

BİRLİKTE VELÂYET

*Yrd. Doç. Dr. İlknur SERDAR**

GİRİŞ

Aile kavramı ve çocuk ile anne baba arasındaki ilişki toplum için önemi nedeniyle her zaman hukuk biliminin konusunu oluşturmuştur. Toplumun sosyal ve ekonomik yapısı aile yapısını da etkilemektedir. Aile yapısındaki değişime göre, çocuğun hukuksal konumu ve çocuk ile ana baba arasındaki ilişki şekillenmektedir. Eski hukuk sistemleri, modern hukuku daha iyi anlamamıza yardımcı olurlar. Tarihsel gelişimin, çocuk hukuk ve onun en önemli kısmını teşkil eden velâyet hakkı bakımından büyük önemi vardır. Bugün aile kavramının değişimi ile hukukun çocuğa ve çocuk ile ana baba arasındaki ilişkiye bakış açısı eski hukuk sistemlerine, hatta yüzyılımızın başındaki görüşlere nazaran bile oldukça değişmiştir.

Tarıma bağlı toplumda ataerkil aile yapısında ana dâhil çocuk ve evde yaşayanların üzerinde baba hâkimiyeti kendisini göstermeydi. Eski Roma ve Cermen toplumlarında aile kendi içine kapanmış durumdaydı. Aile ekonomisinin esas itibarıyla basit bir kapalı ekonomi şeklinde cereyan ettiği bu toplumlarda, aile, müşterek ve otokratik bir ekonomi birimi anlamını taşımaktaydı. Ailenin sıkı ve sert disiplinle idare edildiği bu devirde, baba otoritesi esastı. Roma Hukuku ana babanın birlikte ve eşit olarak kullandıkları bir velâyeti tanımamıştı. Sadece babanın sınırsız hâkimiyet hakkı vardı. Bu hâkimiyete yalnız çocuklar değil, aile babasının (pater familias) ailesine dâhil olan her birey (kadın da) tabi idi. Aile babasının aile çocukları (çocuğu, torunu, torununun çocuğu vs.) üzerindeki hâkimiyet hakkı özel

* D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

bazı nedenlerle sona ermediği sürece çocuğun yaşına bakılmaksızın, babanın ölümüne kadar devam ederdi. Babanın çocuklar üzerindeki yetkisi sınırsızdı. Aile babası çocuklarını satabilir, bir organını kesebilir, hatta öldürebilirdi. Aile babası kullandığı bu yetkilerinden dolayı devlete karşı hiçbir şekilde sorumlu değildi. Zamanla imparator emirnameleri ile velâyete bir takım sınırlamalar getirilmiş olsa da babanın hâkimiyetinin kaldırılması Roma Hukukunda söz konusu olmamıştır¹.

Cermen Hukukunda da baba çocuk üzerinde “munt” adı verilen bir velâyete sahipti. Munt, esas itibariyle babaya çocuğun yararları için tanınmıştı. Gerçi bu hukuk düzeninde de ev reisi çocuğun hayatı ve ölümü hakkında karar vermek yetkisine sahipti. Fakat aynı zamanda, çocuğu korumak dışı karşı temsil etmek ve mallarını idare etmekle de yükümlüydü. Hatta baba mallara verdiği zarardan dolayı sorumluydu. Cermen Hukukunda, baba hâkimiyeti, Roma Hukukunun aksine, bu hukuk sisteminin daha ilk gelişim evrelerinden itibaren “çocuğun güvenliği” kavramının etkilerini yansıtmıştır. Esasen “Munt” kavramı içinde “koruma” ve “kayıрма” anlamı da bulunmaktadır. Cermen Hukukunda babanın velâyeti Roma Hukukundaki gibi sürekli değildi. Çocuk, kendi geçimini kendi kazanabilecek duruma geldiğini kanıtlayıp baba evinden çıkınca baba hâkimiyetinden kurtulurdu. Ananın velâyet hakkı ise ancak babanın ölümünden sonra söz konusuydu².

İslamiyeti kabul etmeden önce, eski Türklerde de babaerkil bir aile düzeni vardı. Ana, ancak babanın yokluğunda velâyet hakkına sahip olabiliyordu. Bu dönemde ayrıca bir nevî velâyet diyebileceğimiz yetiştirme hakkına ana ve babanın dışındaki kimselerin de sahipti. Eski Türklerde çocuk sahibi olmanın toplumsal önemi dolayısıyla, çocuğu olmayanlara evlat edinebilme hakkı tanınmıştı. Evlat alan kimse, evlat edinilen çocuğu korumak, yetiştirmek ve topluma kazandırmak zorundaydı³.

¹ **Baktır Çetiner**, Selma; Velayet Hukuk, Ankara 2000, s. 25.

² **Baktır Çetiner**, s. 25; **Akyüz**, Emine; Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, Ankara 1983, s. 20.

³ **Baktır Çetiner**, s. 27.

İslam Hukukunda ise velâyet babaya aitti. Ana velâyetle ilgili değildir. Baba velâyeti kullanamaz hale gelirse, küçüğe bir vasi atanır. Ananın vasi olarak atanabilmesi için bu görevi yerine getirecek nitelikte bulunması gerekir. Yani, ananın hür, mümeyyiz, reşit, itimada layık ve haysiyetli olması şarttır. Ana bu nitelikteyse başkası vasi atanamaz. Bu kural yani ananın çocuğun velisi değil de ancak vasisi olabilmesi Kur'an ve Hadiste yer almayıp içtihadidir⁴.

Fransız devrimi sonrası değişim aileye de yansımıştır. Ondokuzuncu yüzyıla gelindiğinde, ana baba birlikte çocukları üzerinde söz sahibi olmaya başlamıştır. Önceleri bu hak daha çok ev reisinin yerini alan babaya tanınmıştır⁵. Ana-baba, çocuk üzerinde söz hakkı sahibi olsa da aralarında bir eşitlik söz konusu değildi. Babanın oyu üstündü. Ayrıca velâyet hakkının hak sahibi, başka deyişle ana baba yararına tanınmış bir tabii hak olduğu kabul ediliyordu. Eşya üzerindeki hak ile velâyet hakkı arasında bir paralellik görülüyor, bu nedenle çocuğun davranışlarının, tıpkı malikin eşya üzerindeki tasarruf yetkisinde olduğu gibi, hâkimiyete sahip olan kişinin tayin edeceği kabul ediliyordu⁶.

Özellikle 1950'li yıllarla birlikte tarım toplumundan sanayi toplumuna geçişle aile yapısında önemli değişiklikler oldu. Büyük aileden çekirdek aileye dönüşüm başladı. 1970'li yıllara gelindiğinde feminist hareketle birlikte, kadının bir birey olarak toplumda ve iş yaşamında yerini almaya başlamasıyla aile içindeki klasik rol paylaşımı değişti. Artık kadının rolü evde ev işi yapıp çocukla ilgilenmek, erkeğin ise dışarda çalışıp ailenin geçimini temin etmek değildi. Her ikisi de dışarıda çalışıyor, her ikisi de çocukları ile ilgileniyordu. Bu değişim ana babanın çocuk üzerindeki eşit söz hakkı sahibi olması gerekliliğini beraberinde getirdi. 1980'li yıllardan itibaren ise boşanmaların artması, evlilik dışı birlikte yaşam şekline toplumsal

⁴ **Baktır Çetiner**, s. 27.

⁵ **Baktır Çetiner**, s. 26.

⁶ **Akyüz**, s. 21.

bakışın değişimi ile çekirdek aile yapısının yerini mozaik aile yapısı almaya başladı⁷.

Uzun yıllar boyunca, çocuk ile ana baba arasındaki ilişki bir egemenlik ilişkisi olarak görülmüş, çocuk hak sujesi olarak kabul edilmemiştir. Toplumdaki gelişmeler sonucu aile yapısının değişmesiyle, çocuk hak sujesi olarak kabul edilmiş, bunun paralelinde de çocukların korunması hukuk düzenlemelerinde önem kazanmıştır. 1900'lü yıllarda çocuk hakları kavramı ortaya çıkmış ve çocuk hakları uluslararası hukuk alanında korunmaya başlanmıştır. Birinci Dünya Savaşından sonra, Milletler Cemiyeti Döneminde, Cenevre'de çocuk ticaretine karşı ilk uluslararası konferans toplanmış; 1924'de de Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesinde çocuk hakları ilk kez özel olarak korunmaya alınmıştır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'daki çocuk kıyımının ardından çocukların işgüçlerinin ve cinselliklerinin sömürülmesi artınca, uluslararası platformda buna karşı hareketlilikte artmıştır. 1959 yılında 1924 Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi esas alınarak çocuk haklarını koruyup geliştirme sürecinde en önemli kilometre taşı olarak nitelendirilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi çıkarılmıştır. 1989 yılında çocuk haklarının korunmasında önemli bir yere sahip olan ve çok sayıda devlet tarafından benimsenen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi imzalanmıştır. Böylece bağlayıcı olmayan 1959 tarihli Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi bağlayıcı bir sözleşmeye dönüşmüştür.

Aile yapısının farklılaşması, Çocuk Haklarının kabulü ile birlikte çocuk ile ana baba arasındaki ilişkilerde de değişimler ortaya çıkmıştır. Evlilik birliği içinde, ana babanın müşterek çocukları üzerinde velâyet hakkına birlikte sahip olacağı kabul edilip, boşanma sonrasında ya da evlilik birliği dışındaki ilişkilerde, ana babanın müşterek çocukları üzerinde velâyet hakkına birlikte sahip olabileceği dahi akla gelmez iken, ana babanın evlilik birliği sona erdiğinde veya hiç kurulmadığı hallerde de müşterek çocuklarının velâyetine birlikte sahip olup kullanabilecekleri tartışmaya başlanmıştır. Bu tartışmalar neticesinde İsviçre Almanya'da evlilik birliği sona

⁷ **Dahan**, Jocelyne; Die Rechte des Kindes, die Gesetzgebung in Scheidungsfragen, Ein Kind hat das Recht auf beide Eltern, Berlin 1997, s. 101.

erdiği veya hiç kurulmadığı hallerde ana babanın müşterek çocuklarının velâyetine birlikte sahip olabileceği kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. Biz bu çalışmamızda Hukukumuz açısından evlilik birliğinin sona erdiği veya hiç kurulmadığı hallerde ana babanın birlikte velâyetinin mümkün olup olmadığını incelemeye çalışacağız.

I. BİRLİKTE VELÂYET KAVRAMI

Birlikte velâyetten önce kısaca velâyet kavramına ve Medeni Kanunumuzda düzenlenmesine bakmak faydalı olacaktır. Velâyet kavramı, Türk Medeni Kanununda tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, Türk Medeni Kanununun 339. maddesi hükmü çerçevesinde genel olarak velâyet kavramının içeriğinin belirlenmesi mümkündür.

Geniş anlamda velâyet; küçüklerin ve istisnai olarak kısıtlı ergin çocukların bakım, koruma ve çeşitli yönlerden yetiştirilmesini sağlamak amacıyla, ana babanın, çocukların kişiliklerinin ve mallarının korunmasıyla, onların temsili konusunda sahip oldukları hak, yetki ve ödevlerdir⁸. Ana babanın çocukla ilgili karar alma yetkisi, öncelikli bir yetki olarak devlet, üçüncü kişiler ve çocuk karşısında geçerlidir⁹.

Velâyet hakkı ana ve babaya, istisnai olarak çocuk evlat edinilmişse evlat edinene tanınmıştır. Ana baba, çocukları üzerinde yasa tarafından yetkili kılınmalıdır. Çocuk üzerinde, ana babadan ve evlat edinenden başka

⁸ **Köprülü-Kaneti**; Aile Hukuku, İstanbul 1985-1986, s. 248; **Öztañ**, Bilge; Aile Hukuku, Ankara 2004, s. 364; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, Medeni Hukuk, Ankara 2000, s. 1057; **Akıntürk**, Turgut; Aile Hukuku, C.2, İstanbul 2006, s. 294; ayrıntılı bilgi için bkz., **Baktır Çetiner**; **İmamoğlu**, S. H.; Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velâyete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, AÜHFD. C.54 S. 1, s. 166.

⁹ **Schwenzer**, I.; Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Honsell/Vogt/Geiser), Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, Bası 2002, Art 301 N.2; **İmamoğlu**, s. 166.

kimselerin velâyet hakkı yoktur¹⁰. Ana babaya tanınan yetki, çocuğun bakımı çıkarlarının korunması, temsili, eğitimi, malvarlığının yönetimi için hukuki bir temel oluşturur¹¹. Esasen başkası hakkında karar verme yetkisini içeren velâyet, kanunen soybağı ilişkisini gerektirir¹². Diğer bir söyleyişle, velâyet, sadece çocukla arasında hukukî soybağı bulunan kişilere tanınır. Velâyet hakkı, modern hukuk düzenlerinde ana babaya birlikte tanınmıştır.

Ana baba velâyet hakkına doğum olayıyla sahip olurlar¹³. Bu yönüyle velâyet hakkı inhisarî niteliktedir. Çocuklar ana babadan haksız bir surette alınamazlar¹⁴. Bununla birlikte, hâkim çocuğun korunması yönünden gerekli görürse velâyetin kullanılmasına her zaman müdahale edebilir¹⁵.

Velâyet hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Ana baba, velâyet hakkını başkasına devredemezler ve bu haktan vazgeçemezler. Ancak, özel hallerde, belirli bazı görevlerin icrası için üçüncü kişilere yetki verebilirler¹⁶. Örneğin, özel öğretmen tutulması durumunda öğretmen, velâyetten doğan çocuğun eğitimi görevini üstlenmektedir. Bu yetki kısmen veya hatta tamamen üçüncü şahıslara verilse bile velâyet yine de ana babaya ait olarak kalır¹⁷. Velâyet ancak, belirli sebeplerin meydana gelmesi sonucunda mahkeme kararı ile ortadan kaldırılabilir (TMK. 348 md.). Çocuk yasal bir neden olmaksızın ana babadan alınmaz (TMK. 335.md.). Velâyette, veli, velâyetten yani veli olmaktan kendiliğinden vazgeçemez¹⁸.

