

**^{4f} ALMAN, AVUSTURYA VE İSVİÇRE MEDENİ KANUNLARINDA
YAPILAN REVİZYONLAR VE BOŞANMADAN SONRA BİRLİKTE VE-
LAYETİN KURAL HALİNE GELMESİ**

*(AMENDMENTS IN GERMAN, AUSTRIAN AND SWISS CIVIL CODES AND JOINT
CUSTODY'S BECOMING THE RULE AFTER DIVORCE)*

Prof. Dr. Fulya ERLÜLE* **

ÖZ

Çocuğun gelişimi bakımından sadece anneye değil aynı zamanda babaya da ihtiyaç duyduğunun bilimsel olarak kanıtlanmış olması ve çocuğun yararının gözetilmesi ilkesinin bir gereği olarak çocukla ilgili tüm uluslararası metinlerde, çocuğun anne ve babası ile arasındaki mevcut ilişkinin korunması ve sürdürülmesinin önemine işaret edilmektedir.

Modern velayet hukukunda çocuğun yararının en iyi şekilde, çocuğun anne ve babası ile ilişkisini sürdürdüğü ve ana babanın tıpkı evlilik birliği süresince olduğu gibi boşanmadan sonra da çocuğun gelişim ve yetiştirilmesinden birlikte sorumlu olmaya devam etmeleri halinde korunacağı kabul edilmektedir.

Velayet hukukunun getirdiği bu yeni bakış açısı, ebeveynlerin boşanarak eş olmaktan vazgeçmiş olmalarının, onların ebeveyn sıfatıyla sahip oldukları sorumluluklardan da vazgeçebilecekleri anlamına gelmediği yönündeki anlayışın geniş bir kabul görmesine neden olmuştur. Bu anlayış doğrultusunda hemen hemen tüm batı ülkelerinde boşanma sonrasında ve evlilik dışı beraberliklerde, birlikte velayet kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu kapsamda önce Avusturya'da 1 Şubat 2013 tarihinde, kısa bir süre sonra ise Almanya'da 19 Mayıs 2013'te yürürlüğe giren değişiklikler ile her iki ülkenin velayet hukukuna ilişkin hükümleri revize edilmiştir. Avrupa hukuk çevresinde yaşanan bu değişime 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren velayet hukuku revizyonu ile en son İsviçre dahil olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Velayet, Birlikte Velayet, Boşanmadan Sonra Birlikte Velayet, Velayet Hakkının Kullanılması, Boşanmadan Sonra Velayetin Birlikte Kullanılması, İsviçre Velayet Hukuku Revizyonu, Boşanmanın Çocuklara İlişkin Sonuçları, Çocuğun Yararı, Çocuğun Yararının Korunması.

ABSTRACT

As it is scientifically proven that child needs not only his mother yet also his father for his development, and as per the principle of considering the interest of the child, all

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi:01.02.2021. İlk hakem raporu tarihi:10.02.2021. İkinci hakem raporu tarihi:12.02.2021. Onaylanma Tarihi:12.02.2021.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5683-6523

Esere Atf Şekli: Fulya Ertlüle, "Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında Yapılan Revizyonlar ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velayetin Kural Haline Gelmesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.555-576.

international texts concerning children draw attention to the importance of protecting and maintaining the existing relationship between the child and his parents.

In modern custody law, it is accepted that the interest of the child is best protected if he maintains his relationship with parents and that parents continue being jointly responsible for the development and upbringing of the child just like during the marriage.

This new perspective brought by custody law brought along the understanding, that renouncing to be spouse by divorcing does not mean renouncing their responsibilities as a parent, to be generally accepted. In line with this understanding, the concept of joint custody after divorce and for non-marital cohabitation has been accepted and come into force in almost all western countries. In this regard, with the amendment entered into force on 1 February 2013 in Austria and the amendment entered into force on 19 May 2013 in Germany, articles on custody law of both countries have been amended. Switzerland has then joined the change in European jurisdictions by the amendment of its custody law entered into force on 1 July 2014.

Keywords: *Custody, Joint Custody, Joint Custody After Divorce, Exercising the Right of Joint Custody, Exercising the Right of Joint Custody After Divorce, Amendment of Swiss Custody Law, Consequences of Divorce Relating to Children, Interest of Children, Protection of Interest of Children.*

A. Genel Olarak

Toplumsal hayatta yaşanan değişim ve gelişimin etkisiyle aile kurumu da değişmiş ve geleneksel aileden modern aileye doğru evrilmiştir. Aile yapısında meydana gelen bu değişimin en önemli göstergelerden birini tüm dünyada hızla artan boşanma oranları oluşturmaktadır¹. Boşanma ile ilgili olarak yapılan araştırmalar, son otuz yıl içerisinde tüm dünyada ilk evliliklerin en az yarısının boşanma ile sona erdiğini göstermektedir².

Boşanma ile ilgili yürütülen araştırmalar sonucunda elde edilen istatistiki verilere göre, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatına (OECD) üye ülkelerde ve Avrupa Birliği ülkelerinde kaba boşanma hızı binde 2,7'ye yükselmiştir. Boşanma oranları ve hızının son yıllarda OECD ve Avrupa Birliği ülkelerinde hızla artmasına karşın, ülkemizde bu ülkelere kıyasen boşanma oranları henüz düşük sayılabilecek düzeydedir. Belirtelim ki Türkiye'de son 20 yıla kadar boşanma olgusunun önemli bir toplumsal sorun olarak görülmediği söylenebilir. Ancak günümüzde nüfusun büyük şehirlerde toplanması, günlük hayatın karmaşıklaşması, iletişim teknolojilerinin ve kitle iletişim araçlarının yaygınlaşması, tüketim kültürünün artması ve bireysel değerlerin ön plana çıkmasıyla birlikte, özellikle 2000'li yıllardan itibaren boşanma oranlarında belirgin bir artışın gözlemlendiğini belirtmek gerekir³.

¹ Dünyada ve Türkiye'de hızla artan boşanma oranları ve boşanma nedenleri hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle, Fulya**, İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Ankara 2019, s. 53 vd.

² Boşanma Nedenleri Araştırması, T.C. Başbakanlık ASAGEM, Ankara 2009, s. 7; **Tathoğlu, Kasım/Demirel, Nuri**, "Sosyal Bir Gerçeklik Olarak Boşanma Olgusu: Sosyal Psikolojik Bir Değerlendirme", Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y. 4, S. 22, Mart 2016, s. 61.

³ Bkz. "Türkiye'de Evlilik Tercihleri (Nisan 2015)" Araştırması; Boşanma Nedenleri Araştırması (2009), s. 30.

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) aile veri tabanının 2014 yılında yayımlanmış olduğu istatistiklere göre, Türkiye’de 1997 yılında binde 0,52 olan kaba boşanma oranı, 2005 yılında binde 1,33’e, 2014 yılında ise 1,65’e yükselmiştir⁴. Türkiye İstatistik Kurumu’nun verilerine göre, ülkemizde kaba boşanma hızı 2016 yılında binde 1,59 iken, 2017 yılında binde 1,60’a, 2018 yılında binde 1,75’e, 2019 yılında ise önemli bir artış göstererek binde 1,88’e yükselmiştir⁵.

Boşanma hızında görülen artış eğiliminin gelecekte nasıl bir seyir izleyeceğini tahmin etmek amacıyla Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması (TBNA) 2014 yılı çalışması kapsamında ileri istatistik analiz modelleri kullanılarak bir tahmin modeli geliştirilmiştir. Tahmin modellemesine göre, ülkemizde kaba boşanma hızınının 2023 yılında binde 1,93’e ulaşacağı öngörülmektedir⁶. Nitekim ülkemizde boşanma sayısı son beş yıl içinde %9,8, son on yıl içinde ise %41 oranında artmıştır⁷.

Boşanma sadece eşleri etkileyen bir süreç değildir. Türkiye İstatistik Kurumunun 2016 verilerine göre, kesinleşen boşanma davalarından 109 bin 978 çocuk etkilenmiş ve kesinleşen boşanma davalarında %75 gibi yüksek bir oranla çocukların velayeti anneye bırakılmıştır⁸.

Boşanmanın çocukların psikolojisi ve gelişimi üzerindeki etkisini değerlendiren araştırmalara göre, boşanma, çocuklar ile ebeveynler arasındaki bağı zayıflamakta ve bağlanma figürlerinden ayrılığa yol açmaktadır. 1970’li yılların başında Bowlby tarafından geliştirilen bağlanma kuramına göre,⁹ çocuğun psikolojik gelişiminde anne birincil bağlanma figürüdür, baba ise ödipal dönemde bağlanma figürü olarak algılanmaktadır. 1980’li yıllardan itibaren babanın da çocuk psikolojisine yönelik araştırmalara dahil edilmesiyle birlikte, bu görüş terk edilmiş ve çocuğun gelişimi açısından sadece annenin değil babanın da birincil bağlanma figürü olabileceği bilimsel olarak ortaya konmuştur¹⁰. Esasen tek bir bağlanma figürünün boşanmanın beraberinde getirdiği ağır sorumluluklar düşünüldüğünde çocuğa ihtiyacı olan güven duygusunu vermesi mümkün değildir¹¹. Bu nedenle boşanmadan sonra sürekli dile getirilen “çocukların her iki ebeveyne de ihtiyacı vardır” sloganı¹² bu kapsamda yorumlanmalı ve çocukların her iki ebeveyniyle mevcut ilişkilerini sürdürmelerine imkân sağlanmalıdır¹³.

⁴ Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması (TBNA) 2014, s. 45; Türkiye’de boşanma oranları ve boşanmaya ilişkin araştırmalar hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 55-59.

⁵ Evlenme ve Boşanma İstatistikleri 2018, TÜİK Haber Bülteni, S. 30698, 01 Mart 2019.

