

T.C.
ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUKU ANABİLİM DALI

**BİRLİKTE VELAYET
VE
BİRLİKTE VELAYET KARARLARININ
TENFİZİ**

Doktora Tezi

Özge BÖLÜKBAŞI

**Danışman
Prof. Dr. Cem BAYGIN**

Erzincan 2020

TEZ BİLDİRİMİ

“Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi” isimli “**Doktora**” tezim tarafımca intihal programı ile incelenmiştir. Buna göre tezimde bilimsel etik ihlali ve intihal olarak nitelendirilebilecek herhangi bir durum olmadığını taahhüt ederim.

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir biçimde elde edildiğini; aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi beyan ederim.



Özge BÖLÜKBAŞI

BİRLİKTE VELAYET VE BİRLİKTE VELAYET KARARLARININ TENFİZİ

Özge BÖLÜKBAŞI

**Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel
Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ağustos 2020**

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Cem BAYGIN

ÖZET

Türk Medeni Kanunu’nda birlikte velayet, evlilik birliğinin devam ettiği haller dışında kabul edilmemektedir. Bu nedenle, evlilik birliğinin sona erdiği hallerde ve evlilik dışı ilişkilerde velayetin birlikte kullanılıp kullanılamayacağı ve buna bağlı olarak da yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfiz edilip edilemeyeceği sorunu uzun yıllardır gündemdedir. Tartışmaların odak noktasını, TMK’nın velayete ilişkin m. 182, 336 ve 337. hükümleri kapsamında birlikte velayetin uygulanabilirliği ve yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığı sorunu oluşturmaktadır. 2016 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 7 No’lu Protokol’ün “*eşler arasında eşitlik*” başlıklı 5. maddesinin yürürlüğe girmesiyle beraber, birlikte velayete ilişkin tartışmalar, Protokol hükmünün iç hukuka etkisi bakımından devam etmektedir. Çalışmamızda, uluslararası hukuki belgeler, karşılaştırmalı ve iç hukuktaki kaynaklar irdelenerek, birlikte velayete ilişkin birçok soruna çözüm önerileri sunulmaktadır.

Netice itibariyle, ülkemizde birlikte velayetin uygulanmasına ya da yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizine, hukuken herhangi bir engel olmadığı görülmektedir. Çocuğun üstün yararı esas alınmak

koşuluyla ve somut olayın özelliklerine göre, birlikte velayete karar verilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Başta AİHS ve ÇHS olmak üzere, birçok uluslararası metin ve Anayasa'nın 20., 41. ve diğer ilgili maddelerinde yer alan “*aile hayatına saygı*”, “*eşitlik*”, “*ayrımcılık yasağı*” ve “*çocuğun üstün yararı*” gibi ilkeler, ülkemizde birlikte velayetin uygulanmasına ve yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizine imkan sağlamaktadır.

Anahtar Kelimeler : Birlikte (ortak/müşterek) Velayet, Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, AİHS'ye Ek/ 7 No'lu Protokol, Çocuğun Yüksek Yararı

JOINT CUSTODY AND ENFORCEMENT OF JUDGMENTS ON JOINT CUSTODY

Erzincan Binali Yıldırım University, Institute of Social Sciences,

Department of Private Law

Doctoral Thesis, July 2015

Thesis Supervisor: Prof. Dr. Cem BAYGIN

ABSTRACT

In the Turkish Civil Code, joint custody is not accepted except in cases where the marriage union continues. For this reason, the issue of whether custody can be used together in cases where the marriage union ends and in non-marriage relations, and whether or not the custody decisions issued by foreign courts has been enforced for many years. The main focus of the discussions is the applicability of joint custody within the scope of the provisions of articles 336, 337 and 182 of the Turkish Civil Code and whether the joint custody decisions made by foreign courts are clearly against the public order. In 2016, with the entry into force of the 5th article titled “Equality between spouses” of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights, discussions on custody together continue in terms of the effect of the Protocol provision on domestic law. In our study, international legal documents, comparative and domestic sources are examined and solutions are proposed for many problems related to custody.

As a result, it is seen that there is no legal obstacle to the implementation of joint custody in our country or to enforcement of joint custody decisions issued by foreign courts. It is concluded that custody can be decided together based on the best interest of the child and according to the characteristics of the concrete event. Many

international texts, especially the European Human Rights Convention and the Child Rights Convention, and the 20th, 41st of the constitution principles such as “*respect for family life*”, “*equality*”, “*prohibition of discrimination*” and “*the best interests of the child*”, and other related articles, allow the implementation of joint custody in our country and enforcement of joint custody decisions made by foreign courts.

Keywords: Joint Custody, Enforcement of Joint Custody Decisions by Foreign Courts, Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights, The Best Interest of the Child



ÖN SÖZ

Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi konulu doktora tezimi hazırlarken araştırmalarımın her aşamasında bilgi, öneri ve desteğini esirgemeyerek çalışmamı tamamlamama katkıda bulunan danışman hocam sayın Prof. Dr. Cem BAYGIN'a, doktora dersleri esnasındaki yardımlarından dolayı Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin çok kıymetli ve saygıdeğer öğretim üyelerine, çalışmalarım süresince fedakarlık gösteren ve beni daima destekleyerek teşvik eden sevgili annem Nurşen Ersöz'e ve eşim Emre Bölükbaşı ile sevgili ailemize teşekkür ederim.

Özge BÖLÜKBAŞI

Erzincan, 2020

İÇİNDEKİLER

TEZ BİLDİRİMİ	I
ÖZET	II
ABSTRACT	IV
ÖN SÖZ	VI
İÇİNDEKİLER	VII
KISALTMALAR	XVI
GİRİŞ	1
I. BİRLİKTE VELAYET KAVRAMI VE BİRLİKTE VELAYETİN KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE ULUSLARARASI METİNLERDEKİ GELİŞİMİ	6
A. Birlikte Velayet Kavramı, Birlikte Velayetin Tarihçesi ve Hukuki Niteliği .	6
1. Birlikte Velayet Kavramı ve Önemi	6
a) Birlikte Velayet Kavramı	6
(1) Birlikte Velayetin Tanımı	6
(2) Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukukta Velayet ve Birlikte Velayetin Terminolojisi	10
b) Birlikte Velayet Lehine ve Aleyhine İleri Sürülen Görüşler	14
(1) Genel Olarak	14
(2) Birlikte Velayet Lehine İleri Sürülen Görüşler	17
(3) Birlikte Velayet Aleyhine İleri Sürülen Görüşler	19
(4) Görüşümüz	21
2. Birlikte Velayetin Tarihçesi	23
a) Roma-Cermen Hukuku	23

b) Anglo- Amerikan (Ortak) Hukuku	26
c) İslam Hukuku.....	28
d) Türk Hukuku.....	30
3. Birlikte Velayete Hakim Olan İlkeler	32
a) Çocuğun Üstün Yararının Gözetilmesi İlkesi	32
b) Çocuğun Görüşünün Alınması İlkesi.....	37
c) Çocuğun Güvenliği İlkesi	40
4. Birlikte Velayetin Hukuki Niteliği	41
B. Birlikte Velayetin Karşılaştırmalı Hukuktaki ve Uluslararası Metinlerdeki Gelişimi	45
1. Karşılaştırmalı Hukukta Birlikte Velayet.....	45
a) Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Birlikte Velayet	45
(1) Alman Hukuk Çevresinde Birlikte Velayet.....	45
(a) Alman Hukukuna Göre Birlikte Velayet.....	45
(a)Avusturya Hukukuna Göre Birlikte Velayet.....	50
(b)İsviçre Hukukuna Göre Birlikte Velayet	54
(2) Latin Hukuk Çevresinde Birlikte Velayet	63
(a)Fransız Hukukuna Göre Birlikte Velayet.....	63
(b)Hollanda Hukukuna Göre Birlikte Velayet.....	66
(c)İtalyan Hukukuna Göre Birlikte Velayet	68
b) Common Law (Ortak Hukuk) Sisteminde Birlikte Velayet.....	70
(1) Amerikan Hukukuna Göre Birlikte Velayet	70
(2) İngiliz Hukukuna Göre Birlikte Velayet.....	74
(3) Avustralya Hukukuna Göre Birlikte Velayet	77

2. Uluslararası Metinlerde Birlikte Velayet.....	83
a) Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Kapsamında Birlikte Velayet	83
b) AİHS ve Ek 7 No’lu Protokol Kapsamında Birlikte Velayet	86
c) Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Birlikte Velayet	90
d) Avrupa Konseyi’nin 2079/2015 Sayılı Tavsiye Kararı Kapsamında Birlikte Velayet	92
e) Velayet (Ebeveyn) Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme Kapsamında Birlikte Velayet (1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi).....	93
C. Değerlendirme	96
1. Genel Olarak.....	96
2. Karşılaştırmalı Hukukta Birlikte Velayetin “ <i>Kural ya da İstisna Olarak Uygulanması</i> ” Bakımından Değerlendirilmesi	96
3. Karşılaştırmalı Hukukta Birlikte Velayetin “ <i>Velayetin Kullanım Şekilleri</i> ” Bakımından Değerlendirilmesi	99
II. TÜRK HUKUKUNDA VELAYETİN KULLANILMASI VE BİRLİKTE VELAYETİN UYGULANABİLİRLİĞİ	102
A. Türk Medeni Kanunu’na Göre Velayet’in Tarafları ve Kapsamı.....	102
1. Genel Olarak.....	102
2. Velayetin Tarafları	102
a) Velayete Tabi Olan Kişiler.....	102
b) Velayete Sahip Olan Kişiler.....	103
2. Velayetin Kapsamı	104

a) Genel Olarak	104
b) Çocuğun Şahısvarlığı Bakımından Velayetin Kapsamı.....	105
(1) Çocuğa Ad Koyma	107
(2) Çocuğun Yerleşim Yeri	109
(3) Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi.....	110
(a)Çocuğun Genel ve Mesleki Eğitimi	111
(b) Çocuğun Dini Eğitimi	114
c) Çocuğun Malvarlığı Bakımından Velayetin Kapsamı.....	115
(1) Çocuğun Malvarlığının Yönetilmesi.....	115
(2) Çocuğun Malvarlığının Kullanılması ve Sarfı	118
d) Çocuğun Temsili	120
B. Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması	123
1. Genel Olarak.....	123
2. Velayetin Birlikte Kullanılması (Birlikte Velayet)	123
a) Evlilik Birliğinin Devamı Süresince Velayetin Kullanılması	123
b) Ortak Hayata Ara Verme veya Ayrılık Halinde Velayetin Kullanılması	127
3. Velayetin Ana veya Babadan Biri Tarafından Kullanılması (Tek Başına Velayet).....	128
a) Ortak Hayata Ara Verilmesi veya Eşlerin Ayrılıklarına Karar Verilmesi Halinde Velayetin Kullanılması	128
b) Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Halinde Velayetin Kullanılması ...	129
(1) Eşlerin Boşanmalarına Karar Verilmesi	129
(2) Evliliğin Butlanına Karar Verilmesi	133
(3) Eşlerden Birinin Ölümü	134

(4) Eşlerden Birinin Gaipliğine Karar Verilmesi	135
c) Evlilik Dışı İlişkilerde Velayetin Kullanılması	136
C. Türk Hukuku'nda Evlilik Birliğinin Sona Erdiği Hallerde ve Evlilik Dışı İlişkilerde Birlikte Velayetin Uygulanabilirliği.....	137
1. Genel Olarak.....	137
2. “Çocuğu Himaye (Muhafaza/Alıkoyma) Hakkı” ve “Velayet” Kavramlarının Karşılaştırılması	140
3. Evlilik Birliğinin Sona Erdiği Hallerde ve Evlilik Dışı İlişkilerde Birlikte Velayetin Uygulanabilirliği Sorunu ve Sorunun Aşılması....	145
a) Evlilik Birliğinin Sona Erdiği Hallerde Birlikte Velayetin Uygulanabilirliği Sorunu ve Sorunun Aşılması	145
(1) Genel Olarak	145
(2) TMK m. 182 ve 336 Hükümlerinin Birlikte Velayete İmkan Verip Vermediği Hakkında Değerlendirme	146
(a) TMK m.182 Hükümünün Değerlendirilmesi	146
(b) TMK m. 336 Hükümünün Değerlendirilmesi.....	150
(c) Görüşümüz	156
(3) AİHS'ne Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. Maddesinin Birlikte Velayet Kararlarına Etkisi.....	161
(a) Protokol'ün 5. Maddesinin TMK'nın Velayete İlişkin 336. Maddesine Etkisi Hakkında İleri Sürülen Görüşler.....	161
(b) Görüşümüz	164
b) Evlilik Dışı İlişkilerde Birlikte Velayetin Uygulanabilirliği Sorunu ve Sorunun Aşılması	166
(1) Genel Olarak	166

(2) TMK m. 337 Hükümünün Birlikte Velayete İmkan Verip Vermediği Hakkında İleri Sürülen Görüşler	168
(3) Görüşümüz.....	170
4. Türk Hukukunda Birlikte Velayetin Kural ya da İstisna Olarak Uygulanması.....	174
a) Genel Olarak	174
b) Türk Hukukunda Birlikte Velayetin Kural ya da İstisna Olarak Uygulanması Hakkında İleri Sürülen Görüşler	176
c) Görüşümüz	178
5. Hakimin Birlikte Velayete Karar Verirken Dikkate Alması Gereken Hususlar	179
a) Ana ve Babanın Birlikte Başvurmaları	179
b) Ana ve Babanın Çocuğun Bakımı ve Bakım Giderlerine Katılma Payı Hakkında Anlaşmaları ve Hakimin Anlaşmayı Uygun Bulması.....	181
(1) Ana ve Babanın Çocuğun Bakımı ve Bakım Giderlerine Katılma Payı Hakkında Anlaşmaları.....	181
(2) Anlaşmanın Hukuki Niteliği.....	187
(3) Hakimin Anlaşmayı Uygun Bulması.....	190
(4) Anlaşmanın Uygun Bulunmasından Sonra Çıkabilecek Uyuşmazlıkların Çözümü.....	195
c) Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin ve Birlikte Velayete Hakim Olan Diğer İlkelerin Gözetilmesi	199
(1) Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin Gözetilmesi.....	199
(a) Genel Olarak	199
(b) Aile Mahkemelerinde Görevli Uzmanlara Başvurulması .	203
(2) Birlikte Velayete Hakim Olan Diğer İlkelerin Gözetilmesi	206

d) Mahkeme Kararında Velayetin Kapsamı Hakkında Düzenlemelere Yer Verilmesi	208
(1) Çocuğun Kişiliği ve Malvarlığı Üzerindeki Hak ve Ödevlerin Düzenlenmesi.....	208
(2) Çocuğun Yerleşim Yerinin Düzenlenmesi	211
D. Değerlendirme	216
III. YABANCI MAHKEMELER TARAFINDAN VERİLEN BİRLİKTE VELAYET KARARLARININ TENFİZİ	221
A. MÖHUK Kapsamında Tenfizin Şartları ve Usulü	221
1. Genel Olarak Tenfiz.....	221
2. Tenfizin Şartları.....	224
a) Genel Olarak	224
b) Tenfizin Ön Şartları	225
(1) Kararın İlam Niteliğinde Olması.....	225
(2) Kararın Bir Hukuk Davasına İlişkin Olması	226
(3) Kararın Yabancı Bir Mahkeme Tarafından Verilmesi.....	226
c) Tenfizin Asıl Şartları	228
(1) Karşılıklılık Olması.....	228
(2) Kararın Yetkili Bir Mahkemeden Alınmış Olması	229
(3) Hükmü Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Bulunması	231
(4) Savunma Hakkının İhlal Edilmiş Olması	232
1. Tenfizin Usulü	233
B. Türkiye’de Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi	234
1. Genel Olarak	234

2. Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi Hakkında Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi	235
a) Genel Olarak	235
b) Sözleşme Kapsamında Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi	237
3. MÖHUK Kapsamında Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi	241
a) Genel Olarak	241
b) Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizinde Ön Şartların Değerlendirilmesi	241
(1) Genel Olarak	241
(2) Kararı Veren Makam Bakımından Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi	241
(3) Kararın Kesinleşmesi Bakımından Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi	245
c) Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizinde Asıl Şartların Değerlendirilmesi	251
(1) Genel Olarak	251
(2) Kamu Düzeni Müdahalesi Bakımından Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi.....	251
(a) Genel Olarak Kamu Düzeni Kavramı ve Kamu Düzenine Açık Aykırılık.....	251
(b) Boşanma Halinde Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi	257
(c) Evlilik Dışı İlişkilerde Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi	265

(3)Diğer Şartlar Bakımından Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi	266
(a)Genel olarak	266
(b)Birlikte Velayet Kararlarının “Karşılıklılık Şartı” Bakımından Tenfizi	267
(c)Birlikte Velayet Kararlarının “Mahkemenin Münhasır Yetkisinde Olmayan Bir Konuda Tenfiz Talebinde Bulunulması Şartı” Bakımından Tenfizi	268
(d)Birlikte Velayet Kararlarının “Savunma Haklarının İhlal Edilmemiş Olması Şartı” Bakımından Tenfizi	268
C. Değerlendirme	269
SONUÇ	274
KAYNAKÇA	286
İNTERNET KAYNAKLARI	307
EKLER	309
Ek -1	309
Ek- 2	311

KISALTMALAR

ABD	: Anabilim Dalı
ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Any.	: Anayasa
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AMKGYUK	: Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun
Art	: Article (Madde)
B	: Bası
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BMMYK	: Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği
BW	: Burgerlijk Wetboek (Hollanda Medeni Kanunu)
C	: Cilt
CA	: Children Act (Çocuklar Kanunu)
CCİ	: Codice Civile Italiano (İtalyan Medeni Kanunu)
CEDAW	: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme)

ÇHS	: Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Doç.	: Doçent
Dr.	: Doktor
EJPD	: Eidgenössisches Justiz-und Polizeidepartement (Federal Adalet ve Güvenlik Bakanlığı)
E.T.	: Erişim Tarihi
EMK	: Eski Medeni Kanun
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EYS	: Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu
FamKomm	: Familienkommentar (Aile Hukuku Yorumu)
Fam. L. Q	: Family Law Quarterly (Üç Aylık Aile Hukuku Dergisi)
FamPra.ch	: Die Praxis des Familienrecht (Aile Hukuku Uygulaması)
FamRZ	: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Aile Hukuku Dergisi)
FCC	: French Code Civil (Fransız Medeni Kanunu)
FF	: Foglio Federale (Resmi Gazete)
HFD	: Hukuk Fakültesi Dergisi
İst.	: İstanbul
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KESB	: Kindes-und Erwachsenenschutzbehörde (Çocuk ve Yetişkinleri Koruma Makamı)

KHÜHFD	: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
L.J.	: Law Journal (Hukuk Dergisi)
L. Rev.	: Law Review (Hukuk İncelemesi)
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk Bülteni
NHK	: Nüfus Hizmetleri Kanunu
No	: Numara
Prof.	: Profesör
R.G.	: Resmi Gazete
Rec.	: Recommendation (Tavsiye Kararı)
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
Söz.	: Sözleşme
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UCLA	: University of California, Los Angeles (Kaliforniya Üniversitesi)
UNSW	: University of New South Wales (Yeni Güney Galler Üniversitesi)
USA	: United States of America (Amerika Birleşik Devletleri)
v.	: Versus (-e karşı)

vd.	: Ve Devamı
Vol.	: Volume (Cilt)
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
Yrd.	: Yardımcı
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
§	: Paragraf

GİRİŞ

Çocuklar olan biten her şeyden habersiz, korumasız ve insanlığın en masum varlığı olarak dünyaya gelirler. Çocuk, dünyaya geldiği andan itibaren ana ve babasının hayatındaki en kıymetli yeri alır. Bundan sonra, ailenin en kutsal görevi, dünyaya getirdikleri bu çocuğu kendi ayakları üzerinde durabilen, bağımsız bir birey olarak yetiştirebilmektir. Ana ve baba bir arada olduğu müddetçe bu görevi yerine getirmek daha kolaydır. Asıl sorun ana ve babanın boşanması, ayrılması ya da hiç evlenmemiş olması halinde kendini gösterir. Her iki ebeveynin de hayatının merkezine yerleşen çocuğun; bundan sonra kimin yanında kalacağı, kiminle daha çok vakit geçireceği ya da çocuğun geleceğinin hangi ebeveyni tarafından belirleneceği gibi velayete ilişkin sorunlar, ana ve baba arasında büyük çekişmeler yaratır. Hal böyle iken, çocuk da ana ve babası arasında bir seçim yapmak zorunda kalır. Hâlbuki çok araştırma, ana veya babadan birinin yokluğuyla büyüyen çocukların, psikolojik açıdan kendilerini eksik hissettiklerini ortaya koymaktadır. Zira ailede her bireyin görevi, bir yap-bozun parçaları gibidir. Bu kapsamda birlikte velayet, çocuğun hem ana hem de babasının ilgi ve alakasıyla büyümesine imkan tanımakta, özellikle boşanmanın çocuklar üzerinde doğuracağı olumsuz etkileri azaltmaktadır. Bu noktada aslolan çocuğun üstün yararıdır. Bu nedenle, her geçen gün, birlikte velayeti benimseyen ülkelerin sayısı artmaktadır.

Velayetin birlikte kullanılması çocuğun yararına olduğu kadar, ana ve babanın da yararınadır. Nitekim tek başına velayette, çocuğun bakıp büyütülmesi görevi, velayet kendisine bırakılan tarafa, daha çok anaya aittir. Diğer taraf, genellikle baba, bir misafir gibi çocuğu ziyaret edip, onunla vakit geçirmektedir. Dolayısıyla baba ve çocuk arasındaki ilişki, misafirlikten öteye geçmemekte; çocuk, babaya karşı yabancılaşmaktadır. Bu nedenle, birlikte velayeti daha çok babalar talep etmektedirler. Örneğin İsviçre’de yapılan bir araştırmada, anaların %29’u velayetin birlikte kullanılmasını isterken, bu oranın babalar bakımından %91’lere kadar ulaştığı görülmektedir. Son yıllarda birçok erkek, eşlerinden ayrılmış olsalar da babalık sıfatlarının devam ettiğini, bu nedenle çocuklarıyla daha fazla vakit geçirmek

istediklerini ve onların gelecekleri üzerinde söz sahibi olmak istediklerini sık sık dile getirmektedir.

Avrupa ülkelerinin çoğunda, velayet kurumunun her iki ebeveyni de kazanma eğiliminde olduğu görülmektedir. İzlanda bu değişimin en iyi örneklerinden biridir: 1994'te velayet, ayrılma sonrasında vakaların sadece % 10'unda birlikte kullanılırken, 2011'de bu oran % 90'lara kadar çıkmaktadır. İsveç, İngiltere, Fransa, Danimarka, Hollanda, Almanya, Avusturya ve İsviçre gibi birçok ülke, boşandıktan sonra velayetin kural olarak birlikte kullanılacağına ilişkin yasal düzenlemeler yapmıştır. Ayrıca söz konusu düzenlemelerde, yalnızca boşanan ebeveynlerin çocukları üzerinde değil, evlilik dışı ilişkilerden dünyaya gelen çocuklar üzerinde de velayetin birlikte kullanılmasına imkan tanınmaktadır. Ülkelerin, düzenlemelerinde çoğunlukla “birlikte (ortak) velayet”, “paylaşılan ebeveyn sorumluluğu veya ebeveyn sorumluluğu” ya da “eşit zaman geçirme” gibi kavramları tercih ettiği görülmektedir.

Almanya, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında birlikte velayete ilişkin yapılan revizyonlarda, AİHM tarafından verilen kararların etkisi büyüktür. AİHM'nin Sporer v. Avusturya ve Zaunegger v. Almanya kararlarında, Alman ve Avusturya Medeni Kanunları'nın evlilik dışı ilişkilerde çocuğun velayetinin birlikte kullanılmasını ananın rızasına bağlayan hükümlerinin, AİHS m. 8 ve m. 14'e aykırı bulunması üzerine, 2013 yılında, önce Avusturya ve ardından Alman Medeni Kanunlarında olmak üzere, ana ve babanın medeni hallerinden bağımsız bir şekilde velayeti birlikte kullanmalarına imkan tanıyan revizyonlara gidilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nda da AİHM'nin verdiği bu iki önemli kararın etkisiyle, 1 Temmuz 2014 tarihinde değişikliğe gidilmiş ve birlikte velayet kural, tek başına velayet ise istisna olarak kabul edilmiştir.

Uluslararası hukukta da velayetin birlikte kullanılmasına ilişkin olumlu gelişmeler yaşanmıştır. Örneğin, evlilik dışı doğan çocukların velayeti bakımından 1975 yılında, “Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi” (ETS No. 85) imzalanmıştır. Sözleşme'nin 7. maddesi ile evlilik dışı doğan bir çocuğun velayetinin her iki ebeveyne ortak bir şekilde paylaştırılacağı ve çocuğun otoritesinin sadece babaya atfedilemeyeceği hükmü kabul edilmiştir. Burada

açık bir şekilde ana ve baba arasında eşit bir denge kurmak ve ananın haklarını korumak amaçlanmıştır. Başka bir düzenleme ise, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ebeveynlerin sorumlulukları konusunda 1984'te yürürlüğe giren R (84) no'lu tavsiye kararıdır. Bu kararda ebeveynler arasında yasal eşitlik garanti edilirken, çocukları korumak ve onların gelişimlerini teşvik etmek için mevcut yasal sistemlerin geliştirilmesi gereği vurgulanmıştır.

Uluslararası hukukta birlikte velayetin kabulü bakımından en önemli gelişme, 1989 yılında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin kabulü ile olmuştur. Çocuğun üstün yararı çatısında şekillenen Sözleşme'nin 18. maddesinde açıkça, her iki ebeveynin de çocuğun yetiştirilmesi ve gelişmesi için ortak yükümlülöklere sahip olduğu belirtilmektedir. Sözleşme'ye katılımın yüksek olduğu düşünöldüğünde, Sözleşme hükümlerinin Avrupa'da geniş bir uygulama alanı bulunduğu da söylenebilir.

Türk hukukunda velayet, karşılaştırmalı hukukta ve uluslararası hukukta yer alan gelişmelerin gerisindedir. TMK'nın 336. maddesine göre velayet, evlilik birliğı içinde ana ve baba tarafından birlikte kullanılmaktadır. Boşanmada hakim velayeti ana veya babadan birine bırakır. Evlilik dışı ilişkilerden dünyaya gelen çocuklar üzerinde ise velayet, TMK'nın 337. maddesi gereğince tek başına anaya aittir. Göröldüğü üzere, TMK'da evlilik birliğinin sona erdiği hallerde ya da evlilik dışı ilişkilerde velayetin birlikte kullanılmasına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysaki velayete ilişkin düzenlemelerde çocuğun üstün yararı ilkesi esastır. Bu nedenle, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, TMK'da da çocuğun üstün yararı ve çağın gereklerine (özellikle de değışen baba modeline) uygun yeni bir düzenleme yapılması zorunluluğu açıktır. Bununla beraber, düzenleme sadece çocuğun üstün yararı bakımından değil; çocuğun diğere ebeveynle olan ilişkilerinin ve ebeveynler arasındaki işbirliğinin sürdürölebilmesi, istekli ebeveynlerin bakım ve yetiştirme gibi yükümlölüklerini yerine getirebilmesi bakımından da önemlidir.

Ölkemizde, AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 01.08.2016 tarihinde 6684 sayılı Kanun'la yürürlüğe girmesi üzerine, iç hukukta birlikte velayet kararı verilmeye ve yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizine başlanılmıştır. Zira söz konusu Protokol hükmünde, evliliğın sona erdiği durumlarda

eşlerin kendi aralarındaki ve çocukları ile olan ilişkilerinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olduğu düzenlenmektedir. Böylece mahkemeler, Protokolün 5. maddesinde yer alan “eşler arasında eşitlik” ilkesini gerekçe göstererek “birlikte velayet”e karar vermektedir.

Bir taraftan AIHS’ye Ek 7 No’lu Protokol’ün yürürlüğe girmesi üzerine, TMK’da birlikte velayete ilişkin bir düzenleme yapılması yönünde tartışmaların artması, diğer taraftan karşılaştırmalı hukukta (özellikle İsviçre ve Alman hukuklarında) birlikte velayete ilişkin revizyonların yapılması, “*Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*” başlıklı çalışmamızın doktora tezi olarak yazılmasının en temel sebepleridir.

Çalışmamız üç paragraftan oluşmaktadır. Birinci paragrafın ilk başlığında birlikte velayetin tanımı, önemi ve tarihçesi ile hukuki niteliğine yer verilecektir. Ardından birlikte velayete hakim olan ilkelerden çocuğun üstün yararı ilkesi, çocuğun görüşünün alınması ilkesi ve çocuğun güvenliği ilkesi açıklanacaktır. Ayrıca bu başlık altında, uluslararası hukukta, birlikte velayet kavramı yerine tercih edilen “*ebeveyn sorumluluğu*” kavramı üzerinde durulacaktır. Birinci paragrafın ikinci başlığı altında ise, karşılaştırmalı hukukta ve uluslararası metinlerde birlikte velayet incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci paragrafında Türk hukukunda velayetin kullanılması ve birlikte velayetin uygulanabilirliği sorunu tartışılacaktır. İlk başlık altında Türk Medeni Kanunu’na göre velayet ele alınacaktır. Özellikle, Türk Medeni Kanunu’na göre velayetin kullanılması hususu üzerinde durularak, evlilik dışı ilişkilerde ve evliliğin sona erdiği durumlarda birlikte velayetin uygulanabilirliği ve yasanın aşılması sorunu tartışılacaktır. Ayrıca, “*çocuğu himaye hakkı (alıkoyma/muhafaza)*” ve “*velayet*” kavramlarının farkları üzerinde durulacaktır. Zira ülkemizde sıkça karıştırılan bu iki kavramın, gerçekte iç içe geçmiş ancak birbirinden farklı kavramlar olduğu açıklığa kavuşturulacaktır. Ardından evlilik birliğinin sona erdiği durumlarda ve evlilik dışı ilişkilerde, birlikte velayetin uygulanabilirliği sorunu, doktrinde ve yargıda benimsenen çözüm yöntemleri çerçevesinde açıklanacaktır. Bu tartışmalar sonucunda ülkemizde birlikte velayet modelinin uygulanabilir olduğu sonucuna

varılırken, uygulandığı takdirde esas alınması gereken kıstaslar da ayrıca tespit edilecektir.

Çalışmamızın son paragrafında ise, yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizi ve usulü açıklanacaktır. Aynı zamanda birlikte velayet kararlarının “*Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi Hakkında Avrupa Sözleşmesi*” kapsamında tenfizi de incelenecektir. Ülkemizde son yıllara kadar yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizi talebinin, kamu düzenine açık aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle reddedildiği görölmektedir. Bu kararlar ve gerekçesi irdelenecek, günümüzde Yargıtay’ın içtiihadından vazgeçerek birlikte velayet kararlarının tenfizini uygun görmesinin nedenleri üzerinde durulacaktır.

I. BİRLİKTE VELAYET KAVRAMI VE BİRLİKTE VELAYETİN KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE ULUSLARARASI METİNLERDEKİ GELİŞİMİ

A. Birlikte Velayet Kavramı, Birlikte Velayetin Tarihçesi ve Hukuki Niteliği

1. Birlikte Velayet Kavramı ve Önemi

a) Birlikte Velayet Kavramı

(1) Birlikte Velayetin Tanımı

Birlikte velayet, velayetin bir kullanım şeklidir. Bu nedenle birlikte velayet tanımlanmadan evvel, “velayet” kavramının anlaşılması gerekir. Türk Medeni Kanunu’nda velayetin tanımı yapılmamıştır. Hukuk sözlüğünde velayet, yakın olma, sahip çıkma, sevmek, koruma ve kollama gibi ifadelerle açıklanır¹. Kelime olarak ise, Arapça kökenli olup otorite ve yetki anlamına gelmektedir². Lafzı ile kalındığında baskıcı ve egemen bir tavır içeren velayet kavramı, bilakis özünde çocuğun haklarını ve yararını korumak amacıyla, ana ve babanın sahip olduğu haklar ve ödevler topluluğuyla ilgilidir³. Yoksa çocuklar üzerinde dominant ve otoriter bir egemenlik

¹ Ali Şafak, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, B. 4, İstanbul 1992, s. 633.

² <http://www.tdk.gov.tr>, E.T. 30.10.2017; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, velayeti ana ve baba-ya tanınan bir egemenlik türü, birlikte kullanılan bir yetki, etkin bir güç olarak tanımlar (Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku*, B. 5, İstanbul 2016, s. 179).

³ Serdar Çelikel, *Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları*, Ankara 2012, s. 39; Ediz Bingöl, “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, S. 2, Y. 2014, s. 279; Tuba Birinci Uzun, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, *Hacettepe HFD*, C. 6, S. 1, Y. 2016, s. 137; Nurten İnce, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet”, *TAAD*, Y. 9, S. 34, Nisan 2018, s. 190; Ingeborg Schwenzer/Tomie Keller, “The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Family Law in Switzerland”, *European Family Law Volume II, The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, (Edited by Jens M. Scherpe University Senior Lecturer, University of Cambridge and Fellow of Gonville and Caius College), Cambridge, UK, s. 327; Widrig Martin, “Elterliche Sorge- ein Grundrecht? Das Diskriminierungsverbot, der Anspruch auf Achtung des Familienlebens und die Revision Law”, *Jusletter*, 23. Juli 2012, s. 2; Jérôme Delabays, “Autorité Parentale, Droit de Visite et Procédures, Quelques Jurisprudences

kuran davranış biçimi değildir. Medeni hukukta ise velayet, ana ve/veya babanın, küçük ya da istisnai hallerde kısıtlı ergin çocuklar üzerindeki, onların bakımı, eğitimi, şahıs ve malvarlığı değerlerinin korunması ve temsilini kapsayan hak, yetki ve ödevlerin tamamı şeklinde tanımlanmaktadır⁴.

Velayet, kullanım şekli bakımından “tek başına velayet” ve “birlikte velayet” olmak üzere ikiye ayrılır⁵. Tek başına velayet, çocuğun ana veya babadan biri tarafından bakılıp yetiştirilmesi anlamına gelir⁶. Bu takdirde velayete ilişkin hak ve yükümlülüklerin tamamı tek bir ebeveyne aittir. Çocuk ile ilgili tüm kararlar velayet kendisine bırakılan ebeveyn tarafından alınırken, diğer ebeveynin çocuk üzerinde söz hakkı yoktur⁷. Ancak onun, çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı saklıdır.

Birlikte velayet ise, çocukla ilgili sahip olunan tüm hak ve yetkilerin ana baba tarafından müştereken ve eşit bir şekilde kullanılmasıdır⁸. Doktrinde dar anlamda

Récentes”, *Symposium zum Familienrecht, Droit de la Famille et Nouvelle Procédure 6e Symposium en Droit de La Famille*, Y. 2012, s. 177.

⁴ Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller, “Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Eheschliessung, Scheidung, allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Vormundschaftsrecht”, *Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft*, 2010, s. 296; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, B. 2, İstanbul 1979; s. 503; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku (Cilt III) Aile Hukuku*, B. 13, İstanbul 2018, s. 351; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Aile Hukuku* B. 20, Ankara 2017, s. 406; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, B. 6, Ankara 2015, s. 1074; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 179; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku*, B. 2, Ankara 2012, s. 219; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2017, s. 250; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku*, B. 1, İstanbul 2010, s. 259; Sevgi Usta, *Velayet Hukuku*, İstanbul 2016, s. 23, 24; Ahmet Cemal Ruhi/Canan Ruhi, *Velayet Hukuku*, Ankara 2017, s. 21; Abdulkemim Yıldırım, *Türk Aile Hukuku*, Ankara 2014, s. 151; Bahar Öcal Apaydın, “İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi HFD*, Y. 2016, C. 11, S. 145-146, s. 631; Hayrunnisa Özdemir/Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2017, s. 233.

⁵ Karşılaştırmalı hukukta velayetin kullanılma şekline göre daha çeşitli ayrımlara tabi tutulduğu görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. “§ 1. Birlikte Velayet Kavramı ve Birlikte Velayet’in Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Metinlerdeki Gelişimi, 1. Karşılaştırmalı Hukukta Birlikte Velayet” başlığı altındaki açıklamalar.

⁶ Salvatore Patti/Liliana Rossi Carleo/Elena Bellisario, “Parental Responsibilities Italy (National Report: Italy)”, s. 1-38, s. 15 (<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Italy-Parental-Responsibilities.pdf>, E.T. 10.10. 2018).

⁷ Patti/Carleo/Bellisario, s. 15.

⁸ Begüm Süzen, “Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi”, *Bahçeşehir Üniversitesi HFD*, Y. 2015, C. 10, S. 133- 134, s. 27- 49, s. 30; Süheyla Kahraman, *Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet*, B. 1, İstanbul 2019,

birlikte velayet, çocuklar yetişirken ana ve babanın, medeni hallerinden bağımsız olarak, onlar üzerinde eşit hak ve yetkilere sahip olması şeklinde tanımlanmaktadır⁹. Geniş anlamda birlikte velayet ise, çocuğun şahıs ve malvarlığının bakımı ve yönetimi ile çocuğun temsilini içeren velayet hakkının, evlilik birliği sona erene kadar kendiliğinden, evlilik birliği sona erdikten sonra, çocuğun üstün yararı esas alınmak kaydıyla, kendiliğinden ya da hakim kararıyla, ana ve baba tarafından müştereken ve eşit şekilde kullanılması olarak ifade edilebilir¹⁰. Ana ve baba, velayeti birlikte kullandıkları takdirde, çocuğun üstün yararı için birlikte çalışmak ve onu birlikte eğitmek zorundadırlar¹¹.

Birlikte velayet, çocuğun yetenek ve ihtiyaçlarına göre bakılıp yetiştirilmesinde çocuğa ilişkin tüm hak ve görevlerin, evli olsun ya da olmasın, ana ve baba tarafından beraberce yerine getirilmesidir¹². Bu durumda, ana ve baba çocuğun nerede yaşayacağına, hangi dine mensup olacağına, aşı olup olmayacağına ve çok daha fazlasına birlikte karar verir¹³. Tek başına velayette tüm hak ve yetkiler velayet

s. 16; Ahmet Cemal Ruhi, *Birlikte Velayet Kurumu ve Birlikte Velayete İlişkin Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi*, İstanbul 2019, s. 131.

⁹ Met Morgenbesser/Nadine Nehls, *Joint Custody*, B. 2, USA, California 1981, s. 27; Bingöl, s. 281; Zeynep Ayza Gülgösteren, “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet”, *Çankaya Üniversitesi HFD*, C. 2, S.2, Ekim 2017, s. 167; İlknur Serdar, “Birlikte Velayet”, *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, C. 10, S. 1, 2008, s. 155-197, s. 162; İnce, s. 195; FF 2011 8025, s. 8049; Elif Naz Köse, “Velayet Hakkına, Birlikte Velayet Kavramına, Velayet Davalarında Çocuğun Dinlenilmesine Kısa Bir Bakış”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 91, S. 6, Y. 2017, s. 153; Eylem Apaydın, “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, *İnönü Üniversitesi HFD*, C. 9, S. 1, Y. 2018, s. 447; Müge Kiremitçi, *Boşanma Sürecinde Müsterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı*, İstanbul 2015, s. 12; Yeliz Yücel, *Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı*, İstanbul 2018, s. 71; Nagehan Çakır, *Boşanma Sonrası Ortak Velayet*, Ankara 2020, s. 67.

¹⁰ Serdar, s. 162; İnce, s. 195.

¹¹ Andrea Büchler/Sandro Clausen, “Die elterliche Sorge – Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung”, *FamPra*, (1): 1-35; 2018, s. 6; David J. Miller, “Joint Custody”, *Family Law Quarterly*, Vol. XIII, Number 3, Fall 1979, s. 360; Canan Şimşek, *Türk Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları*, (Danışmanı: Prof. Dr. Demet Özdamar), *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Özel Hukuk Programı*, İzmir 2012, s. 84; Hilal Karaca, *Velayetin Kapsamı ve Hükümleri*, Ankara 2015, s. 61.

