; Serdar, Birlikte Velayet, s.162.

¹⁰ Tuba Birinci Uzun, Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, Yıl 2016, s. 143; Özge Bölükbaşı, Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, Yayınlanış Doktora Tezi, Erzincan

Kanunu'nda yer alan ve ana babanın velayet hakkının kullanılmasında, aralarında anlaşamamaları halinde babanın oyuna üstünlük tanınacağına ilişkin düzenlemeyi içeren 263. madde hükmüne, kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğundan 4721 Sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmemiştir¹¹.

Ayrılık veya birlikte yaşamaya ara verildiği hallerde, TMK'nın 336/2. maddesi uyarınca, hâkim velayeti eşlerden birine bırakabilir. Bahse konu hükmün zıt anlamından, hâkimin bu konuda kullanacağı takdir yetkisiyle, velayeti ana veya babadan birine bırakabileceği gibi her ikisi tarafından birlikte kullanılmasına da karar verebileceği sonucu çıkarılabilir¹².

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde, TMK'nın 336/3.maddesi uyarınca, “*Velayet, ... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*” Yine TMK'nın 182/3. maddesinde boşanma durumunda, velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararlarının esas tutulacağı açıkça belirtilmiştir.

Türk hukukunda evlilik dışı ilişkiler bakımından ise birlikte velayete imkân tanınmamış ve TMK'nın 337/1. maddesi uyarınca, evlilik dışı ilişkiden doğmuş müşterek çocuğun velayetinin anaya ait olduğu hüküm altına alınmıştır.

İlgili kanun maddelerinden de açıkça görüleceği üzere, Türk Medeni Kanunu kapsamında ana ve babanın velayet hakkına birlikte sahip olması, evlilik birliği içerisinde kabul edilmiştir. Ancak Türkiye'nin taraf olduğu başta Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2020, s. 125-126.

¹¹ Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 139-140.

¹² Usta, Velayet Hukuku, s. 110; Serdar, Birlikte Velayet, s. 169; Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 143; Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, s. 450; Fulya Erlüle, İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, “Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 269.

(BMÇHS)¹³, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İHAS) ¹⁴, 11 No’lu Protokol ile Değişik İHAS’a Ek 7 No’lu Protokol¹⁵ olmak üzere birçok milletlerarası antlaşmada, çocuğun üstün yararının korunması gerektiği, ana ve babanın evlilik birliğinin sona erdiği veya hiç olmadığı durumlarda çocuk üzerinde eşit sorumluluğu ve söz hakkının olduğu, çocuğun her türlü ayrımcılıktan korunması gerektiği kabul edilmiştir. Söz konusu milletlerarası antlaşmalar, Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca iç hukukumuzun parçası haline gelmiştir.

Öğretide, birlikte velayetin boşanma durumunda mümkün olup olmayacağına ilişkin TMK’nın özellikle 336. ve 182. maddeleri, evlilik dışı ilişkiler bakımından ise 337. maddesi oldukça tartışmalıdır¹⁶. Nitekim

¹³ Sözleşme’nin metni için bkz: (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>) Erişim Tarihi: 14.08.2022.

¹⁴ Sözleşme metni için bkz: (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf>) Erişim Tarihi: 14.08.2022.

¹⁵ Protokol metni için bkz: (https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/26/AIHS_7_protokol.pdf) Erişim Tarihi: 14.08.2022.

¹⁶ TMK m.336’da: “Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir. Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.” şeklinde hükme yer verilmiştir. Bahse konu hükmün 3.fikrasında yer alan “velâyet ... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir” ifadesi ilgili hükmün, boşanma sonucunda birlikte velayete imkân tanıyıp tanımadığına yönelik öğretilerde önemli tartışmaların yaşanmasına sebep olmuştur. Diğer taraftan “Hâkimin takdir yetkisi” kenar başlıklı TMK m.182’de: “Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler. (Ek ikinci fıkra:24/11/2021-7343/37 md.) Mahkeme, kararında kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayetin değiştirilebileceğini ihtar eder. 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

Yargıtay da 2017 yılına kadar, velayete ilişkin hususların kamu düzeninden olduğu ve TMK'nın emredici hükümleri kapsamında birlikte velayetin mümkün olmadığından bahisle bu yöndeki tenfiz taleplerini reddetmiştir¹⁷. Ancak sonrasında, Yargıtay 2. HD, 20.02.2017 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, birlikte velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığını ve birlikte velayetin uygulanmasına ilişkin İHAS'a Ek 7 No'lu Protokole atıf yaparak Anayasa'nın 90. maddesi gereğince uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağını belirtmiştir¹⁸. Anlaşılabacağı üzere gerek imzalanan milletlerarası antlaşmalar gerek birçok yabancı devlet hukukunda, boşanma ve evlilik dışı birlikliklerde ana ve babaya velayet hakkının birlikte tanınmasına ilişkin yapılan düzenlemeler, gerekse de verilen yargı kararları son yıllarda öğretide tartışmalara neden olmuş ve dolayısıyla uygulamada yeknesaklık sağlanamamıştır. Tartışılan husus, birlikte velayetin Türk hukukunda düzenlenmesi gerekliliğine yönelik değildir; zira bu gereklilik yapılan araştırmalar¹⁹ neticesinde apaçık ortadadır²⁰. Tartışılan husus,

ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Maddenin 3.fıkrasında yer alan “velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş...” ifadesi, öğretide benzer tartışmalara neden olmuştur. Kanun metni için bkz: (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>) Erişim Tarihi: 08.01.2022.

¹⁷ İlgili Yargıtay kararları için bkz: Yargıtay 2. HD. 27.12.2004 T. 2004/13947 Es. 2004/15854 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#>) Erişim Tarihi: 28.02.2022.

Yargıtay 2. HD. 16.02.2015 T. 2015/2140 Es. 2015/1932 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#>) Erişim Tarihi: 28.02.2022.

¹⁸ İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2. HD. 20.02.2017 T. 2016/15771 Es. 2017/1737 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#>) Erişim Tarihi: 28.02.2022.

¹⁹ Robert Bauserman, Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A meta-analytic Review, Journal of Family Psychology, 16(1), 2002, s. 91–102; Anna Lubrano Lavadera/Liliana Caravelli/Marisa Malagoli Togliatti, Joint Custody and Shared Parenting: Analysis of Practices in the Civil Court of Rome, s. 97 (http://ijfs.padovauniversitypress.it/system/files/papers/16_1_06.pdf) Erişim Tarihi: 21.02.2022; Ayşegül Sayan Karahan, Boşanma Sürecinde

boşanma halinde veya evlilik dışı ilişkilerde, Türk hukukunda yer alan mevcut hukuki düzenlemeler ve milletlerarası antlaşmalar çerçevesinde birlikte velayet kararı verilip verilemeyeceğine yöneliktir. Aşağıda mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde birlikte velayetin mümkün olup olmadığı incelenecektir.

II. EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ HALİNDE BİRLİKTE VELAYET

A. TMK'nın 336/3. Maddesinin Değerlendirilmesi

Türk hukukunda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde, birlikte velayetin mümkün olup olmadığına ilişkin öğretide TMK'nın ilgili iki hükmü tartışılmaktadır. Bunlardan ilki, ana veya babadan birinin ölümü halinde velayetin sağ kalan eşe ait olacağını; boşanmada ise, çocuğun kendisine bırakılan tarafa ait olacağını hüküm altına alan 336/3. maddesidir²¹. Madde metninde yer alan “*Velayet... , boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*” ifadesi, öğretide önemli tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bu tartışmalar, TMK'nın 336/3.

Ortak Ebeveynlik ve Ortak Velayete İlişkin bir Derleme, Uluslararası Toplum Araştırmaları Derneği, C.18, S.44, Yıl 11, s. 8504; Müge Kiremitçi, Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul 2014, s. 23.

²⁰ Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği s.447; Kiremitçi, Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, s.23-26; Sayan Karahan, Ortak Velayete İlişkin bir Derleme s.8502 vd.

²¹ Türkiye’de boşanma sürecinde birlikte velayete ilişkin bakış açılarının yer aldığı doktora tezinde katılımcılar, TMK'nın 336. maddesini aynen kabul ettiklerini belirterek boşanma durumunda çocuğun velayetinin ana veya babadan birine verilmesini onaylasalar da TMK'nın ebeveynlere verdiği yükümlülükler tek tek madde olarak sorulduğunda katılımcılar, veli olarak boşanma halinde ana ve babanın eşit haklara sahip olmak istediklerini belirtmişlerdir. Kiremitçi bu durumu, katılımcıların TMK'nın kendilerine ebeveyn olarak yüklediği sorumlulukların hukuki anlamlarını yeterince bilmediklerine bağlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Kiremitçi, Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, s. 104.

maddesinin emredici olup olmadığı veya hükümde boşluk bulunup bulunmadığına ilişkin noktalarda yoğunlaşmıştır.

1. TMK'nın 336/3. Maddesinin Emredici Olduğuna İlişkin Görüşler

Tekinay, boşanma sonucunda ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanamayacağını, dolayısıyla velayetin tevdiinde ana veya babadan birinin tercih edilmesi gerektiğini belirtmiştir²².

Dural/Öğüz/Gümüş, benzer yönde bir görüş belirterek Türk hukukundaki ilgili düzenlemenin, boşanma durumunda velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasına izin vermeyeceğini ifade etmiştir²³.