2018 yılı itibarıyla, Türkiye’de boşanmaların %37,6’sı evliliğin ilk 5 yılı içinde, %20,4’ü ise evliliğin 6-10 yılı içinde gerçekleşmiştir. Bkz. Evlenme ve Boşanma İstatistikleri 2018, TÜİK Haber Bülteni, S. 30698, 01 Mart 2019.

⁶ Bkz. TBNA 2014, s. 47.

⁷ TÜİK Basın Odası Haberleri, S. 32, Mart 2016.

⁸ TÜİK Basın Odası Haberleri, S. 32, Mart 2016.

⁹ **Emery**, s. 86.

¹⁰ **Kuzucu, Yaşar**, “Değişen Babalık Rolü ve Çocuk Gelişimine Etkisi”, TPDRD, C. 4, S. 35, Y. 2011, s. 79 vd.; **Wirz, Annatina**, Gemeinsame elterliche Gewalt geschiedener und nicht verheirateter Eltern: Unter Berücksichtigung des deutschen, französischen, englischen und schweizerischen Rechts, Basel-Frankfurt am Main 1995, s. 36; **Matthiessen**, s. 68; ayrıca bkz. **Erlüle**, s.102 vd.

¹¹ **Cantieni, Linus**, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, Eine empirische Untersuchung, Diss., Bern 2007, s. 57.

¹² **Wirz**, s. 36.

¹³ **Erlüle**, s. 106.

Alman hukuk öğretisine göre, birlikte velayet her iki ebeveynin çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişiminden eşit şekilde sorumlu olmasına ve tek başına velayetin aksine çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın ziyaret sürelerine bağlı kalmaksızın çocukla daha fazla zaman geçirmesine imkân vermektedir¹⁴. Ayrıca birlikte velayet, ebeveynler arasında iş bölümünün gerçekleşmesini sağlayarak, çocuğun birlikte yaşadığı ebeveynin sorumluluklarının paylaşılmasına, böylelikle her iki ebeveynin çocuğa daha fazla zaman ayırmasına ve çocukla daha kaliteli zaman geçirmesine olanak sağlamaktadır¹⁵.

B. Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Hukuklarında Boşanmadan Sonra Birlikte Velayetin Gündeme Gelmesinin Nedenleri

Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarının velayet hukukuna ilişkin hükümlerinde gerçekleştirilen revizyonları açıklamadan önce belirtelim ki, birbirlerinden farklı tüm hukuk düzenlerinde evlilik birliği devam ettiği sürece, anne ve babanın ebeveyn sıfatıyla sorumluluklarının kanun gereği mevcut olduğu kabul edilmekte ve söz konusu sorumluluğun çocuğun yararı nedeniyle var olduğu ve ancak çocuğun üstün yararı mevcut ise sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Bu anlayışın doğal bir sonucu olarak, yabancı hukuklarda velayetin ana babaya tanınan haklardan ziyade, yükümlülük ve sorumluluklar şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmekte, velayet hakkı denildiğinde, bundan ağırlıklı olarak ebeveynlerin birlikte sorumluluğu anlaşılmaktadır¹⁶.

Temel bir hak olan anayasal ana baba hakkının gereği olarak, ana baba boşanmaları na rağmen çocukla ilişkilerini devam ettirme hakkına sahip oldukları gibi, yine ana baba olmanın bir gereği olarak velayet hakkından doğan yükümlülüklerinden de boşanmak suretiyle vazgeçemezler. Boşanma eşler arasındaki mevcut evlilik birliğini sona erdiren hukuki bir kurumdur. Boşanma

Kararının kesinleşmesiyle birlikte, taraflar birbirleriyle evli olmaktan, birbirlerinin eşi olmaktan çıkarlar ama bu onların anayasal ana baba haklarını da sona erdiren bir durum değildir. Başka bir deyişle, evlilik biter ama anayasal ana baba hakkı yani ebeveynlik devam eder. Belirtelim ki anayasal ana baba hakkı çocukla görüşme onunla iletişim halinde olmanın teminatını oluşturmakla kalmaz, aynı zamanda ana baba olmaya bağlanmış olan sorumluluk ve yükümlülüklerin de tıpkı evlilik birliği süresince olduğu gibi boşanmadan sonra da artık aile başka ve yeni bir aile yapısına dönüşmüş olsa bile yerine getirilmesini gerektirir. Modern boşanma hukuku ve bu anlamda velayet hukukunun getirdiği yeni bakış açısı çerçevesinde; ana baba hakkına bağlanmış olan bakım ve yetiştirme yükümlülüğü, evlilikte olduğu gibi boşanmadan sonra da devam etmekte ve anne ile baba boşanmak suretiyle, bu yükümlülük ve sorumluluklarından kurtulamamaktadır¹⁷.

Birlikte velayet kurumunun Kara Avrupası hukukunda gündeme gelmesi, anayasa mahkemeleri tarafından verilmiş olan kararlar sayesinde mümkün olmuştur. 18.07.1979 tarihli Velayet Hakkı Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden iki yıl sonra, 1982 yılında Alman Anayasa Mahkemesi tarafından Alman Medeni Kanunu'nun 1671/4 c. 1 hükmünü (§ 1671 IV c. 1 BGB) iptal edilmiştir¹⁸. Alman Anayasa Mahkemesi, 03.11.1982 tarihinde vermiş

¹⁴ Matthiessen, s. 64.

¹⁵ Matthiessen, s. 64; Erlüle, s. 111.

¹⁶ Erlüle, s. 158.

¹⁷ Erlüle, s. 110.

¹⁸ BVerfGE 61, 358 vd.

olduğu karar ile aile mahkemelerinin boşanmadan sonra ebeveynlerin velayeti birlikte kullanmaları yönünde kararlar verebilmelerinin önünü açmıştır¹⁹.

Alman Anayasa Mahkemesi 03.11.1982 tarihli kararının iptal gerekçelerinde öncelikle Alman Anayasası m. 6/2'ye dayanmış ve velayetin birlikte kullanılmasının reddedilmesini ağır bir temel hak ihlali olarak nitelendirmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi anılan kararında, Anayasa'nın 6. maddesinin çocuğun ebeveynleri ile aile birliği içerisinde birlikte yaşadığını ve ana babanın çocuğa birlikte bakmak ve onu yetiştirmekle yükümlü olduklarını kural olarak kabul ettiğini dolayısıyla ana ve babanın müşterek çocuklarına bakma yükümlülüklerinden haklı bir neden olmaksızın ayırık tutulmalarının ana babanın Anayasa'nın 6. maddesi ile güvence altına alınmış olan hukuki konumlarına aykırı olduğunu ifade etmiştir²⁰.

Avrupa'da çocuğun velayetine ilişkin genel yaklaşım, ana babanın velayet hakkı kapsamındaki birlikte sorumluluklarının sadece evlilik birliği devam ettiği sürece değil; evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ve evlilik dışı birlikteliklerde prensip olarak devam etmesi şeklindedir. Bu yaklaşım doğrultusunda tüm batı ülkelerinde boşanma sonrasında ve evlilik dışı beraberliklerde, birlikte velayet kabul edilerek yürürlüğe girmiştir²¹.

Avrupa hukuk çevresinde benimsenen yeni anlayışa göre, ana babası evli olmayan çocuğun velayetinin doğumdan itibaren anaya ve sadece belli koşullar altında babaya ait olduğu şeklindeki yaklaşım, bir yandan evlilik dışı birliktelik sonucunda dünyaya gelen çocuklar ile evlilik birliği içerisinde dünyaya gelen çocuklar arasında ayrımcılığa yol açarken; öte yandan çocuğunun anası ile evli olmayan baba bakımından da ayrımcılığa neden olmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelen Almanya Zaunegger²² ve Avusturya Sporer²³ kararlarında, ana ile evli olmayan babanın çocuğunun velayetini ana ile birlikte kullanamamasının, AİHS m. 8 ve AİHS m. 14 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kimseye cinsiyetine, evlilik içinde doğup doğmamasına göre farklı muamele edilemeyeceği kuralını düzenleyen AİHS m. 14'ün ihlali anlamına geldiği ifade edilmiştir²⁴.

Görüldüğü üzere, yukarıda anılan AİHM kararlarının ve anayasa mahkemesi kararlarının etkisiyle, ana babanın medeni durumunu dikkate alarak, çocuğun velayetinin tespit edilmesine ilişkin anlayış terk edilmiş; evlilik içi, evlilik dışı ve boşanmış ailelerin çocukları bakımından eşitlik sağlanmış ve bu alanda yaşanan ayrımcılığa son verilmiştir. Bu doğrultuda önce Avusturya'da 1 Şubat 2013 tarihinde, kısa bir süre sonra ise Almanya'da 19 Mayıs 2013'te yürürlüğe giren değişiklikler ile her iki ülkenin velayet hukukuna ilişkin hükümleri revize edilmiştir²⁵. Avrupa hukuk çevresinde yaşanan bu değişime 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren Velayet hukuku revizyonu ile İsviçre dahil olmuştur²⁶.

¹⁹ **Matthiessen**, s. 51.

²⁰ Daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 98 vd.

²¹ **Erlüle**, s. 158 vd.

²² AİHM, T. 03.12.2009, Başvuru No: 22028/04, Zaunegger-Almanya.

²³ AİHM, T. 03.02.2011, Başvuru No: 35637/03, Sporer-Avusturya.

²⁴ AİHM, Zaunegger-Almanya ve AİHM, Sporer-Avusturya kararlarına konu olan Alman ve Avusturya Medeni Kanunlarının ilgili maddelerinde, evlilik dışı çocuğun velayetinin ana ve baba tarafından birlikte kullanılması ananın rızasına bağlanmış durumdaydı. Daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 159 vd.

²⁵ **Wolf, Stephan/Schmuki, Deborah**, "Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern in der Schweiz, Deutschland und Österreich", Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag

C. Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında Boşanmadan Sonra Birlikte Velayetin Düzenleniş Şekli

Velayet hakkının evlilik birliği süresince olduğu gibi boşanmadan sonra da ebeveynler tarafından birlikte kullanılmasına imkân vermek üzere, yabancı hukuklarda iki farklı yöntem benimsenmiştir.