¹² Andreas T. Hanke, “Custody and Visitation Rights in Germany after the Decisions of the European Court on Human Rights”, *45 Fam. L.Q.* 353 (2011), s. 355.

¹³ Andreas Bucher, “Autorité Parentale Conjointe Dans Le Contexte Suisse Et International /III.-Bibliographie”, *Symposium Zum Familienrecht, La famille Dans Les* 2013, s. 40;

kendisine bırakılan ebeveynde olup, onun diğer ebeveyne danışma yükümlülüğü yoktur¹⁴. Birlikte velayette ise, çocuk hakkında karar alma sürecine her iki ebeveynin de katılımı sağlanmaktadır¹⁵. Bu noktada ana veya babadan biri, diğerinden daha fazla hak veya karar verme bakımından daha fazla yetkiye sahip değildir¹⁶. Ana ve baba, çocuğa eşit oranda katkıda bulunmaktadır¹⁷. Burada ebeveynlerin katkısının mutlaka eşit ya da aynı oranda olması gerekmez¹⁸. Ana ve babanın çocuğun bakımı ve bakım giderlerinin karşılanması gibi farklı sorumlulukları üstlenmesi ya da içlerinden birinin diğerine nazaran daha fazla sorumluluk taşıması mümkündür¹⁹. Aslolan, ana ve babanın mümkün olduğu ölçüde hakları ve sorumlulukları eşit oranda üstlenmeye gayret etmesidir²⁰. Şüphesiz çocuğun gelişiminde her iki ebeveynin de katkısı

Bingöl, s. 284; Miller, s. 360; Monika Hurst-Jacob, “Gemeinsame Kinder– gemeinsame Sorge? Das gemeinsame Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, Katholische Beratungsstelle für Ehe-, Familien- und Lebensfragen”, s. 1 (www.elf-koeln.de, E.T. 26.12.2017); Leyla Müjde Kurt, “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, *İnönü Üniversitesi HFD*, C. 9, S. 2, Y. 2018, s. 159.

¹⁴ Serdar, s. 162; İnce, s. 195; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 132.

¹⁵ Ünsal Dönmez/Taylan Barın, “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 9, S. 35, Temmuz 2018, s. 183; Sybille Gassner/Nadja Majid, “Neuere Rechtsprechung und Literatur zum Ehe- und Kindesrecht/ IV. Kindesrecht/ A-F.”, *Symposium zum Familienrecht, Familienvermögensrecht: berufliche Vorsorge - Güterrecht - Unterhalt 8. Symposium Zum Familienrecht*, 2015, s. 268; Miller, 361.

¹⁶ FF 2011 8025, s. 8053; Louis Iseli, “Aus der Rechtsprechung des Kantonsgerichts des Kantons Luzern, 3H 14 12, 1B 14 53, 3H 15 45, 1B 15 28”, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins* 152/2016 S. 575, s. 576.

¹⁷ Andreas Bucher, “Elterliche Sorge im schweizerischen und Internationalen Kontext”, *Familien in Zeiten Grenzüberschreitender Beziehungen Familien- und Migrationsrechtliche Aspekte 7. Symposium zum Familienrecht 2013 Universität Freiburg, Zürich · Basel · Genf 2013*, s. 6; Süzen, s. 10; Yücel, s. 71.

¹⁸ Kudret Güven, “Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişki-de Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, Ocak 2018, s. 20.

¹⁹ Natalie Nikolina, “The Influence Of International Law On The Issue Of Co-Parenting- Emerging Trends In International And European Instruments (2012)”, s. 128.

²⁰ İsviçre’de yapılan bir araştırmada birlikte velayete karar verilen ailelerden sadece %16’sı eşit görev paylaşımını üstlenebilmiştir. Andrea Büchler/Linus Cantieni/Heidi Simoni, “Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda–Ein Vorschlag 1”, *FamPra.ch* 2/2007 vom 07.05.2007, s. 211; Andrea Büchler/Sandro Clausen, “Die Ehescheidung und die Ehetrennung/ Dritter Abschnitt: Die Scheidungsfolgen/ Art. 298é, *FamKomm* 3. Auflage, Y. 2017, s. 410.

birbirinden önemli ve farklıdır. Bu noktada ana ve babanın temel kaygısı çocuğun menfaatlerini gözetmek olmalıdır²¹.

(2) Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukukta Velayet ve Birlikte Velayetin Terminolojisi

Uluslararası ve karşılaştırmalı hukukta “velayet” ya da “birlikte velayet” gibi koruma, kollama ve otorite anlamlarına gelen tartışmalı kavramlar yerine daha çok “ebeveyn sorumluluğu” ya da “ebeveyn bakımı” gibi kavramlar tercih edilmektedir²². Bunun başlıca nedeni, özellikle “ebeveyn sorumluluğu” kavramının kapsadığı hak ve yükümlülüklerin, “velayet” kavramına göre daha geniş ve ana-baba arasında eşit olarak paylaşıldığının daha anlaşılır olduğu düşüncesidir²³.

Ebeveyn sorumluluğu, ana ve babanın çocukları üzerinde belirli hak ve yükümlülüklerle eşit oranda sahip olmaları ve böylece çocuğun da her iki ebeveynle eşit oranda vakit geçirmesi, her ikisinin de onunla yeterince ilgilenmesi anlamlarına gelmektedir²⁴. Başka bir ifadeyle, ebeveyn sorumluluğu kavramı ile çocuğun üstün yararının gözetilmesi, refahının sağlanması ve çocuğun korunması amacıyla hak ve ödevlere onun perspektifinden bakılması kastedilmektedir²⁵.

Ebeveyn sorumluluğu kavramının kullanıldığı ilk uluslararası belge, Avrupa Konseyi tarafından 1984'de kabul edilen “*The Recommendation on Parental Responsibilities 1984 (Ebeveyn Sorumluluklarına Dair Tavsiye Kararı)*” adıyla anılan R (84) sayılı bir tavsiye kararıdır. Bu kararda, ebeveynlerin anlaşmalarına bağlı kalarak, sorumluluklarında ortak ve eşit oldukları vurgusu yapılmaktadır. Bu karar

²¹ Nikolina, European Instruments, s. 128.

²² İsviçre Medeni Kanunu’nda velayete ilişkin değişikliklerin gerekçesinde de uluslararası düzenlemelerde “ebeveyn sorumluluğu” kavramının tercih edildiği vurgusu yapılmaktadır. FF 2011 8025, s. 8035.

²³ Natalie Nikolina, “Divided Parents, Shared Children”, *United Kingdom 2015*, s. 42; FF 2011 8025, s. 8035.

²⁴ Edward Kruk, “Shared Parental Responsibility”, *Journal of Divorce & Remarriage*, Vol.43: 3-4, s. 121; Nikolina, Shared Children, s. 42; FF 2011 8025, s. 8035.

²⁵ Kruk, Responsibility, s. 121.

içerisindeki tavsiyeler uzun yıllar boyunca yapılan çalışma ve araştırmalara ilham vermiş, geliştirilerek temel ilkeler halini almıştır²⁶.

Avrupa Konseyi tarafından ebeveyn sorumluluğu ile ilgili olarak kabul edilen başka bir tavsiye kararı ise, “*Equality and Shared Parental Responsibility: The Role of Fathers (Eşitlik ve Paylaşılan Ebeveyn Sorumluluğu: Babaların Rolü*” 2079 (2015) sayılı tavsiye kararıdır. Bu kararda da ebeveynlerin çocukları üzerinde eşit oranda sorumlu olduklarına dikkat çekilmekte, özellikle babaların rolüne odaklanılmaktadır. Karara göre; ailede ana ve baba arasındaki eşitlik, çocuğun doğduğu andan itibaren desteklenmeli ve garanti edilmelidir. Bu kapsamda babaların, çocuklarına karşı rolü daha iyi tanınmalı ve bu role doğru bir şekilde değer verilmelidir. Böylece ebeveyn sorumluluğu kavramıyla birlikte tavsiye kararında, hem birlikte velayetin önemi vurgulanmakta hem de ana ve babanın çocukları üzerinde eşit hak ve yetkilere sahip olduğu zikredilmektedir²⁷.

Son yıllarda karşılaştırmalı hukukta da birçok ülke tarafından “otorite” anlamını çağrıştıran “velayet” veya “birlikte velayet” kavramı yerine “koruma, kollama, bakma” ya da “ebeveyn sorumluluğu” gibi çeşitli kavramlar tercih edilmektedir. Örneğin İsviçre ve Almanya’da, ebeveyn otoritesi anlamına gelen “*elterliche Gewalt*” kavramından vazgeçilerek, yerine ebeveyn bakımı anlamına gelen “*elterliche Sorge*” kavramı kullanılmaktadır²⁸. Fransa’da ise bakım, koruma, kollama gibi anlamları ifade etmesine rağmen, kelime olarak ebeveyn otoritesi anlamına gelen “*autorité*

²⁶ Equality and Shared Parental Responsibility: The Role of Fathers, (Rec. 2079 (2015)), § 9.

²⁷ Sadece Avrupa Konseyi tarafından değil, Birleşmiş Milletler tarafından yayımlanan Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 18. maddesinde de çocuğun yetiştirilmesi ve gelişmesi için her iki ebeveynin ortak sorumlulukları bulunduğu belirtilmektedir. Ancak ÇHS’nin söz konusu maddesinde açıkça “ebeveyn sorumluluğu” kavramına yer verilmemektedir. Hükme göre; “ÇHS m. 18/1: Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler herşeyden önce çocuğun yüksek yararını gözönünde tutarak hareket ederler”.

²⁸ Rec. 2079 (2015), § 10. Ayrıca bkz. Usta, s. 25; Burak Huysal, *Devletler Özel Hukukunda Velayet*, İstanbul 2005, s. 12.

parentale” kavramı; Amerika’da ise “*custody (velayet)*” ve “*joint custody (birlikte velayet)*” kavramı kullanılmaya devam edilmektedir²⁹.

Almanya’da 1979 yılına kadar “*elterliche Gewalt (ebeveyn otoritesi)*” terimi kullanılmıştır. 18.07.1979 tarihli Ebeveyn Bakımının Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte “*elterliche Gewalt*” kavramı yerine “*elterliche Sorge (ebeveyn bakımı)*” kavramı kullanılmaya başlanmıştır³⁰. Esasen, Almanya’da ebeveyn sorumluluğu anlamına gelen “*elternverantwortung*” kavramının kullanılması da önerilmiştir, ancak kanun koyucu “*elterliche Sorge*” kavramını kullanmayı tercih etmiştir³¹. Yine de Almanya’da “*elterliche sorge*” kavramı ile ana ve babanın birlikte ve ortak sorumluluğunun kastedildiği ifade edilmektedir³².

İsviçre’de ise, 2000 yılına kadar “*elterliche Gewalt*” kavramı kullanılmaya devam edilmiştir. 2000 yılında yapılan revizyondan sonra ise, söz konusu kavramdan vazgeçilerek yerini “*elterliche Sorge*” kavramı almıştır. Buna rağmen “*elterliche Sorge*” kavramı, sadece velayete ilişkin hakları kapsadığı, yükümlülük unsurunu içermediği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu arada İsviçre’de, Almanya’da olduğu gibi, revizyondan önce “*elterliche Sorge*” kavramı yerine, ebeveyn sorumluluğu anlamına gelen “*elterliche Verantwortung*” kavramı önerilmiş; ancak kanun koyucu, Almanca konuşan ülkeler arasında terim birliğinin sağlanması amacıyla “*elterliche Sorge*” kavramını kullanmayı tercih etmiştir³³.

Karşılaştırmalı hukukta, “*ebeveyn sorumluluğu*” kavramını benimseyen ülkeler de vardır. Örneğin, İngiltere’de “*parental responsibility*” ve İtalya’da “*responsabilità genitoriale*” terimleri kullanılmaktadır³⁴. Avustralya’da da 2006 tarihinde “*Family*

²⁹ Rec. 2079 (2015), § 1; Usta, s. 25; Erlüle, s. 95.

³⁰ Katharina Parr, “Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB”, *Doctor iuris der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius – Maximilians – Universität Würzburg*, 2005, (Erstgutachter: Frau Prof. Dr. Scherer Zweitgutachter: Herr Prof. Dr. Weitzel), s. 120; Fulya Erlüle, *İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet*, Ankara 2019, s. 82.

³¹ Erlüle, s. 95.

³² Parr, s. 120.

³³ Erlüle, s. 96.

³⁴ Rec. 2079 (2015), § 10. Ayrıca bkz. Usta, s. 25; Huysal, Velayet, s. 12.

Law Act (Aile Hukuku Yasası'nda)” yapılan bir değişiklikle velayet, “*eşit paylaşılan ebeveyn sorumluluğu*” anlamına gelen “*equal shared parental responsibility*” başlığıyla Kanun’da yerini almıştır³⁵. Çok yakın tarihlerde ise, Kanada’da Bill C- 78 nolu tasarı çalışması ile “*Divorce Act (Boşanma Yasası'nda)*” kullanılan “*custody (velayet)*” teriminin değiştirilmesi ve yerine ebeveynlerin sorumluluklarını paylaştıklarını ifade eden “*parenting responsibilities, parenting time, parental decision-making*” gibi kavramların kullanılması önerilmektedir³⁶.

Ülkemizde ise, 1926 tarihli ve 743 sayılı EMK’den bu yana “*velayet*” kavramı tercih edilmektedir³⁷. Serozan, bu kavramın kullanılmaya devam edilmesini pederşahi ve yakışsız bulmakta, yerini, yeni yasalarda olduğu gibi, koruma ve bakma deyiminin alması gerektiğini savunmaktadır³⁸.

Velayetin kelime anlamına bakıldığında, kurumun daha yerinde kavramlarla anılması bizce de zaruridir. Ancak uluslararası ve karşılaştırmalı hukukta kullanımı tercih edilen “*ebeveyn sorumluluğu*” kavramı dahi velayet kurumundaki hak ve yükümlüklerin tamamını kapsamadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁹. Eleştirilere göre, ebeveyn sorumluluğu kavramı ile daha çok ergin olmayan çocuk üzerindeki yükümlülükler ve çocuğun yasal temsili anlaşılmaktadır. Bunun da esas olarak, sağlık ve okul sorunları, öğretim ve eğitim alanındaki sorunlar, çocuğun soyadı, dini ya da

³⁵ Nicholas Bala, “Bringing Canada's Divorce Act into the New Millennium: Enacting a Child-Focused Parenting Law”, *40 Queen's L.J.* 425 (2015), s. 425-482, s. 462; Kiremitçi, s. 15.

³⁶ Bkz. Kanada Parlemantosunda 26.09.2018 tarihli Jody Wilson ve David Tilson’un tasarı tartışmalarında yaptıkları konuşmalar. (Major Speeches at Second Reading, <https://www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/42-1/house/sitting-26/hansard#10265234>, E.T. 16.10. 2018).

³⁷ Serozan, TMK’da velayet kavramının kullanılmasını şu ifadelerle eleştirmektedir “*Özgecil ve işlevsel bir “yüküm hak” gözüyle bakılan bu koruma ve bakma hakkına pederşahi velayet deyimini hiç mi hiç yakışmaz. Ama yeni MK da her nedense bu yakışsız deyimini kullanmayı sürdürür*” (Serozan, Çocuk Hukuku, s. 250).

³⁸ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 250.

³⁹ Manfred Hoffmann/Kathrin Thomann, “Belassung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung als Regelfall Zusprechung der alleinigen elterlichen Sorge an einen Elternteil als Ausnahme: Ein Plädoyer Für Den Grundsatz Der Beibehaltung Der Gemeinsamen Elterlichen Verantwortung Bei Scheidung”, s. 2 (<http://thomannlaw.ch/AbschlussarbeitMediation.pdf>, E.T. 27.12.2017); Erlüle, s. 96.

çocuğun mali olarak bakımı gibi önemli konuları kapsadığı, günlük konuları ise karşılamadığı ileri sürülmektedir⁴⁰. Velayetin ise, çocuğun günlük yaşam alanını düzenleme, bakım ve onu kollayıp gözetme yükümlülükleri ile ilgili olduğu kabul edilmektedir⁴¹. Başka bir ifadeyle velayet, çocuğun günlük yaşamının ona bakmakta olan ana-babası tarafından düzenlenmesi, çocuğun bakım ve eğitimi ile ilgili hak ve yükümlülüklerin yerine getirilmesidir⁴². Böylece ne velayet ne de ebeveyn sorumluluğu kavramı, ana ve babanın çocukları üzerindeki hak ve sorumlulukların tamamını tek başına karşılayan bir kavramdır. Buna rağmen ebeveyn sorumluluğu kavramının, velayet kavramına nazaran daha geniş ve daha modern bir kavram olduğu söylenebilir.

Belirtilmelidir ki, karşılaştırmalı hukukta terminolojik olarak yeni eğilim, “birlikte velayet” ya da “ebeveyn sorumluluğu” kavramları yerine, “equal time” diye ifade edilen “çocuklar ile velileri arasında eşit zaman geçirme” veya “velilerin eşit sorumluluklara sahip olduklarını” vurgulayan “equal shared parental responsibility” gibi kavramlardır.

b) Birlikte Velayet Lehine ve Aleyhine İleri Sürülen Görüşler

(1) Genel Olarak

Boşanan ya da evlilik dışı birliktelik yaşayan ebeveynlerin sayısında hızlı bir artış yaşanmasıyla birlikte, velayete ilişkin uyuşmazlıklar da önemli bir sorun haline gelmiştir. Uyuşmazlıklarda her iki ebeveyn de velayetin kendisine bırakılmasını talep

⁴⁰ Hoffmann/Thomann, s. 2.

⁴¹ Hoffmann/Thomann, s. 2; Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), Bundesamt für Justiz BJ Direktionsbereich Privatrecht, Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, 11.070 n ZGB. Elterliche Sorge Die Begriffe «Obhut», «Betreuung» und «Aufenthaltort», Gemäss Entwurf des Bundesrates vom 16. November 2011, (https://www.kokes.ch/application/files/3314/6167/5652/Bericht_BJ_Juni_2012.pdf, E. T. 28.08.2018), (“EJPD, *Elterliche Sorge*” şeklinde kısaltılacaktır.) s. 1; Büchler/Clausen, Art. 298, s. 407; Nina Dethloff, “Changing Family Forms: Challenges for German Law”, 46 *Victoria U. Wellington L. Rev.* 671, 682 (2015), s. 671.

⁴² Schweizerische Eidgenossenschaft (Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), Bundesamt für Justiz BJ Direktionsbereich Privatrecht, Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht), “11.070 n ZGB. Elterliche Sorge Die Begriffe «Obhut», «Betreuung» und «Aufenthaltort»”, (https://www.kokes.ch/application/files/3314/6167/5652/Bericht_BJ_Juni_2012.pdf, E.T. 27.12.2017), s. 1; Shambicco, s. 1.

ederken; velayet kendisine bırakılmayan ebeveyn, çocuğuyla yeterince ilişki kuramamaktan ve çocuğun geleceğiyle ilgili önemli kararlarda söz sahibi olamamaktan yakınmaktadır. Bu duruma bir de velayet hakkı kendisine bırakılan ebeveynin, diğerinin ziyaret ve kişisel ilişki kurma hakkını engellemesi eklendiğinde, uyuşmazlıklar daha da büyümektedir.

Ebeveynlerden birinin, çoğunlukla babanın⁴³, müşterek konuttan ayrılarak, başka bir konuta yerleşmesi hem çocuk hem de ayrılan ebeveyn bakımından başlı başına önemli bir sorundur. Üstüne velayet hakkına sahip olan ebeveynin, çoğunlukla ananın⁴⁴, intikam hissi ile velayet hakkını diğer ebeveyne, çoğunlukla babaya karşı bir çekişme aracı, bir koz olarak kullanması, bu süreci daha travmatik bir hale dönüştürmektedir. Bunun sonucunda diğer ebeveyn kaybetmişlik hissine kapılmakta ve hırçınlaşmaktadır. Çocuklar ise, bir yandan ana ve babaları arasında kalırken, diğer yandan da birlikte yaşamadığı ebeveyniyle olan günlük temaslarını kaybetmenin ve yeni bir aile düzenine geçmenin yarattığı travma ile mücadele etmektedirler. Yapılan araştırmalarda çocuklara boşanmanın en kötü yanının ne olduğu sorulduğunda, çocukların en çok, babayla günlük temaslarının azalması cevabını verdikleri görülmüştür⁴⁵.

Öte yandan, ayrılığın üzerinden yıllar geçtikçe, çocuk ile diğer ebeveyn arasındaki ilişkinin zayıfladığı da bir gerçektir. Örneğin, Almanya’da yapılan bir araştırmada, çocukların % 40’inin, ayrılık ya da boşanmadan sonraki birkaç yıl içinde, yanında yaşamayan ebeveyniyle –çoğunlukla babayla- günlük temaslarını tamamen kaybettiği ortaya koyulmuştur⁴⁶. Yine İsviçre’de yapılan bir araştırmaya göre, % 30

⁴³ İsviçre Medeni Kanunu’nda 2014 yılında yapılan revizyonun gerekçesinde, velayet düzenlemelerinin ana ve baba arasında bir ayrım gözetmemesine rağmen, uygulamada tek başına velayetin babaya bırakıldığı hallere göre, klasik rol dağılımı nedeniyle anaya bırakıldığı hallerin daha fazla olması eleştirilmektedir (FF 2011 8025, s. 8035, 8036 (<https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2011/8025.pdf>, E.T. 23.02.2018). Ayrıca bkz. Karaca, s. 78; Demet Özdamar, *CEDAW Sözleşmesi*, Ankara 2009, s. 432.

⁴⁴ Bu nedenle İsviçre’de yapılan bir araştırmada anaların % 29’u birlikte velayeti isterken, babaların % 91’inin birlikte velayete karar verilmesini talep ettiği görülmektedir (Büchler/Cantieni/Simoni, s. 211).

⁴⁵ Evren Jülide Koç/Mahmut Yılmaz, *Boşanma ve Çocuk- Evlilik Biter Ebeveynlik Sürer*, Ankara 2016, s. 163 (naklen Erlüle, s. 107, dpn. 133).

⁴⁶ Rec. 2079 (2015), § 19.

ila % 60 arasında çocuk, boşanmayı takip eden yıllarda, babalarıyla sadece yılda birkaç kez görüştüklerini ifade etmiştir⁴⁷. Bunun sonucunda çocukların, zamanla babalarına ya da diğer ebeveynlerine karşı yabancılaştığı (*The Parental Alienation Syndrome*) görülmektedir⁴⁸.

Anlaşılabacağı üzere, ebeveynler arasında yaşanan ayrılık veya boşanmadan en çok çocuklar etkilenmektedir. Çok sayıda bilimsel deneyde, boşanmanın olumsuz etkilerinin üç yönlü olduğu kabul edilir. İlk olarak, araştırmacılar boşanmanın çocuklarda anormal agresif, anti-sosyal ve kontrol edilemez davranışlar oluşturduğunu belirtmektedirler. İkincisi, çocuğun terk edilmiş ve reddedilmişlik duygusuna kapılmasına neden olmasıdır. Sonuncusu ise, boşanmanın ekonomik sonuçlarından biri olarak zikredilen, çocukların genel nüfusun iki katı oranında poliklinik muayenesi için başvurmasıdır⁴⁹.

Oysaki velayete ilişkin sorunlar, çözümsüz değildir. Zira boşanma evliliği sona erdirmekte, ebeveynlik devam etmektedir. Mükemmel eş olamayan ebeveynler, bilakis mükemmel birer ana veya baba olabilirler. Bu nedenle evliliğin sona ermesi, eşlerin müşterek çocuklarıyla aralarındaki ilişkinin mutlaka etkilenmesi anlamına gelmez. Günümüzde boşanmanın ve evlilik dışı ilişkilerin taraflar üzerinde neden olduğu olumsuz sonuçları azaltmak ve en önemlisi çocukların üstün yararını korumak amacıyla, birçok ülke, düzenlemelerinde birlikte velayet modelini benimsemiştir. Özellikle, velayetin tevdiinde dikkate alınan cinsiyete dayalı anlayıştan vazgeçilerek, taraf iradelerine ağırlık verilmiş, bununla beraber, çocuğun uzun vadede ruhsal ve fiziksel gelişimi önemsenmiştir.

⁴⁷ Araştırmalar için bkz. Erlüle, s. 107.

⁴⁸ Ebeveyn Yabancılaşma Sendromu olarak isimlendirilen bu durum, 1985 yılında Gardner tarafından ruhsal bir rahatsızlık olarak ortaya konulmuştur. Gardner EYS'yi, daha çok bir ebeveynin diğer ebeveynle karşı bilinçli veya bilinç dışı bir şekilde çocuğun beyninin yıkanması ve çocuğun hedefteki ebeveynle iftira atması ve yabancılaşması olarak tanımlamıştır. Tarihsel olarak bakıldığında ise sendrom, mitolojide "*Medea Kompleksi*" olarak karşımıza çıkmaktadır. Yunan Targedyalarında söz konusu kopleksin kadının kıskançlık ve adanmışlıkla intikam arzusundan köken alan bir hastalık olduğu ifade edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fuat Torun, "Ebeveyn Yabancılaştırma Sendromu", *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar-Current Approaches in Psychiatry*, 2011, 3 (3), s. 466- 482; Erlüle, s. 77 vd.; Çakır, s. 70.

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için Miller, s. 349, 350; Morgenbesser/Nehls, s. 45- 60.

Her geçen yıl, birlikte velayeti benimseyenlerin sayısında artış yaşanmaktadır. Buna rağmen birlikte velayet modelini eleştirenler de vardır. Aşağıda, birlikte velayet lehine ve aleyhine ileri sürülen görüşlere kısaca değineceğiz.

(2) Birlikte Velayet Lehine İleri Sürülen Görüşler

Birlikte velayeti savunanların, bu modelin lehine ileri sürdükleri nedenlerin başında, birlikte velayetin benimsenmesiyle ana ve babanın işbirliğine yöneleceği, böylece velayet savaşlarının önüne geçileceği ve çocukların ebeveynleri arasında kalmasının engelleneceği ifade edilmektedir⁵⁰. Bu görüşü ileri sürenlere göre; birlikte velayete karar verildiği takdirde, ebeveynlerin, çocuklarıyla ve birbirleriyle olan ilişkileri ve diyaloglarının gelişmesi imkanı sağlanmaktadır⁵¹. Böylece ebeveynlerin hem bireysel olarak sosyallik kazanma, hem de sorunların çözümünde konuşarak uzlaşma imkanları artacaktır. En önemlisi de “*velayet hakkı kendisine bırakılan taraf*” ve “*bırakılmayan taraf*” ayrımı ortadan kalkacağı için taraflar boşanmada kaybetmişlik duygusuna kapılmayacak, buna bağlı olarak da çocuğu aralarında bir koz, bir araç olmaktan çıkaracaklardır⁵².

Birlikte velayet lehine ileri sürülen diğer bir görüş, velayetin birlikte kullanılması ile her iki ebeveynin de çocuğa karşı sorumluluk duygularının artacağı, özellikle velayet hakkına sahip olmayan tarafın yükümlülüklerini yerine getirme noktasında gösterdiği özensiz davranışların ortadan kalkacağı yönündedir⁵³. Nitekim bir takım hak ve yükümlülüklerin tek bir ebeveyn tarafından sahiplenilmesi, diğer ebeveynde rehavete neden olabilmekte, ekonomik katkı dışında ebeveynin çocukla görüşme ve iletişim kurma gibi gerekli fiziksel ve duygusal bağları zayıflamaktadır. Velayete sahip olmayan tarafın, çocuğun ebeveyni olmaktan çıkarılıp, ziyaretçi konumuna indirgenmesi, bir süre sonra bu sınırlı ilişkinin tamamen sona erme riskini

⁵⁰ Anna Lubrano Lavadera/Liliana Caravelli/Marisa Malagoli Togliatti, “*Joint Custody and Shared Parenting: Analysis of Practices in the Civil Court of Rome*”, s. 93-110, s. 97 (http://ijfs.padovauniversitypress.it/system/files/papers/16_1_06.pdf, E.T.10.10.2018); İnce, s. 199.

⁵¹ Lavadera/Caravelli/Togliatti, s. 97; Miller, 360 vd.

⁵² Lavadera/Caravelli/Togliatti, s. 97; İnce, s. 199.

⁵³ Lehe görüşler için bkz. Kurt, s. 161; Erlüle, s. 114.

taşımaktadır⁵⁴. Oysaki çocuklarının geleceği üzerinde birlikte söz sahibi olmak, onların ihtiyaçlarını birlikte giderip, sorunlarına çözüm bulmak her ana ve babanın temel hakkıdır⁵⁵. Bu nedenle, velayete sahip olmayan ebeveynin bu hakkından yoksun bırakılması düşünülemez⁵⁶.

Birlikte velayeti savunanlar, tek başına velayete kıyasla, velayet birlikte kullanıldığında, ebeveynlerin çocuğa karşı sorumluluklarını yerine getirmekte daha istekli olduklarını ifade etmektedir. Özellikle birlikte velayet, çocuğun bakım nafakasının düzenli olarak ödenmesinde etkilidir. Nitekim nafaka boçlusu olan ebeveyn, yukarıda da açıklandığı üzere, kendini sadece ziyaretçi gibi hissetmeyecek, çocuğuyla düzenli olarak iletişim halinde olması nedeniyle sorumluluklarını da düzenli olarak yerine getirecektir. Öte yandan nafaka borçlusu ebeveynin, çocuğun ihtiyaçlarından haberdar olması, borçlu ebeveyn bakımından nafaka borcunu sayısal bir değer olmaktan çıkaracak, somut ihtiyaçlara dönüştürecek⁵⁷. Yapılan araştırmalarda, bakım nafakasının çocuğa düzenli olarak ödenmesinde birlikte velayetin doğrudan etkili olduğu ortaya koyulamamış olsa da ebeveyn ile çocuk arasındaki iletişimin nafaka borcunun düzenli olarak ödenmesinde teşvik edici olduğu söylenebilir⁵⁸.

Öğretide birlikte velayet lehine ileri sürülen başka bir görüş ise, velayetin yalnızca ana veya babadan birine özgülenmesini, sosyo-psikolojik açıdan sorunlu bulmaktadır. Zira sadece boşanmanın bile çocuklar üzerindeki olumsuz etkisi açıkken, çocuğun ana veya babasından birini veli olarak kabul etmesi şüphesiz daha da ağır sonuçlar doğurmaktadır⁵⁹. Bu görüşü savunanlara göre, birlikte velayetin uygulanması durumunda çocuk, her iki ebeveynin ilgisini, sevgisini ve bakımını elde ederken;

⁵⁴ Erlüle, s. 120.

⁵⁵ E. Apaydın, Ortak Velayet, s. 459.

⁵⁶ Erlüle, s. 120.

⁵⁷ Erlüle, s. 121.

⁵⁸ Araştırmalar için bkz. Erlüle, s. 122.

⁵⁹ Miller, s. 349, 350; ayrıca bkz. Morgenbesser/Nehls, s. 45- 60; Erlüle, s. 69.

gelişimi açısından da her iki cinsiyeti rol model alabilme avantajını sağlamaktadır⁶⁰. Ayrıca yapılan araştırmalara göre, birlikte velayet altına bırakılan çocukların, boşanmadan kaynaklanan travmayı daha kolay atlattığı, psikolojik açıdan daha iyi durumda olduğu ve her iki ebeveyniyle de devamlı temas halinde bulunduğu onlardan birini kaybettiği hissine kapılmadığı ortaya koyulmaktadır⁶¹. Başka bir araştırmada ise, birlikte velayetin tercih edilmesi halinde, çocukların, aileleri tarafından daha fazla önemsendiğini ve ciddiye alındıklarını düşündükleri görülmektedir⁶².

(3) Birlikte Velayet Aleyhine İleri Sürülen Görüşler

Birlikte velayet aleyhine ileri sürülen görüşlerin başında, çocuğun her zaman bir tarafa daha çok bağlı olacağı⁶³, böylece bir ebeveynin diğerini sürekli sabote edeceği, ebeveynlerin çocuğu iktidar çatışmalarına maruz bırakacakları, diğer ebeveyne karşı kışkırtacakları, bununla beraber farklı kurallar ve disiplinlerle yetiştirmeye çalışacakları ifade edilmektedir⁶⁴. Bu görüşe göre, kendilerinden işbirliği ve uyum içinde çalışmaları beklenen ebeveynlerin, tam tersine, çatışarak, anlaşmazlıklarının artarak devam edeceği ileri sürülmektedir⁶⁵. Nitekim birçok çiftin, gerekmedikçe eski eş ya da partnerinin yüzünü dahi görmek istemediği düşünüldüğünde, kendilerinden çocuklarının menfaatine hareket etmelerini beklemek yersizdir. Dolayısıyla, birlikte

⁶⁰ Lavadera/Caravelli/Togliatti, s. 93, Miller, s. 362; Büchler/Clausen, Art. 298, s. 409, 410.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kiremitçi, s. 22; İnce, s. 198; Kurt, s. 161.

⁶² Araştırmalar için bkz. Erlüle, s. 124.

⁶³ Bu eleştiri doktrinde “bağımlılık teorisi” olarak isimlendirilir. Teori, 1979 yılında basılan ve yazarları hukukçu Joseph Goldstein ve psikologlar Anna Freud ve Albert Solnit olan “*Beyond the Best Interests of the Child*” isimli kitapta gündeme gelmektedir. Bağlanma teorisi, çocuğun doğumdan itibaren ihtiyaçlarının giderilmesi ve bakımı açısından bir ebeveyne daha çok bağlı olduğunu ortaya koyar. Bu nedenle teorinin savunucuları, birlikte velayet uygulamasının çocuğa zarar vereceği kanaatindedirler. Hatta yazarlar, kitabın ikinci baskısında uyarılarına kulak vermeyen hakimlerin (kendilerine göre) başarısızlıkla sonuçlanan kararlarına yer vermektedirler (Bratt, s. 299; Ayanna, s. 12, 13, 14, 15; ayrıca bkz. İnce, s. 196).

⁶⁴ Miller, s. 367, 368; Ayanna, s. 19, 20; İnce, s. 200.

⁶⁵ Christine Burger-Sutz, Die Kinderbelange unter altem und neuem Scheidungsrecht, Zürich 1999, s. 184 (naklen Erlüle, s. 115, dpn. 162).

velayete karşı çıkanlara göre, bu modelin uygulanması, temenniden başka bir şey değildir⁶⁶.

Öte yandan boşanan ebeveynlerin yeniden evlenmeleri ya da yeni bir ilişkiye başlamaları halinde, birlikte velayetin uygulanması, ebeveynler arasındaki çatışmayı iyice arttıracaktır. Bu görüşü savunanlar, velayetin birlikte kullanılması için sürekli görüşmek zorunda olan ebeveynlerin çatışmalarına bir de yeni evlilik ya da yeni bir ilişki nedeniyle yaşanacak çatışmaların ekleneceğini ve bu durumdan çocuğun olumsuz olarak etkileneceğini ileri sürmektedir. Bununla beraber çocuk, üç ya da dört ebeveynin farklı yetiştirme ve eğitim tarzlarına maruz kalacaktır⁶⁷. Bu durumun ise çocuğun yararına olmayacağı açıktır.

Ayrıca birlikte velayet, ebeveynlerden birinin çocukla daha az vakit geçirmesinden dolayı, onun hakkında yeterince bilgi sahibi olamayacağı ve bu durumun çocuğun geleceği hakkında verilecek kararlarda olumsuz bir etki bırakacağı gerekçesiyle de eleştirilmektedir⁶⁸.

Birlikte velayet aleyhine ileri sürülen başka bir görüş ise, birlikte velayetin toplumun yalnızca belirli kesimlerinin yararlanabileceği bir model olması ve bu nedenle eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı görüşüdür. Bu görüşe göre, velayetin birlikte kullanılması ancak eğitim seviyesi ve gelir düzeyi yüksek ve genelde her iki ebeveynin de çalıştığı bir kesim tarafından tercih edilmektedir. Bu nedenle, birlikte velayet modelinin ayrıcalıklı bir durum yaratacağı ileri sürülmektedir⁶⁹.

Evlilik dışı ilişkiler bakımından ise, birlikte velayet ile çocukları üzerinde müşterek bir iradeye sahip olan ebeveynlerde, aile olmak için bir evliliğe ihtiyaçları olmadığı kanısının oluşma riski eleştirilmektedir. Bunun sonucunda kayıt dışı birlikteliklerin çoğalacağı, evlilik kurumunun önemini yitireceği düşünülmektedir. Bu nedenle Alman Medeni Kanunu'nda birlikte velayet modeline yer verilmeden önce,

⁶⁶ Burger-Sutz, s. 184, (naklen Erlüle, s. 115, dpn. 162).

⁶⁷ Aleyhe görüşler için bkz. Erlüle, s. 118.

⁶⁸ Aleyhe görüşler için bkz. İnce, s. 197.

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, s. 117.

bu modelin sadece boşanmadan sonra benimsenmesini öneren görüşler bulunmaktadır⁷⁰.

(4) Görüşümüz

Birlikte velayetin benimsenmesi için birden fazla neden bulunmaktadır. Birlikte yaşamadığı ebeveyni ile çocuk arasındaki ilişkinin devam etmesi, çocuğun kısa ve uzun vadede yararının korunması, ebeveynlerin iş birliğine teşvik edilmesi, çocuğun bakım ve yetiştirilmesine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesi gibi nedenler sayılabilir. Bunların arasında en önemli olanı, çocuğun üstün yararının korunmasıdır. Nitekim yetişirken ana ve babasının ortak sorumluluğunda olmak her çocuğun hakkıdır⁷¹. Bu noktada çocuklar arasında bir ayrım gözetilemez⁷². Zira bu eşitlik ilkesiyle de bağdaşmaz. Böylece birlikte velayet modeli ile öncelikli olarak çocuğun yararı korunduğu gibi, çocuklar arasındaki eşitsizlik de giderilmektedir.

Birlikte velayet, çocukların çatışmadan daha uzak, ebeveynlerin ise birbirleriyle eşit ve uyumlu bir hayat sürdürmesine imkan sağlayan bir modeldir. Velayetin birlikte kullanılması ile velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn, çocuğunu ara sıra ziyaret eden bir misafir olmaktan çıkıp, çocuğun yetiştirilmesi ve bakımında söz sahibi olan bir ebeveyn dönüşmektedir. Buna bağlı olarak, velayet kendisine bırakılmayan ebeveyn, ana ya da baba olma temel hakkını kullanma imkanı sağlamaktadır.

Birlikte velayet aleyhine ileri sürülen görüşlere bakıldığında, ebeveynler arası çatışmanın devam edeceği, çocukların bir savaş unsuru olarak kullanılacağı, çocukla birlikte yaşamayan ebeveynin önemli kararlarda etkin olamayacağı ve evlilik dışı ilişkilerin artacağı gibi sorunlar ortaya koyulmaktadır. Unutulmamalıdır ki bu sorunlar birlikte velayet modeliyle sınırlı değildir. Velayetin tek bir ebeveyn tarafından kullanıldığı hallerde de aynı ya da benzer sorunlarla karşılaşılması mümkündür. Ancak bu sorunların çözümü için birlikte velayet modelinin tamamen reddedilmesi gerekmez.

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, s. 117.

⁷¹ FF 2011 8025, s. 8040. Ingeborg Schwenger/Tomie Keller, “New Rules on Parental Responsibility in Switzerland (New Rules)”, *The International Survey of Family Law*, Yıl. 2014, s. 458; Edward Kruk, “Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody”, *The American Journal of Family Therapy*, Vol. 40:1, s. 35.

⁷² FF 2011 8025, s. 8040.

Birlikte velayetin kullanılması sonucunda doğacak sorunlarda ebeveynlerin dışarıdan, çoğu zaman bir uzmandan destek almaları ya da hakime veya bir arabulucuya başvurarak, ortak bir iradede buluşmaları sağlanabilir.