Hatemi/Kalkan Oğuztürk'e göre, anılan hükümde bir boşluk değil; menfî bir çözüm bulunmaktadır²⁴. Ayrıca kanunda birlikte velayete ilişkin bir düzenlemenin yapılmasını uygun bulmadığını belirten yazar, böyle bir düzenlemenin çocuğun üstün menfaatlerine zarar vereceğini; zira boşanmış olan ana ve babanın çatışmalarını çocuk üzerinde devam ettirebileceğini dile getirmiştir²⁵.

Gençcan'a göre, TMK'nın 336/3.maddesi uyarınca velayet hakkının kime tevdi edileceği hâkim tarafından belirlenir; diğer bir ifadeyle, boşanma ve ayrılık halinde kural olarak hâkimin velayeti eşlerden birine vermesi zaruridir²⁶. Yazar bu düşünceleriyle ilgili hükmün emredici olduğunu ifade etmektedir. Ancak yazar, Anayasa 90. maddesi gereğince, iç hukukumuzun parçası haline gelen 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi kapsamında, TMK'nın birlikte

²² Tekinay, Türk Aile Hukuku s. 281.

²³ Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, s. 140.

²⁴ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, s. 131.

²⁵ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, s. 131.

²⁶ Ömer Uğur Gençcan, Ortak Velayet, İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Yıl 27, İzmir 2017, s. 26
(<https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/8-mart-2017-ozel-bulten20173813332417.pdf>) Erişim Tarihi: 19.01.2022, s. 25.

velayeti engelleyen hükümlerinin örtülü olarak kaldırıldığını belirtmiştir²⁷.

Kurt ise, anılan hükmün lafzının açık olduğu ve boşanma durumunda hâkimin velayeti ana veya babadan ancak birine tevdi edebileceğini, belirtmektedir²⁸. Yazar yine TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan boşanmada çocuğun kendisine bırakılan tarafa ait olacağına ilişkin ifadenin zıt anlamından da hâkimin velayeti ana ve babaya birlikte bırakamayacağı sonucunun çıktığını belirtmekte, ancak boşanma halinde birlikte velayet ihtimalini tamamen dışlayan bu hüküm yerine Anayasa'nın 90. maddesi gereğince birlikte velayete imkân tanıyan uluslararası sözleşme hükümleri uygulanarak çocuğun üstün yararının gerektirdiği ölçüde birlikte velayete hükmedilebilir²⁹.

Akıntürk/Ateş'e göre, boşanma ile evlilik kesin olarak sona ereceğinden, o zamana kadar ana ve baba tarafından birlikte kullanılan velayet hakkının, boşanma sonrasında hâkim tarafından çocuğun üstün yararı doğrultusunda yalnızca birine tevdi edilecektir³⁰. Ancak yazarlar, eserlerinin 2017 basısında görüş değişikliğine giderek Yargıtay'ın 20.02.2017 tarihinde birlikte velayete ilişkin vermiş olduğu karar ve İHAS'a Ek 7 No'lu protokol kapsamında, velayetin çocuğun üstün yararına aykırı olmaması kaydıyla ana ve babaya birlikte verilebileceğinin mümkün olduğunu ifade etmişlerdir³¹.

Kılıçoğlu'na göre mevcut düzenleme, Türk hukukunda boşanma sonrasında birlikte velayete izin vermemekte ve dolayısıyla bu halde, velayetin yalnızca ana veya babadan birine verilebileceğini ifade etmektedir³².

Serozan'a göre, TMK'nın 336/3. maddesi emredici nitelikte olup, mevcut kanuni düzenlemeler ile hâkim tarafından boşanma sonrasında birlikte velayete hükmedilemez³³. Ancak bu düzenleme gerek uluslararası sözleşmelere gerekse anayasal kadın erkek eşitliği ilkesine aykırılık teşkil

²⁷ Gençcan, Ortak Velayet, s. 26.

²⁸ Kurt, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, s. 172.

²⁹ Kurt, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, s.1 74.

³⁰ Akıntürk/Ateş, Aile Hukuku, s. 310.

³¹ Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, s. 452.

³² Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 624.

³³ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 256.

ettiğinden, TMK'nın 336 ve 337. maddelerinin Anayasaya aykırılığının defî yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşınması gerekir³⁴.

Baktır Çetiner, Yargıtay'ın ayrılık veya boşanma halinde velayet hakkının ana ve baba tarafından birlikte kullanılamayacağına ilişkin kararları olsa da, BMÇHS'nin 3. maddesi uyarınca bu kararlarını terk etmesi gerektiğini belirtmektedir³⁵. Ayrıca yazar, boşanmada velayetin kaldırılmasına ilişkin bir neden yoksa, asıl olması gerekenin velayetin devamı olduğunu ifade etmektedir³⁶.

2. TMK'nın 336/3. Maddesinin Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Görüşler

Öğretide yer alan bir diğer görüş³⁷, TMK'nın 336/3.maddesinde yer alan hükmün emredici olduğunu ancak günümüzde boşanma sonrasında birlikte velayete hükmedilebilmesi için yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulduğuna ilişkindir.

Baygın, bahse konu düzenleme ile kanun koyucunun, boşanma halinde velayetin ana ya da babadan birine bırakılması yönünde net bir ilke benimsediği görüşündedir³⁸. Buna göre yazar, ana ve babanın çocuğun sorumluluğunu birlikte alma noktasında istekli ve hazır olmaları halinde, birlikte velayetin istisnai olarak kabul edilebileceği açık bir düzenlemenin yapılması gerektiğini belirtmektedir³⁹.

Yine benzer bir görüş bildiren *Özdemir/Ruhi*, öğretide her ne kadar Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri

³⁴ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 256.

³⁵ Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s. 108.

³⁶ Baktır Çetiner, Velayet Hukuku s. 109.

³⁷ Gülçin Elçin Grassinger, Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, On İki levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 12; Hayrünnisa Özdemir/Ahmet Cemal Ruhi, Çocuk Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.337; Baygın, Soybağı Hukuku, s.268; Bingöl, Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması, s.303-305; Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s.63.

³⁸ Baygın, Soybağı Hukuku, s.268.

³⁹ Baygın, Soybağı Hukuku, s.268.

gereğince, boşanma durumunda birlikte velayetin mümkün olabileceğine yönelik değerlendirmeler yapılıyor olsa da, aynı zamanda TMK'nın mevcut düzenlemelerine ilişkin var olan tartışmalar nedeniyle yeni bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır⁴⁰. TMK kapsamında, birlikte velayetin yeknesak ve kesin bir şekilde uygulaması ancak bu halde sağlanır⁴¹.

Bingöl'e göre, TMK'nın 336/1. maddesinde yer alan evlilik devam ettiği sürece, ebeveynler velayeti birlikte kullanır düzenlemesinin, evlilik birliği devam etmese dahi ana ve baba velayeti birlikte kullanır şeklinde değiştirilmesi, mevcut düzenlemeler açısından sorun oluşturmayacaktır⁴².

Grassinger, benzer bir görüş bildirerek ilgili hükümde revizyona gidilerek birlikte velayetin önünün açılması gerektiğini ifade etmiştir⁴³. Ayrıca yazara göre, ana ve baba arasındaki sosyal ilişkinin birlikte velayete uygun olduğu ve birlikte velayetin çocuğun gelişimi yönünden olumlu katkı sunacağı yönünde hâkimde kanaat oluşması durumunda, ana ve babanın velayete birlikte sahip olmamasının makul bir sebebi bulunmamaktadır⁴⁴.

Son olarak *Birinci Uzun'a* göre, velayete ilişkin mahkeme kararına dayanak olan kriterler, değişen ihtiyaçları karşılayacak şekilde yeniden düzenlenmeli ve TMK'nın ilgili hükmü, “*Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada ise hâkim, çocuğun yüksek (üstün) yararı doğrultusunda, velayetin ana ve baba tarafından birlikte veya ana ya da baba tarafından tek başına kullanılmasına karar verebilir.*” şeklinde değiştirilmelidir⁴⁵. Bu sayede çocuğun yaşına ve ana-babasının tavrına göre değişen ihtiyaçları dikkate alınacak ve boşanmada birlikte velayet veya tek başına velayet modellerinden birine üstünlük tanınacaktır⁴⁶.

⁴⁰ Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s.337.

⁴¹ Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s.337.

⁴² Bingöl, Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması, s.303-305.

⁴³ Grassinger, Küçük İçin Alınacak Tedbirler, s.12.

⁴⁴ Grassinger, Küçük İçin Alınacak Tedbirler, s.12.

⁴⁵ Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 163.

⁴⁶ Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 163.

3. TMK'nın 336/3. Maddesinde Boşluk Bulunduğuna İlişkin Görüşler

Tüm bu görüşlerin yanı sıra öğretide, TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan hükümde, bir boşluk bulunduğunu, bu boşluğun çocuğun üstün menfaatine uygun bir şekilde amacına uygun sınırlanması⁴⁷ ve bu şekilde yorumlandıktan sonra boşanma halinde birlikte velayetin mümkün olabileceğine yönelik görüşler de mevcuttur.

Özta'n'a göre, TMK'nın 336/3. maddesinde, velayetin boşanma durumunda çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa ait olmasının öngörülmüş olması, hükmün emredici olduğunu ve bu nedenle hâkim tarafından velayetin ana ve babaya birlikte verilemeyeceği şeklinde dar yorumlanamaz⁴⁸. Zira, temel amaç çocuğun yararı olduğundan, TMK'nın ilgili hükmündeki istisna boşluğu, çocuğun yararına doldurulmalıdır⁴⁹. TMK'nın 336/3. maddesi, mevcut haliyle uygulandığında, temel amaç olan çocuğun yararının korunması amacına ulaşamayacağından hüküm amacına uygun sınırlanmalı⁵⁰ ve bu kapsamda çocuğun yararı gözetilerek velayet ana babaya birlikte verilebilmelidir⁵¹.

