

BOŞANMADA ORTAK (BİRLİKTE) VELAYETİN KABULÜ SONRASI TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM ÜZERİNE ELEŞTİREL BİR DEĞERLENDİRME

*A Critical Evaluation of the Situation
in Turkish Law After the Acceptance of Joint Custody in Divorce*

Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU*

Özet

Boşanma sonrası ortak velayet, tüm modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk hukuku bakımından da çocuğun üstün yararının sağlanmasında gerekli bir müessesedir. Ancak bu müessesenin Türk hukukuna dahil oluşu, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerden farklı bir süreçle gerçekleşmiştir.

Türk hukukunda boşanma sonrası ortak velayet, bütüncül bir çocuk hukuku revizyonu yahut Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir ihlal veya iptal kararının ardından yasa koyucunun harekete geçmesi suretiyle değil, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol m. 5 hükmünün boşanma sonrası ortak velayet öngördüğü yorumu neticesinde yargı uygulamasıyla dahil olmuştur. Böylece merkezinde çocukların yer alması sebebiyle hukuki olduğu kadar toplumsal önemi de bulunan bir müessese, Medeni Kanun'da şartları, hüküm ve sonuçlarına ilişkin düzenlemesi olmaksızın Türk hukukunda uygulanır hale gelmiştir.

Bu çalışmada, esasen, boşanma sonrası ortak velayetin Türk hukukuna dahil olma biçimiyle birlikte yasal düzenleme eksikliğine rağmen Türk hukukunda uygulanıyor olmasının değerlendirilmesi yapılmıştır. Bunun yanında, bir müessese olarak velayetin, soybağı, kişisel ilişki, bakım ve himaye gibi kavramlarla olan ilişkisi ve ayrımı da hatırlatılarak, bazı yargı kararları ve literatürde bu kavramların kullanımında zaman zaman kendini gösteren karışıklık ve belirsizliğin de tespiti yapılmak istenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Velayet, boşanma sonrası ortak velayet, çocuğun üstün yararı, çocukla kişisel ilişki

Abstract

Joint custody after divorce is a necessary institution in ensuring the best interests of the child in Turkish law, as in all modern legal systems. However, the inclusion of this institution in Turkish law took place through a process different from the developments in comparative law.

In Turkish law, joint custody after divorce has been accepted by judicial practice. Thus, an institution that has both legal and social importance because children are at its center has become applicable in Turkish law without the regulation of its conditions, provisions and consequences in the Civil Code.

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 14.05.2024*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, reyhan.demircioglu@hbv.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5934-5623>.

In this study, how joint custody was included in Turkish law after divorce and its implementation in Turkish law despite the lack of legal regulation were evaluated. In addition, the similarities and differences of concepts such as lineage, personal relationship with the child, care and protection with the institution of custody are also reminded.

Key Words: Custody, joint custody after divorce, best interest of the child, lineage, personal relationship with the child

GİRİŞ

Boşanmanın küçük çocuklar açısından en önemli sonucu, velayete ilişkin yapılacak düzenlemedir. Evlilik içinde velayetin kapsamına dahil olan tüm hak ve yetkileri birlikte kullanan ve yükümlülükleri birlikte yerine getiren ana babanın, evliliğin sona ermesi üzerine çocuğun bakımı, korunması, yetiştirilmesine ilişkin yetki ve yükümlülüklerinin ne şekilde düzenleneceği meselesi, hukuk sistemlerinde tarihsel süreç içerisinde bazı değişimlere uğramıştır. Modern hukuk sistemlerinde bu değişim, babayı veya anneyi önceleyen tek başına velayetin sözkonusu olduğu sistemlerden, boşanma sonrasında da ortak velayetin sözkonusu olduğu sistemlere doğru gerçekleşmiştir. Bugün modern hukuk sistemlerinin hemen hepsi, ana babanın boşanma sonrası ortak velayetini farklı modellerle de olsa benimsemekte ve uygulamaktadır.

Velayet hukukuna ilişkin gelişmeler Türk hukuk doktrinini de etkilemiş ve en çok “*Velayet, ana ve babadan birinin ölümü üzerine sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” şeklindeki TMK m. 336/III hükmü karşısında boşanma sonrası ortak velayetin Türk hukuku bakımından da mümkün olup olmadığı hususu tartışılmıştır. Bu kapsamda hükmün emredici olup olmasından, contra legem yorumla düzeltilmesi veya örtülü ya da gerçek boşluğun kabulü halinde başvurulabilecek çözümler gibi birçok müessesenin tartışıldığı görülmektedir. Nihayetinde 20.02.2017 tarih 2016/15771E. 2017/1737 K. sayılı kararıyla¹ Yargıtay’ın boşanma sonrası ortak velayeti Türk kamu düzenine aykırı görmeyerek konuya ilişkin bir yabancı mahkeme kararının tanınmasına hükmetmesinin ve aynı kararda Anayasa m. 90/V’e göndermeyle 6684 sayılı Kanun’un² uygun bulunduğu İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol³ m. 5 hükmünü doğrudan velayetle ilişkilendirmesinin ardından, Türk mahkemeleri boşanma sonrası ortak velayet kararları vermeye başlamıştır. Ancak bu gelişmeden sonra dahi Türk hukukunda boşanma sonrası ortak velayetin uygulanabilirliğine ilişkin tartışmalar tamamen sona ermediği gibi, bu tartışmalara uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi meselesi de eklenmiş ve Türk hukukunda konuya ilişkin yoğun ve takibi zor bir literatür oluşmuştur. Ne var ki, Türk hukukunda konuya ilişkin bazı çözüm ve düzenleme önerilerini de kapsayan bu yoğun

¹ bkz. https://mevzuat.kararara.com/viewtopic.php?t=9710#google_vignette

² 10. 03. 2016 kabul tarihli 6684 sayılı Kanun için bkz. 25. 03. 2016 tarihli ve 29664 Sayılı Resmî Gazete

³ Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss123.pdf>

literatüre ve yargı kararlarıyla sürdürülen fiili uygulamaya rağmen boşanma sonrası ortak velayet halen yasal bir düzenlemeye kavuşmamıştır. Bu durum, başka ülke hukuklarında yasal düzenlemelere konu olan çocuğun bakım ve himayesi, yerleşim/bulunma yeri ve gerektiğinde çocuğun bulunduğu yerin değiştirilmesi yahut dönüşümlü/paylaşımlı (alternatif) himaye, çocuğa ilişkin kararların alınmasında ve yasal temsilde ana babanın hareket biçimi gibi çocuk merkezli olmakla ileride telafisi güçlük arzedeabilecek önemli birçok meseleye ilişkin devam eden bir eksiklik anlamına gelmektedir.

Bu çalışmanın amacı, boşanma sonrası ortak velayete ilişkin Türk hukukundaki mevcut literatürü biraz daha yoğunlaştırmak değildir. Tersine, müessesenin gerek karşılaştırmalı hukuktaki yeri ve hükümleri gerek TMK m. 336/III hükmü uyarınca Türk hukukunda uygulanmasının mümkün olup olmadığı meselesiyle Yargıtay'ın 20.02.2017 tarih 2016/15771E. 2017/1737 K. sayılı içtihadının buna etkisi, boşanma sonrası ortak velayete ilişkin Türk hukukunda düzenleme önerileri gibi hususlarda yapılmış bir çok tartışmayı temel noktaları bakımından ele almak -hatırlatmak-; böylece meselenin, hem teori hem uygulama bakımından önem arzeden noktalarını görünür kılarak, kendi değerlendirmelerimiz doğrultusunda sadeleşmesine katkı sağlamaktır. Bu doğrultuda, boşanma sonrası ortak velayet kabul edildiğinde dahi yine Türk Medeni Kanunu'na göre çözüme kavuşturulması gereken meseleler ile bu tür bir velayette Türk Medeni Kanunu'nun karşılaştırmalı hukuktan hareketle yetersiz kaldığı meselelerin neler olduğuna işaret edilmesi gerekmektedir. Ayrıca Türk hukukunda boşanma sonrası ortak velayetin Anayasa Mahkemesi'nin önüne TMK m. 336/III'ün iptali için değil, bu tür bir velayet uygulamasının aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddiasıyla getirilmiş olduğuna da işaret edilmelidir⁴. Anayasa Mahkemesi'nin bu iddiayı haklı bularak mahkemece belli husus ve koşullar değerlendirilmeksizin tesis edilen ortak velayetin aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine hükmetmesi -kararın isabetliliği veya isabetsizliğinin ötesinde- aile ve özellikle çocuk merkezli böylesine önemli bir müessesenin yasal düzenleme eksikliğine rağmen Türk mahkemelerinde uygulanıyor olmasının yol açabileceği zararları akla getirmektedir. Yine boşanma sonrası ortak velayete ilişkin yargı kararları ve literatür dikkate alındığında, bir müessese olarak velayetin, ilgili olduğu soybağı, kişisel ilişki, bakım ve himaye gibi kavramlarla ayrımının bir kez daha yapılmasına ihtiyaç bulunduğu görülmektedir. Öyle ki ortak veya tek başına olmasından bağımsız olarak velayet, yine soybağının bir sonucu olmakla birlikte bu sonuç, kişisel ilişki, soyadı, bakım ve eğitim giderlerine katılma gibi sonuçlardan farklı bir biçimde soybağına doğrudan bağlı değildir. Velayet, ana baba ve çocuk arasında daha tabii nitelikte bir ilişki olan soybağına nispetle tamamen hukuki bir bağdır ve velayetin bu niteliği boşanma sonrası ortak velayette ortaklık arz eden hususların neler olduğunun, tersi bir ifadeyle, velayet ortak olmasa dahi soybağının varlığı sebebiyle zaten ortaya çıkacak sonuçların neler olduğunun bir kez daha göz

⁴ Bkz. AYM'nin 06.10.2021 tarih ve 2018/27658 sayılı kararı (30.11.2021 tarih 31675 sayılı RG).



önünde tutulmasını gerektirmektedir. Ancak bu değerlendirmeden sonradır ki karşılaştırmalı hukukta boşanma sonrası olduğu kadar evlilik dışı doğumlarda da ana babanın ortak velayetini mümkün kılmakla ana baba ve çocuk arasındaki ilişkiyi evlilik düzeninin dışında ve soybağı gibi daha tabii nitelikteki bir ilişkiye yaklaştırma yönündeki eğilimin Türk hukukundaki karşılığı sorgulanabilir.

I. VELAYET KAVRAMI, VELAYETİN SOYBAĞININ GENEL HÜKÜMLERİNDEN VE ÇOCUĞUN BAKIMINDAN (HİMAYESİNDEN) AYIRT EDİLMESİ

A. VELAYET KAVRAMI

Velayet, Türk hukukunda, kural olarak küçük istisnai hallerde ise reşit çocukların bakım ve korunmalarının sağlanması amacıyla, onların şahısları, malları ve temsilcileri konusunda ana babaya yüklenen ödevler ile bu ödevlerin daha iyi ifasını sağlamak amacıyla tanınan hak ve yetkilerin bütünü olarak tanımlanmaktadır⁵. Bu itibarla çocuk hukukunun en temel kavram ve müesseselerinden birini oluşturan velayet, Türk Medeni Kanunu'nun 335 ve 352'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Çocukların, her toplumda en kırılgan ve korunmaya muhtaç kesimi oluşturduğuna şüphe yoktur. Her gerçek kişi, sağ doğma kaydıyla medeni haklardan yararlanma ehliyetine ana rahmine düştüğü andan itibaren kavuşur; ancak hukuken ergin kabul edilmedikçe medeni hakları kullanma ehliyetine tam olarak sahip olmaz. Çocukların medeni hakları kullanma /fiil ehliyeti bakımından içinde buldukları bu kısıtlı durum, sadece hukuki işlem sahasına ilişkin değildir. Onların aynı zamanda doğdukları andan kural olarak ergin oldukları ana kadar bakım ve gözetim ihtiyaçlarının karşılanması, eğitimleri ile her bakımdan topluma faydalı bireyler olarak yetiştirilmelerinin sorumluluğunu da kapsayan bir müesseseye ihtiyaç vardır. Bu ihtiyaç, zaman içerisinde haktan ziyade ödevlerin, otoriteden ziyade sorumluluğun öncelenmesi anlayışını yansıtan bir terminolojiyle⁶ ve tüm hukuklarda velayet veya

⁵ Huriye Reyhan Öztürk, *Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Çocuğun Şahsı Bakımından Sonuçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2000) 37. Velayete ilişkin doktrinde yapılmış benzer tanımlar için bkz. H. Veldet Velidedoğlu, *Aile Hukuku, C. II* (Nurgök Matbaası 1949) 326; Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan, *Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 1993) 341; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt* (Beta Yayınları 2023) 415; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku, Çocuk Hakları ve Korunması* (Pegem Akademi 2020) 222; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (Vedat Yayıncılık 2017) 250; Ali Naim İnan, *Çocuk Hukuku* (Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları 1968) 125; Aydın Zevkliler ve Emre Cumalioğlu ve Beşir Acabey, *Medeni Hukuk III Aile Hukuku* (Adalet 2024) 407; Ömer Uğur Gençcan, *Velayet Hukuku Yargıtay Uygulaması Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar* (Yetkin 2015) 61. Mustafa Dural ve Tufan Öğüz ve M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2024) 383; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2015) 1074; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk C. III, Aile Hukuku* (Yetkin Yayınevi 2023) 535.

⁶ Arapça kökenli olup sözlükte "yakın olmak, sevmek, yönelmek, yardım etmek, bir işin sorumluluğu kendi üstünde olmak" anlamlarına gelen (bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/velayet--fiki>; <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/velayet>; bkz. Öztürk (n 5) 4), velayet kelimesi, fikrimizce

Türk hukukundaki velayete denk gelen benzeri bir müesseseseyle karşılanmaktadır. Türk hukukunda da içerdiği hak/yetki ve yükümlülüklerin birlikte vurgulanabilmesi, velayet hakkı kavramı içerisinde yükümlülüklerin görünmez bir hal almaması için velayete “yüküm-hak” nitelendirilmesi yapıldığı görülmektedir⁷.

Velayetin anlam ve içeriğinin tarihsel süreç içerisinde⁸ geçirdiği değişim ile niteliğine ilişkin yaklaşım ve tartışmalar, Türk hukukuna son yıllarda dahil olan boşanma sonrası ortak velayetin değerlendirilmesini amaçlayan bu çalışmanın konusundan uzaktır. Bununla birlikte modern hukuklarda velayetin dönüşen anlam ve içeriği sebebiyle silikleşme yönündeki hak niteliğinin, ana-baba ve çocuk arasındaki ilişki bakımından değil, velayete sahip olan ana-babanın üçüncü kişilere yönelik taleplerinin dayanağı olması bakımından önemli olduğuna işaret edilmelidir. Ana-baba ve çocuk arasındaki ilişki bakımından velayet, içerdiği yükümlülüklerin daha iyi ifasını sağlamaktan başka bir amaç taşımayan ve çocuğun üstün yararı ilkesine⁹ uygun kullanımının yanında yaşıyla orantılı olarak ayırt etme gücüne kavuşmasıyla gittikçe daralan kapsamda bir egemenlik yetkisini ifade ederken, bunun üçüncü kişilere karşı korunması, velayetin mutlak karakterini ifade eder¹⁰. Velayetin bu mutlak karakteri de yine çocuğun üstün yararı ilkesiyle sınırlıdır¹¹. Buna göre

hukuktaki velayet müessesesini doğru şekilde ifade etmektedir. Buna karşılık, batı dillerinde bu içeriği tam karşılayan tek bir kavramın bulunmayışı ve çocuk – ebeveyn ilişkisinin mutlak ve ataerkil bir otoriteden (*patria potestas*) günümüzde ebeveyn gözetim ve himayesi, ebeveyn sorumluluğuna dönüşmüş olması, karşılaştırmalı hukukta bu müesseseyi ifade etmek üzere kullanılan terminolojiye de (*elterliche Gewalt* - *elterliche Sorge*/Obsorge; *parental authority* - *parental responsibility*) yansımıştır; sözkonusu terminolojik değişim hakkında ayrıca bkz. Fulya Erlüle, *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velâyet* (Yetkin Yayınevi 2019) 95 vd. Türk hukuku bakımından ise velayet müessesesinin *anlam ve içeriğinin* değiştiği gerekçesiyle ‘*terim tartışması*’ yapmaya ve karşılaştırmalı hukuktaki bu tartışmaları Türk hukukuna taşımaya fikrimizce gerek yoktur.

⁷ Serozan (n 5) 250.

⁸ Velayetin tarihsel süreci için bkz. Seldağ Güneş Ceylan, *Roma Hukukundan Günümüze Velâyet Vesayet Hukuku* (Yetkin Yayınevi 2004).

⁹ Velayette çocuğun üstün yararı ilkesi hakkında bkz. Yıldız Abik, ‘Türk Medeni Kanunu’ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velâyet Çocuğun Yararı’ *Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan* (Filiz Kitabevi 2011) 1-73.

¹⁰ Velayetin mutlak hak karakterine, bu benzetmenin eşya üzerindeki mülkiyet çağrışımı yapması sebebiyle karşı çıkan Serozan’a göre “*çocuk sanki bir nesneymişçesine onun şahsı üzerinde mülkiyet benzeri bir mutlak hak gözüyle bakılamaz*”, Serozan (n 5) 253. Oysa velayet, ana baba lehine tanınmış bir hak olmadığı gibi, diğer mutlak hakların aksine daimî nitelikte de değildir. Velayetin mutlak karakteri, çocuğun bakımı, korunması, yetiştirilmesi gibi yükümlülüklerle birlikte karar alma ve temsil yetkisini de içeren bu müessesenin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilirliği noktasındadır ki, hukukumuzda sınırı belirsiz bir çevre içerisinde herkesin riayetle yükümlü olduğu haklara “mutlak” nitelendirmesinin yapılmış olması, bu nitelikteki tüm hakların mülkiyete benzetilmesini gerektirmez; bu hakların konusunu da nesne durumuna getirmiş olmaz. Mutlak haktan maksat, bu haklara herkesin riayetle yükümlü olmasıdır: “*herkesin mutlak haklara riayet etme ve saygı gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır*”, İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Kesin, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku)* (Adalet Yayınevi 2023) 166.

¹¹ Velayetin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesindeki mutlak karakterinin dahi çocuğun üstün ya-



velayet, tarafları dışında kalan herkese (örneğin çocuğun ana-babası dışında kalan diğer hısımlarına), yükümlülüklerini çocuğun üstün yararı ilkesine uygun şekilde ifa eden (örneğin çocuğun eğitimiyle, gideceği okulla ilgili bir karara varmış olan) ana-babaya müdahale etmeme yönünde bir *negatif* yükümlülük yükler¹². Çünkü çocuğun velayeti, münhasıran ana-babaya aittir ve bu yönü itibarıyla velayet aynı zamanda soybağı hukukunun da bir parçasıdır. Buna göre, velayete sahip olabilmek için önce çocuk ile ana-babası arasında soybağının kurulmuş olması gerekmektedir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nda velayet, aile hukuku kitabının hısımlık kısmında soybağının kurulması başlığını taşıyan birinci bölümünün altında yer almaktadır.

Velayet soybağı hukukunun bir parçası olmakla birlikte, soybağından farklı bir anlama sahip olduğu gibi, iki müessesenin hükümleri de birbirinden farklıdır. Bu sebeple ortak (birlikte) velayet gibi bir mesele ele alınırken, ana baba arasında hangi hak ve yükümlülüklerin velayet dolayısıyla ortak olduğunun hangilerinin ise velayet ortak olmasa dahi sırf soybağının mevcudiyeti dolayısıyla ortaya çıkacağına anlaşılmasında yarar vardır.

