

ORTAK HAYATA SON VERİLMESİ SONRASI ORTAK VELÂYET HUSUSUNDA YASAL DÜZENLEME GEREĞİ*

THE NECESSITY OF A LEGISLATIVE REGULATION ON THE JOINT CUSTODY AFTER THE DISSOLUTION OF MARITAL UNION

DOI: 10.21492/inuhfd.425434

Eylem APAYDIN**

Özet

Türk hukukunda, boşanma sonrası, anne babanın velayet hakkını birlikte kullanmasının mümkün olup olmadığı son yıllarda yoğun olarak tartışılmıştır.

Doktrinde baskın görüşe göre konuyu düzenleyen Türk Medeni Kanun hükümleri boşanma sonrasında, eşlerden yalnızca birinin velâyet hakkına sahip olacağını öngörmüştür. Yargıtay yerleşmiş istikrarlı kararları ile ortak velayetin Türk hukukunda mümkün olmadığına ve hatta ortak velayetin kamu düzene aykırı olduğuna hükmetmiştir. Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2016/15771E. 2017/1737K. sayılı kararında ortak velâyet düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığı ve Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal etmediği yönünde karar vermiştir. Bu karardan sonra Türk mahkemeleri boşanma sonrasında eşlerin velayeti birlikte kullanabileceklerine dair kararlar vermiştir.

Bu çalışmada, Türk Medeni Kanununun ortak hayata son verilmesi sonrası ortak velâyet kavramına yaklaşımı, öğretilerdeki ve yargı kararlarındaki bakış dikkate alınarak değerlendirilecektir. Bu noktada, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar, uluslararası kuruluşların ve mahkemelerin kararları da göz önünde tutulacaktır. Son olarak, ortak hayata son verilmesi sonrası ortak velâyetin bir kurum olarak kanunla düzenlemesi gerektiği görüşünün savunulmasını takiben bu kanunda yer verilmesi gereken ilkelere değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Boşanma, ortak velayet, kanun boşluğu.

Abstract

In Turkish law, it has been intensively discussed recently whether it is possible that mother and father can use the right of custody jointly after divorce.

According to the dominant approach, the provisions of the Turkish Civil Code regulating the matter require that only one of the spouses would have the right of custody after divorce. The Court of Cassation consistently used to decide that joint custody was not possible in Turkish law and even joint custody was against the public order. However, by the 2016/15771E. 2017/1737K. numbered decision, Court of Cassation has decided that

* Bu makele 4. ASOS Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda sunulan bildirinin, değiştirilmiş, genişletilmiş makale formuna getirilmiş halidir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.
(E-mail eyapaydin@yahoo.com)

Makale Gönderilme Tarihi: 21.05.2018

Makale Kabul Tarihi: 21.06.2018

joint custody is not clearly against the Turkish public order and does not breach the fundamental structure and fundamental interests of the Turkish society. After this decision, the Turkish Courts has started to render judgements that spouses can use the right of custody jointly after divorce.

In this study, the approach of the Turkish Civil Code to the notion of joint custody after the dissolution of marital union will be evaluated with reference to the legal literature and court decisions. At this point, the international treaties that Turkey signed and the decisions of international organizations and court will also be considered. Finally, following the establishment of the argument that joint custody after the dissolution of marital union should be regulated as a legal institution by a Statutory Act, the principles, which should be included in this Act, will be presented.

Keywords: Divorce, joint custody, lacuna in law.

I. GİRİŞ

Türk Medeni Kanununda velayetin tanımı yapılmamıştır. Ancak velâyetin kapsamı başlığını taşıyan 339. maddenin ilk fıkrasında yer alan ifadeden “ana ve babanın, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda, onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları almasına ve uygulamasına” imkân veren hak ve yetkidir şeklinde, kaynağını yasadan alan bir tanım çıkarılabilir.

Benzer şekilde doktrinde velâyet, küçükler veya istisnâî olarak haklarında kısıtlılık kararı alınmış ergin çocuklar hakkında gerekli kararları almaları için kanun koyucunun ana babaya tanıdığı bir yükümlülük ve yetkidir şeklinde tanımlanmıştır¹. “Velayet hakkı, çocukların bakımının ve eğitiminin sağlanması amacıyla, onların kişilikleri ve malları üzerinde ana babanın sahip olduğu görev, hak ve yetkilerin bütünüdür².”

Başlangıçta ilke olarak konulmalıdır ki; velayet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır, sağlararası bir hukuki işlemle başkalarına devredilemez; ölüm halinde de mirasçılara geçmez. Velayet hakkından feragat edilemez ve bu hak, bir hukuki işlemle sınırlandırılmaz³. Velayet bir bütündür. “Velayetin bütüncüllüğü ilkesi gereği, velayet kademeli (belli bir yaşa kadar bir eşe belli bir yaştan sonra diğerine) verilemez, parçalı verilemez (yıl içinde süre paylaşımlı), koşullu verilemez ve ana babadan başkasına verilemez⁴.”

¹ ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku (Aile), 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.1074.

² DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III (Aile Hukuku), 13. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s.351.

³ AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Aile Hukuku (2017), 20. Bası, Beta, İstanbul 2017, s.406-407.

⁴ GENÇCAN, Ömer Uğur: Velayet Hukuku (Velayet), Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s.101-102.

Ortak velayetten kasıt, anne ve babanın, bir bütün halindeki velayeti, eş zamanlı olarak aynı anda beraberce ve eşit olarak kullanmalarındır, tıpkı evlilik birliği devam ederken yaptıkları gibi. Velayetin ortak kullanılması, ana ve babanın, çocuğun bakım, eğitim ve öğretimini birlikte yönetecekleri anlamına gelmektedir⁵. Bu kurum için ortak velayet ile beraber müşterek velayet ve birlikte velayet terimlerinin kullanıldığı görülür.

Türk hukukunda, boşanma sonrası, anne babanın velayet hakkını birlikte kullanmasının mümkün olup olmadığı son yıllarda yoğun olarak tartışılmış bir konudur. Usta'ya göre, ortak velayet kavramı, özellikle kadının toplumsal yaşama katılmasının aile yapısındaki yarattığı değişikliklerin bir sonucu olarak, velayetin anneye ait olduğu karinesinin tartışılması ile ortaya çıkmış bir kavramdır⁶.

Konuyu tartışmada ilk ciddi adım, Koçhisarlıoğlu'nun 2004 yılında yayımlanan *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması* adlı monografisidir⁷. Yazar, konuyu etraflıca inceledikten sonra sonuç kısmında kırk iki paragraf ile boşanma kararı sonrası ortak velayetin kabul edilmesinin gerekliliğini açıkça ortaya koymaktadır⁸.

Biz bu çalışmada, boşanması sonrası ortak velayetin, her açıdan özellikle de çocuğun menfaati gereği olması sebebiyle, boşanma sonrası anne veya babanın tek başına kullandığı velayete nazaran tercih edilir olduğunu⁹ ve bu yüzden Türk hukukunda kabul edilmesi gerekliliğini tartışmayacağız. Neredeyse üzerinde ittifak edildiği üzere bu çok açıktır¹⁰.

⁵ SERDAR, İlknur: "Birlikte Velayet", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 1, İzmir 2008, s. 155-197. s.162.

⁶ USTA, Sevgi: *Velayet Hukuku*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016. s.118. Bu karine Roma Hukukuna dayanmaktadır.

⁷ KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

⁸ KOÇHİSARLIOĞLU, s.237-244.

⁹ Bu tartışma için ayrıca bakınız ŞEN, Bülent/AYBAY, Erdem: "Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu" İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s.589-615 <https://jurix.com.tr/article/5562/5/22>.

¹⁰ Kiremitçi'nin araştırmasına göre "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. Ortak velayet, çağdaş anne ve babaların gerçek psikolojik ve sosyal ihtiyaçlarını karşılayarak iş ve aile arasında bir denge oluşturmak ve evlilik deneyimlerinden farklı bir düzeyde babaların çocuk yetiştirmeye katılım sağlamalarına izin vermek babalar için sevindirici olabilir." KİREMİTÇİ, Müge: *Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal*

Biz de bu gerekliliğe samimiyetle katılmaktayız. Ancak Türk hukukunda mevcut hükümlerin ve yargı kararlarının ortak velayet hakkında sahih bir karar vermek için yeterli olmadığı, boşanma sonrası ortak velayetin Türk Medeni Kanununda bir kurum olarak düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüşlerimizi açıklayacağız.

Türk hukukunda, Türk Medeni Kanunu (TMK) m.336/1 gereği, evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar. Bu hükmü izleyen m.336/2’de; “Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir.” ile m.336/3’te “Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.” hükümleri yer almaktadır. Bu hükümler, m.182/2’de yer alan “Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur.” hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, doktrinde birtakım aykırı görüşlere karşın, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, genel kanaat, Türk hukukunda, boşanma sonrasında, eşlerden yalnızca birinin velâyet hakkına sahip olacağının öngörülmüş olduğudur¹¹.

Bu görüş, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin bu husustaki görüş değişikliğine kadar yargı kararlarına da egemen olmuştur. Yargıtay yerleşmiş istikrarlı kararları ile ortak velayetin Türk hukukunda mümkün olmadığına ve hatta ortak velayetin kamu düzene aykırı olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 20.02.2017 tarihli 2016/15771E. 2017/1737 K. sayılı kararında her iki tarafı da İngiliz vatandaşı olan davada baba, evlilik dışı doğan ortak çocuğun velâyetinin anne ve babaya verilmek suretiyle, velâyetin ortak düzenlenmesini istemiştir. Yargıtay, söz konusu olayı, ortak velâyetin Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı hususuna odaklanarak incelemiş ve ortak velâyet düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine açıkça aykırı

Bakış Açısı, Legal, İstanbul 2015, s.22. Daha fazla ve aksi görüşler için Kiremitçi, s.22-24. Ortak velayetin nasıl uygulanacağı hakkında USTA, s.119-125.

¹¹ Öztan’ın kelimeleriyle: “Öğretide ağır basan görüş, kuralın emredici olduğudur. Uygulamadaki görüş de bu yöndedir. Öğretide ve uygulamada ağır basan görüş, Medenî Kanun’un 336/3’üncü maddesinin kural içi bir boşluk ihtiva etmediği, kanun koyucunun boşanmada velâyet hakkının ana babadan birine tevdi edilmesini istediği görüşüdür. ... Mevcut hukukî düzenlemeye göre, hâkim boşanmada velâyet hakkını ana babadan birine tevdi etmekle yükümlüdür ve zorunlu olarak bunu yapmalıdır.” ÖZTAN, Bilge/ ÖZTAN, Fırat: “Boşanmada Velayetin Tevdi” Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 473-495, 2016, s.483-484.

olmadığı ve Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal etmediği yönünde karar vermiştir.