Kahraman, Anayasa'nın eşitliği düzenleyen 10. ve 41. maddeleri, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun 84 (4) sayılı Tavsiye Kararı, BMÇHS'nin 2., 3., 9., ve 12. maddeleri ve İHAS'a Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi uyarınca, birlikte velayetin Türk hukuku bakımından uygulanmasında kanuni bir engel bulunmadığı ancak ana ve babanın boşanmalarının ardından velayetin birlikte kullanımının nasıl

⁴⁷ Özta, Aile Hukuku, s. 782 – 1090.

⁴⁸ Özta, Aile Hukuku, s. 782.

⁴⁹ Bilge Özta, Türk Hukukunda Birlikte Velayet Sorun, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 258; Özta, Aile Hukuku, s. 1090.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: Çiğdem Kırcı, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.1, Yıl 2001, s. 91-110(<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629324>) Erişim Tarihi: 01.03.2022.

⁵¹ Özta, Aile Hukuku, s. 1090.

olacağına ilişkin bir boşluk bulunduğu görüşündedir⁵². Bu nedenle TMK'nın 336. maddesini birlikte velayeti ilke haline getirecek şekilde, kanunun özüne bağlı kalınarak değiştirilmeli ve yeniden düzenlenmelidir.

Erlüle'ye göre, TMK 336/3 hükmünde, “*Velayet, ... boşanmada ise kendisine bırakılan tarafa aittir.*” ifadesinde yer alan “taraf” kelimesinin tekil olarak kullanılmasından kaynaklı olarak, Türk hukuku bakımından boşanmadan sonra velayetin yalnızca ana veya babadan birine ait olacağı sonucuna ulaşamaz; zira ilgili hüküm bu şekilde yorumlandığında, Anayasa'nın 90. maddesi ile iç hukukumuzun bir parçası haline gelen BMÇHS'nin 3. maddesinde yer alan çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesine aykırılık oluşturacaktır⁵³. Daha net bir ifadeyle, somut olaya ilişkin mevcut bir hüküm, amacı göz önünde bulundurulduğunda somut olaya uygulanamadığından kanunda örtülü bir boşluk olduğu kabul edilmeli ve bu kapsamda hâkim, örtülü boşluğu amaca uygun sınırlama yöntemini kullanarak çocuğun üstün yararı doğrultusunda doldurmalıdır⁵⁴.

Bölükbaşı da benzer bir görüş bildirerek TMK'nın 336. maddesinin lafzıyla amacı birlikte düşünüldüğünde örtülü bir boşluk ortaya çıktığını, dolayısıyla bahse konu hükmün, çocuğun üstün yararı ilkesi doğrultusunda amaca uygun bir şekilde sınırlandırılarak birlikte velayet taleplerine uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmiştir⁵⁵. Yazar ayrıca ilgili hükmün değiştirilmesi durumunda, “*Velayet ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada ise velayet, çocuğun yararı esas alınmak kaydıyla, ana ve babanın ortak talebi ve mümkün olduğu ölçüde çocuğun görüşü de dikkate alınarak, ana veya babadan birine ya da her ikisine birden bırakılabilir*”⁵⁶ şeklinde değiştirilmesini önermektedir.

Apaydın'a göre, TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan hüküm, boşanma sonrasında birlikte velayeti düzenlemediği gibi açıkça

⁵² Kahraman, Müşterek Velayet, s. 63.

⁵³ Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 286.

⁵⁴ Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 292.

⁵⁵ Bölükbaşı, Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, s. 158; Benzer görüş için bkz: Bingöl, Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması s. 286.

⁵⁶ Bölükbaşı, Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, s. 285.

yasaklamamaktadır⁵⁷. Ayrıca kanun koyucunun, kanun düzenlenirken birlikte velayeti bilerek düzenlemekten kaçındığı düşünülmemeli ve kanunda gerçek bir boşluk olduğu kabul edilerek boşluk hâkim tarafından TMK'nın 1. maddesine göre doldurulmalıdır⁵⁸.

4. TMK'nın 336/3. Maddesinin Birlikte Velayete İmkân Tanıdığına İlişkin Görüşler

Öğretide yer alan diğer görüşteki yazarlar, TMK'nın 336/3. maddesinin, kanunun amacı dikkate alındığında boşanma halinde birlikte velayet taleplerine uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmişlerdir.

Koçhisarlıoğlu'na göre, TMK'nın velayete ilişkin hükümleri emredici olarak sayılmamalıdır; zira bu şekilde sayıldıklarında, sahip olmaları zorunlu olan derin anlam, gerçek öz (ruh), amaç ile bağdaşmayacak ve bu nedenle ilgili hükümler yalnızca anlaşmazlık kuralı olarak sayılmalı; hâkim ana babanın bu konuda anlaşma serbestilerinin bulunduğunu göz önünde bulundurarak, onların kendi aralarında yapmış oldukları anlaşmayı onaylamalıdır⁵⁹. Yazar aynı zamanda TMK 336/3. maddesinde yer alan “çocuk kendisine bırakılan taraf” ifadesini, “çocuklar kime ya da kimlere, hangi eşe ya da her iki eşe de tevdi olunmuşsa” biçiminde algılayabilmenin de mümkün olabileceğini belirterek anlatımın “velayet, boşanmada çocuk kendisine bırakılan ana ve/veya babaya aittir.” şeklinde olabileceği görüşündedir⁶⁰.

Akyüz'e göre, TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan hükümden, boşanma durumunda velayetin yalnızca ana ve babadan birine ait olacağı sonucu çıkarılamaz⁶¹. Bu hükmün kanunun amacına ve temel felsefesine uygun bir şekilde yorumlanması gerekir. Ancak son yıllarda öğretideki tartışmaların ve yargı kararlarındaki tereddütler nedeniyle TMK'nın

⁵⁷ Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, s. 457.

⁵⁸ Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, s. 457-458.

⁵⁹ Cengiz Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004, s. 37

⁶⁰ Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, s. 104-105.

⁶¹ Emine Akyüz, Çocuk Hukuku, Pegem Akademi Yayıncılık, Ankara 2021, s. 234.

velayete ilişkin hükümleri çağdaş kanunlardaki gelişmeler dikkate alınarak yeniden düzenlenmeli ve TMK'ya çocuğun üstün yararı aksini gerektirmedikçe boşanma durumunda velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılmasına imkân tanıyan açık bir hüküm konulmalıdır⁶².

Erdem'e göre, ilgili hükümde boşanma halinde velayetin çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olduğunun belirtilmesi, bu durumun aksinin yasaklandığı anlamına gelmemektedir⁶³. Bir yasak bulunmadığına göre, çocuk üstün yararının gerektirdiği hallerde boşanma sonrasında velayet, ana ve babaya birlikte verilebilir⁶⁴.

Yine benzer bir görüşte olan *Arkan Serim*'e göre, TMK'nın 336. ve 182. maddelerinin gerekçesinde, boşanma sonucunda hâkim tarafından velayetin yalnızca ana ya da babadan birine verilmesinin koşul (şart) olduğu, birlikte velayetin mümkün olmadığına ilişkin bir ifade bulunmamaktadır⁶⁵. Yazar, TMK m. 336/1-2 birlikte değerlendirilmesi halinde, asıl olanın birlikte velayet olduğunu belirtmiş; ancak boşanma sonucunda hâkimin tek başına velayete de karar verebileceği kanaatindedir⁶⁶.

Serdar'a göre, TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan düzenlemeden, boşanma sonrasında velayetin ana ve babaya birlikte verilemeyeceğine ilişkin kesin bir kaniya varılamaz; zira hükümde, "taraf" ifadesinin tekil kullanılması, boşanma sonrasında çocuğun velayetinin eşlerden yalnızca birine bırakılması anlamını mutlak şekilde doğurmaz⁶⁷.

İnce ise, boşanma sonrasında ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanabilmesi için TMK'da açık yasal düzenlemelerin yapılması gerektiğini belirterek düzenlemeler yapılıncaya kadar, mevcut hükümlerin birlikte velayeti yasaklamadığı, hakimlerin boşanma sonrasında velayete ilişkin Anayasa'nın 90. maddesi gereğince iç hukukumuzun parçası haline gelen BMÇHS ve İHAS'a Ek 7 No'lu

⁶² Akyüz, *Çocuk Hukuku*, s. 235.

⁶³ Mehmet Erdem, *Aile Hukuku*" Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 171.

⁶⁴ Erdem, *Aile Hukuku*, s. 172.

⁶⁵ Azra Arkan Serim, *Boşanma Halinde Ortak Velayet*, *Legal Hukuk Dergisi*, C.14, S.167, Yıl 2016, s. 6085.

⁶⁶ Arkan Serim, *Boşanma Halinde Ortak Velayet*, s. 6085.

⁶⁷ Serdar, *Birlikte Velayet*, s. 175.

Protokol kapsamında birlikte velayete karar vermeleri gerektiğini ifade etmektedir⁶⁸.

Kanaatimizce, TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan hükmün lafzından, boşanma sonucunda birlikte velayete karar verilemeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak mevcut halde, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı düzenlemeler içermesi halinde, milletlerarası antlaşma hükümlerinin uygulanacağından bahisle, iç hukukumuzun parçası haline gelmiş olan başta BMÇHS ve İHAS'a Ek 7 No'lu Protokol başta olmak üzere, diğer birçok milletlerarası antlaşma kapsamında, boşanma sonucunda birlikte velayet kararı verilebilir. Öğretide yer alan tartışmaların sona erdirilmesi ve yargı kararlarında yeknesaklığın sağlanması bakımından TMK'da, çocuğun üstün yararı gözetilerek boşanma sonucunda birlikte velayete hükmedilebilmesinin mümkün olduğuna ilişkin açık bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu en sağlıklı yaklaşım olarak kabul edilmelidir.