B. VELAYETİN SOYBAĞININ GENEL HÜKÜMLERİNDEN AYIRT EDİLMESİ

1. SOYBAĞININ GENEL HÜKÜMLERİ, ÖZELLİKLE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ VE ÇOCUĞUN BAKIM VE EĞİTİM GİDERLERİ MESELESİ

Soybağı, bir kişinin ana ve babasıyla olan soy ilişkisidir ve özünde tabii bir bağıdır. Bununla birlikte böyle bir tabii bağın hukuk tarafından tanınması, bilinebilir hale gelmesi, yine hukukun koyduğu kurallarla mümkün olmaktadır. Hukuk düzeni, dünyaya gelen çocukların soybağlarını belirleyen kuralları, biyolojik sebeplerle annesi ve babası için ayrı ayrı düzenlemiştir. Buna göre “Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur” (TMK m. 282/I). “Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma ve hâkim hükmüyle kurulur” (TMK m. 282/II)¹³.

Böylece, hukuk düzeni bir çocuğun annesinin onu doğuran kadın olduğunu

rıyyla sınırlı olması, özellikle çocuğun eğitiminin veya tedavisinin engellenmesi, zorunlu aşı uygulamasına karşı çıkılması gibi haller bakımından tartışılır. Bkz. Aslı Başak Makaracı ve Seda Öktem Çevik, ‘Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları’, *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması* (Seçkin 2021) 363-380.

Küçüklerin tedavisi bakımından yasal temsilcinin kararlarında tamamen özgür olmadığı, ebeveyn temsilinin önündeki en önemli engel çocuğun yüksek yararı olduğu yönünde, bkz. A. Dilşad Keskin, *Medeni Hukuk Açısından Bizzat Karar Verme Hakkı (Selbstbestimmungsrecht)* (Adalet Yayınevi 2022) 108.

¹² Özel hukukta mutlak hak kavramının ‘herkese karşı ileri sürülebilen haklar’ olarak tanımlanmasının zorlayıcı ve kafa karıştırıcı olduğu, mutlak haklar için ‘ödev’ kavramını öne çıkaran bir tanımın tercih edilmesi gerektiği yönünde bkz. Yaşar Salihpaşaoğlu, *Hukuka Giriş* (Adalet Yayınevi 2023) 208. Bize göre de muhatabı belirsiz bir çevre içerisinde mutlak haklara riayet, herkesin bu haklara müdahale etmeme yönünde negatif bir yükümlülüğünün bulunması şeklinde ifade edilebilir.

¹³ “Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur” (TMK m. 282/III).

kesin bir karineyle kabul etmiş olmaktadır¹⁴. Buna karşılık, TMK m. 282/II hükmü çocuk ile babası arasında soybağının kurulması için evlilik, tanıma ve hâkim hükmü olmak üzere üç ayrı ihtimal öngörmüş ise de TMK m. 285 ve devamı hükümleri birlikte değerlendirildiğinde çocuğun hukuki babasının belirliliğinin annenin evli olup olmamasına göre değiştiği görülmektedir. Buna göre “*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır*” (TMK m. 285/I). Babalık karinesi olarak isimlendirilen bu karine adi nitelikte olup, aksi soybağının reddi davası açılarak ispatlanabilir. Bununla birlikte evlilik içinde veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuklar için babalık karinesinin işliyor olması, nikah akdiyle kurulan evlilik birliğinin sadece karı koca arasındaki hukuku belirlemede değil, aynı zamanda koca ile çocuk arasındaki soybağını belirlemede de kurucu bir öneme sahip olduğunu göstermektedir. Annenin evli olmadığı durumlarda ise, baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulması ya tanıma ya da tanınmanın dahi gerçekleşmediği durumlarda açılacak bir babalık davası sonucu hâkim hükmüyle mümkündür.

Çocuk ve ana baba arasındaki soybağı ilişkisine hukukun bağladığı sonuçlar, aslında ana baba ve çocuk arasındaki hukuki bağın adeta asgari içeriğini oluşturur niteliktedir. Çocuğun soyadına ilişkin TMK m. 321¹⁵ ile ana baba ve çocuğu ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etme, saygı ve anlayış göstermekle yükümlü tutan TMK m. 322¹⁶ hükümleri bir tarafa bırakılırsa, velayet hukuku bakımından da önem arz eden ve soybağının velayete bağlı hükümlerinden ayırt edilmesinde özel bir önemi bulunan düzenlemeler, TMK m. 323 ile TMK m. 327’dir.

Çocuk ile kişisel ilişkiyi düzenleyen TMK m. 323’e göre “*Ana babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.*” Böylece çocuk ile kişisel ilişki, ana babanın velayete sahip olup olmamasından bağımsız, doğrudan soybağının mevcudiyetine bağlanmış bir nevi ana-babalık hakkı olarak ortaya çıkmakta, bu itibarla medeni bir hakkın ötesinde bir insan hakkı olarak nitelendirilmek gerekmektedir¹⁷. Çünkü çocukla kişisel ilişki kurma hakkının esası, çocuk üzerindeki egemenliğe bağlı bir

¹⁴ Anne ile çocuk arasındaki soybağının kesinliğine ilişkin bu düzenleme, günümüzdeki üremeye yardımcı yöntemler sebebiyle önemli tartışmaların konusu haline gelmiştir, bkz. A. Dilşad Keskin, ‘Bölünmüş Annelik ve Ana Yönünden Soybağının Reddi’ (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1989-2016.

¹⁵ TMK m. 321/c.1’e göre “*Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin, (...) soyadını taşır*”.

¹⁶ TMK m. 322’ye göre “*Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler*”.

¹⁷ Aynı yönde bkz. Fulya Erlüle, ‘Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması’ (2010) 16(3-4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 217. Medeni hukuk literatürü bunu ayrıca kişilik hakkı olarak da kabul etmektedir, bkz. Sanem Aksoy Dursun, ‘Çocuk ile Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Uygulamadaki Sorunlar’ *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması* (Seçkin 2021), 182; Yılmaz (n 5) 524.



yasal temsil veya karar alma değil, esas olarak ana babanın genetik mirasçıları olan çocuklarıyla aralarında manevi bir bağın geliştirilmesine duydukları insani ihtiyaçtır¹⁸. Kişisel ilişki kapsamında çocukla birlikte zaman geçirilerek bu süre zarfında ona ilgi ve şefkat gösterilmesi, dertleriyle dertlenip mutluluğuna ortak olunması, bir yandan çocuğun birlikte yaşamadığı ebeveyne yabancılaşmasının önlenmesine diğer yandan o ebeveynin ana babalık duygularını tatminine yönelik bir amaç taşır¹⁹. Bununla birlikte Kanun, çocuğun üstün menfaatinin icap ettiği durumlarda ana babanın bu hakkına sınırlama getirmektedir:

“Ana babadan her biri, diğerinin çocukla kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesini ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür.

Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrafta öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir” (TMK m. 324).

Çocukla kişisel ilişki kurulması hakkı velayetten bağımsız olsa da bu durum velayete sahip ana babanın da gerektiğinde çocukla kişisel ilişki talebinde bulunmasına engel değildir. Nitekim TMK m. 323’üncü madde “*kendisine bırakılmayan çocuk*” ile uygun bir ilişki talebini de kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Bu durum, çocuğun bakım ve himayesi meselesinin velayetten farklı olmasının sonucudur. Ana babanın velayet hakkı devam ederken de ana baba için müşterek hayatın tatili (TMK m. 197) veya ayrılık kararı verilmiş olması (TMK m. 182) sebebiyle çocuğun ana babadan birine bırakılması sözkonusu ise diğer ebeveynin yine çocukla kişisel ilişkinin düzenlenmesi gerekmektedir. Ana babadan velayet hakkı kaldırılmaksızın çocuğun bir kuruma veya aile yanına yerleştirildiği hallerde de (TMK m. 347) kişisel ilişkinin tesisi gerekmektedir.

Soybağının önemli hükümlerinden bir diğeri ana babayı çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılamakla yükümlü tutan TMK m. 327’dir. Hükme göre “*Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır*” (TMK m. 327/I). Çocuğun bakım ve eğitim giderleri ana babaya ait bir yükümlülük ise de TMK m. 327 hükmünün devamında, ana babanın yoksul olduğu

¹⁸ Kişisel ilişki, Medeni Kanun’da ana-babaya ait bir hak görünümünde düzenlenmiştir. Oysa burada çift yönlü bir ilişki sözkonusu olup, kişisel ilişkinin çocuk açısından da insani bir ihtiyaç teşkil ettiğine hiç şüphe yoktur. Ana babasıyla kişisel ilişki kurulmasının çocuk açısından da bir hak olarak tanımlanması gerektiği yönünde bkz. Aksoy Dursun (n 17) 184. Zira Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 9/3’e göre “*Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler*”, <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>

¹⁹ Bununla birlikte Türk Medeni Kanunu m. 325, bu hakkı belli koşullar altında üçüncü kişilere de tanımıştır: “*Olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düşüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabilir*” (TMK m. 325/I).

veya çocuğun özel durumunun olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği haller bakımından varsa çocuk mallarının hâkim izniyle sarfedebilebileceği hükme bağlanmıştır (TMK m. 327/II). Çocuk mallarını *kullanma* sözkonusu olduğunda ise, TMK m. 354'ün “*Ana ve baba, kusurları sebebiyle velayetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler*” şeklindeki ifadesi, velayetin kusurları ile kaldırıldığı haller müstesna olmak üzere, ana babanın çocuğun mallarını kendileri için kullanma haklarının velayetten bağımsız olduğunu göstermektedir. Yine malvarlığı hukukunun bir parçasını oluşturmak üzere, çocuk ile ana babanın birbirlerine mirasçı olmalarına ilişkin TMK m. 495²⁰ ve m. 496²¹ hükümleri de doğrudan soybağının varlığından doğan bir sonuçtur.

Böylece çocuk ile ana baba arasındaki ilişkinin ahlaki bir temele dayanan en genel hükmü niteliğindeki karşılıklı yardım ve dayanışmadan (TMK m. 322) çocuğun soyadına (TMK m. 321), çocukla kişisel ilişki kurulmasından (TMK m. 323) çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanmasına (TMK m. 327) ve gerektiğinde mallarının kullanılmasına (TMK m. 354), nihayetinde -aynı zümreden olmasa da- karşılıklı yasal mirasçılığa (TMK m. 495 ve m. 496) uzanan hükümler, soybağının velayetten bağımsız sonuçlarını oluşturur. Bu itibarla soybağının sözkonusu hüküm ve sonuçları, yasal temsil ve çocuğun bakımına, korunmasına, eğitim ve yetiştirilmesine ilişkin yükümlülükler ile bunların ifasına yönelik kararların alınmasını gerektirir bir müessese olan velayetin, tek başına veya ortak mevcudiyetinden etkilenmez. Başka bir deyişle, velayetin ana babadan birine ait olması veya ortak aidiyeti halinde değerlendirilmesi gereken hak ve yükümlülükler, soybağının velayete bağlı olan hükümleridir.

2. SOYBAĞININ VELAYETE BAĞLI HÜKÜMLERİ (VELAYETİN İÇERDİĞİ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER)

Türk Medeni Kanunu m. 335 ve devamı, soybağının velayete bağlı olan sonuçlarını düzenlemektedir. Kanunda velayetin açık bir tanımı yapılmamıştır; ancak kapsamına ilişkin hükümlerden, velayetin ana baba için çocuğun şahsı ve malları üzerinde hem hak hem yükümlülükleri ayrıca çocuğun temsilini içeren geniş kapsamlı bir müessese olduğu anlaşılmaktadır.

Velayetin çocuğun şahsı üzerindeki hükümleri, esas olarak çocuk üzerindeki egemenliği ifade etse de bu egemenliğin günümüzdeki anlamı, Roma hukukundaki patria potestastan²² uzaktır. Günümüzde çocuk üzerindeki egemenliğin varlığı, çocuğun korunması, bakımı, eğitimi ve neticede bağımsız bir fert olarak yetişkinliğe hazırlanmasını amaçlayan yükümlülüklerin daha iyi ifası için ve mutlaka çocuğun üstün yararı ilkesi ile sınırlı olarak kabul edilmektedir²³. Bu sınırlar dahilinde, ana

²⁰ TMK m. 495/I'e göre “*Mirasbırakanın birinci derece mirasçıları, onun altsoyudur*”.

²¹ TMK m. 496/II, c.1'e göre “*Altsoyu bulunmayan mirasbırakanın mirasçıları, ana ve babasıdır*”.

²² bkz. Öztürk (n 5) 7-8.

²³ “*Velayet, ana baba için değil, çocuk içindir; aynı zamanda onu korumak ve giderek korunmaya*



ve babayı çocuğun bakım ve eğitimi konusunda gerekli kararları alıp uygulamakla ve çocuğu ana babasının sözünü dinlemekle özellikle onların rızası olmaksızın evi terketmemekle yükümlü tutan TMK m. 339 ile çocuğun dini eğitimini belirlemeyi ana babaya bir hak olarak tanıyan TMK m. 341 hükmü, çocuk üzerindeki ana baba egemenliğinin Türk hukukundaki başlıca görünümüdür. Keza “*Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar*” şeklindeki TMK m. 340/I hükmü de çocuğun eğitimine dair karar alma yetkisinin esasını oluşturmaktadır; bu sebeple çocuk üzerindeki egemenliğin günümüzdeki modern anlamı ile ilişkilidir.

Çocuğun malları üzerinde ana babanın sahip olduğu hak ve yükümlülükler ise TMK m. 352 ve devamında düzenlenmiştir²⁴. “*Ana ve baba, velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler*” şeklindeki TMK m. 352/I hükmü, velayetin hak ve yükümlülüğü bir arada barındıran karakterini en net şekilde ortaya koyan hükümdür. Buna karşılık çocuk mallarının kullanılması “*Ana ve baba, kusurları sebebiyle velayetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler*” şeklindeki TMK m. 354 hükmünden hareketle, velayetten önce soybağı ile ilişkilendirilmesi gereken bir haktır. Yine Kanun çocuk mallarının sarfi (çocuk malları üzerinde tasarruf) meselesini, malların aynı ile gelirlerini (TMK m. 355), ayrıca çocuk malının sermaye biçiminde ödemeler, tazminat ve benzeri edimler olması ile diğer tür mallarını (TMK m. 356) birbirinden ayırarak farklı hükümlerle düzenlemiştir. Böylece çocuk mallarının yönetilmesi, kullanılması ve sarfi da esasen velayete bağlı hükümler olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte çocuğun ana babanın sarf ve/veya yönetimi dışında bırakılan serbest malları da sözkonusu olabilir (TMK m. 357 vd).

Çocuğun temsili meselesi ise çocuğun ehliyetinin sınırlı olmasının bir sonucu olup, velayeti, çocuğun şahıs ve malları üzerinde yine çocuğun üstün yararı ilkesi uyarınca ve bununla sınırlı olarak sahip olunan hak ve yükümlülüklerin ötesinde, aynı zamanda temsil hukukunun bir parçası haline getirmektedir. Çocuk fiil ehliyeti açısından, ayırt etme gücüne sahip olmadığı durumlarda tam ehliyetsiz, ayırt etme gücüne sahip olduğu durumlarda ise sınırlı ehliyetsiz kategorisinde bulunduğu, hukuki işlem sahası içerisinde kimi zaman daha geniş, kimi zaman daha dar bir kapsamda yasal temsile ihtiyaç duyar²⁵. Buna göre, ayırt etme gücüne sahip

muhtaç olmaktan çıkartmak içindir. Gerçekten de velayetin asıl işlevi, çocuğa bağımsız kişilik kazandırarak, kendi kendisini zamanla gereksiz hale getirmektir”, Serozan (n 5) 250.

²⁴ Akıntürk ve Ateş (n 5) 429 vd. Çocuk malları üzerinde ana babanın sahip olduğu hak ve yükümlülükler hakkında etraflı bilgi için bkz. Hayrünisa Özdemir, ‘Çocuk Mallarının Yönetilmesi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması’ (2013) 17(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-105; Mehmet Altunkaya, ‘Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı’ Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan (Yetkin Yayınevi 2006) 111-29; Cem Baygın ve Murat Doğan, ‘Çocuk Mallarının Kullanılması, Yönetilmesi ve Sarfi’ (2005) 9(1- 2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 379-427.

²⁵ Huriye Reyhan Demircioğlu, ‘Velayetin İçerdiği Hak ve Yükümlülükler Bakımından Boşanma

bulunmadığı durumlarda çocuğu borç altına sokan veya sokmayan her türlü işlem velayet hakkına sahip ana baba tarafından yapılır. Ayırt etme gücünün bulunduğu durumlarda ise çocuğu borç altına sokan işlemler yine ya velayete sahip ana baba tarafından gerçekleştirilir ya da çocuk bu tür işlemleri bizzat fakat velayet hakkına sahip ana babanın rızasıyla gerçekleştirir²⁶. Şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması sözkonusu olduğunda ise, ayırt etme gücüne sahip çocuğun bu haklarını rızaya gerek olmaksızın bizzat kullanabileceği kural olarak kabul edilir. Bununla birlikte, bu tür haklardan çok önemli bazılarının kullanılması, özel mevzuat düzenlemeleriyle yine yasal temsilcinin iznine bağlanmış olabilir. Bunlardan Türk Medeni Kanunu'nda yer alanların başlıcaları yargısal erginliğe ilişkin TMK m. 12, onyedinci yaşındaki küçüğün evlenmesine ilişkin TMK m. 126, küçüğün nişanlanmasına ilişkin TMK m. 118/II ile evlilik dışı çocuğunu tanımasına ilişkin TMK m. 295/II hükümleridir. Yine 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70 ile Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/I, tıbbi müdahalelerde aydınlatılmış onamın alınmasında; benzer şekilde Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 6 gebeliğin sonlandırılmasında yasal temsilcinin rızasını aramaktadır. Bu gibi hallerde gerçekleştirilen yasal temsil, ana baba ile çocuk arasındaki soybağının mevcudiyeti sebebiyle doğrudan değil, ancak velayet hakkı dolayısıyla sözkonusu olur.

C. VELAYETİN ÇOCUĞUN BAKIM VE HİMAYESİNDEN AYIRT EDİLMESİ

Velayet, soybağı kavramından farklı olduğu gibi, çocuğun bakım ve himayesinden de kavramsal olarak farklıdır. Gerçi velayete sahip olan ana baba, çocuğun bakımını da himayesiyle birlikte gerçekleştirmekle yükümlüdür (TMK m. 339). Bununla birlikte, çocuğun velayeti ile bakım ve himayesi, bazı hallerde birbirinden ayrılır.

Velayet, her ne kadar çocuğun bakım ve korunmasıyla birlikte bağımsız bir fert olarak yetişkinliğe hazırlanmasını amaçlayan bir müessese olsa da velayeti salt bakım ve himayeden ayırt eden husus, çocuğun şahsı ve malları üzerindeki karar alma yetkisi ile temsiline ilişkin hak ve yükümlülüklerin bir bütün oluşturacak şekilde bünyesinde barınmasıdır. Öyle ki velayetin, gerek evlilik içinde ortak kullanımında gerek boşanma sonrası tevdiinde, içeriğindeki hak ve yükümlülüklerin ana baba arasında bölüştürülmesi dahi mümkün değildir. Velayetin bölünmezliği olarak ifade edilen bu prensip²⁷, aslında velayet müessesesinin çocuğun sadece bakım ve korunmasından, yasal temsilinden yahut çocuk üzerindeki egemenlikle birlikte karar alma yetkisinden daha fazlasını ifade eden bir müessese olduğunu ortaya koymaktadır. Oysa çocuğun bakım ve himayesi için, velayetine sahip olmaya gerek yoktur. Bununla birlikte, velayet ile çocuğun bakım ve himayesinin birbirin-

Sonrası Ortak Velayetin İşlevselliği' II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu Aralık 2019, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 381 (Şen Matbaa 2019) 1452.

²⁶ Çocuğun ehliyeti ve temsili hakkında bkz. Öztan (n 5) 1115 vd.

²⁷ bkz. Öztürk (n 5) 31; Akyüz (n 5) 224.



den ayrıldığı durumlar Türk hukukunda pek de fazla değildir.

Türk hukukunda çocuğun bakım ve himayesinin velayetten ayrılmasının başlıca görünümü, koruma amacıyla aile yanına veya kuruma yerleştirilme müessesesidir. TMK m. 347’ye göre:

“Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir.

Çocuğun aile yanında kalması, ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir.

Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa, bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır”.