Bu karardan sonra Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Ömer Uğur Gençcan, sosyal medya hesabından, Türkiye'nin 14 Mart 1985 tarihinde imzaladığı 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokolün onaylanmasının 25 Mart 2016 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan 6684 sayılı kanunla uygun bulunduğu, Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesi hükmü gereği evliliğin boşanmayla sonlanması halinde ortak velâyet asıl olup velâyetin eşlerden birine verilmesinin istisna olduğu açıklamasını yapmıştır. Gençcan mesajında, gerekçelerini de sayarak, Aile Mahkemelerinde Ortak Velâyet İlkeleri başlığı altında ortak velâyete ilişkin altı temel ilkeyi de açıklamıştır¹². Gençcan bu görüşlerini daha sonra kaleme aldığı bir makale ile de sunmuştur¹³. Gençcan'ın görüşleri de dikkate alındığında, Türk Medeni Kanununun mevcut hükümlerinin ortak velâyete imkan tanımadığı görüşünün hakim görüş olduğu açıkça görülmektedir. Gençcan'a göre, söz konusu uluslararası antlaşma hükmü, Türk Medeni Kanununun ortak velâyeti engelleyen hükümlerini örtülü olarak ilga etmiştir. Oysa aşağıda açıklanacağı üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Cernecki-Austria kararına göre, söz konusu antlaşma hükmü ortak velâyeti emretmemektedir.

Ülkemiz hukukunun da dâhil olduğu Kara Avrupası hukuk sisteminde yer alan neredeyse bütün ülke hukuklarında ortak hayata son verilmesi sonrası ortak velâyet meselesinin kanunla düzenlendiğini görüyoruz. Bizimle aynı kanunu paylaşan İsviçre'de, 1998, 2002, 2011 ve en son 2014 yıllarında yasal değişiklikler yapılarak ortak velâyet bir kurum olarak düzenlenmiştir.

Türk hukukunda, Türk kanun koyucusunun, tarafı olduğu uluslararası antlaşmalara ve üyesi olduğu uluslararası kuruluşların kararlarına uygun olarak, karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak ortak hayata son verilmesi sonrası ortak velâyet hususunu, tercihan Türk Medeni Kanununa eklenecek hükümlerle, bir kanunla düzenlemelidir. Bu yeni kanunda, İsviçre hukukunda yer alan düzenlemelerden de yararlanılmalıdır.

¹² <http://www.hukukmedeniyeti.org/makale/13514/bosanma-halinde-ortak-velayet-artik-mumkundur/>

¹³ GENÇCAN, Ömer Uğur: "Ortak Velayet" (Ortak) İzmir Barosu Dergisi 8 Mart 2017 Özel Sayısı <http://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/8-mart-2017-ozel-bulten20173813332417.pdf>.

Bu çalışmada, Türk Medeni Kanununun ortak hayata son verilmesi sonrası ortak velâyet kavramına yaklaşımı, öğretideki ve yargı kararlarındaki bakış dikkate alınarak değerlendirilecektir. Bu noktada, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar, uluslararası kuruluşların ve mahkemelerin kararları da göz önünde tutulacaktır. Son olarak, ortak hayata son verilmesi sonrası ortak velâyetin bir kurum olarak kanunla düzenlenmesi gerektiği görüşünün savunulmasını takiben bu kanunda yer verilmesi gereken ilkelere değinilecektir.

II. YÜRÜRLÜKTEKİ HÜKÜMLERİN VE KONU HAKKINDAKİ YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. TMK m.336 Hükmünün Değerlendirilmesi

İlgili hüküm şöyledir. “ 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.”

Kanunun lafzı ve özü birlikte incelendiğinde, kanunun ilk fıkra ile ana ve babanın velâyeti, evlilik devam ettiği sürece birlikte kullanmalarını öngördüğü tartışmasızdır. Devamla, ikinci fıkrada ise boşanma olmaksızın ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim tarafından, velâyetin eşlerden birine verilebileceği öngörülmektedir. Bu gibi boşanma kararının henüz verilmediği fiili ortak hayata son verilme ve ayrılık hallerinde dilerse velayet ortak kullanılabilir, dilerse, hakim kararıyla, taraflardan birisine tevdi edilebilecektir. Bu yönüyle, bu hüküm emredici değildir. Bu durumda, ortak hayat sona ermiş olmasına rağmen, çocuğun velayetinin ortak velayet şeklinde eşlerce beraber yürütülebileceği tartışma konusu değildir.

Son fıkrada ise, velayetin ölüm halinde sağ kalan anne veya babaya, boşanma halinde ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağı öngörülmüştür. Bu hükme göre, devam etmekte olan bir evlilikte, eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eş velayet hakkını tek başına kullanacaktır. Hükmün ikinci kısmının lafzi yorumuna göre, boşanma halinde ise, ancak çocuk kendisine bırakılan taraf, velayet hakkına sahip olabilecektir. Bu nedenle, söz konusu hükmün boşanma sonrası ortak velayeti yasakladığından bahisle, Türk hukukunda genel kanaat, boşanma sonrasında velayetin çocuk kendisine bırakılan anne veya baba tarafından

tek başına kullanılacağı yönündedir¹⁴. Yasa koyucunun, açık bir biçimde, benimsediği ilkenin, boşanma sonrasında çocuğun velayetinin taraflardan birine bırakılması yönünde olduğu ifade edilmektedir¹⁵. Benzer şekilde, TMK m.336/3'e karşılık gelen İsviçre Medeni Kanunu m.297/3 hükmünün 2011 ve 2014 öncesi haline ilişkin olarak İsviçre'de baskın öğretisi ile Federal Mahkeme hakiminin velayeti eşlerden birine tevdi etmekle yükümlü olduğu ve bu hükmün emredici olduğu belirtilmektedir¹⁶.

Literatür taraması sonucunda, bu hüküm hakkındaki fikirleri derlediğimizde dört farklı görüşle karşılaşmaktayız.

Bunlardan ilki; bu hüküm emredicidir, kanun boşanmadan sonra, velayeti eşlerden yalnızca birine bırakmaktadır ve bu çözüm doğrudur, görüşüdür¹⁷. Hatemi/Kalkan Oğuztürk'ün, m.182 hakkındaki görüşlerini açıklarken, boşanma sonrası ortak velayet hakkında, kanunda, boşanmaya rağmen, boşanan eşlerde birlikte velayetin bırakılacağı konusunda bir boşluk olmadığı, aksine bir menfi çözümün öngörüldüğü kanaatinde olduklarını görüyoruz. "...ve de lege ferenda bir öneri olarak da kanunda bu konuda ve bu yönde bir hüküm konmasını onamıyorum. Boşanmış eşlerin çocuk üzerinden "savaşlarını" devam ettirmelerine yol açabilecek bu düzenlemeyi çocuk yararına uygun görmüyorum." demektedirler¹⁸. Her ne kadar spesifik olarak boşanma sonrası için olmasa da, Ayiter de anne babası evli olmayan, evlilik dışı çocukların ortak velayete tabi tutulmasına karşı olduğunu ifade eder¹⁹.

Akıntürk/Ateş Karaman ise eserlerinin önceki basılarında boşanma ile evlilik birliği kesin olarak sona ereceği için o tarihe kadar birlikte kullanılan velayet hakkının, çocuğun menfaati gözetilerek, eşlerden birine bırakılması gerektiğini belirtmişlerdir²⁰. Çocuk boşanma kararında taraflardan hangisine bırakılmışsa sadece o taraf tek başına velayet

¹⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet: Aile Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017. s. 624. ELÇİN, Gülçin: "Türk ve İsviçre Aile Hukukundaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi" Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145, Eylül 2016, s. 49-58, s.56.

¹⁵ BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.268.

¹⁶ KOÇHİSARLIOĞLU, s.34-35 ve oradaki yazar ve kararlar.

¹⁷ HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 6. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2018, s.188.

¹⁸ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.131.

¹⁹ AYİTER, Nuşin, "Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gereğesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkındaki Görüşler", AÜHFD S.11-4, s.145-167, s.159.

²⁰ AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Aile Hukuku (2014), 16. Bası, İstanbul 2014, s.312.

hakkına sahip olur, diğzerinin velayet hakkı olmaz sözleriyle²¹ ortak velayetin mümkün olmadığı kanaatlerini açıklamışlardır. Ancak, yazarlar eserlerinin son basısında, 7 nolu Ek Protokolü ve Yargıtay 2. HD kararını dikkate alarak, çocuğun güvenliğine ve üstün yararına aykırı olduğuna dair dava dosyasında yeterli olgu ve delil bulunmadığı takdirde velayetin ana ve babaya ortak verilmesinin mümkün olduğunu belirtmişlerdir²².

Dural/Öğüz/Gümüş ise hukukumuzda boşanma halinde velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasının kabul edilmediğini ifade etmiş, m.336/3 hükmünü anmış, ancak daha fazla bir tartışmaya eserlerinde yer vermemişlerdir²³.

Kılıçoğlu da evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velayetin ana veya babadan birine ait olacağını belirtmiştir²⁴.

Görüşlerden ikincisi ise; bu hüküm emredicidir, kanun boşanmadan sonra velayeti eşlerden yalnızca birine bırakmaktadır ve bu çözüm doğru değildir, değiştirilmelidir, görüşüdür. Bu görüş taraftarlarına göre, boşanmadan sonra ortak velayete imkan veren bir yasal düzenleme yapılmalıdır. Serozan, TMK m.336/337 kurallarında, henüz ya da artık evli olmayan ana babanın birlikte velayetine imkan tanınmadığı fikrindedir. Serozan'a göre "yapılması gereken iş, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ışığında yorumlanacak olan TC Anayasasının eşitlik ilkesi çocuğun kişiliğinin oluşturup geliştirme hakkı, ana babadan ayrılmama hakkı ve ana babanın hakları karşısında TMK m.336-337 kurallarının Anayasaya aykırılığını defî yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne taşımaktır."²⁵

Baktır Çetiner'e göre,

"Boşanma ve ayrılık kararında ise tarafların (velayetin bir tarafa bırakılması söz konusu olmasa bile) velayeti birlikte kullanmaları imkansız hale gelmektedir...Türk Medeni Kanununda ise boşanma halinde velayetin çocuğun bırakıldığı tarafa ait olacağına dair açık hükmü karşısında velayetin ana baba arasında bölünebileceğini söylemek mümkün değildir. Nitekim Yargıtay'ın İkinci Hukuk dairesi de boşanmada,

²¹ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 2014, s.408.

²² AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 2017, s.313 ve s.409.

²³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.143 ve s.352.

²⁴ KILIÇOĞLU, s. 624.