B. TMK'nın 182/3. Maddesinin Değerlendirilmesi

Boşanma sonrasında birlikte velayetin mümkün olup olmayacağına ilişkin öğretilerde tartışılan bir diğer hüküm, “*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.*” şeklinde düzenlemeye yer veren, TMK'nın 182/3. maddesidir⁶⁹. Hükümde geçen, “Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesi nedeniyle, yazarların bir kısmı boşanma sonucunda velayetin ana veya babadan birine verilebileceğini ileri

⁶⁸ İnce, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet, s. 220-221.

⁶⁹ İlgili hüküm, TMK m.182/2'de yer alırken 24.11.2021 tarihinde 182. maddeye eklenen (Ek ikinci fıkra:24/11/2021-7343/37 md.) “Mahkeme, kararında kişisel ilişki düzenlenmesinin gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayetin değiştirilebileceğini ihtar eder.” hükmü nedeniyle 182/3'e kaydırılmıştır.

sürerken⁷⁰ bir kısım yazar, söz konusu hükümden böyle bir sonuç çıkarılmayacağı görüşündedirler⁷¹.

Baygın'a göre, TMK'nın 182/3. maddesi, boşanma sonrasında tek başına velayetin olması gerektiği izlenimini yaratmaktadır⁷². Boşanmada tek başına velayetin asıl olduğunu belirten yazar, çocuğun üstün yararı doğrultusunda ana ve babanın birlikte velayete hazır ve istekli olduğu hallerde, İsviçre hukukunun eski düzenlemelerinde yer alan ve birlikte velayete istisnai olarak imkân sağlayan benzer düzenlemenin, TMK kapsamında açıkça yapılması gerektiğini belirtmektedir⁷³.

Akıntürk/Ateş, boşanma durumunda evlilik birliğinin net bir şekilde sona ereceğini ve o ana kadar velayet hakkını birlikte kullanan ana ve babanın boşanmadan sonra yalnızca birinin bu hakkı kullanabileceğini belirtmektedir⁷⁴. Yazara göre velayet hakkı sona ermiş tarafın çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, TMK'nın 182/3. maddesi gereğince çocuğun eğitim, sağlık ve ahlak bakımından yararları göz önünde bulundurulur⁷⁵.

Dural/Öğüz/Gümüş, boşanma sonucunda velayetin eşlerden birine verileceğini, diğer eşin çocuk üzerindeki velayet hakkı sona erse de kişisel ilişki kurma hakkının devam ettiğini belirtmiştir⁷⁶. Dolayısıyla 182. maddenin, velayetin kendisine verilmeyen eş için kişisel ilişki hakkını düzenlediğini ve 182/3 uyarınca, kişisel ilişki hakkının

⁷⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, s. 142; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 623; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, s. 129; Akıntürk/Ateş, Aile Hukuku, s. 313.

⁷¹ Öztan, Birlikte Velayet Sorunu, s. 253; Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, s. 103; Erdem, Aile Hukuku, s. 171; Ünsal Dönmez/Taylan Barın, Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.9, S.35, Yıl 2018, s. 185; Serdar, Birlikte Velayet, s. 174; Baygın, Soybağı Hukuku, s. 268; Öztan, Aile Hukuku, s. 781-782.

⁷² Baygın, Soybağı Hukuku, s. 268.

⁷³ Baygın, Soybağı Hukuku, s. 268.

⁷⁴ Akıntürk/Ateş, Aile Hukuku, s. 313.

⁷⁵ Akıntürk/Ateş, Aile Hukuku, s. 314.

⁷⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, s. 142.

düzenlenmesinde hâkimin yalnızca çocuğun menfaatini göz önünde bulunduracağını ifade eder⁷⁷.

*Özta*n' a göre, TMK'nın 182/3. maddesi, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş ile çocuk arasında kurulacak olan kişisel ilişkinin düzenlenmesine ilişkin olduğundan bu hükümden, çocuğun velayetin yalnızca eşlerden birine bırakılacağı sonucu çıkarılamaz⁷⁸. Zira, madde metninde çocuğun yararı vurgulandığından velayet, çocuğun yararına olacaksa ve ana baba bu hususta anlaşmışlarsa her iki ebeveyne birlikte verilebilir⁷⁹.

Koçhisarlıoğlu'na göre, TMK'nın 182/3. maddesinde geçen "Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş" ifadesi, çocuğun/çocukların velayetinin taraflardan yalnız birine bırakılması ihtimali göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir; zira velayetin taraflardan yalnızca birine bırakıldığı hallerde, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen taraf ile çocuk arasında kişisel ilişkinin düzenlenmesi ve çocuğa ödemesi gereken nafaka miktarının belirlenmesi gerekmektedir⁸⁰. Velayetin her iki eşe de birlikte verilmesi durumunda, velayete sahip olmayan eş, onun çocukla kişisel ilişkileri ve nafaka ödemesi gibi haller söz konusu olmayacağından, kanun koyucunun bu bağlamda tekil bir anlatıma başvurması tabii bir durumdur⁸¹.

Serdar, gerek mahkemenin boşanma ve ayrılık halinde mümkün olduğunca ana ve babayı, çocuğun vesayet altında olması durumunda ise vasiinin ve vesayet makamının görüşünü aldıktan sonra ana ve babanın haklarını ve kişisel ilişkilerini düzenleyeceğini belirten TMK'nın 182/1. maddesinden gerekse de TMK'nın 182/3. maddesinde geçen "velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş" ifadesinin tekil anlamından yola çıkılarak boşanma sonucunda birlikte velayetin mümkün olmadığı anlamının çıkarılamayacağını belirtmiştir⁸². Yazara göre düzenlemede geçen ifade, velayetin tek bir tarafa bırakılma ihtimalinde

⁷⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, s. 142.

⁷⁸ Özta, Birlikte Velayet Sorunu, s. 253-254.

⁷⁹ Özta, Birlikte Velayet Sorunu, s. 253-254.

⁸⁰ Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, s. 104.

⁸¹ Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, s. 104.

⁸² Serdar, Birlikte Velayet, s. 174.

diğer tarafın çocuk ile kişisel ilişkisini ve çocuğa ödeyeceği nafakanın belirlenmesi göz önüne alınarak düzenlenmiştir⁸³.

Benzer bir görüşte olan *Kurt*, ilgili hükümdeki ifadeden boşanma sonrasında birlikte velayetin mümkün olmadığı sonucuna değil, velayetin tek tarafa bırakıldığı hallerde diğer eşin çocukla kişisel ilişkisinin düzenleneceği sonucuna ulaşılabileceği kanaatindedir⁸⁴.

Apaydın'a göre, TMK'nın 182/3. maddesi, velayetin kime veya kimlere tevdi edileceğine ilişkin bir düzenleme olmayıp boşanma sonrasında, velayetin tek bir tarafa bırakıldığı hallerde diğer eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin nasıl olacağına yönelik bir düzenlemedir⁸⁵. Ayrıca yazar, maddenin bütününde çocuğun yararının esas tutulması emredildiğinden, boşanma sonrasında çocuğun yararının gerektirdiği durumlarda birlikte velayete karar verilebileceğini ifade etmektedir⁸⁶.

Erdem, TMK'nın 182. maddesinin boşanma sonucunda velayetin tevdiine yönelik doğrudan bir düzenlememe içermediğini; söz konusu maddenin, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisini ve çocuğa ödeyeceği iştirak nafakasını düzenleyen bir hüküm olduğunu ifade etmiştir⁸⁷.

Bölükbaşı'na göre bahse konu hüküm, boşanma sonucunda velayet kendisine bırakılmayan taraf ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin, hangi kriterler göz önünde bulundurularak düzenlenmesi gerektiğine ilişkin olup, daha net bir ifadeyle kişisel ilişkinin düzenlenmesinde, hâkimin takdir yetkisinin sınırlarını belirlemektedir⁸⁸. Hükümün devamında çocuğun yararının esas tutulacağı belirtildiğinden bu amaç aşılılarak velayetin yalnızca bir tarafa verilmesi gerektiğine ilişkin bir sonucun çıkarılması mümkün değildir⁸⁹. Yazar ayrıca ilgili hükmün değiştirilmesi durumunda, 182. maddenin, "*Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının görüşünü*

⁸³ Serdar, *Birlikte Velayet*, s. 174-175.

⁸⁴ Kurt, *Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet*, s. 166.

⁸⁵ Apaydın, *Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği*, s. 465.

⁸⁶ Apaydın, *Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği*, s. 465.

⁸⁷ Erdem, *Aile Hukuku*, s. 171.

⁸⁸ Bölükbaşı, *Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, s. 156.

⁸⁹ Bölükbaşı, *Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, s. 156.

aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve velayet kendisine verilmeyen ya da birlikte velayet halinde çocuk kendisine bırakılmayan tarafın çocuk ile kişisel ilişkilerini düzenler... Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır⁹⁰.” şeklinde değiştirilmesini önermektedir.

Dönmez/Barın ise, TMK'nın 182/3. maddesinde yer alan “velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesinin yorumu muhtaç olduğunu, 182/1. madde ile 182/3. madde birlikte değerlendirildiğinde, boşanma sonrasında velayetin eşlerden yalnızca birine verilmesi gerektiği sonucunun çıkarılmaması gerektiğini belirtmektedir⁹¹.