Öte yandan birlikte velayet modelinin tüm aileler için uygun bir model olduğu da söylenemez. Nasıl ki evliliklerin sürdürülmesi bakımından her ailede farklılıklar var ise, boşandıkları takdirde de aynı farklılıkla devam eden ebeveynler bulunmaktadır. Bu nedenle, yaşanan velayet sorununu tamamen çözen bir modelin varolmadığı, ancak ebeveynlerin işbirliği ve uyum içinde olmaları halinde birlikte velayetin önemli bir işlevi bulunduğu söylenebilir⁷³. Bu arada hakimin görevi de önemlidir. Zira hakim, velayetin tevdi hususunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir⁷⁴. Bu noktada hakim, bir yandan çocuğun sağlık, eğitim ve ahlak bakımından üstün yararını gözetmek, diğer yandan ise ana ve babanın velayeti üstlenme yeteneklerini ve taleplerini dikkate almakla yükümlüdür⁷⁵. Ayrıca hakim, hukuka, hakkaniyete ve somut olayın özelliklerine uygun bir biçimde karar vermelidir⁷⁶.

Öte yandan Kiremitçi'nin ülkemizde yaptığı araştırmaya göre, demokratik tutuma ve uzlaşî kültürüne sahip, eğitim ve gelir düzeyi yüksek ebeveynlerin birlikte velayete daha istekli oldukları ortaya koyulmaktadır⁷⁷. Dolayısıyla, birlikte velayete karşı çıkanların, bu modelden belli bir kesimin daha çok yararlanacağı tespiti doğrudur. Ancak, bu durumun iki kesim arasında eşitsizlik yarattığı söylenemez. Tam tersine, söz konusu kesimin iradesine uygun bir düzenlemenin var olmayışı, esasen bu kesim aleyhine bir eşitsizlik yaratmaktadır. Bu görüşü savunanların aksine biz, gerçek eşitliğin her kesime uygulanabilen alternatif düzenlemelerin yapılması ile sağlanacağı

⁷³ Görüşler için bkz. Erlüle, s. 122-130.

⁷⁴ Öztan, Aile Hukuku, s. 779; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 142; Feyzioğlu, s. 430; Akıntürk/Ateş, s. 310; S. Çelikel, Boşanma, s. 66; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 228; Gülgösteren, s. 164; Karaca, s.65; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 38.

⁷⁵ Öztan, Aile Hukuku, s. 780; Feyzioğlu, s. 430; S. Çelikel, Boşanma, s. 82, 83; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 228; Büchler/Clausen, Art. 298, s. 412; Kurt, s. 177.

⁷⁶ Akıntürk/Ateş, s. 310; Yıldırım, s. 86; Feyzioğlu, s. 430; Öztan, Aile Hukuku, s. 1084; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 143; S. Çelikel, Boşanma, s. 67; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 228; Karaca, s. 65; Usta, s. 112.

⁷⁷ Kiremitçi, s. 95.

kanaatindeyiz. Zira günümüzde, velayet uyuşmazlıklarının sınırlı seçenekler ile yönetilemeyeceği açıktır. Bu nedenle ülkemizde de birlikte velayet benimsenerek, taraf iradelerine saygılı, cinsiyet eşitliğinin ve çocuğun üstün yararının gözetildiği düzenlemelere ihtiyaç vardır⁷⁸.

2. Birlikte Velayetin Tarihçesi

a) Roma-Cermen Hukuku

Birlikte velayetin, velayet kurumundan farklı bir kurummuş gibi zikredilmesi ya da velayet kurumundan bağımsız bir biçimde irdelenmesi mümkün değildir. Zira birlikte velayet, velayetin ana ve baba tarafından müştereken kullanılması anlamına gelir. O halde çalışmamız bakımından velayetin tarihçesinin incelenmesi, birlikte velayetin de tarihçesini ortaya koyacaktır.

Hukuk tarihine bakıldığında Roma ve Cermen hukukunda velayet, vesayet kurumu ile birlikte anılmakta ve yaşı gereği kendisini savunamayan ve kimsenin hâkimiyeti altında olmayan kişilerin korunması için ius civile tarafından verilen bir hak veya yetki olarak tanımlanmaktadır⁷⁹. Bu hak ve yetkiler, ailede yaşayan tüm bireyler üzerinde sınırsız bir egemenliğe sahip olan babaya (pater familias) aittir. Öyle ki babanın egemenliği altında bulunan aile bireylerinin haklara sahip olma ve borç altına girebilme ehliyetleri bulunmamaktadır⁸⁰. Çocuğun velayeti, özellikle çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi babanın görevi olarak kabul edilir⁸¹. Hatta evliliğin sona erdiği

⁷⁸ 4721 sayılı TMK'nın genel gerekçesinde de belirtildiği üzere Kanunun cinsiyet eşitliği üzerine kurulduğu unutulmamalıdır. (TMK genel gerekçesi, <http://www.tbmm.gov.tr>, E.T. 08.08.2018). Ayrıca, Anayasa'nın 10. maddesinde kadın-erkek eşitliği ve 41. maddesinde de eşler arasındaki eşitlik güvence altına alınmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmez/Barın, s. 184; İsmail Özmen, *Velayet Hukuku Davaları, Çocuk Hakları, Aile ve Çocuk Mahkemeleri*, B. 3, Ankara 2013, s. 23; Usta, s. 5).

⁷⁹ Ayşegül Karabacak, "Eşlerin Çocuk Üzerindeki Velayet Hakkı", (Danışmanı: Prof. Dr. O. Gökhan Antalya), *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Hukuk ABD, Özel Hukuk Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 13; Hasibe Sena Akkışla, *Velayetin Tevdi*, Ankara 2017, s. 5; Karaca, s. 21; Usta, s. 37, 38.

⁸⁰ Erlüle, s. 83.

⁸¹ İnce, s. 192; Barbara J. Jameson, "Child Custody And Access: The Views and Practices of Psychologists and Lawyers", 2001 *University of Victoria*, s. 2. Şevket Topal, "Korumaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslâm Hukûkunda Velâyet ve Vesâyet Yetkisi", *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, VI (2006), S. 3, s. 253; Gülgösteren, s. 158; Erlüle, s. 82; Karabacak, s. 13; Özlem Ezgi Solak, Boşanmanın Çocuklar Yönünden

durumlarda dahi, evlilik birliği içinde olduğu gibi çocuklar yine babanın hakimiyetindedir (*patria potestas*).

Roma hukukunda babanın çocuklar üzerinde münhasır ve mutlak bir kontrolü vardır⁸². Baba çocuğu satabilir (*ius vendendi*), onu cezalandırabilir⁸³ ve çocuğun yaşamı (*ius vitae et necis*) üzerinde karar verebilir⁸⁴. Babanın çocuk üzerinde kullandığı bu yetkiler herhangi bir denetime ya da yasal düzenlemeye tabi değildir⁸⁵. Baba, yalnızca vicdanına ve tanrıya karşı sorumlu kabul edilir⁸⁶. Buna rağmen, İmparator Iustinianus döneminde (M.S. 527-565) terbiye hakkı dışında, babanın çocuğunu cezalandırma yetkisi devlete geçmiştir⁸⁷. Ancak Roma hukukunun hiçbir döneminde baba hakimiyetinin tamamen kaldırılması söz konusu değildir. Babanın velayet hakkı ancak, öldüğünde, vatandaşlığı kaybettiğinde ya da çocuğu evlatlık olarak verdiğinde sona ermektedir⁸⁸.

Sonuçları, (Danışmanı: Yrd. Doç Dr. Abdulkerim Yıldırım), *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi*, Eylül 2014 s.13; Akkışla, s. 6; Özmen, s. 14; Usta, s. 38. Lawrence O. Murray, “Patria Potestas”, *The University Law Review*, Vol. 3, No. 9, Y. 1897, s. 307-312, s. 307; Morgenbesser/Nehls, s. 6; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, B. 15, Ankara 2012, s. 157; Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğmuş, *Roma Hukuku Dersleri*, B. 6, İstanbul 2010, s. 154, 155.

⁸² Selma Çetiner, “Velayet Müessesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği (Velayetin Hukuki Niteliği)”, *Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan-1, DEÜHFD*, C. 19, Özel Sayı, Y. 2017, s. 29.

⁸³ Çocuk on altı yaşın altındaysa, baba kendisini bir ayı geçmeyen bir süre boyunca tutuklayabilir ya da gözaltına alabilirdi. O yaşın üstünde ise baba, hakim tarafından haklı nedenin varlığı kabul edilmek koşuluyla, altı aylık bir süre için çocuğu hapsedecek bir karar alabilmekteydi. (Murray, s. 308).

⁸⁴ Miller, s. 351, Selma Baktır Çetiner, *Velayet Hukuku*, B. 1, Ankara 2009, s. 25; Erlüle, s. 84; İnce, s. 192; Serdar, s. 156; Dönmez/Barın, s. 177; Topal, s. 252, 253; Karabacak, s. 13; Solak, s. 13; Akkışla, s. 6; Çelebican, s. 163; Tahiroğlu/Erdoğmuş, s. 155; Kahraman, s. 6.

⁸⁵ Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği, s. 29.

⁸⁶ Usta, s. 39; Erlüle, s. 84.

⁸⁷ Topal, s. 253; Erlüle, s. 85; Karabacak, s. 13; Akkışla, s. 6, 7; Usta, s. 39; Çelebican, s. 163, 164.

⁸⁸ İnce, s. 192; Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği, s. 29; Dönmez/Barın, s. 177; Akkışla, s. 6; Usta, s. 40, 41; Karabacak, s. 13; Çelebican, s. 161; Tahiroğlu/ Erdoğmuş, s. 159.

Roma hukukunda patria potestas, daima aile reisi kabul edilen erkeğe aittir⁸⁹. Kadın asla patria potestas sahibi olamadığı gibi, babanın hakimiyeti sona erdiğinde dahi bu yetki anaya geçmemiştir⁹⁰. Ana ve babanın, velayeti birlikte ve eşit kullanabilmesi ise söz konusu değildir⁹¹. Ancak İmprator Iustinianus döneminde babanın kusurundan kaynaklı boşanmalarda, özellikle de çocuklara kötü davranışlarının söz konusu olduğu hallerde, çocuklar ananın himayesine bırakılmaktadır⁹².

Cermen hukukunda da velayet babaya aittir⁹³. Bu hukuk sisteminde babanın hakimiyeti “*Munt*” ismiyle ifade edilir⁹⁴. Munt, bir yandan babaya egemenliği altında bulunan çocuğu satma, özgürlüğü ya da yaşam hakkı üzerinde tasarruf etme gibi çocuğun şahısvarlığına ilişkin sınırsız yetkiler verirken⁹⁵, diğer yandan çocuğun malvarlığını yönetmek ve onu üçüncü kişilere karşı temsil etmek gibi sorumluluklar da yüklemektedir⁹⁶.

Roma hukukunda çocuk, yaşamı süresince babasının hakimiyetinde kabul edilirken; Cermen hukukunda hakimiyet, çocuk evden çıkıp kendi geçimini temin ettiği vakte kadar geçerlidir⁹⁷. Ananın velayeti ise, ancak baba öldükten sonra söz

⁸⁹ Sevgi Kayak, “*Roma Hukukunda Aile Kurumu*”, Hacettepe HFD, C. 8, S. 2, s. 249-302, s. 278.

⁹⁰ Kayak, s. 278.

⁹¹ Dönmez/Barın, s. 177; Serdar, s. 155; Morgenbesser/Nehls, s. 6.

⁹² Özellikle İmprator Iustinianus döneminde, çocukların kimin muhafazasına bırakılacağı-nın tespitinde, boşanmada kusurun kime ait olduğu büyük önem arz etmekteydi. Her iki tarafın kusurlu olduğu hallerde ise, bakım masrafları ana ve baba tarafından karşılanmak şartıyla, çocuk, hakim tarafından belirlenen üçüncü bir kişiye bırakılmaktaydı (M.S. 542 yılına ait Novelle 117’nin 2. ve 10. kısımları). Ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, s. 86.

⁹³ Serdar, s. 156; Erlüle, s. 87; Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği, s. 30; Dönmez/Barın, s. 178.

⁹⁴ Serdar, s. 156; Erlüle, s. 87; Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği, s. 30; Dönmez/Barın, s. 178. Cermen hukukunda veli anlamında da kullanılan “*munt*” ifadesine karşılık, Fransızca’da “*tutelle*”, İngilizce’de “*guardianship*”, Almanca’da “*vormund-schaft*” ifadeleri kullanılmaktadır (Özmen, s. 14).

⁹⁵ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 22; Erlüle, s. 87.

⁹⁶ Usta, s. 42; Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği, s. 30; Erlüle, s. 87.

⁹⁷ Usta, s. 42; Dönmez/Barın, s. 178; Karabacak, s. 13; Solak, s. 13; Akkışla, s. 7, 8; Kahraman, s. 7; Huysal, Velayet, s. 11.

konusu olmaktadır⁹⁸. Evlilik birliği içinde ya da boşanmadan sonra ananın velayeti baba ile birlikte kullanması mümkün değildir.

Belirtmek gerekir ki Cermen hukukunda, Roma hukukundan farklı olarak, “*çocuğun güvenliği*” prensibi benimsenmiştir⁹⁹. Nitekim “*Munt*” kavramı içeriğinde “*koruma*” ve “*kayıрма*” anlamlarını da taşımaktadır¹⁰⁰.

b) Anglo- Amerikan (Ortak) Hukuku

Geçmişte Anglo-Amerikan (ortak) hukukunda velayet, babanın hakimiyetindedir¹⁰¹. İngiliz yasası, babayı “*meşru çocuğunun doğal koruyucusu*” olarak kabul eder. Ananın ise çocuklar üzerinde neredeyse hiç hakkı yoktur¹⁰². Ancak XIX. yüzyılın başlarında, çocuğun ana şefkatine ihtiyacı olduğu görüşüyle birlikte, ananın da yasal velayeti tartışılmaya başlanmıştır. Bu gelişmeler neticesinde 1830’lu ve 40’lı yıllarda, İngiltere’de uygulanan Talfourds Yasası ile yedi yaşına (tender years) kadar çocuğun velayetinin anaya ait olduğu kabul edilmiştir. Yedi yaşındaki ya da yedi yaşından büyük çocukların velayeti ise yine babaya aittir¹⁰³.

XIX. yüzyıla kadar Amerikan hukukunda velayet, babaya aittir¹⁰⁴. Baba hem mali açıdan hem de çocuğun kişiliği bakımından koruyucu bir figür olarak

⁹⁸ Dönmez/Barın, s. 178; Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği, s. 30; Serdar, s. 156; Usta, s. 42; Çetiner, Velayet, s. 26; Karabacak, s. 14; Akkışla, s. 7, 8; Usta, s. 42; Kahraman, s. 8.

⁹⁹ İnce, s. 193.

¹⁰⁰ Serdar, s. 156; Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği, s. 30; Dönmez/Barın, s. 178.

¹⁰¹ Miller, s. 351; Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği, s. 30.

¹⁰² Marry Ann Mason, “Roller Coaster of Child Custody Law”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 24, 2012, s. 451; Taşkın, s. 90.

¹⁰³ Miller, s. 351; Taşkın, s. 89. Çocuğun ana sütüne, başka bir ifadeyle bakım ve şefkatine muhtaç olduğu bu dönem “*geçici velâyet*” olarak isimlendirilmektedir. Geçici velâyet, çocuğun velâyetinin, belli bir yaşa gelene kadar anaya, sonrasında ise babaya verilmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Solmaz, s. 16; Kahraman, s. 10.

¹⁰⁴ Alexandra Rohde, *The Impact of Joint Child Custody Policies on Children’s Long-Term Outcomes*, Faculty Thesis Advisors: Professor Prakarsh Singh and Professor Caroline Theoharides, Department of Economics at Amherst College, April 20, 2016, s. 6; Ayanna, s. 9; Kyla Ebels-Duggan, “Awarding Custody: Children’s Interests And The Fathers’ Rights Movement”, *Public Affairs Quarterly*, Vol. 24, No. 4 (October 2010), s. 257-278, s. 257.

görülmektedir¹⁰⁵. XIX. yüzyılın sonlarında ise, babanın kusurlu olması halinde velayetin anaya verildiği görülmektedir.

XX. yüzyılda velayet kararlarının odağını, ana veya babanın kusurundan ziyade çocuğun yararı oluşturmaktadır¹⁰⁶. Bu dönemde, İngiliz hukukunda olduğu gibi, yedi yaşın altındaki çocukların velayeti anaya verilmektedir. Zira çocuğun ilk yıllarında (tender years) babaya nazaran ananın bakım ve şefkatine daha fazla ihtiyacı olduğu ve menfaati gereği velayetin anaya verilmesi savunulmaktadır¹⁰⁷. Ancak velayetin birlikte kullanılması söz konusu değildir. Hatta Washington Yüksek Mahkemesi'nin 1928 yılında verdiği bir kararda, birlikte velayet açıkça reddedilmiştir¹⁰⁸. Bununla beraber, nadir de olsa ana ve babanın çocuk üzerinde eşit hak ve yetkilere sahip olması gerektiğini vurgulayan mahkeme kararları da vardır. 1932 yılında Baer v. Baer davasında verilen karar, bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹⁰⁹.

İlerleyen yıllarda çocuğun yararı görüşünün daha fazla ön plana çıktığı görülmektedir. Bununla ilgili verilebilecek en belirgin örnek, Watts v. Watts davasında, 1973 yılında New York Aile Mahkemesi tarafından verilen bir karardır¹¹⁰. Bu kararda açıkça, *"bu mahkeme kararını verirken sadece bir kriteri uyguladı:*

¹⁰⁵ Richard A. Warshak, "Parenting by the Clock: The Best-Interest-of-the-Child Standard, Judicial Discretion, and the American Law Institute's Approximation Rule", *University of Baltimore Law Review*, Vol. 41, Issue 1, Fall 2011, s. 89.

¹⁰⁶ Geri S. W. Fuhrmann/Robert A. Zibbell, "Evaluation For Child Custody", USA 2012, s. 8, 9; Rohde, s. 6; Gülgösteren, s. 167; Ayanna, s. 10; Mason, s. 452.

¹⁰⁷ Jameson, s. 4; Warshak, s. 92; Rohde, s. 6, Ayanna, s. 10; Mason, s. 453; Ebels-Duggan, s. 257; John G. Jr. Taussig/John T. Carpenter, "Joint Custody", *North Dakota Law Review*, Vol. 56, Y. 1980, s. 223- 238, s. 225, 226.

¹⁰⁸ Bigelow v. Bigelow, 148 Wash. 138, 268 Pac. 597 (1928). *"Çocukların çıkarları, elbette, her şeyden önemlidir; fakat ebeveynler boşandıklarında çocuklar, yalnızca birinin velayeti altında tutulmalıdır. Zira, çocuklar hem babanın yönlendirici etkisine hem de ananın nazik ilgisine ve şefkatine sahip olamazlar"*. Delle v. Delle, 112 Wash. 512, 192." (<http://courts.mrsc.org/washreports/148WashReport/148WashReport0138.htm>, E.T. 07.08.2018).

¹⁰⁹ Miller, s. 377. Bu duruma Finlay v. Finlay davası ile 1925 yılında verilen karar da örnek olarak gösterilebilir. Davada ana ve baba arasında, çocuğun yararına göre bir karar verilmesi gerektiği vurgusu yapılmıştır. Çocuğun yararının ise, velayetin ancak kusurlu olmayan tarafa verilmesi ile gerçekleşeceğine karar verilmiştir (Jameson, s. 6).

¹¹⁰ Karar için bkz. <https://www.casemine.com/judgement/us/591496e6add7b049345e9d42>, E.T. 06.08.2018; Rohde, s. 6. Ayrıca bkz. Fuhrmann/ Zibbell, s. 10.

çocuğun üstün yararı.” ifadelerine yer verilmektedir. Böylece 1973 yılından itibaren, Arkansas, Arizona, Iowa, New Mexico ve Wisconsin gibi eyaletlerde, çocuğun yararı gereği, birlikte velayete izin veren kanuni düzenlemelerin yapıldığı bilinmektedir¹¹¹. Amerika Birleşik Devletleri’nde bugün 50 eyalet “*Çocuk Velayetinde Genel Yargı ve İnfaz Yasası*” ile “*birlikte velayeti*” kabul etmekte ve uygulamaktadır¹¹².

c) İslam Hukuku

İslam hukukunda velayet, çocuğun bakım, gözetim ve terbiyesi görevlerini kapsayan üst bir kavramdır¹¹³. Velayet, kural olarak babaya aittir¹¹⁴. Bu kapsamda baba, oğullarını ergenliğe ulaşıncaya, kızlarını ise evleninceye kadar bakıp eğitmekle yükümlüdür¹¹⁵. Ancak İslam hukukunda çocuğun kişiliğinin, malvarlığının korunup gözetilmesi ve çocuğun eğitilip yetiştirilmesi gibi hususlar birbirinden ayrı değerlendirilmektedir: “*el-velâye ale'n-nefs*”, “*el-velâye ale'l-mâl*” ve “*hidane*”.

El-velâye ale'n-nefs/nefse, çocuğun şahısvarlığının korunup gözetilmesi ile onun bakım ve terbiyesi görevlerini kapsar¹¹⁶. Evlilik birliği içinde, çocuğun bakım ve terbiyesi eşler tarafından birlikte üstlenilmektedir¹¹⁷. Bu nedenle, el-velâye ale'n-nefs

¹¹¹ Margaret F. Brinig, “Result Inequality in Family Law”, *Akron Law Review*, Vol. 49/471, 2016, s. 476; Rohde, s. 2; Carolyn S. Bratt, “Joint Custody”, *Kentucky Law Journal*, Vol. 67/ 1978-79, s. 271-308, s. 282.

¹¹² Rohde, s. 6; Gülgösteren, s.175.

¹¹³ İrem Karakoç, “Bir İslâm Hukuku Müessesesi Olan Hidâne Hakkının ve Osmanlı Aile Hukuku’nda Uygulanışının İzmir Şer’iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi”, *Gazi Üniversitesi HFD*, C. XIX, Y. 2015, S. 3, s. 154; Mehmet Şener, “İslam Hukukunda Velayet”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, İzmir 1985, s. 212; Esra Rahat, İslam Hukukunda Annenin Velayeti, (Danışmanı: Mustafa Uzunpostalıcı), *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Temel İslam Bilimleri ABD, İslam Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2004, s. 46; Erlüle, s. 89; Topal, s. 264; Akkışla, s. 9.

¹¹⁴ Dönmez/Barın, s. 177; Huysal, Velayet, s. 11. Babanın hakimiyeti islamiyet öncesi dönemlerde de kabul edilmekteydi. Arap toplumlarında, babanın hakimiyeti ile ilgili olarak en dikkat çekici gelenek, kız çocuklarının canlı bir şekilde toprağa gömülmesi geleneğiydi. Cahiliye dönemi olarak anılan dönemdeki bu gelenek İslamiyet ile değişti (Topal, s. 253).

¹¹⁵ Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, B. 21, Ankara 2019, s. 117; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, B. 15, İstanbul 2017, 267.

¹¹⁶ Karakoç, s. 154; Şener, s. 212; Rahat, s. 46; Topal, s. 264; Akkışla, s. 9.

¹¹⁷ Erlüle, s. 89; Karakoç, s. 156.

ve hidaneye ait hak ve görevlerin, evlilik birliği içinde birbirinden ayrılması zordur. Dolayısıyla, hidanenin oluşabilmesi için evlilik birliğinin sona ermesi gerekir¹¹⁸.

"Hidane" ya da "hadane" kavramı, çocuğun beden ve ruhen bakılıp gözetilmesini, onun şefkatle yetiştirilmesi görevini içeren bir velayet türüdür. Hidane ile sorumlu olan veliye, "hidane velisi" adı verilir¹¹⁹. Hidane velisi kadın ise "hadine", erkek ise "hadin" olarak isimlendirilir¹²⁰. Hidane velisi, çocuğu koruyup gözetmek, ona okuma ve yazma öğretmek, din ve ahlak kurallarını göstermek, onu okula göndermek gibi sorumlulukları yerine getirir¹²¹. Bu görevi yerine getiremeyen veli, hakim kararı ile bu haktan yoksun bırakılabilir. Bu yönüyle hidane, hak olmaktan ziyade sorumluluk niteliğiyle öne çıkmaktadır¹²².

Hidane velisinin, kadın-erkek ayrımı olmaksızın, hür, akıllı, ergenlik çağına ulaşmış, çocuğa bakmaya muktedir, çocuğun sağlık ve sıhhati ile ahlakını koruyabilecek, müslüman ve güvenilir bir kimse olması gerekir¹²³. Bu şartlar dışında hidane velisi kadın ise, çocuğa (mahrem olanlar hariç) yabancı bir kişi ile evlenmemiş; erkek ise hidane altına alınan kız çocuğun mahremi olmalıdır¹²⁴. Bu şartları taşımayanlar, hidane hakkına sahip olamazlar. Bu şartların sonradan yitirilmesi ise hidane hakkının düşmesine neden olur¹²⁵.

Boşanmadan sonra hidane, öncelikle ananın hakkıdır¹²⁶. Erkek çocukları yedi-dokuz yaşın, kız çocukları ise genellikle dokuz- onbir yaşın sonuna kadar ananın

¹¹⁸ Halil Cin/Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, B. 11, Konya 2019, s. 441; Samed Atasoy, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hidane*, Ankara 2019, s. 26; M. Aydın, s. 294; Erlüle, s. 89; Karakoç, s. 156.

¹¹⁹ Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, İstanbul 2008, s. 461.

¹²⁰ Atasoy, s. 20.

¹²¹ Ekinci, s. 461; Atasoy, s. 23.

¹²² Atasoy, s. 23.

¹²³ M. Aydın, s. 295; Cin/Akyılmaz, s. 442. Hanefi ve Malikilerde, hidane velisinin hür ve müslüman olması şartları aranmamaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Atasoy, s. 35 vd.).

¹²⁴ Atasoy, s. 47-52.

¹²⁵ Yaman, s. 115; Atasoy, s. 52; Şener, s. 213.

¹²⁶ Ahmet Yaman, *İslam Aile Hukuku*, B. 18, İstanbul 2016, s. 115; Topal, s. 264; Akkışla, s. 9; Özmen, s. 55; Cin/Akyılmaz, s. 441.

bakımı altındadır¹²⁷. Ananın hayatta olmaması, başkasıyla evli olması ya da hidane hakkını kullanabilmek için gerekli şartları taşınamaması halinde hidane hakkına anaanne sahip olur. Ananeden sonra sırasıyla babaanne, kızkardeş, çocuğun teyzesi, kız kardeşinin kızları ve en son hala hidane hakkına sahip olur¹²⁸. Çocuğun sayılan kadınlardan herhangi birinin hidanesi altına alınması mümkün değilse, hidane hakkı babaya geçer¹²⁹. Öte yandan çocuk kimde olursa olsun, nafakası babası tarafından karşılanır¹³⁰.

Hidane hakkı sahibi kadın ise hidane, çocuğun malları ve şahsıyla alakalı velayeti kapsamaz. Çocuğun şahısvarlığı ve malvarlığı üzerindeki velayet hakkı babaya aittir. Bu dönemde çocuğun bakımı, eğitimi, tedavisi gibi şahısvarlığına ilişkin görevler ve mallarının korunması, akidlerin yapılması, tasarrufların gerçekleştirilmesi gibi işlemler baba tarafından yürütülür¹³¹. Babanın yokluğunda bu hak babanın babasına kalır. Babanın babası yani dedesi de hayatta olmayan çocuğa, malların yönetimi için hakim/kadı tarafından bir vasi tayin edilir¹³². Hayatta hiçbir akrabası bulunmayan çocuklar ise uygun bir kimsenin yanına yerleştirilir ve nafakası devlet hazinesinden karşılanır¹³³.

Anlaşılabacağı üzere İslam hukukunda, fitrat ve yatkınlıklarına uygun olarak çocuğun bakımı ve terbiyesi bakımından kadınlara öncelik tanınmışken, mali konularda baba, dede gibi erkeklere öncelik tanınmıştır¹³⁴.

d) Türk Hukuku

Velayet, Türk hukuk tarihi açısından değerlendirilirken, İslamiyetin kabulünden önce ve sonra olmak üzere iki dönem halinde incelenmelidir. İslamiyetin kabulünden

¹²⁷ M. Aydın, s. 295; Cin/Akyılmaz, s. 442; Erlüle, s. 90.

¹²⁸ Yaman, s. 115; Erlüle, s. 90; Şener, s. 213; Atasoy, s. 56 vd.

¹²⁹ Ekinci, s. 461; Yaman, s. 115; Şener, s. 213; Rahat, s. 42; Taşkın, s. 90; Akkışla, s. 9; Özmen, s. 55.

¹³⁰ Ekinci, s. 461.

¹³¹ Topal, s. 264; Usta, s. 31; Atasoy, s. 85.

¹³² Topal, s. 264; Erlüle, s. 90; Şener, s. 206; Özmen, s. 55; Usta, s. 31.

¹³³ Ekinci, s. 461.

¹³⁴ Atasoy, s. 87.

önce Türk hukukunda, Roma hukukunda olduğu gibi, çocuk üzerinde babanın hakimiyeti söz konusu idi¹³⁵. Ana, ancak babanın yokluğunda velayete sahip olabiliyordu¹³⁶. İslamiyet'in kabulüyle birlikte, velayetin yanında “*hidane*” kurumu da yer aldı¹³⁷. Böylece velayetin kapsamı, küçüğün şahısvarlığına bağlı hakları (*el-velâye ale'n-nefs*), malvarlığına bağlı hakları (*el-velâye ale'l-mâl*) ve çocuğun gözetimi-bakımı ile terbiyesi (*hidane*) olmak üzere üçe ayrıldı¹³⁸. Böylece, boşanmadan sonra çocuk üzerindeki hidane hakkı erkek çocukları bakımından yedi yaşına kadar, kız çocukları bakımından ise ergenliğe kadar ana tarafından üstlenilmekte, çocuğun bakım nafakası ile şahısvarlığı ve malvarlığına ilişkin hak ve yetkiler ise babaya ait kabul edilmekteydi¹³⁹.

İslam hukuku etkilerini Osmanlı Devletinde de devam ettirdi ve çocuk üzerinde velayet hakkı babaya ait oldu¹⁴⁰. Baba olmadığında ise velayet sırasıyla babanın babası amca, amcaoğlu gibi yakın kan hısımlarına tevdi edilmekteydi¹⁴¹. Bu dönemde kabul edilen Mecelle (1869) ve Hukuk-i Aile Kararnamesi (1917) gibi hukuki metinlerde velayetin kullanılmasını değiştiren yeni bir hükme yer verilmedi¹⁴². Cumhuriyetten sonra ise, 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi'nin (1926) kabulü ile kocanın evlilik birliğinin reisi olduğu açıkça zikredildi ve evin geçimi ile karısının ve çocuklarının bakımı kocaya ait kabul edildi (EMK m.152). Ayrıca velayetin kullanılması evlilik birliği içinde eşlere müştereken verilmiş, evlilik birliğinin sona ermesi halinde ise, hakim kararıyla ana ve babadan birine tevdi edilmişti (EMK m.148). Ancak evlilik

¹³⁵ Usta, s. 29; Karabacak, s. 15; Solak, s. 14; Akkışla, s. 8.

¹³⁶ Usta, s. 29; Karabacak, s. 15.

¹³⁷ Karabacak, s. 15; Akkışla, s. 8.

¹³⁸ Usta, s. 30; Erlüle, s. 83; Kahraman, s. 8.

¹³⁹ Yaman, s. 115; Erlüle, s. 90; Şener, s. 213; Topal, s. 264; Usta, s. 31.

¹⁴⁰ Karaca, s. 61; Akkışla, s. 10.

¹⁴¹ Kahraman, s. 8.

¹⁴² Usta, s. 33 vd.; Kahraman, s. 8; Dönmez/Barın, s. 177; Akkışla, s. 10.

birliği içerisinde velayet ile ilgili uyuşmazlıklarda oy üstünlüğü babaya aitti (EMK m. 263)¹⁴³.

2002 yılında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra -babanın aile reisliği dışında- durum pek değişmedi. Halen yürürlükte olan Kanun’a göre velayet, evlilik birliği içinde birlikte, evliliğin sona erdiği hallerde ise tek başına kullanılmaya devam etmektedir. Gelişmiş hukuk sistemlerinde kabul edilen birlikte velayet modelinin hukuk sistemimizde yer almaması nedeniyle velayet, özellikle boşanma davalarında önem kazanmakta ve hatta birçok boşanma davasında çekişme konusu olmaktadır. Ülkemizde, birçok gelişmiş ülkeye nazaran boşanma oranlarının düşük olduğu bilinse de bu sayının her geçen gün artış göstermesi¹⁴⁴, birlikte velayet ile ilgili kapsamlı bir düzenlemenin yapılmasını gerektirmektedir.

3. Birlikte Velayete Hakim Olan İlkeler

a) Çocuğun Üstün Yararının Gözetilmesi İlkesi

Velayet düzenlemeleri yapılırken, dikkate alınması gereken ilkelerin başında “çocuğun üstün yararı” ilkesi gelmektedir. Üstün yarar ilkesi, çocuk hukuku bakımından temel ve çocuğun korunmasında en üst noktada yer alan bir kuraldır¹⁴⁵.

Çocuğun üstün yararı ilkesi uluslararası hukukta ilk kez 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi’nin ikinci ilkesinde dile getirilmiştir. Bildirgenin ikinci ilkesinde;

¹⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 183; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 254.

¹⁴⁴ Dünya Sağlık Örgütü ile iş birliği içerisinde yapılan bir araştırmada 2005-2006 yılında Türkiye’de 11-15 yaş aralığındaki çocukların % 89’unun evlilik birliği içinde (boşanmamış ailelerde) yaşadığını göstermektedir. Boşanan ailelerden ise % 9 ‘u sadece ana ile yaşarken, % 2’si ise sadece baba ile yaşamaya devam etmektedir. Bu oranlar birçok ülkede farklılıklar gösterirken, aile içinde yaşayan çocukların oranı Romanya ve ABD’de % 60, Rusya’da % 69, İngiltere’de % 70, Fransa ve Almanya’da ise % 76 civarındadır. Aynı yıl için yapılan başka bir araştırmaya göre, boşanmış ailelerde yaşayan çocuk oranının en yüksek olduğu ülke, % 93’lük bir oran ile Makedonya’dır (Thoroddur Bjarnason/Arsaell M. Arnarsson, “Joint Physical Custody and Communication with Parents: A Cross-National Study of Children in 36 Western Countries”, *Comparative Family Studies*, Y. 2011, Vol. 42, No. 6, s. 877.

¹⁴⁵ Sera Reyhani Yüksel, *Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları*, İstanbul 2020, s. 123. Ayrıca bkz. Feyzioğlu, s. 430; Köse, s. 152; Öztan, Aile Hukuku, s. 1137; Özder Özer Taşkın, Velayette Çocuğun Üstün Yararı, (Danışmanı: Doç. Dr. Nuri Erişgin), *Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi, Ağustos 2006, s. 13 vd.

“Çocuklar özel olarak korunmalı, yasa ve gerekli kurumların yardımı ile fiziksel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve toplumsal olarak sağlıklı normal koşullar altında özgür ve onurunun zedelenmeyecek şekilde yetişmesi sağlanmalıdır. Bu amaçla çıkarılacak yasalarda çocuğun en yüksek çıkarları gözetilmelidir” ifadeleri yer almaktadır¹⁴⁶.

Bildirgelerin devletler tarafından bağlayıcı olmadığı düşünüldüğünde, çocuğun üstün yararı ilkesi açısından, en önemli uluslararası belgenin, 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme olduğu söylenebilir¹⁴⁷. Çocuğun üstün yararı ilkesi, Sözleşme’nin çeşitli maddelerinde yer alan, şemsiye bir hak niteliğindedir¹⁴⁸. İlkenin açıkça düzenlendiği hüküm ise, Sözleşme’nin 3. maddesidir. Hükme göre; *“kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir”*.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Türkiye tarafından 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmış, 1994 yılında onaylanmış ve 1995 yılında yürürlüğe girmiştir¹⁴⁹. Ardından Türk hukukunda, çocuğun üstün yararı odaklı, birçok düzenleme yapılmıştır. Örneğin, Anayasa’nın 41. maddesinde, ailenin huzur ve refahının sağlanması ile çocukların korunması için devlete tedbir alma yükümlülüğü verilmiştir. Bundan başka, Türk Medeni Kanunu’nun 339. maddesinde, ana ve babanın

¹⁴⁶ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi, (http://www.kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/contents/files/YasalDuzenlemeler/BM_cocuk_Haklari_Bildirisi.pdf, E.T. 12.02.2018). Ayrıca Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme’nin 16. maddesinde de ana ve baba arasındaki eşitliğe ve çocuğun üstün yararı ilkesine şu sözlerle yer verilmektedir: *“Medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ana ve babanın eşit hak ve sorumlulukları tanınacak, ancak her durumda çocukların yararı en ön planda gözetilecektir”* (R.G. 14.10.1985, S. 18898).

¹⁴⁷ Çocuğun Yüksek Yararının Belirlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) Kılavuz İlkeleri, Mayıs 2008, s. 10, (<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf>, E.T. 12.09. 2017).

¹⁴⁸ (BMMYK) Kılavuz İlkeleri, s. 10, 11. Aileden ayrılma (m. 9). ana ve babanın sorumlulukları (m. 18), ailesinden yoksun çocukların korunması (m. 20), evlat edinme (m. 21), özgürlükten yoksun bırakılma (m. 37) ve suçla karşılaşan çocuklara yönelik hükümler (m. 40) gibi bazı maddeler de çocuğun üstün yararı ilkesinin benimsenmesi bakımından örnek olarak gösterilebilir.

¹⁴⁹ R.G. 27.01.1995, S. 22184.

çocuk hakkında kararlar alırken, çocuğun menfaatini göz önünde tutmaları gerektiği ifade edilmiştir. Yine TMK’nın 182. maddesinde, velayeti kendisine bırakılmayan eş ile çocuk arasında kişisel ilişki düzenlenirken, hakime, özellikle çocuğun sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarını esas tutarak karar vermesi düzenlenmiştir.

“Üstün yarar” ilkesi ne ÇHS’de ne de kanunlarımızda tanımlanmıştır¹⁵⁰. İlkenin tanımlanmamış olması, esasen sosyal bilimlerin değişen ve gelişen verilerine göre yorumlanmasına ve içeriğinin oluşturulmasına imkan vermektedir¹⁵¹. Doktrinde ise, çocuğun üstün yararı çeşitli şekillerde açıklanmaktadır:

Serozan’a göre; çocuğun üstün yararının gözetilmesi demek, menfaat çatışmalarında çocuğun yanının tutulması, onun kayrılması demektir¹⁵².

Öztan’ göre; bu ilke ile aslanan çocuğun yararının ve gelişiminin tehlikeye düşmesini engellemek, tehlikeye düşme riskinin bulunduğu hallerde ise çocuğu korumaktır¹⁵³.

Baygın üstün yararı; karşılaşılan tüm sorun ve menfaat çatışmalarında daima çocuğun yararına olan çözümün tercih edilmesi, çocuğun kayrılması şeklinde açıklamaktadır¹⁵⁴.

Grassinger’e göre üstün yarar, çocuğun yetişkin olsaydı kendisini ilgilendiren bir konuda menfaatine uygun nasıl bir karar verecek idiyse, karar makamının da aynı yönde karar vermesi ile sağlanabilir¹⁵⁵.

Bizce de üstün yarar ilkesinden, çocuklarla ilgili kararlar alınması veya eylemler yapılması gerektiğinde, çocuğun menfaatlerinin üstün tutulması, korunması gerektiği

¹⁵⁰ Çocuğun Yüksek Yararının Belirlenmesine Dair BMMYK Kılavuzunda “Çocuğun yük-sek yararı” terimi “genel olarak bir çocuğun esenliğini ifade eder” şeklinde tanımlanmaktadır (BMMYK Kılavuz İlkeleri, s. 11).

¹⁵¹ Emine Akyüz, “Çocuk Güvenliği İlkesi Işığında Korunmaya Muhtaç Çocuklar”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, Y. 1980, S. 2, C. 24, s. 710.

¹⁵² Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 67.