Çocukların yerleştirilmesi, çocuğun şahsının korunması için Medeni Kanun kapsamında alınan tedbirlerden biridir²⁸. Bu tedbirin uygulandığı hallerde, eğer çocuk velayet altında idiysen ana babadan velayet kaldırılmış olmaz; ancak ana babanın çocuk üzerindeki yetiştirme hakları kısıtlanmış olur²⁹. Çünkü çocuğun yetiştirilmesinden maksat, barınmasıyla birlikte yeme içme, giydirme, uyku, temizlik gibi bakım ihtiyaçlarının karşılanması ve bu günlük rutin içerisinde çocuğun korunarak, genel eğitimi ile gerekiyorsa mesleki eğitiminin sağlanmasıdır³⁰. Çocuğun bir aile ya da kuruma yerleştirildiği hallerde ise artık ana babasıyla birlikte yaşamayan çocuk üzerinde bu hak ve yetkilerin fiilen gerçekleştirilemeyeceği açıktır. O halde velayetin ana babadan kaldırılmamış yahut sadece birine tevdi edilmemiş olduğu hallerde dahi çocuğun bakım ve himayesinde çocukla birlikte yaşıyor olmanın belirleyici olduğu söylenebilir.

Kurum veya aile yanına yerleştirmede çocuğun bakım ve himayesi, velayete sahip olmayan kişiler tarafından yerine getirilmekte, velayetin kendilerinden kaldırılması için sebep bulunmayan ana baba açısından ise velayete bağlı diğer sonuçlar, hak ve yükümlülükler devam etmektedir. Buna özellikle çocuk hakkında karar alma ve temsil yetkileri dahildir³¹.

²⁸ Etraflı bilgi için bkz. Sevgi Usta Sayıta, *Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi* (Filiz Kitabevi 1996).

²⁹ Usta Sayıta (n 28) 81.

³⁰ Bkz. a.g.e. 79 vd.

³¹ Bununla birlikte “yerleştirme tedbirine zaten ana-babanın bakım ve eğitim hak ve ödevlerini hiç veya gereği gibi yerine getirmemeleri sonucu başvurulmuştur. Bu sebeple bu hak ve ödevin ana-babadan yalnızca fiilen değil, hukuken de kaldırıldığı söylenebilir. Ancak doktrinde çocuğun mesleki ve dini eğitime ilişkin karar verme hakkının yerleştirmeden sonra da devam edeceği savunulmaktadır. Bununla beraber ... ana – babanın çocuğun mesleki ve dini eğitimi konusundaki

Türk hukukunda çocuğun velayeti ile bakım ve himayesinin birbirinden ayrıldığı bir başka hal, TMK m. 197 hükmü³² uyarınca evliliğin korunması tedbirlerinden olmak üzere birlikte yaşamaya ara verilmesi veya TMK m. 170³³ ve devamına göre hâkim kararıyla hükmedilen ayrılık müesseseleridir. Bu hallerde eşler arasında evlilik devam etmektedir ve velayetin kaldırılması için herhangi bir sebep olmadıkça ana babanın çocuk üzerindeki velayetleri de devam eder. Nitekim “*Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hâkim, velayeti eşlerden birine verebilir*” şeklindeki TMK m. 336/II hükmünün mefhumu muhalifinden bu hallerde aslolanın ortak velayetin devamı olduğu hususu anlaşılmaktadır. Ancak evliliğin ve ortak velayetin devam ettiği bu hallerde dahi “*Eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hâkim, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alır*” (TMK m. 197/IV). Buna göre hâkim, çocuğun hangi ebeveynle birlikte yaşayacağına karar verir ve diğer eşin çocukla kişisel ilişkisini ayrıca bakım ve eğitim giderlerine yapacağı katkısı (iştirak nafakasını) düzenler. O halde evliliğin devamına rağmen eşlerin fiilen birlikte yaşamadığı bu ihtimallerde, küçük çocuklar bakımından üzerinde durulması gereken mesele, velayetin akıbeti olmayıp, bakım ve himayesinin hangi ebeveyn tarafından yerine getirileceği meselesidir; çünkü velayetin çocukla ilgili kararları alma ve yasal temsile ilişkin hükümlerinde herhangi bir değişiklik olmaz.

Çocuğun bakım ve himayesi ile velayetin birbirinden ayrıldığı bu durumlar, Türk hukuku açısından istisnaidir. Gerçekten de velayete sahip olan ana baba aynı zamanda çocuğun bakım ve himayesini de gerçekleştireceğinden, velayetin kapsamı içerisinde bir bütünlük arz eden tüm bu hak, yetki ve yükümlülüklerin birbirinden ayrılarak kavramlaştırılması da ancak bazı istisnai hallere işaret eden teorik bir meseledir. Ancak boşanma sonrası ortak velayetin kabulüyle modern hukuk sistemlerinde çocuğun bakım ve himayesinin teorik bir mesele olmaktan çıkarak önemli bir pratik meseleye dönüştüğü ve farklı bir kavramsal içeriğe büründüğü söylenebilir; çünkü bu gibi hallerde, en azından ebeveynlerden biri için çocuğun velayeti ile bakım ve himayesi, fiilen, birbirinden ayrılmış demektir. Özellikle boşanma sonrası ortak velayetin genel kural olarak benimsenmesi söz konusu olduğunda, artık çocuğun velayetinin kime bırakılacağı meselesi gündeme gelmez; çünkü velayet ortaktır. Fakat bu ortaklık, çocuğun bakım ve himayesinde de ortaklık anlamına

kararları, ancak çocuğun menfaatlerine uygun olması halinde dikkate alınır”, Öztürk (n 5) 152.

³² TMK m. 197/I'e göre “*Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir*” ve hükmün son fıkrasına göre “*Eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hâkim, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alır*”, (TMK m. 197/IV).

³³ TMK m. 170/I'e göre “*Boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hâkim boşanmaya veya ayrılığa karar verir*”. Bu durumda çocuklar bakımından ana babanın haklarını hâkimin takdir yetkisi kapsamında düzenlemesini öngören TMK m. 182 hükmü, boşanma ve ayrılık durumunu birlikte düzenlemektedir (TMK m. 182/I).



gelmeyeceğinden³⁴ bu gibi hallerde çocuğun velayetinin tevdi meselesinin yerini, *himayesinin* tevdi meselesi almış olur. Böylece velayet -tıpkı ayrılık veya birlikte yaşama ara verilmesi hallerinde olduğu gibi- her iki ebeveynine ait olsa da, çocuğun hangi ebeveynin yanında kalacağı ve bu fiili duruma bağlı olarak bakım, koruma, genel eğitimi gibi yetiştirilmesine ilişkin meselelerde etkin rol üstlenecek ebeveynin belirlenmesi yahut çocuğun bakım ve himayesinin de paylaşılmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi, boşanma sonrası ortak velayet uygulamasının temel meselelerinden birini oluşturur³⁵.

II. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN BOŞANMA SONRASI ORTAK VELAYET MESELESİ

A. GENEL OLARAK BOŞANMA SONRASI ORTAK VELAYETİN MODERN HUKUK SİSTEMLERİNDE KABULÜ

Evlilik birliğinin devamı süresince ana baba velayete birlikte sahiptir ve velayetin kapsamına dahil olan tüm hak ve yetkileri birlikte kullanarak yükümlülükleri birlikte yerine getirirler³⁶. Boşanmadan sonra ise küçük çocukların velayetinin nasıl düzenleneceği, boşanmanın en önemli meselelerinden biridir. Bu mesele tarihsel süreç içerisinde babaya öncelik veren bir anlayıştan anneye öncelik veren bir anlayışa ve nihayetinde çocuğun üstün yararı doğrultusunda hareket edilmesi gerekliliğinin temel yaklaşım olarak benimsendiği bir döneme doğru gelişmiştir³⁷. Çocuğun üstün yararının gereklilikleri sözkonusu olduğunda ise tek başına velayetin mi ana babanın

³⁴ “Velayetin ebeveynlere ortak verilmiş olması, onların zorunlu olarak bakım ve yetiştirme yükümlerini de bölüşecekleri anlamına gelmemektedir. Başka bir ifadeyle; çocuğun yararı göz önünde bulundurulduğunda, birlikte velayetin ebeveynlere, eşit oranda bakım hakkı verdiği sonucu çıkarılamaz”, Canan Yılmaz, ‘Birlikte Velayet Çerçevesinde Alternatif (Dönüşümlü) Himaye’ Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyum Tebliğleri’ (On İki Levha Yayıncılık 2018) 34.

³⁵ Böylece velayet ile çocuğun bakım ve himayesi müesseseleri arasındaki fark, ortak velayette daha belirgin bir hal almaktadır. Bununla birlikte İsviçre hukuku, boşanma sonrası ortak velayetin genel kural haline getirilmesiyle birlikte, çocuğun bakım ve himayesinin de ana baba arasında paylaşımlı olarak (birlikte) gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğinin incelenmesini öngörmektedir (ZGB 298/IIter). “Gereğede; ‘velayet hakkı’ ve ‘himaye’nin birbirinden farklı kavramlar olduğu; bir yüküm-hak olarak velayet hakkında, ebeveynler, kişiye ve çocuğun malvarlığına ilişkin önemli kararlar aldıkları; buna karşılık, himaye kavramının çocuğun ebeveynlerinden biriyle birlikte geçirdiği zamanı ifade ettiği belirtilmiştir. Himaye kavramı ile çocuğun günlük bakımı sorunu birbiriyle bağlantılıdır”, Yılmaz (n 34) 33.

³⁶ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde evli ana babanın velayete birlikte sahip oldukları ve birlikte kullanacakları, anlaşmazlık halinde ise babanın oyunun geçerli olacağına hükmedilmiş idi: “Evlilik mevcut iken, ana ve baba, velayeti beraberce icra ederler. Anlaşamazlarsa babanın reyî muteberdir” (eMK m. 263). 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda bu hükmün yerini “Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar” şeklindeki m. 336/I hükmü almıştır ve hükme eMK m. 263/c. 2 dahil edilmemiştir.

³⁷ Bkz. Nagehan Çakır, *Boşanma Sonrası Ortak Velayet* (Yetkin Yayınevi 2020) 58 ve devamı; Nurten İnce, ‘Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet’ (2018) 34, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 192 vd.

ortak (birlikte) velayetinin mi öncelenmesi gerektiği yönünde çeşitli araştırmalar ortaya koyulmuş³⁸, bu araştırmaları da dikkate alan çeşitli tartışmalar sürdürülmüştür³⁹. Günümüzde artık, ortak velayeti sürdürmeye istekli ve yetenekli ana babalar açısından velayetin boşanma sonrasında da ortak olmasının çocuğun üstün yararına uygunluğu hususunda neredeyse fikir birliği mevcuttur⁴⁰ ve birçok modern hukuk sisteminin velayet düzenlemeleri de bu yöndedir. Fikrimizce de ortak velayeti başarıyla sürdüren ana babalar sözkonusu olduğunda boşanmanın olumsuzluklarından en az etkilenmesi arzu edilen ve ergin olana kadar ana babası tarafından bakılma ve onlardan ayrılmama gibi bir tabii hakka⁴¹ sahip çocuk açısından bu velayet modelinin üstün yarara uygunluğu kabul edilebilir⁴². Bu noktada tartışılması gereken

³⁸ “Ortak velayet çocuklar için iki aktif sosyal destek ve aile bağlarının var olması, artan ilgi ve bakım, kadın ve erkek cinsiyet rolünü modelleme imkânı gibi belirgin faydalar sağlar. Ebeveynler ‘gerçek zamanlı’ ebeveynlik ile haz yaşamaya devam eder ve bu durum birincil ebeveynlik stresini ortadan kaldırır ... babaların çocuk yetiştirmeye katılmı sağlamlarına izin vermek babalar için sevindirici olabilir”, Müge Kiremitçi, *Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı* (Legal Kitabevi 2015) 22; ayrıca bkz. Erlüle (n 6) 123 vd; Sinan Sami Akkurt, ‘Boşanma Sonrası ‘Ortak Velâyet’ Kavramının Özellikle Türk Hukuk Uygulaması Bakımından Genel Olarak Değerlendirilmesi’ (2019) 27(202) Legal Hukuk Dergisi 4191, dpn. 18.

³⁹ Boşanmada ortak velayet lehine ve aleyhine ileri sürülen görüşler ve tartışmalar hakkında bkz. Erlüle (n 6) 114 vd; Tuba Birinci Uzun, ‘Türk Medeni Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli’ (2016) 6(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 148 vd.

⁴⁰ Aksı yönde bkz. Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 134. “Kanunda, boşanmaya rağmen, boşanan eşlerde ‘birlikte velayet’in bırakılacağı konusunda bir ‘boşluk değil, bir ‘menfi çözüm’ olduğu kanaatindeyim ve de lege ferenda bir öneri olarak da kanunda bu konuda bu yönde bir hüküm konmasını onamıyorum. Boşanmış eşleri, çocuk üzerinde ‘savaşlarını’ devam ettirmelerine yol açabilecek bu düzenlemeyi çocuk yararına uygun görmüyorum”, Hatemi (n 40) 134.

⁴¹ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin ‘çocuğun ana babası tarafından bakılma ve onlarla birlikte yaşama hakkını’ düzenleyen 7 inci ve 9 uncu maddeleri bu hususu ifade etmektedir: “Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır” (BMÇHS m. 7/1); “Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler; çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir” (BMÇHS m. 9/1); <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>, (03. 04. 2024).

⁴² Ancak fikrimizce bu gibi hallerde dahi boşanma sonrası ortak velayetin çocuk açısından yararının, bu velayet modelinin tercihinden mi yoksa ana babanın bu modeli başarıyla yürütebilecek istek ve yetenekte olmalarından mı kaynaklandığı hususu, yine de tartışmaya muhtaçtır. İşaret ettiğimiz bu hususun açıklığa kavuşması, boşanma sonrası ortak velayete sahip ana babaların, tek başına velayet modelindeki davranış, tavır ve tutumlarının da ayrıca gözlenmesi suretiyle ortaya konulabilirdi ki, böyle bir çalışmanın yapılması pek mümkün görünmemektedir. Tersine, literatürün bazı çalışmalarındaki şu hususa dikkat çektiği görülmektedir: “Birlikte velayetin kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirebilmesi daha ziyade, birlikte velayet uygulamasını benimseyen anne ve babaların aralarında anlaşmazlık yaşandığında çözüm odaklı kişiler olup olmadıkları ve çocuğun yararını göz önünde bulundurarak çocuk için en iyisini gerçekleştirecek şekilde birlikte hareket



mümkün olduğunca hâkim müdahalesinden uzak, ihtilafsız bir biçimde sürdürülecek ortak velayetin çocuğun üstün yararına uygunluğu değil, boşanma sonrası çocuğun üstün yararına uygun düşecek ortak velayet modelinin yasal düzeninin nasıl olmasının gerektiği ile ortak velayetten uygulamada beklenen faydaların bu model ile karşılanıp karşılanmadığı olmalıdır⁴³. Nitekim boşanma sonrası ortak velayeti benimseyen hukuk sistemleri konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içermekte ve gerektiğinde İsviçre hukukunda olduğu gibi önemli revizyonlarla ortak velayetin uygulamadaki işlevselliğini artırmayı amaçlamaktadırlar⁴⁴.

Günümüzde boşanma sonrası ortak velayet, evliliğin boşanmayla sona ermiş olmasına rağmen ana babanın küçük çocukları üzerindeki velayete birlikte sahip olup, velayetin içerdiği hak, yetki ve yükümlülükleri birlikte kullanmalarının esas olduğu velayet modelini ifade etmektedir. Ancak çeşitli hukuk sistemlerinin boşanmış veya evli olmayan çiftler sözkonusu olduğunda tek başına velayetten ortak velayet modellerine geçişleri farklı süreçleri takiben gerçekleşmiştir ve bu süreç içerisinde ortak velayete ilişkin benimsedikleri esaslar da farklı olmuştur. Örneğin, Almanya'da boşanma sonrası ortak velayetin kabulü, boşanmada velayetin tek bir ebeveyne bırakılmasını öngören hükmün (BGB §1671/IV) Anayasa Mahkemesi tarafından

eğiliminde olup olmadıkları ile doğrudan ilgilidir" (Balloff-Walter araştırmasından; ERÜLE, s. 126-127'den naklen). Nitekim Erlüle de, boşanmada birlikte velayeti kitaplaştırdığı çalışmasını, bu tespiti tekrarlayan bir cümle ile sonlandırmıştır, bkz. Erlüle (n 6) 357.

⁴³ Boşanma sonrası ortak velayetin çocuğun yararını sağlamakta elverişli bir model oluşturmasını pek çok faktörle birlikte değerlendiren farklı bir yaklaşım için bkz. Özgün Çelebi, 'Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenilmesi' (2021) 79(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 22-77. Yazara göre "Ortak velayet, sadece hukuki yetkilerin birlikte kullanılması anlamına geliyorsa, ebeveynlerden birine sadece müdahale yetkisini muhafaza etme hakkı tanınmış olmaktadır", Çelebi (n 43) 69. Yine yazara göre ortak velayette bakım yükümlülüğünün paylaşıldığı hallerde dahi, bunun ana baba arasında eşitlikçi sonuçlar ortaya koyması, başka bir çok faktöre bağlıdır: "... fiilî bakım açısından geçmiş bakım örüntüsünün devam ettirilmesi, daha önce de belirtildiği gibi, ebeveynler arasında yüksek seviyede bir iletişimin yanı sıra her bir ebeveynin çocuğun maddi ve manevi ihtiyaçlarını çocuğun yaşantısındaki istikrarı zedelemeyecek şekilde karşılayacak finansal olanaklara sahip olmasını gerekli kılar. Bu da eşitlikçi bir velayet çözümünün çocuğun menfaatine uygun biçimde işleminin ancak belirli bir sosyal sınıfa ait aileler arasında, azınlıkta kalan bir çözüm olarak kabul edilebilmesi anlamına gelir. Pratik engeller nedeniyle bu devamlılığın sağlanamadığı veya babanın çocuğun fiilî bakımına zaten hiç katılmamış olduğu hallerde, geçmiş bakım örüntüsüne dayalı, yani eşit sorumluluğu teşvik eden bir ortak velayet sisteminde dahi sadece hukuki karar alma yetkisi açısından devamlılık sağlanabilmekte ve böylece hukuki müdahale yetkisine sahip kılınan bir ebeveyn, çocuğa fiilen bakma açısından bütün sorumlulukların dışına çıkmış olmaktadır. ... Uyumlu bir birlikte ebeveynlik ilişkisinin başka biçimlerde de elde edilebileceği göz önüne alındığında, ortak velayetin çocuğun menfaatine kural olarak en uygun çözüm olduğunu kabul etmek için de sebep bulunmamaktadır", Çelebi (n 43) 70.

⁴⁴ Velayete ilişkin İsviçre hukukunda yapılan tüm değişiklik ve gelişmeler hakkında etraflı bir çalışma için bkz. Canan Yılmaz, *Velayet Hukuku (Özellikle İsviçre Medeni Kanunu'ndaki 01.07.2014 Tarihli 'Velayet Hukuku Revizyonu' ile 01.01.2017 Tarihli 'Çocuk Nafakası Revizyonu' Kapsamında)* (Seçkin 2023). Aynı konuya ilişkin makale çalışması için bkz. Bahar Öcal Apaydın, 'İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi' (2016) 11(145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 631 – 658.

iptalini takiben gerçekleşmiştir⁴⁵. Alman hukukunda 1997 tarihinde yapılan çocuk hukuku reformunda⁴⁶ doğumun evlilik içi veya dışı gerçekleşmiş olmasına bağlanmış tüm farklı sonuçların ortadan kaldırılmasıyla birlikte, velayet de ana babanın birbiriyle evli olup olmamasından bağımsızlaştırılmıştır. Buna göre evlilik içinde zaten birlikte olan velayet boşanmadan etkilenmemekte, ana baba boşandıktan sonra da velayete kural olarak birlikte sahip olmaya devam etmektedir⁴⁷. İsviçre’de ise boşanma sonrası ortak velayet, ilk kez 2000 tarihli boşanma hukuku revizyonu ile ancak belli şartların varlığı halinde uygulanan istisnai bir müessese olarak hukuk sistemine girmiş, 2014 revizyonuyla birlikte kural haline getirilmiştir⁴⁸. Doktrinde İsviçre’deki bu değişikliklerin yapılmasında toplumsal talep kadar⁴⁹, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin başka ülkeler aleyhine vermiş olduğu bazı iptal kararlarının da etkili olduğu ifade edilmektedir⁵⁰. Gerçekten de Avusturya-Sporer ve Almanya-Zaunegger kararları olarak anılan⁵¹ iptal kararlarının esasını evlilik dışı doğumlarda ana babanın ortak velayetinin birlikte talep şartına bağlanmış olmasının baba açısından hak ihlali teşkil ettiği fikri oluşturmaktadır. Buna göre, çocuğun evlilik dışı doğduğu hallerde annesiyle soybağı doğum yoluyla doğrudan kurulmuş olduğundan, velayeti de anneye aittir; babasıyla soybağının kurulmasından sonra ise velayete ortak sahip olabilmek için birlikte talep şartının aranması AİHM tarafından baba aleyhine bir tür veto yetkisi ve hak ihlali olarak değerlendirilmiştir⁵². İsviçre hukukunda 2014 reformları yapılırken AİHM’nin bu kararları da dikkate alınmış ise de evlilik dışı doğumlarda babanın velayeti yine doğrudan soybağının varlığı-

⁴⁵ Bkz. L. Müjde Kurt, ‘Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet’ (2018) 9(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 163.