Son olarak *Erlüle*, TMK'nın 182/3. maddesinin, velayetin hak sahipliğine ilişkin doğrudan bir hüküm olmadığı dolayısıyla velayetin ana ya da babadan birine bırakılması halinde diğer tarafın çocuk ile kişisel ilişkisini ve çocuğa ödeyeceği nafakanın belirlenmesine yönelik bir hüküm olduğu görüşündedir⁹². Ayrıca yazar, boşanma sonrasında birlikte velayetin mümkün olup olmayacağını belirlenmesi için, TMK'nın 336/3. maddesinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹³.

Kanaatimizce, ilgili hüküm velayetin ana veya babadan yalnızca birine tevdi edilmesi halinde diğer ebeveynin çocuk ile kuracağı kişisel ilişkinin nasıl olması gerektiği ve çocuğa ödeyeceği nafakanın belirlenmesine ilişkin bir hükümdür. Dolayısıyla bu hükümlerle ilgili, boşanma sonrasında TMK'nın birlikte velayete imkân tanıyıp tanımadığına ilişkin bir değerlendirme yapmak doğru olmayacaktır. Öte yandan velayetin tevdiine ilişkin asıl hükümler, TMK'nın 335.maddesi vd. düzenlendiği için, yalnızca TMK'nın 182. maddesi kapsamında birlikte velayete yönelik değerlendirmeler yapılmamalıdır. Ancak yine de uygulamadaki kafa karışıklıklarının giderilmesi ve yeknesaklığın sağlanması amacıyla, madde metninde yeni bir düzenlemeye gidilmesi en sağlıklı yaklaşım olacaktır.

⁹⁰ Bölükbaşı, Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, s. 284-285.

⁹¹ Dönmez/Barın, Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, s. 185.

⁹² Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 284.

⁹³ Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 284.

III. EVLİLİK DIŞI İLİŞKİLERDE BİRLİKTE VELAYET

Tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de evlilik dışı doğum oranları artmaktadır. Yapılan son araştırmalarda 2020 yılı için Türkiye’de evlilik dışı doğum oranı, %2,8 olarak belirlenmiştir⁹⁴.

Evlenmek yerine çiftlerin evlilik dışı birliktelikleri seçmesinin başlıca nedenleri arasında, feminizmin yaygınlaşması, evlilik içi ve evlilik dışı çocuk ayrımının hukuk düzenlerinde ortadan kaldırılması⁹⁵, evliliğe hazır hissetmemek veya evliliği tercih etmemek, cinsiyet devrimi⁹⁶, evlenmenin ve boşanmanın çiftlere yüklediği yükümlülüklerden kaçınmak, farklı dil, din, ırk ve kültüre mensup olunması nedeniyle ortaya çıkan sorunlar, ailelerin evliliğe onay vermemeleri sayılabilir⁹⁷.

Türkiye’de, aile kurma amaçlı evlilik benzeri yaşam modeli olarak karşımıza imam nikahlı birliktelikler ve uzun süreli birlikte yaşam modelleri çıkmaktadır⁹⁸. Zira imam nikahlı birliktelikler ve uzun süreli

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?query=BOOKMARK_DS-052176_QID_-752D2346_UID_-3F171EB0&layout=TIME,C,X,0;GEO,L,Y,0;INDIC_DE,L,Z,0;INDICAT_ORS,C,Z,1;&zSelection=DS-052176INDICATORS,OBS_FLAG;DS-052176INDIC_DE,NMARPCT;&rankName1=INDICATORS_1_2_-1_2&rankName2=INDIC-DE_1_2_-1_2&rankName3=TIME_1_0_0_0&rankName4=GEO_1_2_0_1&sortC=ASC_-1_FIRST&rStp=&cStp=&rDCh=&cDCh=&rDM=true&cDM=true&footne s=false&empty=false&wai=false&time_mode=ROLLING&time_most_re cent=true&lang=EN&cfo=%23%23%23%2C%23%23%23.%23%23%23
Erişim Tarihi: 26.03.2022.

⁹⁵ Adnan Güriz, Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk, Phoenix Yayınevi, Ankara 2011, s. 145

⁹⁶ Nermin Abadan Unat, Legal Problems Concerning Unmarried Couples the Non- Married Couple and Society: Socio – Juridical Aspects of Cohabitation, Seha L. Meray’a Armağan, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, Cilt 2, Ankara 1982, s. 808; Necla Öztürk, Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, Adalet Yayınevi, İstanbul 2016, s. 47.

⁹⁷ Öztürk, Evlilik Dışı Yaşam Modelleri, s. 46-47.

⁹⁸ Öztürk, Evlilik Dışı Yaşam Modelleri, s. 141; Abadan Unat, Socio – Juridical Aspects of Cohabitation, s. 813.

birlikte yaşama modeline ilişkin kanunlarımızda herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığından, bu modeller Türk hukukunda tanınmamaktadır. Söz konusu modellerin, evlilik birliğine alternatif şekilde ortaya çıktığı söylenebilir.

Dünya genelinde, common law, kayıtlı birliktelik, uzun süreli birlikte yaşama olarak adlandırılan aile kurma amaçlı evlilik benzeri yaşam modelleri mevcuttur⁹⁹. Uzun süreli birlikte yaşama modelinin görüldüğü ülkelerden olan İsveç, Almanya, Fransa, Avusturya gibi ülkelerde, baba ile çocuğun soybağının kurulmuş olması halinde, ebeveynler velayet hakkına birlikte sahip olabilmektedirler¹⁰⁰. Ancak TMK'nın 337/1. maddesinde, evlilik dışında doğmuş olan çocuğun velayetinin, yalnızca anaya ait olduğu ifade edilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, ananın küçük olması, kısıtlanması, ölmesi veya velayetin kendisinden alınması hallerinde, çocuğun yararı dikkate alınarak velayetin babaya verileceğine veya çocuğa vasi atanacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Görüleceği üzere, velayet babaya ancak çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin mevcut olduğu¹⁰¹ ve belirli durumların varlığında verilmektedir. Bu durumlar dışında, evlilik dışı ilişkilerde ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanması kanunda düzenlenmemiştir. Ana ve babanın sonradan evlenmesi durumunda ise, velayet hakkına birlikte sahip olurlar¹⁰².

Öğretide, evlilik dışı ilişkilerden doğan müşterek çocukların velayetini düzenleyen TMK'nın 337. maddesine ilişkin, farklı görüşler mevcuttur. Aşağıda bu görüşlerin bazılarına yer verilecektir.

⁹⁹ Common Law evlilik modeli, herhangi bir şekli geçerlilik şartının bulunmadığı, tarafların karşılıklı iradelerinin yeterli görüldüğü bir modeldir. En yaygın olarak görüldüğü ülke ABD'dir. Kayıtlı Birlikteliklerin Tanınmasına Dair Sözleşme'nin 1. maddesine göre kayıtlı birliktelik, evlilik hariç olmak üzere, resmi bir makam önünde tescile yol açan farklı ya da aynı cinsten iki kişi arasındaki ortak yaşam taahhüdüdür. Uzun süreli birlikte yaşama ise, herhangi bir resmi koşul olmaksızın iki yetişkin şahsın evlenme niyeti olmaksızın, birbirlerine destek olma görevinin de bulunduğu ve karşılıklı yükümlülüklerinin yerine getirildiği, uzun süreli duygusal ve/veya cinsel arkadaşlık ilişkisi olarak tanımlanmaktadır. Öztürk, *Evlilik Dışı Yaşam Modelleri*, s. 60 vd.

¹⁰⁰ Öztürk, *Evlilik Dışı Yaşam Modelleri*, s. 92.

¹⁰¹ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku*, s. 202.

¹⁰² Öztan, *Aile Hukuku*, s. 1092.

Serozan'a göre, TMK'nın 337/1. maddesi kapsamında, evlilik dışı ilişkiden doğmuş çocuğun velayeti yalnızca anaya tanınmıştır. Ancak yeni yaklaşımlar, çocuğun üstün yararının gerektirmesi ve eşlerin bu hususta anlaşmaları ile evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete imkân tanımışlardır¹⁰³. Yazar, evlilik dışı ilişkilerde velayetin yalnızca anaya tanınmış olmasını, velayet hakkının ana ve baba tarafından birlikte kullanılamamasını, duyarsız ana ve baba modeline uysa bile velayet sorumluluğunu paylaşmak isteyen duyarlı ana ve baba modeline uymayacağını; birlikte velayetin herhangi bir nedenle yaşama geçirilemediği hallerde, bir çeşit “eksik velayetin” yaratıldığı görüşündedir¹⁰⁴. Bu nedenle ilgili maddenin defî yoluyla Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmelidir.¹⁰⁵

Benzer bir görüşte olan *Acabey*'e göre, TMK'nın 337. maddesinin evlilik dışı ilişkiler bakımından, ana ve babanın anlaşmaları koşuluyla birlikte velayete imkân tanıyan İsviçre ve Alman Medeni Kanunlarından farklı bir düzenleme içererek birlikte velayetin öngörülmemiş olmasını bir eksiklik olarak değerlendirmektedir¹⁰⁶.

Baygın ise, kanunumuzda evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayet hakkının ana ve babası tarafından birlikte kullanılmasına yer verilmediğini, ancak birçok Avrupa ülkesinde çocuğun yararına birtakım sınırlamalar getirilerek birlikte velayete imkân tanındığını ifade ederek İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişikliğe işaret etmiştir¹⁰⁷.