Yöntemlerden birisinde, kanun koyucu birlikte velayetin boşanmadan sonra kanun gereği kendiliğinden devam etmesini kabul etmiş ve tercihini birlikte velayetin kural; tek başına velayetin ise sadece belli bazı koşulların bulunması halinde istisna olmasından yana kullanmıştır. Diğer yöntem olan birlikte velayetin boşanmadan sonra ebeveynlerin ortak talepleri üzerine devam etmesi yönteminde ise mahkeme tarafından birlikte velayete sadece belli koşulların ve bu anlamda ana babanın ortak taleplerinin bulunması halinde imkân tanınmıştır. Bu ihtimalde, boşanmadan sonra çocuğun velayeti ebeveynlerden sadece birisine bırakılmakta, ebeveynlerin velayet hakkını birlikte kullanmalarına ise istisna olarak imkân tanınmaktadır.

Çocuğun gelişimi açısından sadece anneye değil aynı zamanda babaya da ihtiyaç duyduğunun bilimsel olarak kanıtlanmış olması nedeniyle, hemen hemen bütün yabancı hukuk düzenlerinde, çocuğun anne ve babası ile arasındaki mevcut ilişkisinin sürdürülmesi ve çocuğun yararının korunması çerçevesinde, evlilik süresince olduğu gibi; boşanmadan sonra da velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasına yönelik yasal düzenlemeler bu iki yöntem doğrultusunda yapılmıştır.

1. Birlikte Velayetin Boşanmadan Sonra Ebeveynlerin Ortak Talepleri Üzerine Devam Etmesi

Boşanmada birlikte velayeti kabul eden ülkelerden bazıları evlilik birliği süresince eşler tarafından birlikte kullanılmakta olan velayetin, boşanmadan sonra da ebeveynler tarafından birlikte kullanılabilmesini, ebeveynlerin bu konuda anlaşıklarını gösteren ortak taleplerinin bir dilekçe ile mahkemeye sunulması koşuluna bağlamıştır²⁷.

Birlikte velayetin boşanmadan sonra ebeveynlerin ortak talepleri üzerine devam etmesine ilişkin bu yöntemde, ebeveynlerin çocuğun velayetini birlikte kullanmaları yönündeki olumlu görüşlerini aktif bir davranışla göstermeleri ve ebeveynlerin karşılıklı olarak iletişim ve iş birliği içinde davranmaya uygun ve hazır olduklarını peşinen ortaya koymaları amaçlanmıştır²⁸.

Bu ihtimalde boşanmadan sonra birlikte velayet, ebeveynlerin ortak taleplerine bağlanmış olduğu için birlikte velayetin, ebeveynlerden birisinin ya da her ikisinin rızası hilafına mahkeme kararı ile düzenlenmesi mümkün değildir. Mahkeme kendisine sunulan birlikte velayet talebini, öncelikle çocuğun yararının korunması kapsamında değerlendirir. Eğer birlikte velayet için bulunması gereken koşullar ve özellikle de çocuğun yararına uygunluk söz konusu değilse, Mahkeme birlikte velayet talebini reddeder ve çocuğun velayetini ebeveynlerden birisine bırakır²⁹.

2014 (Hrsg.: **Kunz, Peter V./Weber, Jonas/Lienhard, Andreas/Fargnoli, Iole/Kren Kostkiewicz, Jolanta**), Bern 2014, s. 156, 162 ve 165.

²⁶ İsviçre’de 20 Haziran 2013 tarihinde kabul edlip, 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren velayet hukuku revizyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 232 vd.

²⁷ Bu yöntem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 181-182.

²⁸ **Cantieni**, s. 24.

²⁹ **Cantieni**, s. 24; **Erlüle**, s. 181.

Görüldüğü üzere bu ihtimalde tek başına velayet kural, birlikte velayet ise istisnadır. Birlikte velayetin boşanmadan sonra ebeveynlerin ortak talepleri üzerine devam etmesine ilişkin bu yöntem, 2013 revizyonuna kadar Avusturya’da, 2014 revizyonuna kadar da İsviçre’de uygulanmıştır³⁰.

İsviçre kanun koyucusu 2000 tarihli boşanma hukuku revizyonu kapsamında, velayet hakkının kullanılması yönünden iki farklı modelin benimsenmesine imkân tanımıştır³¹. Bunlar ana ya da babanın çocuğun velayetini kural olarak tek başına kullanabildiği “tek başına velayet modeli” (eİMK m. 133/1) ve ana babanın çocuğun velayetini istisnaen evlilik birliği süresince olduğu gibi birlikte kullanmaya devam ettikleri “birlikte velayet modeli”dir (eİMK m. 133/3)³².

İsviçre hukuku bakımından boşanmalarına rağmen ana babanın müşterek çocuklarının velayetini birlikte kullanmalarını mümkün kılan İMK m. 133/3 hükmüne göre, kural olarak boşanma sonrasında müşterek çocuğun velayeti ana ya da babadan birine bırakılmakta, birlikte velayet ise belli bazı koşulların gerçekleşmesi halinde istisna olarak kabul edilmekteydi³³.

2. Birlikte Velayetin Boşanmadan Sonra Kanun Gereği Devam Etmesi

Avrupa hukuk çevresini incelediğimizde, anne ve babanın boşanmasının kural olarak, müşterek çocuğun velayeti üzerinde herhangi bir etkisinin söz konusu olmadığını, evlilik birliği süresince olduğu gibi boşanmadan sonra da anne ve babanın velayet hakkını birlikte kullandıklarını, başka bir deyişle birlikte velayetin kanun gereği devam ettiğini görürüz.

Pek çok Avrupa ülkesinde boşanmadan sonra velayet hakkının kullanılmasını özel olarak düzenleyen bir hükme hiç yer verilmeyerek, sadece ebeveynlerden birisinin çocuğun velayetini talep ettiği ya da çocuğun yararının tehlikeye girmesi ihtimalinin söz konusu olduğu hallerde velayet hakkının kullanılması ayrıca düzenlenmiş; bunun dışında kalan hallerde ise boşanmadan sonra tıpkı evlilik birliği süresince olduğu gibi müşterek çocuğun velayetinin birlikte kullanılmasına kanun gereği kendiliğinden imkân veren düzenlemelere yer verilmiştir³⁴.

Boşanmanın birlikte velayet üzerinde herhangi bir etkisinin söz konusu olmadığı bu gibi hallerde; birlikte velayet boşanmadan sonra kanun gereği devam ettiği için ebeveynlerin, müşterek çocuklarının velayetini birlikte kullanabilmeleri için mahkemeye ya da başka bir makama yazılı olarak bir dilekçe ile başvurmalarına gerek yoktur.

³⁰ Erlüle, s. 181-182.

³¹ İsviçre’de 26.6.1998 tarihinde kabul edilip, 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren boşanma hukuku revizyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, s. 205 vd.

³² Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, s. 9083.

³³ İsviçre kanun koyucusu İMK’nın 133. maddesinin 3. fıkrasında birlikte velayete karar verilebilmesi için bir arada bulunması gereken üç koşula yer vermiştir. Bu koşullar, her iki ebeveynin birlikte velayete ilişkin ortak taleplerinin bulunması, ebeveynler tarafından yapılmış ve hâkim tarafından onanması gereken ana babanın çocuğun bakımına ilişkin paylaşımları ile çocuğun bakım giderlerine ilişkin katkılarını gösteren bir anlaşmanın varlığı ve her iki ebeveynin velayeti birlikte kullanmasının çocuğun yararına uygun olmasıdır.

³⁴ Bu yöntem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, s. 179-180.

Boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılmasını kanun gereği kabul etmiş ülkelerin başında Almanya gelmektedir³⁵.

Alman hukukunda 1998 yılından gerçekleşen Çocuk Hukuku Reformu'ndan önce, ebeveynlerin boşanması halinde müşterek çocuğun velayetinin ana babadan birisine bırakılmaktaydı³⁶. 1998 yılında gerçekleşen Çocuk Hukuku Reformu ile boşanma ile velayet hakkının kullanılması arasındaki zorunlu ilişki kaldırılmış ve mahkeme kararının varlığına gerek olmaksızın ana babanın velayet hakkını birlikte kullanmasına Alman medeni Kanunu'nun 1671. paragrafına imkân tanınmıştır³⁷. Alman hukukunda, ana ve baba evlilik birliği süresince olduğu gibi boşanmadan sonra da velayet hakkını kanun gereği birlikte kullanmaya devam ederler, boşanmadan sonra velayet hakkının ana ve baba tarafından birlikte kullanılması için mahkeme kararı gerekli değildir. Ana babadan her birinin velayet hakkını tek başına kullanabilmesi ise bir mahkeme kararının varlığını gerektirir³⁸. Bu durum, Çocuk Hukuku Reformu Kanunu'nun etkisi ile Alman Medeni Kanunu'nun 1671. paragrafına eklenen kanun metninde açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, ana babanın geçici olarak ayrı yaşamadıkları hallerde, ana babadan her biri velayetin tamamının veya bir kısmının kendisine bırakılmasını aile mahkemesinden talep edebilir (§ 1671 I)³⁹. Ancak velayetin talep üzerine mahkeme tarafından ana babadan birisine bırakılabilmesi için diğer ebeveynin velayetin tek başına kullanılmasını onaylamış ve 14 yaşını doldurmuş olan çocuğun velayetin tek başına kullanılmasına itiraz etmemiş olması ya da velayetin tek başına kullanılmasının çocuğun yararı bakımından en uygun çözüm olduğu kanaatine varılmış olması gerekir⁴⁰.