¹⁵³ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 1137.

¹⁵⁴ Baygın, s. 272.

¹⁵⁵ Gülçin Elçin Grassinger, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınması Gereken Durumlar”, *Prof.Dr. Rona Serozan’a Armağan*, İstanbul 2010, s. 823- 846; s. 827.

anlaşılmalıdır¹⁵⁶. Başka bir deyişle, küçüğün yararının korunması ve geleceğinin güvence altına alınmasıdır¹⁵⁷. Nitekim çocuğun üstün yararı, kısa vadede çıkarlarının gözetilmesi değil, uzun vadede gelişimini ve çıkarlarına uygun yetiştirilmesini garanti altına almayı amaçlar¹⁵⁸. Bu hususta üstün yarar dikkate alınırken, çocuğun uzun vadede bedeni, fikri, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacı gözetilmelidir¹⁵⁹. Nitekim çocuğun, huzurlu ve düzenli bir aile ortamında, ana ve babanın ilgi ve şefkatiyle yetiştirilmesi menfaatinedir¹⁶⁰. Bu kapsamda ana ve babanın birincil görevi, çocuğu güvenilir, fiziki ve psikolojik bir zarara uğramayacağından emin olduğu bir aile¹⁶¹ ortamında yetiştirmektir¹⁶².

Çocuğun üstün yararı ilkesi; velayet düzenlenirken, velayetin kullanılmasından, çocuğun eğitime, temsiline, velayetin ana veya babadan birine ya da her ikisine tevdi sorunundan, kişisel ilişkinin düzenlenmesine kadar daha bir çok çekişmede öncelikle göz önüne alınması gereken temel bir ilkedir¹⁶³. Bu hususta çocuğun

¹⁵⁶ Nikolina, Shared Children, s. 40.

¹⁵⁷ Yarg. HGK. E. 2011/2-547, K. 2011/695, T. 23.11.2011 (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=193&t=34787>, E.T. 15.11.2018). Usta, s. 137; Bilal Köseoğlu/Köksal Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, Bursa 2011, s. 443.

¹⁵⁸ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, s. 48; Özdemir/Ruhi, *Çocuk Hukuku*, İstanbul 2017, s. 26; Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 66; Mehmet Erdem, *Aile Hukuku*, Ankara 2018, s. 172; Karaca, s. 84; Yıldız Abik, “Türk Medeni Kanundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, *Prof. Dr. Şener Akyola’a Armağan*, İstanbul 2011, s. 1- 75, s. 3.

¹⁵⁹ Yarg. 2. H.D. E. 2015/624866, K. 2017/3581, T. 30.03.2017 (Ruhi/Ruhi, s. 25); ayrıca bkz. Akyüz, *Çocuk Hukuku*, s. 48; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 1081; S. Çelikel, Boşanma, s. 36; Şimşek, s. 11; Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 65, 66; Karaca, s. 84; Usta, s. 138; Yeşim Öztürkmen İcan, Hakimin Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi, (Danışmanı: Prof. Dr. Erkan Perşembe), *Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Kamu Hukuku ABD, Yüksek Lisans Tezi Samsun 2015, s. 72.

¹⁶⁰ Baygın, s. 272; Büchler/Clausen, Art. 298, s. 412.

¹⁶¹ Aile, mutlaka evlilik birliği ile kurulmamaktadır. Aile, evli olsun ya da olmasın ebeveynlerin çocuklarıyla aralarında kurdukları ilişki, başka bir ifadeyle kurdukları bir bağıdır. Bu bağ aynı evin içinde yaşamayı gerektirmez, ancak evlilik birliği ve bir evin içindeki yaşam, ailenin tanımı için bir karinedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Reiser, s. 200.

¹⁶² Anne Reiser, “Autorité Parentale, Garde, Relations Personnelles, Comment Obtenir L’exécution Des Jugements, De Lege Lata? / I.-II.”, *Symposium Zum Familienrecht, Droit de La Famille Et Nouvelle Procédure 6e, Symposium En Droit de La Famille*, 2012, s. 197-219, s. 213; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 20.

¹⁶³ Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 66; Abik, s. 11, 12.

menfaati, ana ve babanın isteklerinden ya da ana-babalık duygularından evvel gelir¹⁶⁴. Geçmişte velayetin ana veya babadan birine verilmesinin çocuğun yararına daha uygun bir çözüm olduğu düşünülürken, günümüzde birlikte velayetin çocuğun daha yararına olduğu görüşü çoğunlukla kabul edilmektedir¹⁶⁵. Yapılan birçok bilimsel deneyde, birlikte velayet uygulandığı takdirde, çocukların fiziksel, ruhsal ve sosyal gelişimlerinin, tek başına velayetin uygulandığı durumlara göre daha olumlu etkilendiği ortaya koyulmaktadır¹⁶⁶.

Şüphesiz her çocuk için gözetilecek yarar birbirinden farklıdır. Zira çocuğun yararının tespitinde kullanılabilecek standart bir kritere sahip olmak zordur. Çocuğun üstün yararı, yaşadığı çevre, sahip olduğu sosyo-ekonomik şartlar vb. durumlara göre göreceli ve değişkendir¹⁶⁷. Velayetin tevdiinde çocuğun üstün yararının tespitine yarayan kriterler, yaşı, ana ve babanın yetiştirme kabiliyeti gibi özellikleri, ana ve babanın ahlakı, çocuğun psikolojik bağlılığı, bakımının devamlılığı, ev ortamı ve çocuğun tercihi şeklinde sıralanabilir¹⁶⁸.

Çocuğun üstün yararı kavramı, tıpkı hakkaniyet ya da haklı neden kavramları gibi, hakimin takdirine göre, açık ve somut olayın özelliklerine uyarlanabilir esnek bir kavramdır¹⁶⁹. Bu nedenle, birlikte velayete karar verilmesinin, her zaman çocuğun yararına uygun olduğu düşünülmemelidir. Bunun için her somut olayda ayrı ve titiz

¹⁶⁴ Feyzioğlu, s. 430; Gülgösteren, s. 159; Abik, s. 18, 19.

¹⁶⁵ Koçhisarlıoğlu, s. 39. Çocuğun üstün yararı bakımından birlikte velayet hakkında ayrın-tılı bilgi için bkz. “§ II, C, 5, c) Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin ve Birlikte Velayete Hakim Olan İlkelerin Gözetilmesi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁶⁶ Rec. 2079 (2015), § 23.

¹⁶⁷ Grassinger, Çocuğun Menfaati, s. 825; Arzu Genç Arıdemir, *Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu, Çocuk Hakları Çalışmaları I* (Editörler: Evgen Gülçin Elçin/ Arzu Genç Arıdemir), Mayıs 2017, s. 146; Usta, s. 95; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 49; Yüksel, s. 124; İcan, s. 72; Yücel, s. 86 vd..

¹⁶⁸ Ariel Ayanna, “From Children's Interests to Parental Responsibility: Degendering Parenthood Through Custodial Obligation”, *19 UCLA Women's L.J.* 1, 60 (2012), s. 12; Akkışla'nın çalışmasında, velayetin tevdiinde çocuk açısından göz önünde tutulacak hususlar şu başlıklar altında toplanmaktadır: Çocuğun özellikleri, yaşı, cinsiyeti, yüksek menfaati, kardeşlerin ayrılmaması, çocuğun çevresi, eğitim durumu ve sağlık durumu; Akkışla, s. 73 vd.

¹⁶⁹ Kruk, Responsibility, s. 122; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 65; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 48; Yüksel, s. 124, 125; Ebels-Duggan, s. 260, 261. Benzer yorum için bkz. Bingöl, s. 283; Özmen, s. 33; Usta, s. 137; İcan, s. 71; Abik, s. 3; Erlüle, s. 214.

bir inceleme yapılması ve birlikte velayetin çocuğun yararına uygun olup olmadığının araştırılması şarttır. Aslolan çocuğun zihinsel, fiziksel ve psikolojik gelişiminin olumsuz olarak en az etkileneceği bir kararın verilmesidir. Örneğin, çocuğun ciddi bir hastalık geçirdiği ve maddi-manevi bakıma muhtaç olduğu bir dönemde birlikte velayete karar verilmesi çocuğun yararınadır¹⁷⁰. Ancak, çocuğun ana ve babası arasında bir çekişme aracı olarak kullanıldığı, ebeveynlerin savaşılarını çocuk üzerinden sürdürdüğü ve bu durumun çocuğun geleceğini ciddi bir şekilde tehdit ettiği durumlarda, birlikte velayet talebi reddedilebilir. Dolayısıyla hakim, yapılan araştırma neticesinde ancak çocuğun üstün yararı varsa birlikte velayete karar vermelidir.

b) Çocuğun Görüşünün Alınması İlkesi

Kural olarak ana ve baba, çocuğun görüşlerini ifade etmesine müsaade etmeli, çocuğun görüşlerine önem vermelidir. Çocuğun görüşünün alınması, onu, velayet hakkı ile amaçlanan, kendi kararlarını verme ve yararlarını koruyabilme olgunluğuna daha çabuk eriştirir¹⁷¹. Ayrıca çocuğun üstün yararının korunması bakımından çocuğun görüşünün alınması ana kuraldır¹⁷². Bu ilkenin kabulü, çocuğun obje olarak görülmekten, bir hak süjesine dönüşmesinde önemli bir katkıya sahiptir¹⁷³.

Çocuğun görüşünün alınması ilkesi, tıpkı çocuğun üstün yararı ilkesi gibi, uluslararası belgelerde kabul edilen temel bir ilkedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesi, *“Taraflar Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.”* şeklinde düzenlenmiştir. Çocuk Haklarının

¹⁷⁰ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 54.

¹⁷¹ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 55; S. Çelikel, Boşanma, s. 45.

¹⁷² Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 180; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 68; Bingöl, s. 289; Karaca, s. 95; Dönmez/Barın, s. 181; Grassinger, Çocuğun Menfaati, s. 838.

¹⁷³ Erlüle, s. 50.

Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesinde ise, “Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir: a) İlgili tüm bilgileri almak; b) Kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek; c) Görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek.” hükmü ile çocuğa, davalarda bilgilendirilme ve dava sırasında görüşünü ifade etme hakkı tanınmaktadır. Ayrıca, aynı Sözleşme'nin 6. maddesinde, “b) Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda,.....çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır, çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir. c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir.” hükümleri yer alır.

Hukukumuz bakımından çocuğun görüşünün alınması ilkesinin düzenlendiği tek hüküm TMK'nın 339/3. maddesidir. Anılan hükümde, ana ve babanın olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınmaları ve önemli konularda olabildiğince çocuğun düşüncesini göz önünde tutmaları gerektiği vurgulanmaktadır. Bu bağlamda, velayetin kullanılmasında çocuğun katılımının sağlanması; hayatını düzenleme bakımından okul seçimi, mesleki ve dini eğitimi gibi önemli konularda, olgunluğu ölçüsünde çocuğun görüşüne başvurulması ve görüşlerinin dikkate alınması gerekmektedir¹⁷⁴. Ayrıca çocuğun şahısvarlığını yakından ilgilendiren konularda, örneğin hayati değer taşıyan cerrahi müdahaleden önce de çocuğun görüşüne başvurulmalıdır. Ancak bu defa çocuğun görüşlerinin alınması tek başına yeterli olmayıp, rızasının da alınması gerekir. Nişanlanma, evlenme, evlat edinilme gibi kişiye sıkı biçimde bağlı hakların kullanılabilmesi bakımından da çocuğun rızası gerekir¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Baygın, s. 273; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 354; S. Çelikel, Boşanma, s. 86, 87, ayrıca bkz.; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 46, 47; Köse, s. 143; Delabays, s. 180; Solmaz, s. 47; Şimşek, s. 14; Özmen, s. 36; Usta, s. 158; Abik, s. 33.

¹⁷⁵ Baygın, s. 274; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 181, 182; Bingöl, s. 290.

Çocuk, kendisini ilgilendiren konularda sağlıklı bir görüş oluşturabilmesi için önceden bilgilendirilmeli ve ona görüşünü açıkladıktan sonraki olası sonuçlar anlatılmalıdır¹⁷⁶. Nitekim çocuğun görüşü, bedeni ve fikri gelişimini zedelemeyecekse dikkate alınmalıdır¹⁷⁷. Çocuğa görüşünün sorulması ona bir sorumluluk atfetmez; sadece çocuğu hak sahibi yapar ve onu yetkilendirir. Bu nedenle çocuğun görüşünü ileri sürmesi ve katılım hakkını kullanması zorunlu değildir¹⁷⁸.

Çocuğun görüşünün alınması ilkesi, kendisi ile ilgili bir davada dinlenilmesi; görüşünü açıklamasına müsaade edilmesi hakkını da içerir. Böylece çocuğun üstün yararı da gözetilmektedir¹⁷⁹. Yargıtay bir kararında, idrak çağında bir çocuğun görüşünün aksine bir karar verilmesini bozma nedeni olarak kabul etmiştir¹⁸⁰. Özellikle velayet konusunda, yeteri kadar olgunluğa erişmiş, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip, başka bir ifadeyle idrak çağındaki bir çocuğun görüşleri önemli bir yere sahiptir¹⁸¹. Şüphesiz, çocuğun hangi ebeveynin yanında kalmak istediği gibi tüm geleceğini etkileyebilecek olan bir kararda düşüncesine başvurulması, onun yararına daha uygundur. Dolayısıyla mahkeme, çocuğun geleceği hakkında karar vermesine müsaade etmeli, onun isteklerine öncelik vermelidir¹⁸². Bu nedenle, birlikte velayet kararları verilirken de çocuğun katılımının sağlanması; ana ve babanın isteklerinden ziyade, çocuğun görüşüne ve menfaatlerine önem verilmesi gerekir.

¹⁷⁶ Baygın, s. 274; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 70; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 56; Köse, s. 148; Karaca, s. 90; Usta, s. 157; İcan, s. 75; Arıdemir, s. 147.

¹⁷⁷ Yarg. 2. H.D. T. 14.12.2016, E. 2016/21929, K. 2016/15985, (<http://www.e-hukukrehberi.com/> E.T. 15.11.2018); ayrıca bkz. Şimşek, s. 72.

¹⁷⁸ Usta, s. 97, 98; Yüksel, s. 132.

¹⁷⁹ İcan, s. 80.

¹⁸⁰ “Mahkemece adı geçen küçüğün dinlenerek talep hakkındaki görüşünün alınması ve tüm delillerin birlikte değerlendirilip gerçekleşecek sonuç uyarınca karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir” (Yarg. 2. H.D. T. 21.01.2014, E. 2013/15483, K. 2014/1063, Ömer Uğur Gençcan, Velayet Hukuku, Ankara 2015, s. 105).

¹⁸¹ Feyzioğlu, s. 431; Gençcan, Velayet Hukuku, s. 105; Usta, s. 159, 160; S. Çelikel, Boşanma, s. 88; Bingöl, s. 289. Çocuğun gelişimi ve iradesini açıklama olgunluğu aynı düzeyde olmayabilir. Bu nedenle hakim karar verirken tek başına beyanı değil, çocuğun tutum ve davranışları gibi tüm şartları gözetmelidir (Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 49).

¹⁸² Yarg. 2. H.D. T. 25.09.2014, E. 2014/6735, K. 2014/18568; Yarg. 2. H.D. T. 20.01. 2014, E. 2013/19391, K. 2014/949, (Kararlar için bkz. Gençcan, Velayet Hukuku, s. 109); Delabays, s. 180.

c) Çocuğun Güvenliği İlkesi

Çocuğun güvenliği ilkesi, velayet düzenlenirken göz önüne alınması gereken önemli bir ilkedir. Velayette çocukların kişiliklerinin ve malvarlığının korunması ile temsili konularına yönelik hakların kullanılması güvenlik ilkesine göre gerçekleşir¹⁸³. Dolayısıyla çocuğun güvenliğini sağlamak öncelikle ana ve babanın görevidir. Bu görev çocuğun bedeni, fikri, sosyal ve ahlaki güvenliğinin sağlanması ile olur¹⁸⁴. Bu nedenle velayet düzenlenirken hakim, çocuğun güvenliğini göz önünde bulundurmalı; buna göre tek başına velayete ya da birlikte velayete karar vermelidir. Hatta verilen karardan sonra durum değişir ve çocuğun güvenliğinin tehlikeye girdiği anlaşılırsa hakim, velayet kararının değiştirilmesine ya da TMK'nın 347. maddesine göre, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişimi tehlikede bulunur veya çocuk manen terkedilmiş halde kalırsa, çocuğun ana ve babadan alınarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine karar verebilir. Bu defa çocuğun güvenliğini sağlama ve onu koruma görevi, devletin yetkili kurum ve kuruluşları tarafından yerine getirilir¹⁸⁵. Aynı şekilde çocuğun ana ve babasının ölmesi veya kim ya da nerede olduğunun bilinmemesi hallerinde de Devlet, çocuğun güvenliğini sağlamakla yükümlüdür.

Çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki yönden güvenliği, onun onur ve haysiyeti ile sağlıklı ve normal bir şekilde gelişmesini ve yetiştirilmesini temin edecek imkan ve kolaylıkların sağlanması anlamına gelir¹⁸⁶. Örneğin ana ve babanın evsiz kalması, çocuğa karşı görevlerini gereği gibi yerine getirmemesi, ana ve babanın ahlaksız bir yaşam sürmesi çocuğun güvenliğini tehlikeye düşürebilir. Ancak, bu halde dahi, çocuğun güvenliğinden başta ana ve baba sorumludur. Buna rağmen, çocuğun bedeni

¹⁸³ Gençcan, Velayet Hukuku, s. 101; Şimşek, s. 70.

¹⁸⁴ “Müşterek çocuklar 1991 ve 1996 doğumludur. Velayet hakkının düzenlenmesinde aslolan küçüklerin sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarıdır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. madde hükümleri nazara alınarak davacı annenin mesleği ve davranışları da değerlendirildiğinde küçükler Hakan ve İpek'in velayetlerinin davalı babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yarg. 2. H.D. T. 16.06.2005, E. 2005/8216, K. 2005/9351, (Gençcan, Velayet Hukuku, s. 104) ayrıca bkz. Solak, s. 11.

¹⁸⁵ Akyüz, Çocuk Güvenliği İlkesi, s. 710.

¹⁸⁶ Gençcan, Velayet Hukuku, s. 101.

ve fikri gelişimi tehdit altındaysa ve çocuğu korumak için başkaca bir çare bulunmamışsa hakim, çocuğun ana ve babanın yanından alınarak bir kuruma yerleştirilmesine karar verebilir¹⁸⁷. Manen terkedilmiş çocuklar hakkında da bu tedbire başvurulabilir. Zira manen terkedilmiş çocuk, fiziksel ve psikolojik olarak ana ve baba ilgisinden, merhametinden ve onların korumasından mahrum kalmaktadır¹⁸⁸. Örneğin, küçük yaşta bir çocuğun gecenin geç saatlerinde tek başına dışarıda dolaşması, temizlik ve beslenme gibi temel ihtiyaçlarının karşılanmaması onun manen terkedilmiş olduğunu gösterir¹⁸⁹. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 20. maddesine göre, geçici ya da sürekli olarak aile çevresinden yoksun bırakılan her çocuğun, güvenliği gereği, Devletin özel yardım ve korumasından yararlanmayı isteme hakkı vardır.

Ancak, velayetin kaldırılması kararına derhal başvurulması, ana ve/veya baba için ağır sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle velayetin kaldırılması kararı verilmeden önce velayetin değiştirilip, örneğin birlikte velayete karar verildiyse tek başına velayete dönüştürülmesi ya da çocuğun velayeti kendisine bırakılmayan tarafa verilmesiyle yetinilip yetinilemeyeceği konusunda gerekli tüm araştırmaların yapılması, başka çözüm kalmadığı takdirde koruma tedbirleri veya velayetin kaldırılması yoluna başvurulması gerekir¹⁹⁰.

4. Birlikte Velayetin Hukuki Niteliği

Önceden çocuk, üzerinde egemenlik kurulan bir eşya gibi görülmekteydi. Buna bağlı olarak, velayet hakkına sahip olan kişinin, eşya üzerindeki tasarruf yetkisine benzer bir yetkiye sahip olduğu kabul edilmekteydi¹⁹¹. Zamanla çocuklar da yetişkinler gibi bir hak süjesi olarak görülmeye başlandı ve bu gelişim velayetin

¹⁸⁷ Feyzioğlu, s. 582; Akyüz, Çocuk Güvenliği İlkesi, s. 710; Usta, s. 450.

¹⁸⁸ Usta, s. 451.

¹⁸⁹ Baygın, s. 335; Usta, s. 452; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 282.

¹⁹⁰ “Velayetin kaldırılması kararı ana ve/veya baba için ağır sonuçlar doğuran bir karardır. Bu nedenle velayetin kaldırılması kararı verilmeden önce velayetin değiştirilip, diğer tarafa verilmesiyle yetinilip yetinilemeyeceği konusunda gerekli tüm araştırmaların yapılması, başka çözüm kalmadığı takdirde velayetin kaldırılması gerekir.” Yarg. 2. H.D. T. 22.01.2014, E. 2013/15601, K. 2014/1162, (Gençcan, Velayet Hukuku, s. 104).

¹⁹¹ Erlüle, s. 91; Serdar, s. 157.

hukuki niteliğinin sorgulanmasına neden oldu¹⁹². Nitekim ana ve babanın çocukları üzerindeki hak ve yetkilerinin, eşya üzerinde egemenlik sağlayan (mülkiyet hakkı gibi) hak ve yetkilere benzetilmesi doğru değildi. Zira çocuk eşya gibi cansız bir nesne değildi¹⁹³.

Velayetin hukuki niteliği hakkında geçmişte baskın görüş, onun sadece bir hak olduğu yönündeydi. Bu görüşe göre velayet, çocuğun üzerinde egemenlik kurmaya yarayan, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır¹⁹⁴. Ancak, çocuk da olsa, bir insanın başka bir insan üzerinde egemenlik kurması görüşü eleştirilmekteydi¹⁹⁵. Nitekim çocuğun bir obje gibi korunmaya çalışılması, onu insan haklarına sahip ayrı bir birey olmaktan uzaklaştırmakta ve yetişkinlerle arasındaki eşitliği bozmaktaydı¹⁹⁶. Bu takdirde bahsedilmesi gereken konu, çocuğun üzerinde kurulan velayet hakkı değil, çocuk haklarıydı. Şüphesiz haklar, kişinin kendi yararına kullanılan ve hukuken korunan menfaatlerdir¹⁹⁷. Ana ve babanın çocuk üzerinde kullandığı haklar, onun bakımı ve yetiştirilmesinden başka bir şey değildir. Bu nedenle, velayetin yalnızca bir hak olduğu görüşünü savunanlar dahi günümüzde, velayetin çocuğun yararına kullanılması gereken bir hak olduğunu ve kötüye kullanılması halinde bu hakkın ana ve babadan alınması gerektiğini kabul etmektedir¹⁹⁸.

¹⁹² Gülgösteren, s. 158; Erlüle, s. 48; 49, 91; Kurt, s. 159.

¹⁹³ Her ne kadar hukukumuzda yer alan, çocuğun haksız yere tutulduğu takdirde iadesi ve üçüncü kişiden bir haksız fiil tazminatı talebi gibi düzenlemeler, velayeti eşya üzerindeki bazı haklara benzetse de; iç ilişkide var olan bakım, koruma ve gözetme yükümleri velayetin onlardan farklı ve kendine özgü bir yönünün olduğunu gösterir (Serozan, Çocuk Hukuku, s. 251). Ayrıca bkz. Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 184; Bingöl, s. 280; İnce, s. 190; Solmaz, s. 21; Özmen, s. 51.

¹⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Feyzioğlu, s. 574; Öztan, Aile Hukuku, s. 1080; Karabacak, s. 18; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 352; Solmaz, s. 22; Şimşek, s. 65; Karaca, s. 25; Usta, s. 28. Günümüzde bu hakkın, mutlak hak olmadığı yönünde bir eğilim mevcuttur. Onun mutlak bir hak olarak kabul edilmesi, çocuk ile eşit, sağlıklı ve mutlu bir ilişkiyi doğurmadığı, neticesinde ise çocukların ruh sağlığının olumsuz bir şekilde etkilendiği ileri sürülür. Zira ana ve babanın çocuğa bakmaktan öteye geçen, onun üzerinde hayatını kontrol edebilecek kadar bir egemenlik hakkına sahip olamayacağı belirtilmektedir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Abik, s. 15.

¹⁹⁵ Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği, s. 36.

¹⁹⁶ Erlüle, s. 92.

¹⁹⁷ Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği, s. 35, 36 ve 37.

¹⁹⁸ Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği, s. 36; Erlüle, s. 92.

Ana ve babanın çocukları üzerinde hakları olduğu kadar birtakım yükümlülükleri de vardır¹⁹⁹. Ana ve babanın, çocuğun şahısvarlığını ve malvarlığını korumak, onu hukuki işlemlerde üçüncü kişilere karşı temsil etmek gibi sorumlulukları olduğu söylenebilir. Ancak bu sorumluluklar gereği, velayetin yalnızca bir görev olarak kabul edilmesi de doğru değildir. Zira bu görüşün kabulü halinde, ana ve baba ile çocuk arasındaki duygusal ilişkiden söz edilemeyecektir²⁰⁰. Ayrıca ana ve babanın, çocuğun adını belirleme, hangi dine mensup olacağına karar verme, malvarlığını yönetme ya da çocuğuyla görüşme ve onu ziyaret etme gibi haklarından vazgeçebilmesi mümkün değildir²⁰¹.

Yapılan açıklamalardan hareketle, velayetin hem hak hem de bir görev/yükümlülük olduğu söylenebilir. Nitekim ana ve babaya verilen hakların birçoğunun kullanılması, aynı zamanda sorumlulukların da yerine getirilmesi bakımından gereklidir²⁰². O halde haklar ve yükümlülükler birbiri içine geçmiş ve ayrılamaz bir bütünü oluşturmaktadır. Bu hak ve yükümlülükler ana ve baba tarafından velayet devam ettiği sürece, çocuğun yararı ve kişiliği gözetilerek birlikte kullanılır²⁰³. O halde velayet, çocuğun doğumundan, erginliğine kadar²⁰⁴ ya da velayetin kaldırılması ile son bulmasına kadar devam eden bir yüküm-haktır²⁰⁵. Hatta nafaka

¹⁹⁹ Yıldırım, s. 151; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 180; Birinci Uzun, s. 137; Özmen, s. 12; Shambicco, s. 1, Luise Hauschild, “Reforming the Law on Parental Responsibility, The *Internationall Survival Family Law* (2014), s. 148.

²⁰⁰ Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği, s. 39.

²⁰¹ Ayrıca bkz. Erlüle, s. 91, 92; Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği, s. 39.

²⁰² Baygın, s. 260.

²⁰³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 353; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 180; Ömer Uğur Gençcan, “Ortak Velayet”, *İzmir Barosu Dergisi 8 Mart 2017 Özel Sayısı*, (<http://www.izmirbarosu.org.tr/pdfsosya/8-mart-2017-ozelbulten20173813332417.pdf>), E.T. 29.07.2018), s. 24; Dönmez/Barın, s. 179.

²⁰⁴ Ergin olma ile velayetin sona ermesi haline, mahkeme kararıyla ergin olma ve evlenme yoluyla kazanılan erginlik de dahildir. Ayrıca bkz. Öztan, Aile Hukuku, s. 1096; Gülgösteren, s. 159; Dönmez/Barın, s. 181; Karabacak, s. 24; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 233; Arıdemir, s. 147; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 26.

²⁰⁵ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 182; Feyzioğlu, s. 572; Öztan, Aile Hukuku, s. 1095; Bingöl, s. 280; Yücel, s. 69.

yükümlülüğü gibi bazı yükümlülükler velayet kaldırıldığında dahi devam etmektedir²⁰⁶.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere velayet, ana ve babanın sadece çocuğun doğumundan itibaren kazandığı bir hak değil, aynı zamanda çocuğun yararı ve güvenliğinin sağlanması için onlara verilmiş bir yükümlülüktür²⁰⁷. Bu yönüyle velayet çift taraflıdır²⁰⁸. Zira bir taraftan ana ve babaya haklar verilirken, diğer taraftan onlardan bazı sorumlulukları yerine getirmesi beklenmektedir²⁰⁹.

Türk Medeni Kanunu'nda velayetin hukuki niteliği hakkında bir hüküm yer almamaktadır. Ayrıca ana ve babanın çocukları üzerinde sahip olduğu haklar ve yükümlülükler bakımından bir ayırım da gözetilmemektedir. Ana ve babanın sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin tamamı, TMK'nın "*Velayetin Kapsamı*" başlıklı 339 vd. maddelerinde, herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın düzenlenmektedir. Bu bakımdan hukukumuzda hak ve yükümlülüklerin iç içe geçtiği ve kanun koyucunun velayeti bir yüküm-hak olarak düzenlediği söylenebilir²¹⁰. Ayrıca, velayetin doktrinde yapılan ortak tanımından da hareketle onun bir yüküm hak olarak kabul edildiği görülmektedir²¹¹. Nitekim velayet, doktrinde, "*ana ve/veya babanın küçük ya da istisnai hallerde kısıtlı ergin çocuklar üzerindeki, onların bakımı, eğitimi, şahıs ve malvarlığı değerlerinin korunması ve temsilini kapsayan hak, yetki ve ödevlerinin tamamı*" şeklinde tanımlanmaktadır²¹².

²⁰⁶ Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği, s. 39.

²⁰⁷ Usta, s. 24.

²⁰⁸ Akıntürk/Ateş, s. 407; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 180; Dönmez/Barın, s. 179; Karabacak, s. 20; Akkışla, s. 24; Ruhi/ Ruhi, Velayet Hukuku, s. 23. Diğer taraftan velayet, çocuk ile ana-baba arasında da karşılıklıdır. Ana ve babanın çocuklarına karşı olduğu kadar çocuğun da ana ve babasına karşı hak ve yükümlülükleri vardır. Bu yönüyle doktrinde velayet, nisbi bir hak olarak da nitelendirilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baygın, s. 260; Abik, s. 17.

²⁰⁹ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 180; Akıntürk/Ateş, s. 407; Suat Sarı, "Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması, LHD, C.5, S. 49, Y.2007, s. 86.

²¹⁰ Erlüle, s. 93.

²¹¹ Erlüle, s. 93, 94; Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği, s. 42.

²¹² Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s. 296; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 351; Akıntürk/Ateş, s. 406; Öztan, s. 1074; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 179; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 219; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 250; Baygın, s. 259; Usta, s. 23, 24; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 21;

Velayet, ana ve babanın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı, başkasına devredilemeyen, feragat edilemeyen, mirasçılara geçemeyen, anlaşma ile ortadan kaldırılamayan ya da sınırlandırılmayan bir yüküm haktır²¹³. Ana ve baba kendilerinden bu hakkın alınmasını talep edemeyeceği gibi, bu hakkın kötüye kullanılması da mümkün değildir²¹⁴.

B. Birlikte Velayetin Karşılaştırmalı Hukuktaki ve Uluslararası Metinlerdeki Gelişimi

1. Karşılaştırmalı Hukukta Birlikte Velayet

a) Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Birlikte Velayet

(1) Alman Hukuk Çevresinde Birlikte Velayet

(a) Alman Hukukuna Göre Birlikte Velayet

Almanya'da velayet kurumu 1900 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'ndan (BGB) bu yana birçok kez değişikliğe uğramıştır. Kanunun ilk halinde, velayette önceden olduğu gibi babanın hakimiyeti devam etmiştir (§ 1634). Anaya çocuklar üzerinde söz hakkı tanınmamıştır²¹⁵. Ana ve baba arasında denge sağlanabilmesi için 1958 yılında Almanya'da "*Eşit Haklar Yasası*" yürürlüğe girmiştir²¹⁶; ancak söz konusu yasada yer alan düzenlemelerle de ana ve baba arasında gerçek manada bir eşitlik kurulamamıştır. Bu yasada da babanın hakları anaya nazaran ön planda tutulmuştur. Örneğin, çocuğu yasal sorunlarda temsil hakkı tek başına babaya aittir. Nitekim bu düzenleme, 1959 yılında Federal Anayasa Mahkemesi

Yıldırım, s. 151; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 631; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 233.

²¹³ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.182; Feyzioğlu, s. 574; Öztan, Aile Hukuku, s. 1078; Akıntürk/Ateş, s. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 352; Sarı, s. 86, 87; S. Çelikel, Boşanma, s. 38; Gülgösteren, s. 161; Birinci Uzun, s. 150; İnce, s. 190. Yarg. 2. H.D. T. 14. 06. 2016, E. 2016/ 12457, K. 2016/11712, (<http://www.e-hukukrehberi.com/> E.T.15.11.2018); E. Apaydın, Ortak Velayet, s. 446; Dönmez/Barın, s. 182; Karabacak, s. 19; Şimşek, s. 66; Taşkın, s. 35; Karaca, s. 25; Akkışla, s. 32; ; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 234; Özmen, s. 12; Usta, s. 27; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 27; Abik, s. 17.

²¹⁴ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 180; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 222.

²¹⁵ Dethloff, s. 671; Parr, s. 21 vd.

²¹⁶ Parr, s. 87.

tarafından iptal edilmiştir. Ardından, 1969 yılında velayet yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile ilk kez, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun velayetinin tek başına ana tarafından kullanılması imkanı tanınmıştır²¹⁷. Bundan sonra resmi vesayet (Amtsvormundschaft)²¹⁸ altındaki çocuğun velayeti, tek başına anaya verilmiştir (Eski BGB § 1707).

Almanya’da velayetin birlikte kullanılmasına ilişkin önemli değişikliklerden ilki 1979 yılında gerçekleştirilmiştir. 18.07.1979 tarihli Ebeveyn Bakımının Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Kanun’un yürürlüğe girmesiyle “*Otorite*” anlamına gelen “*elterliche Gewalt*” terimi, ana ve babanın birlikte ve ortak sorumluluğunu ifade eden (ancak ebeveyn bakımı anlamına gelen) “*elterliche Sorge*” kavramı ile değiştirilmiştir²¹⁹. Esasen, Almanya’da ebeveyn sorumluluğu anlamına gelen “*elternverantwortung*” kavramının kullanılması da önerilmiştir, ancak kanun koyucu BGB’de “*elterliche Sorge*” kavramını kullanmayı tercih etmiştir²²⁰.

1982 yılında ise, Federal Anayasa Mahkemesi Alman Anayasası’nın 6. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle, velayetin ebeveynlerden yalnızca birine bırakılmasını benimseyen BGB’nin § 1671/4. hükmünün iptaline karar vermiştir²²¹. Bu karar neticesinde, 16.12.1997 tarihinde “*Çocuk Hukuk Reformu Kanunu*” kabul edilmiştir. Reform Kanunu ile ilk kez evlilik birliğinin sona erdiği hallerde velayetin birlikte kullanılması mümkün hale gelmiştir²²². Böylece kadın ve erkeğin velayetin kullanılması bakımından eşit haklara sahip olduğu kabul edilmiştir.

²¹⁷ Karin Jurczyk/Sabine Walper, *Gemeinsames Sorgerecht Nicht Miteinander Verheirateter Eltern*, Vorgezogener Endbericht für das Projekt, München, 30.11.2010, s. 59, 60.

²¹⁸ Alman hukukunda resmi vesayet, BGB’nin 1791. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca Çocuklara ve Gençlere Yardım Kanunu’nda da (Kinder und Jugendhilfe Gesetz) resmi vesayete yer verilmiştir. Uygun ve istekli normal bir vasinin bulunmadığı hallerde, çocuğun yararının tehlikeye düşmesini önlemek amacıyla, mesleki olarak uzman ve eğitim görmüş vasiler atanabilir. Resmi vesayetin normal vesayete göre yararı, özellikle evlilik dışı çocuklarda kendini gösterir. Çünkü evlilik dışı bir çocuğun kişiliğine özen gösterecek vasi, özel yeteneklere sahip olmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 290 vd.

²¹⁹ Parr, s. 120; Erlüle, s. 82.

²²⁰ Erlüle, s. 82.

²²¹ İnce, s. 202; Erlüle, s. 164.

²²² Erlüle, s. 163, 164.

Evlilik dışı ilişkiler bakımından ise geçmişte velayet, tek başına anaya aitti. Velayetin birlikte kullanılması ancak, ana ve babanın anlaşması ve buna ilişkin resmi şekilde yapılması gereken beyanlarının bulunması ya da ana ve babanın birbirleriyle evlenmesi halinde mümkündü (§1626a/1). Dolayısıyla evlilik dışı ilişkilerde ananın rızası olmadan babanın velayeti kullanma imkanı yoktu²²³. Bu düzenleme, 03.12.2009 tarihli AİHM'nin Zaunegger v. Almanya kararı ile insan haklarına aykırı bulundu²²⁴. Kararda evlilik dışı ilişkilerde ananın rızası olmaksızın babanın birlikte velayeti talep edememesine ait düzenleme, özellikle AİHS'nin aile yaşamına saygı gösterilmesine ilişkin 8. maddesi²²⁵ ve ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesine²²⁶ aykırı kabul edildi²²⁷. Ayrıca aynı dönemde doktrinde de BGB § 1626a/2 hükmünün, evli olmayan babalara, cinsiyet temelinde ve boşanmış babalarla karşılaştırıldığında, haksız bir ayrımcılığa yol açtığı ileri sürülmekteydi²²⁸.

²²³ Hauschild, s. 148.

²²⁴ Hauschild, s. 148; Hanke, s. 358; Hurst-Jacob, s. 2; Erlüle, s. 167, 168.

²²⁵ AİHS m.8; “Özel ve aile hayatına saygı hakkı: 1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”.

²²⁶ AİHS m.14; “Ayrımcılık Yasağı: Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır”.

²²⁷ AİHM, Zaunegger v. Almanya, No: 22028/04, T. 03.12.2009, § 43, 63. “Evlilik dışı ilişkiden doğan bir kızı bulunan başvuran, Alman hukukunun, boşanan babalar ve annelerden farklı olarak kendisine, annenin rızası olmadan müşterek velayet verilme olanağını sağlamamasından şikâyet etmiştir. Mahkeme, velayetin sadece anneye verilmesine yönelik ilk isnadın adli açıdan incelenmesinin genel olarak uygulanmaması ile güdülen amaç -yani evlilik dışı ilişkiden doğan bir çocuğun menfaatlerinin korunması- arasında makul bir orantı bulunmadığını tespit ederek, Sözleşme’nin 8. maddesiyle birlikte (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) 14. maddesinin (ayrımcılık yasağı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, örneğin ebeveynler arasındaki iletişim eksikliğinin çocuğun refahına zarar verme riski bulunması durumunda olduğu gibi, evlilik dışı doğan bir çocuğun babasına velayet hakkı tanınmamasına yönelik geçerli gerekçeler olabileceğini belirtmiştir. Ancak başvuran, çocuğun bakımını düzenli bir şekilde sağlamaya devam ettiği için, bu unsurlar mevcut davada geçerli olmamıştır”(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Tematik Bilgi Notu, Velayet Hakları, (<http://www.inhak.adalet.gov.tr>, E.T. 05.11.2019).). Ayrıca bkz. Reiser, s. 207; Martin, s. 2.

²²⁸ Hanke, s. 358.

Bunun üzerine 19.05.2013 tarihinde BGB § 1626a maddesinde revizyona gidildi²²⁹. Hükümde, ana ve babanın “*resmi beyanda bulunmaları*” ya da “*birbirleriyle evlenmeleri*” koşullarından başka “*ebeveynlerden birinin talebi üzerine aile mahkemesinin verdiği kararlar*” da evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayetin uygulanabileceği kuralı benimsendi²³⁰. Böylece evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayetin tanınması sadece iki halden birinin gerçekleşmesi ile mümkünken, revizyondan itibaren bu hallerin yanına bir imkan daha (birlikte velayete ilişkin mahkeme kararının varlığı hali) eklenmiş oldu.