¹⁰ Schwab/Heinrich, *Entwicklungen des Europäischen Kindesrechts*, Bielefeld 1994, s. 135; Akıntürk, s. 295.

¹¹ Öztan, s. 625.

¹² Schwenger, Art.296 N.9; İmamoğlu, s. 169.

¹³ Öztan, s. 626.

¹⁴ TMK.335/I “yasal bir sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınmaz” ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 9. maddesi “yasalara uygun ve temyiz yolu açık olmak üzere yetkili makamlarca verilmiş bir karar bulunmadıkça çocuğun, ana babasından, onların rızası olmadıkça alınamayacağı hükme bağlanmıştır.

¹⁵ Öztan, s. 627, 628.

¹⁶ Öztan, s. 365.

¹⁷ Öztan, s. 627; Yılmaz, Hamdi; İsviçre Çocuk Hukuku, Trabzon, 1995, s. 59.

¹⁸ Köprülü-Kaneti, s. 248; Öztan, s. 365; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1057.

Velâyetin asıl işlevi, çocuğa bağımsız kişilik kazandırarak kendi kendine yeter hale getirmektir¹⁹. Velâyetin bu işlevi, aynı zamanda onun kapsamını, sınırlarını da belirlemektedir. Velâyet, ana babanın çocuğa ilişkin sorumluluklarının ve yetkilerinin tümünü kapsar, bu bağlamda çocuğun genel-mesleki-dini eğitimi, çocuğa isim koyma, çocuğu temsili çocuğun mallarını yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması için hukukî temel oluşturur²⁰. Bu bağlamda velâyetin kapsamını oluşturan unsurların içeriğine kısaca bakacak olursak; Türk Medeni Kanununun 340. maddesine göre ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitmek ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlakî ve toplumsal gelişimini sağlayıp korumakla ve çocuğun yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Genel eğitimden anlaşılması gereken şey; çocuğun erdemli, onurlu, vatanını ve milletini seven dürüst ve namuslu bir insan olarak yetiştirilmesi için gerekli olan telkinlerde bulunmak, çocuğa daima iyi şeyler öğretmek, onun kötü yollara sapmaması ve kötü alışkanlıklar edinmemesi için her türlü çabayı sarf etmek olmalıdır²¹. Bunun yanında Türk Medeni Kanununun 341. maddesine göre çocuğun dini eğitimi belirlenme hakkı da ana ve babaya aittir. Dini eğitim iki hususu içermektedir. Birincisi dinin seçilmesi, ikinci ise, seçilen dine uygun eğitimin verilmesidir²². Ana ve baba kural olarak çocuklarını kendi inandıkları dine göre yetiştirebilecekleri gibi, çocukları için başka bir din seçmekte de tamamen serbesttirler²³. Türk Medeni Kanununun 339/V maddesi çocuğun adının

¹⁹ Çelik, C.; Velâyetin Kaldırılması, AÜHFĐ. C.54, S. 1, s. 256.

²⁰ Schwenger, Art.296, N.2; Öztan, s. 625; İmamoğlu, s. 166.

²¹ Çelik, s. 264; Akıntürk, s. 405.

²² Ana ve babanın çocuklarına herhangi bir dini inanç eğitimi vermeksizin yetiştirme hakkına sahip olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre ana ve babanın çocuğa dini eğitim verip vermemekte serbesttirler (İnan, s. 129; Akyüz, s. 47; Köprülü-Kaneti, s. 249; Turhan, N.; Ana-Babanın Çocuklarına Karşı, Çocukların Ana-Babaya Karşı Olan Hak ve Yükümlülükleri ve Ehliyet Sorunu, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2001, C.27, S. 3, s. 346), diğer bir görüşe göre ise; ana ve babanın çocuğu dini eğitim vermeksizin yetiştirme hakkı olmadığını, muhakkak dini bir eğitim verme zorunluluğu olduğunu ifade etmektedir (Akıntürk, s. 407).

²³ Çelik, s. 265; Ođuzman/Dural, Aile Hukuku, s. 279.

ana ve babası tarafından birlikte koyulacağı düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanununun 342/I maddesine göre velâyet hakkına sahip ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. Ana ve baba tarafından çocuk adına açılacak tüm davalar yönünden de geçerlidir.

Birlikte velâyet; çocuk üzerindeki velâyet hakkına ana babanın müş-tereken ve eşit olarak sahip olmasıdır²⁴. Velâyetin birlikte kullanılması ana ve babanın, çocuğun bakım, eğitim ve öğretimini birlikte yönetecekleri anlamına gelmektedir.

Birlikte velâyette, velâyet hakkının kapsamına giren hak ve yüküm-lülükleri ana ve baba kural olarak birlikte ve eşit hakka sahip olarak kullanır²⁵. Buna göre ana ve baba velâyet hakkı kapsamına giren konularda birbirlerine danışıp, ondan sonra kesin kararı vereceklerdir²⁶. Bunun sonucu olarak velâyetin kapsadığı hak ve ödevler ana ve baba arasında bölüneme-yecektir. Yani çocuğun şahsına özen ana ve babadan birine, malların yöne-tilmesi diğerine bırakılamayacaktır²⁷. Birlikte velâyet dışında, velâyetin ana ve babadan yalnız birine ait olması durumunda velâyet hakkına sahip olan taraf velâyeti diğerine danışmadan tek başına kullanabilecektir. Böyle bir durumda, çocuğun adını koyma hakkı, çocuğun mesleki, dini eğitimini belir-leme hakkı, çocuğu temsil etme hakkı velâyet hakkına sahip olan ana ya da babaya ait olacaktır. Velâyete sahip ana/baba velâyeti tek başına kullanacak diğer ana/baba ise buna müdahale edemeyecektir.

²⁴ İnan, A. N.; Çocuk Hukuku, İstanbul 1968, s. 125.

²⁵ TMK. 336/I ve Anayasa madde 41/I “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır”.

²⁶ Akyüz, s. 29; Kural çocuğun temsilcisi olan ana babanın birlikte dava açmalarıdır. Ancak ana/babadan biri tarafından açılacak davaya diğerinin sonradan icazetini bildirip olumlu iradesini ortaya koyması ile velâyetin birlikte kullanılması gerçek-leşmiş olacaktır 18.HD., 16.09.2002 T., 2002/6217 E., K.2002/7962 K. (YKD., Kasım 2002, s. 1697-1698).

²⁷ Akyüz, Emine; Medeni Kanunun Velâyete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi, İÜ. Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı, İstanbul 1999, (Velâyet), s. 648.

Birlikte velâyette, velâyetin kullanımı hususunda ana ve baba eşit söz hakkına sahiptir. Eski Medeni Kanununun 263. maddesinde yer alan babanın oyunu üstün kılan düzenleme kaldırılmıştır. Birlikte velâyette, velâyetin kullanılmasında ana baba anlaşmadıkları takdirde ne olacağı Türk Medeni Kanununda özel olarak düzenlenmiş değildir²⁸. Bu tür anlaşmazlık durumlarında Türk Medeni Kanununun 195. maddesindeki düzenleme uygulanarak anlaşmazlık çözümlenmektedir²⁹. Buna göre, ana-baba, anlaşamamaları durumunda velâyetin ne şekilde kullanılacağı hususunda mahkemeye başvurarak, hâkimden bu konuda kendilerine yardımcı olmasını isteyeceklerdir. Hâkim de onları uzlaştırmaya çalışacaktır. Buna rağmen ana baba uzlaşmazlarsa, hâkim bu takdirde uzman kişilerin yardımını isteyerek, anlaşmazlığı çözecektir.(TMK.195/II). Burada hâkim, ana babanın yerine geçerek, çocuk hakkında karar vermez. Hâkimin yapacağı ana babanın velâyetin kullanılmasında anlaşamadıkları konu ile ilgili olarak ana babanın fikirlerini dinleyip, hangisi çocuğun menfaatine daha uygunsa, o yönde anlaşmazlığı çözüme kavuşturacaktır³⁰.

II. ÇOCUĞUN YARARI İLKESİ

Çocuk hukukuna ve velâyete hâkim genel bir ilke olarak çocuğun yararı, özellikle çocuğun ana baba tarafından hak süjesi olarak idrak edilmesini, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesini ve çocuğun kişiliğinin çok yönlü geliştirilmesini gerektirir³¹. Çerçevesi esnek, belirli bir olayın özelliklerine göre somutlaştırılması gereken bir kavram olan çocuğun yararı kavramının kesin bir şekilde tanımlanması mümkün değildir³². Buna karşılık

²⁸ Alman Hukukunda BGB § 1628 hükmü ile çocuk için büyük öneme sahip işlerde ana baba arasındaki uyuşmazlığın aile mahkemelerinde çözümleneceği düzenlenmiştir. Hâkim uyuşmazlığa ilişkin olarak velâyet hakkının kullanımını ana babadan birine bırakır.

²⁹ **Çelik**, s. 263.

³⁰ **Serozan**, s. 137; **Öztan**, s. 600.

³¹ **Brauchli**, A.; Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Zürich 1982, s. 136.

³² **Brauchli**, s. 114, 165.

çocuğun yararı kavramının içeriğinin belirlenmesi mümkündür. Buna göre çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, ruhsal ve ahlakî gelişimi çocuğun yararı kavramına dâhildir³³. Bunun dışında çocuğun yararı kavramı, çocuğun sosyal, hukukî ve ekonomik yararını da içerir³⁴. Doktrinde çocuğun bedensel yararının saptanmasında yeknesak ölçütler bulunabilirse de zihinsel, ruhsal ve ahlakî yararının belirlenmesi bakımından çoğulcu bir toplumda sadece az sayıda genel geçerliliğe sahip yargılara ulaşılabileceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda mesela çocuğa daha iyi bir eğitimin sağlanması ya da çocuğun uyumlu bir çevrede, ilgi ve sorumlulukla şekillenmiş, istikrarlı ve sürekli bir ilişkinin hâkim olduğu ortamda büyümesi gibi temel tespitlerden yararlanılabilir. Bu noktada çocuğun yararı kavramının belirlenmesinde tıp ve sosyal bilimlerin verilerinin göz önünde tutulması gereğine de işaret edilmelidir³⁵.

Çocuğun yararı ilkesi uyarınca, her durumda çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlakî ve toplumsal yönden optimal gelişimi için gerekli şartlar olabildiğince iyi şekilde oluşturulmalıdır³⁶.

Çocuğun yararı ilkesi, ana babanın yanı sıra çocukla ilgili herkese ve gereğinde çocuk için karar verecek adli ve idari makamlara yöneltilmiştir³⁷. Bu yönüyle bir davranış direktifi oluşturan çocuğun yararı ilkesi, her şeyden önce ana babanın ve söz konusu makamların çocukla ilgili bütün eylem ve kararlarında çocuk merkezli düşünmelerini gerektirir. Buna göre somut olayda çocukla ilgili bir karar alınırken, meselenin bütün yönleri çocuktan hareketle, çocuğun yararı göz önünde tutulmak suretiyle değerlendirilmelidir. Bu noktada çocuğun yararı ilkesi yönlendirme ve ölçüt oluşturma işlevini görür³⁸.

Velâyet hakkı son yüzyılda önemli bir değişikliğe uğramıştır. Velâyet, tartışmasız kabul edilen görüşe göre, birçok hak ve yükümlülüğü içeren ve

³³ İmamoğlu, s. 170.

³⁴ Brauchli, s. 109.

³⁵ Brauchli, s. 128; Schwenger, Art.301 N.5.

³⁶ Jopt, s. 877.

³⁷ Brauchli, s. 48, 136.

³⁸ Brauchli, s. 136.

birlik gösteren bir hukukî kurumdur. Velâyet kurumunun hukukî niteliği bakımından önemli bir anlam değişimi geçirmiştir³⁹. Önceleri çocuğun üzerinde hâkimiyet hakkı olarak görülen velâyet bugün ana babaya tanınan ve takım görevler içeren hak (yüküm-hak) olarak kabul edilmektedir⁴⁰. Yüküm hakkın içeriği, yüküm ve yetkiden oluşur; burada yüküm ve yetki, birbiriyle farklı biçimde bağlanmış olabilir, ancak yüküm içeriği, yetki içeriğinden geri kalmayacak bir yoğunluğa erişmiştir. Velâyette ise yüküm ve yetki sanki iç içe geçmiştir⁴¹. Velâyet çift yönlüdür. Yani ana babaya çocuğun şahsı ve malları üzerinde sadece haklar tanımaz, aynı zamanda onlara bir takım yükümlülükler de getirir. Bu yükümlülükler sadece ahlâkî anlamda değildir. Aynı zamanda yasal yükümlülüklerdir. Ancak modern hukukta velâyet haktan ziyade bir yükümlülüktür. Velâyet korunan yararlar açısından da çift yönlüdür. Ana baba bakımından çocuğun velâyetine sahip olma, kendi hayatlarını anlamlandırma şansı teşkil eder. Bu noktada ana babanın çoğu kez kendi çocuğunun gelişimine katılma ve ona yakın olmadaki temel yaşamsal ihtiyacı göz ardı edilmemelidir⁴². Bu yüzden ki velâyet, ana babadan kanunda öngörülen sebeplerin dışında keyfi biçimde alınmaz. Diğer taraftan velâyet, çocuğun korunması amacını güden bir müessesedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere velâyetle izlenen çocuğa bağımsız bir kişilik kazandırılması amacı, velâyetin ana baba tarafından bunu sağlayacak şekilde kullanılmasını gerektirir. Bu da her durumda çocuğun yararının gözetilmesi suretiyle mümkün olabilir. Türk Medeni Kanunu, velâyetin içeriğini genel olarak düzenleyen 339. maddesinde “ana ve baba çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar” hükmüyle, çocuğun yararı ilkesine işaret etmiş bulunmaktadır.

Velâyetin kullanılmasında da çocuğun yararına neyin hizmet edeceği, her zaman sadece somut olayın özelliklerine göre belirlenebilir. Bu belir-

³⁹ **Schwenzer**, Art.296, N.3.

⁴⁰ **Öztan**, s. 626; **Schwenzer**, Art.296, N.3.