Alman Medeni Kanunu'nun 1671. Paragrafı gereğince, ana ya da babadan biri veya her ikisi çocuğun velayetinin kendilerine bırakılmasını talep etmese, velayet hakkının beraberinde getirdiği sorumluluklardan kurtulmak istese bile, velayet hakkı ana baba tarafından birlikte kullanılmalıdır. Birlikte velayet ana ya da babadan birisinin tek başına velayeti talep ettiği; ancak hâkimi velayetin tek başına kullanılmasına ikna edemediği hallerde de uygulanmaya devam eder⁴¹.

Avusturya Medeni Kanunu'nda 1 Şubat 2013 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Hukuku Değişikliğine İlişkin Kanun⁴² ile gerçekleşen revizyondan önce, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velayet hakkının ne şekilde kullanılacağı Avusturya Medeni Kanunu'nun 177. paragrafının 2. fıkrasında hüküm altına alınmıştı⁴³. Avusturya Medeni Kanunu m.177/2'de, boşandıktan sonra velayet hakkını birlikte kullanmak isteyen ebeveynlerin müşterek çocuğun kiminle birlikte yaşayacağı hususunda anlaşmış olmaları ve bu anlaşmanın da hâkim tarafından uygun bulunarak onaylanmış olması koşuluyla velayetin

³⁵ Bkz. **Erlüle**, s. 165-166.

³⁶ **Muscheler, Karlheinz**, Familienrecht, 4. Aufl., München 2017, Rn. 594, Alman Medeni Kanunu'nun velayetin ebeveynlerden sadece birisine bırakılabileceğine ilişkin hükmü Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1982 yılında vermiş olduğu kararı ile Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bkz. BVerfGE 61, 358; ayrıca bkz. **Erlüle**, s. 165.

³⁷ **Muscheler**, Rn. 595.

³⁸ **Dethloff, Nina**, Familienrecht, 31. Aufl., München 2015, Rn. 34.

³⁹ Alman Medeni Kanunu'nun 1671. paragrafında ayrılık ile boşanma arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bkz. **Muscheler**, Rn. 595.

⁴⁰ **Erlüle**, s. 165-166.

⁴¹ **Erlüle**, s. 166.

⁴² BMJ 13.11.2012, Kindschaftsänderungsgesetz (Kindschafts-und Namensrechtsgesetz 2012).

⁴³ Avusturya'da 1.02.2013 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Hukuku Değişikliğine İlişkin Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 105 vd.

birlikte kullanılmasına imkân tanınmıştı (§ 177/2 ABGB)⁴⁴. Ebeveynlerin anlaşmaya varmadıkları ya da anlaşmış olmakla birlikte söz konusu anlaşmanın çocuğun yararına uygun bulunmadığı hallerde, hâkim çocuğun hangi tarafa bırakılacağına karar vermekteydi (§ 166 ABGB)⁴⁵.

Avusturya’da Çocuk Hukuku Değişikliğine İlişkin Kanun’un 2013 yılında yürürlüğe girmesinden sonra, Avusturya hukuku bakımından evlilik birliğinin sona ermesinin velayet hakkının kullanılması üzerindeki etkisi tamamen ortadan kalkmıştır. Avusturya Medeni Kanunu’nun 179. paragrafının 1. fıkrasına göre, evlilik birliği sona ermesine rağmen; her iki ebeveyn velayet hakkını birlikte kullanmaya devam ederler (§ 179/1 ABGB). Ancak ebeveynlerin mutlaka çocuğun ebeveynlerden hangisi ile birlikte aynı evde yaşayacağı başka bir deyişle, çocuğa asıl bakım verecek olan tarafın hangi ebeveyn olacağı hususunda anlaşmış olmaları gerekir. Makul bir süre içerisinde bu tür bir anlaşma yapılmaz ya da ebeveynlerden birisi çocuğun velayetinin tek başına kendisine verilmesini isteyecek olursa, hâkim tarafından ebeveyn sorumluluğunun 6 aylık geçici bir süre için düzenlenmesi gerekir⁴⁶. Ebeveyn sorumluluğunun düzenlendiği altı aylık sürenin sona ermesi üzerine, hâkim tarafından çocuğun velayetinin kullanılmasına ilişkin nihai kararın verilmesi gerekir. Hâkim müşterek çocuğun velayetinin kullanılmasına ilişkin nihai kararını verirken, ebeveyn sorumluluğunun geçici olarak düzenlenmiş olduğu dönemde edinmiş olduğu tecrübelerden yararlanır ve özellikle de nafakanın ödenmesi sürecini ve düzenlemenin çocuğun yararına uygun olup olmadığını dikkate alır (§ 180/2 ABGB)⁴⁷.

İsviçre’de 20 Haziran 2013 tarihinde gerçekleşen ve 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren velayet hukuku revizyonu neticesinde birlikte velayet eşlerin medeni durumlarından bağımsız olarak kural haline gelmiş ve boşanma bakımından bu durum İsviçre Medeni Kanunu’nun 298. maddesinde hüküm altına alınmıştır⁴⁸.

1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren velayet hukuku revizyonunun hareket noktasını İsviçre Medeni Kanunu’nun 296. maddesi oluşturmaktadır⁴⁹. İsviçre Medeni Kanunu’nun 296. maddesinin 1. fıkrasında, velayet hakkının öncelikle çocuğun yararına hizmet etmesi gerektiği ifade edilmiş, İMK’nın 296. maddesinin 2. fıkrasında ise çocukların ergin oluncaya kadar ana ve babalarının birlikte velayeti altında buldukları belirtilmiştir.

İsviçre Medeni Kanunu’nun, “A. Boşanma Davası ve Evlilik Birliğine İlişkin Diğer Davalar” kenar başlığını taşıyan 298. maddesinin 1. fıkrasında, boşanma davası ya da evlilik birliğinin korunmasına ilişkin davada, çocuğun yararının korunması bakımından velayetin tek başına kullanılmasının gerekli olması durumunda, velayetin ebeveynlerden birisine bırakılabileceği ifade edilmiştir.

⁴⁴ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, s. 9097; **Wolf/Schmuki**, s. 165.

⁴⁵ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, s. 9097; **Wolf/Schmuki**, s. 165.

⁴⁶ **Erlüle**, s. 161.

⁴⁷ **Wolf/Schmuki**, s. 165-166.

⁴⁸ **Büchler, Andrea/Clausen, Sandro**, FamKommentar Scheidung, Band I: ZGB (Hrsg.: **Schwenger, Ingeborg/Fankhauser, Roland**), 3. Aufl., Bern 2017, Vorbem. zu Art. Art. 298 N. 1; İsviçre Medeni Kanunu’nun 298. madde düzenlemesi hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 232 vd.

⁴⁹ **Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Jungo, Alexandra**, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015, N. 91.

İsviçre Medeni Kanunu'nun "F. Çocuklar / I. Ebeveyn Hakları ve Yükümlülükleri" kenar başlığını taşıyan 133. maddesinde⁵⁰ hâkim, boşanma davası kapsamında soybağı hükümlerine ilişkin düzenlemelere göre, ana ve babanın haklarını ve yükümlülüklerini, çocuğun velayetini, çocuğun himayesini, çocukla kişisel ilişki kurulmasını ve her bir ebeveynin çocuğun bakımına ilişkin paylaşımlarını ve nafakayı düzenler. Hâkim bu düzenlemeyi yaparken, çocuğun yararı bakımından önemli olan tüm koşulları, ana babanın ortak talebini ve mümkün olduğu ölçüde çocuğun görüşünü de dikkate alır denilmiştir⁵¹.

İsviçre Medeni Kanunu'nun boşanmanın sonuçlarına ilişkin hükümlerinden birisi olan 133/1. maddesi ile boşanma davası ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin davalar bakımından velayetin düzenlendiği İsviçre Medeni Kanunu'nun 298. maddesi birlikte okunduğunda, boşanma davasına bakmakta olan hâkimin, velayetin birlikte kullanılmasına ilişkin koşulların boşanmadan sonra da mevcut olup olmadığını ayrıca değerlendirmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır⁵².

Görüldüğü üzere, İsviçre Medeni Kanunu'na göre, evlilik birliği süresince ebeveynler tarafından birlikte kullanılmakta olan velayet, boşanmadan sonra da kural olarak ebeveynler tarafından birlikte kullanılmaya devam edecektir. Zira 2014 revizyonu ile birlikte boşanmanın velayet hakkı üzerindeki etkisi ortadan kalkmıştır⁵³. Ancak hemen ifade edelim ki İsviçre Medeni Kanunu'nda boşanma bakımından birlikte velayet kural olarak kabul edilmiş olmasına rağmen, boşanmadan sonra birlikte velayetin kendiliğinden uygulama alanı bulması söz konusu değildir⁵⁴. 2014 revizyonundan sonra da boşanma davasına bakan hâkim, velayetin birlikte kullanılmasına imkân veren koşulların mevcut olup olmadığını ayrıca değerlendirmelidir⁵⁵. Çocuğun yararını dikkate alarak yaptığı değerlendirme neticesinde hâkim, çocuğun yararının korunması bakımından boşanmadan sonra velayetin ebeveynlerden birisi tarafından tek başına kullanılmasının gerekli olduğuna kanaat getirecek olursa, İsviçre Medeni Kanunu'nun 298. maddesine göre, velayetin ebeveynlerden birisi tarafından tek başına kullanılmasına karar verecektir⁵⁶. Görüldüğü üzere, İsviçre Medeni Kanunu'nun 298. maddesinde boşanma bakımından velayetin ebeveynlerden birisi tarafından tek başına kullanılması istisna olarak düzenlenmiştir⁵⁷.

⁵⁰ İsviçre Medeni Kanunu'nun 133. madde düzenlemesi hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 234.

⁵¹ **Öcal Apaydın, Bahar**, "İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi", Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, BAÜHFD, C. 11, S. 145-146, Y. 2016, s. 644; **Birinci Uzun, Tuba**, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", HÜHFD, C. 6, S. 1, Y. 2016, s. 138; s. 155; ayrıca bkz. **Erlüle**, s. 233.