⁴⁶ Bkz. Çakır (n 37) 91 vd.

⁴⁷ Erlüle (n 6) 163; Çakır (n 37) 92; İnce (n 37) 202. Alman hukukunda boşanma sonrası istisna olan tek başına velayet, BGB §1671/I’e göre ancak şu hallerde sözkonusudur:

“(1) Ortak velayete sahip ana babanın kalıcı olarak ayrı yaşamaları halinde, taraflardan her biri, velayetin veya velayetinin (içerdiği yetki ve sorumluluklardan) bir kısmının yalnız kendisine verilmesini aile mahkemesinden isteyebilir. Talebin kabulü için:

1. 14 yaşını tamamlamış çocuğun tek başına velayete itiraz etmemesi ve diğer ebeveynin de tek başına velayeti kabul etmesi veya

2. Ortak velayetin kaldırılarak tek başına velayet talep eden tarafa verilmesinin çocuğun üstün yararına uygun olması, gerekir”

Hükmün ikinci fıkrası ise evlilik dışı doğumlarda annenin velayete tek başına sahip olduğu haller bakımından, babanın velayetin kendisine verilmesini talep koşullarını düzenlemektedir.

⁴⁸ Çakır (n 37) 94.

⁴⁹ “İsviçre İstatistik Kurumu verilerine göre, İsviçre Medeni Kanununda yapılan 2000 yılındaki değişikliklerin ardından boşanma sonrası ortak velayet taleplerinin %15 arttığı, 2010 yılında ise bu artışın %45 oranına ulaştığı anlaşılmaktadır”, Öcal Apaydın (n 44) 642.

⁵⁰ Bkz. Erlüle (n 6) 221 vd; Öcal Apaydın (n 44) 638 vd.

⁵¹ İnce (n 37) 204; Erlüle (n 6) 221. Sözkonusu kararlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Öcal Apaydın (n 44) 639 vd.

⁵² İnce (n 37) 204.



na bağlanmış olmayıp⁵³, ortak velayete sahip olma hususunda ana babanın birlikte bildirimde bulunması koşulu öngörülmüştür (ZGB Art. 298a⁵⁴). Boşanma sonrası ortak velayet bakımından ise esaslı bir değişikliğe gidilmiş ve boşanmada ortak velayet kural, tek başına velayet bazı koşulların varlığı halinde uygulanan bir istisna haline getirilmiştir⁵⁵. Bu noktada mehaz teşkil etmesi sebebiyle Türk hukukunda özel bir önemi bulunan İsviçre Medeni Kanunu'nun boşanma sonrası ortak velayete geçişte diğer ülkelerin düzenlemelerine göre⁵⁶ daha geriden geldiği söylenebilir ise de nihayetinde birçok modern hukuk sisteminin günümüzde velayet hukukunu, özellikle velayetin birlikte kullanımını evlilik dışı doğumları da kapsayacak şekilde ana babanın birbiriyle evli olup olmamasından bağımsızlaştırma yönünde düzenlemeler içerdiği görülmektedir⁵⁷. Bunun anlamı, velayet ile soybağının yukarıda izah ettiğimiz farklılıkları içeren hüküm ve sonuçlarının birbirine yaklaştırılması, hukuki bir kavram olan velayetin mevcudiyet ve kullanımına ilişkin esasların, soybağı gibi özünde tabii bir ilişkiye daha yakın bir hal almasıdır.

Türk hukuku bakımından ise evlilik, aile hukukunun genel sisteminde olduğu gibi, velayet hukuku bakımından da halen merkez kavramdır. Buna göre, boşanma sonrası ortak velayetin yargı kararlarıyla Türk hukukuna dahil olmasının ardından dahi, evli olmayan -boşanmış yahut hiç evlenmemiş⁵⁸- ana babanın velayete birlikte

⁵³ Bu düzenlemenin İsviçre hukukunda eleştirildiği yönünde bkz. Yılmaz (n 44) 84 “... ebeveynlerin medeni durumlarından tamamen bağımsız bir düzenleme, her iki ebeveynin velayetini, çocuk ile aralarında soybağının kurulmasına bağlayabilirdi”.

⁵⁴ ZGB art. 298a hükmüne göre “1. Ana babanın birbiriyle evli olmadığı hallerde, babanın çocuğu tanımış olması koşuluyla veya mahkeme tarafından babalığa hükmedilmiş olup da kararda ortak velayete de hükmedilmemişse, ana babanın birlikte yapacakları bildirimle (einer gemeinsamen Erklärung) ortak velayet kurulur.

2. Bu bildirimde, ana baba:

1. çocuğun sorumluluğunu ortaklaşa üstlenmeye hazır olduklarını,
2. çocuğun bakım ve himayesiyle birlikte kişisel ilişki veya bakımının paylaşılması, ayrıca iştirak nafakası hususlarında anlaşmaya vardıklarını teyit ederler.
3. Ana baba, bildirimden önce, çocuk koruma dairesine danışarak tavsiye alabilirler.
4. Tanımayla birlikte gerçekleştirilen bildirim nüfus memurluğuna, daha sonraki bildirim çocuğun yerleşim yerindeki çocuk koruma dairesine yapılır.
5. Bildirim yapıncaya kadar velayet, sadece anneye aittir”.

⁵⁵ ZGB art. 298/I hükmüne göre “Boşanma veya evlilik birliğinin korunması sürecinde mahkeme, çocuğun üstün yararının korunması için gerekli olduğu takdirde, velayeti ana babadan birine tevdi eder”.

⁵⁶ Boşanma sonrası ortak velayete geçişte diğer ülkeler hakkında genel bilgi için bkz. Çakır (n 37) 91; Özge Bölükbaşı, “Karşılaştırmalı Hukuka Göre Birlikte Velayet Kararlarında Hakimin Dikkate Alabileceği Bazı Esaslar ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği”, (2021) 157 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 319 vd.

⁵⁷ “Belirtelim ki evlilik dışı dünyaya gelen çocukların sayısının tasarının gündeme geldiği dönemde İsviçre’de doğan çocukların neredeyse beşte birini oluşturması ve son yıllarda bu oranı katlanarak artması da 2014 revizyonunun gündeme gelmesinin başlıca nedenlerini oluşturmuştur”, Erlüle (n 6) 171.

⁵⁸ Türk hukukunda evlilik dışı doğmuş çocukların velayeti sadece anneye aittir (TMK m. 337/I). Ev-

sahip olmalarını ‘açıkça mümkün kılan’ bir düzenleme Türk Medeni Kanunu’nda mevcut değildir.

B. TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA SONRASI ORTAK VELAYETİN KABULÜ

Modern hukuk sistemlerinde velayet hukukuna ilişkin yaşanan gelişmeler ve yapılan yeni düzenlemeler Türk hukuk doktrinini de etkilemiştir. Özellikle modern hukuk sistemlerinde bilinen ve yerleşik bir uygulamaya dönüşen boşanma sonrası ortak velayetin, “*Velayet, ana ve babadan birinin ölümü üzerine sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” şeklindeki TMK m. 336/III hükmü karşısında Türk hukuku bakımından da mümkün olup olmadığı hususu doktrinde birçok yönden tartışılmıştır⁵⁹. Söz konusu tartışmalar kapsamında Türk hukukunda, hükmün lafzının açıkça emredici olup olmadığından⁶⁰, lafız açık ve emredici olsa dahi çocuğun üstün yararı gözetilerek contra legem yorum ile aksine

lilik dışı doğmuş çocuğun velayetinin babaya verilmesi -babayla soybağının hukuken kurulmuş olması şartıyla- ancak istisnai bazı hallerde mahkeme kararıyla mümkündür: “*Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir*” (TMK m. 337/II). Ancak hangi koşullarda olursa olsun, birbiriyle hiç evlenmemiş ana babanın ‘velayete ortak sahip olması’, Türk Medeni Kanunu’nun halihazırdaki düzenlemeleri dikkate alındığında, mümkün değildir, Abdulkerim Yıldırım, *Türk Aile Hukuku* (Monopol Yayınları 2021) 155. Türk hukukunda bu durumun eleştirisi için bkz. Hayrinnisa Özdemir ve A. Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku* (Adalet Yayınevi 2012) 312. Konu hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Özge Uzun Kazmacı, ‘Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması’ (2018) 6(1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171-186.

⁵⁹ Türk Hukuku’nda TMK m. 336/III hükmü karşısında boşanma sonrası ortak velayetin mümkün olup olmadığı yönündeki tartışmalar hakkında bkz. Eylem Apaydın, ‘Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği’, (2018) 9(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 451 vd; Ertülü (n 6) 275 vd; Çakır (n 37) 108 vd; Kurt (n 45) 166; İnce (n 37) 215; Bölükbaşı (n 56) 324 vd; H. Kübra Ercoşkun Şenol, ‘Türk Hukukunda Boşanma Halinde Ortak Velâyet Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu’ (2021) 12(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 758; Özdemir ve Ruhi (n 58) 334 vd.

⁶⁰ Hükmün lafzının açık olduğu yönünde bkz. Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 5) 149; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2024) 153. Yazar, TMK m. 336/III hükmünü lafzına uygun ele aldıktan sonra, son zamanlarda boşanma sonrası ortak velayete hükmedilmekte olduğuna da işaret etmiştir, bkz. Kılıçoğlu (n 60) 500. Benzer şekilde Yıldırım da, boşanma sonrası ortak velayet hususunda TMK m. 336/III hükmünün niteliğini tartışmaksızın, mevcut Yargıtay uygulamasına işaret etmektedir, bkz. Yıldırım (n 58) 90. Yılmaz da, aksi yöndeki görüşlere ve Yargıtay uygulamasına işaret etmekle birlikte, TMK m. 336/III hükmünün lafzından hareketle Türk hukukunda boşanma sonrasında velayetin ortak kullanımının kabul edilmediğini belirtmektedir, bkz. Yılmaz (n 5) 256. Zevkliler/Cumaloğlu/Acabey, meseleyi TMK m. 182 hükmü üzerinden ele almışlardır ve TMK m. 182 hükmünden velayetin mutlaka ana babadan birine verilmesi gerektiği anlamı çıkartılamaz görüşündedirler, bkz. Zevkliler ve Cumaloğlu ve Acabey (n 5) 312. Buna karşılık yazarların TMK m. 336/III hükmünün lafzını açık değerlendirdikleri anlaşılmaktadır, bkz. Zevkliler ve Cumaloğlu ve Acabey (n 5) 409. Hükmün lafzının açık ve emredici olup eleştiriye açık olduğu yönünde bkz. Kurt (n 45) 172; Serozan (n 5) 256. Hükmün lafzının açık, emredici ve isabetli olduğu yönünde Hatemi (n 40) 134. Hükmün emredici olmadığı yönünde Cengiz Koçhisarlıoğlu, *Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması* (Turhan Kitabevi 2004) 105 vd; İlknur Serdar, ‘Birlikte Velayet’ (2008) 10(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 175.



hükmedilmesinin⁶¹ veya hükümde örtülü bir boşluğun bulunduğu kabul edilerek teleolojik redüksiyonla düzeltilmesinin mümkün olduğu⁶² yahut hükmün vaaz edildiği dönemde boşanma sonrası ortak velayet gibi bir müessesenin bilinmemesi sebebiyle düzenlenmediğinden hareketle bugün için gerçek bir boşluktan bahsedilebileceği⁶³ yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Ancak boşanma sonrası ortak velayetin Türk hukukunda kabul edilışı, doktrinde bu müesseseyi olumlu bulan -ve fikrimizce TMK m. 336/III hükmünün sınırlarını zorlayan⁶⁴- birçok önemli görüş ve yaklaşımın etkisinde gerçekleştirilmiş bir yasal düzenlemeyle değil, yabancı bir mahkeme kararının iç hukukumuzda tanınması ve tenfizine ilişkin hükümde ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına tespitinin ardından gerçekleşmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2016/15771 esas, 2017/1737 karar sayılı bu içtihadında⁶⁵, 6684 sayılı Kanunla⁶⁶ uygun bulunan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokole⁶⁷ de işaret edilmiştir. Kararda “Eşler evliliğin sona ermesi durumunda, çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir” şeklinde hüküm içeren Protokolün 5 inci maddesi velayet hakkıyla doğrudan ilişkilendirilmiş ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermeleri halinde ise uluslararası anlaşma hükümlerinin esas alınacağını ifade eden Anayasa m. 90/V'e⁶⁸ gönderme yapılmıştır⁶⁹. Bu kararın ardından Bölge Adliye Mahkemeleri⁷⁰ TMK m. 336/III'ün uygulanma

⁶¹ Koçhisarlıoğlu (n 60) 105 vd.

⁶² Hükümde örtülü boşluk olduğu yönünde Akyüz (n 5) 235; Erlüle (n 6) 283 vd. Aynı durum için istisna boşluğu nitelendirmesi için bkz. Öztan (n 5) 1090 – 1091.

⁶³ Apaydın (n 59) 459.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. Kurt (n 45) 174.

⁶⁵ Karar için bkz. https://mevzuat.kararara.com/viewtopic.php?t=9710#google_vignette

⁶⁶ 10. 03. 2016 kabul tarihli 6684 sayılı Kanun için bkz. 25. 03. 2016 tarihli ve 29664 Sayılı RG.

⁶⁷ Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss123.pdf>

⁶⁸ “... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır” Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 90/V.

⁶⁹ Doktrinde Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası anlaşmalardan ve Anayasa m. 90/V hükmünden hareketle boşanma sonrası ortak velayetin Türk hukukunda mümkün olduğu yönünde görüşler için bkz. Ömer Uğur Gençcan, ‘Ortak Velâyet’, İzmir Barosu Dergisi 8 Mart 2017 Özel Sayısı, 26; Kurt (n 45) 174; Kudret Güven, ‘Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velâyet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velâyet’ (2018) 4(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11, 25; Akıntürk ve Ateş (n 5) 315 dpn. 267; Özdemir ve Ruhi (n 58) 345 vd.

⁷⁰ Bu yöndeki bazı kararlar için bkz. Apaydın (n 59) 463 vd.

kabiliyetinin kalmadığını kabul ederek⁷¹ boşanma sonrası ortak velayet kararları vermeye başlamışlardır. Böylece boşanma sonrası ortak velayet, Türk hukuk uygulamasının bir parçası haline gelmiştir⁷².

C. TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA SONRASI ORTAK VELAYETE İLİŞKİN DEVAM EDEN DÜZENLEME EKSİKLİĞİ VE UYGULAMAYA İLİŞKİN TEMEL MESELELER

1. GENEL OLARAK

Boşanma sonrası ortak velayet, Türk hukukuna, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir iptal veya bireysel hak ihlali kararının yahut artan toplumsal ihtiyaçların harekete geçirdiği yasa koyucunun, karşılaştırmalı hukuk ile doktrinel yaklaşımları da dikkate alan bir düzenlemesi neticesinde dahil olmuş değildir. Müessesenin Türk hukukuna dahil oluşu, yukarıda da kısaca değinildiği gibi, boşanma sonrası ortak velayet hükmü içeren yabancı mahkeme kararının tanınma ve tenfizinin Türk kamu düzenine aykırı olmadığı tespitini takiben yargı uygulaması ile gerçekleşmiştir. Oysa fikrimizce velayetin evlilik içinde, evlilik dışında veya boşanma sonrası farketmeksizin, tek başına yahut birlikte mevcudiyeti ve kullanımı, kamu düzeniyle ilgili bir husus zaten değildir⁷³; tek başına veya ortak velayet, kamu düzeninden farklı bir kavram ve prensip olan çocuğun üstün yararı çerçevesinde ele alınması gereken bir meseledir. Velayet hukuku sahasında kamu düzeni, toplumun en kırılgan kesimini oluşturan küçük çocukların bakım ve himayesiz, hukuki işlem sahasında ise yasal temsilcisz bırakılmaması hususları ile tüm bu hususların gerektiğinde devlet müdahalesine açık bir şekilde düzenlenmesi zaruretini ifade eder⁷⁴. Mevcut durumda ise boşanma sonrası ortak velayetin yerel mahkemelerde uygulanışı, Medeni Kanun'da hiçbir düzenlemesi olmayan, üstelik merkezinde boşanma ve sonrası gibi son derece hassas bir sürece şahitlik etmekle kırılganlığı daha da artmış çocukların bulunduğu bir müessesenin, uluslararası sözleşme hükmünde yer alan soyut bir eşitlik prensibinin⁷⁵ yorumundan hareketle doğrudan somut olaya

⁷¹ Burada zımnî bir ilga olduğunu ifade eden yargı kararlarının eleştirisi için bkz. Ünsal Dönmez ve Taylan Barın, 'Boşanma Sonucunda Birlikte Velâyetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu' (2018) 35(Temmuz) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 192 vd; Çakır (n 37) 125 vd.

⁷² Ancak Yargıtay'ın 2016/15771 esas, 2017/1737 sayılı kararından sonra Türk hukukunda boşanma ortak velayet uygulamasının pozitif dayanağına ilişkin tartışmalar tamamen sona ermemiş, tam tersine bu defa usulüne göre onaylanarak yürürlüğe giren uluslararası anlaşmaların iç hukuk bakımından anlam ve değeri üzerine daha da artan tartışmalar başlamıştır. Bu konuda etraflı değerlendirmeler için bkz. Erlüle (n 6) 306 vd.

⁷³ Konuya ilişkin benzer değerlendirme ve görüşler hakkında bkz. Özdemir ve Ruhi (n 58) 330 vd.

⁷⁴ "Çocuk hukukuna yapılan kamusal müdahalelerin temelinde çocuğun korunmaya gereksinim duyan bir özne olarak değerlendirilmesi vardır. Bunun yanında çocuğun toplumun geleceği için taşıdığı tartışmasız önem de kamusal müdahaleyi gerektirmektedir", a.g.e. 326.