⁴¹ **Serozan**, Rona; Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, N.240.

⁴² **Jopt**, U.J.; Nacheheliche Elternschaft und Kindeswohl-Plaedyoyer für das gemeinsame Sorgerecht als anzustrebenden Regelfall, FamRZ 1987, s. 879.

lemede, diğer bir ifadeyle çocuğun yararının somutlaştırılmasında, ana babanın birincil karar verme yetkisi bulunmaktadır⁴³. Ancak, ana babanın bu konudaki karar verme yetkisi, mutlak ve sınırsız değildir. Burada sınırı, yine çocuğun yararı ilkesi oluşturur⁴⁴. Çocuğun yararı, en üstün ilke olarak velâyete hâkimdir ve velâyetin yürütülmesinde yönlendirici temel düşüncedir. Bu nedenle, velâyetin ana baba tarafından amacına yönelik ve üstlendikleri yükümlere uygun kullanılması gerekir⁴⁵. Şöyle ki, çocuğun yararının tehlikeye düşeceği sınıra kadar ana babanın çocukla ilgili karar verme yetkisi mevcuttur. Ancak çocuğun yararının tehlikeye düşmesi halinde, hâkim ana babanın velâyet hakkına müdahale ederek çocuğun korunması için uygun önlemleri alır. Bu noktada çocuğun yararı ilkesi, aynı zamanda hâkimin müdahalesinin haklılık temelini de oluşturmaktadır.

Sadece velâyetin kullanılmasında değil, ana baba ile çocuk arasında velâyet ilişkisinin oluşmasında da çocuğun yararı ilkesi önem taşır. Çocuk, ana ve babaya muhtaçtır. Ana ve babanın çocuk karşısında ve çocuk için beraberlik ve dayanışma içinde olmaları, çocuğun ruhsal dengesi bakımından büyük değer taşır⁴⁶. Bu nedenle, çocuğun ana ve babasının velâyetinde olması çocuğun yararınadır. Medeni Kanunumuzda velâyetin düzenlendiği 335. maddesi hükmünde açıkça çocuğun yararı ilkesinden bahsedilmemiştir. Bununla birlikte, ergin olmayan çocuğun, ana ve babasının velâyeti altında olduğu kural olarak düzenlenmiştir (TMK.335 md.). Medeni Kanunumuzda çocuğun yararın ilkesini düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. maddesinde çocukla ilgili düzenlenecek olan her hususta çocuğun yararının gözönüne alınması gerektiği hükmü yer almaktadır.

⁴³ **Schwenzer**, Art.301 N.2; **Brauchli**, s. 126.

⁴⁴ **Schwenzer**, Art.301 N.2; **Brauchli**, s. 109; **Öztan**, s. 648.

⁴⁵ **Öztan**, s. 626; **Çelik**, s. 256; **Koçhisarlıoğlu**, Cengiz; Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004, s. 178.

⁴⁶ **Ayiter**, Nuşin; Medeni Kanunun Nesebe İlişkin Düzenlemesinin, Yeni Eğilim ve Gereksinimler Karşısında Değerlendirilmesi, AÜHFD., s. 43.

Anayasamızın 90. maddesi hükmü gereğince “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.” Buna göre, uluslararası bir andlaşma TBMM tarafından bir yasayla onaylanınca ve Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konunca olağan bir ulusal kanunla eşdeğerdedir⁴⁷. Başka bir söyleyişle, yasayla onaylanmış ve Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konmuş andlaşma iç hukuka aktarılmış olur. Bu şekilde iç hukuka giren uluslararası andlaşma kuralları, yasa hükümlerinden farklı olarak, Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi önüne getirilemezler (An.90/son md.).

Bu şekilde iç hukuk kuralı haline gelen uluslararası andlaşma hükümleri genellikle doğrudan doğruya uygulanma gücüne sahip değildir. Çünkü, içerdikleri hükümler genellikle, hâkimin somut olaya uygulayabilmesi için gerekli açıklık ve kesinlikten uzak, program hüküm niteliğindedir. Bununla birlikte, bir karara dayanak olabilecek şekilde açık ve somut olarak düzenlenmiş olan uluslararası andlaşma hükümleri, kanun hükmü gibi doğrudan doğruya uygulanabilir⁴⁸. Akıllıoğlu’na⁴⁹ göre kullanılan terimlere göre tartışmasız olduğu kabul edilen hükümler doğrudan doğruya uygulanabilirler. Buna göre, “tamır”, “üstlenir”, saygı gösterir”, “sağlar” ve

⁴⁷ Serozan, s. 47.

⁴⁸ 2. HD., 08.11.2005 T. 12496 E., 15273 K. “18.01.2001 tarihli 14620 sayılı Yasa ile onaylanması uygun bulunan ve Bakanlar Kurulunun 12.03.2002 tarihli 2002/3910 sayılı kararıyla onaylanarak yürürlüğe konulan “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi” iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen çocuklara, kendilerini ilgilendiren davalarda, dava ile ilgili tüm bilgileri almak, kendisine danışılmak ve kendi görüşünü açıklamak olanağının sağlanması hakkı tanınmıştır (Söz.m.3). Bu bakımdan çocuğun dinlenmesi ve görüşünün alınması,....” (Bulut, Harun; Velayet ve Nafaka Davaları, İstanbul 2007, s. 30); 2.HD.28.06.2004 T, 7643 E., 8532 K., “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12., Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri gereğince Küçük Esra annesi ile kaldığını ve onunla kalmak istediğini belirtmiştir.” (Bulut, s. 32) Aynı yönde 2.HD. 25.02.2004 T., 2003/16415 E., 2225 K., (Bulut, s. 36); YHGK 01.10.2003 T., 2003/2-513 E., 2003/521 K. (İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 2004 s. 175).

⁴⁹ Akıllıoğlu, Tekin; Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Ankara 1995, s. 14.

“güvenceye alır” fiilleri geçen hükümler doğrudan doğruya uygulanır nitelikli; buna karşılık, “gözetir”, “özendirir/teşvik eder”, “çaba gösterir/dikkat eder” fiilleri geçen hükümler ise niyet açıklaması ve tavsiye nitelikli olarak kabul edilir⁵⁰. Anayasanın 90/son maddesi hükmüne göre “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”. Buna göre, doğrudan uygulanmaya elverişli olan temel haklara ilişkin kurallar doğrudan hatta eski tarihli olsa bile ulusal kuraldan önce uygulanır⁵¹.

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi 9.12.1994 tarihli 4058 sayılı Yasayla onaylanarak, 23.12.1994 tarihinde Bakanlar Kurulu Kararıyla 27.1.1995 tarihli ve 22184 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bir başka deyişle, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi Anayasanın 90. maddesi uyarınca iç hukuk kuralı haline gelmiştir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin hükümlerinin birçoğu doğrudan doğruya uygulanmaya elverişli değildir. Bununla birlikte, BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde klasik hak ve özgürlüklere ilişkin olan düzenlemelerin doğrudan doğruya uygulanabilirliği kabul edilmektedir⁵².

BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. maddesinde “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşünceyi oluşturur” hükmü yer almaktadır. Söz konusu hükmün çocuğu ilgilendiren bütün alanlarda öncelikle dikkate alınarak doğrudan doğruya uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁵³. Bu nedenle, çocukları

⁵⁰ Akılhoğlu, s. 14.

⁵¹ Serozan, s. 47.

⁵² Wolf, Stephan; Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 134 1998 s. 131; Akılhoğlu, s. 15.

⁵³ Wolf, s. 119; Serozan, s. 52, 65; Acabey, M. Beşir; Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Hukuki Konular, İzmir Barosu Dergisi, Ekim 2006, s. 95.

ilgilendiren her hususta olduğu gibi, ana ve baba çocuk arasındaki velâyet ilişkisinin kurulmasında da çocuğun yararına öncelik verilecektir.

III. ANA BABANIN BOŞANMASI HALİNDE BİRLİKTE VELÂYET

Ana babanın velâyeti birlikte kullanması, ana babanın evli olması halinde tartışmasız kabul edilmektedir. Ana babanın boşanması halinde velâyeti birlikte kullanmalarının mümkün olup olmayacağı ise tartışmalıdır. Birlikte velâyetin tartışmalı olduğu hâl aslında boşanma sonrasıdır. Boşanma davası sürerken veya ayrılık kararı verilmesi halinde ana babanın velâyeti birlikte kullanmaları imkânının olduğu kabul edilmektedir.

Ana babanın boşanmasından sonra evlilik içi ortak çocukları üzerindeki velâyeti birlikte kullanabilmelerinin mümkün olup olmadığı 1980'li yıllarda tartışılmaya başlanmıştır. Daha önce boşanma sonrasında velâyetin ana babadan birisine verilmesi olağan durum olarak görülmekteydi. Sosyal yaşamdaki gelişmeler aile yapısını ve aile içindeki rol paylaşımını da etkilemiştir. Klasik olan, kadının ev işleri ve çocuğun bakımı ile ilgilenme, erkeğin ise ailenin geçimini temin etme rolleri, kadının çalışma yaşamına girmesiyle değişmiştir. Bugün, baba sadece çocuğun maddi gereksinimlerini karşılamakla yetinmemekte, çocuğun bakımı ile doğrudan ilgilenmekte, onunla daha fazla vakit geçirmekte, duygusal bir bağ kurmaktadır. Boşanma sonrasında genellikle çocuğun velâyetinin anneye verilmesi, babanın sadece kısıtlı olarak tayin edilen zamanlarda çocuğunu görebilmesini sağlayan kişisel ilişki kurma hakkına sahip olması; çocuğunun gelişimi, eğitimi hususunda söz hakkı sahibi olamaması, sadece çocuğunun gereksinimleri için maddi katkıda bulunmak zorunda olması, baba için yeterli olmamakta, bu nedenle boşanma sonrasında da velâyetin birlikte kullanılması talep edilmektedir⁵⁴.

⁵⁴ Ülkemizde Boşanmış Babalar Platformu ile Boşanmış Anneler Derneği birlikte velâyet talebinde bulunuyor. (www.boşanmisbabalar.com) (Sabah Gazetesi, 06.10.2006 ve 23.09.2006)

Boşanma sonrası velâyetin ana babaya birlikte verilmesi tartışmasında, ana babanın birlikte velâyet talepleri yanında BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ile çocuk haklarının kabul edilmesi, özellikle çocuğun yararı ilkesinin öncelikli olarak uygulama alanı bulması ve çocuğun ana babasının sorumluluğu altında, onların bakımı altında olmasının çocuğun hakkı olarak düzenlenmesi de etkili olmuştur.

İsviçre⁵⁵ ve Alman Hukukunda⁵⁶ Uygulamada ve Doktrindeki tartışmalar sonucunda boşanma sonrasında ana ve babanın velâyeti birlikte kullanma imkânı kanunda düzenlenerek tartışma sona erdirilmiştir. İsviçre Medeni Kanununda boşanmada birlikte velâyet ana babanın talebine ve hâkimin kararına bağlı kılınmıştır. Kural, velâyetin ana babadan birine verilmesi olup, belli şartlar gerçekleşirse ve taraflar talep ederlerse istisnai olarak birlikte velâyet mümkündür. İsviçre Medeni Kanununun 133/3 maddesine göre ana baba çocuğun bakım ve gözetilmesi ve bakım giderleri hususunda anlaşılırsa ve velâyeti boşanmadan sonrada birlikte kullanmayı talep ederlerse, bunun çocuğun yararına olması şartıyla hâkim bu talebi kabul eder. Alman Medeni Kanununda da birlikte velâyet kabul edilmekle birlikte, İsviçre Medeni Kanunundaki düzenlemeden farklı olarak boşanmada birlikte velâyet kanundan kaynaklanmakta olup, kuraldır. Ana babadan birinin velâyeti tek başına kullanması ise istisnadır ve mahkeme kararı ile mümkündür. Alman Medeni Kanununun § 1671 göre boşanma sonrasında ana baba velâyeti birlikte kullanmaya devam ederler. Ancak, ana babadan her biri velâyetin tümünü veya bir kısmını tek başına kullanmayı talep edebilir.

⁵⁵ İsviçre Hukukundaki tartışmalar için bakınız **Hausheer**, H./**Jaun**, M.; Die teleologische Reduktion und ihre Grenzen: zu BGE 123 III 445 ff (keine gemeinsame elterliche Gewalt nach erfolgter Scheidung) Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 134 1998, s. 501-511.

⁵⁶ Alman Hukukundaki kanuni düzenleme öncesi tartışmalar için bakınız. **Rogner**, Jörg; Familienrechtsreform-kommentar-FamRefk (Baeumel, D./Bienwald, W./Haeussermann, R./Hoffmann, J./Maurer, H.U./Meyer-Stolte, K./Sonnenfeld, S./Wax, P.) Bielefeld 1998, s. 325 vd.; **Ballof**, R./**Eginhard** W.; Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall, FamRZ 1990, Heft 5, s. 445-454. **Michalski**, Lutz; Gemeinsames Sorge recht geschiedener Eltern, FamRZ 1992, Heft 2, s. 128-137.

Hukukumuzda boşanma sonrası ana babanın velâyeti birlikte kullanmalarının mümkün olup olamayacağı yeni yeni tartışılmaya başlanmıştır. Doktrinde⁵⁷ genellikle boşanma sonrası birlikte velâyet ihtimalî dahi gözönüne alınmamış ve boşanma sonrası velâyetin ana veya babaya verileceği ifade edilmiştir. Uygulamadaki hâkim fikir⁵⁸ ise, boşanmadan sonra ana babanın velâyeti birlikte kullanmasının mümkün olmadığı yönündedir. Uygulamada çok yeni tarihli bir kararda boşanma sonrasında ana babanın velâyeti birlikte kullanabileceği kabul edilmişti⁵⁹. Ayrıca, Doktrinde boşan-

⁵⁷ Akıntürk, s. 321; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin; Aile Hukuku, İstanbul 1979, s. 381; Köprülü/Kaneti, s. 198; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 941; Özmen, s. 541

⁵⁸ 2.HD., 13.11.1987 T., 6706 E., 8727 K., “Evlilik mevcut iken, ana ve baba, velâyeti beraberce kullanırlar (MK.263 md.). Boşanma halinde ise hakim velâyeti ana babadan birine verir (MK.264 md.). Kendisine velâyet tevdi edilenin ölümü halinde velâyet kendiliğinden sağ kalan eşe geçmez.” (Özmen, İsmail; Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara 2005, s. 350); 2.HD.19.06.1973 T., 4171 E., 4058 K. “Boşanma kararı verildiği takdirde hâkim, velâyeti ana babadan birine verir (Ruhi, Ahmet Cemal; Türk Hukukunda Boşanma Boşanmanın Sonuçları, Ankara 2004, s. 543) aynı yönde 2.HD. 19.06.1997 T., 6117 E., 7160 K. (Ruhi, s. 559); 2.HD. 12.004.1999 T., 6397 E., 8236 K. (Ruhi, s. 560).