²⁵ SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku (Çocuk), 2. Baskı, Vedat, İstanbul 2017, s.256. SEROZAN, Rona: "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler" (Soybağı), Prof. Dr. Bilge Öztan Armağani, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 759-777, s.773.

velâyetin müşterek kullanımının Kanunumuzun sistemine uygun olmadığına karar vermiştir.²⁶

Yazar bu satırları kaleme aldıktan sonra,

“Yargıtay, eşler boşanmayıp da fiilen ayrı yaşadıklarında, velâyetin eşler yönünden sona ermediğini bu durumda mahkemenin eşlerden birinin yanında kalmasına karar verip, diğeriyle şahsi ilişkinin belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Boşanma veya ayrılık daha fazla bir şey değildir. Fiilen ayrı yaşamakla boşanmış olarak ayrı yaşamak arasındaki fark, yalnızca resmi işlemlerdir... Bu nedenle boşanmada, nez sebepleri yoksa asıl olan velâyetin devamı olmalıdır.”

demektedir²⁷. Bu iki referans birlikte değerlendirildiğinde, her ne kadar yazar açıkça ifade etmese de, ikinci referansta yer alan görüşün olması gereken hukuk açısından yazıldığını kabul etmekteyiz.

Baygın’a göre, “birlikte yaşama ara verilmesi ve ayrılık hallerinin aksine, boşanmada tek başına velâyet asıldır ... Türk Medenî Kanunu’nda belirli koşullarla boşanmadan sonra birlikte velâyete imkân tanıyan açık bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır.”²⁸

Uygulamada yargıç olarak yer alan Şeker’in, TMK 336/3’ün engel olmasına rağmen yargıcın velâyeti birlikte kullanılmasına karar verebileceğini düşündüğünü ifade eden²⁹ sözleriyle aşağıda anılan üçüncü görüşe dahil olacağı düşünülse de dipnotta yer alan;

“Yasal düzenleme tabi ki bu düşüncemizin gerçekleşmesine engeldir. Ancak hukukun ortaya çıkan ihtiyaçlarla gelişip ivme kazanacağını düşünerek, eşlerin boşanmalarına rağmen çocuklarının bakım, gözetim ve terbiyesi için birlikte hareket etme arzusunda olabilecekleri ihtimaline binaen bu hak ve yetkinin dokunulmaz ve mutlak niteliği de gözetilerek birlikte kullanılması için yasal bir düzenlemenin gerçekleştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu kanaatimiz bundan yararlanmak

²⁶ BAKTİR ÇETİNER, Selma: Velayet Hukuku, Yetkin, Ankara 2000, s.48. Haddizatında, ortak velâyette ana baba velâyetin bir kısmını değil bilakis tamamını eş zamanlı kullanır.

²⁷ BAKTİR ÇETİNER, s.108-109.

²⁸ BAYGIN, s. 268.

²⁹ ŞEKER, Hilmi: “Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Geçici Önlem Olarak; Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisiyle Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri”, Adalet Dergisi, 2003 No:17 s.114-129, s.120.

isteyen eşler için TMK'nın 336/son fıkrasına ilave edilecek bir düzenleme ile olanaklı kılınabilir.³⁰

ifadesiyle ikinci görüşe katıldığı anlaşılmaktadır.

Gençcan, “Boşanma durumunda 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 336 f. 3 hükmüne göre velâyet hakkının kime verileceğini aile mahkemesi hâkimi belirler. Başka bir anlatımla boşanma ve ayrılığa karar verilmesi halinde kural olarak hâkim velâyeti eşlerden birine vermek zorundadır.” sözleriyle söz konusu hükmün emredici olduğunu belirtir³¹.

“Bilindiği üzere Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan “11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol”ün onaylanması 25 Mart 2016 Tarihli ve 29664 Sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 6684 sayılı kanunla uygun bulunmuştur. Ek 7 No’lu Protokol”ün 5. maddesi hükmüne göre; “Eşler evliliğin sona ermesi durumunda, çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar.” Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar “kanun” hükmündedir. usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası “andlaşma” hükümlerine göre karar verilmesi zorunludur. Çocuğun güvenliğine ve üstün yararına aykırı olduğuna dair dava dosyasında yeterli olgu ve delil bulunmadığı anlaşıldığı takdirde velayetin ana ve babaya ortak verilmesi artık mümkündür. Düşüncemize göre 6684 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile ortak velayeti engelleyen 4721 sayılı kanun hükümleri örtülü olarak ortadan kaldırılmıştır.³²”

ifadesiyle m.336/3 hükmünün örtülü olarak ilga edildiği yönündeki kanaatini açıklar.

Görüşlerden üçüncüsüne göre ise bu hüküm emredicidir olarak anlaşılrsa da, hüküm, boşanmadan sonra velayeti eşlerden yalnızca birine bırakmış gibi yazılmışsa da hükümde örtülü boşluk vardır³³. Bu nedenle,

³⁰ ŞEKER, s.120, dipnot 10.

³¹ GENÇCAN, Ortak, s.25. Benzer şekilde GENÇCAN, Velayet, s.88.

³² GENÇCAN, Ortak, s.26.

³³ Kırca, örtülü boşluğun doldurulmasını anlatırken ortak velayet meselesini de anar. KIRCA, Çiğdem: “Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama” AÜHFD cilt 50, sayı 1, 2001, s.91 -119, s.110.

hüküm amacına uygun sınırlanmalıdır ve bu yapıldığında, boşanmadan sonra ortak velayete imkan verildiği yönündeki çözüm benimsenmelidir³⁴.

Öztan'a göre TMK m.336/3 hükmünde bir örtülü boşluk vardır ve TMK m.1/1 gereği bu örtülü boşluk hakim tarafından çocuğun yararına doldurulmalıdır³⁵. Yazar, TMK m.336/3 maddesinde velayetin çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa ait olduğunun öngörülmüş bulunması hükmün emredici olduğu ve bu şekilde hakim tarafından velayetin her iki eşe birlikte verilemeyeceği şeklinde dar yorumlanamayacağı kanaatinde³⁶.

“Burada bir istisna boşluğu bulunmaktadır. Maddenin amacı boşanma halinde çocuğun yararının en iyi şekilde korunmasıdır... Maddenin teolojik yorumu yapıldığında belli bir konuda amaca uygun çözüme ulaşılamamaktadır. Bu nedenle hükmün amaca uygun olarak sınırlanmasına gidilmesi gerekir. Bu şekilde, ana baba ortak velayet sorumluluğunu taşıyabilecek durumdaysalar ve ana babanın velayeti birlikte yürütmesi çocuğun yararına olacaksa, velayet hakkının ana ve babaya birlikte verilmesi yoluna gidilmelidir³⁷.”

Akyüz'e göre de m.336/3'teki ifadeden velayetin boşanmadan sonra yalnızca ana babadan birine verileceği sonucu çıkarılamaz. Medeni Kanun'da örtülü bir boşluk varsa bu boşluk çocuğun yüksek yararına uygun biçimde doldurulmalıdır³⁸.

Dördüncü görüşe göre ise bu hüküm emredici değildir, bu hükme göre, boşanmadan sonra velayetin eşler tarafından ortak kullanılmasına mahkemelerce karar verilebilir. Koçhisarlıoğlu'na göre bu hüküm emredici değildir. Bunlar sadece anlaşmazlık hükümleri olarak kabul edilmeli ve hakim ana babanın bu hususta anlaşma serbestilerinin bulunduğunu göz önüne alarak onların kendi aralarında yaptıkları anlaşmaları onaylamalıdır³⁹. Bu madde şöyle anlaşılmalıdır: “Velayet, boşanmada çocuk kendisine bırakılan ana veya baba ya da ana ile/ve babaya aittir... Boşanmada velayet, çocuk kime tevdi edilmişse ona

³⁴ ARKAN SERİM, Azra: “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:14 Sayı:167, s.6075-6088, s.6085.

³⁵ ÖZTAN, Bilge: “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet” (Birlikte Velayet), Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s.260.

³⁶ ÖZTAN, Aile, s.782.

³⁷ ÖZTAN, Aile, s.1090-1091. Benzer görüşte SÜZEN, Begüm: “Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 133, Eylül 2015, s.27-52, s.34.

³⁸ AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, Ankara 2015, s.236.

³⁹ KOÇHİSARLIOĞLU, s.37.

aittir”⁴⁰. Koçhisarlıoğlu’na göre daha önce kullanılan ana baba yerine bu hükümde taraf kelimesini seçmiştir. Bu noktada, kanun koyucu taraf sözcüğünü kullanmış olduğu için “Velayet... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan taraf veya taraflara ait olur” şeklindeki bir ifadenin üslup açısından uygun olmayacağını belirten yazar hükmün içeriğini belirlemede belirleyici olanın “taraf” kelimesi olamayacağı fikrindedir. Yazara göre velayet boşanmaya kadar anne ve baba tarafından birlikte kullanılmaktadır, boşanma sonrası, bir velayet konusunda değişiklik ancak velayetin eşlerden birisine bırakılması şeklinde olabilirdi. Mevcut durumun devam etmesi durumunda bunun ayrıca düzenlemesi yani velayetin boşanmış eşlere bırakılmasının ifade edilmesi mantıklı olmazdı⁴¹.

Serdar’a göre de; Türk Medeni Kanununun 182. maddesinde olduğu gibi, 336/III fıkrasında yer alan düzenlemeden de boşanma sonrasında ana babanın velayete birlikte sahip olamayacağı sonucu kesin bir şekilde çıkarılamaz⁴². Serdar görüşünü açıklarken maddeyi, sistematik yorum metodu ve amaçsal yorum metodu ile objektif yorum teorisine göre yorumlar ve vardığı sonucu net bir biçimde açıklar.

“TMK madde 336/3. Medeni Kanununun sistematigi içindeki düzenleme yeri ve mantigi içinde değerlendirildiğinde, 336/3 hükmünün, 182. maddede hakime verilen takdir yetkisinin sınırını oluşturduğu, onu sınırladığı sonucuna varılamaz.”⁴³

“İkinci olarak; TMK m.182 ve m. 336/III hükümlerinin konuluş nedenini incelendiğinde görülmektedir ki kanun koyucunun amacı birlikte velayetin asıl olmasıdır. Kanun koyucunun amacı boşanma sonrasında ana babadan birine velayet hakkını verilmemesi yoluyla o tarafı cezalandırmak olmadığı gibi, ana babanın analık/babalık duygularını korumak da değildir. Amaç, çocuğun yararını korumaktır. Boşanma sonrasında velayet hakkını düzenlerken hakim için en önemli kıstas çocuğun yararidir. Boşanma sonrasında velayetin hakim tarafından takdir yetkisi ile belirleneceği ve hakim tarafından takdir yetkisinin sınırının ise çocuğun yararı olduğudur. Özellikle, taraflar boşanma sonrasında velayeti birlikte kullanmayı talep ediyorlarsa, hakim tarafından bunu reddetmemesi, çocuğun yararına olmak şartıyla

⁴⁰ KOÇHİSARLIOĞLU, s.105.