⁵² **Büchler/Clausen**, FamKomm, Vorbem. zu Art. 298, N. 1; **Erlüle**, s. 233.

⁵³ **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, N. 91.

⁵⁴ **Büchler/Clausen**, FamKomm, Vorbem. zu Art. 298, N. 1.

⁵⁵ **Büchler/Clausen**, FamKomm, Vorbem. zu Art. 133/134, N. 3.

⁵⁶ **Erlüle**, s. 257 vd.

⁵⁷ İsviçre Medeni Kanunu gereğince velayetin istisnai olarak ebeveynlerden birisine tek başına bırakılmasına esas olabilecek olgular için bkz. **Erlüle**, s. 259 vd.

D. Türk Medeni Hukukunda Boşanmadan Sonra Velayetin Birlikte Kullanılmasının Mümkün Olup Olmadığı

Boşanma oranlarının ülkemizde de hızla artması ile beraber, velayete ilişkin uyumsuzluklar aile hukuku alanında çözüme kavuşturulmayı bekleyen en önemli sorunlar arasında yerini almış ve çocuğun sadece evlilik birliği süresince değil, boşanmadan sonra ve boşanma yargılaması sırasında da hukuken korunması gerektiği düşüncesi pek çok Avrupa ülkesinde olduğu gibi Ülkemizde de birlikte velayetin tartışılmasına neden olmuştur.

1. Türk Medeni Kanunu'nun Boşanmada Velayeti Düzenleyen Hükümlerine İlişkin Olarak Türk Hukuk Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler

Medeni Kanunu'muzda, boşanmadan sonra velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılmasına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi üzerine velayetin ebeveynler tarafından birlikte kullanılmasının karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, Medeni Kanunumuzun mevcut hükümleri çerçevesinde mümkün olup olmadığı, Türk Hukuk öğretisinde tartışılmaktadır.

Hukukumuz bakımından velayetin kullanılmasında üzerinde görüş birliği bulunmayan ve tartışılmakta olan husus, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi üzerine velayetin ebeveynler tarafından birlikte kullanılmasının Medeni Kanunumuzun mevcut hükümleri çerçevesinde mümkün olup olmadığıdır. Medeni Kanunumuzun yürürlükteki hükümleri kapsamında boşanmada birlikte velayete hükmedilip hükmedilemeyeceğine ilişkin olarak yürütülen tartışmanın odağında TMK m. 182/2 ile m. 336/3 hükümleri bulunmaktadır⁵⁸.

Hukukumuz bakımından ana babanın boşanması halinde müşterek çocuğun velayetinin ne şekilde kullanılacağı Türk Medeni Kanunu'nun altıncı ayırımında velayet ile ilgili hükümler kapsamında "Ana ve baba evli ise" kenar başlığını taşıyan 336. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun üç fıkradan oluşan 336. maddesine göre,

"II. Ana ve baba evli ise

Madde 336 - Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar.

Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir.

Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir".

Konumuz bakımından önem taşıyan ikinci düzenleme, TMK'nın 182. maddesidir.

Türk Medeni Kanunu'nun boşanmaya ilişkin ikinci bölümünde, "VIII. Çocuklar bakımından ana ve babanın hakları / 1. Hâkimin takdir yetkisi" kenar başlığı altında düzenlenmiş olan ve üç fıkradan oluşan 182. maddesine göre,

"VIII. Çocuklar bakımından ana ve babanın hakları

1. Hâkimin takdir yetkisi

Madde 182 - Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.

⁵⁸ Türk hukuk öğretisinde ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Ertüle, s. 271-283.

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

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

TMK m. 182’ye ilişkin olarak öğretilerde bir görüş, evlilik devam ederken kural olarak ana ve baba tarafından birlikte kullanılmakta olan velayetin boşanma sonucunda hâkim tarafından ana ya da babadan sadece birisine verilebileceğini, hukukumuz bakımından boşanma halinde velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir⁵⁹. Bu görüşü savunan yazarlara göre, hâkime çok geniş bir takdir yetkisi vermiş olan TMK m. 182 hükmü gereğince hâkim, çocuğun menfaatini dikkate alarak çocuğun velayetini ana ya da babadan birisine bırakabileceği gibi çocuğun menfaatinin gerektirmesi ve hem ana hem de baba yönünden velayetin kaldırılması sebeplerinden birisinin varlığı halinde, çocuğu ana ya da babadan birisinin velayeti altına bırakmak yerine vesayet altına da koyabilecektir. Ancak hâkim, TMK m. 182 düzenlenmesinden hareketle velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılmasına karar veremez⁶⁰.

Öğretilerde bir diğer görüş ise TMK m. 182/1 hükmünün ifadesine boşanmada velayetin mutlaka ana babadan birine ait olduğunu gösteren bir anlam yüklenemeyeceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, TMK m. 182/2 hükmünde yer alan “*velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesi hükmün, müşterek çocukların taraflardan yalnız birine bırakılması ihtimali dikkate alınarak düzenlenmiş olduğunu gösterir. Dolayısıyla hükümdede yer alan “*velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” şeklindeki tekil anlatım nedeniyle, boşanmada velayetin mutlaka ana babadan birine bırakılması gerektiği söylenemez⁶¹.

Kanaatimizce, boşanmanın çocuklar yönünden sonuçlarının düzenlendiği, “*VIII. Çocuklar bakımından ana ve babanın hakları / 1. Hâkimin takdir yetkisi*” kenar başlığını taşıyan TMK m. 182/2, velayet hakkının ana baba tarafından ne şekilde kullanılacağını başka bir deyişle velayette hak sahipliğini değil; velayet hakkının ana ya da babadan birisine bırakılması ihtimalinde, diğer ebeveynin çocukla kişisel ilişkisini ve ödeyecek olduğu iştirak nafakasını düzenleyen bir hükümdür. TMK m. 182’de doğrudan velayette hak sahipliği düzenlenmediği için tek başına TMK m. 182/2’nin ifadesinden hareketle, birlikte velayete imkân tanınıp tanınmadığına ilişkin bir yargıya varılamaz. Hukukumuz bakımından boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılmasının TMK’nın yürürlükteki hükümleri

⁵⁹ **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul 2019, N. 752; **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 623; **Hatemi, Hüseyin**, Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2019, § 10, N. 77, N. 98; **Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya**, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2013, s. 310; TMK m. 182’nin karşılığı olan eski MK m. 148 ile ilgili olarak aynı yönde bkz. **Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona**, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 248; **Tekinay**, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990, s. 272.

⁶⁰ Bu görüş hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 271-274.

⁶¹ **Koçhisarlıoğlu, Cengiz**, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004, s. 104; **Öztan, Bilge**, “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s. 253; **Serdar, İlknur**, “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2008, s. 174; aynı yönde; **Kurt, Leyla Müjde**, “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, İnÜHFD, C. 9, S. 2, Y. 2018, s. 166; **Apaydın, Eylem**, “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnÜHFD, C. 9, S. 1, Y. 2018, s. 460.

çerçevesinde mümkün olup olmadığının tespiti için TMK'nın velayet hakkının kullanılmasını düzenleyen 336. maddesinin değerlendirilmesi gerekir. Zira, TMK m. 182/2'de yer alan "velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş" ifadesi tek başına, velayetin mutlaka ana ya da babadan birisine verilmesi gerektiğinin söylenmesi için yeterli bir argüman oluşturmamaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun yürürlükteki hükümleri kapsamında boşanmada birlikte velayete hükmedilip hükmedilemeyeceğine ilişkin tartışmada değerlendirilmesi gereken bir diğer madde yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere, Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesidir.

Türk Medeni Kanunu'nun üç fıkradan oluşan 336. maddesinin ilk fıkrasında, evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanacakları açıkça ifade edilmiştir.

Türk Medeni Kanunu m. 336/2'de, "Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir" denilmiştir. Görüldüğü üzere birlikte yaşamaya ara verilmesi ve ayrılık halinde, velayet hakkının ne şekilde kullanılacağı hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkim, çocuğun yararını dikkate alarak, ortak hayata son verilmesi ve ayrılık halinde velayeti eşlerden birine bırakabileceği gibi, hükmün zıt anlamından hareketle, velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılmasına da karar verebilir.

Medeni Kanunu'muzun 336. maddesi bakımından öğretilerde tartışılmakta olan ve üzerinde görüş birliği bulunmayan hüküm TMK'nın 336. maddesinin 3. fıkrasıdır. TMK m. 336/3'te yer alan "*Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*" şeklindeki ifadenin emredici olup olmadığı, hükümde boşluk bulunup bulunmadığı hususunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmektedir⁶².

Türk hukuk öğretisinde baskın olan görüşe göre, boşanmadan sonra velayetin kullanılmasının düzenlendiği TMK m. 336/3 hükmü emredici niteliktedir. Baskın görüşe göre, boşanmadan sonra velayetin ana ya da babadan birine bırakılması gerekir, zira hükümde velayetin birlikte kullanılmasına imkân tanımamıştır⁶³.

Türk hukuk öğretisinde son dönemde ağırlıklı olarak savunulmakta olan bir diğer görüş ise TMK m. 336/3 hükmünün emredici olmadığını, dolayısıyla boşanmadan sonra velayetin ebeveynler tarafından birlikte kullanılmasına engel oluşturmadığını, velayetin kullanılmasını bakımından hâkimin takdir yetkisine sahip olduğunu, çocuğun yararının bulunması durumunda ana babanın velayeti birlikte kullanabileceklerini ileri sürmektedir⁶⁴. Farklı gerekçelere dayanmakla beraber, bu görüşü savunanların ortak noktasını, velayetin kullanılmasında çocuğun yararının gözetilmesi ilkesinin dikkate alınacak olması oluşturmaktadır.