Yukarıda açıklanan reformlar neticesinde, günümüzde Alman hukukunda boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılması, kural olarak benimsenmektedir. Velayetin eşlerden birine bırakılması ise istisnai durumlar için kabul edilir²³¹. Eşler boşandıktan sonra mahkeme kararı gerekmez, velayeti birlikte kullanmaya kendiliğinden devam eder²³². Bununla beraber, ebeveynlerin başvurusu üzerine mahkeme tarafından birlikte velayete karar verilmesi de mümkündür²³³. Ancak Kanun’un velayete ilişkin hükümlerinde, evli olan ve evli olmayan ebeveynler arasındaki ayrımcılık halen devam etmektedir. Kural olarak evli ana ve baba, ergin olmayan çocuklarına bakmakla yükümlüdürler (§ 1626/1-1.)²³⁴. Bu sorumluluk, çocuğun doğumundan itibaren başlar. Ana ve babanın sonradan evlenmesi halinde ise, evlendikleri gün itibarıyla birlikte velayet hakkına sahip olurlar (BGB §1626 a/1- 2).

²²⁹ Hauschild, s 148; Hurst-Jacob, s. 2.

²³⁰ Hauschild, s. 148; Erlüle, s. 168.

²³¹ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 231; Hanke, s. 356.

²³² Birinci Uzun, s. 155.

²³³ Hauschild, s. 149.

²³⁴ BGB’nin 1626. maddesine göre, velayet iki şekilde kullanılır: Fiziki velayet ve hukuki velayet. Fiziki velayet; çocuğun adının belirlenmesi, doğum kaydının tutulması, çocuğun bakımı ve eğitimi, dini eğitimi, kişisel ilişki kurulması (tek başına velayete karar verilmişse), çocuğun ikamet, çocuğun bakımı gibi hakları içerir. Hukuki velayet ise çocuğun sadece yasal temsilidir. Bu temsil, ebeveynler tarafından birlikte gerçekleştirilebileceği gibi (birlikte hukuki velayet), tek başına bir ebeveyn tarafından da (tek başına hukuki velayet) kullanılabilir. Alman hukukunda kullanıldığı şekliyle “*hukuki velayet*” (rechtliche Sorge) terimi, Amerika Birleşik Devletleri yasalarındaki “*hukuki velayet*” (legal custody) terminolojisinden ayrılmaktadır. Amerikan hukukunun aksine, hukuki velayet, çocuğun bakımıyla ilgili karar verme hakkını ve sorumluluğunu içermez. Bkz. Hanke, s. 355.

Evli olmayan ebeveynler ise, BGB § 1626a/1 uyarınca velayeti birlikte kullanabilmek için²³⁵,

1. Ebeveynlerin birlikte velayet konusunda beyanda bulunmaları,
2. Birbirleriyle evlenmeleri ya da
3. Aile mahkemesi tarafından birlikte velayete karar verilmesi gerekir.

Görüldüğü üzere, evli olmayan ebeveynler bakımından birlikte velayet birtakım koşulların yerine getirilmesi halinde söz konusu olur.

Öte yandan, BGB'nin yeni § 1626a düzenlemesiyle, çocuğun babasına, ananın olumsuz iradesine rağmen, velayeti talep etme imkanı tanınmaktadır²³⁶. Bunun için velayetin birlikte kullanılması talebine karşı çıkan ebeveynin haklı bir sebep sunmamış veya sunduğu sebepler açıkça haklı bulunmamış, çocuğun uzun vadede menfaatlerinin de etkilenmeyeceğinin anlaşılmış olması gerekir²³⁷. Zira BGB § 1626/2 uyarınca kararın temel esası çocuğun üstün yararıdır²³⁸.

Birlikte velayete rağmen, ebeveynler uzun zamandır ayrı yaşamaktaysa, ebeveynlerden biri, velayetin tek başına kullanılmasını talep edebilir²³⁹. Ancak, velayetin ebeveynlerden birine tevdi için talepte bulunulması tek başına yeterli olmayıp; aynı zamanda diğer ebeveynin onayı ve çocuk 14 yaşını doldurmuşsa onun da bu talebe itiraz etmemiş olması gerekir (BGB § 1671/1-1). Rızaların yokluğuna rağmen hakim, çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa, tek başına velayete karar verebilir (BGB § 1671/1-1).

²³⁵ J. Von Staudingers, “*Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts*” (Dr. Reinhard Voppel Rechtsanwalt in Köln), Berlin 2008, s. 1116; Hanke, s. 356; Hauschild, s. 148.

²³⁶ Philippe Meier, “L’autorite parentale conjointe - L’arrêt de la CourEDH Zaunegger c. Allemagne - quels effets sur le droit suisse?”, *Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES, Marco Zingaro, Estelle de Luze*, ISSN. 1664-2007, s. 248; Hauschild, s 149; Hurst-Jacob, s. 2; Dethloff, s. 672.

²³⁷ Hurst-Jacob, s. 2; Hanke, s. 356.

²³⁸ Staudingers, s. 1116.

²³⁹ Kurt, s. 163; Erlüle, s. 163- 169.

Evlilik dışı ilişkilerde de babanın, velayeti tek başına kullanmak için mahkemeye başvurması mümkündür (BGB § 1671/2 ve 3). Bu gibi hallerde, ananın ve 14 yaşından büyükse çocuğun, babanın talebine razı olması (BGB § 1671/3-1) ya da birlikte velayet kararı verilmesini gerektiren bir halin bulunmaması şarttır (BGB § 1671/3-2). Her iki durumda da hakimnin öncelikli görevi, çocuğun üstün yararını gözetmektir²⁴⁰ (BGB § 1671/3-1 ve 2).

(a) Avusturya Hukukuna Göre Birlikte Velayet

Avusturya’da aile ve çocuk hukuku, 1811 yılında yürürlüğe giren Avusturya Medeni Kanunu’nda (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch- ABGB) düzenlenmektedir²⁴¹. Kanun’un yürürlüğe girdiği ilk halinde velayet babaya aittir. Evlilik birliği içinde ana, küçük çocukların sekiz yaşına kadar bakım ve eğitiminden sorumluyken; baba, sekiz yaşından büyük çocukların bakım ve eğitimi ile onlar hakkında önemli kararlar almakla sorumlu tutulmuştur²⁴². Evlilik dışı birliktelikten doğan çocuklar ise, babalarının desteğini alabilmiş, fakat babalarıyla bir aile kurma hakkından mahrum edilmiştir (Eski ABGB § 165). Bu anlamda, evlilik içinde ve dışında dünyaya gelen çocuklar ile onların ana ve babaları arasındaki eşitlik, ancak 1970’li yıllarda yapılan düzenlemelerle sağlanmıştır. Zira bu yıllarda, aile ve çocuk hukukunda, çocuğun üstün yararı ilkesi benimsenmiştir (1977 Çocuk Yasası- Kind gesetz)²⁴³.

Çocuğun üstün yararı ilkesinin ön plana çıkması, zamanla “*ebeveyn sorumluluğu*” kavramının da tartışılmasına neden olmuştur. Böylece ilk kez, 1989 yılında, Avusturya Medeni Kanunu’nda “*ebeveyn otoritesi (elterliche Gewalt)*” yerine “*ebeveyn sorumluluğu (obsorge)*” kavramı kullanılmaya başlanmıştır²⁴⁴ (Eski ABGB § 144). Ebeveyn sorumluluğuna ilişkin hak ve yükümlülükler ise, 1 Temmuz 2001

²⁴⁰ Hauschild, s. 149; Staudingers, s. 1118.

²⁴¹ Marianne Roth, National Report: Austria (Parental Responsibilities-Austria), *University of Salzburg*, s. 3 (<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Parental-Responsibilities.pdf>, E.T. 07.11.2019).

²⁴² Roth, s. 3.

²⁴³ Roth, s. 4.

²⁴⁴ Erlüle, s. 95.

tarihinde, “*Aile ve Çocuk Hukukunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un*” kabulü ile yeniden düzenlenmiştir. Düzenlemeden önce, evlilik birliğinin sona erdiği hallerde velayet ebeveynlerden biri tarafından kullanılırken, reformdan itibaren velayetin ebeveynler tarafından birlikte kullanılmasına imkan tanınmıştır (ABGB § 177). Ancak yasada, velayetin birlikte kullanılabilmesi için birtakım koşullar aranmıştır. ABGB’nin 177. paragrafının 2. fıkrasına göre, boşanmadan sonra çocuğun velayetini birlikte kullanmak isteyen ebeveynlerin, çocuğun yerleşim yeri hakkında bir anlaşmaya varması ve anlaşmanın -çocuğun üstün yararına uygun olması koşuluyla- hakim tarafından onaylanması koşulları düzenlenmiştir²⁴⁵. Evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocuğun velayeti ise, tek başına anaya aittir. Velayetin birlikte kullanılması ancak ana ve babanın beraber yaşadığı hallerde kabul edilmiştir²⁴⁶.

Avusturya hukukunda velayete ilişkin hükümler son kez, 1 Şubat 2013 tarihinde yürürlüğe giren “*Çocuk Hukukunun Değiştirilmesi Kanunu*” ile revize edilmiştir. Böylece, evlilik birliğinin sona erdiği hallerde ya da ayrılık halinde velayet, ebeveynler tarafından birlikte kullanılmaya kendiliğinden devam etmektedir (ABGB § 179/1)²⁴⁷. Ebeveynlerin, mahkemeye sunulmak koşuluyla, velayetin tek bir ebeveyne bırakılması ya da velayet hakkı kendisine bırakılan ebeveynin, bu hakkın belirli konularla sınırlanması hususunda anlaşmaları mümkündür (ABGB § 179/1 c.2). Birlikte velayetin söz konusu olduğu hallerde ise ebeveynlerin, çocuğun hangi ebeveyniyle birlikte yaşayacağı konusunda mutlaka anlaşması gerekir (ABGB § 179/2). Ebeveynlerin çocuğun yerleşim yeri hakkında bir anlaşmaya varamadığı hallerde hakim, ebeveyn sorumluluğunu, 6 aylık bir süre için, geçici olarak düzenler. Geçici ebeveyn sorumluluğun düzenlemesi, tek başına velayetin talep edildiği haller için de söz konusudur. Her iki halde de çocuğun yararına uygun olmak koşuluyla hakim geçici düzenlemeye karar verebilir. Geçici ebeveyn sorumluluğu düzenlemesinde velayet,

²⁴⁵ Roth, s. 15; Erlüle, 160; Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) (16. November 2011), s. 9097.

²⁴⁶ Roth, s. 14; Erlüle, 161; Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) (16. November 2011), s. 9097.

²⁴⁷ Alfred Kriegler, Family Law in Austria: Overview, (<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document, E.T. 07.11.2019>); Erlüle, 160.

ebeveynlerden birine bırakılmakta, çocuğun bu ebeveyn tarafından bakılıp yetiştirilmesine ve onunla birlikte yaşamasına karar verilmektedir (ABGB § 180/1)²⁴⁸.

1 Şubat 2013 tarihli revizyonda, evlilik dışı ilişkilerde velayetin tevdi konusu yeniden düzenlenmiştir. Revizyondan önce, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayeti anaya aitti (Eski ABGB § 166). Birlikte velayet ise, ebeveynlerin aynı evde yaşayıp yaşamadığı hallere göre değişiklik arz etmekteydi (Eski ABGB § 167). Ebeveynlerin aynı evde yaşadığı hallerde, velayeti birlikte kullanılabilmek için bir anlaşma yapmaları gerekmekteydi²⁴⁹. Bu takdirde baba, tam bir ebeveyn sorumluluğuna sahip olabilirdi²⁵⁰ (Eski ABGB § 167/1). Ebeveynlerin aynı evde yaşamadığı hallerde ise, yine velayetin birlikte kullanılması her iki ebeveynin de anlaşmasına bağlıydı. Ancak babanın tam bir ebeveyn sorumluluğuna sahip olabilmesi için, çocuğun babasının evinde ikamet etmesi gerekmekteydi. Ebeveynlerin, bir anlaşma ile velayetin nasıl kullanılacağına, çocuğun kimin yanında kalacağına ve diğer ebeveyn ile kişisel ilişkinin nasıl kurulacağına karar vermeleri mümkündü (Eski ABGB § 167/2). Yapılan anlaşmanın bağlayıcı olabilmesi için, çocuğun üstün yararına uygun olması ve hakim tarafından onaylanması koşulları aranmaktaydı²⁵¹.

Görüldüğü üzere, Avusturya hukukunda evlilik dışı ilişkilerden doğan çocuğun velayeti bakımından ananın rızası önemlidir. Şayet ana, baba ile bir anlaşmaya varamazsa, babanın, mahkemeden birlikte velayeti talep imkanı yoktur²⁵². Başka bir deyişle, ananın rızasının olmadığı hallerde velayetin birlikte kullanılması mümkün değildir. Hatta baba, kural olarak velayeti tek başına kullanmayı dahi talep edememektedir (Eski ABGB § 167). Nihayet, birlikte velayeti ananın rızasına

²⁴⁸ Ayrıca bkz. Erlüle, 161; Kriegler, Family Law, (<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document>, E.T. 07.11.2019).

²⁴⁹ Erlüle, s. 161; Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) (16. November 2011), s. 9097.

²⁵⁰ Roth, s. 17.

²⁵¹ Roth, s. 17.

²⁵² Erlüle, s. 161, 162.

bağlayan hükümler, 2011 yılında AİHM'nin Sporer v. Avusturya kararında insan haklarına aykırı bulunmuştur²⁵³

Bay Sporer evlilik dışında dünyaya gelen oğlunun velayetini almak istemiş, ancak mahkeme, Avusturya Medeni Kanunu'nun 166. paragrafı gereği ananın rızası olmadığından, onun bu talebini reddetmiştir. Bunun üzerine Bay Sporer, AİHM'ne başvuruda bulunmuştur. AİHM, çocuğun evlilik içinde doğması halinde, boşanmada velayetinin, eğer çocuğun üstün yararı da haklı kılıyorsa, babaya verilebileceğine dikkat çekerek; evlilik içinde doğan bir çocuğun babasıyla karşılaştırıldığında, Bay Sporer'ın, AİHS'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağına ilişkin temel hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca, Zauneger davasında zikredildiği gibi, mahkeme Sporer davasında da, evlilik dışı ilişkilerin bir aile olarak kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Böylece, babanın velayeti birlikte kullanmasını ananın rızasına bağlayan hüküm, AİHM tarafından 3 Şubat 2011 tarihinde, AİHS'nin 8. ve 14. maddelerine aykırı bulunmuştur. 2013 yılında ise, ABGB'nin ilgili hükümlerinde değişikliğe gidilmiştir. Bu nedenle, Sporer v. Avusturya kararının, evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayetle ilgili 2013 tarihli revizyona esas alındığı söylenebilir.

2013 tarihli revizyonda, evlilik dışı ilişkilerden dünyaya gelen çocuğun velayetinin, doğumdan itibaren anaya ait olduğuna ilişkin hüküm değiştirilmemiştir (ABGB § 177/2). Ancak, ana ve babanın anlaşması koşulundan başka, mahkeme kararıyla da birlikte velayetin kullanılmasına imkan tanınmıştır. ABGB'nin 180. paragrafında düzenlenen hükme göre, evli olmayan ebeveynler, müşterek çocuğun velayeti hakkında bir anlaşmaya varamazlarsa, ana tek başına çocuğun velayetine sahip olmakta; ancak baba, hakimden velayetin tek başına kendisine bırakılmasına ya da velayetin ana ile birlikte kullanılmasına karar verilmesini isteyebilmektedir (ABGB § 180/1). Bu talep üzerine hakim, velayeti 6 aylık bir süre için geçici olarak düzenlemektedir. Süre sona erdiğinde, velayet ebeveynlerden birine ya da her ikisine birden bırakılabilir. Hakimin birlikte velayete karar verdiği hallerde, çocuğun hangi ebeveyniyle yaşayacağını da kararlaştırılması gerekir (ABGB § 180/2).

²⁵³ AİHM, Sporer v. Avusturya, T. 03.11.2011, Başvuru No: 35637/03; Ayrıca bkz. Erlüle, s. 162.

Avusturya hukukunda, çocuklarının velayetini birlikte kullanmak isteyen ebeveynlere, nüfus memuru önünde her ikisinin de hazır bulunması koşuluyla, birlikte velayeti düzenleme imkanı tanınmaktadır (ABGB § 177/2). Bu takdirde, aynı evde yaşamayan ebeveynler, bir anlaşma ile çocuğun hangi ebeveyniyle yaşayacağını kararlaştırmalıdır (ABGB § 177/4). Ebeveynler anlaşmalarına rağmen, hiçbir sebep olmaksızın, 8 hafta içinde velayeti birlikte kullanmaktan vazgeçebilirler (ABGB § 177/2)²⁵⁴.

(b) İsviçre Hukukuna Göre Birlikte Velayet

İsviçre'de aile hukuku, 1912'de yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) ikinci kitabında düzenlenmiştir. Bu tarihten sonra neredeyse altmış yıl boyunca aile hukukunda hiçbir değişikliğe gidilmemiştir. 1970'li yıllardan itibaren ise, özellikle boşanma ve çocuk hukuku, sayısız değişikliğe uğramıştır. Örneğin; 1973 yılında çocukların evlat edinilmesi hakkındaki kurallar değişmiştir (ZGB Art. 264-269). Ardından, 1976 yılında, velayetin kullanılmasında anlaşmazlık halinde babanın oyuna üstünlük tanıyan hüküm yürürlükten kaldırılmıştır (ZGB Art.274/2). Bu değişiklikleri 1978 yılında çocuk hukuku ile ilgili genel kurallarda (ZGB Art.252-327) yapılan değişiklikler izlemiştir. Bu tarihte gerçekleşen reform ile ilk kez, çocuk hukukuna hakim olan ilkelerden “*çocuğun üstün yararı ilkesi*” kabul edilmiştir. Boşanma hukukundaki kurallar ise; velayet konusu da dahil (ZGB Art. 111- 149), 2000 ve 2014 yılında olmak üzere iki kez revize edilmiştir²⁵⁵.

1 Ocak 2000 tarihli revizyonda, ZGB'nin boşanma ve boşanmanın sonuçları hükümleri ile birlikte velayete ilişkin hükümlerinde önemli değişikliklere yer verilmiştir. Revizyondan önce İsviçre'de, velayetin kime bırakılacağı, ana ve babanın evli olup olmamasına göre değişkenlik arz etmekte, ana ve babanın evli olmaları durumunda velayet birlikte kullanılmaktaydı (Eski ZGB Art. 297/1). Ana ve babanın boşanmaları halinde ise, velayet ana veya babadan birine bırakılmaktaydı²⁵⁶ (Eski

²⁵⁴ Erlüle, s. 162.

²⁵⁵ İsviçre Medeni Kanunu'nun kronolojiksi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nikolina, European Instruments, s. 126 vd.; Schwenger/Keller, Family Law, s. 309, 310.

²⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 13, 14; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 634; Schwenger/Keller, New Rules, s. 460.

ZGB Art. 133/3, 298a/1). Ana ve babasının evli olmadığı hallerde velayet anaya aitti²⁵⁷ (Eski ZGB Art. 298/1).

1 Ocak 2000 tarihli revizyondan itibaren, evli olan ve olmayan ana-baba arasındaki eşitsizlik giderilerek, boşanan, ayrılan ya da hiç evlenmeyen ana ve babanın müşterek çocukları üzerinde velayeti birlikte kullanmalarına imkan tanındı²⁵⁸. Bu tarihten sonra, İsviçre’de tek başına velayet kural, birlikte velayet ise kuralın istisnası olarak kabul edildi²⁵⁹. Ancak, yine de birlikte velayetin kurulması ya da devam edebilmesi için bazı koşulların varlığı aranmaktaydı²⁶⁰. Bunlar;

1. Her iki ebeveynin birlikte velayete ilişkin ortak taleplerinin bulunması,
2. Ebeveynler tarafından yapılmış ve hakim tarafından onaylanması gereken ana ve babanın çocuğun bakımına ilişkin paylaşımları ile çocuğun bakım giderlerine ilişkin katkılarını gösteren bir anlaşmanın varlığı,
3. Anlaşmanın hakim tarafından uygun bulunması,
4. Her iki ebeveynin velayeti birlikte kullanmasının çocuğun yararına uygun olması koşullarıydı.

²⁵⁷ Schwenzer/Keller, New Rules, s. 458; Erlüle, s. 208.

²⁵⁸ Martin, s. 2; Delabays, s. 9; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 635; Schwenzer/ Keller, New Rules, s. 460; Sarah Schläppi, “*Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall*”, s.1(https://bracherpartner.ch/fileadmin/user_upload/bracherpartner/publikationen/Gemeinsame_elterliche_Sorge_als_Regelfall.pdf, E.T. 26.12.2017); Fischer, “*Rechtsanwälte, Aus Dem Themengebiet: Scheidungsrecht Merkblatt Einführung Der Gemeinsamen Elterlichen Sorge Als Regel-Fall(AB 1. Juli 2014)*”, s. 1 (www.fischer-rechtsanwaelte. ch, E.T. 26.12.2017).

²⁵⁹ Cengiz Koçhisarlıoğlu, *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*, Ankara 2004, s. 15; Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 2; İnce, s. 204; Linus Cantieni/Yvo Biderbost, “Reform der elterlichen Sorge aus Sicht der Kindesund Erwachsenenschutzbehörde (KESB) – Erste Erfahrungen und Klippen”, *FamPra.ch* 2015, S. 771, s. 771-796, s. 772; Gloor Lukas, s. 486; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 643; Rechtsanwälte, s. 1; Erlüle, s. 208.

²⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özge Uzun Kazmacı, “Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması”, Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına Özel Sayı- III, KHÜHFD, C.6, S. 1 Haziran 2018, s. 178; Erlüle, s. 211.

Görüldüğü üzere, birlikte velayete karar verilebilmesi için öncelikle, ebeveynlerin birlikte başvuru yapmaları koşulu aranmaktaydı²⁶¹. Hakimin resen karar verme yetkisi yoktu²⁶². Öte yandan, birlikte başvuru yapılması tek başına yeterli olmayıp ana ve baba arasında çocuğun bakımının ve bakım giderlerinin paylaştırılmasını düzenleyen bir anlaşmanın yapılması ve bu anlaşmanın hakim tarafından uygun bulunması da gerekmektedir²⁶³. Bu koşullar sağlanamaz ise velayet, kural olarak eşlerden birine bırakılmaktaydı (ZGB eski Art. 133/3). Nihayet, birlikte velayetin ebeveynlerin ortak talebine bağlanması koşulu, AİHM tarafından, AİHS'nin 8. ve 14. maddelerine aykırı bulundu²⁶⁴. Bununla beraber, İsviçre'de gerçekleşen 2000 tarihli revizyon, çocuğun yararını yeterince korumadığı gerekçesiyle doktrinde yoğun olarak eleştirilmekteydi²⁶⁵.

AİHM kararlarının ve doktrindeki eleştirilerin dikkate alınması sonucunda, 1 Temmuz 2014 tarihinde, velayet²⁶⁶ kurumunda yeni bir revizyona gidildi²⁶⁷ (ZGB Art. 133, 134 ve 296 vd). Bu revizyon ile İsviçre'de çocuğun üstün yararına aykırı olmamak kaydıyla, ana ve babanın medeni durumundan bağımsız olarak birlikte velayet kuralının benimsenmesi ve böylece kadın-erkek eşitliğinin sağlanması, evlilik dışı doğan çocuklar ile ebeveynleri boşanan veya ayrılan çocuklar arasındaki ayrımın

²⁶¹ Koçhisarlıoğlu, s. 15; İnce, s.204; Delabays, s. 9; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 635; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 460; Kurt, s. 162.

²⁶² Koçhisarlıoğlu, s. 15.

²⁶³ Ayrıca bkz. Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 230; İnce, s. 204; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 460; Schläppi, s. 2; Shambicco, s. 1; Kurt, s. 162.

²⁶⁴ Federal Mahkeme kararlarında da söz konusu koşullar eleştirilmekteydi (Bger 5C_11/2006, T. 09.02.2007). Ayrıca bkz. Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 2; İnce, s. 204; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 638.

²⁶⁵ Büchler/Cantieni/Simoni, s. 207; Shambicco, s. 1; Erlüle, s. 220 vd. Buna rağmen 2000 yılından itibaren, birlikte velayet taleplerinde ciddi bir artış yaşandığı, verilen kararlar neticesinde birlikte velayet kararının istisna gibi değil, uygulamada kural gibi benimsendiği görülmektedir. B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 642; Schwenzer/ Keller, New Rules, s. 460.

²⁶⁶ İsviçre Medeni Kanunu'nda "*elterliche Gewalt (velayet)*" kavramı ilk kez 1 Ocak 1976'da yürürlüğe girmiştir. Kanunda velayetin tanımı yapılmamış, sadece kapsamı belirtilmiştir. EJPD, Elterliche Sorge, s. 1; Hausheer/Geiser/Müller, s. 296.

²⁶⁷ Meier, s. 254; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s.643; FF 2011 8025, s. 8038.

kaldırılması amaçlandı²⁶⁸. Diğer taraftan çocuk koruma makamına da velayetin tevdiinde ve bazı önlemlerin alınması noktasında önemli yetkiler verildi.

1 Temmuz 2014 tarihinde İsviçre Medeni Kanunu’nun, boşanmada belirli koşulların yerine getirilmesi şartıyla birlikte velayeti düzenleyen, 133. maddesi tamamen değiştirildi²⁶⁹. Buna bağlı olarak, Kanun’un velayet ile ilgili “*Die elterliche Sorge*” başlıklı üçüncü kısmında da köklü değişikliklere yer verildi. Öncelikle “*ebeveyn bakımı*” anlamına gelen (*elterliche Sorge*) kavramı, refomlardan itibaren “*ebeveyn sorumluluğu*” anlamında kullanılmaya başlandı²⁷⁰. Evlilik içinde birlikte velayeti benimseyen 296. maddedeki genel kuralda ise herhangi bir değişikliğe gidilmedi (ZGB Art. 296/2). Başka bir deyişle, ana ve babanın evli olduğu durumlarda velayeti birlikte kullanmasına ilişkin hüküm aynen korundu²⁷¹. Ancak 296. maddenin kapsamı genişletildi.

Revizyondan itibaren Kanunun günümüzdeki hali incelendiğinde ZGB’nin 296. maddesi gereğince ana ve baba evli olsun ya da olmasın, birlikte velayet, her iki ebeveyn için de geçerli olmaktadır²⁷². Bu durumda hakim, velayetin kapsamını, çocuğun yerleşim yerini, ana ve babanın çocuğun bakımına katkı oranlarını ve çocukla

²⁶⁸ Andrea Büchler/Luca Maranta, “Das neue Recht der elterlichen Sorge Unter besonderer Berücksichtigung der Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden”, in: *Jusletter* 11, ,August 2014, s. 3; Cantieni/Biderbost, s. 771; Urs Gloor/Barbara Umbricht Lukas, “Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Expertenwissen Für die Praxis”, *FHB – Fachhandbuch*, s. 486; Eva Senn, “Verfahrensrechtliche Streiflichter zu den Revisionen der elterlichen Sorge und des Kindesunterhaltsrechts”, *FamPra.ch* 2017 S. 971, s. 972; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 145-146; Birinci Uzun, s. 155; Noam Shambicco, “Die Neuregelung Der elterlichen Sorge”, s. 1 (<https://www.studer-law.com/files/studerlaw/publikationen/moegazette/die-neuregelung-der-elterlichen-sorge.pdf>, E.T. 26.12.2017); Bucher, Elter-liche Sorge, s.12; Erlüle, s. 170.

²⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, s. 172.

²⁷⁰ “*elterliche Sorge*” kavramı İsviçre’de 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikler neticesinde kullanılmaya başlanılmıştır.

²⁷¹ Schwenzer/Keller, Family Law, s. 328; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 459.

²⁷² Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) (16. November 2011), s. 9092; ; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 19; İnce, s. 205; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 635; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 459.

kişisel ilişki kurulmasını düzenlemektedir²⁷³(ZGB Art. 133/1, 2). Mahkeme karar verirken ebeveynlerin ortak önerisini ve mümkünse çocuğun görüşünü de dikkate alır²⁷⁴(ZGB Art. 133/2 c. 2). Buna rağmen çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa, velayetin ana veya babadan birine verilmesi de mümkündür²⁷⁵ (ZGB Art. 298/1). Belirtmek gerekir ki; birlikte velayet kural olarak benimsense de kendiliğinden gerçekleşmemektedir. Velayetin birlikte kullanılabilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç vardır²⁷⁶.

İsviçre’de ana ve baba evlilik birliği içerisinde birlikte velayete kendiliğinden sahip olurken; evli olmayanlar, velayeti birlikte kullanabilmek için daha fazla koşulu yerine getirmelidir. 2014 tarihli revizyon ile beraber 296. madde, evli olmayanlar bakımından da genel kural olarak uygulanabilir. Başka bir deyişle, önceden sadece ananın hakkı olan velayete, bazı koşulların yerine getirilmesiyle babanın da sahip olabilmesi ve ebeveynlerin velayeti birlikte kullanabilmesi mümkündür. Ancak bunun için çocuk ve baba arasında, tanıma (Vaterschaftsanerkennung) ya da babalık hükmü (Vaterschaftsurteil) ile yasal soybağının kurulmuş olması gerekir²⁷⁷. Ayrıca ana ve baba, birlikte velayet sorumluluğu için anlaşmalıdır²⁷⁸ (ZGB Art. 298a/1). Anlaşmada ana ve baba çocuğun ortak sorumluluğunu üstlenmeye hazır olduklarını, çocuğun bakımına ve velayete ilişkin görevlerin paylaşımına ilişkin katkılarını beyan ederler²⁷⁹ (ZGB Art. 298a/2). ZGB’deki bu düzenleme ilk bakışta, evli olmayanlar bakımından tek başına velayetin kural, birlikte velayetin ise istisna olduğu kanaatini

²⁷³ Schwenzer/Keller, New Rules, s. 460; Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 2; Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) (16. November 2011), s. 9078; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 460.

²⁷⁴ Schwenzer/Keller, New Rules, s. 460; Delabays, s. 179.

²⁷⁵ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 2; Martin, s. 3; Dönmez/Barın, s. 185; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 636; Kazmacı, s. 178; Birinci Uzun, s. 156 vd; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 461.

²⁷⁶ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 2.

²⁷⁷ Büchler/Maranta, s. 4, 5; Martin, s. 3; Hausheer/Geiser/Müller, s. 297; Birinci Uzun, s. 160; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 462.

²⁷⁸ Gloor/Lukas, s. 488; Martin, s. 3; Birinci Uzun, s. 160; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 462; Bucher, Elterliche Sorge, s. 20.

²⁷⁹ Gloor/Lukas, s. 488; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 645; Birinci Uzun, s. 160.

uyandırmaktadır. Zira hükümde yer alan şartların yerine getirilmemesi halinde ana, velayeti tek başına kullanmaktadır (ZGB Art. 298a/5).

Önceki düzenlemelerde, evlilik dışı doğan çocuklar bakımından birlikte velayet ancak anlaşmanın var olduğu durumlarda, başka bir ifadeyle babanın birlikte velayet talebinin ana tarafından kabul edilmesi şartıyla kullanılabilmekteydi²⁸⁰. Revizyonun taslağında, evli olanlarla olmayanlar arasındaki ayrımın tamamen ortadan kaldırması amacıyla, evli olmayanlar bakımından da birlikte velayetin kural olarak benimsenmesi önerildi²⁸¹. Ancak, evli olmayanların, evli olanlar gibi velayeti çocuğun doğumundan itibaren birlikte kullanmalarına imkan tanıyan düzenleme kanun metnine alınmadı²⁸². Ancak, 2014 tarihli revizyonda, ana ve babanın anlaşamadığı hallerde babaya, velayetin birlikte kullanılmasını tek başına talep edebilme imkanı getirildi (ZGB Art. 298b/1). Bu durumda müşterek bir anlaşma mevcut olmadığından, birlikte velayete karar verilirken, ana ve babanın çocuğun bakım ve gelişimine katkılarının, yerleşim yerinin, iletişim ve düzenli kişisel ilişki kurma gibi uyumsuzluklarla ilgili diğer konuların mahkeme tarafından düzenlenmesi öngörüldü²⁸³ (ZGB Art. 298b/3-4). Böylelikle, birlikte velayet bakımından evlilik birliğinin sona erdiği haller ve evlilik dışı ilişkiler arasında yapılan ayrım kısmen de olsa giderilmiş oldu.

Çalışmamızın bu kısmında, önemi dolayısıyla, İsviçre’de yetişkinlerin korunmasına ilişkin 2013 yılında yapılan bazı değişikliklere de değinilmesi gerekir (ZGB Art. 360-456)²⁸⁴. ZGB’nin ilgili hükümlerinde, vesayet ve kısıtlama kurumları değiştirilmiş; çocuklar ve yetişkinler hakkında önlem almak üzere “*çocukları ve yetişkinleri koruma makamı*” yetkilendirilmiştir²⁸⁵. Ayrıca “*istisnai olarak ergin*

²⁸⁰ Schwenzer/Keller, New Rules, s. 460.

²⁸¹ Schwenzer/Keller, New Rules, s. 463.

²⁸² Schwenzer/Keller, New Rules, s. 463.

²⁸³ Schwenzer/Keller, New Rules, s. 460, 461.

²⁸⁴ İsviçre Medeni Kanunu’nun kronolojik değişim takvimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schwenzer/Keller, Family Law, s. 309, 310.

²⁸⁵ İsviçre Medeni Kanunu’nun Değiştirilmesine ilişkin Gerekçe (Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Soybağı Hukuku), 28.06.2006, FF 2006 6391, s. 6460 vd. Ayrıca bkz. Cevdet Yavuz/Fulya Erlüle/Murat Topuz, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku, (İsviçre Örneği)*, İstanbul 2017, s. 19.

kısıtlılar” üzerindeki velayetin sürdürülmesine ilişkin düzenlemeden de vazgeçilmiştir²⁸⁶.

Çocuk ve yetişkinleri koruma makamının kısa adı KESB’dir (Kindes-und Erwachsenenschutzbehörde). KESB, boşanma kararından sonra ve evlilik dışı ilişkilerde velayet konusunda önlemlere başvurma ve kararlar alma yetkisine sahiptir²⁸⁷. Örneğin, ana ve babadan biri, diğerinin birlikte velayet hakkındaki talebini reddederse, diğer ebeveyn KESB’e başvurabilir²⁸⁸. Böylece, velayetin düzenlenmesi ve birlikte velayet ile ilgili sorunlarda mahkemeye tanınan müdahale yetkisi, KESB’e de tanınmaktadır²⁸⁹. Ancak, babalık davası aracılığıyla soybağının kurulduğu haller bakımından, kanunda özel bir düzenleme bulunmaktadır. Böyle bir ihtimalde birlikte velayet kararı ancak mahkeme tarafından verilebilir²⁹⁰.

Hemen belirtmelidir ki; İsviçre’de birlikte velayetin kurulması bakımından mahkeme ve KESB dışında üçüncü bir makam olarak, nüfus müdürlükleri de yetkilidir²⁹¹. Nüfus müdürlükleri tarafından bu yetki, ancak tarafların anlaştığı hallerde kullanılabilir²⁹².

²⁸⁶ FF 2006 6391, s. 6407 vd. Böylece ana ve baba sadece kayyım olarak atanabilmektedir. Bu düzenleme ile İsviçre’de veli sıfatını haiz ebeveynler ile vasi sıfatını haiz ebeveynler arasındaki fark ortadan kaldırılmıştır. Artık her halde sorumluluklar, Yetişkinleri Koruma Hukuku’na göre belirlenmektedir (Yavuz/Erlüle/Topuz, s. 16).

²⁸⁷ FF 2011 8025, s. 8041, 8048; Schläppi, s. 2; Rechtsanwältin, s. 2.

²⁸⁸ Büchler/Maranta, s. 9; Cantieni/Biderbost, s. 785; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 464; Senn, s. 973; Shambicco, s. 1; Bucher, Elterliche Sorge, s. 9.

²⁸⁹ 1 Ocak 2013 tarihinde, İsviçre genelinde (KESB) kısa adı ile vesayet yetkilileri kurulmuştur. Zürih kantonunda 13 tane olan çocuk ve yetişkin koruma yetkilileri (KESB) ihtiyaç duydukları desteği alamayan kişilerin korunmasını sağlar. Örneğin, zihinsel ya da psikolojik olarak bozuk veya ciddi hastalıkları olan yetişkinleri ya da ebeveynleri tarafından ihmal edilen çocukları korur. Gerekirse bu kimseler için KESB tarafından bir vasi atanabilir ya da örneğin çocuklar bakımından koruma önlemlerine başvurulabilir. KESB, yasal dayanağını Yetişkin Koruma Kanunu (EC KESR) ve İsviçre Medeni Kanunu’ndan (ZGB) alır (<https://www.kesb-zh.ch/> E.T. 16.03.2017).

²⁹⁰ Büchler/Maranta, s. 4; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 466; Bucher, Elterliche Sorge, s. 36, 37.

²⁹¹ FF 2011 8025, s. 8051; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 462, 463; Schläppi, s. 2; Shambicco, s. 1.

²⁹² FF 2011 8025, s. 8051; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 462, 463; Schläppi, s. 2; Shambicco, s. 1.

1 Ocak 2017 tarihinde ZGB'nin 298. maddesinde ve “Çocuk Bakım Kanunu”’nda da bir takım değişiklikler yapılmıştır. ZGB'nin 298/2. maddesinde, doktrinde tartışılan ve birlikte velayet bakımından çocuğun himayesinde (muhafazasında/alıkoyulmasında) önerilen “*alternatif himaye*” (alternierende Obhut) kavramı düzenlenmiştir²⁹³. Hükme göre, “*Birlikte velayet halinde, mahkeme, ebeveynlerden birinin veya çocuğun istemi üzerine çocuğun yararı anlamında, alternatif himayenin (alternierende Obhut) mümkün olup olmadığını inceler*”. Alternatif himayede, birlikte velayete sahip olan ebeveynlerin çocuğun bakımını (gün, ay, yıl şeklinde) dönüşümlü olarak ve olabildiğince eşit paylaşımları söz konusudur²⁹⁴. Çocuk ana ve babasının yanında dönüşümlü olarak kalabileceği gibi, çocuğun sabit bir konutta yaşayarak, ana ve babanın onun yanına dönüşümlü olarak gelmesi de (yuva modeli) mümkündür²⁹⁵.

Alternatif himaye ile ana üzerinde yoğunlaşan sorumlulukların, ebeveynler arasında eşit olarak paylaşılması ve acil durumlarda ebeveynlerden birinin, diğerinin sorumluluklarını üstlenebilmesi sağlanmaktadır²⁹⁶. Böylece diğer ebeveynin hafta sonları gibi sınırlı sürelerle kısıtlanan ilişki kurma hakkı, daha uzun zaman dilimine yayılmaktadır²⁹⁷. Bu düzenleme ile çocuğun yararı üstün tutulmaktadır; ancak ebeveynlerin işbirliğine açık ve alternatif himaye bakımından gönüllü olmaları da önemlidir²⁹⁸.

Çocuk Bakım Kanunu’nda, evli olan ve evli olmayan çiftlerin dünyaya getirdikleri çocuklar arasındaki farklılıkların ortadan kaldırılması amacıyla, bakım nafakasına ilişkin hükümde de değişikliğe gidilmiştir. Düzenlemeye göre; bu tarihten itibaren evlilik dışı ilişkilerde de çocuğun fiziki velayeti kendisinde olmayan taraf,

²⁹³ Erlüle, s. 236; Kazmacı, s. 179; Canan Yılmaz, “İsviçre Medeni Kanunu’nda 01.01.2017 Tarihli Revizyonla Aile Hukuku Alanında Gerçekleştirilen Temel Değişiklikler (Alternatif Himaye)” *İzmir Medeni Hukuk Günleri- 2, Aile Hukuk Sempozyumu* (Yayımlayan: İzmir Barosu), 27-28 Nisan 2018, İzmir, s. 16.

²⁹⁴ Yılmaz, Alternatif Himaye, s. 16; Erlüle, s. 237; Kazmacı, s. 180.

²⁹⁵ Kazmacı, s. 180.