Öztan'a göre, Türk hukukunda evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun ana ve babası velayet hakkına birlikte sahip olmasa da velayet hakkına sahip olmayan tarafın, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğa ilişkin önemli kararlarda, örneğin doktordan veya öğretmenden bilgi alma hakkına sahip olduğu kabul edilmeli ve çocuğun hayatındaki önemli durumlardan haberdar edilmelidir¹⁰⁸.

¹⁰³ Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 255.

¹⁰⁴ Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 255.

¹⁰⁵ Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 255.

¹⁰⁶ Mehmet Beşir Acabey, Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, *Güncel Hukuk Yayınları*, İzmir 2002, s. 284-285.

¹⁰⁷ Baygın, *Soybağı Hukuku*, s. 271.

¹⁰⁸ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 1092.

Özdemir/Ruhi, günümüzde aile kavramı ve evlilik kavramının farklılaşması sebebiyle ülkemizde artan evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk sayısının arttığını belirterek, çocuğunu benimseyen ve çocuğunun hayatında söz sahibi olmak isteyen babaya velayet hakkının tanınmamasını, ailenin ve çocuğun üstün yararına aykırı bir durum olarak görmektedir¹⁰⁹.

Koçhisarlıoğlu, aile kavramının zaman içinde değiştiğini ve günümüzde aynı cinsten kişilerin dahi aile kurabilmelerinin mümkün olduğunu belirterek klasik aile modelinin yanında diğer aile modelinin de dikkate alınmasını ve “aile” kavramı yerine “aileler” kavramının kullanılması gerektiğini ifade etmiştir¹¹⁰. Yazarın bu görüşünden, evlilik dışı ilişki yaşayan çiftlerin ve bu ilişkilerden doğan çocukların “aileler” kavramı içerisinde yer aldığı ve bunlar arasında ayrımcılık yapılmaması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Uzun Kazmacı'ya göre TMK'nın 336. maddesi kapsamında evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesi halinde, müşterek çocuğun velayetine ilişkin yapılan tartışmaların evlilik birliği dışında doğmuş olan çocuğun velayeti için de yapılması gerekir¹¹¹. Velayet hakkının hukuki niteliği, ana ve babanın bu haktan yoksun bırakılamayacağı, velayetin kapsamı, evlilik birliği dışında ana ve babanın çocuğun yükümlülüklerine katlanma konusunda eşitliğinin hakları kullanma noktasında da sağlanması gerekliliği ve velayetin evliliğin değil soybağının bir sonucu olması hususları dikkate alındığında, birlikte velayetin evlilik birliği dışında da esas alınması gerekir¹¹².

Erlüle'ye göre velayet hakkının, ana ve babanın medeni hallerinden bağımsız olarak soybağına uygun şekilde yeniden düzenlemesi gerekir. Zira bu durum, Türkiye'nin onaylamış olduğu uluslararası sözleşmelerin bir gereğidir¹¹³. Yeni bir düzenlemenin yapılmaması halinde çocuğun, ana ve babasını bilme, onların ortak

¹⁰⁹ Özdemir/Ruhi, *Çocuk Hukuku*, s. 312.

¹¹⁰ Cengiz Koçhisarlıoğlu, *Aile Hukukuna İlişkin Tezlerimiz*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, C.1, Ankara 2010, s. 1134.

¹¹¹ Özge Uzun Kazmacı, *Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması*, Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına Özel Sayı – III, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S:1, İstanbul 2018, s. 183

¹¹² Uzun Kazmacı, *Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması*, s. 171 vd.

¹¹³ Erlüle, *Boşanmada Birlikte Velayet*, s. 157.

sorumluluğu altında bakılma ve yetiştirilme temel hakkına, ayrımcılık gözetme ilkesine, eşitlik ilkesine ve bu bağlamda İHAS m.8 ve İHAS m.14'e aykırılık süreceği görüşündedir¹¹⁴.

Akyüz' göre, BMÇHS kapsamında, TMK'da evlilik dışı ilişkilerde çocuğun yararına olması kaydıyla birlikte velayete izin veren açık bir hüküm konulmalıdır¹¹⁵.

Serdar, evlilik dışı ilişkilerde velayet hakkının ana ve baba tarafından kullanılmasına ilişkin TMK'nın 337/1. maddesinde, kasıtlı bir susma değil, bir boşluk olduğunu belirtmiştir¹¹⁶. Yazara göre hiçbir suçu olmayan çocuğu, yalnızca ana ve babasının evli olmaması nedeniyle belli haklardan mahrum bırakmanın adil olmadığını belirterek, söz konusu boşluğun, hâkim tarafından çocuğun yararı dikkate alınarak TMK'nın 1/2. maddesi kapsamında doldurulabileceğini ifade etmektedir¹¹⁷.

*Güven'e*¹¹⁸ göre, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar bakımından TMK kapsamında birlikte velayete ilişkin bir hükmün bulunmaması, bu boşluğun doldurulmasına engel teşkil etmediği gibi çocuğun menfaatlerinin gerektirmesi ve ana babanın ortak talepte bulunmaları halinde, birlikte velayete hükmedilebilir¹¹⁹.

Bölükbaşı, TMK'nın 337/1. maddesinde bir boşluk olduğunu ve dolayısıyla bu boşluğun çocuğun üstün yararı ilkesine uygun şekilde (amaca uygun) sınırlama yöntemi kullanılarak doldurulması halinde, birlikte velayet taleplerine uygulanmasının mümkün olduğu görüşündedir¹²⁰. Yazar ayrıca hükmün amaca uygun sınırlama yöntemi ile şu şekilde doldurulabileceğini ifade ederek: "*Ana ve baba evli değilse, baba ile soy bağı kurulana kadar çocuğun velayeti anaya aittir. Baba ile aralarında soy bağı kurulduğu takdirde; çocuğun yararı esas alınmak kaydıyla, ana ve babanın ortak talebi ve mümkün olduğu ölçüde çocuğun*

¹¹⁴ Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 157.

¹¹⁵ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 237.

¹¹⁶ Serdar, Birlikte Velayet, s. 190.

¹¹⁷ Serdar, Birlikte Velayet, s. 191-192.

¹¹⁸ Kudret Güven, 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, Ocak 2018, s. 48.

¹¹⁹ Güven, Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet, s. 48.

¹²⁰ Bölükbaşı, Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, s. 172.

görüşü de dikkate alınarak, velayet ana veya babadan birine ya da her ikisine birden bırakılabilir¹²¹.” şeklinde değiştirilmesini önermektedir.

Birinci Uzun, TMK’nın 337/1. maddesinde bir boşluk bulunmadığını, bahse konu düzenlemenin evlilik dışı ilişkiden doğan bir çocuğun velayet hakkının münhasıran anasına ait olduğunu, ancak istisnai hallerde babasına verilebileceğini ve yine ilgili hükmün velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasını engellediğini ve yorum yolunun kullanılması neticesinde de başka bir sonuca ulaşılamayacağını belirtmiştir¹²². Yazar TMK’nın 337/1. maddesinin, “*Ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir. Ancak evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun baba ile soybağının kurulmuş olması durumunda, ana veya babadan birinin talep etmesi halinde, çocuğun yüksek (üstün) yararı doğrultusunda, hâkim velayetin ana ve babaya tarafından birlikte kullanılmasına karar verilebilir.*” şeklinde değiştirilebileceğini ifade etmiştir¹²³.

Kanaatimizce, TMK’nın 337/1. maddesi lafzından evlilik dışı ilişkiden doğmuş çocuğun velayetinin yalnızca anaya ait olduğu ve ana babanın birlikte velayet hakkına sahip olamayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Ancak kanundaki bu husus gerek Anayasa’nın eşitlik ilkesine gerekse de Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalara aykırılık teşkil etmektedir. Birçok yabancı ülke hukukunda ve Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalar kapsamında, ana babanın medeni hallerinden bağımsız şekilde çocuğun velayetine birlikte sahip olması mümkündür. Dolayısıyla TMK’ya söz konusu düzenlemeler örnek alınarak, evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete imkân tanıyan açık bir hüküm konulması en uygun yaklaşım. uygun olur. Hükmün açık düzenlemesi karşısında “boşluk”tan söz etmek zorlama gibi. Kaldı ki, sözü edilen boşluk “kanun boşluğu ise, MK.m.1 gereğince önce örf ve ‘adet hukukuna bakmak gerekir. Ayrıca, bir kanun hükmünün yeni ihtiyaçlar karşısında yetersiz hâle gelmesi teknik anlamda boşluk sayılamaz.

¹²¹ Bölükbaşı, Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, s. 172.

¹²² Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 162.

¹²³ Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 162.

IV. TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA DURUMUNDA ve EVLİLİK DIŞI İLİŞKİDE BİRLİKTE VELAYETİN KURAL VEYA İSTİSNA OLARAK UYGULANMASINA YÖNELİK GÖRÜŞLER

Türk hukuku kapsamında öğretide tartışılan bir diğer husus, boşanma sonrasında veya evlilik dışı ilişkilerde, ana ve babanın velayet hakkına birlikte sahip olabilmesinin kural veya istisna olarak uygulanmasıdır. Öğretide bir kısım yazar, İsviçre hukukunda olduğu gibi birlikte velayetin kural¹²⁴ olarak uygulanması gerektiğini belirtirken bir kısım yazar istisna¹²⁵ olarak uygulanmasını gerektiğini belirtmiştir. Bu görüşlerin aksine, bir kısım yazar ise birlikte velayetin kural ya da istisna şeklinde uygulanmasına yönelik bir ayırım yapılmaksızın her somut olayda çocuğun yararı dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹²⁶. Nitekim, TMK'nın velayete ilişkin hükümlerinin, çocuğun üstün yararı kapsamında birlikte velayete imkân sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi sonucunda, birlikte velayetin kural ya da istisna olarak veya böyle bir ayrıma gidilmeksizin hâkim tarafından somut olaya göre karar verilmesinin belirlenmesi elzemdir.