Bilindiği üzere, velayet hakkının kullanılmasında temel amaç çocuğun yararının korunmasıdır. Velayet hakkı kullanılırken, çocuğun maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi, güvenliğinin sağlanması ve çocuğa bağımsız bir kişilik kazandırılması amaçlanmaktadır. Nitekim TMK'nın velayetin içeriğini genel olarak düzenleyen 339. maddesinde, "*Ana ve*

⁶² Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 275-283.

⁶³ **Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim**, Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 197; **Aküntürk/Ateş Karaman**, s. 310; **Tekinay**, s. 273; **Hatemi**, § 10, N. 98; **Kurt**, s. 172; ayrıca bkz. **Erlüle**, s. 276-277.

⁶⁴ **Öztaş, Bilge**, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 1090; **Koçhisarlıoğlu**, s. 37, 237; **Serdar**, s. 175 ve s. 180; **Erdem, Mehmet**, Aile Hukuku, Ankara 2018, s. 171-172; **Arkan Serim, Azra**, "Boşanma Halinde Ortak Velayet", LHD, C. 14, S. 167, Y. 2016, s. 6085; aynı yönde bkz. **Erlüle**, s. 286 vd.

baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar” denilmiştir. Ama sadece velayetin kullanılmasında değil, velayet hakkını kimin ya da kimlerin kullanacağıının belirlenmesi bakımından da çocuğun yararı ilkesi son derece önemlidir.

Nitekim modern velayet hukukunda çocuğun yararının en iyi şekilde, ana babanın tıpkı evlilik birliği içerisinde olduğu gibi boşanmadan sonra da çocuğun gelişim ve yetiştirilmesinden birlikte sorumlu olmaya devam etmeleri halinde korunacağı kabul edilmektedir.

Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, TMK m. 336/3 hükmünde yer alan “*Velâyet, (...) boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” ifadesinde yer alan taraf kelimesinin tekil olarak kullanılmasından hareketle, hukukumuz bakımından boşanmadan sonra velayetin mutlaka ebeveynlerden birine bırakılması gerektiği sonucuna tam bir kesinlikle ulaşılamaz. Zira yorum yoluyla ulaşılan anlam, hukuk düzeni ve bu kapsamda Anayasa’nın 90. maddesine göre iç hukukumuz haline gelmiş uluslararası sözleşmelerle de uyumlu olmalıdır. Nitekim çocuğun yararı ilkesi, çocuk haklarının uygulanmasında ve çocuklara ilişkin hukuk kurallarının yorumunda dikkate alınması gereken temel bir ilke olarak ulusal hukuklarda yerini almıştır. Çocukla ilgili tüm eylem ve işlemlerde ve çocuğa ilişkin kararlarda gözetilmesi gereken çocuğun yararı ilkesi çocukla ilgili diğer düzenlemelerde olduğu gibi, TMK m. 336 düzenlemesinde de gözetilmiştir. Bu nedenle TMK’nın 336. maddesinin yorumunun da çocuğun yararı ilkesinden hareketle yapılması gerekir⁶⁵.

Çocuk haklarının Magna Carta’sı olarak kabul edilen BM ÇHS’nin 18/1. maddesinde, “*Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilelere düşer. Bu kişiler herşeyden önce çocuğun yüksek yararını gözönünde tutarak hareket ederler*” denilmiştir.

Kanun koyucunun BM ÇHS’nin m. 18/1. gereğince, çocuğun yararını gözetecek olması karşısında, TMK m. 336/3 hükmünün emredici olduğu söylenemeyeceği gibi; hükmün *ratio legis*’i dikkate alındığında, hükmün düzenleniş amacının hâkimin takdir yetkisini sadece velayetin ana ya da babadan birine bırakılması ile sınırlandırmak olmadığı, hâkimin takdir yetkisinin sınırının çocuğun yararı olduğu kabul edilmek gerekir.

Kanaatimizce, Medeni Kanunumuzun 336. maddesinin ilk ve ikinci fıkralarında, çocuğun yararının velayetin birlikte kullanılması durumunda gerçekleşeceğini kabul eden kanun koyucu, aynı maddenin 3. fıkrasında çocuğun yararının velayetin kural olarak ana baba tarafından tek başına kullanılması halinde gerçekleşeceğini kabul etmiştir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, BM ÇHS’nin 18/1. maddesinde, çocuğun yararının ana ve babanın çocuğun yetiştirilmesi ve gelişmesinde birlikte sorumluluk taşımaları halinde gerçekleşeceği açıkça ifade edilmiştir. TMK m. 336/3 hükmünün lafzi yorumundan bu sonuca ulaşılması mümkün değildir. Medeni Kanunumuzda somut olaya ilişkin bir hüküm mevcuttur. Fakat hükmün amacı (*ratio legis*) ele alındığında, somut olaya uygulanması uygun değildir. Hükmün lafzı geniş tutulmuş, somut olaya ilişkin istisnai durum dikkate alınmamıştır.

Kanaatimizce, TMK 336/3 hükmünde örtülü bir boşluk mevcuttur. Örtülü boşluğun söz konusu olduğu hallerde, hâkim hükmü daraltıcı yoruma tabi tutsa dahi, hükmün bu haliyle, istisnai nitelikteki somut olaya uygulanması kanunun amacına aykırı düşmektedir. Örtülü boşlukların doldurulmasının başlıca yolu, amaca uygun sınırlama (teleolojik redük-

⁶⁵ Öztan, Birlikte Velayet, s. 254; Koçhisarhoğlu, s. 39, s. 154; Serdar, s. 181-184.

siyon) yöntemidir. Hâkim TMK m. 336/3 hükmünde mevcut olan örtülü boşluğu teleolojik reduksiyon yönteminden yararlanarak, çocuğun yararı doğrultusunda amaca uygun olarak sınırlayabilir⁶⁶. TMK m. 336/3 hükmünde mevcut olan örtülü boşluğu çocuğun yararı doğrultusunda amaca göre sınırlandıracak olan hakim, tarafların velayetin birlikte kullanılması konusunda TMK m. 166/3 çerçevesinde anlaşmaları ve velayetin birlikte kullanılmasının çocuğun yararına uygun olması halinde, velayetin birlikte kullanılmasına karar verebilmelidir.

Taraflar, TMK m. 166/3 kapsamında hazırlamış oldukları protokol çerçevesinde, boşanmanın yanı sıra velayetin birlikte kullanılması hususunda anlaşacak olurlarsa, boşanma protokolünde velayeti birlikte kullanılacak olan çocuğun ebeveynlerden hangisi ile birlikte kalacağını, çocuğun diğer ebeveyn ile olan kişisel ilişkisini ve çocuğa ödenecek olan iştirak nafakasını da düzenlemeleri gerekir⁶⁷.

2. 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. Maddesinin Türk Medeni Kanunu'nun Velayete İlişkin Hükümleri Üzerindeki Etkisi

Türk Medeni Kanunu'nun yürürlükteki hükümlerinin boşanmada birlikte velayete imkân verip vermediği hususunda öğretilerde yukarıda aktardığımız tartışma yaşanırken, uygulamada Yargıtay, boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılıp kullanılmayacağı meselesini, boşandıktan sonra velayetin birlikte kullanılmasına izin veren ülkelerin birlikte velayete ilişkin mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından incelemekte ve 2017 yılına kadar vermiş olduğu kararlarda velayetin kamu düzenine ilişkin olduğu ve TMK'nın velayete ilişkin hükümlerinin emredici olduğu gerekçesiyle birlikte velayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin talepleri reddetmekteydi⁶⁸. Ancak Türkiye'nin 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol'ü⁶⁹ 6684 sayılı Kanun'la uygun bulması⁷⁰ ve Protokol'ün 9. maddesi gereğince 1 Ağustos 2016'da yürürlüğe girmesiyle birlikte, Yargıtay Protokolün 5. maddesine dayanarak birlikte velayet uygulamasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına karar vermiştir⁷¹. Hemen belirtelim ki 11 No'lu Protokol İle Değişik İnsan Hak-

⁶⁶ Öztan, Birlikte Velayet, s. 260; Serozan, Rona, Medeni Hukuk (Genel Bölüm-Kişiler Hukuku), 8. Bası, İstanbul 2018, I § 5, N. 41h; Nomer, Halûk Nami/Akbulut, Pakize Ezgi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2018, N. 179.

⁶⁷ Erlüle, s. 325.

⁶⁸ Yarg. 2. HD'nin 20.03.2003 tarihli, E. 2003/2818, K. 2003/3889 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁶⁹ 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol, 22 Kasım 1984 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Kasım 1985 tarihinde imzalanmıştır. Ek 7 No'lu Protokol Türkiye tarafından 10 Mart 2016 tarihinde 6684 sayılı Kanun'la uygun bulunarak onaylanmıştır. Uygun bulma kanunu 25 Mart 2016 tarihli ve 29664 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış, ancak Protokol 9. madde gereği 1 Ağustos 2016'da yürürlüğe girmiştir.

⁷⁰ Uygun bulma kanununun tam adı, "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun"dur.

⁷¹ Yargıtay'ın içtihat değişikliğine gittiği; Yarg. 2. HD'nin 20.02.2017 tarihli, E. 2016/15771, K. 2017/1737 sayılı kararına konu olan davada, taraflar İngiliz vatandaşı olup, davacı baba evlilik dışı doğan çocuğunun velayetinin ortak (birlikte) düzenlenmesini talep etmiş; Yargıtay, birlikte velayet uygulamasının "Türk Kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına" karar vererek; ilk derece mahkemesinin birlikte velayeti reddeden kararını, Ek 7 nolu Protokolün 5. maddesine dayanarak bozmuştur. Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

larını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesinde:

“Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir”. denilmiştir.

Yargıtay’ın yerleşik içtihadını değiştirerek, birlikte velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına karar vermesi üzerine, 11 No’lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesinin iç hukukumuz etkisine ilişkin öğretide farklı görüşler ileri sürülmüş ve hukukumuz bakımından boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılmasının mümkün olup olmadığı tartışması yeni bir boyut kazanmıştır⁷².