⁵⁹ Uygulamada tesbit ettiğimiz üzere ilk defa birlikte velâyete karar verilmiştir. İzmir 4.Aile Mahkemesi 27.05.2009 T., 448 E., 470 K. kararında isabetli olarak “ tarafların ortak çocukları .././2007 doğumlu, küçük E.’nin velayet hakkının taraflarca birlikte kullanılmasına” karar vermiştir. Dava konusu olayda taraflar; TMK.166/3 maddeye dayalı olarak anlaşmalı boşanma talebinde bulunmuşlar ve müşterek çocuğun velâyetinin taraflarca birlikte kullanılacağı hususunda anlaşmışlardır. Mahkeme, tarafların velâyeti birlikte kullanmasının çocuğun yararına olup olmayacağı hususunda uzmanlarca yapılan incelemenin sonucuna göre karar vermiştir. Uzmanlarca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen raporda “çocuk için ideal olanı her iki ebeveynin de çocukla ilgili kararlara aktif katılımı, çocuğun sınırlama olmaksızın istediği kadar her iki ebeveyni de görebilmesidir. Boşanma sonrasında en sık görülen negatif durum, eski eşlerin çocuk bakımı ve görüşmeler konusunda çatışmalarıdır. Çatışmaları çocuk üzerinden devam ettirerek birbirlerini cezalandırma, öfkelerini aktarma yolu olarak çocuğu kullanma ortaya çıkabilmektedir. Çocuk velayeti ile ilgili düzenleme ne olursa olsun, çocuğun ihtiyaçları her zaman birinci planda gelmelidir.çifti ile yapılan görüşmede, her iki tarafında çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurabilecek, boşanma sonra-

madan sonra birlikte velâyet ihtimâlini irdeleyen yazarların çoğu birlikte velâyetin hukukumuz açısından da mümkün olması gerektiği sonucuna varmaktadır⁶⁰.

Boşanma sonrası velâyet Türk Medeni Kanununun 182 ve 336/III maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanununun 182/I maddesinde “Mahkeme boşanma ve ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.

Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur” hükmü, 336/III maddesinde ise “*Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*” hükmü yer almaktadır.

Boşanmada birlikte velâyeti reddeden görüş taraftarları yukarıdaki hükümler ve 336/I⁶¹ ve II⁶² madde hükümlerini dayanak alarak birlikte

sında da müşterek çocuk ile ilgili olarak bir araya gelerek karar alabilecek istek ve bilince sahip oldukları, çocukla ilgili alınacak kararlarda iş birliği içinde bulunabilecekleri izlenimi edinilmiştir. Yapılan değerlendirmeler sonucunda, tarafların ortak velayet uygulamasına yönelik istek, bilinç ve gerekli motivasyona sahip oldukları, tarafların küçüğün psiko-sosyal gelişimini göz önünde bulundurarak küçüğün diğer ebeveyni ile olan iletişim ve paylaşımını destekleyici tutum içerisinde buldukları izleniminin edinilmesi ile müşterek çocuğun alıştığı yaşam düzeninin sağlanması durumunda ortak velayetin taraflarca kullanılacağı kanısına varılmış” olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme, uzman görüşünün ebeveynlerce velâyetin birlikte kullanılmasının çocuğun yararına olacağı görüşü ve tarafların velâyeti birlikte kullanma konusundaki anlaşma ve isteklerini de göz önüne alarak boşanma sonrasında taraflarca müşterek çocuğa ait velâyetin birlikte kullanılmasına karar vermiştir.

⁶⁰ **Koçhisarhoğlu**, s. 244; **Acabey**, s. 101; **Serozan**, Rona; Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, Prof.Dr. Bilge Öztan Armağanı, Ankara 2008, s. 773, (Soybağı); **Öztan**, Bilge; Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu, Prof.Dr. Tuğrul Ansay Armağanı, Ankara 2006, s. 259-260 (Birlikte Velâyet); **Öztan**, s. 466-467.

velâyetin ancak evlilik devam ettiği sürece kabul edilebileceği ve boşanma sonrası değil, ortak hayata son verilmesi veya ayrılık hâli gerçekleşmesi durumunda velâyetin, hâkim tarafından eşlerden birine verilebileceğini boşanmadan sonra ise, velâyetin mutlaka eşlerden birine verilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Yargıtay⁶³ da boşanma sonrası velâyeti düzenleyen hükümlerin emredici ve kamu düzeni ile ilgili olduğunu ifade ederek, velâyeti ana babanın birlikte kullanmasını kabul etmemektedir.

Doktrinde söz konusu hükümler dışında boşanma sonrasında ana baba arasındaki çatışmalar nedeniyle çocukla ilgili hususlarda ana babanın birbirleriyle anlaşamayacakları ve çoğunlukla aralarındaki çatışmaları çocuk üzerinden devam ettirecekleri nedeniyle boşanma sonrasında ana babanın

⁶¹ “Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanılır.”.

⁶² “Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir.”.

⁶³ 2.HD. 20.03.2003 T., 2818 E., 3889 K., “yabancı boşanma ilamında müşterek çocuk B. İle G.’nin velâyetleri anne ve babaya birlikte verilmiştir. Evlilik devam ettiği sürece ana baba velâyeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir (MK.m.336). Velâyeti düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin çocuklarını velâyetini anne babaya bırakması Türk Medeni Kanununa aykırıdır (MÖHUK. m.38/c). Gerçekleşen bu durum karşısında ilamın velayete ait kısmı hakkındaki tenfiz isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” (www.kazanci.com.tr). Devletler Özel Hukukunda velâyet ve velâyete ilişkin konularda kamu düzeni kurallarının müdahalesi daima çocuğun yararı doğrultusunda gerçekleşmektedir. Çocuğun yararı ilkesi bir üst norm olarak velâyete ilişkin yabancı unsurlu davalarda kamu düzeni kurallarının müdahalesini gerektiren en önemli nokta olarak görülmektedir (ayrıntılı bilgi için bakınız **Huysal**, Burak; Devletler Özel Hukukunda Velâyet, İstanbul 2005, s. 153 vd.). Bu nedenle, yukarıda kararda Yargıtay’ın çocuğun yararını gözetmeden birlikte velâyete ilişkin kararın tenfizini kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle reddedmesi isabetli değildir. Ana babanın müşterek çocuklarının velâyetine birlikte sahip olmalarının kamu düzenine aykırılığını anlamak mümkün bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra velâyet ve velâyete ilişkin yabancı unsurlu davalarda kamu düzeni kurallarının müdahalesi daima çocuğun yararı doğrultusunda gerçekleşeceğine göre, ana babanın birlikte velâyete sahip olmasının çocuğun yararına aykırı olup olmadığının araştırılarak, çocuğun yararına değilse, tenfiz isteminin reddi mümkün olmalıdır. Bu husus araştırılmadan tenfiz isteminin reddi isabetli değildir.

velâyeti birlikte kullanmasının mümkün olmaması gerektiği de savunulmaktadır⁶⁴.

Hukukumuzda boşanma sonrasında velâyeti düzenleyen özel ayrıntılı hükümler yoktur. Boşanma sonrasında boşanan eşlerin (ana/baba) müşterek çocukları üzerindeki velâyet hakkının ne olacağı yukarıda da belirttiğimiz Türk Medeni Kanununun 182 ve 336/III madde hükümlerinin uygulanması ile çözüme kavuşturulacaktır. Koçhisarlıoğlu'nun⁶⁵ da belirttiği gibi bu hükümlerdeki ifadelerden boşanmadan sonra hâkimin velâyeti eşlerden yalnız birine tevdi edeceği ve velâyetin eşlerden yalnız birine ait olacağı sonucu kesin bir şekilde çıkarılamaz. Türk Medeni Kanununun 182. maddesinin kenar başlığında, genel bir anlatıma başvurularda "çocuklar bakımından ana ve babanın hakları ve "hâkimin takdir yetkisinden"nden söz edilmektedir. Maddenin 1. fıkrasında hâkimin, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten (çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan) sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenleyeceği ifade edilmektedir ki, bu anlatımdan boşanmada velâyetin mutlaka ana babadan birine ait olacağı anlamı çıkarılamaz⁶⁶. Maddenin 2. fıkrasında yer alan "velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş" ifadesindeki tekil anlatımdan hareket edilerek de boşanmada velâyetin mutlaka ana babadan birine verilmesi gerektiği sonucuna varılması mümkün değildir. Boşanmadan sonra velâyetin ana babadan birine verilmesi de mümkün olabileceği için bu ihtimalde velâyetin kullanılması kendisine bırakılmayan (eski) eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesi ve onun çocuğa ödeyeceği nafakanın belirlenmesi gerekmektedir. Velâyetin her iki (eski) eşe birden verildiğinde, zaten velâyete sahip olmayan eş, onun çocukla kişisel ilişki kurması ve çocuğa ödeyeceği nafaka söz konusu olmayacağından 2.fıkra da tekil bir ifade kullanılmış olması olağandır. Bu nedenle 182/II hükmünde velâyetin eski eşlerden birine bırakılması ihtimalinde

⁶⁴ **Bulut**, s. 5; **Hatemi**, Hüseyin; Aile Hukuku I, İstanbul 2005, s. 96.

⁶⁵ **Koçhisarlıoğlu**, s. 103.aynı yönde **Öztaş**, (Birlikte Velâyet), s. 253.

⁶⁶ **Koçhisarlıoğlu**'nun ifadesi ile "olsa olsa, icad edilebilir." s. 104; **Öztaş**, (Birlikte Velâyet), s. 253; TMK.182/I. hâkimin takdir yetkisinin velâyeti anaya mı babaya mı vereceği hususunda olduğu kabul edilmektedir (**Çelik**, s. 290; **Akıntürk**, s. 321).

diğerinin çocuk ile kişisel ilişkilerinin düzenleneceği ve çocuğa ödeyeceği nafakanın belirleneceği ifadesi, velâyetin ana babaya birlikte verilmesinin dışlandığı ve dolayısıyla velâyetin boşanmadan sonra birlikte kullanılmasının mümkün olmadığı anlamına gelmez.

Türk Medeni Kanununun 182. maddesinde olduğu gibi, 336/III fıkrasında yer alan düzenlemeden de boşanma sonrasında ana babanın velâyete birlikte sahip olamacağı sonucu kesin bir şekilde çıkarılamaz⁶⁷. 336/III hükmünde “Velâyet... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.” ifadesi yer almaktadır. Kanun koyucu, velâyet hakkı ile yaptığı düzenlemelerde ya “ana baba” ya da “eş/eşler” sözcüklerini kullanırken burada “taraf” sözcüğünü kullanmıştır. Türk Medeni Kanununun 182 maddesinde ve 336. maddesinin I. ve II. fıkralarında “ana baba”, “eş” sözcükleri tercih edilmiştir. Koçhisarlıoğlu⁶⁸ 336/III fıkrasındaki ifadenin “boşanmada velâyet çocuğun tevdi edildiği kişiye/kişilere aittir” şeklinde anlaşılmasının gerektiğini ifade etmektedir. Yazara⁶⁹ göre Kanun koyucu taraf sözcüğünü kullanmış olduğu için “Velayet... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan taraf veya taraflara ait olur” şeklinde ifade tarzı üslub açısından uygun olmayacağından tekil anlatım tarzı kullanılmıştır. Kanımızca da 336/III fıkrasında yer alan taraf ifadesinin tekil kullanılması nedeniyle velâyetin boşanma sonrasında eski eşlerden birine bırakılması gerektiği anlamının mutlak bir şekilde çıkarılması mümkün değildir.

Boşanmadan sonra velâyetin birlikte kullanılmasının mümkün olup olamayacağı sonucuna Türk Medeni Kanununun 182 ve 336/III hükümlerinin ifadelerinden yola çıkarak kesin olarak ulaşmak zordur. Hâkimin bir kuralı uygulayabilmesi için onun anlamını keşfetmesi; gerçek kapsamını saptaması gerekir, hâkimin bir hukuk kuralının tam anlamının ne olduğunu belirtme uğraşısına hukuk kuralının yorumlanması denilmektedir⁷⁰. Medeni

⁶⁷ TMK. 336/III hükmünün açıkça anlaşılır olduğu hususunda bakınız Çelik, s. 290 dn.157.

⁶⁸ s. 105.

⁶⁹ s. 106.

⁷⁰ Edis, Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1987, s. 184; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 85.

Kanunumuzun 1. maddesinin 1. fıkrasında “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır” kuralı yer almaktadır. Hâkim, kanunu hem sözü hem de özüyle birlikte ele alarak uygulayacaktır. Yani, ilk olarak uygulanacak kanunun sözünden çıkan anlama göre olayı çözüme kavuşturmaya çalışıp, bunda başarılı olamazsa o zaman kanunun özüne giderek çözüm aramayacaktır. Hâkimin kanunu sadece sözüyle veya sadece özüyle uygulaması söz konusu olmayacaktır⁷¹. Buna göre hâkim kanunu uygularken, kanunun sözünden çıkan anlamı, özünden çıkan anlamı araştırarak, kontrol etmelidir⁷².