²⁹⁶ Yılmaz, Alternatif Himaye, s. 16; Erlüle, s. 237.

²⁹⁷ Erlüle, s. 238, 239.

²⁹⁸ Erlüle, s. 239, 240.

diğer tarafa bir bakım nafakası²⁹⁹ ödemelidir. Daha evvel sadece çocuğun yeme, içme, giyim, sosyal güvenlik primleri vb. günlük ya da önemli ve acil ihtiyaçlarının karşılanmasına katkı sağlayan taraf, değişiklikten itibaren çocuğa fiziki olarak bakan kimseye nafaka ödeyerek, bakanın bütçesinde yaşanan eksilmeye de katkı sağlamaktadır. 2017’den önce bu düzenleme, sadece evlilikleri sona eren ana, baba ve çocukları bakımından geçerliyken, 2017 sonrası bu adaletsizlik ortadan kaldırılarak; aynı hüküm evlilik dışı ilişkilerde de uygulanmaya başlanmıştır³⁰⁰.

Belirtilmelidir ki, 1 Temmuz 2014 tarihinde birlikte velayete ilişkin olarak düzenlenen yeni kurallar, sadece bu tarihten sonra doğan çocukların velayeti için geçerli değildir. Aynı zamanda ana ve babanın bu tarihten önce doğmuş çocukları için de geçerlidir. Nitekim kanunda, velayet ana ve babadan yalnızca biri tarafından kullanılıyorsa, diğerinin revizyondan sonraki bir yıl içinde mahkemeye ya da KESB’e başvurarak birlikte velayeti isteyebileceği düzenlenmektedir³⁰¹ (ZGB geçici madde 12/4). Velayet, boşanma nedeniyle ana veya babadan birine tevdi edilmişse, diğer

²⁹⁹ 1 Ocak 2017 tarihinde, çocuğun nafakasına ilişkin olarak, ZGB’nin 131. 131/a. ve 290. maddelerinde de revizyona gidilmiştir. Bu değişiklikleri Yılmaz şu şekilde ifade etmektedir: “Çocuk lehine nafakanın tahsil edilmesine ilişkin yardım hususunu düzenleyen İMK m. 290 uyarınca; nafaka yükümlüsü ana babadan biri nafaka ödeme yükümlülüğünü yerine getirmese, nafaka hakkı sahibi çocuk veya diğer ebeveynin istemi üzerine, Kanton Hukuku tarafından uzman memur olarak nitelendirilen kişi, nafaka talebinin usulüne uygun bir şekilde cebri icraya konu edilmesine, ücretsiz olarak yardım edecektir. İMK m.131a/II ve İMK m. 289/II uyarınca; ilgili belde, nafaka hakkı sahibinin nafakasını ödediği takdirde, nafaka alacağı ve talebi bütün haklarıyla birlikte yasa gereği ilgili beldeye devredilir. Bu hükümlerin temel amacı; ödenmeyen nafaka alacaklarının teminat altına alınması ve nafakanın ödenmemesi yüzünden çocukların mağdur olmalarının engellenmesi ve özellikle çocuğun korunmasıdır. Bu açıdan bir taraftan, nafakanın tahsil edilmesine ilişkin olarak hukuki prosedür hakkında bilgi sahibi olmayan ve bu konuda hukuki yardım alamayacak güçte olanların durumu düşünülerek, nafakanın tahsil edilmesi konusunda uzman memurlardan ücretsiz olarak yardım alınması imkânı getirilmiştir. Diğer taraftan da bu süre içinde ödenmeyen nafaka alacakları hakkında, kamu hukuku kuralları çerçevesinde nafakanın ön ödemeli olarak, yani avans olarak ödenmesi imkânı getirilerek, çocuğun korunması amacına hizmet edilmiştir” Yılmaz, Alternatif Himaye, s. 19.

³⁰⁰ 01.01.2017 tarihli Çocuk Bakım Kanunu (Bestimmungen zum Kindesunterhalt) ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Senn, s. 988 vd.; Gloor/Barbara, s. 486 vd.; Yolanda Mutter/Urs Gloor, “Neues Kindesunterhaltsrecht, Fachtagung vom 7./8. September 2016 in Freiburg, Die Praxis im Spannungsfeld zwischen Schutz und Selbstbestimmung” (<https://www.kokes.ch/application/files/1614/7367/8112/WS7.pdf>, E.T. 07.09.2018).

³⁰¹ Büchler/Maranta, s. 9; Cantieni/Biderbost, s. 785; Senn, s. 973; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 469, 470.

ebeveynin birlikte velayeti talep edebilmesi için, boşanmanın 1 Temmuz 2014'den önceki 5 yıl içinde gerçekleşmesi gerekir³⁰² (ZGB geçici madde 12/5).

(2) Latin Hukuk Çevresinde Birlikte Velayet

(a) Fransız Hukukuna Göre Birlikte Velayet

Fransız Medeni Kanunu'nda 4 Nisan 1970 tarihli düzenlemeye kadar velayet, babanın çocuklarının üzerinde sahip olduğu ve yalnızca babaya ait olan otoriteyi ifade eden “*puansi paternelle*” kavramı ile anılmaktaydı³⁰³. 1970 yılında yapılan düzenlemeden itibaren ise velayet, hak ve sorumlulukların, çocuğun çıkarları göz önüne alınarak, ana ve baba arasında paylaşılması şeklinde ve “*autorité parentale*” kavramı ile tanımlandı³⁰⁴. Ardından, 22 Temmuz 1987 tarihli ve 87-570 sayılı Kanun ile velayete ilişkin kurallar değiştirildi. Ancak bu Kanun'da birlikte velayete yer verilmemişti. Boşanmış, ayrılmış ebeveynler veya evli olmayan ebeveynlerin çocukları üzerinde birlikte velayet (*autorité parentale conjointe*) ilk kez, 8 Ocak 1993 tarihli ve 93-22 sayılı Kanun ile benimsendi³⁰⁵. Bu Kanun, evlilik içi ve evlilik dışı dünyaya gelen çocuklar arasında ayrımcılığa neden olduğu gerekçesiyle eleştirilmekteydi. Bu nedenle Fransa'da son kez 4 Mart 2002 tarihli 2002-305 sayılı Kanun kabul edilerek, söz konusu ayrımcılık ortadan kaldırılarak velayetin kullanılması yeniden modernize edilmiş oldu³⁰⁶.

Günümüzde Fransız hukukunda, ana ve babanın ayrılması ya da birlikte olması, velayetin uygulanmasına ilişkin kural ve ilkeleri etkilememektedir (FCC m. 373/2). Bu nedenle, ana ve baba, çocuklarının üzerinde velayeti birlikte üstlenmeye

³⁰² Büchler/Maranta, s. 9; Senn, s. 974; Martin, s. 4; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 469, 470; Schläppi, s. 3; Rechtsanwälte, s. 2; Shambicco, s. 1.

³⁰³ Frédérique Ferrand, “Parental Responsibilities – France (National Report: France”, s. 1-39, s. 1, ([http://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Parental-Responsibilities .pdf](http://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Parental-Responsibilities.pdf), E.T. 10.10.2018).

³⁰⁴ Hugues Fulchiron, “Custody and Separated Families: The Example of French Law”, *Family Law Quarterly*, Vol. 39, No. 2, Symposium on Comparative Custody Law (Summer 2005), s. 301-313, s. 302, 303; Ferrand, s. 1.

³⁰⁵ Ferrand, s. 3; Fulchiron, s. 305.

³⁰⁶ Ferrand, s. 3; Fulchiron, s. 303.

devam etmektedir³⁰⁷. Bununla beraber, aile hakimi istisnai durumlarda (örneğin, fiziksel istismar veya ağır ihmal gibi) ve çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa, velayeti ana ya da babadan birine tevdi edebilir³⁰⁸.

Ana ve baba ayrıldığında, çocuğun bakımı ve bakım giderlerinin karşılanması, çocuğun yerleşim yeri ve çocukla kişisel ilişki kurulması hakkında bir karar verilir. Bu durumun ana ve babanın aralarında yaptıkları bir anlaşma ile belirlenmesi mümkündür³⁰⁹. Ancak bu anlaşmanın hakim tarafından onaylanması gerekir³¹⁰. Hakim, ana ve babanın velayet konusunda anlaştığına ve çocuğun yararının zedelenmediğine kanaat getirdiği takdirde anlaşmaya uygun bir karar verir (FCC m. 373-2 ve 373-7). Ayrıca, evli olmayan ebeveynler açısından birlikte velayet için çocuğun her iki ebeveyn ile yasal soybağının kurulmuş olması koşulu da aranır³¹¹.

Hakim FCC m. 373-2 ve 373-11 hükmü gereği, birlikte velayete karar verirken özellikle aşağıdaki hususları dikkate almalıdır:

- Ana ve baba arasında yapılan anlaşmalar,

³⁰⁷ Diane Sussman, *The International Comparative Legal Guide to Family Law 2019*, France 2018, B. 2, (<https://iclg.com/practice-areas/family-laws-and-regulations/france#chapter-content6>); Ferrand, s. 11; Fulchiron, s. 302. Fransız hukukunda ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanmadığı durumlarda dahi çocuğun eğitimini ve geçimini sağlamakla yükümlü oldukları hüküm altına alınmaktadır (FCC. m. 373/2.1) (ayrıca bkz.; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 27).

³⁰⁸ Sussman, (<https://iclg.com/practice-areas/family-laws-and-regulations/france#chapter-content6>).

³⁰⁹ Charlotte Butruille-Cardew, “*Family Law in France*”, CBBC Avocats (<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com>, E.T.10.10.2018); Ferrand, s. 13; Fulchiron, s. 306.

³¹⁰ Ferrand, s. 13. Ayrıca taraflardan biri anlaşmaya uymazsa, diğer taraf mahkemeye başvurabilir. Bu talep özellikle şu hususlarda yapılabilir: Velayet, çocuğun yerleşim yeri ve kişisel ilişki kurulması; -ailenin durumunu değerlendirmek için- sosyal sorgulama raporları (enquête sociale); bir çocuğun her iki ebeveynin yazılı izni olmaksızın Fransız bölgesinden ayrılmasını engelleyen seyahat yasağı (Interdiction de sortie du territoire) (FCC m. 373/2-6); okul kaydı, yabancı bir ülkede tatiller ve önemli tıbbi kararlar gibi özel konular hakkında. Ayrıntılı bilgi için bkz. Butruille-Cardew, (<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/>, E.T.10.10.2018).

³¹¹ Ferrand, s. 16.

- Çocuğun görüş, istek ve duyguları³¹²,
- Çocuğun yaşı,
- Ebeveynlerden her birinin kendi sorumluluklarını yerine getirme ve diğerinin haklarına saygı gösterme yeteneği,
- Adli uzman veya özellikle çocuğun yaşına ilişkin herhangi bir uzman görüşü,
- Herhangi bir sosyal sorgulama raporu,
- Ana ve baba arasında uygulanan veya mevcut olan şiddet veya psikolojik baskı³¹³.

Fransa’da birlikte velayetin iki türüne rastlanılmaktadır: Birlikte fiziki velayet ve birlikte hukuki velayet. Birlikte hukuki velayet, her iki ebeveynin de çocuklarının yetiştirilmesi hakkında önemli kararlara katılma zorunluluğu anlamına gelir (örn. eğitim, din ve sağlık hizmetleri hakkında)³¹⁴. Birlikte fiziki velayet ise çocuğun her bir ebeveyn ile önemli ölçüde zaman harcaması ve günlük bakımının ebeveynler arasında da önemli ölçüde paylaşılmasını ifade eder³¹⁵. Çocuğun yerleşim yeri bakımından ise, ana ve babanın ayrılması durumunda, şartları varsa her iki ebeveyn lehine ortak/alternatif yerleşim yeri düzeni (résidence alternée) kararlaştırılabilir³¹⁶ (FCC m. 372/2-9). Bu durumda çocuk, ebeveynlerinin her ikisiyle de (eşit olma zorunluluğu olmaksızın) alternatif bir şekilde sırayla, örneğin haftalık olarak yaşama imkanına sahip olabilmektedir³¹⁷.

³¹² FCC'nin 388/1. maddesine göre, çocuğun dahil olduğu herhangi bir yargılamada, hakimin takdirine göre “*ayırt etme yeteneğine sahip*” çocuğun ya doğrudan ya hakim tarafından ya da hakimin aynı etkide tayin ettiği bir kişi tarafından dinlenebileceği düzenlenmektedir.

³¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ferrand, s. 24.

³¹⁴ Anna Escobedo/Lluís Flaquer/Lara Navarro- Varas, “The Social Politics of Father-hood in Spain and France: A Comparative Analysis of Parental Leave and Shared Residence”, *Presses Universitaires de France «Ethnologie française»* 2012/, Vol. 42, s. 122.

³¹⁵ Escobedo/Flaquer/Navarro, s. 122.

³¹⁶ Escobedo/Flaquer/Navarro, s. 122; Fulchiron, s. 307.

³¹⁷ Escobedo/Flaquer/Navarro, s. 123; Fulchiron, s. 307.

(b) Hollanda Hukukuna Göre Birlikte Velayet

Hollanda aile hukuku geçmişten bugüne kadar birçok değişikliğe uğramıştır. Velayet ve çocukların yerleşim yeri hakkındaki değişiklikler 1995, 1998 ve 2009 yılları olmak üzere üç kez revize edilmiştir.

Önceleri velayet, evlilik birliği içinde birlikte kullanılırken, boşandıktan sonra ebeveynlerden birine bırakılmaktaydı. Hollanda’da Yüksek Mahkeme (Hoge Road) tarafından 1984 yılında verilen bir kararda, söz konusu yasal düzenleme, AİHS’nin özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesine aykırı bulundu³¹⁸. Boşandıktan sonra, çocuğun üstün yararı gereği, velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmaya devam etmesine karar verildi. Hatta Yüksek Mahkeme, 1986 yılında, boşandıktan sonra çocuğun üstün yararı gereği, velayetin kendiliğinden birlikte kullanılmaya devam etmesi gerektiğine işaret etti³¹⁹.

Aynı yıl verilen başka bir kararda ise ilk kez, evlilik dışı ilişkilerden doğan çocuklar üzerinde de velayetin birlikte kullanılmasına herhangi bir yasal engel olmadığı zikredildi³²⁰.

Yüksek Mahkeme kararlarına rağmen Hollanda’da 1995 yılına kadar birlikte velayet hakkında herhangi bir düzenleme yapılmadı. 2 Kasım 1995 tarihinde ise, “*Ebeveyn Sorumluluğu ve Kişisel İlişki Kurulması Hakkında Çocuklar Kanunu (Wet houdende nadere regeling van het gezag over en de omgang met minderjarige kinderen)*” kabul edildi ve Kanun, 6 Nisan 1995 tarihinde yürürlüğe girdi. Kanuna göre, birlikte velayetin kabul edilebilmesi için “*ebeveynlerin anlaşması*” ve “*anlaşmanın hakim tarafından uygun bulunması*” gerekmektedir. Hakim anlaşmayı, çocuğun üstün yararı varsa ve birlikte velayetin yürütülmesini engelleyen bir hal söz konusu değilse uygun bulabilirdi³²¹.

³¹⁸ Hoge Road, 04.05.1984, LJN AG4807, NJ 1985 (Nikolina, Shared Children, s. 81).

³¹⁹ Hoge Road, 21.03.1986, LJN AC9284, NJ 1986 (Nikolina, Shared Children, s. 82).

³²⁰ Hoge Road, 21.03.1986, LJN AC9283, NJ 1986 (Nikolina, Shared Children, s. 82).

³²¹ Nikolina, Shared Children, s. 82.

1995 tarihli Kanun'un kabulünden sonra birlikte velayet, ebeveynlerden birinin, çoğunlukla ananın, anlaşmayı reddetmesi sebebiyle, yaygın bir şekilde uygulanamıyordu³²². Bu durum diğer ebeveynin, genellikle babanın, çocuğu üzerinde söz sahibi olma arzusunu engellemekteydi. Bu nedenle, kısa bir süre içinde, Kanun'un yeniden revize edilmesi gündeme geldi. Böylece 1998 yılında, Hollanda Medeni Kanunu'nun birinci kitabında yapılan bir değişiklikle, birlikte velayet kural halini aldı³²³. Dolayısıyla boşanmanın velayetin kullanılmasına herhangi bir etkisi olmaksızın, velayetin kanunen, kendiliğinden kullanılmaya devam ettiği kabul edildi.

Reformdan sonra Hollanda'da bu kez, ana ve baba arasındaki cinsiyet eşitliği ve çocuğun ana ve babası tarafından ortak bakılma hakkı kapsamında tartışmalar başladı. Bu konuda medya ve sivil toplum örgütleri kampanyalar düzenledi. Bu kampanyalar neticesinde önce kanundaki ifade üzerinde duruldu. Otorite, velayet gibi anlamlara gelen "*Het gezag*" kavramı yerine, ebeveynlerin eşit hak ve yükümlülöklere sahip olması anlamına gelen "*ouderlijke verantwoordelijkheid*" kavramı kullanılmaya başlandı³²⁴. Tercih edilen yeni kavramla birlikte asıl amaç, ana ve babanın haklarıyla birlikte eşit sorumluluklara da sahip olduklarına dikkati çekmekti. Buna bağılı olarak 2004 yılında Hollanda Medeni Kanunu'nun (Burgerlijk Wetboek) 377a maddesinde değişikliğe gidildi. Hükme göre, ana ve babanın çocuklarıyla eşit zaman geçirmeleri amaçlandı. Bu amaçla yapılan en kapsamlı düzenleme ise, 1 Mart 2009 tarihinde "*Sürekli Ebeveynliğe Teşvik ve Hazırlıklı (Dikkatli) Boşanma Kanunu'nun (Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding)*" kabulü ile oldu.

Hazırlıklı (dikkatli) boşanma, ebeveynlerin, boşanma sonrası çocuk yetiştirmeyi önceden dikkatlice düşünmeye teşvik edilmeleri anlamına gelir³²⁵. Bu amaçla, ebeveynlerin bir ebeveynlik planı yapmaları gerekmektedir³²⁶ (BW m. 247 ve 247/a).

³²² Nikolina, Shared Children, s. 83.

³²³ Nikolina, Shared Children, s. 83; Kiremitçi, s. 15; Erlüle, s. 180.

³²⁴ Nikolina, Shared Children, s. 85.

³²⁵ Simon de Bruijn Msc/Anne-Rigt Poortman/Tanja van der Lippe, "*Formerly Cohabiting Parents and Parenting Plans: Who Makes the Effort?*" Family&Law, June 2016 (<http://www.familyandlaw.eu>, E.T. 03.12.2019).

³²⁶ Kiremitçi, s. 15;

Bu plan, ebeveynlerin boşandıktan sonra ebeveyn sorumluluklarını nasıl kullanacaklarını düzenledikleri hukuki bir belgedir. Esasen hem evli hem de kayıtlı ortaklık kuran ebeveynler için plan yapmak zorunludur. Ancak kayıtlı ortaklıkta, sadece mahkemeye velayet ile ilgili bir başvuruda bulundukları takdirde, ebeveynlik planlarını sunmaları gerekir³²⁷. Plan bir rehber niteliğindedir.

(c) *İtalyan Hukukuna Göre Birlikte Velayet*

İtalya’da Katolik Kilisesi’nin ve bazı siyasi partilerin güçlü muhalefetine rağmen, ilk kez 1970 yılında eşlerin boşanmalarına imkan tanınmıştır³²⁸. Bu yasa gereğince çocuğun velayeti ana veya babadan birine verilmiştir. İzleyen yıllarda yasada sadece küçük değişiklikler yapılmıştır³²⁹. Velayet ile ilgili en köklü değişiklik, diğer AB ülkelerine kıyasla gecikmeli de olsa, 2006 yılında İtalyan Parlamentosu tarafından kabul edilen -Birlikte Velayet Kanunu olarak da bilinen- 54/2006 sayılı Kanun ile gerçekleştirilmiştir³³⁰.

Birlikte Velayet Kanunu ile İtalyan Medeni Kanunu’nun (Codice Civile Italiano-CCİ) 155. maddesi değiştirilmiştir. Hükme göre, evlilik birliği içinde doğsun ya da doğmasın, çocuğun her iki ebeveyniyle de dengeli ve kalıcı bir ilişkiye sahip olma hakkı vardır. Bu hüküm, yenilik öncesi düzenlemeler kapsamında daha çok anaya verilen velayet modelini, babaların lehine değiştirmektedir³³¹. Böylece İtalya’da ana ve baba velayete birlikte ve kendiliğinden sahiptir. Bununla beraber çocukların her iki ebeveyniyle de kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına sahip oldukları kabul

³²⁷ Brujin Msc/Poortman/ Lippe, (<http://www.familyandlaw.eu>, E.T. 03.12.2019).

³²⁸ Guido de Blasio/Daniela Vuri, “*Joint Custody in the Italian Courts*”, June 2013, s. 4 (<http://ftp.iza.org/dp7472.pdf>, E.T. 18.10.2018); Patti/Carleo/Bellisario, s. 7.

³²⁹ Patti/Carleo/Bellisario, s. 7.

³³⁰ Lavadera/Caravelli/Togliatti, s. 93; Alessia Valongo, “Children Born Out of Wedlock: The End of an Anachronistic Discrimination”, *The Italian Law Journal* 2015, s. 83- 105, s. 91.

³³¹ Valongo, 91; Blasio/Vuri, s. 4; Anna Lubrano Lavadera/Liliana Caravelli/Marisa Malagoli Togliatti, “*Joint Custody and Shared Parenting: Analysis of Practices in the Civil Court of Rome*”, s. 94, (http://ijfs.padovauniversitypress.it/system/files/papers/16_1_06.pdf, E.T. 18.10.2018). İtalya’da reformdan evvel, özellikle evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların velayeti konusunda ayrıma gidilmekteydi. Çocuğun ana ve babası ayrı yaşadığı takdirde velayet çocuğun yanında yaşadığı ebeveyn tarafından kullanılırken; birlikte yaşadıkları takdirde velayet hem ana hem de baba tarafından kullanılabilmekteydi (Patti/Carleo/Bellisario, s. 18, 19).

edilir³³². Ayrıca İtalyan Medeni Kanunu'nda yer alan ve ebeveyn yetkisi, ototritesi anlamına gelen “*autorità genitoriale*” kavramından da vazgeçilerek, velayet terimi “*Responsabilità Genitoriale*” kavramı ile değiştirilmiştir³³³. Yeni kavramla birlikte, her iki ebeveyn de çocuklarının bakım ve eğitime aktif olarak katılmalı ve onun üstün yararını gözeterek çocukla ilgili önemli kararları birlikte almalıdır³³⁴ (CCİ m. 155).

İtalya'da birlikte velayet, tarafların çocuğun bakımı ve bakımına yapacakları katkı konusunda anlaşmaları ve anlaşmanın, çocuğun yararına aykırılık teşkil etmiyorsa, hâkim tarafından uygun bulunmasına bağlıdır. Bu durumda hakim sadece çocuğun yerleşim yeri ve diğer ebeveyni ile görüşme zamanları hakkında karar verir (CCİ m. 155). Ana ve babanın velayet konusunda bir anlaşmaya varamadığı hallerde ise, yine mahkeme tarafından birlikte velayete karar verilebilmesi mümkündür³³⁵.

İtalya'da velayet üç şekilde karşımıza çıkmaktadır: tek başına velayet, birlikte velayet ve alternatif velayet. Tek başına velayette, çocuk ile ilgili olan tüm hak ve yükümlülükler, aksi hakim tarafından belirtilmedikçe, velayet kendisine bırakılan tarafça yerine getirilir³³⁶. Birlikte velayette ise, ana ve baba çocuk üzerinde eşit hak ve yükümlülükler sahiptir. Ancak bu halde çocuk tek bir ebeveyni ile birlikte yaşamaktadır³³⁷. Ana ve baba, çocuklarıyla mutlaka eşit zaman geçirmek zorunda değildir. Bununla beraber geçirilen zamanın birbiriyle neredeyse aynı oranda gerçekleşmesi beklenir³³⁸. Ayrıca günlük kararlarda ana ve babadan biri tek başına

³³² Blasio/Vuri, s. 5; Lavadera/Caravelli/Togliatti, s. 94; Valongo, s. 92.

³³³ Valongo, s. 91.

³³⁴ Patti/Carleo/Bellisario, s. 1.

³³⁵ Patti/Carleo/Bellisario, s. 7; Andrea Russo/Benedetta Rossi Pirola/Pennuto Zei, “*Family Law in Italy*”, [https://content.next.westlaw.com/Document/I3cbe5da7e60511e398db8b09b4f043e0/View/FullText.html?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default](https://content.next.westlaw.com/Document/I3cbe5da7e60511e398db8b09b4f043e0/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default), E.T. 18.10.2018); Giandomenico De Tullio, “*What are my parental rights in Italy?*”, (<http://italiansolicitor.co.uk/parental-rights-italy/>, E.T. 10.10.2018).

³³⁶ Patti/Carleo/Bellisario, s. 15.

³³⁷ Patti/Carleo/Bellisario, s. 16.

³³⁸ Lavadera/Caravelli/Togliatti, s. 97; Escobedo/Flaquer/Navarro, s. 122.

hareket edebilir³³⁹. Eğer karar verilirken anlaşmazlığa düşülmekteyse, hakimden yardım talep edilebilir³⁴⁰ (CCİ m. 155). Bu yardım talebinde, çocuklarla ilgili bütün yargılamalarda olduğu gibi, çocuk 12 yaşını doldurmuşsa mahkeme tarafından dinlenilmesi ve görüşlerinin dikkate alınması gerekir³⁴¹(CCİ m. 316). Alternatif velayet ise, çocuğun belirlenen dönemlerde yalnızca bir ebeveyniyle birlikte yaşaması ve bu dönem içinde hangi ebeveynin yanında ise velayetin o ebeveyn tarafından kullanılması anlamına gelmektedir. Bu velayet modeli İtalya’da çocuğun yararına olmadığı gerekçesiyle pek tercih edilmemektedir³⁴².

b) Common Law (Ortak Hukuk) Sisteminde Birlikte Velayet

(1) Amerikan Hukukuna Göre Birlikte Velayet

Common Law (ortak hukuk) sisteminde velayet XIX. yüzyıla kadar babaya aitti³⁴³. Baba çocuğun hem kişiliği hem de malvarlığı bakımından koruyucu bir figür olarak görülmekteydi³⁴⁴. XIX. yüzyılın sonlarında, baba kusurlu ise velayet anaya verilmeye başlandı.

XX. yüzyılda velayet kararlarının odağı, ana veya babanın kusurundan ziyade çocuğun menfaatlerine kaydı³⁴⁵. Özellikle yedi yaşın altındaki çocukların velayeti anaya aitti. Zira çocuğun ilk yıllarında (tender years) babaya nazaran anaya daha fazla ihtiyacının olduğu ve menfaati gereği velayetin anaya verilmesi gerektiği düşünülüyordu³⁴⁶. Ancak ana ve baba arasındaki eşitlik, başka bir ifadeyle “birlikte

³³⁹ Patti/Carleo/Bellisario, s. 14; Erlüle, s. 188 vd.

³⁴⁰ Patti/Carleo/Bellisario, s. 14; Russo/Pirola/Zei, ([https://content.next.westlaw.com/Document/I3cbe5da7e60511e398db8b09b4f043e0/View/FullText.html?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default](https://content.next.westlaw.com/Document/I3cbe5da7e60511e398db8b09b4f043e0/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default), E.T. 18.10.2018).

³⁴¹ Russo/Pirola/Zei, ([https://content.next.westlaw.com/Document/I3cbe5da7e60511e398db8b09b4f043/View/FullText.html?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default](https://content.next.westlaw.com/Document/I3cbe5da7e60511e398db8b09b4f043/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default), E.T. 18.10.2018).

³⁴² Patti/Carleo/Bellisario, s. 16.

³⁴³ Rohde, s. 6; Ayanna, s. 9; Ebels-Duggan, s. 257.

³⁴⁴ Warshak, s. 89.

³⁴⁵ Fuhrmann/Zibbell, s. 8, 9; Rohde, s. 6; Gülgösteren, s. 167; Ayanna, s. 10; Mason, s. 452.

³⁴⁶ Jameson, s. 4; Warshak, s. 92; Rohde, s. 6; Ayanna, s. 10; Mason, s. 453; Ebels-Duggan, s. 257; Taussig/ Carpenter, “s. 225, 226.

velayet” gündemde değildi. Hatta Washington Yüksek Mahkemesi’nin 1928 yılında verdiği bir kararda, birlikte velayet açıkça reddedilmekteydi³⁴⁷. Bununla beraber, nadiren, ana ve babanın çocuk üzerinde eşit hak ve yetkilere sahip olması gerektiğini vurgulayan mahkeme kararları da vardı. 1932 yılında Baer v. Baer davasında verilen karar bu duruma örnek olarak gösterilebilir³⁴⁸.

Daha sonraki yıllarda yavaş yavaş çocuğun yararı görüşü çoğunlukla benimsenmeye başlandı. Bununla ilgili en belirleyici yaklaşım ise 1973 yılında New York Aile Mahkemesi tarafından Watts v. Watts davasında verilen karar oldu³⁴⁹. Böylece 1973’den itibaren, özellikle Arkansas, Arizona, Iowa, New Mexico ve Wisconsin gibi eyaletler birlikte velayete izin veren yasalar çıkarmaya başladı³⁵⁰. Bugün 50 eyalet “Çocuk Velayetinde Genel Yargı ve İnfaz Yasası (The Uniform Child-Custody Jurisdiction and Enforcement Act)” ile “birlikte velayeti” kabul etmiştir³⁵¹.

Günümüzde velayet yasaları ortak bir düzenleme ile 18 yaşın altındaki çocukları kapsamaktadır. Türleri bakımından ise, fiziki ve hukuki velayet olmak üzere ikili bir ayrıma tabidir³⁵². Hukuki velayet, çocuk hakkında karar alma süreciyle; fiziki velayet ise çocuğun yerleşim yeriyle ilgilidir³⁵³. Aynı zamanda fiziki velayet kendi içinde tek başına fiziki velayet, birlikte (ortak) fiziki velayet ve kuş yuvası velayet şeklinde de

³⁴⁷ Bigelow v. Bigelow, 148 Wash. 138, 268 Pac. 597 (1928). “Çocukların çıkarları, elbette, her şeyden önemlidir; fakat ebeveynler boşandıklarında çocuklar, yalnızca birinin velayeti altında tutulmalıdır. Zira çocuklar hem babanın yönlendirici etkisine hem de annenin nazik ilgisine ve şefkatine sahip olamazlar”. Delle v. Delle, 112 Wash. 512, 192. (http://courts.mrsc.org/washreports/148WashReport/148WashReport 0138.htm, E.T. 07.08 2018).

³⁴⁸ Miller, s. 377; Başka bir örnek de Finlay v. Finlay davası ile 1925 yılında verilen karardır. Davada ana ve baba arasında, çocuğun yararına göre bir karar verilmesi gerektiği vurgusu yapılmıştır. Çocuğun yararının ise ancak, kusurlu olmayan tarafa velayetin verilmesi ile mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır (Jameson, s. 6).

³⁴⁹ Wats v. Wats, “Bu mahkeme kararını verirken sadece bir kriteri uyguladı: Çocuğun üs-tün yararı.” (https://www.casemine.com/judgement/us/591496e6add7b049345e9d42, E.T. 06.08.2018); Rohde, s. 6. Ayrıca bkz. Fuhrmann/Zibbel, s. 10.

³⁵⁰ Brinig, s. 476; Rohde, s. 2; Bratt, s. 282.

³⁵¹ Rohde, s. 6; Gülgösteren, s.175.

³⁵² Bratt, s. 282; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 28; Miller, s. 360.

³⁵³ Miller, s. 360.

ayrılmaktadır. Hukuki velayet ise tek başına ve birlikte (ortak) hukuki velayet olmak üzere iki şekilde düzenlenir.

Tek başına fiziki velayette, çocuk çoğunlukla ana veya babadan biri ile yaşamakta, diğeri ise onu düzenli olarak ziyaret etmektedir³⁵⁴. Birlikte (ortak) fiziki velayet ise, her iki ebeveynin de çocuğa önemli oranda (ancak mutlaka eşit) ikamet süresi ayırması anlamına gelir³⁵⁵. Örneğin yılın bir bölümü anayla, diğeri bölümü ise babayla geçirilir³⁵⁶. Bu velayet şekli “paylaşılan ebeveynlik” kavramıyla da anılmaktadır³⁵⁷. Ancak birlikte fiziki velayetin uygulanması genelde zordur ve çocuk, ana babasıyla mutlaka eşit miktarda vakit geçiremez³⁵⁸. Öte yandan, ebeveynlerden çocukla eşit miktarda vakit geçirmeleri de beklenemez. Ancak bu velayet modelinin çocuğun daha yararına olduğu varsayılmaktadır³⁵⁹.

Kuş yuvası velayette ise, çocuk tek bir merkezde yaşamakta, ana ve baba düzenli bir programla bu merkezde çocuk ile birlikte yaşamaktadır³⁶⁰. Örneğin, ana pazartesi

³⁵⁴ Arthur M. Berman/David P. Kirsh, “Definitions of Joint Custody”, 5 *Fam. Advoc.* 2, 4, Y. 1982, s. 2; ; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 28; Rohde, s. 6; Fuhrmann/ Zibbel, s. 18.

³⁵⁵ Vanessa A. K. Hurwitz; “Bird’s Nest Parenting: Parents’ Perceptions of Their Nesting Process”; *Graduate School of Psychology Fuller Theological Seminary*, February 2016, s. 5; Miller, s. 360; Rohde, s. 6; Fuhrmann/Zibbel, s. 18; Bjarnason/Arnarsson, s. 872; Berman/Kirsh, s. 2; Bratt, s. 283.

³⁵⁶ Bratt, s. 283. Bu velayet modelinde çocuk, daha çok okul zamanında bir ebeveynnin, yaz sezonunda ise diğeri ebeveynnin yanında ikamet etmektedir (Morgenbesser/Nehls, s. 100).

³⁵⁷ Susan A. Dwyer, “How to Share Parenting: So That “Equal Access” Means “The Best of Both Parents””, *American Bar Association, Family Advocate*, Vol. 33, No. 1, Y. 2010, s. 4-8, s. 4; Gülgöster, s. 175.

³⁵⁸ Rohde, s. 6. Ayanna, s. 19. Hafta içi bir ebeveyniyle, hafta sonu diğeriyle ya da okul döneminde biriyle, yaz sezonunda diğeriyle orantılı olarak vakit geçirmesi sağlanabilir. Ancak birlikte fiziki velayetin başarılı olabilmesi bakımından ana ve babanın coğrafi olarak da yakın ikametlere sahip olması önemlidir (S. Elaine Murphree, “Divorce: The Joint Custody Alternative”, *Oklahoma Law Review*, Vol. 34, s. 119- 127, s. 120).

³⁵⁹ Murphree, s. 120; Hurwitz, s. 5; Ancak bu dahi, çocuğun iki konutta da ayrı ayrı odalara, oyuncaklara sahip olması gibi ihtiyaçları doğurmasından ve tarafları ekonomik olarak zor duruma sokmasından dolayı sıkı bir şekilde eleştirilmektedir (Ayanna, s. 19, 20).

³⁶⁰ Hurwitz, s. 3; İnce makalesinde, çocuğun bu şekilde ikamet etmesini “Yuva Modeli” olarak isimlendirmektedir. Bu modelde çocuk, oturduğu konutu değiştirmeyen, ana ve babası çocuğun sabit evine belirlenen sürelerde gidip gelmektedir. Böylece yuva modelinin uygulanabilmesi için ananın, çocuğun ve babanın olmak üzere toplam üç konuta ihtiyaç duyulur (İnce, s. 212).

akşamından perşembe gününe kadar çocuğun evinde yaşarken; baba da perşembe akşamından pazartesi sabahına kadar orada yaşamaktadır³⁶¹.

Hukuki velayetin türlerinde, çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesinden ziyade çocuğun geleceğini belirleme görevi ön plandadır. Tek başına hukuki velayet çocuk ile ilgili önemli kararlar dahil tüm kararların yalnızca velayeti kendisine bırakılan tarafça verilebilmesi anlamına gelir³⁶². Örneğin, eğitim, sağlık ve dini eğitim konusunda tek bir ebeveyn söz sahibidir. Birlikte (ortak) hukuki velayette ise, çocuğun eğitim, sağlık hizmetleri, ders dışı faaliyetleri ve dini eğitimi gibi önemli kararlarda ebeveynlerin birlikte hareket etmeleri gerekir³⁶³.

Mahkeme tarafından birlikte hukuki velayete karar verilmesi, birlikte fiziki velayete de karar verilmesini gerektirmez³⁶⁴. Birlikte hukuki velayete karar verilen durumlarda hakim, birlikte fiziki velayete karar verebileceği gibi tek başına fiziki velayete de karar verebilir³⁶⁵.

Amerikan hukukunda birlikte velayete karar verilirken mahkemeler, tarafları anlaşmaya ya da arabulucu huzurunda uzlaşmaya ve velayetin kullanılmasına ilişkin bir plan yapmaya davet etmektedir³⁶⁶. Zira velayetin birlikte kullanılması asgari de olsa taraflarda işbirliği yapma konusunda bir istek ve beceri gerektirmektedir³⁶⁷. Bununla birlikte, ebeveynlerin anlaşma yapması bütün eyaletlerde ön şart olarak kabul edilmemektedir. Örneğin, Nebraska’da hakim taraflar anlaşmasa da birlikte hukuki ya da fiziki velayete karar verebilir³⁶⁸. Ayrıca tarafların anlaşamadıkları konularda

³⁶¹ Rohde, s. 6.

³⁶² K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 28; Fuhrmann/Zibbel, s. 18; Berman/ Kirsh, s. 2.

³⁶³ Bjarnason/Arnarsson, s. 872; Dwyer, s. 4; Güven, s. 28; Berman/Kirsh, s. 2; Fuhrmann/Zibbel, s. 18; Bratt, s. 283.

³⁶⁴ Ayanna, s. 22; Berman/ Kirsh, s. 3.

³⁶⁵ Ayanna, s. 22; Berman/ Kirsh, s. 3.

³⁶⁶ Merle H. Weiner, “Thinking outside the Custody Box: Moving beyond Custody Law to Achieve Shared Parenting and Shared Custody”, *University Of Illinois Law Review*, Vol. 2016/4, s. 1535- 1580, s. 1542.

³⁶⁷ Taussig/Carpenter, s. 234; Weiner, s. 1538.

³⁶⁸ Weiner, s. 1545.

uzlaşmalarını sağlamak bakımından arabulucu huzurunda görüştürülmeleri de mümkündür³⁶⁹.

Amerika’da oldukça yaygın bir şekilde uygulanan birlikte velayet modeli ilk kez 1973’te Indiana’da kabul edilmiştir. Onu 1974’te New Hampshire izlemiştir. Birlikte velayeti kabul eden son eyalet ise -2003 yılında- Arkansas’tır. Bugün Amerika Birleşik Devletleri’nde birlikte velayeti kabul etmeyen eyaletler ise sadece Washington ve Batı Virginia eyaletleridir³⁷⁰.

(2) İngiliz Hukukuna Göre Birlikte Velayet

İngiltere’de XVIII. yüzyılın sonlarına kadar velayet babaya aitti³⁷¹. Ancak 1830’lu ve 40’lı yıllarda İngiltere’de uygulanan Talfourds Yasası ile yedi yaşına kadar çocuğun velayeti anaya, yedi yaşında ya da yedi yaşından büyük çocukların velayeti babaya verilmeye başlandı³⁷². Zira çocuğun ilk yıllarında babaya nazaran anaya daha fazla ihtiyacının olduğu ve menfaati için velayetin anaya verilmesi gerektiği düşünülmekteydi³⁷³. XX. yüzyılda ise, velayet kararları çocuğun üstün yararı kapsamında değerlendirilmeye başlandı³⁷⁴. Bu dönemde yapılan en önemli değişiklik, 1989 yılında düzenlenen “*Children Act (CA)*” (Çocuklar Kanunu) ile oldu³⁷⁵. Bu

³⁶⁹ Morgenbesser/Nehls, s. 102.