⁷⁵ Mezkur Ek 7 nolu Protokol m. 5 hükmü, doğrudan velayet hakkını veya boşanma sonrası velayetin ana baba arasında her hal ve koşulda ortak olmasını değil, boşanmış ebeveynin çocukları ile ilişkilerindeki hak ve sorumluluklarının eşitliğe dayanması gerektiğini ifade etmekte; böylece bir

indirilmesi anlamına gelmektedir⁷⁶.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve kapsamındaki düzenlemelerde yer alan hüküm ve prensipler, bireysel hak ihlali gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan

müesseseyi değil bir prensibi ortaya koymuş olmaktadır. Ana baba arasında eşitliğin nasıl sağlanacağı meselesi ise iç hukukta yapılacak düzenlemelere bağlıdır. “Mahkemeye göre bu madde, temel olarak, eşlerin çocuklarla ilişkisi hakkında eşitliğin sağlanması için gerekli yasal düzenlemeleri yapma şeklinde, devlete pozitif bir yükümlülük yüklemektedir”, Abdulkadir Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı* (Liberta Yayınları 2016) 156. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin o dönem ortak velayeti henüz hukuk sistemine dahil etmemiş olan Avusturya hakkında vermiş olduğu Cernecki (31061/96, 11/7/2000) kararında, eşitliğin, velayete sahip olmayan ebeveynin çocukla doyurucu ve sağlıklı bir ilişki kurma ve bilgi alma hakkının işlevsel yöntemlerle korunması suretiyle de gerçekleştirilebileceğine hükmetmiştir, bkz. Apaydın (n 59) 467; Dönmez ve Barın (n 71) 203. “Buradan da anlaşılacağı üzere AİHM'in Ek 7. Protokolün 5. maddesi yorumu birlikte velayeti mecburi hale getirmemektedir. AİHM için ölçüt, velayet hakkı kendisinde olmayan ebeveynin çocukla sağlıklı ilişki kurabilme hakkından ibaretir” (Dönmez ve Barın (n 71) 203). AİHM'in boşanma sonrasında ana baba ve çocuk ilişkilerini, iç hukuktaki velayet düzenlemelerinden ziyade, kişisel ilişki bağlamında ele aldığına ilişkin başka bazı kararlar için bkz. Pekel (n 75) 157 vd. Buna göre evlilik devam ederken veya evlilik sona erdikten sonra, velayet hukuken ortak dahi olsa, örneğin yükümlülük ve sorumlulukların tek bir ebeveyne, temsil ve karar yetkisinin ise diğer ebeveyne tevdi edildiği veya fiilen böyle bir duruma yol açan bir velayet modeli, fikrimizce eşitlikçi değildir. Buna karşılık boşanma sonrası tek başına velayetin kabul edildiği bir sistem, eğer velayete sahip olmayan tarafın da çocukla yeterli vakit geçirmesini, ilgilenmesini, sağlıklı iletişim kurmasını sağlayan bir kişisel ilişkiyi ve çocuğa ilişkin örneğin önemli tıbbi müdahaleler, yerleşim yeri değişikliği gibi başka meselelerde diğer ebeveynin haklarını koruyan işlevsel düzenlemeler içeriyorsa, fikrimizce, eşitlikçi kabul edilebilir. Ek 7 nolu Protokolde yer alan hükmün doğrudan velayete ilişkin olmayıp, ana baba arasında cinsiyet temelli ayrımcılığın önlenmesine yönelik bir hüküm olduğu yönünde bkz. Apaydın (n 59) 467. Velayete sahip olacak tarafın belirlenmesinde ayrımcılık yasağına ilişkin AİHM uygulamaları hakkında bkz. Pekel (n 75) 155 vd.

⁷⁶ Boşanma sonrası ortak velayete ilişkin 2016/15771 esas, 2017/1737 karar sayılı içtihadında Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Türk hukukunda AY m. 90/V bakımından sıradışı ve eleştiriye açık bir uygulamaya meydan vermiştir. Gerçekten de literatürde AY m. 90/V'in uygulanışının Türk hukukundaki farklı görünümüne işaret edilirken, “iç hukukun milletlerarası anlaşmalara göre yorumlanarak uygulanmasından”, “aynı meselenin kanun ile milletlerarası sözleşmede herhangi bir yoruma mahal bırakmayacak şekilde açıkça farklı düzenlendiği hallerle sınırlı olmak üzere, kanunun ihmal edilerek doğrudan sözleşme hükmünün uygulanmasından”, “aynı konuyu düzenleyen kanun ile milletlerarası sözleşme hükmü arasındaki çatışmanın açık olmadığı -yorum gerektirdiği- hallerde ise denetleme organlarının (AİHM, AYM) sözleşme hükümlerine verdikleri anlam ve hükmün kapsamına ilişkin yorumlarından hareketle sözleşme hükmünün uygulanmasından” bahsedilmektedir, bkz. Yaşar Salihpaşaoğlu, ‘Anayasa’nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası ve Türk Yargı Uygulamasındaki Görümü’, (2022) 39(1) Anayasa Yargısı 346 vd. Yargıtay’ın sözkonusu kararı AY m. 90/V’in uygulanmasına ilişkin sonuncu duruma benzetilebilir ise de AİHM’nin boşanma sonrası ortak velayetin ana baba arasındaki eşitliğin mutlak bir gereği olmadığı yönündeki içtihadı (Avusturya/Cernecki - 31061/96, 11/7/2000) karşısında, böyle bir benzetmenin dahi hatalı olduğu söylenebilir. Fikrimizce 2016/15771 esas, 2017/1737 sayılı kararında Yüksek Mahkeme’nin yaptığı, uluslararası sözleşmede yer alan soyut eşitlik prensibinin yorum yoluyla somut bir müesseseye dönüştürülmesidir. Ne var ki boşanma sonrası ortak velayetin Medeni Kanun’da herhangi bir düzenlemesi bulunmadığından, bu karar ile müessese ‘ismen’ benimsenmiş olmakta, fakat boşanma sonrası ortak velayet uygulamasında ana baba arasındaki ‘eşitliğin nasıl sağlanacağı’ hususu yine yasal belirsizliğini korumaktadır. Benzer yönde değerlendirme için bkz. Ercoşkun Şenol (n 59) 763.

başvurularda hak ihlaline hükmedilmesine imkân verebilir⁷⁷ ve bu durum, yasakoyucuyu uluslararası normlara uygun bir iç düzenleme yapmak hususunda şüphesiz harekete geçirebilir, geçirmelidir⁷⁸. Ancak yerel mahkemelerin iç hukuk kurallarını uluslararası sözleşmelerde yer alan soyut prensiplerden hareketle zımnen ilga edilmiş kabul etmeleri mümkün olmadığından^{79, 80} TMK m. 336/III hükmü Türk hukuku açısından halen yürürlüktedir⁸¹. Ayrıca TMK m. 336/III hükmünün niteliğine ilişkin tartışmalardan olmak üzere, hükmün emredici olmadığı veya emredici hükümden gerçekte ya da örtülü bir boşluğun bulunduğundan hareketle bunun boşanma sonrası ortak velayetin kabulüyle giderilmesinin gerektiği fikri benimsense dahi⁸², bu gö-

⁷⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 148 ek III. fıkraya göre “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır”. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/18 md.)

⁷⁸ “Şimdi yapılacak iş, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ışığında yorumlanacak olan TC Anayasasının eşitlik ilkesi, çocuğun kişiliğini oluşturup geliştirme hakkı ve ana baba hakkı karşısında, MK 336/337 kurallarının Anayasaya aykılığını defî yoluyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne taşımaktır”, Serozan (n 5) 256.

⁷⁹ Anayasa m. 90/V hükmü, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşma hükümleri ile kanunlar arasında bir hiyerarşi yaratmamakta, sadece normlar arasında çatışma bulunması ihtimaline yönelik özel bir düzenleme içermektedir. Bu sebeple Ek 7 nolu Protokol m. 5 ile TMK m. 336/III arasındaki ilişki de bir yürürlük ilişkisi olmayıp, buradaki mesele eğer TMK m. 336/III’ün ilgili Sözleşme hükmüyle açıkça çeliştiği kabul edilir ise, Kanun’un ‘ihmal’ edilerek Sözleşme hükmünün uygulanması suretiyle çatışmanın giderilmesi meselesidir, bkz. Salıhpasaoğlu (n 12) 79 vd. Bu sebeple fikrimizde Ek 7 nolu Protokol m. 5 hükmünün hiçbir somut olayda yerel mahkemeler tarafından doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır (benzer yönde, Ercoşkun Şenol (n 59) 763); zira ilgili hüküm ortak velayete ilişkin açık bir düzenleme değil, boşanma sonrası ebeveyn haklarına ilişkin bir prensip içermektedir.

⁸⁰ Uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki yeri üzerine ayrıca bkz. Kemal Başlar, “Uluslararası Anlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 2024, C. XXIV, S. 1-2, s. 279-336.

⁸¹ Aynı yönde bkz. Dönmez ve Barın (n 71) 195; Erlüle (n 6) 318; Çakır (n 37) 127; Güven, ortak velayet (n 69) 24. Hükmün mülga olduğu yönünde bkz. Özdemir ve Ruhî (n 58) 350.

⁸² Çalışmamızın amacı, giriş kısmında da ifade ettiğimiz gibi, ortak velayete ilişkin yoğun literatürü daha da yoğunlaştırmak olmadığından, TMK m. 336/III’ün niteliğine ilişkin kanaatimizi içeren bir tartışmaya ayrıca gerek duymamaktayız. Ancak kısaca ifade etmek gerekirse, TMK m. 336/III’ün lafzî karşısında ortak velayeti mümkün gören birçok yaklaşım, fikrimizde ‘kanun ötesi’ mülâhazalara dayanmaktadır. Zira “Belirli bir hukukî düşünceden veya zorunluluktan hareket edilince, kanunun şu veya bu hükmü kapsamamış olması bir kusur veya eksiklik olarak telakki edilebilir; kanun, mevcut durumu ile tatmin edici veya olması gereken hukuka uygun görülmebilir. Bu, kanun koyucunun hatasından ileri gelebileceği gibi sosyal ve ekonomik gelişmelerin etkisi ile de ortaya çıkabilir. Bütün bu mülâhazalar, kanun ötesi (=extralegal) kriterlerdir; fakat kanunun kendisinden çıkartılmış değerler değildir. Bu itibarla, bu gibi hallerde, kanun boşluğundan söz edilemez”, Seyfullah Ediz, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (AÜHF Yayınları 1997) 128; -kural dışı- kanun boşluğu hakkında detaylı değerlendirmeler için ayrıca bkz. O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, C. I* (Seçkin Yayınevi 2021)

279 vd. Bununla birlikte, kanaatimizce TMK m. 366/III hükmünün -daha önce doktrinde ifade edilmemiş ve kanun ötesi mülâhaza olarak da nitelendirilemeyecek- bir yorum biçimi daha vardır.



rüşlerin hiçbiri, Türk Medeni Kanunu'nda boşanma sonrası ortak velayetin halen düzenlemesiz olduğu gerçeğini maalesef değiştirmemektedir. Hal böyle olunca, başka ülke hukuklarında yasal düzenlemelere konu olan çocuğun bakım ve himayesi, yerleşim/bulunma yeri ve gerektiğinde çocuğun bulunma yerinin değiştirilmesi yahut dönüşümlü/paylaşılmış (alternatif) himaye, çocuğa ilişkin kararların alınmasında ve yasal temsilde ana babanın hareket biçimi gibi çocuk merkezli olmakla ileride telafisi güçlük arzedecek önemli birçok meselenin mahkemeler tarafından nasıl ve neye göre hükme bağlanacağı hususunda tam bir öngörülmezlik söz konusudur.

2. BOŞANMA SONRASI ORTAK VELAYETTE TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE HÜKME BAĞLANAN MESELELER

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2016/15771 esas, 2017/1737 karar sayılı içtihadından sonra boşanmaya hükmeden ilk derece mahkemeleri ile duruma göre ilgili bölge adliye mahkemeleri, boşanmada çocuklar için ortak velayet kararları vermeye başlamışlardır. Söz konusu kararlara bakıldığında, ortak velayet hükmüyle birlikte çocuğun tevdi, çocuk kendisine bırakılmayan ebeveynin çocukla kişisel ilişkisi ve çocuğun bakım ve eğitim giderlerine iştirak meselelerinin, tek başına velayet kararlarındakine benzer şekilde düzenlenmekte olduğu görülmektedir⁸³. Hâkimin bu hususları düzenlemekteki pozitif dayanağı, boşanma ve ayrılık halinde çocuklar bakımından ana babanın haklarına ilişkin hâkime takdir yetkisi tanıyan TMK m. 182 hükmüdür:

“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 çocukla olan kişisel ilişkilerini düzenler.

Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.

Hâkim, istem halinde irat halinde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir”.

Buna göre, TMK m. 366/III hükmü, velayetin çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağını ifade etmekle velayetin mutlaka tek tarafa verilmesine değil ‘çocuğun ancak her iki tarafa bırakılması halinde her iki tarafın da velayetini sürdürmesine imkân vermektedir’ denilebilir. Böyle bir yorum, çocuğun bakım ve himayesinde dönüşümlü model (alternierende Obhut) ile boşanma sonrası ortak velayetin birlikte değerlendirilmesi anlamına gelir ve iki müessesenin bu şekilde birleştirilmesi kavramsal açıdan yine eleştirilebilir. Ne var ki, biz tek başına velayet söz konusu olduğunda da çocuğun ‘kendisinin’ bırakıldığı taraf ile ‘velayetinin’ bırakıldığı tarafı birbirinden ayırmayan TMK m. 366/III hükmünün bu hususta bilinçli bir düzenleme içerdiği kanaatinde olduğumuzdan, aynı yaklaşımın ortak velayette de sürdürülebileceğini değerlendirmekteyiz.

⁸³ Konuya ilişkin bazı kararlar için bkz. Çakır (n 37) 139.

Doktrinde TMK m. 182 hükmünün ortak velayet kararı verilmesine engel bir içerikte olmadığı haklı olarak ifade edilmektedir⁸⁴. Fikrimizce de TMK m. 182 velayetin tek başına veya ortak hükmedilmesine ilişkin bir düzenleme olmayıp, boşanma veya ayrılığın küçük çocuklar bakımından sonuçlarına ilişkindir ve bu hallerde hâkim tarafından re'sen düzenlenmesi gereken meselelere işaret etmektedir. Hükmün ikinci fıkrasında velayetin tevdiinden değil kullanımından bahsedilmesi ise fikrimizce hükmün boşanma ve ayrılık durumlarının ikisini de kapsayacak şekilde kaleme alınması dolayısıyladır; bu sebeple sözkonusu hükümden boşanma sonrası velayete ortak hükmedilmesi gerektiği sonucu çıkartılamayacağı gibi ortak velayetin engellendiği gibi bir sonuç da çıkartılamaz⁸⁵. Boşanma sonrası velayeti düzenleyen hüküm TMK m. 336/III'tür ve sözkonusu hüküm uluslararası sözleşmeyle çatıştığı gerekçesiyle ihmal edilerek⁸⁶ boşanma sonrası ortak velayete karar verildiğinde dahi, çocuğun tevdi, diğer ebeveynle kişisel ilişkisi ve iştirak nafakası meseleleri TMK m. 182'ye göre karara bağlanmak zorundadır. Başka bir deyişle Türk hukukundaki boşanma sonrası ortak velayet uygulamasında bu meselelere ilişkin bir kanun boşluğu veya düzenleme eksikliği sözkonusu değildir. Bununla birlikte, TMK m. 336/III'de yer alan “*velayet boşanmada çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” hükmü, fikrimizce çocuğun velayetinden önce ‘hangi ebeveyn bırakılacağı’nın’ yani çocuğun tevdi edileceği tarafın belirlenmesini, bunun belirlenmesinden sonradır ki bu tarafın velayete de sahip olacağını bilinçli ve açık bir biçimde ifade etmektedir. Böylece tek başına velayet uygulamasında velayet ile çocuğun bakım ve himayesinin birbirinden ayrılmaksızın düzenlendiği görülmektedir. Türk hukuku bakımından boşanma sonrası velayetin ortak olmasına hükmedildiğinde de -TMK’da başkaca bir düzenleme bulunmadığına göre- yine öncelikle çocuğun tevdi edileceği ebeveyn, tek başına velayettekine benzer esaslarla⁸⁷ ve şüphesiz çocuğun üstün yararı gözetilerek belirlenmek zorundadır; ancak bu ebeveyn artık velayete tek başına sahip değildir. Bu durum, birlikte yaşamaya ara verilmesi ve ayrılık hallerine benzer şekilde çocuğun bakım ve himayesi ile velayetin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir. Medeni Kanun, bu hallerde velayetin nasıl ortak yürütüleceğine ilişkin düzenlemeler içermemektedir; zira birlikte yaşamaya ara verilmesi ve ayrılıkta evlilik birliği devam ettiğinden çocuğun anne babasından sadece biriyle birlikte ikamet etmesi, esasen geçici bir durum olarak öngörülmüş ve

⁸⁴ Bkz. Zevkililer ve Cumalıoğlu ve Acabey (n 5) 312; Dönmez ve Barın (n 71) 185.

⁸⁵ TMK m. 182 hükmünün ilk fıkrasında “*ana baba*” ifadesi yer alırken, ikinci fıkrasında ana baba açısından “*eş*”, üçüncü fıkrasında ise “*taraf*” kelimelerinin kullanılması da bir özensizlik olarak değerlendirilmesinin yanında, hükmün hem boşanma hem ayrılık durumunu kapsıyor oluşuyla ilişkilendirilmeli, bu hükümden hareketle boşanma sonrası ortak velayet meselesinin lehine ya da aleyhine bir yaklaşımdan kaçınılmalıdır.

⁸⁶ Bkz. Salihpaşaoğlu (n 12) 79 vd.

⁸⁷ Boşanmada -tek başına- velayetin tevdi hususundaki esaslara ilişkin olarak bkz. Öztürk (n 5) 89 vd; Bilge Öztan ve Fırat Öztan, ‘Boşanmada Velâyetin Tevdi’ (2016) 1(2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 486 vd.



bu hallerde hâkimin takdir yetkisi kapsamında alacağı bazı tedbirler yeterli kabul edilmiştir. Buna karşılık boşanma sözkonusu olduğunda ortak velayetin nasıl yürütüleceğine ilişkin başka kalıcı düzenlemelere ihtiyaç bulunduğu açıktır.

3. BOŞANMA SONRASI ORTAK VELAYETTE TÜRK MEDENİ KANUNU BAKIMINDAN DÜZENLEMESİZ OLAN MESELELER

a. Çocuğun Bakım ve Himayesinde Dönüşümlü Model (alternierende Obhut), Yerleşim/Bulunma Yeri ve Yerleşim/Bulunma Yerinin Değişmesi Meseleleri

Türk Medeni Kanunu'nun fikrimizce halen yürürlükte olan m. 336/III hükmü uyarınca, *"Velayet, ana babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir"*. Bu hüküm, boşanma sonrası çocuğun kendisine bırakıldığı -tevdii edildiği- ebeveyn ile velayetine sahip olan ebeveyni birbiriyle özdeşleştirmekte, böylece çocuğun bakım ve himayesi ile velayeti arasındaki teorik farkı pratikte görünmez ve önemsiz kılmaktadır. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5 inci maddesinde düzenlenen eşitlik prensibinin yerel mahkemeler tarafından doğrudan uygulanmasıyla boşanma sonrası ortak velayete hükmedildiğinde de çocuk, yine çoğu zaman ana babadan biriyle birlikte yaşarken, diğer ebeveynin de velayet hakkı devam etmektedir. Bu durum çocukla ilgili özellikle önemli kararların alınmasında diğer ebeveynin haklarını koruyucu ve birlikte yaşamadığı ebeveyniyle arasında kişisel ilişkiye göre daha sıkı bir bağ ve sorumluluk kurduğu için çocuk açısından daha yararlı olabilir⁸⁸. Ne var ki, boşanma sonrası ortak velayetin doktrinde "yasal ortak velayet" olarak da nitelendirilen⁸⁹ böyle bir uygulaması, diğer ebeveyn açısından velayetin çıplak bir yasal temsile indirgenmesi sonucunu da doğurabilir. Gerçekten de yasal ortak velayette ana babadan biri birincil ikamet sahibi iken, diğerinin ziyaret eden ebeveyn olarak nitelendirilmesi sözkonusudur⁹⁰ ve böyle bir ortak velayet uygulamasının tek başına velayetten başlıca farkı, ziyaretçi ebeveynin velayet kapsamında çocuğa dair bazı kararları alma yetkisinin kişisel ilişkisinin ötesinde korunuyor olmasıdır. Oysa boşanma sonrası ortak velayetten özellikle çocuk lehine beklenen faydaların⁹¹ pek azı velayetin yasal temsil fonksiyonuyla ilişkilidir⁹². Konuya

⁸⁸ Benzer yönde Öcal Apaydın (n 44) 651.

⁸⁹ Bkz. Çakır (n 37) 70 vd.