⁴¹ KOÇHİSARLIOĞLU, s.106-107.

⁴² SERDAR, s.175. Benzer şekilde ARKAN SERİM, s.6085.

⁴³ SERDAR, s.180.

kabul etmesi gereklidir. Boşanma sonrasında birlikte velayetin kanunen mümkün olmadığı gerekçesi ile ortak velayet bir talebini reddetmemesi gerekir. Hatta, taraflarca böyle bir talep olmasa da hakim, Medeni Kanunumuzun 182. Maddesinde kendisine tanınan takdir yetkisi kapsamında çocuğun yararına uygun ise boşanmadan sonra velayeti ana ve babanın her ikisine birlikte verebilir.⁴⁴

Köseoğlu/Kocaağa açıkça ilgili TMK hükmünün bir yasak içermediğini ifade etmiştir.

“Velayetin asıl anlamı çocuğun bakım, gözetim ve yetiştirme sorumluluğu olduğu göz önüne alınırsa Aile hukukumuzda boşanma kararına rağmen eşlerin bu yükümlülükleri devam etmektedir. Tek sorun çocuğun yer olarak hangi eşin yanında kalacağına karar verilmesidir. Yanında kaldığı eşin de velayete sahip olması sadece bir varsayımdır. Zira eşlerin maddi ve manevi görevleri devam etmektedir. Bu durumda, birlikte velâyet sorunu yalnızca mekân sınırlamasından ibarettir ve uygulama bir kavram takıntısı içindedir.⁴⁵”

Erdem’e göre hüküm “boşanma halinde velayetin çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağını söylerken, bunun aksinin yasaklandığına ilişkin bir ifadeye sahip değildir. Hükümün zıt anlamından çıkarılan sonucun isabetli olduğunu söylenemez. Kanaatimizce, boşanma halinde velayetin birlikte kullanılmasına engel bir durum söz konusu değildir.⁴⁶”

Tüm bu görüşlerin değerlendirilmesi sonucunda, şahsen vardığımız sonuç; m.336/3 hükmü emredicidir, ancak bu hükmün emrediciliğinin şöyle anlaşılması gerektiği yönündedir: Hakim, boşanmadan sonra çocuk kendisine bırakılan tarafa velayet hakkı vermek zorundadır. Ancak hüküm, hakimin diğer tarafa da velayeti verip veremeyeceği hususunda hiçbir şey söylememektedir. Hüküm, boşanma sonrası eşlerin velayeti birlikte yürütüp yürütemeyeceği hususunu düzenlememekte, bu noktada menfi bir çözüm benimsememekte, zira bu kurumun varlığını bilmemektedir. Bu yönüyle, boşanmadan sonra ortak velayet hususunda, kanaatimizce, gerçek bir boşluk vardır ve hakim bu boşluğu TMK m. 1’e göre doldurmalıdır.

⁴⁴ SERDAR, s.180-185.

⁴⁵ KÖSEOĞLU, Bilal/KOCAAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, 2. Basım, Ekin Yayınevi, Bursa 2011, s.443-444.

⁴⁶ ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Seçkin, İstanbul 2018, s.171.

Türk Medeni Kanununun mehz kanunu olan İsviçre Medeni Kanunu, 1892 yılında kanunu hazırlamakla görevlendirilen Eugen Huber'in İsviçre özel hukuku çalışmalarının neticesi olarak 1907 yılında yasalaşmış ve 1912 yılında yürürlüğe girmiştir. Türk Medeni Kanunu da İsviçre Medeni Kanununun Fransızca aslından tercüme edilerek 1926 yılında yürürlüğe girmiştir. 743 sayılı Türk Medeni Kanunu m.264/1 hükmü, şu an ki m.336/3 hükmü ile aynıdır⁴⁷. Fikrimizce, kanun koyucu, yasanın yapıldığı tarihlerde boşanma sonrası ortak velayet kurumunun varlığının farkında değildir, zira dünyada böyle bir kurum yoktur.

Gülgösteren'in verdiği kısa tarihçede açıkça görülmektedir ki ortak velayet nispeten yeni bir kavramdır.

“Ortak velayet, zaman içerisinde aile yapısının değişmesi, velayetin anaya ait olduğu karinesinin yeniden gözden geçirilmesi ile ortaya çıkmıştır. Bu karine, 1970’lerde Amerika Birleşik Devletleri’nde eyaletler tarafından “çocuğun yüksek yararı” ilkesi kabul edilmeden önce, yaklaşık 40 yıldır yürürlükteydi. 1974 yılında, toplumun değişen değerlerine uygun olarak mahkemeler çocuğun velayeti için var olan bu karineyi revize etti. Çocuğun “yüksek yararı” Amerikan Barolar Birliği tarafından ilan edildi ve 1980 yılında Amerika Birleşik Devletlerindeki 50 eyaletin 47’si tarafından kabul edildi.⁴⁸”

Bu yöndeki kanaatimizi desteklemek amacıyla; tartışmanın bir yönüyle, ortak velayete izin verilip verilmemesinden ziyade, ortak velayetin yasaklanıp yasaklanmadığı hususunda yoğunlaşılması gerekmektedir.

Velayet hakkı temel haklardandır. 1982 Anayasası m.13’e göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Türk Medeni Kanununda, boşanma sonrasında ortak velayetin yasaklandığını açıkça gösterir tek bir hüküm yoktur.

Ortak velayete izin verilmemesi, velayetin anne veya babadan birinden kaldırılması anlamına geldiği çok açıktır⁴⁹. Bu yönüyle Türk Medeni Kanunu m.348’e göre, kanunda sayılan geçerli bir sebep olmadıkça velayetin kaldırılmasına hükmedilemez. Bu durumlardan

⁴⁷ Karı kocadan birinin vefatı halinde, velayeti sağ kalana ve boşanma halinde çocukların tevdi olduğu tarafa ait olur.

⁴⁸ GÜLGÖSTEREN, Zeynep Azya: “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2017, s.157-180, s. 167.

⁴⁹ Benzer şekilde KOÇHİSARLIOĞLU, s.237-238.

birisinin varlığı halinde ancak velayet anne veya babadan veya her ikisinden birden kaldırılır. Bu hükmün ışığında kanaatimiz odur ki; kanunun boşanma sonrası ortak velayet konusunda ki emrediciliğinin anlaşılması gereken hal: boşanma davasında eşlerden birinin, bu iki halden birisinin gerçekleştiğini veya ortak velayetin çocuğun yararına aykırı olduğunu ispatlaması durumunda ortak velayete karar verilemeyeceğidir.

Diğer yandan, boşanma kararıyla eşlerden birinden velayetin kaldırılması durumunda, bu eşin çocuğa karşı maddi ve manevi yükümlülüklerinin devam ettiği çok açıktır⁵⁰. Türk Medeni Kanununa göre, çocuk ve ana veya babanın birbirine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmek yükümlülüğü (m.322), kişisel ilişki kurulması (m.323-324), çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü (m.327) boşanma kararından sonra, velayet hakkına sahip olan eş kadar diğer eş için de devam etmektedir. Velayet sahibi eş ise, masrafları ortaklaşa karşılanmasına rağmen, çocuğun eğitimi ile kararları verecek, çocuğu temsil edecek ve çocuğun malları ile ilgilenecektir. Bu sistem açıkça, boşanma sonrasında yükümlülükleri her iki eşe paylaştırmışken, hakları velayet hakkına sahip eşe tanımıştır⁵¹. Doğa ve hukuk yükler altında olanın haklarda da söz hakkı olmasını gerektirir⁵². Dolayısıyla, yükümlükleri paylaşan eşler, hakları da paylaşabilmelidir. Boşanma sonrası tek başına velayete karar verilebilmesi için, öncelikle bunun bir istisna olması ve bu yönde karar verilmesi çocuğun menfaati gereği olmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında vardığımız sonuç, TMK m.336/3 boşanma sonrasında ortak velayeti düzenlemediği gibi boşanma sonrasında ortak velayet bu ve başkaca bir hükümlü açıkça yasaklanmamaktadır da. Bu durum bizi, aksi kanaatlere rağmen,⁵³ bu hususta bir kanun boşluğu olduğu fikrine götürmektedir. Fikrimizce, kanun yapılırken kanun koyucunun düşünmediği, bilerek düzenlemekten kaçınmış (bilinçli boşluk) olmadığı, olumsuz çözümü benimsemediği, açık, bir yönüyle de gerçek bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Hakim, bu boşluğu TMK m.1'e göre doldurmalıdır. Haddizatında, kanaatimce, aşağıda açıklanacağı üzere,

⁵⁰ KÖSEOĞLU /KOCAAĞA, s.443.

⁵¹ SOLAK, Özlem Ezgi: Boşanmanın Çocuklar Bakımından Hukuki Sonuçları (yayımlanmamış yüksek lisans tezi) Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s.78.

⁵² Külfet nimete ve nimet külfete göredir. Mecelle m.88.

⁵³ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.131.

Yargıtay'ın boşanma sonrası ortak velayet hususundaki yeni yaklaşımı bu bağlamda değerlendirilmelidir.

B. TMK m.182/2 Hükümünün Değerlendirilmesi

Hüküm şöyledir: “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.”

Bu hükmü irdelediğimizde, hükmün lafzı velayetin eşlerden birine bırakılacağı ve diğerine çocukla kişisel ilişki kurma hakkının verileceği şeklinde anlaşılabilir. Oysa Öztan'ın da açıkça işaret ettiği üzere; TMK 182/2 maddesi velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocukla ilişkilerinin nasıl düzenleneceğini hükme bağlamıştır. Bu maddenin yorumu çocuğun velayetinin yalnızca bir eşe bırakılmasının zorunlu olduğu şeklinde yapılamaz⁵⁴.

Koçhisarlıoğlu'na göre, bu hüküm de emredici değildir. TMK md.182/2'de yer alan tekil anlatımdan hareket edilerek boşanmada velâyetin mutlaka ana babadan birine verilmesi gerektiği sonucuna varılması mümkün değildir; çocuğun veya çocukların taraflardan yalnız birine bırakılması olasılığı dikkate alınarak bu hüküm getirilmiştir⁵⁵.

Velayet iki eşe birden verilirse velayete sahip olmayan eşin çocukla ilişki kurması ve çocuğa bir nafaka ödemesi söz konusu olmaz; bu yüzden hükmün ifadesinden mutlaka velayetin eşlerden birine bırakılması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır⁵⁶.