Hâkimin bir hukuk kuralını özü ve sözüyle uygularken ona anlam vermek üzere, yani ne anlama geldiğini belirtmek üzere yaptığı en önemli işlem yorumdur. Yorumda amaç kanunun anlamını belirlemektir. Hâkim, bir hukuk kuralını yorumlarken belirli yorum yöntemlerini kullanılır. Esas itibariyle üç yorum yönteminden bahsedebiliriz. Bunlar; lâfzî yorum yöntemi⁷³, mantıksal yorum yöntemi⁷⁴ ve amaca bağlı yorum yöntemi⁷⁵dir.

⁷¹ Önceki Medeni Kanununun 1. maddesinin 1. fıkrasında “...lafzıyla veya ruhuyla...” yer alan ifade “...sözüyle ve özüyle...” şeklinde değiştirilmiştir. Değişiklikten önce de “veya” kelimesine dayanarak hâkimin önce yasanın sözünü uygulayacağı, bir sonuca ulaşamazsa o zaman özünü uygulayacağı sonucunun çıkarılamayacağı kabul edilmekteydi (Bakınız *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 85).

⁷² HGK 5.6.1963 T., 6-81 E., 40 K. “Kanunun yorumunda, kanunun sözünü esas tutmak ve kanunun sözünden çıkan anlam kanun hükümlerinin tümünden çıkan anlamla çatışma halinde bulunmadığı takdirde, bu anlamı esas almak; böyle bir çatışma bulunması halinde kanunun tümünden çıkan anlamı, yani kanunun ruhundan çıkan sonucu esas tutmak, Medeni Kanununun 1. maddesi hükümlerindedir” (*Edis*, s. 185).

⁷³ Kanunun metnine, yazılış biçimine göre yorum yapılır. Burada kanun koyucunun kullandığı deyim ve ifadeler, geçerli dilbilgisi kurallarına göre değerlendirilir. Kullanılan sözcükler, günlük dildeki anlamları yanında hukuk dilindeki anlamları ile de ele alınır. Bu yapılırken, kanun maddesinin yazılış biçimi, bunun dilbilgisi yönünden incelenmesi, noktalama kurallarının gözönünde tutulması esastır (*Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 88).

⁷⁴ Lâfzî yorumla kanundan bir sonuç çıkarılamazsa, mantıksal yorum yöntemine başvurulur. Bu yorum yöntemine göre, bir mantıksal ağ içinde, kanun ile diğer öğeler arasında bağlantı kurulur. Buna göre, kanun maddesinin kanun içindeki yeri,

Medeni Kanununumuzun 1. maddesinin sadece bir yorum yöntemini değil, üç yorum yöntemini de benimsemiş olduğu kabul edilmektedir⁷⁶. Hâkim kanunu yorumlarken, kuralın sözünü eksiksiz biçimde yorumlayarak anlam kazandıracaktır. Bunu yaparken hâkim, maddenin hazırlık malzemelerini (öntasarı, tasarı, komisyon teklifleri, değişiklik önermeleri, tartışma tutanakları, gerekçe gibi) madde kenar başlıklarını; Medeni Kanun'un mehzazı olan İsviçre Medeni Kanununu ve onunla ilgili hazırlık malzemesini gözönünde tutacaktır. Hâkim, yalnızca o maddeyi değil, kanunun öteki maddelerini de birlikte ele almalı ve kanun maddeleri arasındaki mantık bağı ve tümüne egemen olan temel ilkelerin ne olduğunu belirlemelidir. Yorum yolu ile ulaşılan anlam, aynı zamanda hukuk düzeninin tümü için de uyumlu olmalıdır⁷⁷. Bunu yaparken kanunun o kuralı koyarken amacının ne olduğunu, karşılıklı çatışan çıkarlardan hangisini korumak istediğini (kanunun ratio legisini) tespit etmelidir. Kanunun amacının belirlenmesinde değişik

yani hangi bab, hangi fasıl içinde düzenlendiği, o bab ya da fasıldaki maddeler arasındaki mantıksal ilişki ve akış sırasına göre maddenin düzenlemek istediği husus; kanunun tümüne egemen olan fikir ağına göre, yorumlanan maddenin kanunun plan ve sistematığına göre neye ilişkin olduğu ve neyi düzenlediği; maddenin kenar başlığı açısından neye ilişkin olduğu ve kapsamının ne olduğu gibi hususlar belirlenmeye çalışılır. Bu yapılırken, yasanın hazırlık malzemesinden de önemli ölçüde yararlanılır (**Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 88).

⁷⁵ Her kanun toplumsal yaşamdaki çeşitli kurum ve ilişkileri düzenlerken, karşılıklı çatışan çıkarlardan birini daha çok korumak ister. İşte yasanın dayandığı bu temel ilkeyi, bu amacı, yani kanunun ratio legis ini araştırıp ortaya çıkarmak gerekir. Bu yöntemle göre, yalnızca belirli bir maddeden çıkan anlam değil, yasanın tümüne egemen olan anlam ve temel düşünce gözönünde tutulmalıdır. Kanun bir tümüdür ve tek tek maddeler, kanundan bağımsız olarak değerlendirilemez (**Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 89).

⁷⁶ **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 89; “Kanunun yorumu, kanun metninin anlamıdır ve ruhudur. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorum denilir. Bir kanun hükmünün, kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması, hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören Medeni Kanunun 1. maddesine uygun düşmez.” (YİBK., 22.2.1997, 1996/1 E., 1997/1 K).

⁷⁷ **Yavuz**, Nihat; Bilimsel Öğretide ve Uygulamada Yorum, YKD Ekim 1997, s. 459.

yorum teorileri söz konusudur. Bunlar; sübjektif yorum teorisi⁷⁸, objektif yorum teorisi⁷⁹, karma yorum teorisi⁸⁰ ve serbest yorum teorisi⁸¹ dir. Medeni Kanunumuzun 1. maddesine göre kanunun amacı (ratio legis) tespit edilirken, objektif yorum teorisinden yararlanılacağı kabul edilmektedir⁸². Hâkim, toplumun o andaki gereksinim, çıkar ve değer yargılarına bakarak, kanunun karşılıklı çatışan çıkarlardan hangisini korumak istediğini belirlemelidir. Buna göre hâkimin bir kanunun sözüyle ve özüyle uygularken dayanak noktaları, kanunun metni, kanunun mantığı, kanunun amacı (ratio legis)dır⁸³.

Türk Medeni Kanununun 182 ve 336/III hükümlerinin yorumlanarak boşanmadan sonra birlikte velâyetin mümkün olup olamayacağının tepsisi-

⁷⁸ Bu teoriye göre, hâkim kanun koyucunun kanunu yaparken sahip bulunduğu amacı, iradeyi araştırıp bulmalı ve onu gözönünde tutmalıdır. Kanun koyucunun kanunu yaptıktan sonra ortaya çıkmış bulunan değişiklikler dikkate alınmalıdır (**Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 87).

⁷⁹ Bu teoriye göre kanun koyucunun, kanunu yaparken sahip olduğu irade değil, kanunun uygulanması zamanında geçerli olan irade esas alınmalıdır. Kanun koyucu kanunu yaparken hangi amacı taşımış olursa olsun, kanun yürürlüğe girdikten sonra birçok değişiklik olabilir. Yasada egemen olan temel ilke ve amaçlar da zaman içindeki bu değişikliklerle anlam ve kapsamını değiştirebilir. Hâkim, bu değişiklikleri göz önünde tutarak, kanunun uygulandığı zamandaki koşullara ve gereksinimlere göre bir karara varması gerekir. Bu nedenle hâkim, kanunu uyguladığı andaki amacı araştırmalıdır (**Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 87).

⁸⁰ Hâkim kanunkoyucunun yasayı yaparken taşıdığı amacı esas almakla birlikte, bu amaca dayanarak, ileriye dönük bir yorum yapması gerektiğini savunur. Burada aslolan iyiniyetli her kişinin o kurala vereceği anlamdır.

⁸¹ Bu teoriye göre, hâkim yasa metni ile bağlı kalmaksızın, tümüyle serbest bir biçimde, âdil sayılabilecek bir sonuca varmak üzere yorum yapmalıdır. Böyle bir yorum, kanun metnine aykırı (contra legem) bir nitelik bile taşıyabilir. (**Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 88).

⁸² **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 87; **Edis**, s. 191; “yasalarda yer alan kuralların da toplumun gereksinimleriyle cevap verecek biçimde, toplumsal gelişmeye ve üst hukuk kurallarına uygun olarak yorumlanıp uygulanmaları gerekir.” (**Yavuz**, s. 460).

⁸³ **Edis**, 193.

tinde özellikle ele alınması gereken dayanak noktaları kanunun sistematığı⁸⁴ ve amacı olmalıdır.

Velâyetin düzenlenmesinde Kanunumuzun sistematığına baktığımızda Medeni Kanunumuzun 335 maddesinde velâyetin genel olarak düzenlendiğini görüyoruz. 335. maddeye göre “Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz”. Velâyetin kapsamının düzenlendiği 339 vd. maddelerinde de veli veya velâyet hakkı sahibinden değil, ana ve babadan bahsedilmektedir. Bu hükümlerden de anlaşıldığı gibi aslolan ve kanundan doğan velâyet, ana babanın birlikte velâyetidir⁸⁵. İstisna ise, velâyetin hâkim kararıyla düzenlenmesidir. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse ya da boşanma söz konusu ise velâyet hakkı hâkim tarafından düzenlenmektedir. (TMK.336/II, 182/I md.). Boşanma hâlinde velâyet; Medeni Kanunumuzun sistematığı içinde İkinci Kitap olan Aile Hukuku’nun Evlilik Hukuku başlıklı Birinci Kısımın İkinci Bölümü olan Boşanma Bölümünde 182. maddede düzenlenmiştir. 182. madde hükmünün kenar başlığı “hâkimin takdir yetkisidir”. Kanunkoyucu, boşanma sonrasında velâyetin kime ait olacağı hususunu belirlemedi, somut olayın şartlarına göre hâkim tarafından takdir edilerek belirlenmesi yolunda bir düzenleme yapmıştır. Medeni Kanunumuzun 336/III. maddesindeki düzenleme Medeni Kanunumuzun sistematığı içinde Aile Hukuku ikinci kitabının Hısımlık başlıklı İkinci Kısımın Soybağının Kurulması adını taşıyan Birinci Bölümünün Velâyeti düzenleyen Altıncı Ayrımında yer almaktadır. 336. maddenin Başlığı “Ana baba evli ise”dir. Kanun koyucu 336. maddenin ilk fıkrasında evlilik sürerken velâyeti düzenledikten sonra 3.fıkrasında boşanma durumuna

⁸⁴ Kanundaki metnin, diğer hukuk kuralları ve hukuk düzeni ile bütünleşme ilkesi çerçevesinde bir anlamı olabilir. Burada hâkim, bütünü inceler, hükümleri fıkra ve maddelerle birbirine yaklaştırarak kanundaki mantığı saptar. İkinci olarak, kanunun temelinde mevcut düzenleyici düşüncüyü keşfeder (Edis, 195).

⁸⁵ Buna paralel olarak, Anayamızın 90. madde hükmü gereğince kanun hükmü niteliğinde olan BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 7/I, 9/I ve 18/1 çocuğun ana babasının bakımı ve onların ortak sorumlulukları altında onlarla yaşama hakkı düzenlenmiştir.

ilişkin düzenleme söz konusudur. 336/III maddenin yukarıda değindiğimiz gibi lâfzî yorumundan açık ve net sonuca ulaşmak mümkün olmadığını ifade etmiştik. Bu nedenle, 336/III maddenin yorumlanmasında, kanun maddesinin kanun içindeki yeri, yani hangi bab, hangi fasıl içinde düzenlendiği, o bab ya da fasıldaki maddeler arasındaki mantıksal ilişki ve akış sırasına göre maddenin düzenlemek istediği husus; kanunun tümüne egemen olan fikir ağına göre, maddenin kanunun plan ve sistematığına göre neye ilişkin olduğu ve neyi düzenlediği; maddenin kenar başlığı açısından neye ilişkin olduğu ve kapsamının ne olduğu gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Kanunun mantığı mümkün olduğu kadar ana babanın velâyeti birlikte kullanmalarıdır. Boşanma sonrasında hâkimin kuraldan ayrılma ve velâyeti ana babadan birine verebilme imkânı sağlanmıştır. Bu, hâkimin kural olan birlikte velâyete karar veremeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Gerektiğinde bir üçüncü kişiyi vasi olarak atayabilme yetkisine (TMK.348, 349 md.) sahip olan hâkimin, ana babanın velâyeti birlikte kullanmasına karar veremeyeceğini, velâyete mutlaka ana babadan birisine vermesi gerektiğini söylemek kanunun sistematığı ile bağdaşmayacaktır. Sonuç olarak, kanımızca 336/III. madde Medeni Kanunumuzun sistematığı içindeki düzenleme yeri ve mantığı içinde değerlendirildiğinde, 336/III hükmünün, 182. maddede hâkime verilen takdir yetkisinin sınırını oluşturduğu, onu sınırladığı sonucuna varılamaz.

İkinci olarak; Medeni Kanunumuzun 182 ve 336/III hükümlerinin konuluş nedenini incelemek gerekir. Kanunun amacı belirlenirken, yalnızca belirli bir maddeden çıkan anlam değil, yasanın tümüne egemen olan anlam ve temel düşünce gözönünde tutulmalıdır⁸⁶. Yukarıda da belirttiğimiz gibi kanunun amacının belirlenmesinde değişik yorum teorileri söz konusudur. Medeni Kanunumuzun 1. maddesine göre kanunun amacı (ratio legis) tespit

⁸⁶ “Kanun hükmü yorumlanırken, öncelikle madde metnine değer verilmelidir. Ancak, madde metninden çıkan anlam, maddenin kanuna konulmasıyla güdülen amaca aykırı sonuçlar doğuruyorsa, kanun metni yerine, kanunun tümünden çıkan anlama göre hüküm vermek gerekir.” (YİBK., 27.3.1957 T., 1 E., 1 K., RG. S. 9640); “Kanunun yorumunda, sözüden çıkan anlam esas alınmakla birlikte, bu anlam kanununun tümünden çıkan anlam ile çelişiyorsa, tümünden çıkan anlam tercih edilmelidir.” (YİBK., 17.4.1972 T., 8 E., 8 K., RG., S. 14209).

edilirken objektif yorum teorisinden yararlanılacağı kabul edilmektedir⁸⁷. Buna göre, hâkim, toplumun o andaki gereksinim, çıkar ve değer yargılarına bakarak, kanunun karşılıklı çatışan çıkarlardan hangisini korumak istediğini belirleyecektir.