⁹⁰ Çakır (n 37) 71

⁹¹ *"Ortak velayet çocuklar için iki aktif sosyal destek ve aile bağlarının var olması, artan ilgi ve bakım, kadın ve erkek cinsiyet rolünü modelleme imkânı gibi belirgin faydalar sağlar. Ebeveynler 'gerçek zamanlı' ebeveynlik ile haz yaşamaya devam eder ve bu durum birincil ebeveynlik stresini ortadan kaldırır ... babaların çocuk yetiştirmeye katılım sağlamalarına izin vermek babalar için sevindirici olabilir"*, Kiremitçi (n 38) 22.

⁹² *"Gerçekten de ortak velayetin olumlu tarafları değerlendirilirken, en çok, çocuğun hem anne hem babasına duyduğu tabii ihtiyaçtan -ki bu husus, her türlü şüpheden uzaktır- ortak velayetle hem annenin hem babanın çocukla yakın temas kurmasının mümkün olacağından, böylece "tam zamanlı ebeveynlik hazzı" elde edilmesinden, özellikle babanın çocuğu her istediğinde görme hakkına*

ilişkin yapılan araştırmalardan hareketle ortak velayeti önceleyen yaklaşımlar⁹³ da çocuğun diğer ebeveynine duyduğu hukuki değil, insani, tabii ve samimi ihtiyaçtan hareket etmektedir. Ayrıca “yasal ortak velayet”, fikrimizce bölünmüş velayete yol açma riski de doğurur. Velayetin bölünmezliği, içeriğine dahil olan tüm yetki ve yükümlülüklerin bir bütün oluşturacak şekilde her iki ebeveynine de ait olması anlamına gelmektedir ve velayete ilişkin önemli bir ilke olup⁹⁴, boşanma sonrası ortak velayette de bu ilke mümkün olduğunca korunmalıdır. Bu sebeple boşanma sonrası ortak velayeti kabul eden hukuk sistemlerinde yine doktrindeki ifadesiyle⁹⁵ “fiziksel” -fikrimizce fiili- ortak velayet mümkün hale getirilmek istenmektedir⁹⁶. Fiziksel/fiili ortak velayetten maksat, çocuğun bakımının her iki ebeveyn arasında çeşitli biçimlerde ve oranda paylaşılmasıdır⁹⁷. Bu noktada Mehaz Kanun olması sebebiyle Türk hukuku bakımından özel bir önemi olan İsviçre Medeni Kanunu’nun mevcut halinde⁹⁸ yer alan bazı düzenlemelere işaret etmek gerekir.

İsviçre Medeni Kanunu m. 298/IIbis-IIter hükümlerine göre:

“Bakım ve himayeye, kişisel ilişkiye veya bakımın paylaşılmasına karar verilirken, çocuğun her iki ebeveyniyle de düzenli ilişkiler sürdürme hakkı dikkate alınır.

Ortak velayette, ana babadan biri veya çocuğun talebi üzerine, dönüşümlü bakımın (alternierende Obhut) çocuğun üstün yararı doğrultusunda mümkün olup olmadığı değerlendirilir”⁹⁹.

Fikrimizce Mehaz Kanun’da yer alan bu hükümler, ortak velayetin özünde yasal ortak velayetten ibaret olmasının telafisine yöneliktir. Öyle ki sözkonusu hükümlerde ortak velayet, fiili bakımın da paylaşılmasıyla daha işlevsel hale getirilmek istenmiştir¹⁰⁰. Bu noktada ana baba arasında tam eşit paylaşım mümkün olmasa da

kavuştuğundan, hatta icralık çocuk sorununun ortak velayetle çözülebileceğinden bahsedilmektedir”, Demircioğlu (n 25) 1451.

⁹³ Bkz. İnce (n 37) 198 vd.

⁹⁴ Velayetin bölünmezliği ilkesine ilişkin olarak bkz. Öztürk (n 5) 31; Akyüz (n 5) 224; Selma Bakır Çetiner, *Velâyet Hukuku* (Yetkin 2000) 47; Serdar (n 60) 162. “*Velâyet bir bütün olarak verilmelidir. Hâkim çocuğun eğitimini anaya, malların yönetimini babaya bırakamaz*”, Öztan ve Öztan (n 87) 485.

⁹⁵ Çakır (n 37) 71 vd.

⁹⁶ Bkz. a.g.e. 72, dpn. 172, 173’de gösterilen ülke uygulamaları.

⁹⁷ “*Ebeveynler bu bakım modelinde; çocuğun günlük yaşamında eşit oranda varlıklarını korur ve karşılıklı olarak birbirlerinin yükünü hafifletirler*”, Yılmaz (n 34) 33.

⁹⁸ ZGB art. 298/IIbis-IIter hükümleri, 2014 revizyonuyla 2017 yılında yürürlüğe girmek üzere kabul edilmişlerdir.

⁹⁹ Alternatif/dönüşümlü himayenin kabulüne ilişkin kriterler hakkında bkz. Yılmaz (n 44) 256 vd.

¹⁰⁰ Alternatif/dönüşümlü himaye, ortak velayetle kavramsal açıdan aynı müesseseyi ifade etmemekte, fakat ortak velayetin daha işlevsel hale gelmesine hizmet etmektedir. Türk hukukundaki mevcut durumda ise evli olmayan kişilerin ortak velayeti evlilik dışı doğumlarda değil, boşanma sonrası



literatür İsviçre uygulamasından hareketle en az %70 - %30'luk paylaşım oranını dönüşümlü bir bakım için yeterli kabul etmekte; bu dönüşümün birkaç günlük, haftalık, aylık periyotlarla sağlanabileceğinden bahsetmektedir¹⁰¹. “Alternatif/dönüşümlü himaye (alternierende Obhut)” olarak ifade edilen bu müessesede, ortak velayetle teorik açıdan aynı anlama gelmese de fikrimizce ortak velayetten çocuk lehine beklenen pratik faydaların sağlanmasında dikkate alınması gereken bir müessesedir. Ancak bu noktada Türk mahkemelerinin yaygın bir uygulama olarak tek başına velayette kişisel ilişkiyi aynı şehirde yaşayan ebeveynler bakımından dahi onbeş günde bir haftasonu olacak şekilde tesis ettiği, daha sık kurulan kişisel ilişkiyi çocuk ve birlikte yaşadığı ebeveynin çıkarlarına aykırı buldukları görülmektedir¹⁰². Ortak velayete karar verildiği hallerde ise bu mülhazanın devamının ortak velayet uygulamasıyla çelişeceği açıktır. Bu sebeple ortak velayetin kabulünden sonra fikrimizce Türk mahkemelerinin de Mevaz Kanun'daki (ZGB art. 298/II) esaslara

bakımından yargı uygulamasına dahil olduğundan, İsviçre'de alternatif himayenin kabulünde aranan ebeveynler arası iletişim becerisi, fiziksel/mekânsal yakınlık, şiddetin bulunmaması gibi şartların sağlanamaması, ortak velayetin kabulüne de şüpheyle yaklaşılmasına sebebiyet verebilir. Ayrıca velayetin çocuk üzerinde sağladığı egemenlik, karar alma, yasal temsil gibi yetkiler, ebeveynin tatminini değil, çocuk üzerindeki yükümlülüklerin daha iyi ifasını sağlamaya yönelik olduğundan, fikrimizce çocuğun bakımına ilişkin yükümlülükler belli bir oranda dahi ortak olmayan, çocukla ilişkisi tek başına velayeteki kişisel ilişkiden daha ileri gitmeyen ebeveynin velayete ortak edilmesine -yasal düzenlemenin de eksik olduğu mevcut durumda- yine şüpheyle yaklaşılmalıdır. Bu şüpheli yaklaşımımızı daha önceki bir tebliğimizde “*O halde çocuğa ilişkin hakların, özellikle karar alma yetkisinin ortak olması, çocuğa ilişkin ortak yükümlülüklerin daha iyi ifasına hizmet etmeyecek-se, ortak velayet işlevsel değil demektir*” şeklinde ifade etmiş idik, bkz. Demircioğlu (n 25) 1456.

¹⁰¹ Yılmaz (n 44) 252. Çocuğun bakım ve himayesine ilişkin farklı modeller ve çözümler hakkında ayrıca bkz. Bilge Öztan ve Fırat Öztan, ‘Boşanma Birlikte Velayet ve Birlikte Velayetin Uygulanmasına İlişkin Modeller’ (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2569-2608; İnce (n 37) 209 vd; Kurt (n 45) 177.

¹⁰² “... *Velayeti anneye verilen tarafların müşterek çocuğu 09.04.2012 doğumlu A. S. çok küçük olup, bu yaştaki çocuğun her hafta sonu babası ile kişisel ilişki kurulması çocuğun üstün yararına olmadığı gibi, annenin de velayet görevini yerine getirmesine engel olacağı ve anneyi her hafta sonu eve bağlayacak niteliktedir. Hal böyle olunca mahkemece, davacı baba ile küçük arasında diğer günlerde kurulan kişisel ilişkiler yanında her ayın belirli hafta sonlarını içerecek şekilde kişisel ilişki kurulması gerekirken yazılı olduğu şekilde her hafta sonu kişisel ilişki tesisi yanlış olmuştur*” (2. HD, 03.06.2014 tarih, E. 2013/23100, K. 2014/12278 sayılı karar); “... *Velayeti babaya verilen müşterek çocuk ile davalı anne arasında her haftasonu cumartesi saat 9.00'dan pazar günü saat 17.00'ye kadar kişisel ilişki kurulması babayı her hafta sonu eve bağımlı hale getireceği gibi velayet görevini gereği gibi ifasını da engelleyeceğinden, anne ile küçük arasında ayın belli haftalarında daha uygun süre kişisel ilişki kurulması için hükmin bozulması gerekmiştir*”, (2. HD, 19.06.2008 tarih, E. 2008/5816, K. 2008/8925). Yargıtay 2 inci Hukuk Dairesi'nin benzer yöndeki başka bazı kararları için bkz. 05.05.2004 tarih, E. 2004/4726, K. 2004/5807 sayılı karar; 20.10.2011 tarih, E. 2010/15465, K. 2011/16420 sayılı karar), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası (Demircioğlu (n 25) 1457 dnp. 197'den naklen). Yine fikrimizce, mahkemelerin kişisel ilişki tesisinde dikkate aldıkları, kademeli olmama, seçimlik olmama, şekli çocuğa veya taraflara bırakılmama, süre bakımından uzun olmama gibi başka bazı kriterlerin de (bkz. Gençcan (n 5) 262 vd), ortak velayet sözkonusu olduğunda, dönüşümlü/alternatif bakım ve himayeye uygun düşecek şekilde uygulanması gerekmektedir.

benzer bir uygulama geliştirmesi gerekmektedir¹⁰³.

Çocuğun bakım ve himayesi ile ilişkili olan fakat Mehaz Kanun'un aksine ortak velayet uygulaması bakımından Türk Medeni Kanunu'nda düzenlemesi bulunmayan bir başka mesele çocuğun yerleşim yerinin değişmesi meselesidir. Türk Medeni Kanunu m. 336/III, boşanmada velayetin çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa ait olduğunu hükme bağlamakla, çocuğun velayeti ile bakım ve himayesini bir araya getirdiği gibi aslında yerleşim yerini de belirlemiş olmaktadır. Buna göre Türk hukuku bakımından ortak velayet uygulamasında, çocuk, tek başına velayetteki benzer esaslar ve üstün yararı dikkate alınarak ana babadan birine bırakılmakta, böylece çocuğun bakım ve himayesi gibi yerleşim yeri de kendisiyle birlikte yaşadığı ebeveynine göre belirlenmektedir. Nitekim velayet hukukundan ayrı olarak yasal yerleşim yerini düzenleyen TMK m 21 de bu sonucu doğrulamaktadır. Hükme göre "*Velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır*" (TMK m. 21/I). Görüldüğü gibi Türk Medeni Kanunu bakım ve himaye gibi yerleşim yeri meselesini de çocuğun kendisinin tevdiinden farklı bir müessese olarak ayrıca düzenlemiş değildir ve ortak velayet uygulamasına ilişkin özel bir hüküm de içermemektedir. Bu sebeple çocuğun yerleşim yeri hususunda da İsviçre Medeni Kanunu'nun düzenlemelerine işaret etmek gerekmektedir.

İsviçre Medeni Kanunu'nda da esasen çocuğun yerleşim yeri (Wohnsitz) birlikte yaşaması dolayısıyla fiilen bakımını (Obhut) da üstlenen ebeveynin yerleşim yeridir. Bu husus Türk Medeni Kanunu m. 21/I'e tekabül eden ZGB art. 25/I'de açıkça ifade edilmektedir. Hükme göre "*Velayet altındaki çocuğun yerleşim yeri (Wohnsitz) ana babasının; ana babanın ortak bir yerleşim yeri yoksa çocuğun bakım ve himayesi (Obhut) altında bulunduğu tarafın yerleşim yeridir. Diğer hallerde çocuğun bulunduğu yer (Aufenthaltort), yerleşim yeri olarak kabul edilir*" (ZGB art. 25). Ancak 2014 revizyonunda Mehaz Kanun'a eklenen dönüşümlü himaye (alternierend Obhut) modeliyle birlikte çocuğun himayesi kavramının içeriğinin de değişmiş olduğu doktrinde ifade edilmektedir¹⁰⁴. Buna göre 2014 revizyonundan önce özünü çocuğun fiilen bakılmasının oluşturduğu himaye kavramının, aynı zamanda bu himayeye sahip olan ebeveynin 'çocuğun bulunma yerini'¹⁰⁵ tek başına belirleme yetki-

¹⁰³ Doktrinde Türk hukuku bakımından dönüşümlü bakım modelinin mümkün olmadığı yönünde bir görüş, bunu TMK m. 19/II'de yer alan yerleşim yerinin tekliği ilkesine dayandırmaktadır, bkz. Bölükbaşı (n 56) 351. Oysa fikrimizce çocuğun bakım ve himayesi sözkonusu olduğunda dikkate alınması gereken kavram yerleşim yeri (Wohnsitz) değil çocuğun bulunduğu yer (Aufenthaltort) kavramıdır. Nitekim yazar, "*çocuğun sürekli yer değiştirmesi, onun yeni koşullara alışana kadar geçireceği süre, günlük yaşamında oluşacak değişkenlikler, kendini bir yere ait hissetmemesine veya toplumsal ilişkilerinin bozulmasına neden olabilir*" (Bölükbaşı (n 56) 352) gerekçesiyle dönüşümlü himaye modeline de karşı çıkmaktadır.

¹⁰⁴ Erlüle (n 6) 235; Öcal Apaydın (n 44) 653.

¹⁰⁵ Türk doktrininde bu noktada çocuğun bulunma yerinden değil yerleşim yerinden bahsettiği, bu iki



sini' de kapsadığı kabul edilmekteyken, dönüşümlü himayeye yasal bir görünürlük kazandıran revizyonla birlikte çocuğun bulunma yerini belirleme yetkisi de ortak velayetin kapsamına dahil olmuştur; zira ZGB art. 301a/I hükmüne göre “*Velayet, çocuğun bulunma yerini (Aufenthaltsort) belirleme hakkını da içerir*”. Böylece ortak velayet uygulamasında çocuğun bulunma yerini birlikte belirleme yetkisine sahip olan ana baba -fikrimizce ZGB art. 301a/I dolayısıyla doğrudan değil, ZGB art. 25'deki koşulların gerçekleşmiş olması dolayısıyla- çocuğun yerleşim yerini de belirlemiş olmaktadır. Ancak çocuğun bulunma ve yerleşim yerine ilişkin bu hükümler, boşanmanın çocuklar bakımından sonuçlarını düzenleyen ZGB art. 133 hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde, çocuğun velayetine, bakım ve himayesine, kişisel ilişkiye ve iştirak nafakasına ilişkin tüm meselelerin aynı zamanda hâkim tarafından hükme bağlanacağı anlaşıldığından, ana babanın bu hususlara ilişkin anlaşmaları hâkim tarafından da uygun bulunmak ve gerektiğinde başka şekilde düzenlenmek durumundadır. Bu sebeple fikrimizce, çocuğun bulunma yerinin belirlenme yetkisinin de velayetin kapsamında yer alması esas önemini, boşanma sonrasında ortak velayet devam ederken çocuğun yerinin değiştirilmesi bakımından göstermektedir¹⁰⁶. Nitekim ZGB art. 301a hükmünün ikinci fıkrasına göre:

“Velayetin ortak olması halinde ana babadan birinin çocuğun bulunduğu yeri değiştirmesi, diğer ebeveynin rızasına veya aşağıdaki hallerde mahkeme ya da çocuk koruma dairesinin kararına bağlıdır:

a. çocuğun yeni yerinin (Aufenthaltsort) yurtdışında olması

b. yer (Aufenthaltsort) değişikliğinin diğer ebeveynin velayeti kullanmasını ve kişisel ilişkisini önemli ölçüde etkileyecek olması” (ZGB art. 301a/II).

Hükümün üçüncü ve dördüncü fıkraları ise tek başına velayet halinde dahi çocuğun bulunduğu yer ile ana babadan her birinin kendi yerleşim yeri değişikliğinin diğer ebeveyni ihbarını öngörmektedir (ZGB art. 301a/III ve IV).

Türk hukuku bakımından ise boşanma sonrası ortak velayetin uygulandığı hallerde gerek çocuk açısından bulunma yeri gerek her iki ebeveyn açısından yerleşim yeri değişikliklerine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut olmadığından, mesele TMK m. 21 hükmüne göre tek başına velayet hükümleri doğrultusunda değerlendirilmek durumundadır. Nitekim İsviçre hukukunda 2014 değişikliklerinden önce Federal Mahkeme'nin değerlendirmesi de aynı yönde olup, Mahkeme, bakım ve himaye kendisine bırakılmış olan tarafın yurt dışı da dahil olmak üzere çocuğun bulunma/yerleşim yerini belirleme yetkisine tek başına sahip olduğuna hükmetmiştir¹⁰⁷.

kavramı birbiriyle özdeşleştirdiği görülmektedir, bkz. Erlüle (n 6) 235; Öcal Apaydın (n 44) 652 vd.

¹⁰⁶ Aynı yönde değerlendirme için bkz. Öcal Apaydın (n 44) 653: “*Yasa koyucu böylece sorunu, artık bakım ve gözetim hakkına ilişkin tartışmalardan soyutlayarak, daha basit bir şekilde çocuğun yerleşim yerinin değiştirilmesi şeklinde ele almıştır*”.

¹⁰⁷ Bkz. a.g.e. 653.

b. Çocuğa İlişkin Kararların Alınması ve Yasal Temsil Meselesi

Velayet, her ne kadar çocukların doğdukları andan kural olarak ergin oldukları ana kadar korunmalarının, bakım ve gözetim ihtiyaçlarının karşılanmasının, eğitimi ile topluma faydalı bireyler olarak yetiştirilmelerinin sorumluluğunu kapsayan bir müessese ise de özünde, bu sorumluluğun ifası için gereken kararların alınmasını ve üçüncü kişilere karşı da çocuğun temsilini sağlayan bir müessesedir. “Yasal temsil yetkisi velayetin en önemli türevidir ve işlevidir”¹⁰⁸.

Türk Medeni Kanunu m. 336/I uyarınca “Evlilik devam ettiği sürece ana baba velayeti birlikte kullanırlar”. Buna göre ana baba evliliğin devamı süresince velayetin kapsamına dahil olan tüm meselelerde birlikte hareket etmek ve kararları birlikte almak, hatta çocuğu birlikte temsil etmek durumundadır. Ancak TMK m. 342/II’ye göre “İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler”. Böylece kanunkoyucu evliliğin devamı sırasında dahi olsa, ana babanın özellikle üçüncü kişilerle olan ilişkilerde tüm velayeti birlikte yürütmelelerinin ortaya çıkartacağı bazı zorlukları dikkate alarak, birlikte hareket edilmediği hallerde en azından diğer işlem tarafının korunması için bir karine öngörmüştür¹⁰⁹. Ancak hükmün sadece evliliğin devam ettiği halleri kapsadığına işaret etmek gerekir. Zira fikrimizce, hükmün öngördüğü karine evli kişilerin aslında aynı çatı altında yaşamaları dolayısıyla birbirlerinin çocuk hakkındaki işlem ve kararlarından haberdar olduklarının varsayılmasının sonucudur. Madde metninde açıkça “eşler” ifadesinin kullanılmış olması, başka türlü bir yorumu mümkün kılmamaktadır¹¹⁰. Boşanma sonrası ortak velayette ise ana babanın özellikle yasal temsil gerektiren hallerde ne şekilde hareket edeceği ve üçüncü kişilerin korunmasına ilişkin özel bir düzenleme Türk Medeni Kanun’da yer almamaktadır. Mehas Kanun’da ise boşanma sonrasında ortak velayetin kabul edilmesiyle çocuğa ilişkin kararların alınması ve temsil meselesine ilişkin bazı düzenlemelere gidilmiştir.