Bizce de, TMK m.182/2 velayetin kime veya kimlere vereceği hususunda bir hüküm getirmemekte, ancak boşanma sonrası bir şekilde eşlerden birine velayet hakkı tanınmazsa, onun çocuğuyla nasıl bir kişisel ilişki kuracağına düzenlemesi gerektiğine işaret etmekte ve o eşin, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılması gerektiğini emretmektedir. Hatta, fikrimizce, bu düzenlemede, çocuğun yararlarının esas tutulması emredildiğinden, çocuğun yararı boşanma sonrası velayetin ortak kullanılmasını gerektiriyorsa, ortak velayete karar verilebilecektir.

⁵⁴ ÖZTAN, Birlikte Velayet, s.254. ÖZTAN, Aile Hukuku, s.782.

⁵⁵ KOÇHİSARLIOĞLU, s.104. Serdar da benzer kanaattedir. “Serdar'a göre de; hükümde yer alan “velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesindeki tekil anlatımdan hareket edilerek de boşanmada velayetin mutlaka ana babadan birine verilmesi gerektiği sonucuna varılması mümkün değildir.” SERDAR, s.174.

⁵⁶ ŞEN/AYBAY, s.589-615.

C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2017 tarihli E.2016/15771 K.2017/1737 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi

Hiç şüphesiz ki, velayeti düzenleyen kurallar genel olarak kamu düzenine ilişkin hükümlerdendir⁵⁷. Bu bağlamda, boşanma sonrası velayetin eşlere birlikte tevdi edilemeyeceği yönündeki görüş de kamu düzeni kapsamında değerlendirilmekteydi. Genel görüş şöyle idi: “Velâyet hakkının ana babanın her ikisi üzerinde bırakılmasına karar verilmesi Yargıtay uygulamasına göre Türk kamu düzenine aykırıdır.”⁵⁸

Yargıtay, çeşitli kararlarında, velayete ilişkin konuların kamu düzenini ilgilendirmesinden hareketle, boşanma sonrası müşterek çocukların velayetini ana ve babaya birlikte veren yabancı mahkeme kararlarının TMK m. 336 hükmüne ve dolayısıyla kamu düzenine aykırı olduğuna; bu nedenle bu kararların tenfizine ilişkin taleplerin reddine hükmedegelmekteydi⁵⁹. Ortak velayete engel olarak görülen m.336/3 hükmünün de kamu düzenine ilişkin olduğunda dair istikrarlı olarak kararlar veren Yargıtay,⁶⁰ ilk olarak, 20.02.2017 tarihli E.2016/15771 K.2017/1737 sayılı kararı ile bu görüşünü değiştirmiştir⁶¹.

Yargıtay'ın önceki tutumu eleştirilmekteydi. Yargıtay'ın velayeti kamu düzenine ilişkin olarak nitelendirip kamu düzenini emredici kurallar gibi uygulamasının hatalı olduğu; velayeti kamu düzeni ile iç içe

⁵⁷ AKYÜZ, s.226. Benzer şekilde REYHANİ YÜKSEL, Sera: Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, Legal, İstanbul 2016, s.29.

⁵⁸ GENÇCAN, Ömer Uğur: Çocuk ve Hukuk: Üçüncü Oturum: Aile Hukuku ve Çocuk: Boşanma ve Velâyet Hukukuna İlişkin Sorunlar (Çocuk ve Hukuk), Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 20, Temmuz 2011, s.6-15.

⁵⁹ SÜZEN, s.40. Yargıtay 2HD E.2006/6824 K.2006/13638 T.10.10.2006 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) kararında yer alan karşı oy yazısında sayın üye, temyiz edilmediği için Yargıtay denetiminden geçmeyerek kesinleşen bazı yerel mahkeme kararlarında boşanma sonrasında ortak velayete karar verildiğinin bilinen bir gerçek olduğunu ifade eder.

⁶⁰ Yargıtay 2HD 22.11.2004 E.12285/K.13680. Bakınız AKYÜZ, s.235 dipnot 372. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Esas No : 2012 / 21186 Karar No : 2013 / 7440 Karar Tarihi : 19.03.2013 (www.hukukturk.com). Bu yöndeki kararların eleştirisi için bakınız. BAYATA CANYAŞ, Aslı: “Why Not Enforce? A Critical Analysis of the Refusal to Enforce Foreign Joint Custody Judgments in Turkish Courts”, International Journal of Law, Policy and the Family, Vol.27, No.3, 2013, s.310-331.

⁶¹ Yazında tespit edilen ilk birlikte velâyete kararı İzmir 4.Aile Mahkemesi tarafından verilmiştir. 27.05.2009 T., 448 E., 470 K. kararda “tarafaların ortak çocukları .././2007 doğumlu, küçük E.’nin velayet hakkının taraflarca birlikte kullanılmasına” karar verilmiştir. Bakınız SERDAR, s.175.

değerlendirmenin milletlerarası özel hukuku metoduna aykırı olduğu doktrinde ifade edilmektedir⁶².

Nihayet Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2017 tarihli E. 2016 / 15771 K. 2017 / 1737 sayılı kararı ile ortak velayetin Türk kamu düzenine aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir⁶³. Bu önemli karar sonrası, ortak velayet Türk kamu düzenine aykırı değildir⁶⁴. Kararda, bu kararı izleyen mahkeme kararlarında kullanılan bir formülasyon haline gelen "Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan 11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye, 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 Nolu Protokol'ün 5. maddesine göre ... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır." ifadesiyle ortak velayet konusunda uluslararası anlaşmanın uygulanması gerektiği kanaatine varılmış, bu uluslararası hükmün Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı tartışılmış ve aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Konuyla ilgili birkaç kararı anmak sanırım bu noktada önemlidir.

1. Aşağıdaki kararda Yargıtay'da hakim olan görüş belirtilmiştir. Ancak karşı oylardan biri ortak velayetin kamu düzeninden olmadığından, ikincisi ise m.336/3 hükmünün "nispi emredici nitelikte" olduğunu ve eşler anlaşırsa ortak velayet karar verilebileceğini ifade etmektedir.

"Tanınmasına karar verilen yabancı mahkemenin boşanma kararında "müşterek çocuk üzerindeki velayet hakkının taraflarca müştereken ifa edileceği" hüküm altına alınmış olup, boşanmadan

⁶² SÜZEN, s.40.

⁶³ www.lexpera.com.tr. "Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. o halde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velayete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek "ortak velayet" istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir."

⁶⁴ Benzer bir başka karar: 2HD E.2019/18674 K.2017/13800 T.04.12.2017 (Yayımlanmamıştır).

sonra velayetin müştereken ifasına Türk Hukukunun cevaz vermediğine (TMK. md.336/2), bu hukuki durum nazara alınarak velayetin düzenlenmiş bulunmasına göre, yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, KARŞI OY: Çocuğun üstün yararı ile çatışmayan “birlikte velayete” ilişkin kesin hükmü sonlandırarak adeta velayet konusunda kaos yaratan yerel mahkeme kararının bu sebeple bozulması düşüncesindeyim. KARŞI OY : “Türk hukukunda “birlikte velayet” kurumunun düzenlenmemiş olması; nispi etkilidir. Boşanma veya ayrılık kararı sonrası velayet durumunu düzenleyen Türk Medeni Kanununun 336/2-3. maddesi, “nispi emredici nitelikte” bir hükümdür. Bu nedenle, mahkemece, birlikte velayete re'sen karar verilemez. Ancak, ana/babanın bu konuda bir anlaşması mevcut ve bu anlaşma çocuğun üstün yararına aykırı değilse; anlaşma uyarınca, birlikte velayete karar verilmesi ve çocuğun hangi ebeveyninin yanında kalacağına da kararlaştırılması gerekir. Tarafların halen Almanya'da yaşadığı ve tanıma kararı sonucu konusuz kalan boşanma talebi göz önüne alındığında; mahkemece koşulları varsa, sadece boşanmanın mali sonuçları hakkında karar verilmesi ile yetinilmesi; ... velayet düzenlemesi hakkında bir karar verilememesi gerekir. Aksi tutum; iki ayrı ülkenin mahkeme kararları arasında çelişki ve çatışma yaratır. Bu şekilde bir çatışma yaratmaktan kaçınmak gerekir. Açıkladığım gerekçeyle; hükmün diğer bölümlerinin onanmasına katılmakla birlikte; velayet düzenlemesi yönünden bozulması gerektiğini düşünüyorum.⁶⁵”

2. Yargıtay'ın görüş değişikliğinden sonra verilmiş bu BAM kararında, örnek bir karar olarak, ortak velayete nasıl karar verileceği açıkça gösterilmektedir.

“... Dairemizce, ayrıca taraf vekillerinin hazır olduğu celsede sosyal inceleme raporunu düzenleyen uzman huzuru ile müşterek çocuk küçük Umut'un velayet konusundaki beyanı alınmış, müşterek çocuk beyanında; annesini de babasını da çok sevdiğini, onların da kendisini sevdiğini bildiğini, her ikisinin kendisine kötü davranmadığını, her ikisiyle de sürekli görüşmek istediğini, anne ve babasının kendisi ile ilgili aldıkları kararlarda yakın zamanda

⁶⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Esas No: 2012 / 21186 Karar No: 2013/7440 Karar Tarihi:19.03.2013 (www.hukukturk.com).

herhangi bir tartışmalarını hatırlamadığını, bundan sonraki hayatının da aynı şekilde devam etmesini istediğini söylemiştir.

Davacı-davalı vekili istinaf duruşmasındaki beyanında, ilk derece mahkemesindeki velayet düzenlenmesinden sonra davalı-davacının çocukla daha çok ilgilenmeye başladığını, ortak velayet düzenlenmesinin o günden sonra gündeme geldiğini, ortak velayet koşullarının oluşmadığını düşündüklerini, 'velayetin müvekkilinde kalmasını talep etmiş, davalı-davacı vekili ise; öncelikle velayetin müvekkiline verilmesini, olmadığı takdirde ortak velayet düzenlenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

...
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2017 tarihli 2016/15771 E. 2017/1737K. sayılı kararında "ortak velâyet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir." diyerek ortak velayetle ilgili karar verilebileceğini belirtmiştir.

İlk derece mahkemesindeki yargılama sırasında ve istinaf aşamasındaki duruşma sırasındaki beyanları ile taraf vekilleri velayetin müvekkillerine verilmesini talep etmişler, istinaf duruşmasındaki beyanları ile sosyal inceleme raporundaki velayetin ortak velayet olarak düzenlenmesinin çocuğun yararına olabileceği şeklindeki kanaate katılmadıklarını ifade etmiş olmakla birlikte velayet düzenlenmesinde asıl olan çocukların üstün yaran olup bu düzenlemede ana ve babanın yararı ile çocuğun yaran gerektirdiği takdirde çocuğun yararına üstünlük tanınması gerekir.