Öğretide ileri sürülen görüşlerden, 6684 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi ile birlikte hukukumuz bakımından ortak velayeti engelleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerinin örtülü olarak ortadan kalktığı, Türkiye’nin 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol’ü uygulamasından sonra Protokol’ün 5. maddesi hükmüne göre, evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velayetin asıl olup velayetin eşlerden birine verilmesinin ise istisna olduğu yönündeki görüş⁷³ kendisine yargı kararlarında da yer bulduğu için son derece önemlidir. Zira uygulamada bir süre sonra Bölge Adliye Mahkemeleri de Ek 7 No’lu Protokol’ün 6684 sayılı Kanun ile yürürlüğe girmesiyle Anayasa m. 90/son gereği birlikte velayeti engelleyen TMK hükümlerinin örtülü olarak yürürlükten kalktığı gerekçesiyle birlikte velayete hükmedilmesi gerektiği yönünde kararlar vermişlerdir⁷⁴.

Görüldüğü üzere, hukukumuz bakımından boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılmasının Medeni Kanunu’muzun yürürlükteki hükümleri bakımından mümkün olup olmadığı yanı sıra, Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesinin Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmü karşısında iç hukukumuz etkisinin ne olduğu sorusunun yanıtlanması son derece önemlidir. Bunun için de öncelikle 2004 Anayasa değişikliği ile Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenen “*“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”*” cümlesinin iç hukukumuz bakımından ne anlama geldiğinin tespit edilmesi gerekir. Belirtelim ki esasen Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenen bu cümle uluslararası antlaşmaların ulusal hukuk düzenindeki yerine ilişkin tartışmaları sona erdireceği düşünülmüş ise de söz konusu cümle bu alanda yaşanan tartışmaların daha da şiddetlenmesine neden olmuştur⁷⁵.

2004 yılında Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenen “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*” ifadesi, Türk anayasa hukuku öğretisinde genellikle, ka-

⁷² Türk hukuk öğretisinde ileri sürülen bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **Erlüle**, s. 300-306.

⁷³ **Gençcan**, s. 26.

⁷⁴ Bölge Adliye Mahkemelerinin birlikte (ortak) velayete ilişkin yayımlanmamış bazı kararları için bkz. **Apaydın**, s. 463-465.

⁷⁵ Bu tartışmalar hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 309-319.

nunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında bir üstünlük⁷⁶ ilişkisi yaratıldığı şeklinde yorumlanmış ve öğretide kanunların temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların altında yer aldığı görüşü benimsenmiştir⁷⁷. Bu görüşü benimseyenler, Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen cümle ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara, kanunlar karşısında hiyerarşik bir üstünlük tanıdığını savunmaktadır⁷⁸. Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen cümle ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara kanunlar karşısında hiyerarşik bir üstünlük tanıdığını ileri süren bu görüşten hareketle, Anayasa Mahkemesi 2013/2187 numaralı bireysel başvuru kararında⁷⁹ “*lex superior derogat legi inferiori* çatışma kuralı” “Üst kanun alt kanunları ilga eder” kuralı çerçevesinde, alt normun üst norm tarafından ilga edildiği (yürürlükten kaldırıldığı) sonucuna ulaşmıştır⁸⁰.

Öğretide bir başka görüş ise Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen cümlelenin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalarla kanunlar arasında hiyerarşi yaratmadığını, bunun yerine özel bir çatışma kuralının söz konusu olduğunu ileri sürmektedir⁸¹. Bu görüşü savunan yazarlardan Ergül'e göre, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenen cümle nedeniyle bir taraftan temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların kanunların üstünde olduğunu (hiyerarşi) belirtmesi, diğer taraftan aslında bir hiyerarşiden çok uygulanma önceliğinden (öncelik tanıma) bahsetmesi çelişkilidir⁸². Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi'nin “kanunla milletlerarası antlaşmanın çatışmasından” ve böyle bir durumda “kanunun göz ardı edilmesinden” bahsetmesi de “hiyerarşi” ve “öncelik tanıma” kavramlarıyla çelişmektedir.

Yine Anayasa Mahkemesi kararında milletlerarası antlaşma ile kanun çatıştığı takdirde, kanunun göz ardı edilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Kanunun göz ardı edilmesinin anayasa hukukundaki teknik adının, “ihmal” ya da “ihmal yaptırımı” olduğunu belirten Ergül, Anayasa Mahkemesi'nin bir kanun ile milletlerarası antlaşma çatıştığı takdirde, kanunun ihmal edilerek doğrudan milletlerarası antlaşmanın uygulanması gerektiği yönündeki görüşüne katılmakla birlikte; Ergül'ün dayandığı gerekçe Anayasa Mahkemesi'nden ayrılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, kanunun ihmal edilmesi gerektiği sonucuna, iki norm arasında hiyerarşik bir ilişki bulunduğu iddiası ile ulaşırken; Ergül ise aynı sonuca eşdeğerde iki norm (temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma ile kanun) arasındaki çatışmaya Anayasa m. 90'da öngörülen “özel çatışma kuralının” uygulanması ile ulaşmaktadır. Yazara göre, ihmal yaptırımı ile kastedilen, iki normdan birisine öncelik tanımak değil; çatışan iki normdan birisini esas almaktır⁸³.

⁷⁶ Öğretide farklı anlamlara karşılık gelen üstünlük ifadesinin, “uluslararası antlaşma-kanun” ilişkisi söz konusu olduğunda genellikle hiyerarşik üstünlük anlamında kullanıldığı ifade edilmektedir. Bkz. **Ergül, Ozan**, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Antlaşmalar Kanun Hükmündedir”, Yıldırım Uler'e Armağan, Lefkoşa 2014, s. 73.

⁷⁷ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. **Ergül**, s. 72 altında yapılan açıklamalara.

⁷⁸ Bkz., **Bilir, Faruk**, Anayasa'nın 90. Maddesinde yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S. 1, Yıl 2005, s. 79 vd.

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 2013/2187 sayılı kararı için bkz. RG 07.01.2013 tarih ve sayı 28875.

⁸⁰ **Ergül**, s. 74-75.

⁸¹ **Aybay, Rona**, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, TBB, S. 70, Y. 2007, s. 211. **Ergül**, s.74 ve s. 81-82.

⁸² **Ergül**, s. 79.

⁸³ **Ergül**, s. 80.

Kanaatimizce de 2004 yılında Anayasa'mızın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenen "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." cümlesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalarla kanunlar arasında hiyerarşi yaratmayı, "özel bir norm çatışma kuralı" dır.

Bu durumda, 11 No'lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokolün 5. Maddesi ile Medeni Kanunumuzun m. 336/3 hükmü arasında "özel bir norm çatışma kuralı"nın uygulanmasını gerektirecek bir durumun söz konusu olup olmadığına ortaya konulması gerekir.

Her şeyden önce belirtelim ki, 11 No'lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesinin Medeni Kanunumuzun m. 336/3 hükmü ile çatıştığını söyleyebilmemiz için Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesinde, kapsamına velayet hakkının da dahil olduğunun kabul edildiği, AİHS m. 8'de düzenlenmiş olan aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin bir ifadeye yer verilmiş olması gerekir. Oysa 11 No'lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesinde, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiş, Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesi hükmünde AİHS'nin 14. maddesinde düzenlenmiş olan ayrımcılık yasağının türlerinden birisi olan cinsiyet ayrımcılığı yasaklanmıştır.

Bu durumda Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesinin Medeni Kanunumuzun m. 336/3 hükmü ile çatıştığını söyleyebilmemiz için Medeni Kanunu'muzun 336. maddesinin 3. fıkrasında cinsiyete dayalı ayrımcılığa neden olan bir ifadenin bulunması gerekir. Medeni Kanunu'muzun, çocuğun velayetinin, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalan tarafa, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağı şeklindeki m. 336/3 hükmünde, kadın ve erkek cinsleri arasında herhangi bir farklılık gözetilmemekte, çocuğun velayetinin, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalan tarafa, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağı ifadesi ile ana ya da babadan birisi, doğrudan cinsiyeti ya da cinsiyetine özgü nitelikleri nedeniyle diğerine üstün tutulmamaktadır. Bu nedenle, TMK m. 336/3 hükmü ile Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesine arasında, 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenmiş olan özel çatışma kuralına dayanan bir çatışma bulunduğundan söz edilemez⁸⁴.

Nitekim Cernecki-Avusturya davasında⁸⁵ AİHM, boşanma ve ayrılık durumunda, eşler birlikte talepte bulunsalar bile, çocukların velayetinin ana babadan birine tek başına verilmesini zorunlu kılan eski Avusturya eski Medeni Kanunu'nun 177. paragrafının 11 No'lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin ihlali anlamına gelmediğine, kanun koyucunun boşanma sonrasında birlikte velayeti engelleyen kararının devlet için bırakılan takdir alanının kapsamında bulunduğuna karar vererek, Avusturya Medeni Kanunu'nun 177. paragrafının Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla açılan davayı reddetmiştir⁸⁶. AİHM, Avusturya Medeni Kanunu'nda birlikte velayetin düzenlenmemiş olmasını, kendisine velayet hakkı bırakılmayan ebeveynin çocukla kişisel ilişki kurma ve bilgi alma hakkı ile güvence altına alındığından bahisle, sözleşme devletine bırakılan takdir alanına girdiğine

⁸⁴ Erlüle, s. 314 vd.

⁸⁵ <http://echr.ketse.com/doc/31061.96-en-20000711/>

⁸⁶ Apaydın, s. 467.

karar vermiştir⁸⁷. Öğretide ifade edildiği üzere, Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesi, velayet hakkı kendisine bırakılmayan ebeveyn ile çocuk arasında kurulacak kişisel ilişkide eşlerin eşit haklar ve sorumluluklara sahip olmasına imkan sağlayacak yasal bir düzenlemenin yapılması hususunda devlete pozitif bir yükümlülük getirmektedir⁸⁸.