³⁷⁰ Bu paragrafta yer alan bilgiler için bkz. Rohde, s. 7.

³⁷¹ Rohde, s. 6; Ayanna, s. 9; Ebels-Duggan, s. 257; Morgenbesser/Nehls, s. 6.

³⁷² Jameson, s. 5; Miller, s. 351; Taşkın, s. 89; Solmaz, s. 16; Danaya C. Wright, *The Crisis of Child Custody: A History of the Birth of Family Law in England*, *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 11/2, Y. 175 (2002), s. 213.

³⁷³ Jameson, s. 5; Warshak, s. 92; Rohde, s. 6; Ayanna, s. 10; Mason, s. 453; Ebels-Duggan, s. 257. 1839 tarihli yasanın mahkemelerce ilk uygulaması 1940’da kendini gösterdi. İngiliz hukuk tarihinde önemli bir yeri olan bu dava Taylor v. Taylor davası olarak bilinir. Bu davada Bay ve Bayan Taylor’un velayet davası tartışılmaktadır. Bay Taylor, beş çocuğunu da alarak Fransa’ya yerleşmiştir. İngiltere’de kalan Bayan Taylor ise eşine karşı çocuklarının velayetini talep etmiş ve mahkeme Bayan Taylor’un yedi yaşından küçük üç çocukla birlikte ikamet etmesine ve diğer çocuklarla da görüşmesine karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Wright, s. 226 vd.

³⁷⁴ Wright, s. 183; Fuhrmann/Zibbell, s. 8, 9; Rohde, s. 6; Gülgösteren, s. 167; Ayanna, s. 10; Mason, s. 452.

³⁷⁵ Peter G. Harris/Robert H. George, “Parental Responsibility and Shared Residence Orders: Parliamentary Intentions and Judicial Interpretations”, *Child and Family Law Quarterly* Vol 22, No 2, 2010, s. 151- 171, s. 151; N. V. Lowe, “The Allocation of Parental Rights

Kanun, 2002 yılında özellikle evlilik dışı ilişkiler bakımından yenilenerek bugünkü halini aldı³⁷⁶.

Kanunun kabulünden önce, evlilik sona erdiğinde velayet ana veya babadan birine bırakılmakta, diğer ebeveynin ise sadece çocukla kişisel ilişki kurmasına karar verilmekteydi. Velayet kendisine bırakılmayan taraf çocuğun gelişimi ve yetiştirilmesinde söz sahibi değildi. Eşler ayrıldıktan sonra çocuk üzerinde eşit olmayan bir hakimiyete sahipti. Bu hakimiyet de mahkemeler tarafından genelde analara verilmekteydi. Babalar ise, analarla eşit haklara sahip olabilmek için mücadele verilmekteydi. Çocuklar Kanunu ile İngiltere’de başta “*hakimiyet*”, “*otorite*” anlamına gelen “*custody*” ve “*parental rights and duties*” gibi kavramlardan vazgeçilerek, yerine ana ve babaya çocukları üzerinde eşit hak ve yükümlülükler tanıyan “*parental responsibility*” (ebeveyn sorumluluğu)³⁷⁷ kavramı benimsendi³⁷⁸.

İngiltere’de velayet, ülkemizde olduğu gibi yasal ana ve baba tarafından ve onsekiz yaşın altındaki çocuklar bakımından uygulanmaktadır³⁷⁹. Velayetin kullanılmasında aslolan çocuğun üstün yararadır³⁸⁰. Evlilik birliği içinde ana ve baba velayeti birlikte kullanır (CA m.2/1). Ana ve babanın boşanması halinde de velayet birlikte kullanılmaya devam edilir. Öte yandan boşanma halinde velayetin ana veya babadan birine verilebilmesi de mümkündür. Ebeveynlerden birinin çocuğa zarar vermesi, ona şiddet uygulaması durumunda velayetin yalnızca bir ebeveyne verilmesi, buna örnek olarak gösterilebilir³⁸¹. Ancak kural, velayetin birlikte kullanılmasıdır³⁸².

and Responsibilities - The Position in England and Wales”, *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, Summer 2005, s.267- 299, s. 267.

³⁷⁶ Valongo, s. 86; Patrick Parkinson/Bruce Smyth, “Satisfaction and Dissatisfaction with Father-Child Contact Arrangements in Australia”, *Child and Family Law Quarterly*, Vol 16, No 3, 2004, s. 290.

³⁷⁷ Harris/George, s. 157.

³⁷⁸ Lowe, s. 268.

³⁷⁹ Jonathan Herring, *Family Law*, B. 7, Harlow, United Kingdom 2015, s. 377; Lowe, s. 272.

³⁸⁰ James Stewart/Edward Floyd/Rebecca Dziobon/Penningtons Manches LLP, *Family Law in The UK* (England and Wales), s. 18 (<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com>, E.T.25.09.2018); Herring, s. 379.

³⁸¹ Lowe, s. 286.

³⁸² Lowe, s. 269.

Ana ve baba evli değilse velayet, kural olarak anaya aittir³⁸³ (CA m.2/2-a). Baba, çocuk ile arasında soybağının kurulması halinde velayete sahip olabilir (CA m.2/2-b). Ayrıca babanın birlikte velayete sahip olabilmesi için çocuk ile aralarında yasal soybağının kurulması tek başına yeterli değildir. Başka bir ifadeyle birlikte velayet, evlilik dışı ilişkilerde kendiliğinden kazanılmaz. Ana ve baba arasında bir velayet anlaşması yapılması ya da babanın başvurusu üzerine mahkeme tarafından velayet kararı verilmesi gerekir³⁸⁴(CA m. 4/1-a,b). Bu anlaşma, çocuğun nerede yaşayacağı, kiminle hangi koşullar altında ne kadar görüşeceği, çocuk kendisine bırakılan tarafın diğer ebeveynin izni olmadan yerleşim yerini değiştirip değiştiremeyeceği ve nafakanın ne şekilde ödeneceği ya da çocuk hakkındaki kararların ne şekilde alınacağı gibi bazı önemli konuları içermelidir³⁸⁵. Böyle bir anlaşmanın var olmadığı durumlarda çocuğun hangi ebeveyniyle birlikte yaşayacağına mahkeme tarafından karar verilmelidir³⁸⁶.

Ana ve baba velayetin birlikte kullanılmasıyla çocuk üzerinde eşit söz hakkına sahip olmakta ve çocukla mümkün olduğunca eşit zaman geçirmektedir³⁸⁷. Ebeveynlerin birbirine karşı oy üstünlüğü bulunmamaktadır. Ancak, diğerinin yokluğunda bir ebeveynin tek başına bazı kararları alabilmesi de mümkündür³⁸⁸. Örneğin günlük/alelade işlerde, çocuğun yanında kaldığı ebeveynin tek başına karar verme yetkisi saklıdır³⁸⁹. Önemli işlerde ise, ana ve babanın kararları birlikte almaları beklenirken; anlaşamadıkları durumlarda mahkemeye başvurmaları mümkündür³⁹⁰. Özellikle çocuğun yerleşim yerinin yurt dışına taşınması konusunda çocuğu

³⁸³ Herring, s. 378; Lowe, s. 269.

³⁸⁴ İnce, s. 206; Herring, s. 383, 384; Lowe, s. 270; Valongo, s. 86.

³⁸⁵ İnce, s. 206; Herring, s. 378; Lowe, s. 270.

³⁸⁶ İnce, s. 206.

³⁸⁷ Stewart/Floyd/Dziobon/Manches, s. 18, 19; Herring, s. 433.

³⁸⁸ Herring, s. 439; Lowe, s. 281.

³⁸⁹ Herring, s. 441; Lowe, s. 281; Erlüle, s. 188.

³⁹⁰ Herring, s. 441, 442; Lowe, s. 282; Erlüle, s. 188, 189.

himayesinde bulunduran ebeveynin CA m. 13 gereği diğerinden izin alması gerekir³⁹¹. Aksi halde diğer ebeveyn mahkemeye başvurabilir³⁹².

(3) Avustralya Hukukuna Göre Birlikte Velayet

Avustralya hukukunda velayete ilişkin olarak ana ve babanın sahip olduğu ortak sorumluluklara ilk kez 1975 tarihli “*Family Law Act*”-Aile Hukuku Kanunu’nda-
değinilmiştir³⁹³. Common Law (ortak hukuk) sisteminde yer alan diğer ülkelerde olduğu gibi, Avustralya’da da “*çocuğun üstün yararı*”nın etkisi kendisini göstermiş; ana ve babası evli, ayrılmış ya da evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklarda birlikte velayet sorunu gündeme gelmiştir³⁹⁴. Bu sorun, 1990’lı yıllarda ana ve babanın çocukları ile eşit zaman geçirmelerine ilişkin tartışmalara evrilmiştir³⁹⁵. Bunun üzerine 2003 yılında, velayete ilişkin bir meclis araştırması yapılmış³⁹⁶, kongre üyeleri tarafından “*eşit zaman*” varsayımı üzerine tavsiyeler geliştirilmiştir³⁹⁷. Ebeveynlere çocuğun yararına en yüksek düzeyde katılımı için fırsat sağlanması ve aileler arasında eşitliğin sağlanabilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır³⁹⁸ (Bölüm 60CA ve 65DAA). Nihayet 2006 tarihinde “*equal shared parental responsibility*” başlığıyla, Kanun’da birlikte velayet kapsamında bir takım değişikliklere gidilmiştir³⁹⁹. Bu değişikliklerle,

³⁹¹ Lowe, s. 282; Erlüle, s. 190. European justice, (https://e-justice.europa.eu/content_lawful_removal_of_the_child-289-EW-en.do?clang=en, E.T. 25.09.2018).

³⁹² İngiltere’de mahkeme öncesinde arabuluculuk hizmeti yapan bir ofis bulunmaktadır. “*The Children and Family Court and Advisory Service [CAFCASS]*” olarak bilinen ofis, 2001 Nisan ayından bu yana aileler ve çocukları ile ilgili uyuşmazlıklarda görevlidir. Velayet konusunda ana ve baba arasında anlaşmaya gidilmesini sağlarken, eğer çocuk dokuz yaş ve üzerinde ise, özellikle çocuğun da hazır bulunduğu görüşmeler sağlanır (Lowe, s. 276, 277).

³⁹³ Danielle Bozin, “Equal Shared Parental Responsibility and Shared Care Post-Return to Australia under the Hague Child Abduction Convention”, *UNSW Law Journal*, Vol. 37(2), s. 603-632, s. 612; Reg Graycar, “Family Law Reform in Australia, or Frozen Chooks Revisited Again”, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 13:24, 2012, s. 241- 269, s. 242.

³⁹⁴ Yapılan bir araştırmada Avustralya’da 1980’li ve 90’lı yıllarda velayetin çoğunlukla ana-ya verildiği ve çocukların % 36’sının babasıyla aydan aya hatta % 40 ila % 50 civarının ise yılda altı defa ya da daha az görüştüğü bulgusuna ulaşılmıştır (Parkinson/Smyth, s. 290, 291).

³⁹⁵ Parkinson/Smyth, s. 289.

³⁹⁶ Parkinson/Smyth, s. 289.

³⁹⁷ Bozin, s. 614;

³⁹⁸ Bozin, s. 612; Parkinson/Smyth, s. 289.

³⁹⁹ Bala, s. 462; Kiremitçi, s. 15.

her ebeveynin “*eşit paylaşılan ebeveyn sorumluluğu*” olduğu kabul edilmiştir. Düzenlemeyle birlikte, ana ve babaya çocuğun uzun vadeli kararlarında eşit söz hakkı sağlanmakta, ebeveynler işbirliğine teşvik edilmektedir⁴⁰⁰. Böylece aksi bir karar bulunmadıkça, ana ve babanın kural olarak, çocukları üzerinde birlikte velayete sahip oldukları kabul edilmektedir.

Avustralya’da birlikte velayet talebi için mahkemeye başvurmadan önce, ana ve babanın bir arabulucuya başvuru yapmaları ve sorunu çözmek için gerçek bir girişimde bulunmaları gerekir (Bölüm 65DAC/3). Ancak, istismar veya aile içi şiddet söz konusu ise arabulucuya gidilmeksizin doğrudan mahkemeye yapacakları başvuru da geçerlidir⁴⁰¹ (Bölüm 61D/2-a,b).

Avustralya hukuk sisteminde ana ve babanın çocuk ile ilgili bir anlaşma yapması mümkündür (Bölüm 65DAB). Anlaşmanın varlığı halinde mahkeme onu gözönünde bulundurmakla yükümlüdür. Ancak, anlaşma olsun ya da olmasın birlikte velayet çocuğun yararına aykırı ise mahkeme, çocuğun her iki ebeveyniyle de önemli bir miktarda zaman geçirmesi koşuluyla, alternatif bir modelin uygulanmasına da karar verebilir (Bölüm 61D/4 ve Bölüm 65DAA). Çocuğun ebeveyniyle ne kadar zaman geçireceğini belirlerken mahkeme, aşağıda zikredilen bazı önemli kriterleri dikkate almalıdır (Bölüm 65DAA/5 ve Bölüm 65DAC):

- çocuğun menfaatleri,
- çocuğun ana ve babası ile vakit geçirmesinin uygulanabilirliği,
- ebeveynlerin birbirinden ne kadar uzakta yaşadığı,
- ebeveynlerin birbirleriyle ve çocukla ne kadar iyi iletişim kurdukları,
- herhangi bir düzenlemenin çocuk üzerinde yaratacağı etki,
- ana ve babanın anlamlı bir ilişki içinde olmasının yararı,

⁴⁰⁰ Bala, s. 462; Bozin, s. 613.

⁴⁰¹ Avustralya’da mahkemeler dışında arabuluculuk vb. hizmetlerin sunulduğu Family Relationships Centres (FRCs) isminde bağımsız kuruluşlar bulunmaktadır. Bu merkezlerde, ayrılan aileler için bir saate kadar ücretsiz arabuluculuk hizmeti sunulmaktadır (Bala, s. 463).

• çocuğun fiziksel veya psikolojik zararlardan korunmaya ihtiyacı olup olmadığı,

• çocuğun ifade ettiği görüşler,

• ana ve babanın çocukla zaman geçirip geçirmediği,

• çocuğu korumakla ilgili yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği veya yerine getirip getiremeyeceği,

• çocuğun kişisel özellikleri,

• herhangi bir aile içi şiddet geçmişi,

• ana ve babanın çocuğun ihtiyaçlarını karşılayabilme yetenekleri⁴⁰².

Görüldüğü üzere, Avustralya hukukunda da çocuğun üstün yararı şemsiyesinde ana ve babanın başta çocukla aynı oranda vakit geçirmesi gereği olmak üzere eşit hak ve yetkilere sahip olmasına imkan tanıyan düzenlemeler bulunmaktadır.

(4) Kanada Hukukuna Göre Birlikte Velayet

Kanada’da velayet neredeyse XX. yüzyıla kadar babaya aitti⁴⁰³. XX. yüzyılın birinci yarısında ise, çocukluğun ilk yıllarında velayet anaya verilmeye başlandı. Hatta zina etmedikçe, ahlaki bakımdan uygunsa velayet çoğunlukla anaya verilmekteydi⁴⁰⁴. XX. yüzyılın ikinci yarısında ise mahkemelerde “*çocuğun üstün yararı*” tartışılır hale geldi. Yine de 1970’lere kadar Kanada Yüksek Mahkemesi, çocukların analarının velayetinde olması gerektiğini savunuyordu⁴⁰⁵. Ancak 1970’lerin sonunda, çocuğun üstün yararına uygun olduğu gerekçesiyle, birlikte velayet kavramı kullanılmaya başlandı. Başlangıçta mahkemeler birlikte velayet kurumuna mesafeliydi⁴⁰⁶. Ancak

⁴⁰² Bozin, s. 603; ayrıca bkz. (<https://www.gotocourt.com.au/family-law/equal-shared-parental-responsibility/> E.T. 10.10.2018).

⁴⁰³ Bala, s. 437; Rohde, s. 6; Ayanna, s. 9; Ebels-Duggan, s. 257.

⁴⁰⁴ Bala, s. 437; Jameson, s. 4; Warshak, s. 92; Rohde, s. 6, Ayanna, s. 10; Mason, s. 453; Ebels-Duggan, s. 257.

⁴⁰⁵ Bala, s. 437.

⁴⁰⁶ Bala, s. 438.

kademeli olarak birlikte velayetin birçok durumda çocuğun daha yararına olduğu kanaatine varıldı⁴⁰⁷.

Kanada’da ilk kez 1986 tarihli “*Divorce Act (DA) (Boşanma Yasası)*” ile birlikte velayete izin veren hükümler getirildi ancak, “*Custody (Velayet)*” ve “*Access (Erişim)*” kavramlarından vazgeçilmedi⁴⁰⁸.

Günümüzde velayet, “*Divorce Act (DA) (Boşanma Yasası)*” ve “*Children’s Law Reform Act (CLRA) (Çocuk Hukuku Reform Yasası)*” de düzenlenmektedir. Ancak bu düzenlemelerin velayete ilişkin hükümlerinde yaklaşık 20 yıldır belirgin bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu nedenle velayet, son yıllarda daha fazla tartışılır hale gelmiştir⁴⁰⁹. Böylece hükümet tarafından parlamantoya, 2003 yılında “*Divorce Act*” içinde yenilikler yapılması amacıyla Bill C-22 ve 2014 yılında Bill C-560 sayılı Tasarılar sunulmuş ve Tasarılarda ebeveynlerin çocuklarıyla eşit zaman geçirmeleri hususuna odaklanılmıştır⁴¹⁰. Ardından 22 Mayıs 2018 tarihinde parlamantoya bir Tasarı daha sunulmuştur. Bill C-78 ismiyle anılan tasarı, Avam Kamarasında görüşülmeye başlanmıştır⁴¹¹. Bu tasarinin odak noktasında ise “*çocuğun üstün yararı*” ilkesi bulunmaktadır. Özellikle yasalarda kullanılan “*custody (velayet)*” ve “*access*

⁴⁰⁷ Kanunlarda açıkça yer almamasına rağmen Kanada’da mahkemeler birlikte velayet kararı vermeye başladılar (İcan, s. 66).

⁴⁰⁸ Bala, s. 439; İcan, s. 67.

⁴⁰⁹ Zira Kanada’da yapılan bir araştırmada boşanmış ailelerin çocuklarının %30’undan fazlasının yanında ikamet etmediği ebeveyniyle hiç görüşmediği ya da çok az görüştüğü saptanmıştır (Kruk, Child Custody, s. 35).

⁴¹⁰ Bala, s. 428, 429.

⁴¹¹ Avam Kamarasında yapılan görüşmelerde Adalet Bakanı Hon. Jody Wilson-Raybould tasarı hakkında şunları açıkladı: “*Aileler ve özellikle çocuklar için ayrılık ve boşanma zor olabilir. Etkilerin geniş kapsamlı olabileceğini biliyoruz. İki milyondan fazla çocuk, ayrılmış veya boşanmış olan ailelerde yaşıyor. Federal aile yasaları ise, ailelerin uyumsuzluklarını hızlı ve etkin bir şekilde çözmelerine yardımcı olmalıdır, ancak bu yasalar 20 yıldan uzun bir süredir büyük ölçüde güncellenmemiştir ve modernizasyona çaresiz bir şekilde ihtiyaç duymaktadır. Son yirmi yılda aileler değişti ve adalet sistemimiz değişti. Hükümetimiz, tüm Kanadalıların ihtiyaçlarını daha iyi karşılayabilmek için federal aile yasalarını ve aile adalet sistemini iyileştirmek için ne yapılması gerektiğini biliyor. Bill C-78, kritik öneme sahip dört hedefi daha ileri götürüyor: çocuğun çıkarlarını teşvik etmek, aile içi şiddeti ele almak, çocuk yoksulluğunu azaltmak ve aile adalet sisteminin verimliliğini ve erişilebilirliğini geliştirmek. Bunların hepsini sırayla ele alacağım*” (<https://www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/42-1/house/sitting-26/hansard#10264803>, E.T. 16.10.2018).

(erişim)” kavramlarının değiştirilmesi, yerine, ebeveynlerin sorumluluklarını paylaştıklarını ifade eden “*parenting responsibilities, parenting time, parental decision-making*” gibi kavramların kullanılması önerilmektedir⁴¹². Bill C- 560’da, terim olarak “*equal parenting presumption* (eşit ebeveynlik karinesi)” kavramını kullanmaktaydı. 2014 yılında bir anket yapıldı ve bu kavram sadece katılanların % 23’ü tarafından desteklendi. Katılanların yaklaşık % 78’i ise “*Divorce Act*” de yer alan “*Custody*” ve “*Access*” kavramları yerine “*parental responsibility*” veya “*parenting time*” kavramlarının kullanılmasını destekledi⁴¹³. Ancak söz konusu tasarı parlamantoda henüz kabul edilmedi.

Mevcut kurallar incelendiğinde, Kanada hukukunda, Amerikan hukunda olduğu gibi velayet, kullanım şekline göre ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bunlar; tek başına velayet, birlikte hukuki velayet, birlikte fiziki velayet ve bölünmüş velayettir⁴¹⁴.

Tek başına velayet, velayetin ana veya babadan birine tevdi edildiği halleri kapsamaktadır. Bu durumda, çocuk yalnızca bir ebeveyniyle birlikte yaşamakta, diğeriyle kişisel ilişki kurmaktadır⁴¹⁵.

Birlikte hukuki velayette, çocuk her iki ebeveynin de velayeti altındadır. Bu velayet şeklinde, kararlar ana ve baba tarafından birlikte alındığı gibi ana ve babanın sürekli işbirliği içinde olması beklenmektedir⁴¹⁶. Bu nedenle, birlikte hukuki velayetin söz konusu olabilmesi için, ebeveynlerin işbirliğine hazır olmaları ve birbirleriyle

⁴¹² Parkinson/Smyth, s. 290. Kanada Parlemantosundaki tasarı görüşmeleri için bkz. <https://www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/42-1/house/sitting-26/hansard#10265234>, E.T. 16.10.2018. Ayrıca bu kavramlar hakkında doktrinde de kazanma ve kaybetmişlik hissi uyandırdığından dolayı vazgeçilmesi yönünde görüş beyan edilmektedir (Bala, s. 454; Weiner, s. 1543).

⁴¹³ Bala, s. 468.

⁴¹⁴ Jameson, s. 10; Ebels-Duggan, s. 265; Bala, s. 436, 437. Ayrıca bkz. (<http://divorce-canada.ca/child-custody-in-canada>, E.T. 16.10.2018).

⁴¹⁵ Yapılan bir araştırmaya göre; Kanada’da 2002 yılına kadar anaların % 45’i velayeti yasal olarak tek başına kullanırken, boşanan ailelerin %47’si hakkında da birlikte yasal velayet kararı verildiği görülmektedir (Bala, s. 433).

⁴¹⁶ Ebels-Duggan, s. 265; Fuhrmann/Zibbel, s. 18; Bjarnason/Arnarsson, s. 872.

anlaşabilmeleri gerekir⁴¹⁷. Bu takdirde mahkeme, çocuğun yerleşim yerini belirlemekle görevlidir.

Birlikte fiziki velayette; çocuk her iki ebeveynin de müşterek nezaretindedir. Ebeveynlerin çocukları ile zaman geçirme oranları ise neredeyse yarı yarıyadır⁴¹⁸. Boşanma Yasası'nın "*Joint Custody or Access (Birlikte Velayet ve Erişim)*" başlıklı 16/4. maddesinde açıkça, velayetin başvuru üzerine her iki eşe birden verilebileceği düzenlenmiştir. Yine Çocuk Hukuku Reform Yasasının, "*Entitlement to Custody (velayet hakkı)*" başlıklı m. 20/1 hükmüne göre de ana ve baba velayet konusunda eşit hak ve yükümlüklere sahiptir. Reform Yasasının başka bir hükmünde; birlikte velayetin kabulü durumlarında taraflardan yalnızca birinin velayete ilişkin hak ve sorumluluklarını yerine getirebileceği düzenlenmektedir (CLRA m. 20/3). Bu durumda çocuğun menfaatlerinin öncelikli olduğu ise unutulmamalıdır⁴¹⁹ (DA m. 8, CLRA m.20/2).

Velayetin başka bir kullanım şekli ise bölünmüş velayettir. Bu velayet türünün uygulanması, birden fazla çocuğa sahip olanlar bakımından mümkündür. Zira çocuklardan bazıları bir ebeveynin, kalanlar ise diğer ebeveynin velayeti altındadır. Mahkemeler, küçük çocukları kardeşlerinden asla ayırmak istemese de bazı durumlarda yaşı büyük olan çocukların diğer kardeşlerinden farklı ebeveynleriyle yaşamayı tercih etmeleri üzerine bölünmüş velayete karar vermektedir⁴²⁰.

⁴¹⁷ Bala, s. 472.

⁴¹⁸ Ebels-Duggan, s. 265; Rohde, s. 6; Fuhrmann/Zibbel, s. 18; Miller, s. 360; Bjarnason/Arnarsson, s. 872; Bala, s. 433.

⁴¹⁹ Jameson, s. 6, 7.

⁴²⁰ Divorce Act, "*Order for custody*" başlıklı m. 16/1'e göre; eşlerden birinin ya da her ikisinin yaptığı başvuru üzerine, yetkili yargı yeri çocukların tamamı ya da herhangi biri hakkında velayet veya kişisel ilişki kurma hakkı tanıyabilir. (<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/D-3.4/page-3.html>, E.T. 10.10.2018).

2. Uluslararası Metinlerde Birlikte Velayet

a) Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Kapsamında Birlikte Velayet

Çocuk haklarının tarihsel gelişimine bakıldığında, uluslararası metinlere konu olması bakımından önemli gelişmelerin birçoğunun XX. yüzyılda gerçekleştiği söylenebilir. Bu yüzyılda meydana gelen birinci ve ikinci dünya savaşları, ardından ortaya çıkan toplumsal olaylar ve 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin yayımlanması, çocuk haklarına yönelik düzenlemelerin nedeni olarak kabul edilir⁴²¹. Esasen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer alan haklar çocuklar için de geçerlidir. Ancak, çocuğun kendine özgü fiziksel ve ruhsal özellikleri ile yetişkinlerden farklı gereksinimlerinin bulunması, uluslararası hukuk tarafından ona ayrı ve özel düzenlemelerin yapılması ihtiyacını doğurmuştur⁴²².

Çocuk haklarına ilişkin olan ilk uluslararası düzenleme, 1924 yılında Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilen “*Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi*”dir. Bu bildirmede çocuğun gelişimi, eğitimi ve korunması ile barış içinde yetiştirilmesini kapsayan beş madde düzenlenmektedir⁴²³.

Çocuk hakları bakımından yayımlanan ikinci uluslararası düzenleme ise; 1959 tarihli “*BM Çocuk Hakları Bildirgesi*”dir. Bu bildirgeyle ilk kez, “*çocuğun üstün yararı*” ilkesinin düzenlendiği söylenebilir⁴²⁴. Bildirgenin ikinci ilkesinde “*Çocuklar özel olarak korunmalı, yasa ve gerekli kurumların yardımı ile fiziksel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve toplumsal olarak sağlıklı normal koşullar altında özgür ve onurunun zedelenmeyecek şekilde yetişmesi sağlanmalıdır. Bu amaçla çıkarılacak yasalarda çocuğun en yüksek çıkarları gözetilmelidir*” ifadeleri yer almaktadır. “*Çocuğun üstün yararı*” ilkesi, birlikte velayete hakim olan en önemli ilkedir.

⁴²¹ Erlüle, s. 41.

⁴²² Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 37; Erlüle, s. 42.

⁴²³ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 38, 39; Erlüle, s. 43

⁴²⁴ Erlüle, s. 43; Usta, s. 63.

Bildirgeler devletler açısından bağlayıcı olmayan düzenlemelerdir. Bu nedenle, çocuk hakları açısından hazırlanan en önemli belge, 1989 tarihli “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHS)”dir. ÇHS, 20 Kasım 1989 tarihinde, Çocuk Hakları Bildirgesinin bağlayıcı olmaması ve fakat çocukların uluslararası alanda korunması gereği düşüncesiyle, Polonya’nın girişimleri sonucunda, BM Genel Kurulunda oy birliğiyle kabul edilmiştir⁴²⁵. Çocuğun üstün yararının sıkça vurgulandığı bu Sözleşme, sadece çocuk haklarına odaklanmasıyla değil⁴²⁶; Türkiye dahil birçok ülke tarafından imzalanması nedeniyle de dünyada önemli sözleşmeler arasında yer alır⁴²⁷. Sözleşme, ülkemizde 27 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴²⁸.

Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuk haklarını, koruyucu ve sahiplenici bir dille belirtmekte, başta ana ve babaların olmak üzere devletin de tüm kuruluşlarıyla birlikte çocuklara karşı olan görev ve sorumluluklarını tespit etmektedir⁴²⁹. Ana ve babanın haklarından ziyade sorumluluklarına dikkat çeken Sözleşme, özellikle ana ve babanın çocuğun yararına hareket etmesi gereğini düzenlemektedir⁴³⁰. Bu nedenle Sözleşme’nin, birlikte velayet açısından da önemli bir yere sahip olduğu söylenebilir. Zira ana ve babanın velayet konusunda eşit haklara sahip olması çocuğun hayatına ve refahına doğrudan etki etmektedir. Öte yandan, birlikte velayete hakim olan ilkelere “çocuğun üstün yararı” ilkesi, Sözleşme’nin temel ilkeleri arasındadır. Hatta Sözleşme, çocuğun üstün yararı çatısı altında şekillenmektedir⁴³¹. ÇHS’nin 3. maddesinde yer alan ilke, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşlarının,

⁴²⁵ Erlüle, s. 43, 44.

⁴²⁶ BMMYK Kılavuz İlkeleri, s. 10.

⁴²⁷ Nikolina, European Instruments, s. 126; Usta, s. 66; Kahraman, s. 30. Bu Sözleşme Çocukların Magna Carta’sı olarak da bilinir (Serozan, Çocuk Hukuku, s. 49).

⁴²⁸ R.G. 27.01.1995, S. 22184. Dönmez/Barın, s. 188 vd.

⁴²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 40, 41; Reiser, s. 204; Özmen, s. 20, 21; Usta, s. 67.

⁴³⁰ Usta, s. 67.

⁴³¹ Nikolina, European Instruments, s. 126; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 52; Erlüle, s. 46; Özmen, s. 32; Dönmez/Barın, s. 189; Grassinger, Çocuğun Menfaati, s. 824.

mahkemelerin, idari makamların veya yasama organlarının çocukları ilgilendiren tüm faaliyetlerde, çocuğun yararını gözeterek hareket etmelerini emretmektedir⁴³².

Sözleşme'nin birlikte velayeti ilgilendiren en önemli hükümlerinden birisi, çocuğun ana ve babası tarafından bakılma hakkının düzenlendiği 7. maddesidir⁴³³. Hükmün ilk fıkrasına göre çocuk, mümkün olduğu ölçüde ana ve babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahiptir. Bu hak çerçevesinde, çocuğun ana ve babasından onların rızası dışında ayrılmaması da güvence altına alınmaktadır (ÇHS m. 9/1). Zira çocuğun ana ve babasıyla birlikte yaşaması, onların rızası olmadan yanlarından ayrılmaması hakkı, velayetin birlikte kullanılmasıyla doğrudan ilgilidir. Nitekim çocuk, velayetin tek başına kullanıldığı ve himaye hakkının ebeveynlerden birine bırakıldığı hallerde, ana veya babasından ayrılmak zorunda kalmaktadır. Elbette çocuğun ana ve babasından ayrı kalmasının hukuken zorunlu olduğu haller saklıdır. Sözleşme'ye göre, ana ve babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması veya ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana ve babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle, hakimin çocuğun yerleşim yerini belirlemesi gerektiğinde, çocuğun ana ve babasından ayrı kalması mümkündür (ÇHS m. 9/1). Ancak bu halde dahi taraf devletlerin, ana ve babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana ve babanın her ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı göstermesi gerektiği düzenlenmektedir (ÇHS m.9/3).

Sözleşmenin 7. ve 9. maddelerinde yer alan çocuğun anası ve babası tarafından bakılma ve onlarla birlikte yaşama hakkı; evli, ayrı yaşayan ya da boşanmış eşlerin çocukları bakımından bir ayrım gözetmez. Zira ana ve baba arasındaki ilişki çocuklar bakımından önemli değildir. Sözleşme hükümleriyle, çocuğun ana ve baba ile arasındaki bağın geliştirilmesi, onlarla düzenli şekilde görüşmesi ve her iki tarafın da çocuk ile eşit olarak ilgilenmesi amaçlanmaktadır⁴³⁴. Ayrıca, Sözleşme'de esas alınan

⁴³² Nikolina, European Instruments, s. 126; BMMYK Kılavuz İlkeleri, s.10; Grassinger, Çocuğun Menfaati, s. 824.

⁴³³ Dönmez/Barın, s. 189; Şimşek, s. 109; Özmen, s. 20, 21.

⁴³⁴ Nikolina, European Instruments, s. 127.

“ayrımcılık yasağı” da (m. 2) çocukların kendileri ve ebeveynleriyle arasındaki her çeşit ayrımcılığa karşı korunmasını emretmektedir⁴³⁵. Birlikte velayet açısından değerlendirildiğinde, başta evlilik dışı ve evlilik içi doğan çocuklar arasında ve velayetin tevdi edildiğindeki kadın ve erkek arasında yapılan ayrımının, ÇHS’nin 2. maddesine aykırı olduğu söylenebilir. Belirtmek gerekir ki, Anayasa’nın 10. ve 41. maddeleri de “eşitlik” ve “ayrımcılık yasağı” ilkelerini benimsemektedir. Bu nedenle, ana ve baba evlilik birliği sona erdiğinde ya da evlilik dışı bir ilişkide ÇHS gereğince velayeti birlikte kullanmak isteyebilir. Sözleşme’de açık bir hükme yer verilmemesine rağmen, düzenlenen çocuk hakları ve özellikle de çocuğun üstün yararı kapsamında birlikte velayetin teşvik edildiği ve desteklendiği görülmektedir⁴³⁶.

Çocuk Hakları Sözleşmesi, birlikte velayeti yalnızca çocuğun üstün yararı kapsamında desteklemez. Sözleşme aynı zamanda, “çocuğun görüşlerinin alınması ilkesi” bakımından da önemlidir. Nitekim birlikte velayet kararı verilirken taraflara yargılamaya katılma ve görüşlerini bildirme fırsatı tanınmalıdır. Taraflar arasında muhakkak çocuklar da yer alır. Esasen çocuğun görüşü, ana ve babanın görüşünden daha önemlidir. Zira velayetin tevdi doğrudan çocuğun geleceğini etkileyen önemli bir karardır. Öte yandan çocuğun katılımı, ÇHS’nin 12. maddesinde de emredilmektedir⁴³⁷. Hükme göre, kendi görüşünü oluşturan çocuğa bu görüşleri ifade etme hakkı verilmelidir. Ayrıca bu hak, çocuğun kendisini etkileyen tüm adli ve idari işlemlerde dinlenilme hakkını da içerir. Görüldüğü üzere, velayetin birlikte ya da tek başına kullanılmasına karar verilirken çocuğun görüşlerine ağırlık verilmesi, ÇHS tarafından kabul edilen genel bir ilkedir.

b) AİHS ve Ek 7 No’lu Protokol Kapsamında Birlikte Velayet

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarının ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik düzenlenen ilk ve en etkili sözleşme olma özelliğini taşımaktadır. Sözleşme’nin birlikte velayetle doğrudan ilgisi olan maddeleri 8. ve 14. maddeleridir.

⁴³⁵ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 60; Özmen, s. 32.

⁴³⁶ Nikolina, European Instruments, s. 128; Dönmez/Barın, s. 189.

⁴³⁷ UNHCR, The Best Interests of the Child, s. 14; Özmen, s. 21.

Sözleşme'nin 8. maddesi, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterme hakkını korumakta ve bir kamu otoritesi tarafından bu hakkın kullanılmasına müdahale edilmesini yasaklamaktadır. Hükme bakıldığında, birlikte velayetin söz konusu madde kapsamında olup olmadığı açık bir şekilde anlaşılamamaktadır. Ancak AİHM kararlarında, aile yaşamına saygının doğrudan “*velayet*” konusunu da kapsadığı açıkça ifade edilmektedir⁴³⁸.

Aile yaşamı, tarafların ev içinde ya da dışında birlikte yaşadığı fiili aile bağlarını içerir⁴³⁹. Böyle bir ilişki içinde doğan çocuk, doğduğu andan itibaren aile birliğinin bir parçasıdır. Ana ve babanın doğum anında birlikte yaşamaması ya da evliliklerinin sona ermesi hallerinde de çocuğun ana ve babası ile arasında bir bağ olduğu kabul edilir⁴⁴⁰. Bu nedenle AİHM, ana ve babaya velayeti birlikte kullanma imkanının verilmemesini, 8. maddenin ihlali olarak kabul etmektedir.

Velayetin birlikte kullanılması açısından, sadece AİHS'nin 8. maddesi değil, 14. maddesi de önemlidir. AİHM kararlarında 8. maddenin yanında 14. maddede yer alan ayrımcılık yasağına da yer verilmektedir⁴⁴¹. Söz konusu maddeler özellikle, velayet ve kişisel ilişki düzenlenirken, ana veya babadan birinin ayrımcılık nedeniyle engellenmesini önlemek için kullanılmaktadır⁴⁴². Örneğin, AİHM “*Salgueiro Da Silva Mouta*” davasında, velayetin tek başına anaya verilmesinin babanın cinsiyeti temelinde bir ayrımcılığa neden olduğunu ve bu düzenlemenin AİHS maddelerine aykırılık teşkil ettiğini ifade etmektedir⁴⁴³. Yine AİHM “*Zaunegger*” davasında da evlilik dışı birliktelikten doğan bir çocuğun velayetinin yalnızca anaya verilmesinin ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu belirtmiştir⁴⁴⁴. Alman velayet kurallarına büyük

⁴³⁸ Büchler/Maranta, s. 7.

⁴³⁹ Reiser, s. 200; Büchler/Maranta, s. 4; Valongo, s. 85.

⁴⁴⁰ Nikolina, European Instruments, s. 130.

⁴⁴¹ Reiser, s. 202; Nikolina, European Instruments, s. 130.

⁴⁴² Nikolina, European Instruments, s. 130.

⁴⁴³ AİHM, *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portekiz*, T. 21.12.1999, Başvuru No: 33290/96 (<http://www.equalrightstrust.org>, E.T. 21.11.2018).

⁴⁴⁴ AİHM, *Zaunegger v. Almanya*, T. 03.12.2009, Başvuru No: 22028/04. Reiser, s. 207; Martin, s. 2. *Zaunegger* davasından başka, *Sporer v. Avusturya* davasında da evlenmemiş babalara karşı ayrımcılık yapıldığı, velayet hususunun aile hayatının korunması noktasında

etkisi olan bu kararda, evlilik birliği dışında doğan çocuğun velayetinin ananın rızası olmadan babayla birlikte kullanılmasına izin verilmemesinin özellikle cinsiyet ayrımcılığına yol ağtığı vurgusu yapılmaktadır⁴⁴⁵. Bu nedenle Sözleşme’ye göre, üye devletler, yalnızca aile hayatına müdahale etmemek yönünde olumsuz bir yükümlülüğe değil, aynı zamanda aile hayatına etkili bir saygı gösterme gibi olumlu bir yükümlülüğü de sahiptir.

Son yıllarda birlikte velayetin ölkemizde de uygulanmasına imkan sağlayan en önemli Sözleşme hükmü, AİHS’ye Ek 7 No.lu Protokol’ün “eşler arasında eşitlik” başlıklı 5. maddesidir⁴⁴⁶. Söz konusu hükümde; “eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar” ifadesi yer almaktadır. Ancak hükme göre, bu eşitliğin uygulanmasında çocuğun üstün yararını gerektiren haller saklıdır.