Müşterek çocuk yaş itibarıyla idrak çağında olup, sosyal inceleme raporunu düzenleyen uzman ile yaptığı görüşme sırasında ve uzman huzuru ile istinaf duruşmandaki beyanında açık bir şekilde velayet tercihinde bulunmamış, hafta içinde annesinin yanında kaldığı, hafta sonunda babasının gelip aldığı, son dönemlerde anne ve babasının kendisi ile ilgili aldıkları kararlarda herhangi bir tartışma yaşamadıklarını, her ikisini de sevdiğini, anne ve babasının da kendisini sevdiklerini bildiğini, her ikisiyle de görüşmek istediğini beyan etmiştir. Ek 7 Nolu Protokolün 6684 Sayılı kanun ile yürürlüğe girmesiyle birlikte usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümler esas alınacağından (T.C Anayasa 90.maddesi) ortak

velayeti engelleyen Türk Medeni Kanununun hükümleri örtülü olarak ortadan kaldırılmıştır.

Bu sebeplerle, çocuğun güvenine ve üstün yararına aykırı olduğuna dair dava dosyasında herhangi bir iddia ve delil bulunmaması da gözetilerek çocuğun üstün yararı gereğince ortak velayete hükmedilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Ortak velayet hükmü ile birlikte çocuğun her iki ebeveynde birlikte kalması düşünülemez. Ortak velayet çocukla ilgili önemli kararları birlikte almayı gerektiren bir durumdur. Çocuğun sağlığı, eğitimi, onun hayatına yön verecek ve onun üstün yararını gerektirecek hususlarda ortak hareket etmeyi gerektirir. Bununla beraber çocuğun bir düzene de ihtiyacı vardır, bu düzeni sağlamak için bir ebeveynin yanına yerleştirilmesi, diğeri ile kişisel ilişki kurulması ve yanına yerleştirilmeyen ebeveynin çocuğun giderlerine de katılması gereklidir⁶⁶.

3. Bir BAM kararında ortak velayet hususunun değerlendirilmemesi kararın kaldırılması gerekçesi olmuştur.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2016/15771 E., 2017/1737 K. sayılı ilamında belirtildiği üzere, iç hukukumuzda ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. Dosya kapsamına göre, ortak velayet ve çocukların kimin yanında kalmalarının menfaatlerine uygun olacağı hususunun araştırılması, tarafların ve çocukların mahkemece dinlenilmeleri, psikolog, pedagoğ ve sosyal hizmet uzmanından oluşacak heyetten rapor alınmak suretiyle ortak velayet hususu da değerlendirilerek yeniden hüküm kurulması için diğer yönler incelenmeksizin ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın mahkemesine gönderilmesine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur⁶⁷.

4. Bir başka BAM kararında, ortak velayet için eşlerin anlaşması aranmıştır.

... İnsan haklarını ve hürriyetlerini korumaya dair sözleşmeye ek, 7 nolu protokolün 5.maddesi gereğince eşler çocuklarıyla olan ilişkilerinde eşit haklara sahip olmakla birlikte ortak velayet açısından gönüllülük esas olup anne ve babanın rızasının bulunması gerekir. Dosya kapsamında davacı davalı annenin ortak velayete ilişkin rızası bulunmayıp tam aksine müşterek çocuğun velayetinin

⁶⁶ Ankara BAM 1HD E. 2017/121 K.2017/601 T.10.05.2017 (Yayımlanmamıştır).

⁶⁷ İstanbul BAM 10HD E.2017/578 K. 2017/386 T.26.04.2017 (Yayımlanmamıştır).

kendisine verilmesini istemektedir. O halde ortak velayet koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez⁶⁸.

D. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Ömer Uğur Gençcan'ın Sosyal Medya Hesabından Yaptığı Açıklamanın Değerlendirilmesi

“Ortak Velayet Artık Mümkündür!!!” başlıklı metinde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Ömer Uğur Gençcan, Türk Yargıtay'ının TMK m.336/3 hükmünün emredici olduğu ve boşanma sonrası ortak velayete hükmedilemeyeceği yönündeki görüşünün sona erdiğini açıklamaktadır. Bu açıklama sonrası, artık Yargıtay'ın, boşanma sonrası ortak velayet kararlarını sırf bu sebeple bozmayacağını anlamaktayız⁶⁹.

Bu açıklamada Yargıtay'ın görüş değişikliğinin gerekçesi olarak Ek 7 No'lu Protokolün onaylanmasının kanunla uygun bulunmasıyla, TMK m.336/3 hükmü örtülü olarak ilga edilmesi gösterilmiştir. Gençcan, ortak velayete karar verilirken dikkate alınması gereken ilkeler açısından da kişisel kanaatini açıklamıştır. Buna göre artık boşanma sonrası ortak velayet asıldır, gönüllük esasına dayalıdır ve çocuğun güvenliği ile üstün yararına aykırı olmamalıdır. Bu hususta, idrak çağındaki çocuğun görüşü alınmalıdır. Talep halinde her bir eşin yapacağı katkı miktarı mahkemece belirlenmelidir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, aşağıda açıklanacağı üzere, Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesi ortak velayeti emretmemekte ve fakat mümkün kılmaktadır. Ayrıca hükümde ortak velayet anılmadığı gibi, ne şekilde verileceği de belirtilmiş değildir.

Kanaatimizce, burada gerçek bir kanun boşluğu olan alanda Yargıtay, TMK m.1 kapsamında hukuk yaratmaktadır. Ek 7 No'lu Protokolde yer almayan bu ilkelerin açıklanması da bu görüşümüzü desteklemektedir. İlkeler olması gereken hukuk açısından yerinde olabilir. Ancak bunların hakimın hukuk yaratması kavramından başka bir kavramla açıklanması mümkün değildir. Zira ne Türk Medeni Kanunundan ne de Ek 7 No'lu Protokolden bu ilkelerin bir bütün halinde çıkarılması mümkün değildir.

Bu yönüyle, anılan ilkelerin yerinde olup olmasından öte,⁷⁰ fikrimizce, bu ilkeleri de dikkate alarak, boşanma sonrası ortak velayet hususunda bir kanun değişikliği yapılarak TMK m.336 hükmünün

⁶⁸ Ankara BAM 2HD E.2017/1132 K.1471 T.05.12.2017 (Yayımlanmamıştır).

⁶⁹ <http://www.hukukmedeniyeti.org/makale/13514/bosanma-halinde-ortak-velayet-artik-mumkundur/>

⁷⁰ Kişisel olarak, bu altı ilkedden 2 ve 4 numaralı olanlar dışındakilere katılmaktayız.

boşanma sonrası ortak velayeti düzenler şekilde değiştirilmesi elzemdir ve acildir. Aksi takdirde hukuk yaratma yetkisini münhasıran elinde bulunduran TBMM dışında bir organın, her ne kadar yetkisi dahilinde de olsa, kalıcı bir hukuk değişikliği yaratmış olacaktır.

E. 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokolün 5. Maddesinin Değerlendirilmesi

Hüküm şöyledir: “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.”

Hüküm açıkça, eşler arasında, evlilik devam ederken ve sona erme aşamasında, eşitliği emretmektedir. Kadın ve erkek ayrımı yapılmadan eşlerin aynı kurallara tabi tutulması bu hükmün gereğidir. Hüküm, çocuklarla kurulacak ilişki de, eşlerin eşit haklara sahip ve borçlar altında olmasını sağlayacak bir yasal düzenleme yapılması hususunda pozitif bir yükümlülük getirmektedir. Hükümce yasaklanan şey, bu ilişkilerde cinsiyet temelli bir ayrımcılık yapılmasıdır⁷¹.

Cernecki vs. Avusturya davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, boşanma veya ayrılık durumunda, eşler birlikte talepte bulunsa bile, çocukların velayetinin anne babadan birine tek başına verilmesini zorunlu kılan (şu an değiştirilmiş) Avusturya Medeni Kanunu m.177’nin Ek 7 No’lu Protokolün 5. Maddenin ihlali anlamına gelmediğine, yasa koyucunun boşanma sonrasında ortak velayeti engelleme kararının devlet için bırakılan takdir alanında yer aldığına karar vererek, Avusturya Medeni Kanunu m.177’nin söz konusu hükmü ihlal ettiği savıyla açılan davayı reddetmiştir⁷².

Bu anlamda, bu hükümden çıkarılacak ilk sonuç, ulusal kanunların eşlere eşit davranması ve cinsiyet temelli bir ayırım yapılmamasıdır. Hükümde, ortak velayet ile ilgili bir emir veya yasaklama mevcut değildir. Kanaatimizce, TMK m.336 hükmü eşler arasında cinsiyet temelli bir ayırım yapmadığı için Ek 7 No’lu Protokolün 5. Maddesine aykırı olarak değerlendirilemeyecektir. Ancak bu hükmün gerçek anlam ve değerini ortak velayet düzenlemesi ile bulacağı da kesindir.

⁷¹ LEACH, Philip: Taking a Case to the European Court of Human Rights, Oxford 2011. s.454.

⁷² <http://echr.ketse.com/doc/31061.96-en-20000711/>

Yine Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 3. Maddesi de boşanma sonrası velayet kararı verilirken çocuğun yararının esas alınması gerektiğini ifade etmektedir.

Hem Kiremitçi⁷³ hem Şen/Aybay,⁷⁴ hem de Canyaş'ın⁷⁵ çalışmalarında işaret edildiği üzere, boşanma sonrasında ortak velayete karar verilmesi çocuğun yararınadır.

Bu durumda Türk yasa koyucusunun derhal, ortak velayete izin veren bir düzenleme yapması gerekmektedir. Boşanma sonrasında ortak velayeti bir kurum olarak düzenlerken, çocuğun yararını gözetmesi ve eşler arasında eşitliği sağlar biçimde olmasına dikkat etmesi gerekmektedir.

III. İSVİÇRE HUKUKUNDA ORTAK VELAYET DÜZENLEMESİ

İsviçre Medeni Kanununda ortak velayet ile ilgili yeni düzenlemeler yapılmadan önce, İsviçre Medeni Kanunu (İMK) m.297 ve TMK m.336 aynı hükümler ihtiva etmekteydi. İsviçre'de, 1998, 2002, 2011 ve en son 2014 yıllarında yasal değişiklikler yapılarak ortak velâyet bir kurum olarak düzenlenmiştir. 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren düzenleme ile kural olarak boşanma kararı, çocuk üzerindeki ortak velayeti etkilemeyecektir.