Medeni Kanunun Velâyete ilişkin olan 335 vd. hükümlerine⁸⁸ ve onaylanarak kanun hükmü niteliğini kazanan BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde ana baba ile çocuk arasındaki ilişkileri düzenleyen, bu hususta çocuğa haklar veren hükümlere⁸⁹ baktığımızda kanun koyucunun çocuk ile ana babayı bir arada tutmayı, çocuğun ana babasının ortak sorumluluk ve bakımı altında olmasını amaçladığını görürüz. Bu nedenle, kanun koyucunun amacı birlikte velâyetin asıl olmasıdır.

Kanun koyucunun boşanma durumu söz konusu olduğunda, velâyet hususunda amaçladığı, birlikte velâyetten ayrılarak, hâkime, velayeti (eski) eşlerden birine verme imkânı tanınmasının nedeni, eşleri cezalandırmak değil, çocuğun yararını korumaktır. Medeni Kanunumuzun 182/I ve 336/III maddelerinde velâyetin düzenlenmesinde çocuğun yararından bahsedilmiş değildir. Bununla birlikte, BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. maddesinde “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşünceyi oluşturur” hükmü yer almak-

⁸⁷ **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 87; **Edis**, s. 191; **Yavuz**, s. 460.

⁸⁸ Hiçbir ayırım yapılmaksızın 335. maddede “Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz.”; Velâyetin kapsamının belirlendiği 339 vd. hükümlerinde velinin veya velâyet hakkı sahibinin değil, “ana ve baba”nın hak ve yükümlerinden söz edilmektedir.

⁸⁹ 7/I “Çocuk...mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır”; 9/I “Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar.”; 18/I “Taraf devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer.”

tadır. Söz konusu hükmün yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi çocuğu ilgilendiren bütün alanlarda öncelikle dikkate alınarak doğrudan doğruya uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁰. Bu nedenle, çocukları ilgilendiren her hususta olduğu gibi, ana-baba ile çocuk arasındaki velâyet ilişkisinin kurulmasında da çocuğun yararına öncelik verilecektir. Bu hususta Doktrin ve Uygulamada⁹¹ tartışma söz konusu değildir.

Hâkim, Medeni Kanunumuzun 182 ve 336/III hükümleri gereğince takdir yetkisini kullanarak boşanma sonrası velayeti düzenlerken, çocuğun yararını her şeyin üstünde tutacaktır. Kanun koyucunun amacı boşanma sonrasında ana babadan birine velâyet hakkını verilmemesi yoluyla o tarafı cezalandırmak olmadığı gibi, ana babanın analık/babalık duygularını korumak da değildir. Amaç, çocuğun yararını korumaktır. Boşanma sonrasında velâyet hakkını düzenlerken hâkim için en önemli kıstas çocuğun yararındır. Hâkim, velâyeti ne şekilde düzenlenirse çocuğun yararına olacağını tespit ederken, psikoloji ve pedagoji biliminden ve uzmanlarından yararlanacaktır. Çocuğun fiziken, ruhen ve kişilik olarak sağlıklı gelişmesi için ana ve babanın sevgisine ilgisine gözetimine ve bakımına ihtiyacı vardır⁹². Boşanmadan sonra ana babanın velâyeti birlikte kullandıkları çocuklarla, ana/babadan birinin velâyete sahip olduğu çocuklar arasında yapılan araştırmalar⁹³, ana babanın birlikte velâyeti altındaki çocukların boşanma nedeniyle

⁹⁰ **Wolf**, s. 119; **Serozan**, s. 52, 65; **Acabey**, s. 95.

⁹¹ “Velâyet düzenlenirken analık babalık duygularından önce küçüğün bedeni ve fikri gelişimi dikkate alınmalıdır.” 2.HD. 11.03.2004 T., 2004/2151 E., 2004/3077 (**Ruhi**, s. 631); 2.HD. 30.12.2002 T., 2002/13860 E., 2002/15193 (**Ruhi**, s. 578); 2.HD. 17.03.2003 T., 2003/2692 E., 2003/3574 (**Ruhi**, s. 585); “Halk arasında olan erkek çocuğun babaya, kız çocuğun anneye verileceği şeklinde yanlış bir inanç bulunmaktadır. Oysa çocuk ile ana veya baba arasında velâyet düzenlenirken çocuğun yararı ön planda tutulacaktır.” YHGK. 17.03.1993 T., 1993/2-763 E., 1993/117 (**Ruhi**, s. 551).

⁹² BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin Başlangıç bölümünde de, çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu olarak gelişebilmesi için mutluluk, sevgi ve anlayış havasının içindeki bir aile ortamında yetişmesinin gerekliliği kabul edilmiştir.

⁹³ **Man de Jan Piet**; Das Wohl des Trennungs-und Scheidungskindes in der Praxis, Ein Kind hat das Recht auf beide Eltern, Berlin 1997, s. 154 vd.

oluşan travmayı daha kolay atlattığını, daha az saldırgan olduğunu, çevresi ile kurduğu ilişkilerin daha sağlıklı ve normal olduğunu göstermektedir.

Boşanma sonrası birlikte velâyete karşı olanların genellikle savunduğu argüman, boşanmış olan ana babanın aralarındaki çatışmaları, kavgaları çocuğa yansıtacakları, çoğunlukla bu tartışmalarda çocuğu kullanacakları, bu nedenle velâyeti birlikte kullanmalarının çocuğun yararına aykırı olacaktır. Bu görüşü savunanlar kanun koyucunun boşanmada birlikte velâyetin çocuğun yararına aykırı olduğunu kabul ettiği için 336/III fıkra da velâyetin eski eşlerden birine verilmesini düzenlediğini ileri sürmektedirler. Kanun koyucu, boşanma sonrası eski eşlerin birbirleriyle uzlaşamayacakları, aralarındaki tartışmaya çocuğu alet edecekleri, bunun ise, çocuğun yararına aykırı olduğu için boşanma sonrası birlikte velâyeti kabul etmiyorsa; hemen hemen benzer bir durumu düzenleyen 336/II maddesinde birlikte velâyetin kabul edilmesi nasıl açıklanacaktır? Türk Medeni Kanunumuzun 336/II hükmü ortak hayata son verilmesi veya ayrılık halinde hâkimin velâyeti eşlerden birine verebileceğini düzenlemektedir. Bir başka deyişle, burada birlikte velâyet mümkündür. Bu durumda da boşanmada olduğu gibi taraflar arasında çatışma, tartışma, bir gerginlik söz konusudur. Boşanma sonrası tarafların arasındaki sorunun boşanma kararı ile aslında sona erdiği ve tarafların kendi hayatlarını kurdukları düşünülecek olursa; ortak yaşama son verilmesi veya ayrılık halinin söz konusu olduğu durumda sorun çözüme kavuşmadığından, eşler arasındaki huzursuzluk, boşanma sonrasına nazaran daha fazladır. Buna rağmen, bu durumda kanun koyucunun birlikte velâyeti çocuğun yararına aykırı görmeyip, boşanma sonrası için çocuğun yararına aykırı görüp, birlikte velâyeti dışlamış olacağını kabul etmek mümkün görülmektedir.

Boşanma sonrası birlikte velâyetin çocuğun yararına aykırı olduğu ve kabul edilemeyeceğini savunanlar, boşanma sonrası velâyet hakkına sahip olmayan tarafla çocuğun kişisel ilişki kurmasında birçok sorun yaşandığını, birlikte velâyetin kullanılmasının pratikte mümkün olmayacağını ileri sürmektedirler. Kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan ana/babanın çocukla görüşmesinin eski eşler arasında sorunlu olan bir konu olduğu doğrudur. Bununla birlikte, yapılan araştırmalar tam aksini göstermektedir. Birlikte

velâyette eski eşler arasında daha az problem çıkmaktadır. Bunun nedeni, tarafların silahlarının eşit olmasıdır. Ana babanın her ikisi de velâyet hakkına sahiptir. Birinin velâyet hakkına sahip olduğu durumda ise; velâyet hakkına sahip olan taraf, çoğunlukla bu hakkını kullanarak, boşanmanın acısını karşı taraftan çıkarmakta; velâyet hakkına sahip olmadığı için kendisini cezalandırılmış hissedenden taraf ise nafakasını düzenli olarak ödemeyerek, velâyete sahip olan tarafı kendince cezalandırmaktadır. Taraflar arasındaki bu gerginlik ise, velâyet hakkına sahip olmayan tarafın çocukla kişisel ilişki kurma hakkını kullanması sırasında tartışmalara neden olmaktadır. Bu tartışmalardan dolayı çocuk zarar gördüğü gibi, kişisel ilişki gereği gibi kurulmadığından velâyet hakkına sahip olmayan ebeveynine karşı da yabancılaştırmaktadır. Birlikte velâyet durumunda ise, taraflar eşit konumda olduklarından birbirlerine karşı kullanabilecekleri bir şey yoktur. Ayrıca, velâyetin kullanılmasında uzlaşmazlarsa, çocuğun yararına aykırı olması nedeniyle, velâyet hakkını kaybetme ihtimalleri olduğundan aralarında genellikle uzlaşma yoluna gitmektedirler. Bunun ise, çocuğun yararına olduğu açıktır.

Sonuç olarak kanımızca Medeni Kanunumuzun 182 ve 336/III maddelerinin yorumuyla varılacak sonuç; boşanma sonrasında velâyetin hâkimin takdir yetkisi ile belirleneceği ve hâkimin takdir yetkisinin sınırının ise çocuğun yararı olduğudur. Bir başka deyişle, 336/III hükmü kanunun mantığı, getiriliş amacı (ratio legis) kapsamında değerlendirildiğinde, bu hükmün hâkimin takdir yetkisini kısıtlayan bir hüküm olduğu sonucuna ulaşılamamaktadır. Özellikle, taraflar boşanma sonrasında velâyeti birlikte kullanmayı talep ediyorlarsa, hâkimin bunu reddetmemesi, çocuğun yararına olmak şartıyla kabul etmesi gereklidir. Medeni Kanunumuzun 166.maddesi de bunu destekleyicidir. 166.madde hükmü kapsamında tarafların boşanma sonrasında çocuğun velâyeti hususunda anlaşmaları gerekmektedir. Her ne kadar hâkim bu anlaşmayla bağlı değilse de hâkimin tarafların anlaşmalarına öncelik vererek velâyeti düzenlemesi uygun olur⁹⁴. Neticede velâyet hak-

⁹⁴ İzmir 4.Aile Mahkemesi 27.05.2009 T., 448 E., 470 K. kararında isabetli olarak “tarafların ortak çocukları .././2007 doğumlu, küçük E.’nin velayet hakkının taraflarca birlikte kullanılmasına” karar vermiştir. Dava konusu olayda taraflar; TMK.

kında yapılan düzenlemeyi taraflar uygulayacakları için onların üzerinde uzlaştıkları çözüm, uygulamada daha az sorun çıkaracaktır. Bu nedenle, taraflar velâyeti birlikte kullanma konusunda anlaşmışlarsa ve bu çocuğun yararına aykırı değilse, hâkimin anlaşmayı onaması uygundur. Yukarıda da açıkladığımız gibi boşanma sonrasında birlikte velâyetin kanunen mümkün olmadığı gerekçesi ile böyle bir talebi reddetmemesi gerekir. Hatta, taraflarca böyle bir talep olmasa da hâkim, Medeni Kanunumuzun 182. maddesinde kendisine tanınan takdir yetkisi kapsamında⁹⁵ çocuğun yararına uygun ise boşanmadan sonra velâyeti ana ve babanın her ikisine birlikte verebilir.

IV. ANA BABANIN EVLİ OLMAMASI DURUMUNDA BİRLİKTE VELÂYET

Ana babanın evli olmaması halinde müşterek çocukları üzerinde velâyet hakkı Medeni Kanunumuzun 337. maddesinde düzenlenmiştir. Ana ve babanın velâyet hakkı ayrı ayrı kurala bağlanmıştır. 337. maddenin 1. fıkrasına göre ana ve babanın evli olmaması halinde velâyet hakkı anaya aittir. Burada velâyet hakkının soybağının bir sonucu olarak kanunundan doğacağı ana kuralına paralel bir düzenleme yapılmıştır. Ana ile çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulduğu için ana, kanundan dolayı doğrudan doğruya velâyet hakkına sahip olmaktadır⁹⁶.

Medeni Kanunumuzun 337/II fıkrasında babanın velâyet hakkı düzenlenmiştir. Babanın velâyet hakkına sahip olması için çocukla arasında soybağı kurulması yeterli değildir. Tanıma veya babalık davası sonucunda çocukla baba arasında soy bağı kurulsa dahi bu, babanın velâyet hakkına sahip olmasına yetmemektedir. Baba, ancak 337/II deki şartların oluşması ve hâkimin kararı ile velâyet hakkına sahip olabilir. 337/II hükmüne göre bunun

166/3 maddeye dayalı olarak anlaşmalı boşanma talebinde bulunmuşlar ve müşterek çocuğun velâyetinin taraflarca birlikte kullanılacağı hususunda anlaşmışlardır.

⁹⁵ Yukarıda da belirttiğimiz gibi, TMK.336/III bu takdir yetkisini kısıtlayan bir hüküm değildir.

⁹⁶ Önceki Medeni Kanunumuzda ana da velayet hakkına hâkim kararı ile sahip olabiliyordu.

için ananın küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet hakkının kendisinden alınmış olması gerekir. Bu durumda çocuğun menfaatine göre, velâyeti hâkim ya babaya verir ya da çocuğa bir vasi atar.