Öncelikle, Mehas Kanun’da -TMK m. 342/II’nin karşılayan- art. 304/II hükmünün, sadece evlilik içinde değil, velayetin ortak olduğu tüm halleri kapsayacak şekilde kaleme alınmış olduğuna işaret etmek gerekir. Hükme göre “Her iki ebeveynin velayetin sahibi olduğu hallerde, iyiniyetli üçüncü kişiler, velayetin taraflarından birinin diğer tarafın rızasıyla hareket ettiğini varsayabilirler” (ZGB art. 304/II). Söz konusu hüküm, velayetin ana baba tarafından birlikte kullanımını kolaylaştırmaktan ziyade, işlemin karşı tarafı durumundaki üçüncü kişilerin iyiniyetini korumaya yöneliktir. Buna göre velayete birlikte sahip ana babanın karar sürecinde kendi aralarında ortaya çıkan bir anlaşmazlık, iyiniyetli olmak kaydıyla, işlemin karşı tarafını oluşturan üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez ve işlem, hukuki sonuç doğurur¹¹¹. Velayeti birlikte kullanan ana babanın yasal temsile ve çocuğa ilişkin

¹⁰⁸ Serozan (n 5) 272.

¹⁰⁹ Bkz. Kılıçoğlu (n 60) 509–510.

¹¹⁰ Demircioğlu (n 25) 1453.

¹¹¹ Aynı yönde bkz. Kudret Güven, *İsviçre Medeni Kanunu’ndaki Son Gelişmeler, Açıklamalı, Yorumlu, Karşılaştırmalı* (Savaş Yayinevi 2023) 514.



kararların alınmasına yönelik iç ilişkilerinde ise iradeleri birbirine eşittir; çocuğun bakım ve himayesine sahip olup olmadığına bakılmaksızın ana babadan birinin karar vermeye ilişkin yetkisi diğerininkinden daha fazla veya az değildir¹¹². Bu sebeple işlemin karşı tarafının iyiniyetli olmadığı -karar sürecindeki anlaşmazlığı bildiği veya hal ve koşullara göre bilmesinin kendisinden beklendiği- durumlarda ortak velayet sahibi ana babadan birinin işleme rıza göstermemesi, işlemi geçersiz kılar¹¹³.

Böylece ortak velayet halinde çeşitli anlaşmazlıkların ortaya çıkma ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır. Bu sebeple Mehaz Kanun'un -TMK m. 339/I'ı karşılayan- 301 inci maddesinin ilk fıkrasına bir bend eklenmiştir. Hükme göre “Çocuğa fiilen bakan¹¹⁴ taraf: a. günlük veya acil konularda, b. makul bir çaba göstermiş olmasına rağmen diğer ebeveyn ulaşamadığı hallerde, tek başına karar verebilir” (ZGB art. 301/Ibis). Bu noktada günlük meseleler ile günlük olmayan meseleler ayrımını ortaya koyan örneklerde daha çok çocuğun mevcut ve müstakbel hayatının kalıcı olarak etkilenip etkilenmeyecek olmasının dikkate alındığına¹¹⁵, derhal karar verilmesi gereken acil konulardan maksadın ise daha çok sağlık ve tedaviye yönelik konular olduğuna işaret edilebilir. Türk hukuku bakımından boşanma sonrası ortak velayet uygulamasında ise böyle bir yasal ayırım sözkonusu olmadığından, çocuğa fiilen bakan ebeveyn ile diğer ebeveynin her konuda birlikte hareket etmesinin gerekeceğine, aksi durumda her uzlaşmazlığın çözüm yerinin aile mahkemeleri olacağına ayrıca çocuk adına gerçekleştirilen hukuki işlemlerde üçüncü kişilerin korunmasına ilişkin pozitif bir düzenlemenin de bulunmadığına, teorik açıdan da olsa, dikkat çekmek gerekmektedir.

D. ORTAK VELAYETTE AİLE HAYATINA SAYGI HAKKININ İHLALİ MESELESİ: ANAYASA MAHKEMESİ’NİN 06.10.2021 TARİHLİ KARARI

Boşanma sonrası ortak velayetin yargı uygulamasıyla Türk hukukuna dahil olmasının ardından verilen kararların birçok açıdan ele alınıp değerlendirilmesi mümkündür. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin aile hayatına saygı hakkının ihlaline hükmettiği 06.10.2021 tarihli¹¹⁶ kararı ile kararın dayandığı olay ve olgular, Türk hukukunda boşanma sonrası ortak velayet uygulamasına ilişkin ilgi çekici hususlar içermektedir.

¹¹² Öcal Apaydın (n 44) 153.

¹¹³ Güven (n 111) 505.

¹¹⁴ Mehaz Kanun burada çocuğun bakım ve himayesine (Obhut) sahip olmaktan daha geniş anlamda olmak ve o durum içinde çocuğa fiilen göz kulak alan tarafı ifade etmek üzere “betreut” kavramını kullanmıştır.

¹¹⁵ Literatürde çocuğun saç kesiminin günlük işlere yönelik bir karara, dövme veya piercing gibi işlemlerin ise bunu aşan nitelikte bir karara örnek gösterilmesi ilgi çekicidir, bkz. Erlüle (n 6) 195. Ayrıca bkz. İnce (n 37) 208.

¹¹⁶ Bkz. 30. 11. 2021 tarih ve 31675 sayılı RG.

Anayasa Mahkemesi'nin 06.10.2021 (başvuru 2018/27658) tarihli kararına konu olayda anlaşmalı boşanan çiftin küçük kızlarının velayeti Antalya 4. Aile Mahkemesi'nin 16.05.2014 tarihli kararıyla babaya verilmiş, fakat çocuk tüm hafta içi annesinde kalmaya devam etmiş ve bu durum çocuk ile annesi arasında 'kişisel ilişki' olarak nitelendirilmiştir. Anne yaklaşık üç yıl sonra, kesintisiz olarak kendisiyle birlikte yaşamasına ve çoğunlukla kendisi tarafından bakılıp yetiştirilmesine rağmen velayeti kendisinde olmayan çocuğunun "*her an babası tarafından alınacağı ve annesinden koparılacağı endişesiyle yaşadığını, velayetin babada olmasının fiilen bir yararı olmadığını ve çocuğun alıştığı ortamdaki koparılması halinde psikolojik olarak yıpranacağını*" ifade ederek¹¹⁷ velayetinin kendisine verilmesi için dava açmıştır. Dava sürecinde hazırlanan sosyal inceleme raporunda çocuğun hem anne hem babasına psikolojik ve sosyal bağımlılık hissettiğini, her ikisinden de ayrılma kaygısının bulunduğu, anneanne ve dedesinin de desteği ile hafta içi annesiyle birlikte yaşayıp okula giden çocuğun hafta sonları babasıyla görüştüğü tespitlerine yer verilmiştir. Bu tespitlere dayanarak, daha önce velayetin ortak kullanımına ilişkin görüşleri alınmamış olan ana babanın ortak velayete sahip olmasında çocuk açısından yarar bulunduğu, ortak velayet mümkün değilse, çocuğun velayetinin birlikte ikamet ettiği başvuruca -anneye- verilmesinin uygun olacağı görüşü ortaya koyulmuştur. Mahkeme, çocuğun fiili durumdan memnun olması sebebiyle ortak velayete gerek bulunmadığına hükmetmiş ve "*netice itibarıyla yapılması gerekenin fiiliyatta olan ve çocuğun yararına bulunan uygulamaya hukuki çerçeveye hazırlamak olduğu, bu zamana kadar anne ve baba arasındaki uygulamaya hukuki çerçeve kazandırmak gerektiği*" ifadesiyle¹¹⁸ davayı kabul etmiş ve velayeti başvuruca anneye vermiştir. Babanın istinaf başvurusunda, velayetin değiştirilmesi için bir sebep bulunmadığı, ortak velayetin ise mümkün olduğu bu sebeple mahkeme kararının çocukla ilgili fiili duruma uygun olmadığı iddia edilmiştir. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi babanın istinaf başvurusunun kabulüyle birlikte "*velayetin taraflarca birlikte kullanılmasına, müşterek çocuğun babasının yanında yaşamasına, ayrıca çocukla başvuruca arasında kişisel ilişki tesisine kesin olarak karar vermiştir*"¹¹⁹. Anneyle tesis edilen kişisel ilişki, pazartesi-perşembe günlerini kapsayacak şekilde ağırlıklı olarak hafta içi; bayram ve diğer tatil günlerinde ise babayla yaklaşık aynı ağırlıkta olacak şekilde düzenlenmiştir. İstinaf kararında "*... ortak velayet uygulamasının hukukumuzda uygulanabilir olduğu ancak çocuğun güvenliğine ve üstün yararına aykırı olması halinde ortak velayete karar verilemeyeceği vurgulanmıştır. Müşterek çocuğun velayetinin taraflar arasında fiilen ortak kullanıldığı, çocuğun bu uygulamadan memnun olduğu, sosyal inceleme raporunda da velayetin anne ve babaya ortak verilmesinin çocuğun menfaatine olduğunun tespit edildiği belirtilmiştir. Bu durumda mahkemece, tarafların fiili yaşam şekli, çocuğun istekleri*

¹¹⁷ AYM, 06.10.2021, §8.

¹¹⁸ AYM, 06.10.2021, §10.

¹¹⁹ AYM, 06.10.2021, §13.



ve menfaatleri gözetilerek velayetin ortak olarak taraflara bırakılması gerekirken hukuken mümkün olmadığı şeklindeki hatalı gerekçe ile velayetin değiştirilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir¹²⁰. Mahkeme kararının istinafta bu şekilde bozulması üzerine anne, yargılamanın hiçbir aşamasında tarafların ortak velayete dair bir talebinin bulunmadığı, tarafların görüşü alınmadan dosya üzerinden ortak velayet kararı verildiği, müşterek çocuğun her türlü ihtiyacıyla kendisinin ilgilendiği ve boşanmadan itibaren kesintisiz olarak kendisiyle birlikte kaldığı, kişisel ilişki tesisine ilişkin hükümlerin çocuğun eğitimini sekteye uğratacağı hususlarıyla birlikte, fiilen kendisiyle yaşayan çocuğun zorla babasının yanında kalmasına karar verilmesinin adil yargılanma, aile hayatına saygı hakları ve eşitlik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi esas yönünden yaptığı değerlendirmesini sadece aile hayatına saygı hakkı (AY m. 20) bağlamında gerçekleştirmiştir. Anayasa Mahkemesi, devletin aile hayatına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında devletin sadece negatif değil, pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğunu hatırlattıktan sonra, bireyler arası ilişkiler alanında dahi olsa, aile yaşamına saygıyı sağlamaya ve aile ilişkilerinin sürdürülebilmesine yönelik tedbirler alınması zorunluluğunu, pozitif bir yükümlülük olarak nitelendirmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, boşanma sonrası ortak velayet Türk hukukunda açıkça düzenlenmiş olmasa da, 6684 sayılı Kanun ile onaylanan ek 7 nolu Protokol m. 5 ve buna dayalı Yargıtay içtihadı doğrultusunda bu tür bir velayetin de uygulanabilirliği aile hayatına saygının bir gereğidir, bunun sınırını ise çocuğun üstün yararı oluşturur: "...çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil etmemesi halinde velayetin ebeveyn tarafından ortak kullanılmasının -somut olayın koşullarına göre- aile hayatına saygı hakkına ilişkin anayasal güvencelere uygun olacağı söylenebilir ... velayetin ortak kullanımı konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunup bulunmadığının gözetilmesinin -Yargıtayın ilgili içtihadı da dikkate alındığında- somut olayın koşullarına göre hem çocuğun üstün yararına olanın tespitinde hem de uygulamanın sürdürülebilirliğinin sağlanmasında gerekli olduğu söylenebilir"¹²¹. Anayasa Mahkemesi, bu yaklaşım doğrultusunda, somut olay bakımından her iki tarafın da önceliğinin velayetin kendisine verilmesi olduğunu ifade ederek, taraflar arasında ihtilafli olan ortak velayeti çocuğun üstün yararına aykırı bulmuştur: "Bu ihtilafın çocuğun üstün yararına olanı tespit bağlamında BAM Dairesi tarafından gözetilmediği, çekişmenin ortak velayetin sürdürülebilirliğine ve çocuğun psikolojik gelişimine muhtemel etkilerine ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı görülmüştür"¹²². Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre "BAM Dairesinin çocuğun alıştığı fiili uygulamayı neden değiştirdiğini açıklamadığı da dikkate alındığında ebeveynlerle çocuk arasında kişisel ilişki tesisinde çocuğun ve tarafların şartları gözetilerek uygulanabilir nitelikte tedbirler alındığı söylenemez.

¹²⁰ AYM, 06.10.2021, §14.

¹²¹ AYM, 06.10.2021, §48-49.

¹²² AYM, 06.10.2021, §50.

... Bu durumda yargı makamlarının aile hayatına saygı hakkına dair Anayasa'da belirtilen güvenceleri ve çocuğun üstün yararı ilkesini gözeten özenli bir yargılama yapmadıkları söylenebilir"¹²³.

Anayasa Mahkemesi'nin -ikincilik ilkesinin aşıldığı gerekçesiyle muhalif oya da konu olan¹²⁴- sözkonusu ihlal kararı, salt başvuru konusu somut olaya ilişkin olmakla birlikte, Türk hukukunda boşanma sonrası ortak velayet uygulamasının temel hak ve özgürlükler hukukuyla ilişkisi bakımından dikkate değerdir. Öncelikle Türk hukukunda boşanma sonrası ortak velayet meselesinin Anayasa Mahkemesi'nin önüne -literatürde öngörülenin¹²⁵ aksine-, TMK m. 336/III'ün iptali için değil, aile hayatına saygı hakkının ihlali gerekçesiyle getirilmiş olduğuna işaret etmek gerekir. Gerçekten de Yüksek Mahkeme, boşanma sonrası ortak velayet meselesini eşitlik ilkesinden önce, aile hayatına saygı hakkının korunması bağlamında ele almıştır ve her ne kadar bu tür bir velayet uygulamasına imkân tanınmasını aile hayatına saygı hakkıyla bağdaştırmış ise de bunun mutlaka tarafların ortak talebiyle olması gerektiğine işaret etmiştir. Başvurucu annenin bu yönde bir uygulamaya itiraz ettiği, davalı babanın da velayetin ortak kullanımına ilişkin açık bir talebinin mevcut olmadığı olayda, mahkeme tarafından hükmedilen ortak velayeti çocuğun üstün yararına uygunluk bakımından da şüpheli görmüştür. Ayrıca Yüksek Mahkeme'nin kararında özellikle dikkat çekici olan husus, velayetin ortak kullanılmasına ilişkin uygun şartların oluşup oluşmadığının yeterince incelenmesi gereği ile bu şartların gerçekleşmediği durumlardaki ortak velayet uygulamasının aile hayatına saygı hakkını ihlal edebileceğine ilişkin yapılan tespittir. Buna göre, kararda "... yargılama sürecinde velayetin ortak kullanılmasına ilişkin uygun şartların oluşup oluşmadığı hususunda yeterli araştırma yapılmadığı gibi velayetin ortak kullanılması ile kişisel ilişki tesisine dair tedbirlerin çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil etmediği ve uygulanabilir olduğunun ilgili ve yeterli gerekçeyle ortaya konulmadığı sonucuna varılmıştır"¹²⁶. Velayetin ortak kullanılmasının 'uygulanabilirliğine' yapılan bu açık vurgu ve meselenin çocuğun bakımı ve kişisel ilişki tesisleriyle de ilişkilendirilmiş olması, hukuki ortak velayet anlayışından öte fiili ortak velayet anlayışını ortaya koymaktadır ki bu yaklaşım, somut olayın koşullarından ve sözkonusu kararın isabetliliğinden bağımsız olarak¹²⁷, kanaatimizce yerinde bir yaklaşımdır. Son olarak, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararına konu olan olay ve ilgili mahkeme kararları, 'velayet', 'kişisel ilişki' ve 'bakım ve himaye' kavramlarının uygulamada birbirinden ayırt edilemediğini ve Türk hukukunda boşanma sonrası

¹²³ AYM, 06.10.2021, §51.

¹²⁴ Karşı oy gerekçeleri için bkz. AYM, 06.10.2021, §54-61.

¹²⁵ Serozan (n 5) 256.

¹²⁶ AYM, 06.10.2021, §51.

¹²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin kararının isabetliliğine ilişkin değerlendirme için bkz. Barış Can Öztürk, 'Birlikte Velayette Gönüllülük Prensibinin Yeri ve Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi' (2022) 71(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1017-1050.

ortak velayetin bu kavramlar arasındaki fark ve ilişki dikkate alınmaksızın uygulanmakta olduğunu ortaya koymaktadır.

SONUÇ

1. Boşanma sonrası ortak velayet, evliliğin boşanmayla sona ermiş olmasına rağmen ana babanın küçük çocukları üzerindeki velayete birlikte sahip olup, velayetin içerdiği hak, yetki ve yükümlülükleri birlikte kullanmalarının esas olduğu velayet modelidir. Günümüzde ortak velayeti sürdürmeye istekli ve yetenekli ana babalar açısından velayetin boşanma sonrasında da ortak olmasının çocuğun üstün yararına uygunluğu hususunda neredeyse fikir birliği mevcuttur. Nitekim birçok modern hukuk sisteminin velayet düzenlemeleri, boşanma sonrası ortak velayete imkân vermenin de ötesine geçerek, bu tür bir velayeti genel kural olarak benimsemektedir. Fikrimizce de ortak velayeti başarıyla sürdüren ana babalar açısından boşanmanın olumsuzluklarından en az etkilenmesi arzu edilen ve ergin olana kadar ana babası tarafından bakılma ve onlardan ayrılmama gibi bir tabii hakka sahip çocuk açısından bu velayet modelinin üstün yarara uygunluğu kabul edilmelidir. Bu sebeple Türk Medeni Kanunu'nda boşanmış ebeveyne ortak çocukları üzerinde bu tür bir velayeti sürdürme imkanını açıkça veren ve bunun uygulanış biçim ve sonuçlarını düzenleyen hükümlerin bulunmaması, karşılaştırmalı hukuk dikkate alındığında bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

2. Ne var ki, böyle bir değerlendirme yapılırken dahi velayetin soybağı kavramından farkına işaret etmek gerekir. Velayet soybağının bir sonucu olmakla birlikte, mirasçılık, soyadı, kişisel ilişki, bakım ve eğitim giderlerine katlanma gibi hüküm ve müesseselerin aksine soybağının genel bir sonucu da değildir. Çocuk ile ana baba arasında soybağının varlığından doğan sonuçlar, ebeveyn velayete sahip olmasa dahi ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, esasını ana baba ve çocuk arasındaki genetik bağın manevi bir bağ olarak da korunup geliştirilmesine duydukları karşılıklı insani ihtiyaçtan alan kişisel ilişki kurma, velayetten bağımsız ve bu niteliğiyle boşanma sonrası ortak velayet meselesi değerlendirilirken bir kez daha hatırlanması gereken bir haktır. Buna göre, fikrimizce, çocuğun ana babasına duyduğu tabii ihtiyaç, boşanma sonrası ortak velayetin gerek hukuk sistemlerindeki gerek yargı kararlarındaki kabulünde tek başına yeterli bir gerekçe olmayıp, böyle bir ihtiyacın yarattığı müessese, öncelikle, çocuğun birlikte yaşamadığı ebeveynine yabancılaşmasını önlemeye yetecek şekilde hükmedilmiş, etkin şekilde korunan ve kullanılan kişisel ilişki hakkıdır. Nitekim AİHM'nin konuya ilişkin kararlarında da mesele, bu yönde değerlendirilmiştir.