İMK m. 296 çocuk üzerindeki velayet hakkını düzenler. İlk fıkra velayetin çocuğun üstün menfaatine hizmet edeceğini öngörmektedir. İkinci fıkra ise ergenlik çağına kadar çocuğun anne babanın ortak velayeti altında olacağı ifade edilmiştir. Hüküm uyarınca anne babanın evli olup olmamasından bağımsız olarak çocuk, ana babasının ortak velayeti altındadır. O nedenle, anne ve baba boşandıktan sonra da çocukları üzerindeki ortak velayeti devam ettirirler⁷⁶.

⁷³ KİREMİTÇİ, s.94.

⁷⁴ ŞEN/AYBAY, s.589-615.

⁷⁵ BAYATA CANYAŞ, s.310-331. Canyaş 1982-1999 yıllarında yapılan 33 çalışmanın sonuçlarına göre ortak velayet tek başına velayete nazaran çocuğun boşanmaya alışmasında daha iyi sonuçlar göstermiştir. Dolayısıyla, ortak velayet çocuk yararındadır.

⁷⁶ ÖCAL APAYDIN, Bahar: "İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145, Eylül 2016, s.631-658. s.641-643.

Boşanma davasında hâkim anne ve babanın haklarını ve yükümlülüklerini İMK m. 133 uyarınca belirleyecektir. İMK m.133⁷⁷ şöyledir:

“Mahkeme, ana baba- çocuk ilişkisinin yasal sonuçları hakkındaki hükümlere göre ana baba haklarını ve yükümlülüklerini düzenler.

Mahkeme özellikle;

1. Ana baba yükümlülüklerini (velayet)
2. İkametgâhı
3. Kişisel ilişki kurulmasını (m.273) veya ana baba yükümlülüklerinin bölüşülmesini
4. Çocuğun bakımına katkıyı; düzenler.

Mahkeme, çocuğun üstün yararı için önemli olan bütün durumları dikkate alır. Mahkeme, ana ve babanın ortak teklifini ve mümkünse çocuğun fikrini de göz önünde bulundurur.

Mahkeme, çocuğun bakımına katkının, çocuk erginliğe eriştikten sonra da ödenmeye devam etmesine karar verebilir.”

Görüldüğü üzere, artık İsviçre hukukunda boşanmada tek başına velâyet kural olmadığı gibi, birlikte velâyet de istisna değildir; her bir boşanma bakımından mahkeme somut olayın koşullarına göre velâyeti düzenleyecektir⁷⁸. Ancak İMK m.298'e göre, boşanma davasında veya evlilik birliğini koruma işlemlerinde, eğer çocuğun üstün yararının korunması için gerekli görülürse, hakim eşlerden birine tek başına velayet verebilecektir.

IV. TÜRK HUKUKUNDA ORTAK VELAYET KURUMU HAKKINDA YASAL DÜZENLEME YAPMA GEREĞİ

Ortak velayetin avantaj ve dezavantajları literatürde tartışılmaktadır. Biz bu çalışmanın odağının bu olmadığını ifade etmiştik⁷⁹.

⁷⁷ Bu hüküm kadar önemli bir hükümde m.134 hükmüdür. Bu hükme göre boşanma kararından sonra, velayete ilişkin değişikliklere çocuk koruma makamı karar verecektir.

⁷⁸ BİRİNCİ UZUN, Tuğba: "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli ", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt.6, 2016, s.135-166, s.155.

⁷⁹ Dezavantaj olarak, ortak velayetin zaten anlaşılmayan eski eşlerin çocuğu aralarında bir koz olarak kullanmaları riski düşünülebilir. Bu konumdaki kişilerin, ortak çocukları ile ilgili önemli konularda ivedilikle uyuşarak ortak karar alabileceklerinin çok gerçekçi olmadığı ileri sürülmektedir. Avantaj olarak ise, Türk hukukunda anlaşmalı boşanmanın kabulünden sonra, eşlerin medeni kişiler olarak ilişkilerini belirli bir seviyede çocukları

Kiremitçi tarafından hazırlanan doktora tezinde, Türkiye’de 120 kişinin katıldığı anket çalışmasında boşanma durumunda çocuğun velayeti kimde olmalıdır sorusuna 55 kişi anneye, 17 kişi babaya yanıt verirken 48 kişi ortak velayetten yana görüş belirtmişlerdir⁸⁰. Ortak velayetin yargı kararları ile mümkün olmadığı bir dönemde toplumun boşanma sonrası ortak velayeti azımsanmayacak bir oranda onayladığı görülmektedir.

Türkiye olarak üyesi olduğumuz Avrupa Konseyi, ortak velayetle ilişkilendirilebilecek Avrupa Konseyi Eşitlik ve Ortak Ana Baba Sorumluluğu Babaların Rolü Üzerine 2079 (2015) Sayılı Tavsiye Kararı başlıklı bir tavsiye kararı almıştır⁸¹. Bu kararda, ana ve baba arasındaki eşitliğin sağlanması, çocuğun büyüme döneminde ana ve babanın birlikte rol almasının çocuğun gelişimine olumlu yönde katkı sağlayacağını, küçük yaşta çocukların gelişimi açısından ananın yanı sıra babanın da

için devam ettirdikleri durumlar düşünülmektedir. Özellikle, kültür seviyesi yüksek çevrelerde anne babanın çocuk üzerinde ortak söz hakkı sahibi olmak istediklerine şahit olunmaktadır. Çocuk psikolojisi açısından da bu yönde bir karar verilmesi, çocuğun, velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn tarafından terk edildiği hissini de giderecektir. Velayet hakkına sahip olmayan, ancak masrafları ödeyen ebeveynin, çocuğun hayatında daha aktif yer alarak çocuk ile ilişkisi kuvvetlenecektir. Ancak, yukarıdaki dezavantaj da düşünüldüğünde, hakimin ortak velayete yönelik talep karşısında, boşanma davasındaki eşlerin ilişki durumunu da dikkate alarak takdir yetkisini kullanması gerekmektedir. MAĞDUR ÇOCUK HAKLARINA İLİŞKİN ÖNERİLER Danışman: Prof. Dr. Feridun YENİSEY, İstanbul 2017, s.47.

⁸⁰ KİREMİTÇİ, s.40 Ortak velayet düzenlemesinin yasal olarak mümkün olduğu Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa ülkelerinde yapılan çalışmaların sonucunda ortak velayetin, tekli velayete göre çocuğun uyumu ve ebeveynleriyle kurduğu kişisel ilişki açısından daha iyi olduğunu ortaya konmuştur ve çalışma sonuçlarının velayet düzenleme şeklinin, ebeveynlik becerileri ve ebeveynler arası ilişki nitelikleri ve psiko-sosyal kaynaklar üzerinde etkili ve önemli olduğu noktasında birleştikleri görülmektedir.⁸⁰ Kiremitçi “ülkemizde ortak velayetin yasal olarak tercih edilebilecek bir velayet düzenlemesi olmasına imkân sağlayacak hukuki değişikliklerin yapılması ve bu alana dair farkındalık düzeylerinin artırılmasına yönelik çalışmaların yapılması gerektiği düşünülmektedir.” sözleriyle vardığı sonucu açıklamaktadır. KİREMİTÇİ, s.95. Usta’ya göre “Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulaması ve Avrupa Konseyince, belli koşullarda birlikte velayet uygulamasının, cinslerarası eşitliği de sağlamak üzere çocuk yararına olduğu tartışması kabul etmektedir.” USTA, s.122-123.

⁸¹ <http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnNveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMjIyMCZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdc9QZGYvWFJiZi1XRClBVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xslparams=ZmlsZWlkPTIyMjIy>

önemli bir faktör olduğunu ve babanın rolünün resmen tanınması gerektiğini ifade etmiştir⁸².

Türk hukuk sisteminin dahil olduğu Kara Avrupası ülkelerinin neredeyse tamamında⁸³ ortak velayet bir kurum olarak kanunla düzenlemiştir⁸⁴.

Yukarıda dile getirildiği üzere, Türk Medeni Kanununda, boşanan eşlerin ortak çocuklarının velayetini, boşanmadan sonra da, birlikte yürütüp yürütemeyeceği hususunda gerçek bir kanun boşluğu vardır. Bu boşluğu Yargıtay 2. HD, TMK m.1 hükmüne uygun olarak hukuk yaratarak doldurmaktadır. Ancak bir hukuk devletinde durumun böyle sürdürülmesi kanaatimizce doğru değildir. Türk Medeni Kanununda boşanma sonrası ortak velayet bir kurum olarak düzenlenmelidir. Boşanan eşlerin, çocuğun üstün yararı aksini gerektirmedikçe, velayeti evliyken olduğu gibi boşandıktan sonra da birlikte yürütmelerine olanak tanıyan, hakimin bu noktada karar verirken dikkate alması gereken hususları gösteren açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu noktada, Ek 7 No'lu Protokol 5. Maddesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 3. Maddesi, İMK 133. Maddesi hükümleri ve konu hakkında mevcut Yargıtay uygulaması göz önünde bulundurularak Türk Medeni Kanununa bir hüküm eklenmelidir⁸⁵. Zira, ortak velayet çocuğun üstün yararı gereğidir.

Bu konuda değerli eserler veren ve aslında konunun tartışılmasında büyük emeği olan Öztan “hiç şüphe yoktur ki en iyi ve en basit çözüm kanun koyucunun bu maddeyi değiştirmesidir.” demiştir⁸⁶. Akyüz’e göre de “Türk Medeni Kanununun 182. ve 336. Maddeleri yeniden düzenlenmeli, kanuna çocuğun yüksek yararı gerektirmedikçe boşanan ana babanın velayeti birlikte kullanılmasına imkan tanıyan açık bir hüküm konulmalıdır.”⁸⁷ Baygın’a göre de Türk Medeni Kanununda İsviçre’de olduğu gibi belirli koşullarla boşanmadan sonra ortak velayete imkan

⁸² GÜLGÖSTEREN, s. 167.

⁸³ Avrupa Birliği için şu linkten kontrol edilebilir. https://e-justice.europa.eu/content_parental_responsibility-302-en.do

⁸⁴ “İsviçre, Almanya, Hollanda, Avusturya gibi ülkelerde tartışmalar sonucunda düzenlemeler yapılmış, velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılması mümkün hale getirilmiştir.” GÜLGÖSTEREN, s. 168 “Benzer şekilde, İngiltere, Fransa ve Almanya’da da boşanma ya da ayrılık sonrası ana ve babanın çocuklarının velayetine birlikte sahip olabileceklerine ilişkin düzenlemeler mevcuttur.” SÜZEN, s.42.

⁸⁵ Bu çözüm Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi madde 9’a da uygun olacaktır.