Evli olmayan ana ve babanın velâyeti birlikte kullanmak istemeleri durumunda ne olacağı yanıtı Kanunda mevcut değildir⁹⁷. Hukuk kuralları, toplumsal yaşamda karşımıza çıkabilecek olay ve sorunları düzenleme amacını taşımaktadır. Fakat mevcut hukuk kurallarının, ortaya çıkması olası tüm olay ve ilişkileri eksiksiz düzenlediğini ileri sürmek mümkün değildir. Medeni Kanunumuz da bu durumu peşinen kabul etmiş ve 1/II. maddesinde hâkime hukuk yaratma yetkisi tanımıştır.

Kanunda bir meselenin pozitif hukukta düzenlenmesi beklenirken, istem dışı olarak düzenlenmemişse kanun boşluğundan söz edilir. Bu durumda hâkim Medeni Kanunumuzun 1/II. maddesi hükmüne göre örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanunkoyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Doktrinde, boşluk çeşitleri açıklanırken, değişik sınıflandırmalar yapıldığı görülmektedir. Bunlardan hangisi incelenecek olursa olsun boşluk türlerinin birbiri ile çakıştığı, adeta birbirinin içine girdiği görülmektedir. Bu çatışan ve benzerlik, doktrinde yapılan sınıflandırmaların hatalı veya eksik olmasından değil, bilakis, boşluk kavramının niteliğinden kaynaklanmaktadır⁹⁸. Doktrindeki belli başlı boşluk

⁹⁷ Alman Hukukunda BGB §1626a da çocuğun doğumunda evli olmayan ana babanın ya velayeti birlikte kullanmayı istediklerini beyan etmeleri ya da birbirleri ile evlenmeleri halinde velayeti birlikte kullanabilecekleri bu ihtimallerin dışında velayetin anaya ait olduğunu düzenlenmiştir. İsviçre Hukukunda ZGB 298a maddesinde evli olmayan ebeveynlerin birlikte velayeti düzenlenmiştir. Buna göre, evli olmayan ana baba çocuğun bakım ve gözetilmesi ve bakım giderleri hususunda anlaşılırsa ve velâyeti birlikte kullanmayı talep ederlerse, bunun çocuğun yararına olması şartıyla talepleri kabul edilir.

⁹⁸ **Zevkiler/Acabey/Gökyayla**, s. 99; **Öztañ**, Bilge/**Öztañ** Fırat; İlga Boşluk Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından MK'un 24/a III'üncü maddesi karşısında MK'un 85/II'inci maddesinin durumu, Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 250.

çeşitlerinin sınıflandırılmasını şu şekilde sayabiliriz; Açık Boşluk⁹⁹ - Örtülü Boşluk¹⁰⁰; Gerçek boşluk¹⁰¹ - Gerçek Olmayan Boşluk¹⁰² ve Çatışma Boşluğu¹⁰³.

Belirli bazı konularda kanunda kural bulunmaması ya da olayı çözümlenecek olumlu yönde bir kuralın bulunmamasına rağmen boşluktan bahsedilemez. Doktrinde¹⁰⁴ genellikle iki durumda boşluktan bahsedilmeyeceği

⁹⁹ Hukuken çözüme varılması gereken bir konuda, uygulanabilir bir hükmün bulunmadığının açıkça belli olduğu durumlarda, açık boşluktan sözedilir. Başka bir deyişle, açık boşluk düzenlemenin amacına ve temel düşüncelerine cevap verilmesi gereken bir soruna kanunun cevap vermemesidir. (**Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 99; **Kırca**, Çiğdem; Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFD, C.10, S. 1, s. 94; **Öztan/Öztan**, s. 250).

¹⁰⁰ Türk İsviçre doktrininde hâkim görüş, boşlukları gerçek boşluk-gerçek olmayan ayırımına tabi tutmakta ve örtülü boşluğu gerçek olmayan boşluk olarak ifade etmektedir. Yasada bir hüküm bulunmasına rağmen, hükmün özü ile sözü birbirine uygun değilse veya bir hükmün sözüyle uygulanması açıkça hakkın hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa örtülü boşluktan söz edilir. Örtülü boşlukta görünürde bir hüküm olmasına rağmen kanunun çok geniş kapsamlı, gerekli istisnalara yer vermemiş olan kelime anlamının kanunun amacı ve negatif eşitlik ilkesi esas alındığında düzenlenmesi gereken bir sınırlama eksikliğinden doğan boşluktur. (**Kırca**, s. 97; **Öztan/Öztan**, s. 251; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 100).

¹⁰¹ Yasada bir hukuki konu hakkında hiçbir hüküm yer almıyorsa gerçek boşluk söz konusudur (**Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 100).

¹⁰² Yasada bir hüküm bulunmakla birlikte, bu hüküm, tatmin edici değilse, gerçek olmayan boşluktan söz edilir (**Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 100).

¹⁰³ Söz konusu olaya uygulanabilecek nitelikte iki ayrı yasa kuralının bulunması durumunda böyle bir boşluktan söz edilir. Böyle iki yasa kuralının varlığı halinde, çatışma boşluğundan söz edebilmek için, kuralların her ikisinin de aynı anda yürürlükte bulunması; her iki kuralın da özel nitelikli ya da genel nitelikli yasalarda yer alması ve birini ötekine tercih edecek bir nedenin bulunmaması gerekir (**Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 100).

¹⁰⁴ **Kırca**, s. 97; **Edis**, 124.

kabul edilmektedir. Bunlar; hukuk dışı alanlar¹⁰⁵; kanunun bilerek susmasıdır. Kanun koyucu kasıtlı olarak bir konuyu düzenlememiş bir kural koymamış ise bu durumda boşluk değil, kasıtlı susma söz konusudur. Kanununun bir konuyu düzenlememesi durumunda bir boşluk mu yoksa kasıtlı susma mı olduğu yorum yoluyla incelenmeli ve susmanın bir düzenleme yokluğu olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği araştırılmalıdır¹⁰⁶. Bunun sonucunda kanun koyucunun olumsuz bir çözüm istediği sonucuna varılırsa, kanundaki susma kasıtlı susma kabul edilir, bu durumda boşluk söz konusu değildir.

Evlilik dışı dünyaya gelmiş olan çocuğun velâyetini kanun koyucu yukarıda da belirttiğimiz gibi Medeni Kanunumuzun 337. maddesinde düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre, çocuğun velâyeti anaya aittir. Ana ve baba velâyeti birlikte kullanmayı talep ederlerse, buna ilişkin bir yanıt 337. madde hükmünde yer almamaktadır. Burada ilk önce bir boşluk olup olmadığı tespit edilmesi, eğer boşluk olduğu tespit edilirse ikinci olarak boşluğun niteliğinin ve nasıl doldurulacağını belirlemek gerekir.

Ana ve baba evli değilse, müşterek çocukları üzerinde birlikte velâyet hakkına sahip olup olamayacakları hususunda 337/I. maddede bir düzenlemenin yer almaması bir yana, 337/II. maddede ana velâyet hakkına sahipse ve 2.fıkra da yer alan şartlar oluşmamışsa babanın velâyeti dahi söz konusu olamamaktadır. Bu durumda kanun koyucunun evli olmayan ana babanın velâyeti birlikte kullanmasını istemediği, yani olumsuz bir çözüm istediği, bu nedenle, ana babanın birlikte velâyeti hususunda bir düzenleme yapıldığı yani kasıtlı bir susmanın mı söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Buna cevap vermek için maddenin yorumu gerekir.

Boşanmada birlikte velâyeti incelerken belirttiğimiz gibi Medeni Kanunun 1/I. maddesine göre hâkim, kanunu yorumlarken, kuralın sözünü eksiksiz biçimde yorumlayarak anlam kazandıracaktır. Bunu yaparken

¹⁰⁵ Bazı öyle değerler ve kavramlar vardır ki, bunlar hakkında yasada kural bulunmaması, boşluk olduğu anlamına gelmez. Ahlak, din, görgü, felsefe gibi konularda kural bulunmaması halinde boşluktan söz edilmez.

¹⁰⁶ **Edis**, s. 124.

hâkim, maddenin hazırlık malzemelerini madde kenar başlıklarını gözönünde tutacaktır. Hâkim, yalnızca o maddeyi değil, kanunun öteki maddelerini de birlikte ele almalı ve kanun maddeleri arasındaki mantık bağı ve tümüne egemen olan temel ilkelerin ne olduğunu belirlemelidir. Yorum yolu ile ulaşılan anlam, aynı zamanda hukuk düzeninin tümü için de uyumlu olmalıdır¹⁰⁷. Hukuk düzenimizin içine Anayasamızın 90. maddesi uyarınca kabul edilmiş iç hukuk niteliği kazanmış Uluslararası Andlaşmalarda dâhildir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 2. maddesi hükmüne göre çocuk hakları hiç bir ayırım gözetmeksizin uygulanacaktır. Maddede özellikle doğuş ve diğer statüler nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı vurgulanmıştır. Bu nedenle, evlilik içi ve evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar arasında ayırım yapılamayacaktır. Velâyet hakkının düzenlenmesinde de evlilik dışı birliktelik sonucu doğan çocuklarla, evlilik birliği içinde doğan çocuklar arasında ayırım yapılamaz¹⁰⁸. Evlilik birliği içinde doğan çocuklar ana ve babalarının birlikte velâyeti altında olma hakkına sahipse, evlilik birliği dışında yer alan çocuklar için de aynı hakkın sağlanması gerekir. Daha önce Medeni Kanununun 443.maddesinde yer alan ve sahih- gayri sahih nesepli çocukların miras hakkı hususunda farklı düzenleme içeren hükmü, Anayasa Mahkemesi¹⁰⁹ tarafından eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmişti. 4721 sayılı Medeni Kanunun genel gerekçesinde de sahih nesepl-sahihsiz olmayan nesep farkının kaldırıldığı belirtilmektedir. Evlilik içi ve evlilik dışı birliktelikten doğan çocuklar arasında farkın kaldırılması görüşü, doktrinde

¹⁰⁷ **Yavuz**, Nihat; Bilimsel Öğretide ve Uygulamada Yorum, YKD Ekim 1997, s. 459.

¹⁰⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 03.12.2009 tarihli 22028/04 kararında evlilik birliği dışında doğan çocuğun annenin rıza göstermemesi halinde dahi babanın istemesi ve çocuğun yararının bu yönde olması halinde ana babanın velâyeti birlikte kullanılacağına karar verilmesi gerektiğine aksi tutumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesinde yer alan kimseye cinsiyetine, evlilik içinde doğup doğmamasına göre farklı davranılmayacağı kuralının ihlali anlamına geleceğine karar vermiştir. (EGMR (V. Sektion), Urt. v. 3.12.2009-22028/04 (Zaunegger/ Deutschland) www.beck-online.beck.de).

¹⁰⁹ 11.9.1987 T., 1 E., 18 K. RG., 29.3.1988, S. 19769.

evlilik dışı birliklikleri teşvik edeceği nedeniyle eleştirilmiştir¹¹⁰. Fakat haklı olarak belirtildiği gibi, taraflara sorumluluk yüklemek, çocuğa bir takım haklar sağlanması, evlilik dışı ilişkileri teşvik etmeyecek, aksine azaltacaktır. Bu tür bir ilişki sonucunda da hukuken bir takım sorumluluklara tabi olacağını bilen bir kişi, sorumluluğu olmadığı hale göre düşüncesizce böyle bir ilişkiye girmeyecek, sorumlulukları düşünerek belki de vazgeçecektir¹¹¹. Bunun dışında evlilik dışı ilişkide hiç suçu olmayan çocuğu, sadece evli olmayan bir ana babası olması nedeniyle belli haklardan mahrum ederek, bu ilişkinin faturasını ona yüklemek adil olmadığı gibi, çocuğun yararının herşeyin üstünde olduğu ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. Bu nedenle, kanun koyucunun evli olmayan ana babanın müşterek çocuk üzerinde birlikte velâyetine ilişkin bir düzenleme yapmaması onun olumsuz sonucu istediği yani kasıtlı olarak susması anlamına gelmez. Anayasanın eşitlik ilkesine ve BM. Çocuk Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağına aykırı olan bir çözümün kanun koyucu tarafından istenmesi veya bunun düzenlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, burada kasıtlı bir susma değil, bir boşluk¹¹² vardır.

¹¹⁰ Eleştiriler için bakınız **Yılmaz**, s. 9 vd.; Evli olmayan ana ve babanın velâyeti birlikte kullanmasının tanınmamasının isabetli olduğu, bunun tanınmasının evlilik dışı birliklikleri artıracığı hususunda bakınız **Çelik**, s. 260.

¹¹¹ **Yılmaz**, s. 11.

¹¹² Bir boşluğun söz konusu olmadığı görüşü için bakınız **Acabey**, s. 128, Acabey BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 7/1 “Çocuk...mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır” hükmü ile TMK.337 maddesinin karşı karşıya gelmesi halinde TMK. hükmünün değil Sözleşme hükmünün doğrudan doğruya uygulanacağı görüşündedir. (Boşanma sonrasında birlikte velâyet hususunda aynı görüştedir **Acabey**, s. 101) An.90/son hükmüne göre temel haklara ilişkin sözleşme eski tarihli bile olsa ulusal kuraldan önce uygulanacaktır. Bu doğru olmakla birlikte, 337.madde evli olmayan ana babanın velâyetini düzenlemektedir, BM. Çocuk Hakları Sözleşmesinin 9/1 hükmü velâyet hakkını düzenlememektedir. Her ne kadar çocuğun ana babanın her ikisi tarafından bakılması velâyetin içinde yer almaktaysa da velâyet çocuğun bakılmasından daha geniştir. Sözleşmenin 9/I, 7/I ve 18/I hükümlerinin hepsi tek tek velâyetin kapsamında yer alan hak ve yükümlülüklerinden bahsetmektedir. Fakat velâyet hakkını düzenleyen bir hüküm yoktur. Söz konusu hükümler boşluk doldurmada, kanunun yorumlan-

Bu hususta bir boşluk olduğunun tespitinden sonra ikinci olarak çözüm bulunması gereken nokta; bu boşluğun nasıl bir boşluk olduğu ve nasıl doldurulacağıdır. Kanunda bir düzenleme yer almakla birlikte sorunun yanıtının söz konusu düzenlemeden alınmaması halinde akla gelen boşluk çeşitleri örtülü boşluk ve gerçek olmayan boşluktur.