3. Oysa velayet, kural olarak küçük istisnai hallerde ise reşit çocukların bakım ve korunmalarının sağlanması amacıyla, onların şahısları, malları ve temsilleri konusunda ana babaya yüklenen ödevler ile bu ödevlerin daha iyi ifasını sağlamak amacıyla tanınan hak ve yetkilerin bütününe ifade etmekte olup, nispeten tabii bir kavram olan soybağına göre tamamen hukuki bir kavramdır. Velayetin kapsamına

dahil olan hak ve yetkiler üçüncü kişilere karşı mutlak olarak korunsa da, başlıca amacı çocuğun yararlarını gerçekleştirmek olan, sağladığı egemenlik çocuğun yaşıyla orantılı biçimde gittikçe azalan ve nihayetinde reşit olmasıyla tamamen ortadan kalkan böyle bir müessesenin bir insan hakkı teşkil etmediği açıktır. Bununla birlikte velayetin yasa eliyle soyut veya yargı kararıyla somut düzenleniş biçiminin, örneğin eşitlik gibi bir ilkeyi ya da aile hayatına saygı gibi bir temel hakkı ihlal ettiğinin kabul edilebileceği durumlar elbette sözkonusu olabilir. Nitekim evlilik dışı doğumlar veya boşanma sonrasında velayete ilişkin AİHM veya iç hukuklarda Anayasa Mahkemeleri tarafından verilen çeşitli ihlal ya da iptal kararları, hukukun yarattığı birçok müessese gibi velayetin de insan hakları hukukuyla ilişkisini ortaya koymaktadır. Türk hukukunda da boşanma sonrası ortak velayet meselesi Anayasa Mahkemesi'nin önüne aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddiasıyla getirilmiş ve Yüksek Mahkeme ortak velayet tesis edilmemesini değil, bilakis boşanma sonrasında belli husus ve koşullar değerlendirilmeksizin tesis edilen ortak velayetin aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.

4. Anayasa Mahkemesi'nin 06.10.2021 (başvuru 2018/27658) tarihli bu kararı -kararın isabetine ilişkin tartışmalardan önce- boşanma sonrası ortak velayetin Türk hukukuna dahil oluş biçiminin isabeti meselesini akla getirmelidir. Gerçekten de boşanma sonrası ortak velayetin Türk hukukunda kabul edilişi, doktrinde bu müesseseyi olumlu bulan birçok önemli görüş ve yaklaşımın etkisinde gerçekleştirilmiş bir yasal düzenlemeyle değil, yabancı bir mahkeme kararının iç hukukumuzda tanınması ve tenfizine ilişkin bir meselede Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin velayetin bu türünü Türk kamu düzenine uygun bulmasının ardından gerçekleşmiştir. Oysa fikrimizce velayetin evlilik içinde, evlilik dışında veya boşanma sonrası farketmeksizin, tek başına yahut birlikte mevcudiyeti ve/veya kullanımı, kamu düzeniyle ilgili bir husus zaten değildir. Velayete ilişkin olarak kamu düzeni, toplumun en kırılgan kesimini oluşturan küçük çocukların bakım ve himayesiz, hukuki işlem sahasında ise yasal temsilcisz bırakılmaması hususları ile tüm bu hususların gerektiğinde devlet müdahalesine açık bir şekilde düzenlenmesi zaruretini ifade eder. Mevcut yargı uygulamasında ise bunun tam tersi bir durum, merkezinde boşanma ve sonrası gibi hassas bir sürece şahitlik etmekle kırılganlığı artmış çocukların bulunduğu bir müessesenin Medeni Kanun'da hiçbir düzenlemesi olmaksızın uygulanması suretiyle ortaya çıkmaktadır.

5. Yargıtay'ın 2016/15771 esas, 2017/1737 karar sayılı içtihadında Anayasa m. 90/V'e ve 6684 sayılı Kanunla uygun bulunan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokole de işaret edilmiştir. Böylece TMK m. 336/III'ün emredici olup olmadığı, emredici olsa dahi başka bazı müesseseler yoluyla hükmün aşılmayacağı tartışmalarına, uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi meselesi de eklenmiştir. Fikrimizce Ek 7 nolu Protokol m. 5 ile TMK m. 336/III arasındaki ilişki normlar hiyerarşisinden kaynaklanan bir yürürlük ilişkisi olmayıp, Protokol hükmünün boşanma sonrası ortak velayeti açıkça öngördüğü



kabul edilir ise ancak o takdirde Kanun ‘ihmal’ edilerek Sözleşme hükmünün uygulanması yoluyla çözülecek bir çatışma ilişkisidir. Yine fikrimizce, ilgili Protokol hükmü, ortak velayete ilişkin açık bir düzenleme değil boşanma sonrası ebeveyn haklarına ilişkin bir *prensip* içermekte olduğundan, hiçbir somut olayda alt derece mahkemeleri tarafından doğrudan uygulanma kabiliyetine de sahip değildir.

6. Bununla birlikte Türk mahkemeleri, Yargıtay’ın sözkonusu kararının ardından boşanma sonrası ortak velayete gittikçe artan bir şekilde hükmetmekte, fakat iç hukuk kurallarının uluslararası sözleşmelerde yer alan soyut prensiplerden hareketle zimnen ilgasının kabulü zaten mümkün olmadığından, TMK m. 336/III hükmü de yürürlüğünü sürdürmektedir. Kanaatimizce TMK m. 336/III hükmü, çocuğun, velayetinden önce ‘kendisinin’ hangi ebeveyne bırakılacağına belirlenmesini öngörmektedir ve hâkimin bunu yaparken tek başına velayetteki benzer esaslarla ve şüphesiz çocuğun üstün yararı doğrultusunda hareket etmesi gerekmektedir. Ancak ortak velayet uygulamasında çocuğun bırakıldığı taraf velayete tek başına sahip olmadığından, diğer taraf da velayetten doğan tüm hak, yetki ve sorumlulukların sahibi olmaya devam etmektedir. Bu durumun Türk hukuku açısından iki anlam ve sonucu olabilir: Bu durum, birlikte yaşamaya ara verilmesi ve ayrılık hallerine benzer şekilde çocuğun fiili bakım ve himayesi ile velayetin birbirinden ayrılması anlamına gelebilir. İkinci olarak, çocuğun her iki tarafa da bırakılması tüm hal ve koşullar dahilinde mümkün ise, ancak o takdirde ortak velayete hükmedilebileceği sonucuna da ulaşılabilir. Çünkü halen yürürlükte olduğunu kabul ettiğimiz TMK m. 366/III hükmü, velayetin çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağını ifade etmekle velayetin mutlaka tek tarafa verilmesine değil ‘çocuğun her iki tarafa bırakılması halinde her iki tarafın da velayetini sürdürmesine imkân vermektedir’ denilebilir.

7. Boşanma sonrası ortak velayetin Türk mahkemelerinde fiilen uygulanıyor olmasına kanuni bir zemin oluşturmak amacıyla TMK m. 366/III hükmüyle ilgili daha önce doktrinde ifade edilmemiş olan bu yorumumuz, aslında 2014 revizyonuyla İsviçre hukukunda düzenlemesini bulan alternatif himaye (alternierende Obhut) modelini hatırlatıcıdır.

Boşanma sonrası ortak velayetin karşılaştırmalı hukukta dahi ağırlıklı uygulanma biçimi, fiziki/ fiili ortak velayet olmayıp, yasal/hukuki ortak velayettir. Çocuğun yine ana babadan biriyle sürekli olarak kaldığı, onun tarafından bakılıp himaye edildiği, diğer ebeveynin ise “ziyaretçi ebeveyn” olarak çocukla görüştüğü bu velayet türü, özellikle önemli kararların alınmasında diğer ebeveynin haklarını koruyucu ve bu ebeveyniyle arasında kişisel ilişkiye göre daha sıkı bir bağ ve sorumluluk kurduğu için tek başına velayete göre çocuk açısından daha yararlı olabilir; ancak boşanma sonrası ortak velayet müessesesinden esas elde edilmek istenen fayda bu değildir. Özellikle çocuk açısından faydalarını öne çıkararak ortak velayeti önceleyen yaklaşımlar da çocuğun diğer ebeveynine duyduğu hukuki değil, insani, tabii ve samimi ihtiyaçtan hareket etmektedir. Bu ihtiyaç dolayısıyla İsviçre’de ortak velayeti tamamlamak üzere alternatif himaye (çocuğun dönüşümlü bakım ve himayesi) imkanının

da değerlendirilmesi yönünde yasal düzenleme yapılmıştır (ZGB art 298/II). Esasını çocuğun fiili bakım ve himayesinin paylaşılmasının oluşturduğu bu müesseseyle boşanma sonrası ortak velayet, daha işlevsel hale getirilmek istenmektedir.

8. Somut olaydaki hal ve koşulların alternatif himayeye elverişli olmaması halinde hükmedilen ortak velayette ‘ziyaretçi’ ebeveynin sahip olduğu hak, tek başına velayette kişisel ilişki hakkına sahip ebeveyninden farklı olarak, çocukla ilgili önemli kararlara ortak edilmekten ibarettir. Nitekim ZGB art. 301/İbis hükmü, çocuğa bakan ebeveyne günlük veya acil konular ile diğer ebeveyne makul bir çabaya rağmen ulaşmasının mümkün olmadığı tüm haller bakımından tek başına karar verme yetkisini tanımaktadır. Hükmün mefhumu muhalifine göre, çocuğa bakmakta olmayan -çoğu zaman ziyaretçi durumundaki- ebeveynin çocuk ile ilgili kararlara katılımı sadece olağandışı nitelikte ve aciliyet kesbetmeyen konularda ve yine ancak kendisine makul bir çabayla ulaşılabilirse sözkonusudur. Yine Mehaz Kanun’da -TMK m. 342/II’yi karşılayan- art. 304/II hükmü, sadece evlilik içinde değil, velayetin ortak olduğu tüm halleri kapsayacak şekilde kaleme alınmış olduğundan, hukuki işlem sahası içerisinde iyiniyetli üçüncü kişiler velayetin taraflarından birinin diğer tarafın rızasıyla hareket ettiğini kabul etmekte haklıdırlar. İsviçre Medeni Kanunu’nun sözkonusu hükümlerinin pratik hayatla uyum içinde olduğu görülmektedir. Bu sebeple Türk hukuku bakımından da yasal düzenlemesi olmaksızın hükmedilen boşanma sonrası ortak velayet uygulamasının bu gibi meselelerde benzer çözümleri fiilen ortaya çıkartacağı ‘ancak varsayılabilir’. Teorik açıdan ise, yasal temsil ve hukuki işlem sahası içerisindeki bu meselelerin dahi çözüm yerinin daima aile mahkemeleri olacağını ifade etmek gerekir.

9. Boşanma sonrası ortak velayet meselesine ilişkin son olarak şu hususa işaret etmekte fayda vardır: Karşılaştırmalı hukukta -özellikle Alman ve İsviçre hukuklarında- bu müessese, anayasa ve/veya insan hakları yargısının verdiği çeşitli iptal veya ihlal kararlarının zorlayıcı etkisi altında ve çocuk hukukuna ilişkin bütüncül revizyonlarla hukuk sistemlerine dahil olmuştur. Bu revizyonların yapılmasında amaçlanan sadece boşanma sonrası ortak velayeti başlıca hükümleriyle düzenlemek değil, evlilik dışı doğum oranlarının artması sonucu birbiriyle hiç evlenmemiş -birlikte yaşayan veya birlikte yaşamayan- ana babaların çocukları üzerindeki ortak velayetini mümkün kılmaktır. Buna göre mirasçılık, bakım ve eğitim giderlerine katılma, kişisel ilişki gibi soybağının genel sonuçları, velayetin içerdiği ‘çocuk üzerinde egemenlik/karar alma ve yasal temsil yetkileri’ ile tamamlanarak, özellikle baba ile çocuk arasında daha sıkı bir bağın kurulması, toplumsal ihtiyaçların karşılanması açısından bir gereklilik halini almıştır. Nitekim karşılaştırmalı hukukta, çocuğun her iki ebeveynine duyduğu ihtiyacı ortaya koymakla aslında etkin bir kişisel ilişkinin önemini çağrıştıran, fakat ortak velayetin öncelenmesiyle sonuçlanan bilimsel çalışmaların sayıca çokluğu, bu tespitimiz ile örtüşmektedir. Böylece velayetin, evlilik düzeninin dışında, ana babanın medeni durumundan bağımsız ve soybağının genel hükümlerine daha yakın bir müessese halini alması sözkonusu olup, karşılaştırma-



İ hukukta boşanma sonrası ortak velayetin kabulü, bu yaklaşımın başlıca amacını değil, sonuçlarından birini oluşturmaktadır. Türk hukukunda da boşanma sonrası ortak velayet, tüm modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi çocuğun üstün yararının sağlanmasında gerekli bir müessese olarak değerlendirilebilir. Ancak böyle bir değerlendirme yapılırken müessesenin Türk hukukuna dahil oluşunun karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerden çok daha farklı bir süreçle ve nispeten farklı ihtiyaçları karşılamak üzere gerçekleştiğine de dikkat çekmek gerekmektedir.

KAYNAKÇA:

Abik Y, 'Türk Medeni Kanunu'ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velâyette Çocuğun Yararı' *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan* (Filiz Kitabevi 2011) 1-73.

Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt* (Beta Yayınları 2023).

Akkurt SS, 'Boşanma Sonrası 'Ortak Velâyet' Kavramının Özellikle Türk Hukuk Uygulaması Bakımından Genel Olarak Değerlendirilmesi' (2019) 27(202) *Legal Hukuk Dergisi* 4185-4202.

Aksoy Dursun S, 'Çocuk ile Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Uygulamadaki Sorunlar' *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması* (Seçkin 2021) 182-197.

Akyüz E, *Çocuk Hukuku, Çocuk Hakları ve Korunması* (Pegem Akademi 2020).

Altunkaya M, 'Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı' *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan* (Yetkin Yayınevi 2006) 111-29.

Antalya OG ve Topuz M, *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, C. I* (Seçkin Yayınevi 2021).

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

Baktır Çetiner S, *Velâyet Hukuku* (Yetkin 2000).

Başlar K, 'Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine' (2024) 24(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 279-336.

Baygın C ve Doğan M, 'Çocuk Mallarının Kullanılması, Yönetilmesi ve Sarfı' (2005) 9(1- 2) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 379-427.

Birinci Uzun T, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli' (2016) 6(1) *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 135-166.

Bölükbaşı Ö, ‘Karşılaştırmalı Hukuka Göre Birlikte Velayet Kararlarında Hakimın Dikkate Alabileceği Bazı Esaslar ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği’, (2021) 157 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 317-359.

Çakır N, *Boşanma Sonrası Ortak Velayet* (Yetkin Yayınevi 2020).

Çelebi Ö, ‘Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenilmesi’ (2021) 79(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 22-77.

Demircioğlu HR, ‘Velayetin İçerdiği Hak ve Yükümlülükler Bakımından Boşanma Sonrası Ortak Velayetin İşlevselliği’ II. *Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu Aralık 2019*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 381 (Şen Matbaa 2019) 1449-1462.

Dönmez Ü ve Barın T, ‘Boşanma Sonucunda Birlikte Velâyetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu’ (2018) 35(Temmuz) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 175-210.

Dural M ve Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2024).

Ediz S, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (AÜHF Yayınları 1997).

Ercoşkun Şenol HK, ‘Türk Hukukunda Boşanma Halinde Ortak Velâyete Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu’ (2021) 12(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 754–765.

Erdoğan İ ve Keskin AD, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku)* (Adalet Yayınevi 2023).

Erlüle F, *İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velâyet* (Yetkin Yayınevi 2019).

— —, ‘Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması’ (2010) 16(3-4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 217-248.

Gençcan ÖU, *Velayet Hukuku Yargıtay Uygulaması Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar* (Yetkin 2015).

— —, ‘Ortak Velâyet’, İzmir Barosu Dergisi 8 Mart 2017 Özel Sayısı, 24-30.

Güneş Ceylan S, *Roma Hukukundan Günümüze Velâyet Vesayet Hukuku* (Yetkin Yayınevi 2004).

Güven K, ‘Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velâyet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velâyet’ (2018) 4(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11-64.

— —, *İsviçre Medeni Kanunu’ndaki Son Gelişmeler, Açıklamalı, Yorumlu, Karşılaştırmalı* (Savaş Yayınevi 2023).

Hatemi H, *Aile Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2020).

- — ve Serozan R, *Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 1993).
- İnan AN, *Çocuk Hukuku* (Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları 1968).
- İnce N, ‘Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet’ (2018) 34, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 189-229.
- Keskin AD, *Medeni Hukuk Açısından Bizzat Karar Verme Hakkı (Selbstbestimmungsrecht)* (Adalet Yayınevi 2022).
- —, ‘Bölünmüş Annelik ve Ana Yönünden Soybağının Reddi’ (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1989-2016.
- Kılıçoğlu A, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2024).
- Kiremitçi M, *Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı* (Legal Kitabevi 2015).
- Koçhisarlıoğlu C, *Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması* (Turhan Kitabevi 2004).
- Kurt LM, ‘Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet’ (2018) 9(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 157-186.
- Makaracı AB ve Öktem Çevik S, ‘Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşu Uygulamaları’, *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması* (Seçkin 2021) 363-380.
- Öcal Apaydın B, ‘İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi’ (2016) 11(145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 631 – 658.
- Özdemir H, ‘Çocuk Mallarının Yönetilmesi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması’ (2013) 17(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-105.
- — ve Ruhi AC, *Çocuk Hukuku* (Adalet Yayınevi 2012).
- Öztan B, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2015).
- — ve Öztan F, ‘Boşanmada Velâyetin Tevdii’ (2016) 1(2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 473-495.
- — ve Öztan F, ‘Boşanma Birlikte Velayet ve Birlikte Velayetin Uygulanmasına İlişkin Modeller’ (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2569-2608.
- Öztürk BC, ‘Birlikte Velayette Gönüllülük Prensiplerinin Yeri ve Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi’ (2022) 71(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1017-1050.
- Öztürk HR, *Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Çocuğun Şahsı Bakımından*

Sonuçları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2000).

Pekel A, *Aile Hayatına Saygı Hakkı* (Liberta Yayınları 2016).

Salihpaşaoğlu Y, *Hukuka Giriş* (Adalet Yayınevi 2023) (Salihpaşaoğlu, hukuka giriş).

— —, ‘Anayasa’nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası ve Türk Yargı Uygulamasındaki Görümü’, (2022) 39(1) *Anayasa Yargısı* 339-352 (Salihpaşaoğlu, Anayasa’nın 90. Maddesi).

Serdar İ, ‘Birlikte Velayet’ (2008) 10(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155-197

Serozan R, *Çocuk Hukuku* (Vedat Yayıncılık 2017).

Usta Sayıta S, *Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi* (Filiz Kitabevi 1996).

Uzun Kazmacı Ö, ‘Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması’ (2018) 6(1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171-186.

Velidedeoğlu HV, *Aile Hukuku, C. II* (Nurgök Matbaası 1949).

Yıldırım A, *Türk Aile Hukuku* (Monopol Yayınları 2021).

Yılmaz C, ‘Birlikte Velayet Çerçevesinde Alternatif (Dönüşümlü) Himaye’ *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyum Tebliğleri* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 33–36.

— —, *Velayet Hukuku (Özellikle İsviçre Medeni Kanunu’ndaki 01.07.2014 Tarihli ‘Velayet Hukuku Revizyonu’ ile 01. 01. 2017 Tarihli ‘Çocuk Nafakası Revizyonu’ Kapsamında)* (Seçkin 2023).

Yılmaz S, *Medeni Hukuk C. III, Aile Hukuku* (Yetkin Yayınevi 2023).

Zevkliler A ve Cumalıoğlu E ve Acabay B, *Medeni Hukuk III Aile Hukuku* (Adalet 2024).