⁸⁶ ÖZTAN, Birlikte Velayet, s.260.

⁸⁷ AKYÜZ, s.236.

taniyan açık bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır⁸⁸. Şeker de aynı kanaattedir. "...Bu kanaatimiz bundan yararlanmak isteyen eşler için TMK'nın 336/son fıkrasına ilave edilecek bir düzenleme ile olanaklı kılınabilir.⁸⁹" Özdemir'e göre de "Elbette ki eşlerin rızasına bağlı olarak ve hâkimin da uygun görmesine bağlı olarak uygulanabilecek ortak velayet kurumunun kabul edilmemesi bir eksikliklerdir.⁹⁰" Bingöl de aynı kanaattedir. "Velayetin özellikle günümüz hukukundaki anlamı, işlevi ve amacı göz önüne alınır TMK'da da ilgili hükümlerin değiştirilmesi kaçınılmaz olmuştur.⁹¹" Arkan Serim de benzer düşüncededir. "Şüphesiz, yapılacak bir yasa değişikliği ile boşanma sonrası ortak velayete açıkça imkan tanınması uygun olacaktır.⁹²" Boşanmış Babalar Platformu⁹³ ve Boşanmış Anneler Derneği de ortak velayetten yana olduklarını deklare etmişlerdir⁹⁴.

Dolayısıyla, Türk kanun koyucusunun boşanma sonrası ortak velayete izin veren bir düzenleme yapması gereği çok açıkça ortadadır⁹⁵. Fikrimizce, sadece ortak velayete izin veren değil, bir bütün halinde bu kararın verilmesi için gerekli ilkeleri ve düzenlemeleri içeren hatta İsviçre'dekine benzer bir çocuk koruma kurumu ihdas eden kapsamlı bir yasal değişiklik yapılmalıdır⁹⁶.

Bu noktada, kişisel kanaat olarak, birtakım ilkeleri ortaya koymak gerekirse: İlk olarak, ortak velayet boşanma sonrası için de bir istisna değil, kural olmalıdır. Böylelikle ortak velayetten ayrılan hakim gerekçesini açıkça ortaya koymalıdır. Daha da ötesi, bu gerekçe çocuğun üstün yararına da uygun düşmelidir. Ortak velayet çocuğun üstün menfaati gereği olmalıdır. Çocuğun üstün yararına aykırı durumlarda, taraflar

⁸⁸ BAYGIN, s. 268.

⁸⁹ ŞEKER, s. 120 Dipnot 10.

⁹⁰ ÖZDEMİR, Saibe Oktay: "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı" Public and Private International Law Bulletin, Volume: 35, Issue: 1, 2016, s.29-46, s.39.

⁹¹ BİNGÖL, Ediz: "Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 2, Yıl: 2014, s.276-312, s.278.

⁹² ARKAN SERİM, s.6085.

⁹³ <http://www.bosanmisbabalar.com/>.

⁹⁴ <http://www.hurriyet.com.tr/bosanmis-babalar-ile-bosanmis-anneler-el-ele-6705095>.

⁹⁵ Bu noktada, kanun metni için öneriler de sunulmuştur. Örneğin, Birinci Uzun'un önerisi: TMK md.336 f.3 hükmü şu şekilde değiştirilebilir: "Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada ise hâkim, çocuğun yüksek (üstün) yararı doğrultusunda, velâyetin ana ve baba tarafından birlikte veya ana ya da baba tarafından tek başına kullanılmasına karar verebilir". BİRİNCİ UZUN, s.163.

⁹⁶ Çocukla kişisel ilişki hakkını kullanmak isteyen ana veya baba icra marifetiyle değil, bu kurum araçlığıyla, çocukla iletişime geçebilir.

anlaşsa dahi ortak velayete karar verilememelidir. Üçünü olarak, velayetin eşlerden kaldırılması için sebep olmamalıdır. Böyle bir sebep varsa ortak velayete karar verilemez. Eşlerden her ikisi için de böyle bir sebep varsa velayet kaldırılarak çocuğa bir vasi tayini gerecektir. Son olarak, eşlerin velayeti ortak olarak sürdürebilecek feraseti olmalıdır. Ortak velayet halihazırda boşanmış eşler için mevcut olan sorunlar üzerine yenilerini eklememeli, aralarındaki sorunları çocuklarına yansıtmayacak ve onun için en uygun kararları alabilecek anne babaya tanınmalıdır.

SONUÇ

Fikrimizce, Türk Medeni Kanununun velâyetle ilgili m.182/2 ve m.336 hükümleri ortak velâyeti, kesin olarak yasaklamamaktadır. Bir temel hak olarak görülebilecek ortak hayata son verilmesi sonrası ortak velâyetin yasaklanması için 1982 Anayasasına göre bir kanun hükmüne ihtiyaç vardır. Böyle bir hüküm de olmadığına göre kanımızca ortak velâyet meselesinde özgürlük esas alınmalıdır. Kanaatimize göre TMK m.336'da Türk Medeni Kanununda, boşanan eşlerin ortak çocuklarının velayetini, boşanmadan sonra da, birlikte yürütüp yürütemeyeceği hususunda gerçek bir kanun boşluğu vardır. Bu boşluğu Yargıtay 2. HD., TMK m.1 hükmüne uygun olarak hukuk yaratarak doldurmaktadır. Ancak bir hukuk devletinde durumun böyle sürdürülmesi kanaatimizce doğru değildir.

Türk Medeni Kanununda boşanma sonrası ortak velayet bir kurum olarak düzenlenmelidir. Boşanan eşlerin, çocuğun üstün yararı aksini gerektirmedikçe, velayeti evliyken olduğu gibi boşandıktan sonra da birlikte yürütmelerine olanak tanıyan, hakimin bu noktada karar verirken dikkate alması gereken hususları gösteren açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu noktada, Ek 7 No'lu Protokol 5. Maddesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 3. Maddesi, İMK 133. Maddesi hükümleri ve konu hakkında mevcut Yargıtay uygulaması göz önünde bulundurularak Türk Medeni Kanununa bir hüküm eklenmelidir.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Aile Hukuku (2014), 16. Bası, İstanbul 2014
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Aile Hukuku (2017), 20. Bası, Beta, İstanbul 2017
- AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, Ankara 2015

- ARKAN SERİM, Azra: “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:14 Sayı:167, s.6075-6088
- AYİTER, Nuşin, “Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkındaki Görüşler”, AÜHFD S.11-4, s.145-167
- BAKTİR ÇETİNER, Selma: Velayet Hukuku, Yetkin, Ankara 2000
- BAYATA CANYAŞ, Aslı: “Why Not Enforce? A Critical Analysis of the Refusal to Enforce Foreign Joint Custody Judgments in Turkish Courts”, International Journal of Law, Policy and the Family, Vol.27, No.3, 2013
- BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010
- BİNGÖL, Ediz: “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 2, Yıl: 2014, s.276-312
- BİRİNCİ UZUN, Tuğba: "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yaranı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli ", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt.6, 2016, s.135-166
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III (Aile Hukuku), 13. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- ELÇİN, Gülçin: “Türk ve İsviçre Aile Hukukundaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi” Bağçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145, Eylül 2016, s. 49-58
- ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Seçkin, İstanbul 2018.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: “Ortak Velayet” (Ortak) İzmir Barosu Dergisi 8 Mart 2017 Özel Sayısı <http://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/8-mart-2017-ozel-bulten20173813332417.pdf>.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Çocuk ve Hukuk: Üçüncü Oturum: Aile Hukuku ve Çocuk: Boşanma ve Velâyet Hukukuna İlişkin Sorunlar (Çocuk ve Hukuk), Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 20, Temmuz 2011
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Velayet Hukuku (Velayet), Yetkin Yayınları, Ankara 2015
- GÜLGÖSTEREN, Zeynep Azya: “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2017, s.157-180
- HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 6. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2018
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Aile Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- KIRCA, Çiğdem: “Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama” AÜHFD cilt 50, sayı 1, 2001, s.91 -119
- KİREMİTÇİ, Müge: Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, Legal, İstanbul 2015
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004
- KÖSEOĞLU, Bilal/KOCAAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, 2. Basım, Ekin Yayınevi, Bursa 2011
- LEACH, Philip: Taking a Case to the European Court of Human Rights, Oxford 2011
- MAĞDUR ÇOCUK HAKLARINA İLİŞKİN ÖNERİLER Danışman: Prof. Dr. Feridun YENİSEY, İstanbul 2017
- ÖCAL APAYDIN, Bahar: “İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak

- Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145, Eylül 2016, s.631-658
- ÖZDEMİR, Saibe Oktay: “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı” Public and Private International Law Bulletin, Volume: 35, Issue: 1, 2016, s.29-46
- ÖZTAN, Bilge/ ÖZTAN, Fırat: “Boşanmada Velayetin Tevdii” Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 473-495, 2016
- ÖZTAN, Bilge: “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet” (Birlikte Velayet), Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku (Aile), 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015
- REYHANİ YÜKSEL, Sera: Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, Legal, İstanbul 2016
- SERDAR, İlknur: “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 1, İzmir 2008, s. 155-197
- SEROZAN, Rona: “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler” (Soybağı), Prof. Dr. Bilge Öztan Armağanı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 759-777
- SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku (Çocuk), 2. Baskı, Vedat, İstanbul 2017
- SOLAK, Özlem Ezgi: Boşanmanın Çocuklar Bakımından Hukuki Sonuçları (yayımlanmamış yüksek lisans tezi) Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014
- SÜZEN, Begüm: “Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 133, Eylül 2015, s.27-52
- ŞEKER, Hilmi: “Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Geçici Önlem Olarak; Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisıyla Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri”, Adalet Dergisi, 2003 No:17 s.114-129
- ŞEN, Bülent/AYBAY, Erdem: “Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s.589-615 <https://jurix.com.tr/article/55625/22>.
- USTA, Sevgi: Velayet Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016 <http://echr.ketse.com/doc/31061.96-en-20000711/> <http://semanticpace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnceG1sL1hSZWYvWDJlURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMjlyMCZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdc9QZGYvWFJlZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA=&xslparams=ZmlsZWlkPTIyMjIw>
- <http://www.bosanmisbabalar.com/>
- <http://www.hukukmedeniyeti.org/makale/13514/bosanma-halinde-ortak-velayet-artik-mumkundur/>
- <http://www.hukukmedeniyeti.org/makale/13514/bosanma-halinde-ortak-velayet-artik-mumkundur/>
- <http://www.hurriyet.com.tr/bosanmis-babalar-ile-bosanmis-anneler-el-ele-6705095>.
- https://e-justice.europa.eu/content_parental_responsibility-302-en.doKazancı İçtihat Bilgi Bankası
- www.hukukturk.com www.lexpera.com.tr