A. Birlikte Velayetin Kural Olarak Uygulanması Gerektiğine İlişkin Görüşler

Öğretide *Erlüle*'ye göre, TMK'nın ilgili hükümleri hem boşanma sonucunda hem de evlilik dışı ilişkilerde, birlikte velayetin kural olarak uygulanacağı şekilde düzenlenmelidir¹²⁷. Aksi halde birlikte velayetin

¹²⁴ Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, s. 45, Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 341, Gençcan, Ortak Velayet, s. 26; Güven, Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet, s. 127.

¹²⁵ Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 309; Karaca, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, s. 81; Baygın, Soybağı Hukuku, s. 268.

¹²⁶ İnce, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet, s. 221-222; Kurt, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, s. 175; Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 158.

¹²⁷ Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 341-343.

kural olarak uygulanmaması, ağır bir temel hak ihlali olacağı gibi çocuklar arasında da ayrımcılığa neden olacaktır¹²⁸.

Gençcan'a göre, boşanma halinde birlikte velayet kural, tek başına velayetin ise istisna şeklinde düzenlenmelidir¹²⁹.

Koçhisarlıoğlu, Türk hukukunda birlikte velayetin kural olarak uygulanması gerektiğini; taraflar arasında anlaşmazlık yaşanması halinde istisnai olarak çocuğun velayetinin ana veya babadan birine verilebileceğini belirtmiştir¹³⁰.

Güven ise, İHAS'a Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi gereğince, ebeveynlerin çocuk üzerinde eşit hak ve sorumluluklarının olduğunu belirterek evliliğin sona ermesi halinde bu madde kapsamında birlikte velayetin kural olarak uygulanması gerektiğini, tek başına velayetin ise ancak taraflar arasında anlaşmazlık bulunması halinde istisna olarak uygulanması gerektiğini ifade etmiştir¹³¹.

Benzer bir görüş bildiren *Apaydın*, boşanma halinde birlikte velayet istisna olarak değil, kural olarak uygulanmalıdır¹³². Bu sayede birlikte velayet kararı vermeyen hâkimin gerekçesini açıkça ortaya koyması sağlanacaktır¹³³.

B. Birlikte Velayetin İstisna Olarak Uygulanması Gerektiğine İlişkin Görüşler

Öğretide *Baygın*, boşanmada tek başına velayetin asıl olduğunu, çocuğun üstün yararı doğrultusunda ana ve babanın birlikte velayete hazır ve istekli olduğu hallerde, İsviçre hukukunun eski düzenlemelerinde yer alan ve birlikte velayete istisnai olarak imkân sağlayan benzer düzenlemenin, TMK kapsamında açıkça yapılması gerektiğini belirtmektedir¹³⁴.

¹²⁸ Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 341-343.

¹²⁹ Gençcan, Ortak Velayet, s. 26.

¹³⁰ Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, s. 45.

¹³¹ Güven, Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet, s. 127.

¹³² Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, s. 472.

¹³³ Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, s. 472.

¹³⁴ Baygın, Soybağı Hukuku, s. 268.

Özdemir/Ruhi, İsviçre ve Alman hukuklarından farklı olarak Türk hukukunda birlikte velayetin istisna olarak uygulanması gerektiğini belirtmektedir¹³⁵. Zira yazarlar, aile hukukuna ilişkin sorunların kendi dinamikleri içinde çözülmesi gerektiğini belirterek Türk toplumunun gelenek, görenek ve aile anlayışı dikkate alınarak düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir.¹³⁶

Karaca'da benzer bir görüş bildirerek Türk hukukunda birlikte velayetin, önceden İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi istisna olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır¹³⁷. Yazar, ana ve babanın ortak talebinin olması halinde birlikte velayete karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir¹³⁸.

C. Birlikte Velayetin Kural veya İstisna Ayrımı Olmaksızın Uygulanmasına İlişkin Görüşler

Öğretide *İnce*, yukarıda bahsedilen görüşlerin aksine Türk hukukunda birlikte velayetin, kural ya da istisnai bir kuraldır şeklinde yorumlamanın doğru olmayacağı kanaatindedir¹³⁹. Yazar, somut olayın değerlendirilmesi neticesinde birlikte velayete karar verilip verilmeyeceğinin dikkate alınması gerektiğini ve hâkimin, çocuğun yararının gerektirdiği hallerde, örneğin ebeveynlerin anlaşması mümkün değilse, ebeveynlerden birinin alkol-uyuşturucu madde kullanımı mevcutsa veya şiddete eğilimi varsa, velayeti ana veya babadan birine bırakılabilmesinin TMK'da düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁰.

Kurt, TMK'da acilen birlikte velayete açıkça imkân veren bir değişiklik yapılmasını belirterek yapılacak bu değişiklikle, birlikte velayet ile tek başına velayet arasında herhangi bir kural-istisna ayrımının yapılmaması gerektiğini ifade etmektedir¹⁴¹. Boşanma durumunda

¹³⁵ Özdemir/Ruhi, *Çocuk Hukuku*, s. 309.

¹³⁶ Özdemir/Ruhi, *Çocuk Hukuku*, s. 309.

¹³⁷ Karaca, *Velayetin Kapsamı ve Hükümleri*, s. 81.

¹³⁸ Karaca, *Velayetin Kapsamı ve Hükümleri*, s. 81.

¹³⁹ İnce, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, s. 221.

¹⁴⁰ İnce, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, s. 222.

¹⁴¹ Kurt, *Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet*, s. 175.

ebeveynler arasında bir çatışma durumu yoksa ve iletişim sağlanabiliyorsa birlikte velayet, tek başına velayete kıyasla çocuğun daha çok yararınadır. Ancak çocuğun üstün yararının hangi velayet modelini gerektirdiğine ilişkin değerlendirme, somut olayın şartları ve ülkelerin sosyo-kültürel şartları dikkate alınarak yapılmalıdır¹⁴².

Birinci Uzun'a göre, birlikte velayet veya tek başına velayet modellerinden birine üstünlük tanınmamalıdır¹⁴³. Yazar bütün ailelerin yararına uygun şekilde tek bir düzenlemenin mümkün olmadığını belirterek velayet bakımından, soybağının merkezde olduğu bir anlayış yerine çocuğun merkezde olacağı bir anlayışın benimsenmesini ve çocuğun üstün yararı doğrultusunda sağlıklı gelişimini destekleyecek velayet modeli hangisiyse onun uygulanması gerektiğini ifade etmiştir¹⁴⁴.

Son olarak *Bölükbaşı*'da benzer bir görüş bildirerek Türkiye'de birlikte velayetin uygulanması bakımından kural veya istisna tartışmalarına girilmeden somut olayın şartlarına göre karar verme yetkisinin hâkime bırakılması gerektiğini belirtmektedir¹⁴⁵. Ayrıca hâkim bu konuda sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmadığı gibi, çocuğun üstün yararını gözeterek ana baba ve çocuğun görüşlerini aldıktan sonra somut olayın özelliğine göre velayet modeline karar vermelidir¹⁴⁶.

Kanaatimizce, ülkemizin kültürel yapısı ve birlikte velayete ilişkin bakış açısı dikkate alındığında¹⁴⁷ birlikte velayetin boşanma veya evlilik dışı ilişkiler bakımında kural veya istisna olarak belirlenmesi doğru bir yaklaşım olmayacaktır. TMK'da birlikte velayete ilişkin yapılması gereken yeni düzenlemelerde, yalnızca çocuğun üstün yararı dikkate alınarak her somut olay, koşulları içinde değerlendirilmelidir. Çocuğun üstün yararı, tek başına velayet modelini gerekli kılıyorsa, velayetin ebeveynlerden birine tevdi edilmesinde sakınca olmadığını düşünmekteyiz.

¹⁴² Kurt, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, s. 175.

¹⁴³ Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 156.

¹⁴⁴ Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 156.

¹⁴⁵ Bölükbaşı, Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, s. 178.

¹⁴⁶ Bölükbaşı, Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, s. 178.

¹⁴⁷ Kiremitçi, Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, s. 42 vd

“Birlikte velayet” konusunu boşanma ve evlilik dışı ilişki açısından ayrı ayrı değerlendirmek belki daha doğru olacaktır. Özellikle kavga ederek boşanan eşlerin velayeti birlikte yürütmeleri çok zor görünüyor. Kendisine velayet bırakılmamış tarafın çocukla kişisel ilişki kurması bile kanayan bir yara. Bu nedenle, çocuğun yararına olmak şartıyla ana – babanın anlaşması hâlinde böyle bir yola gidilmeli. Ama hiç şüphesiz her şeyden önce yasa değişikliği şart. Yürürlükteki bir yasa hükmü sırf amaca uygun değil diye görmezden gelinemez.