Gerçek boşluk-gerçek olmayan boşluk ayrımı İsviçre/Türk doktrininde kabul edilmekte, açık boşluk-örtülü boşluk ayrımı ise Alman doktrininde kabul edilmektedir¹¹³. Doktrininde örtülü boşluğu bazı yazarlar¹¹⁴ gerçek olmayan boşluğun alt türü olarak kabul ederken, bazı yazarlar¹¹⁵ ise gerçek boşluk olarak kabul etmektedirler. Bunun önemi Medeni Kanunun 1/II. maddesinin mi yoksa 2/II maddesinin mi uygulanacağı noktasındadır. Örtülü boşluğu gerçek olmayan boşluk olarak kabul edenler, örtülü boşluğun Medeni Kanunun 1/II maddesinin kapsamında yer almayacağını savunmaktadır¹¹⁶. Örtülü boşluğun gerçek boşluk olduğunu kabul edenler ise, bu boşluğunda hâkimin hukuk yaratma yetkisinin bulunduğunu ve bu boşluğun amaca uygun sınırlama yoluyla doldurulması gerektiğini savunmaktadır¹¹⁷. Bu görüşte olanlara göre, amaca uygun sınırlama ile boşluk doldurma 1/II. maddesi kapsamında hâkimin hukuk yaratmasında bir metottur. Bu sonuca 1/II nin Fransızca metni esas alınarak varılmaktaydı¹¹⁸. Bu metinlerde “uygulanabilecek bir normun eksikliği” veya “kanun koyucunun bir durumu daha önce görmemesi” halinde hukuk yaratılabileceği belirtilmektedir¹¹⁹. Bu nedenle, Medeni Kanunumuzun 1/II maddesi, “...hakkında kanuni hüküm bulunmayan mes’elede” ifadesinin aslına uygun tercümesinin esas alınması gerektiği, bu hükmün “uygulanabilir kanun hükmünün bulunmaması”

masında kullanılmakla birlikte, 337. madde hükmü yerine geçerek doğrudan birlikte velâyetin düzenlenmesinde uygulanarak sorununun halini sağlamaya yeterli değildir (Ayrıca bakınız **Serozan**, s. 47).

¹¹³ **Kırca**, s. 95.

¹¹⁴ **Edis**, s. 133, 134; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 100.

¹¹⁵ **İmre**, s. 176; **Kırca**, s. 98.

¹¹⁶ **Edis**, s. 133, 134.

¹¹⁷ **Kırca**, s. 98; **İmre**, s. 176.

¹¹⁸ **Öztan/Öztan**, s. 252; **Kırca**, s. 101.

¹¹⁹ **Kırca**, s. 101.

şeklinde anlaşılması halinde örtülü boşlukların 1/II'in uygulama alanı içine girebileceği söylenmekteydi¹²⁰. 4721 sayılı Kanunla Medeni Kanunumuzda yapılan değişiklik sonucu 1/II hükmü "Kanunda uygulanabilir hüküm yoksa" şeklini almıştır. Bu nedenle, Medeni Kanununun 1/II maddesine göre boşluk ister açık, ister örtülü olsun, hâkim 1/II kapsamında boşluğu dolduracaktır. Böylece, boşluk kavramının ayrıma tabii tutulup, türlere ayrılması pratikte önem arzetyemeyecektir. Medeni Kanunun 1/II maddesine göre, hâkimin görevi her zaman boşluğun doldurulması olacaktır¹²¹.

Ana ve babanın evli olmaması halinde müşterek çocukların velâyetini düzenleyen bir kanun hükmü 337. maddede yer almasına rağmen, ana babanın birlikte velâyete sahip olup olmayacağını yanıtını vermemektedir. Ana ve babanın evli olmaması halinde velâyet her zaman anaya aittir. Ananın velâyet hakkına sahip olmadığı istisnai haller 337/II maddesinde belirtilmişse de bunların arasında ana ve babanın velâyeti birlikte kullanılabilmesine ait bir istisna söz konusu değildir. Hemen hemen her zaman evlilik dışı çocuğun velâyetinin anaya ait olması kanun getiriliş amacına göre oldukça geniş bir düzenlemedir. Kanunun amacı anayı velâyet hakkı vererek ödüllendirmek veya babayı cezalandırmak değildir. Buradaki amaç çocuğu korumaktır. Velâyetin çocukla ilk etapta ana arasında kurulması bir zorunluluktur. Çünkü, bir tanıma veya babalık davası söz konusu değilse, doğal baba ile çocuk arasında soybağı kurulamayacağı için babanın velâyetinden de söz edilemeyecektir. Bu nedenle, kanun koyucu çocuğun yararını gözeterek doğumla soybağının kurulduğunda ana ile çocuk arasında velâyet ilişkisini kurmuştur.

Kanun koyucunun amacı, çocuğun babasının sevgi ve ilgisinden mahrum etmek, evlilik dışı-evlilik içi çocuklar arasında bir ayrım yaratmak değildir. Daha önce de belirttiğimiz gibi BM. Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. maddesi uyarınca çocuğun yararı her şeyin önünde dikkate alınacaktır. Çocuk ana ve babaya muhtaçtır. BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 7/I "Çocuk...mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından

¹²⁰ Kırca, s. 101.

¹²¹ Öztan/Öztan, s. 249.

bakılma hakkına sahip olacağı”; 9/I “Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alacakları”; 18/I “Taraf devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterireceği” hükümleri ile 2. maddede yer alan ayrımcılık yasağı gözönüne alınarak, kanunun amacının çocuğu korumak, onun yararını gözetmek olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Bu nedenle, 337. maddede yer alan boşluk; evli olmayan ana ve babanın çocuklarının velâyetinin anaya¹²² ait olacağı şeklindeki düzenlemenin genişliği, kanunun getiriliş amacına uygun olarak getirilecek bir istisna ile sınırlandırılarak doldurulmalıdır. Bu istisna ise; çocukla arasında soybağı kurulmuş ana ve baba evli olmamakla birlikte müşterek çocuklarının velâyetini birlikte kullanmak istemeleri ve bunun çocuğun yararına aykırı olmaması halidir. Bu durumda hâkim 1/II maddesi kapsamında birlikte velâyete karar vermelidir.

SONUÇ

Medeni Kanunumuzda ana babanın evli olması hâli hariç, birlikte velâyet açık olarak düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde yer alan çocuk hakları, özellikle çocukla ilgili her hususta çocuğun yararının öncelikli olacağı kuralı (3/I md.); ana baba ve çocuk arasında hak ve yükümlülüklerin ana babanın evli, boşanmış ya da hiç evlenmemiş olmasına değil, soybağına bağlı olarak düzenlenmiş olması; bu hükümler içinde özellikle 7/I “ Çocuk....mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır”; 9/I

¹²² Ana baba arasında da ayırım yapılması Anayasasının eşitlik ilkesine aykırıdır. Kişilerin cinsiyetlerine göre ayırım yapılamaz. Medeni Kanunun Genel gerekçesinde kanun koyucunun kadın erkek eşitliğini dikkate alarak düzenleme yaptığı ifade edilmiştir. Önceki Medeni Kanunun velâyetin yürütülmesinde ana ve babanı anlaşamamaları hâlinde babanın oyuna üstünlük tanıyan 263. maddesi hükmü kadın-erkek eşitliğini bozduğu gerekçesi ile kanuna alınmamıştır.

“Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alırlar.” ve 18/I “Taraf devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer.” şeklindeki düzenlemeler konumuz açısından önemlidir. Taraf Devletlerin çoğu iç hukuklarında düzenlemeler yaparak, Sözleşme ile yükledikleri sorumluluğu yerine getirmişlerdir. Alman ve İsviçre Hukuklarında özellikle BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 18/1 hükmü dikkate alınarak, sadece evli ana babanın değil, evli olmayan ana baba ile artık evli olmayan ana babanın birlikte velâyetini düzenleyen hükümler medeni kanunlarında yer almıştır. Medeni Kanunumuzda da bu nitelikte bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

Medeni Kanunumuzda açık hüküm yer almamakla birlikte mevcut hükümler dikkate alındığında söz konusu düzenleme yapıncaya kadar da evli olmayan ana baba ile artık evli olmayan ana babanın birlikte velâyetinin reddedilmemesi gerektiği görüşündeyiz.

Yürürlükteki Hukukumuz açısından ana ve baba velâyeti birlikte kullanmayı talep ediyorlarsa ve bu çocuğun yararına aykırı değilse, boşanmadan sonra TMK.182/I ve 336/III maddelerinin TMK.1/I hükmü kapsamında yorumu yoluyla, anne babanın evli olmaması durumunda ise, TMK. 337 hükmündeki boşluğun hâkim tarafından TMK.1/II kapsamında doldurulması yoluyla birlikte velâyetin kabulü gerekir.

Olmaması gereken hukuk açısından kanımızca velâyetin basit ve tek bir kurala bağlanması birçok tartışmayı sona erdirecektir. Velâyetin soybağına bağlı olarak ana ve babanın her ikisine de ait olduğunun düzenlenmesi isabetli olacaktır. Bu ilkenin sınırı çocuğun yararı ilkesi olmalıdır. Birlikte velâyet çocuğun yararına aykırı ise, ancak bu durumda taraflardan birine verilebilir veya bir vasi atanabilir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Acabey, M. Beşir;** Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Hukuki Konular, İzmir Barosu Dergisi, Ekim 2006, s.88-140.
- Akılhoğlu, Tekin;** Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Ankara 1995.
- Akıntürk, Turgut;** Aile Hukuku, C.2, İstanbul 2006.
- Ayiter, Nuşin;** MK'nun Nesebe İlişkin Düzenlemesinin Yeni Eğilim ve Gereksinimler Karşısında Değerlendirilmesi, AÜHFD., s.43-55.
- Akyüz, Emine;** Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, Ankara 1983.
- Akyüz, Emine;** MK.'nun Velâyete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre MK. Işığında Değerlendirilmesi, İÜ. Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s.645-675. (Velâyet).
- Baktır Çetiner, Selma;** Velâyet Hakkı, Ankara 2000.
- Ballof, R./Eginhard W.;** *Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall*, FamRZ 1990, Heft 5, s.445-454.
- Brauchli, Andreas;** Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Zurich 1982.
- Bulut, Harun;** Velâyet ve Nafaka Davaları, İstanbul 2007.
- Çelik, Cemil;** Velâyetin Kaldırılması, AÜHFD., C.54, S. 1, s.255-309.
- Dahan, Jocelyne;** Die Rechte des Kindes, die Gesetzgebung in Scheidungsfragen, Ein Kind hat das Recht auf beide Eltern, Berlin 1997.
- Edis, Seyfullah;** Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1987.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin;** Aile Hukuku, İstanbul 1979.
- Hatemi, Hüseyin;** Aile Hukuku I, İstanbul 2005.
- Hausheer, H./Jaun, M.;** Die teleologische Reduktion und ihre Grenzen: zu BGE 123 III 445 ff (keine gemeinsame elterliche Gewalt nach erfolgter

Scheidung) Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 134 1998, s.501-511.

Huysal, Burak; Devletler Özel Hukukunda Velâyet, İstanbul 2005.

İmamoğlu, Hülya; Yeni MK.'daki Düzenleme ve Velâyete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, AÜHFD. C.54 S.1, s.165-175.

İnan, Ali Naim; Çocuk Hukuku, İstanbul 1968.

Jopt, U.J.; Nacheheliche Elternschaft und Kindeswohl-Plaedyer für das gemeinsame Sorgerecht als anzustrebenden Regelfall, FamRZ 1987, s.879

Kırca, Çiğdem; Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFD.C.10, S.1, s.91-119.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz; Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004.

Köprülü/Kaneti; Aile Hukuku, İstanbul 1985-1986.

Man de Jan Piet; Das Wohl des Trennungs-und Scheidungskindes in der Praxis, Ein Kind hat das Recht auf beide Eltern, Berlin 1997.

Michalski, Lutz; Gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern, FamRZ 1992, Heft 2, s.128-137.

Özmen, İsmail; Velâyet Hakkı Davaları ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara 2005.

Öztan, Bilge/Öztan Fırat; İlga Boşluk Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından MK'un 24/a III'üncü maddesi karşısında MK'un 85/II'inci maddesinin durumu, Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağabn, Konya 1991, s.245-261.

Öztan, Bilge; Aile Hukuku, Ankara 2004.

Öztan, Bilge; Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu, Prof.Dr. Tuğrul Ansay Armağanı, Ankara 2006, s.251-260, (Birlikte Velâyet).

- Rogner, Jörg;** Familienrechtsreform-kommentar-FamRefk (Baeumel, D./ Bienwald, W./Haeussermann, R./Hoffmann, J./Maurer, H.U./Meyer-Stolte, K./Sonnenfeld, S./Wax, P.) Bielefeld 1998.
- Ruhi, Ahmet Cemal;** Türk Hukukunda Boşanma Boşanmanın Sonuçları, Ankara 2004.
- Schwab/Heinrich,** Entwicklungen des Europäischen Kindesrechts, Bielefeld 1994, s.135
- Schwenzer, Ingeborg;** Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Herausgeber von; Honsell, H./Vogt, N./Geiser, T.), Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, Basel-Genf-München 2002.
- Serozan, Rona;** Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, Prof.Dr. Bilge Öztan Armağanı, Ankara 2008, s.759-777 (Soybağı).
- Serozan, Rona;** Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.
- Turhan, Nedim;** Ana babanın Çocuklarına Karşı Çocukların Ana Babaya Karşı Olan Hak ve Yükümlülükleri ve Ehliyet Sorunu, YKD.2001 Temmuz, s.335-361.
- Wolf, Stephan;** Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 134 1998, s.113-154.
- Yılmaz, Hamdi;** İsviçre Çocuk Hukuku, Trabzon,1995
- Yavuz, Nihat;** Bilimsel Öğretide ve Uygulamada Yorum, YKD Ekim 1997, s.431-464.
- Zevkliler/Acabey/Gökyayla;** Medeni Hukuk, Ankara 2000.