Hemen belirtelim ki TMK’nın 336. maddesinin 3. fıkrası ile Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesi arasında bir çatışmadan söz edilmiş olsaydı bile öğretide katıldığımız görüşe göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan milletlerarası antlaşma ile kanun arasındaki çatışmada milletlerarası antlaşma uygulanarak, kanunun ihmal edilmesi gerekirdi⁸⁹. İhmal yaptırımı ile kastedilen ise yukarıda açıklamış olduğumuz üzere, iki normdan birine öncelik tanınması değil; çatışan iki normdan bir tanesinin esas alınmasıdır.

Öğretide belirtildiği üzere, usulüne göre yürürlüğe konulmuş tüm antlaşmalar normlar hiyerarşisinde kanunla aynı statüdedir. Bu kural temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar bakımından da geçerli olup; uluslararası bir antlaşmanın hiyerarşik olarak kanunun üstünde olduğunu kabul etmek mümkün değildir⁹⁰. Zira hiyerarşinin varlığı kabul edilecek olursa, gündeme “lex superior derogat legi inferiori” kuralı gelecektir. Bu çatışma kuralı öğretide “üst kanun alt kanunu ilga eder” şeklinde Türkçeleştirilmekte; ilga ifadesi, yürürlükten kaldırma anlamına geldiği için amacı aşan bir sonuca ulaşılmaktadır⁹¹.

Oysa yukarıda açıklamış olduğumuz üzere, TMK m. 336/3 hükmü ile Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesi arasında Anayasa değişikliği Anayasa’nın 90. maddesine 2004 yılında eklenmiş olan özel çatışma kuralına dayanan bir çatışma bulunmamaktadır. 2004 yılında Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenmiş olan cümlenin getirdiği özel çatışma kuralı nedeniyle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma ile kanun arasında bir çatışma söz konusu olsaydı bile, kanunun ihmal edilerek uluslararası antlaşmanın uygulanması gerekirdi. Ancak kanunun uygulanma kabiliyetini kaybetmiş olması, onun yürürlükte olmadığı başka bir deyişle mülga olduğu anlamına gelmemektedir.

Bu nedenle öğretide bazı yazarların⁹² ve Bölge Adliye Mahkemelerinin uluslararası antlaşma konumundaki Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesinin Medeni Kanunumuzun 336. maddesinin 3. fıkrasını örtülü olarak yürürlükten kaldırdığını ifade etmeleri yerinde değildir.

Sonuç

Günümüzde, bir yandan velayet savaşlarının ortadan kaldırılması amacına hizmet edeceği öte yandan çocuğun gelişimi açısından sadece anneye değil aynı şekilde babaya da ihtiyaç duyduğunun bilimsel olarak kanıtlanmış olması nedeniyle, hemen hemen bütün yabancı hukuk düzenlerinde çocuğun anne ve babası ile arasındaki mevcut ilişkinin korunması ve sürdürülebilmesinin önemine ve çocuğun yararının korunması ilkesine vurgu yapılmak suretiyle boşanmadan sonra evlilikte olduğu gibi velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılması önerilmektedir.

Nitekim yabancı ülkelerde AİHM kararlarının ve Anayasa Mahkemesi kararlarının etkisiyle, ana babanın medeni durumundan hareketle çocuğun velayetinin tespit edilmesine

⁸⁷ **Dönmez, Ünsal/Barın, Taylan**, “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, TAAD, Y. 9, S. 35, Temmuz 2018, s. 203.

⁸⁸ **Apaydın**, s. 467.

⁸⁹ **Aybay**, s. 211; **Ergül**, s.74-75; s. 80.

⁹⁰ **Ergül**, s. 85.

⁹¹ **Ergül**, s. 80.

⁹² **Gençcan**, s. 26.

ilişkin anlayış terk edilmiş; evlilik içi evlilik dışı ve boşanmış ailelerin çocukları bakımından eşitlik sağlanmış ve ayrımcılığa son verilmiştir. Bu kapsamda Avusturya'da 1 Şubat 2013 tarihinde Almanya'da ise 19 Mayıs 2013'te yürürlüğe giren değişiklikler ile her iki ülkenin velayet hukukuna ilişkin hükümleri revize edilmiştir. En son İsviçre'de 1 Temmuz 2014 tarihinde gerçekleşen revizyon neticesinde birlikte velayet İsviçre hukuku bakımından kural haline gelmiştir.

Hukukumuz bakımından Medeni Kanunun yürürlükteki hükümleri ile ilgili olarak yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde ifade etmiş olduğumuz üzere, TMK'nın 336. maddesinin ilk iki fıkrasında çocuğun yararının velayetin birlikte kullanılması ile gerçekleştirileceğini kabul eden kanun koyucu, aynı maddenin 3. fıkrasında çocuğun yararının kural olarak, ana ve babadan biri tarafından tek başına kullanılması halinde gerçekleştirileceğini, boşanmadan sonra eşler arasındaki anlaşmazlıkların devam edeceği ve boşanma sonrası velayet hakkının birlikte kullanılmasının fiilen mümkün olamayacağı düşüncesinden hareketle benimsemiştir. Ancak velayet hukuku alanında yaşanan gelişmeler karşısında bu argümanlar eski önemini kaybetmiş, TMK m. 336/3 hükmü günümüz ihtiyaçlarına cevap vermekten uzak bir düzenleme haline gelmiştir. Medeni Kanunumuzda somut olaya ilişkin bir hüküm mevcuttur. Fakat hükmün amacı (*ratio legis*) ele alındığında, somut olaya uygulanması uygun değildir. Hükmün lafzı geniş tutulmuş, somut olaya ilişkin istisnai durum dikkate alınmamıştır. Savunmuş olduğumuz görüşe göre, TMK m. 336/3 hükmünde örtülü bir boşluk mevcuttur, hâkim Medeni Kanunumuzun 336. maddesinin 3. fıkrasında mevcut olan bu örtülü boşluğu, örtülü boşlukların doldurulmasının başlıca yolu olan amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) yönteminden yararlanarak doldurabilirse de, hiç şüphesiz en uygun çözüm kanun koyucunun İsviçre hukuku ve diğer yabancı hukuklarda olduğu gibi velayet hukuku alanında yaşanan değişim ve gelişmeleri dikkate alan bir revizyona gitmesi olacaktır.

Uluslararası sözleşme kuralları, sadece anayasal kuralların yorumunda değil, aynı zamanda iç hukuk kurallarının yorumunda, özellikle de ulusal mevzuatta yer alan çocuğun yararı kavramı gibi, soyut kavramların somutlaştırılmasında önemli bir rol oynarlar. Bu nedenle TMK m. 366/3 hükmünde mevcut olan örtülü boşluğu kanun hükmünün amacı olan çocuğun yararını dikkate alarak dolduracak olan hâkimin, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğun dinlenmesine ilişkin 12. maddesinin yanı sıra velayetin çocuğun yararı doğrultusunda birlikte kullanılması bakımından önem taşıyan diğer hükümleri olan m. 3, m. 7, m. 9 ve özellikle 18/1 hükümlerini dikkate alması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2013.

Apaydın, Eylem, "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği", İnÜHFD, C. 9, S. 1, Y. 2018, s. 445 vd.

Arkan Serim, Azra, "Boşanma Halinde Ortak Velayet", LHD, C. 14, S. 167, Y. 2016, s. 6075.

Aybay, Rona, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", TBBD, S. 70, Y. 2007, s. 187 vd.

Birinci Uzun, Tuba, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", HÜHFD, C. 6, S. 1, Y. 2016, s. 135 vd.

Büchler, Andrea/Clausen, Sandro, FamKommentar Scheidung, Band I: ZGB (Hrsg.: **Schwenzer,Ingeborg/Fankhauser, Roland**), 3. Aufl., Bern 2017.

Cantieni, Linus, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, Eine empirische Untersuchung, Diss., Bern 2007.

Dethloff, Nina, Familienrecht, 31. Aufl., München 2015.

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

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul 2019.

Erdem, Mehmet, Aile Hukuku, Ankara 2018.

Ergül, Ozan, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükümdedir”, Yıldırım Uler’e Armağan, Lefkoşa 2014, s.65 vd.

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

Gençcan, Ömer Uğur, “Ortak Velayet”, İzmir Barosu Bülten, Y. 27, 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Mart 2017, s.24 vd.

Hatemi, Hüseyin, Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2019.

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona, Aile Hukuku, İstanbul 1993.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara 2015.

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

Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1986.

Kurt, Leyla Müjde, “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, İnÜHFD, C. 9, S. 2, Y. 2018, s. 157 vd.

Kuzucu, Yaşar, “Değişen Babalık Rolü ve Çocuk Gelişimine Etkisi”, TPDRD, C. 4, S. 35, Y. 2011, s. 79 vd.

Matthiessen, Stephanie, Gemeinsame Elterliche Sorge in scheidungssoziologischer Perspektive, Diss.,Hamburg 2004.

Muscheler, Karlheinz, Familienrecht, 4. Aufl., München 2017.

Nomer, Halûk Nami/Akbulut, Pakize Ezgi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2018.

Öcal Apaydın, Bahar, “İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, BAÜHFD, C. 11, S. 145-146, Y. 2016, s. 631 vd.

Öztan, Bilge, “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006.

Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.

Serdar, İlknur, “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2008, s. 155 vd.

Serozan, Rona, Medeni Hukuk (Genel Bölüm-Kişiler Hukuku),8. Bası, İstanbul 2018.

Tathoğlu, Kasım/Demirel, Nuri, “Sosyal Bir Gerçeklik Olarak Boşanma Olgusu: Sosyal Psikolojik Bir Değerlendirme”, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y. 4, S. 22, Mart 2016, s. 59 vd.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990.

Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Jungo, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015.

Usta, Sevgi, Velayet Hukuku, İstanbul 2016.

Wolf, Stephan/Schmuki, Deborah, “Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern in der Schweiz, Deutschland und Österreich”, Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014.