V. SONUÇ

4721 Sayılı TMK’nın boşanmanın çocuklar üzerindeki sonuçlarına ilişkin 336/3. maddesinde yer alan hükmün lafzından, boşanma sonucunda birlikte velayete karar verilemeyeceği anlaşılmaktadır. Bahse konu hükümde geçen “*boşanmada çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” ifadesi, kanun koyucunun boşanma durumunda çocuğun velayetinin ebeveynlerden birine bırakılmasına ilişkin iradesini açıkça ortaya koymaktadır. Ancak mevcut halde, Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı düzenlemeler içermesi halinde, uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanacağından bahisle, iç hukukumuzun parçası haline gelmiş olan başta İHAS’a Ek 7 No’lu Protokol olmak üzere birçok milletlerarası antlaşma kapsamında, boşanma sonucunda birlikte velayet kararı verilebilir. Zira mevcut durumda, Protokol’ün 5. maddesi boşanma sonucunda birlikte velayete imkân tanırken TMK’nın 336/3. maddesi, imkân tanımamaktadır. Bu nedenle, hâkim önüne gelen somut olayda çocuğun üstün yararının gerektirmesi halinde, Protokol’ün 5. maddesi kapsamında boşanmadan sonra birlikte velayete karar verebilir. Yine de öğretilerde yer alan tartışmaların sona erdirilmesi ve yargı kararlarında yeknesaklığın sağlanması bakımından TMK’da, çocuğun üstün yararı gözetilerek boşanma sonucunda birlikte velayete hükmedilebilmesinin mümkün olduğuna ilişkin açık bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu kabul edilmelidir. TMK’nın 182/3. maddesinde yer alan “*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesi, açıkça boşanma durumunda velayetin ebeveynlerden birine bırakılmasına ilişkin değildir. İlgili hüküm, velayetin ana veya babadan yalnızca birine tevdi edilmesi halinde diğer ebeveynin çocuk ile kuracağı kişisel ilişkinin nasıl olması gerektiği ve

çocuğa ödeyeceği nafakanın belirlenmesine ilişkin bir hükümdür. Dolayısıyla bu hükümle ilgili, boşanma sonrasında TMK'nın birlikte velayete imkân tanıyıp tanımadığına ilişkin bir değerlendirme yapmak doğru olmayacaktır. Öte yandan velayetin tevdiine ilişkin asıl hükümler, TMK'nın 335.maddesi vd. düzenlendiği için, yalnızca TMK'nın 182. maddesi kapsamında birlikte velayete yönelik değerlendirmeler yapılmamalıdır. Ancak uygulamadaki kafa karışıklıklarının giderilmesi ve yeknesaklığın sağlanması amacıyla, madde metninde yeni bir düzenlemeye gidilmelidir.

Evlilik dışı ilişkiler bakımından TMK'nın 337/1. maddesinde net bir düzenlemeye yer verilerek söz konusu madde gereğince, evlilik dışı ilişkiden doğmuş çocuğun velayetinin yalnızca anaya ait olduğu ifade edilmiştir. Kanundaki bu husus gerek Anayasa'nın eşitlik ilkesine gerekse de Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalara aykırılık teşkil etmektedir. Söz konusu aykırılıkların giderilmesi amacıyla TMK'ya evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete imkân tanıyan açık bir hüküm konulması gerekmektedir.

Boşanma durumunda ve evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete açıkça imkân tanıyan yeni düzenlemeler kural veya istisna ayırımına gidilmeden, yalnızca çocuğun üstün yararı dikkate alınarak hazırlanmalıdır. Zira her ülkenin kültürel ve sosyal yapısı ve buna bağlı olarak aile dinamikleri birbirinden farklıdır. Bu nedenle her somut olay, koşulları içinde değerlendirilmeli ve çocuğun üstün yararı doğrultusunda karar verilmelidir.

Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda ve evlilik dışı ilişkide velayet hakkını düzenleyen ilgili hükümlerinde değişikliğe gidilerek, ebeveynlerin çocuklarının velayet hakkına birlikte sahip olabilmesine imkân tanınmalıdır. Söz konusu düzenlemeler, Türkiye'nin sosyo - kültürel yapısı ve aile dinamikleri dikkate alınarak kural veyahut istisna şeklinde uygulanması gerektiğine ilişkin kalıplardan uzak yalnızca çocuğun üstün yararı dikkate alınarak yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- ABADAN UNAT, Nermin: Legal Problems Concerning Unmarried Couples the Non- Married Couple and Society: Socio – Juridical Aspects of Cohabitation, Seha L. Meray’a Armağan, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, C. 2, Ankara 1982, s. 805-829 (Kısaltma: Socio – Juridical Aspects of Cohabitation).
- ACABEY, Mehmet Beşir: Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002 (Kısaltma: Soybağı, Kurulması).
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ Derya: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2016 (Kısaltma: Aile Hukuku).
- AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, Pegem Akademi Yayıncılık, Ankara 2021.
- APAYDIN, Eylem: Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.9, S.1, Yıl 2018, s. 445-476 (Kısaltma: Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği).
- ARKAN SERİM, Azra: Boşanma Halinde Ortak Velayet, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.167, Yıl 2016, s. 6075-6088.
- BAKTİR ÇETİNER, Selma: Velâyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- BAUSERMAN, Robert: Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review. Journal of Family Psychology, 16(1), 2002, s. 91–102 (Kısaltma: Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements).
- BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2010
- BİNGÖL, Ediz: Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı 2, Yıl 2014, s. 278-312 (Kısaltma: Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması).
- BİRİNCİ UZUN, Tuba: Türk Medeni Kanunu’na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet

Modeli, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, S 1, Yıl 2016, s. 135-166 (Kısaltma: Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli).

BÖLÜKBAŞI, Özge: Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, Yayınlanmış Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2020 (Kısaltma: Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi).

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013 (Kısaltma: Aile Hukuku).

DÖNMEZ, Ünsal /BARIN, Taylan: Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.9, S.35, Yıl 2018, s. 175-210 (Kısaltma: Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu).

ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2018.

ERLÜLE, Fulya: İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, "Yetkin Yayınları, Ankara 2019 (Kısaltma: Boşanmada Birlikte Velayet).

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979.

GENÇCAN, Ömer Uğur: Ortak Velayet, İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Yıl 27, İzmir 2017, s. 24-30.

GRASSINGER, Gülçin Elçin: Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, On İki levha Yayınları, İstanbul 2009 (Kısaltma: Küçüğün Kişi Varlığı İçin Alınacak Tedbirler).

GÜRİZ, Adnan: Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk, Phoenix Yayınevi, Ankara 2011.

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, Ocak 2018, s. 11-64 (Kısaltma: Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet).

- HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- İNCE, Nurten: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet, TAAD, Y 9, S 34, Yıl 2018, s. 189-229 (Kısaltma: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet).
- KAHRAMAN, Süheyla: Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Müşterek Velayet, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018 (Kısaltma: Müşterek Velayet).
- KARACA, Hilal: Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- KİREMİTÇİ, Müge: Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul 2014 (Kısaltma: Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı).
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- KIRCA, Çiğdem: Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologsche Reduction), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.1, Yıl 2001, s. 91-110.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, Aile Hukukuna İlişkin Tezlerimiz, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, C.1, Ankara 2010; s. 1329-1341.
- KURT, Leyla Müjde: Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, Yıl 2018, s. 157-185.
- LUBRANO LAVADERA, Anna/ CARAVELLİ Liliana / MALAGOLİ TOGLİATTİ Marisa: Joint Custody and Shared Parenting: Analysis of Practices in the Civil Court of Rome, s. 93-110 (Kısaltma: Joint Custody and Shared Parenting).

- OĞUZMAN Kemal/DURAL Mustafa: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998.
- ÖCAL APAYDIN, Bahar: İsviçre Medeni Kanunu'nun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi, Prof. Dr. Özer SELİÇİ'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-146, s. 631-658 (Kısaltma: Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi).
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa/RUHİ Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- ÖZTAN, Bilge: Türk Hukukunda Birlikte Velayet Sorunu, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 251-260 (Kısaltma: Öztan, Birlikte Velayet Sorunu).
- ÖZTÜRK, Necla: Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, Adalet Yayınevi, İstanbul 2016 (Kısaltma: Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri).
- RUHİ, Ahmet Cemal/RUHİ, Canan: Velayet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- RUHİ, Ahmet Cemal: Birlikte Velayet Kurumu ve Birlikte Velayete İlişkin Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- SAYAN KARAHAN, Ayşegül: Boşanma Sürecinde Ortak Ebeveynlik ve Ortak Velayete İlişkin bir Derleme, Uluslararası Toplum Araştırmaları Derneği, C.18, S.44, Yıl 11, s. 8500-8523 (Kısaltma: Ortak Velayete İlişkin bir Derleme).
- SERDAR, İlknur: Birlikte Velayet: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, Yıl 2008, S. 155-197.
- SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık; İstanbul 2017.
- TEKİNAY, Selahattin: Türk Aile Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 1984.
- USTA, Sevgi: Velayet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- UZUN KAZMACI, Özge: Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması, Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına Özel Sayı – III,

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S:1, İstanbul 2018, s. 171-186.

YILDIRIM, Abdulkerim: Türk Aile Hukuku, Monopol Yayınları, Ankara 2018.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160325-1.pdf>

http://ijfs.padovauniversitypress.it/system/files/papers/16_1_06.pdf

<https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/8-mart-2017-ozel-bulten20173813332417.pdf>

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629324>

http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?query=BOOKMARK_DS-052176_QID_-752D2346_UID_-3F171EB0&layout=TIME,C,X,0;GEO,L,Y,0;INDIC_DE,L,Z,0;INDICATORS,C,Z,1;&zSelection=DS-052176INDICATORS,OBS_FLAG;DS-052176INDIC_DE,NMARPCT;&rankName1=INDICATORS_1_2_-1_2&rankName2=INDIC-DE_1_2_-1_2&rankName3=TIME_1_0_0_0&rankName4=GEO_1_2_0_1&sortC=ASC_-1_FIRST&rStp=&cStp=&rDCh=&cDCh=&rDM=true&cDM=true&footnes=false&empty=false&wai=false&time_mode=ROLLING&time_most_recent=true&lang=EN&cfo=%23%23%23%2C%23%23%23.%23%23%23