Protokol’ün 5. maddesine göre, evliliğin sona erdiği durumlarda, çocuğun üstün yararına aykırı olmadığı sürece, ana ve babanın velayeti birlikte kullanmaya devam etmeleri temel hak ve özgürlükleri arasında nitelendirilebilir. Zira maddede evlilik birliği sona erse de eşlerin çocukları üzerindeki sorumluluklarının eşit olarak kullanılmaya devam edeceği vurgulanmaktadır⁴⁴⁷. Bu nedenle, ölkemiz de dahil olmak üzere, taraf olmalarına rağmen mevzuatlarında birlikte velayete ilişkin düzenlemelere yer vermeyen ölkelerin, buna imkan sağlaması gerekir⁴⁴⁸. Ancak doktrinde bir görüş,

temel bir hak olduğu vurgusu yapılmaktadır. AİHM, Sporer v. Avusturya, T. 03.11.2011, Başvuru No: 35637/03, (<https://hudoc.echr.coe.int>, E.T. 21.11.2018).

⁴⁴⁵ Meier, s.4; Hanke, s. 357.

⁴⁴⁶ Esasen Protokol 14 Mart 1985 tarihinde ölkemiz tarafından imzalanmıştır. Protokol’ün onaylanmasının uygun bulunduğuna dair 6684 Sayılı Kanun ise 10 Mart 2016 tarih ve 29664 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bu Protokol 01.08.2016’da yürürlüğe girmiştir.

⁴⁴⁷ Dönmez/Barın, s. 191.

⁴⁴⁸ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 43; Köse, s. 153; Akıntürk/Ateş, s. 409; Gençcan, Ortak Velayet, s. 26; Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku, B.3, Ankara 2017, s. 501. Yarg. 2. H.D. T. 20.02.2017 E. 2016/1577, K. 2017/ 1737, “Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol", 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 Nolu Protokol’ün 5. maddesine göre, "Eşler,

AİHM'nin “*Cernecki v. Avusturya*” kararını gerekçe göstererek, ilgili protokol maddesinin birlikte velayeti emretmediğini ileri sürmektedir⁴⁴⁹. Şüphesiz hükmün amacı, doğrudan doğruya birlikte velayetin kabulü değil, evlilik devam ettiği ya da sona erdiği durumlarda eşlerin eşit hak ve sorumluluklara sahip olmasıdır⁴⁵⁰. Bu yönüyle Sözleşme hükmü, AİHS'nin 14. maddesinde yer alan “*ayrımcılık yasağının*” eşler bakımından bir yansımasıdır⁴⁵¹.

AİHM “*Cernecki v. Avusturya*” kararına bakıldığında; mahkeme, devletlerin takdir hakkı bulunduğunu ve çocuğun yararı bakımından tedbir almaya yetkili olduğunu, bu nedenle birlikte velayet kararı verilmesinin bir zorunluluk olmadığını vurgulamaktadır. Ayrıca Mahkeme, eşlerin boşandıktan sonra çocuk üzerinde Avusturya Medeni Kanunu'na göre sahip oldukları hakları inceleyerek somut olay bakımından da bir değerlendirme yapmaktadır⁴⁵². AİHM'nin Cernecki kararı 2000 tarihli bir karardır. 2000 yılından bugüne kadar Avrupa'da birçok ülke kanunlarında birlikte velayet ile ilgili güncellemeler yapılmış, Avrupa Konseyi tarafından da birçok tavsiye kararı yayımlanmıştır. Aynı zamanda birlikte velayetin uygulanmasına ilişkin olarak AİHM de önemli kararlara imza atmıştır. Bunun yanında, Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin devletlerin birlikte velayeti kural olarak benimsemesini emretmediği de ortadadır. Hükmün emredici nitelikte olmadığı, ikinci cümlesinde

evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir”. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır. O halde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velayete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek "ortak velayet" istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir” (<http://www.hadhukuk.com>, E.T. 20.11.2018).

⁴⁴⁹ E. Apaydın, Ortak Velayet, s. 449.

⁴⁵⁰ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 43.

⁴⁵¹ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 43.

⁴⁵² Karar için bkz. E. Apaydın, Ortak Velayet, s. 449.

devletlere verdiği sınırlı takdir yetkisinden de anlaşılmaktadır. AİHM de “*Cernecki v. Avusturya*” kararında, somut olayı göz önüne almış, devletlerin çocuğun üstün yararını gözetmek kaydıyla takdir hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir. Bununla beraber, “*çocuğun üstün yararı*” ilkesi kapsamında devletlere verilen takdir yetkisi saklı kalmak koşuluyla, Protokol’ün 5. maddesinin, birlikte velayet kararlarında gerekçe olarak gösterilmesinde de her hangi bir sakınca yoktur.

Öte yandan protokol maddesinin ülkemizde iç hukuka etkisi bakımından değerlendirilmesi gerekirse; Anayasa’nın 90. maddesi incelendiğinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde kabul edilmekte ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerine göre karar verilmesi zorunlu görülmektedir⁴⁵³. Böylece AİHS’ye Ek 7 No’lu Protokol’ün kabulü, birlikte velayete ilişkin bir düzenlemenin de yürürlüğe girmesini sağlamaktadır. Aşağıda söz konusu Protokol’ün iç hukuka etkisi açısından detaylı bir inceleme yapılacaktır⁴⁵⁴.

c) Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Birlikte Velayet

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, 25 Ocak 1996 tarihinde imzalanmıştır. Türkiye, Sözleşme’ye 9 Haziran 1999 tarihinde taraf olmuş ve Sözleşme, 1 Şubat 2001 tarih ve 24305 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme ayrıntılı hükümler içermesine ve önceki Avrupa sözleşmelerine göre daha fazla koruma sağlamasına karşın, yine de az sayıda ülke tarafından imzalanıp onaylanmış ve bu nedenle Avrupa’da etkisi sınırlı kalmıştır⁴⁵⁵. Yine de Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile aile hukukuna dair iki önemli ilke yeniden düzenlenmiştir. Bu ilkeler, “*çocuklarla ilgili işlemlerde*

⁴⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmez/Barın, s. 192; Usta, s. 61.

⁴⁵⁴ Bkz. “*§ II, C. Türk Hukuku’nda Evlilik Birliğinin Sona Erdiği Hallerde ve Evlilik Dışı İlişkilerde Birlikte Velayetin Uygulanabilirliği*” başlığı altındaki açıklamalar.

⁴⁵⁵ Nikolina, European Instruments, s. 131.

çocuğun yararının üstün tutulması” (m. 1/2) ve “çocukları ilgilendiren işlemlerde görüşlerini ifade etme imkanının sağlanması” (m. 3) ilkeleridir.

Çocuğun üstün yararı, Avrupa Sözleşmesi’nin daha birinci maddesinde Sözleşme’nin amacı olarak düzenlenmektedir. Hükümde Sözleşme’nin amacı *“çocukların yüksek çıkarları için, haklarını geliştirmek, onlara usule ilişkin haklar tanımak ve bu hakların, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli merci önündeki, kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmaktır”* şeklinde ifade edilmektedir (m. 1/2). Velayet ise, maddenin üçüncü fıkrasında, çocuğu ilgilendiren dava olarak zikredilmektedir (m. 1/3). O halde Sözleşme’ye göre, velayet davalarında çocuğun üstün yararının korunması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeden hareketle, Sözleşme’nin birlikte velayeti doğrudan destekler nitelikte olduğu söylenebilir⁴⁵⁶. Zira velayetin birlikte kullanılabilmesi için çocuğun üstün yararının zedelenmemiş olması gerekir.

Sözleşmenin 3. maddesinde ise; çocuğun bilgilendirilmesi ve görüşlerinin dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Hükme göre; iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen bir çocuğa, adli merci önünde kendisini ilgilendiren davalarda, ilgili tüm bilgileri alma; kendisine danışılma ve kendi görüşünü ifade etme ve görüşlerinin uygulanmasının ve her tür kararının olası sonuçları hakkında bilgilendirilme hakkı tanınmaktadır⁴⁵⁷. Çocuğa verilecek bilgiler, çocuğun esenliğine zarar getirmemek kaydıyla, çocuğun haklarını tümüyle kullanmasına olanak vermek amacıyla, çocuğun yaşı ve idrak gücü göz önünde tutularak verilecek uygun bilgilerden oluşmalıdır (m. 2). Çocuğun görüşlerinin dinlenilmesi ve dikkate alınmasına ilişkin hükümler, çocuğun yararına hizmet etmektedir. Bu bakımdan ülkemizde, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi gereğince, çocuğun üstün yararı gerektirmekteyse, velayetin birlikte kullanılmasına karar verilebilir. Karar verilirken mümkün olduğunca çocuğun dinlenilmesi ve görüşlerinin

⁴⁵⁶ Aynı görüş için bkz. Solmaz, s. 71.

⁴⁵⁷ Dönmez/Barın, s. 190, 191; Şimşek, s. 75.

dikkate alınması gerekir. Bu nedenle hukukumuzda, özellikle velayet tevdi edilirken, çocuğun görüşlerinin alınmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmelidir⁴⁵⁸.

d) Avrupa Konseyi'nin 2079/2015 Sayılı Tavsiye Kararı Kapsamında Birlikte Velayet

Avrupa Konseyi sık sık, Konseye taraf devletler için bağlayıcı olmayan, ancak tavsiye niteliği taşıyan kararlara imza atmaktadır. Birlikte velayeti desteklemek, ana ve baba arasında çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi açısından eşitliği güvence altına almak amacıyla, 2 Ekim 2015 tarihinde yayımladığı, 2079/2015 sayılı “*Equality and shared parental responsibility: the role of fathers (Eşitlik ve paylaşılan ebeveyn sorumluluğu: Babaların rolü)*” isimli tavsiye kararı da bu kararlardan birisidir⁴⁵⁹. Ülkemiz için birlikte velayet açısından yol gösterici olan bu kararda çok önemli tespitlere yer verilmekte, özellikle velayetin birlikte kullanılmasının çocuk açısından yararları istatistiksel verilerle ortaya koyulmaktadır. Bu bakımdan velayetin daha çok anaya verildiği dikkate alındığında, çocuğun bakım ve yetiştirilmesinde babanın da rolüne vurgu yapılmaktadır⁴⁶⁰. Özellikle tavsiye kararının girişinde yer alan “*Ebeveyn ve çocuk için birlikte olmak aile hayatının önemli bir parçasıdır. Ebeveyn-çocuk ayrılığı, ilişkilerinde telafisi mümkün olmayan etkilere sahiptir. Böyle bir ayrılık, sadece mahkeme tarafından ve çocuğun çıkarına yönelik ciddi riskler doğuran istisnai durumlarda yapılmalıdır*” ifadeleri, velayetin birlikte kullanılmasının ne kadar önemli olduğunu bir kez daha devletlere hatırlatmakta ve hatta ifade yorumlandığında, birlikte velayetin kural olarak benimsenmesi gerektiği çağrısı yapılmaktadır. Ayrıca Tavsiye Kararı'na eklenen ve Françoise Hetto-Gaasch tarafından hazırlanan raporda, birlikte velayetin önemi açısından birçok çarpıcı veriye de yer verilmektedir. Hetto-Gaasch raporu hazırlarken birçok ebeveyni, özellikle de babaları dinlediğini ve sonuçta

⁴⁵⁸ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 68, 69; Erlüle, s. 52.

⁴⁵⁹ Bir diğer önemli tavsiye kararı ise (84)4 sayılı “*Ana Babanın Velayet Sorumlulukları Hakkında Tavsiye Kararı*” dır. Söz konusu kararda, ana ve babanın çocuk üzerindeki sorumluluklarının evlilik içinde eşit olduğu vurgulanırken, boşanma ya da ayrılık hallerinde velayetin hakim tarafından paylaştırılmasının ya da ana ve babaya birlikte verilmesinin gerekliliğine işaret edilmektedir. (<https://www.euromed-justice.eu>, E.T. 11.10.2018). Ayrıntılı bilgi için bkz. Usta, s. 117.

⁴⁶⁰ Gülgösteren, s. 167; E. Apaydın, Ortak Velayet, s. 471; Usta, s. 118.

çocukların ana ve baba arasında çapraz ateşte kalarak, pazarlık konusu bir eşya gibi değerlendirildiğini belirtmektedir. Bu noktada çocuğun üstün yararının göz ardı edildiği vurgusu yapılmaktadır⁴⁶¹. Rapora göre, ana ve babanın velayet ile ilgili rollerini yerine getirmeye devam edeceğine dair yapılacak düzenlemeler kuşkusuz çocuğun menfaatine daha uygundur. Gerekli görüldüğü takdirde, ana ve baba arasında arabuluculuğun denemesi de yerinde olacaktır. Zira arabuluculuğun denendiği yerlerde ve alanlarda çok olumlu bir etkisi olduğu görülmüştür⁴⁶². Bu nedenle, raporda üye devletlerin yasal sistemlerinde arabuluculuk olasılığını sağlamaları tavsiye edilmektedir⁴⁶³.

Tavsiye kararında, ana ve babanın hakları olduğu kadar, her şeyden evvel çocuklarına karşı görev ve sorumlulukları olduğu da hatırlatılarak, babaların çocuklarına karşı onların yetişmelerini görmek ve bakımlarına katkıda bulunmak noktasında tam bir rol oynamaları gerektiği belirtilmektedir. Devletlerin bu kapsamda kalıplaşmış erkek ve kadın rollerinin devamını durdurmak için gerekli tüm adımları atması beklenmektedir⁴⁶⁴.

e) Velayet (Ebeveyn) Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme Kapsamında Birlikte Velayet (1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi)

Velayet (Ebeveyn)⁴⁶⁵ Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın 18. oturumunda, 19 Ekim 1996 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşme, ülkemizde 2016 yılında 6707 sayılı Kanun'la

⁴⁶¹ Rec. 2079 (2015) § 3.

⁴⁶² Rec. 2079 (2015) § 82.

⁴⁶³ Rec. 2079 (2015) § 82.

⁴⁶⁴ Rec. 2079 (2015) § 83.

⁴⁶⁵ “*Parental responsibility*” kavramı, Sözleşmenin Resmi Gazetede yayınlanan metninde “*Velayet Sorumluluğu*” şeklinde çevrilmiştir. Bu nedenle yukarıdaki başlık altında yer alan Sözleşme maddelerinde, resmi çeviride tercih edilen “*velayet sorumluluğu*” ifadesi yerine çalışmamızda tercih ettiğimiz “*ebeveyn sorumluluğu*” ifadesi kullanılacaktır.

onaylanmıştır⁴⁶⁶. Sözleşme'nin amacı, çocuğun üstün yararı gözetilerek⁴⁶⁷, çocuğun kişiliğinin ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirlerde taraf devletler arasında işbirliğini sağlamak, ebeveyn sorumluluğuna ilişkin olarak uygulanacak hukuku belirlemek ve tüm akit Devletlerde bu tür koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizini kolaylaştırmaktır⁴⁶⁸ (m. 1). Çalışmamız açısından sözleşmenin ayrıca bir önemi vardır; zira “*ebeveyn sorumluluğu*” (parental responsibility) kavramı uluslararası bir sözleşmede tanımlanmaktadır. Buna göre ebeveyn sorumluluğu terimi, “*ebeveyn otoritesini veya çocuğun kişiliği veya mallarına ilişkin olarak ebeveynlerin, vasilerin veya diğer yasal temsilcilerin haklarını, güçlerini ve sorumluluklarını belirleyen herhangi bir benzer otorite ilişkisini*” içermektedir. O halde Sözleşme'nin konusunun ebeveyn sorumluluğu ve çocukların şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirler olduğu ve buna bağlı olarak sözleşmenin odak noktasında çocukların bulunduğu söylenebilir⁴⁶⁹.

Sözleşme'de yer alan ebeveyn sorumluluğu tanımı, ülkemizde anlaşıldığından daha geniş bir şekilde ifade edilmektedir. Ülkemizde velayet kavramı özetle “*ana ve babanın çocuk üzerindeki hak ve yükümlülükleri ile onu temsili*” biçiminde tanımlanırken, Sözleşme'de tanımlanan ebeveyn sorumluluğu, çocuklar üzerindeki hem velayet hem de vesayeti kapsar niteliktedir⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ R.G. 05.05.2016, S. 29703.

⁴⁶⁷ Sözleşmenin giriş bölümünde “*Çocukların üstün yararının öncelikli olarak göz önünde bulundurulacağını teyit ederek*” ifadesine yer verilmektedir.

⁴⁶⁸ Ayrıca bkz. Nihal Uluocak, “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi”, *MHB, Y. 16, S. 1-2, 1996 (Tasarı)*, s. 119-127; Ayşe Elif Ulu Karataş, Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi, *MHB, C. 37, S. 2, 911–1003*, s. 914; Paul R. Beaumont, Advantages For States in Becoming a Party to the Hague Children's Convention 1996, *MHB, Cilt: 35, Sayı: 2, 139-145*, s. 140; Mehmet Fatih Atik, Milletlerarası Özel Hukukta Velâyet, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Devletler Özel Hukuku ABD, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, (Danışmanı: Doç. Dr. Feriha Bilge Tanrıbilir), Ankara-2011, s. 53; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 193.

⁴⁶⁹ Ulu Karataş, s. 919.

⁴⁷⁰ Atik, s. 54.

Sözleşme’de dikkati çeken önemli bir husus, yalnızca kapsam içinde olan konuların değil, Sözleşme’nin kapsamı dışında kalan konuların da düzenlenmesidir. Sözleşme’nin 4. maddesine göre, “a) ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulması veya böyle bir ilişkiye itiraz edilmesi; b) evlat edinme kararları, evlat edinmeye hazırlık niteliğindeki tedbirler veya evlat edinmenin iptali veya feshi c) çocuğun adı ve önadları; d) serbest bırakma; e) nafaka yükümlülükleri; f) mesuliyetler veya halefiyet; g) sosyal güvenlik; h) eğitim ve sağlık konularındaki genel nitelikli kamu tedbirleri; i) çocuklar tarafından işlenen cezai suçlar sonucu alınan tedbirler; j) iltica hakkı ve göç konularındaki kararlar” Sözleşme’nin kapsamı dışındadır. Söz konusu hüküm değerlendirildiğinde, TMK’da yer alan evlat edinme, çocuğun ad ve soyadı, nafaka gibi hükümler dışında velayete ilişkin (örn, velayetin tevdi, kullanılması vb.) tüm hususların 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ile ilgili olduğu görülmektedir⁴⁷¹. Özellikle Sözleşme’nin başlığından itibaren “velayet (ebeveyn) sorumluluğu” kavramına yer verilmesi ve kavramın maddeler içerisindeki önemi de göz önüne alındığında, Sözleşme’nin “birlikte velayet” konusunu da içerdiği söylenebilir. Öte yandan Sözleşme’nin 7. maddesinde çocuğun hangi hallerde yer değiştirmesinin ve alıkonulmasının haksız olacağı düzenlenirken, hükümde birlikte ya da tek başına velayet türlerine de yer verilmekte ve bu hallerde çocuk kaçırımlarının önüne geçilmesi istenmektedir⁴⁷².

⁴⁷¹ Ulusu Karataş, s. 922.

⁴⁷² Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme m. 7: “Çocuğun haksız bir şekilde yerinin değiştirilmesi veya alıkonulması durumunda, yeri değiştirilmeden veya alıkonulmadan hemen önce mutat meskeninin bulunduğu Akit Devletin makamları, çocuk bir başka Devlette mutat mesken edinene kadar yetkilerini ellerinde bulundurur, ve a) Velayet hakkı bulunan her kişi, kurum veya diğer kuruluş yerinin değiştirilmesi ya da alıkonulmasına rıza gösterir; veya b) Velayet hakkı olan kişi, kurum veya başka bir organın çocuğun nerede olduğuna ilişkin bir bilgisi olduğunda veya olması gerektikten sonra çocuk en az bir yıl süreyle diğer Devlette ikamet etmiştir, bu süre zarfında hiçbir iade talebi beklemede olmamış ve çocuk yeni bir muhite yerleşmiştir. (2) Çocuğun yerinin değiştirilmesi veya alıkonulması aşağıdaki durumlarda haksızdır: a) Çocuğun yerinden alınmadan veya tutulmadan hemen önce mutat meskeninin bulunduğu Akit Devletin kanunları uyarınca münferiden veya müştereken bir kişiye, kuruluşa veya başka bir organa verilen velayet velayet hakkı ihlal edildiğinde; ve b) Bu hakların yerinden alınma veya tutulma sırasında münferiden veya müştereken gerçekten kullanılması veya yerinden alınma veya tutulma için bu şekilde gerçekleştirilebilmesi. Yukarıdaki a fıkrasında bahsedilen velayet hakları özellikle kanun hükmünden veya adli veya idari bir karardan ve yahut söz konusu Devletin kanunlarına göre hukuksal sonuç doğuran bir anlaşmadan

C. Değerlendirme

1. Genel Olarak

Birlikte velayet; çocukların çatışmadan daha uzak, ebeveynlerin ise birbirleriyle eşit ve uyumlu bir hayat sürdürme imkanı sağlayan bir modeldir. Buna rağmen, hukuk tarihine bakıldığında, velayette uzun yıllar baba hakimiyetinin sürdüğü görülmektedir. Ancak toplumların gelişmesi, kadının ve çocuğun toplumdaki rollerinin değişmesiyle birlikte, önce ananın, ardından da çocuğun üstün yararı gözetilerek her iki ebeveynin de velayette söz sahibi olması mümkün hale gelmiştir. Günümüzde ise birçok ülkede, çocuğun daha yararına olduğu düşüncesiyle, 1990'lı yılların sonlarından itibaren, ebeveynlerin medeni durumlarından bağımsız olarak birlikte velayet benimsenmeye başlanmıştır. Birlikte velayetin ilk kez kabul edildiği ülke, 1973 yılında Indiana eyaleti olmak üzere, Amerika Birleşik Devletleri'dir.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, ana ve babanın çocuk üzerinde eşit söz hakkına sahip olması belli bir zamana yayılmaktadır. Ülkeler tarafından çocuğun üstün yararı ilkesinin benimsenmesiyle beraber, velayetin birlikte kullanılmasına imkan tanıyan düzenlemeler aşama aşama kabul edilmeye başlanmıştır. Ülkemizde ise, AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokolün kabulüyle, birlikte velayet kararları verilmeye başlanmış; ancak yasal bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle, özellikle karşılaştırmalı hukukta yer alan birlikte velayet düzenlemelerinin kısaca değerlendirilmesi ülkemiz bakımından önem arz etmektedir.

2. Karşılaştırmalı Hukukta Birlikte Velayetin “*Kural ya da İstisna Olarak Uygulanması*” Bakımından Değerlendirilmesi

Karşılaştırmalı hukukta velayetin birlikte kullanılmasına ilişkin düzenlemeler, son 20 yıl içinde gerçekleştirilmiştir. Örneğin birlikte velayet; Almanya'da 1997, İsviçre'de 2000, Avusturya'da ise 2001 yıllarında kabul edilmiştir. Söz konusu ülkeler,

kaynaklanabilir. (3) 1. fıkra da belirtilen makamlar yargı yetkisine sahip oldukları sürece, çocuğun götürüldüğü veya alıkonulduğu Akit Devlet makamları 11. madde uyarınca yalnızca çocuğun kişiliği veya mallarının korunması için gerekli olan acil tedbirleri alabilir”.

düzenlemelerinin ilk hallerinde birlikte velayete istisna olarak yer vermiştir. Birlikte velayetin, ebeveynlerin medeni hallerinden bağımsız ve kural olarak uygulanması, sırasıyla, 2013'te Almanya ve Avusturya, 2014'te ise İsviçre Medeni Kanunları'nda gerçekleştirilmiştir. Görüldüğü üzere, Alman hukuk çevresinde birlikte velayet hemen kural olarak kabul edilmemiş; önce istisna olarak uygulanmış ve zaman içinde eksiklikleri tespit edilerek günümüzdeki halini almıştır. Bu değişim ülkemiz açısından bir avantaja dönüştürülebilir. Zira birlikte velayetin istisna olarak uygulanması pek çok ülke tarafından tecrübe edilmiş; ancak bu düzenlemelerden vazgeçilerek, birlikte velayetin kural olarak benimsenmesinin hem ebeveynler arasındaki eşitliğin sağlanmasına hem de çocuğun menfaaetlerine daha uygun bir model olduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle söz konusu ülkelerdeki reformların göz önüne alınması ve benzer problemlerin ülkemizde de gündeme gelmesini engelleyecek bir modelin tercih edilmesi gerekir.

Birlikte velayetin kural ya da istisna olarak uygulanması arasındaki fark, esasen ebeveynlerin bazı koşulları yerine getirmesi gerekip gerekmediğiyle ilgilidir. Önceleri birlikte velayeti istisna olarak kabul eden Almanya, İsviçre gibi bazı ülkelerde, boşandıktan sonra ebeveynlerin velayeti birlikte kullanabilmeleri; ortak talepte bulunmaları, çocuğun bakım ve bakım giderleri hakkında anlaşma yapmaları ve çocuğun üstün yararına uygunsa anlaşmanın hakim tarafından onaylanması gibi koşullara bağlıydı. Dolayısıyla evlilik süresince velayeti birlikte kullanan ebeveynler, evlilik birliği sona erdiği takdirde, velayeti birlikte kullanabilmek için söz konusu koşulları yerine getirmeliydi. Velayetin evliliğin devamıyla ilgili olmadığı düşüncesinin yaygınlaşması ve söz konusu koşulların AİHM tarafından AİHS'nin 8. ve 14. maddelerine aykırı olduğuna karar verilmesi, Avrupa'da birlikte velayetin kural olarak benimsenmesine neden oldu.

Günümüzde pek çok ülkede, boşanmadan sonra velayetin kullanılmasına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ebeveynlerden birinin çocuğun velayetini tek başına kullanmak istediği ya da çocuğun üstün yararının zedelendiği durumlarda velayetin nasıl kullanılacağı düzenlenmiştir. Bunun dışındaki hallerde ise boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılmasının kendiliğinden devam etmesine imkan tanıyan

düzenlemelere yer verilmiştir⁴⁷³. Bununla beraber, birlikte velayeti kural olarak uygulayan ülkelerin, düzenlemelerinde farklı yöntemleri benimsedikleri görülmektedir.

Örneğin İsviçre’de, ebeveynler evli olsun ya da olmasın, ZGB’nin 296. maddesi gereği birlikte velayet kural olarak her iki ebeveyn için de geçerlidir⁴⁷⁴. Ancak, daha evvel de belirttiğimiz üzere, birlikte velayet kendiliğinden gerçekleşmemekte, mahkeme kararı gerekmektedir⁴⁷⁵. Çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa mahkeme, velayeti ana veya babadan birine de verebilir⁴⁷⁶ (ZGB Art. 298/1). Buna karşılık Alman hukukunda boşanmadan sonra mahkeme kararı gerekmeksizin ebeveynler velayeti birlikte kullanmaya kendiliğinden devam etmektedir⁴⁷⁷. Ayrıca taraflardan birinin sonradan yapacağı başvuru üzerine de çocuğun üstün yararı gerektirmekteyse mahkeme tarafından birlikte velayete karar verilebilir⁴⁷⁸. Yukarıda zikredilen ortak talep ya da ebeveynlerin anlaşması gibi zorunlu koşullar yalnızca evlilik dışı doğan çocuk üzerinde velayetin birlikte kullanılabilmesi için gereklidir.

Almanya’da olduğu gibi; Fransa, Hollanda, İtalya, İngiltere, İspanya, İsveç, Norveç, Danimarka, Belçika ve Rusya’da da birlikte velayet kural olarak kendiliğinden devam etmektedir⁴⁷⁹. Birlikte velayet bakımından “*ortak talep*”, “*ebeveynlerin anlaşması*” gibi geçmişte zorunlu olarak düzenlenen koşullardan ise vazgeçilmiştir. Örneğin, Fransız hukukunda, söz konusu koşullar, “*göz önüne alınması gereken esaslar*” şeklinde düzenlenmiştir. Hollanda hukukunda ise koşulların yerine, yalnızca ebeveynlik planı yapılması gereği almıştır. İngiltere’de de

⁴⁷³ Erlüle, s. 179.

⁴⁷⁴ Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) (16. November 2011), s. 9092; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 19; İnce, s. 205; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 635; Schwenger/Keller, New Rules, s. 459.

⁴⁷⁵ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 2.

⁴⁷⁶ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 2; Martin, s. 3; Dönmez/Barın, s. 185.

⁴⁷⁷ Birinci Uzun, s. 155.

⁴⁷⁸ Hauschild, s. 149.

⁴⁷⁹ Erlüle, s. 180.

“ebeveynlerin anlaşması” ya da “mahkemeye başvurma” koşulları evlilik dışı ilişkiler açısından düzenlenmiştir⁴⁸⁰.

3. Karşılaştırmalı Hukukta Birlikte Velayetin “Velayetin Kullanım Şekilleri” Bakımından Değerlendirilmesi

Karşılaştırmalı hukukta velayetin kullanımı genelde ikiye ayrılmaktadır: Hukuki velayet ve fiziki velayet. Kapsamı bakımından hukuki velayet, Türk hukukundaki velayet kurumuna; fiziki velayet ise çocuğun yerleşim yerine karşılık gelmektedir⁴⁸¹. Birlikte ve tek başına velayet ise, fiziki ve hukuki velayet türlerinin bir alt ayrımı olarak karşımıza çıkar. Böylece fiziki velayet kendi içinde tek başına ve birlikte (ortak) fiziki velayet; hukuki velayet ise tek başına ve birlikte (ortak) hukuki velayet olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

Tek başına fiziki velayette çocuk, çoğunlukla ana veya babadan biri ile yaşamakta, diğeri ise düzenli olarak onu ziyaret etmektedir⁴⁸². Birlikte (ortak) fiziki velayet ise, her iki ebeveynin de çocuğa önemli oranda ikamet süresi ayırması anlamına gelir⁴⁸³. Bu modelde çocuğun bakımı, yanında ikamet ettiği ebeveyni tarafından gerçekleştirilirken, çocuk ile ilgili önemli kararlar yine ebeveynler tarafından birlikte alınmaktadır⁴⁸⁴.

Tek başına hukuki velayette çocuk ile ilgili tüm kararlar yalnızca velayeti kendisine bırakılan tarafça verilirken⁴⁸⁵; birlikte (ortak) hukuki velayette, ebeveynlerin

⁴⁸⁰ Common Law hukuk sisteminde yer alan bir diğ er ülke, ABD’de ise bazı eyaletler hariç birlikte velayet için ortak talepte bulunma ya da anlaşma yapma gibi koşullar aranmamaktadır. Çocuğun geleceğini korumak ve işbirliğini sağlayabilmek için ebeveynleri plan yapmaya teşvik söz konusudur. Avustralya’da da anlaşma koşulu yer almazken, çocuğun yararı gözetilerek hakime birlikte velayet yerine alternatif olarak eşit zaman geçirilmesine karar verme yetkisi tanınmaktadır.

⁴⁸¹ Miller, s. 360.

⁴⁸² Berman/Kirsh, s. 2; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 28; Rohde, s. 6; Fuhrmann/Zibbel, s. 18.

⁴⁸³ Hurwitz; s. 5; Miller, s. 360; Rohde, s. 6; Fuhrmann/Zibbel, s. 18; Bjarnason /Arnarsson, s. 872; Berman/Kirsh, s. 2; Bratt, s. 283.

⁴⁸⁴ Rohde, s. 6; Fuhrmann/Zibbel, s. 18; Bjarnason /Arnarsson, s. 872; Berman/Kirsh, s. 2; Çakır, s. 72, 73.

⁴⁸⁵ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 28; Fuhrmann/Zibbel, s. 18; Berman/Kirsh, s. 2.

çocuğun eğitim, sağlık hizmetleri, ders dışı faaliyetleri ve dini eğitimi gibi önemli kararlarda birlikte hareket etmeleri gerekmektedir⁴⁸⁶.

Mahkeme fiziki ve hukuki velayet hakkında ayrı ayrı karar vermelidir. Ancak bu durum, mahkemenin birlikte hukuki velayete ve birlikte fiziki velayete aynı anda karar vermesini gerektirmez⁴⁸⁷. Birlikte hukuki velayete karar veren mahkeme, fiziki velayetin tek başına kullanılmasına hükmedebilir.

Karşılaştırmalı hukukta fiziki ve hukuki velayet türlerinden başka velayet modelleri de düzenlenmektedir. Örneğin, İtalya’da birlikte ve tek başına velayetin yanında “*alternatif velayet*” olarak isimlendirilen üçüncü bir velayet modeli daha benimsenmektedir. Bu modelde çocuk, belirlenen dönemlerde yalnızca bir ebeveyniyle birlikte yaşamakta ve hangi ebeveynin yanında ise velayet, o ebeveyn tarafından kullanılmaktadır⁴⁸⁸. İsviçre’de ise mahkemenin, ebeveynlerden birinin yanında veya çocuğun istemi halinde, çocuğun her iki ebeveyninin de yanında (dönüşümlü olarak) yerleşmesine karar verebileceği düzenlenmektedir⁴⁸⁹ (ZGB Art. 317). Doktrinde bu düzenleme “*dönüşümlü model*” olarak isimlendirilir⁴⁹⁰. Ayrıca, 1 Ocak 2017 tarihinde ZGB’nin 298/2. maddesinde kabul edilen “*alternatif himaye*” modeli ile de İsviçre’de ebeveynlerin çocuğun bakımını eşit olarak paylaşmaları ve mümkün olduğunca çocuklarıyla eşit vakit geçirmelerine imkan tanınmaktadır⁴⁹¹.

Birlikte velayette çocuğun himayesi açısından benimsenen modeller arasından en farklı olanı bizce, Amerikan hukukunda kabul edilen “*kuş yuvası*” ya da başka bir ifade ile “*yuva*” modelidir. Anılan modelde, çocuklar tek bir merkezde yaşamakta ve ana-baba düzenli ve eşit zamanlı olarak belirlenen bir programla çocuklarının yanında

⁴⁸⁶ Bjarnason/Arnarsson, s. 872; Dwyer, s. 4; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 28; Berman/Kirsh, s. 2; Fuhrmann/Zibbel, s. 18; Bratt, s. 283.

⁴⁸⁷ Ayanna, s. 22; Berman/Kirsh, s. 3.

⁴⁸⁸ Patti/Carleo/Bellisario, s. 16.

⁴⁸⁹ EJPD, Elterliche Sorge, s. 3.

⁴⁹⁰ Erlüle, s. 183, 186, 187. İnce makalesinde, bu ikamet seçeneği için “*Değişken Model*” kavramını kullanmaktadır (İnce, s. 211).

⁴⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, s. 236 vd.

kalmaktadır⁴⁹². Dolayısıyla bu modelde çocuğun yerleşim yerinin sabit olduğu, sadece ebeveynlerin yerleşim yerinin geçici olarak değiştiği söylenebilir.

Velayetin kullanım şekilleri ve çocuğun himayesine göre değişiklik arz eden modeller incelendiğinde, ülkemiz açısından en uygun modelin tercih edilmesi ya da ülkemize daha uygun yeni bir modelin geliştirilmesi söz konusu olabilir. Kanaatimizce merkez modeli, ülkemiz bakımından da uygun bir modeldir.



⁴⁹² Hurwitz, s. 3; Erlüle, s. 184, 185; İnce, s. 212.

II. TÜRK HUKUKUNDA VELAYETİN KULLANILMASI VE BİRLİKTE VELAYETİN UYGULANABİLİRLİĞİ

A. Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayet'in Tarafları ve Kapsamı

1. Genel Olarak

Velayet ana-baba ile çocuklar arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülükleri düzenleyen bir aile hukuku kurumudur. TMK'nın ikinci kitabı olan Aile Hukuku'nun "Hısımlık" kısmının altıncı ayrımından itibaren 335. madde ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Velayete tabi olan ve velayete sahip olan kişiler TMK'nın 335-338. maddeleri arasında, velayetin kapsamı ise, çocuğun kişiliği bakımından 339-345., çocuğun malları bakımından 352-363. maddeler arasında yer almaktadır.

2. Velayetin Tarafları

a) Velayete Tabi Olan Kişiler

Türk Medeni Kanunu'nun 335. maddesine göre, ergin olmayan çocuklar ana ve babasının velayeti altındadır. Dolayısıyla on sekiz yaşını doldurulmamış (TMK m. 11/1) ve evlenme (TMK m. 11/2) veya mahkeme kararıyla (TMK m. 12) ergin kılınmamış çocuklar kural olarak velayete tabi olurlar⁴⁹³. Çocuğun erginliğine kadar ana ve babanın onun kişiliği ve malvarlığı üzerindeki hak ve yükümlülükleri ile temsil yetkisi devam eder⁴⁹⁴. Erginlikle birlikte velayet sona erer⁴⁹⁵. Çocuk erginlikten sonra ancak kısıtlandığı takdirde ana ve babasının velayetine tabi olur⁴⁹⁶. TMK m. 335/2 ve m. 419/3 gereğince, kısıtlanan ergin çocuklar kural olarak vesayet altına alınmayıp ana ve babanın velayeti altına bırakılır. Dolayısıyla TMK'da yer alan kısıtlama nedenlerinden biriyle kısıtlanan ergin çocuk, ana ve babası sağ ise, vasi atanmasına da

⁴⁹³ Akıntürk/Ateş, s. 409; Baygın, s. 260; Özmen, s. 41; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 223; Kılıçoğlu, s. 500; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s.233;.

⁴⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hausheer/Geiser/Müller, s. 296; Öztan, Aile Hukuku, s. 1082, 1083; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 351; Dönmez/Barın, s. 181; Bucher, Elterliche Sorge, s. 12.

⁴⁹⁵ Hausheer/Geiser/Müller, s. 298; Akıntürk/Ateş, s. 409; Usta, s. 86; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 48.

⁴⁹⁶ Öztan, Aile Hukuku, s. 1082; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 351; Kılıçoğlu, s. 500; Baygın, s. 260, 261; S. Çelikel, Boşanma, s. 37; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 223; Özmen, s. 41; Usta, s. 86.

gerek görülmedikçe, ana ve babasının velayetine tabidir⁴⁹⁷. Erginlik ile sona eren velayet, kısıtlılık kararı ile yeniden canlanır. Bu defa velayet, kısıtlılık kararı ortadan kalkıncaya kadar devam etmektedir. Böylece velayete tabi olan kişiler, ergin olmayan küçükler ile hakkında kısıtlama kararı verilmiş ergin çocuklardır.

b) Velayete Sahip Olan Kişiler

Velayet, sadece ana ve babaya tanınan bir haktır⁴⁹⁸. Velayet, kural olarak, ana ve baba dışında üçüncü bir kişiye bırakılamaz⁴⁹⁹. Örneğin, çocuğu büyüttüğünü iddia eden anaanne veya babaanne yasal olarak çocuğun velayetine sahip olamaz⁵⁰⁰.

Bundan başka üvey ana veya üvey baba da velayete sahip değildir⁵⁰¹. Üvey ana veya baba velayete sahip olmamakla beraber, üvey çocuğuna karşı kanunen birtakım yükümlülükleri ve istisnai hallerde onu temsil hakkı vardır (TMK m. 338). Ayrıca diğer eşe velayet görevini yerine getirirken yardım etmek ve üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler.

⁴⁹⁷ Feyzioğlu, s. 574; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 352; Akıntürk/Ateş, s. 409.

⁴⁹⁸ Hausheer/Geiser/Müller, s. 296; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 254; Akıntürk/Ateş, s. 407; Yıldırım, s. 152; Baygın, s. 261; Kılıçoğlu, s. 500; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 222; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 233; Usta, s. 103; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 23; Abik, s. 26, 27.

⁴⁹⁹ Yarg. 2. H.D, E. 2005/7730, K. 2005/9943, T. 27.06.2006, "Davacı Tahir Saygılı vekili tarafından hasımsız olarak açılan davada, davacı ile Hanife Kutlu'nun boşanması üzerine velayet kendisine verilen annenin 12.9.2002 tarihinde vefat ettiği belirtilerek küçüğün velayetinin davacı babaya verilmesinin talep edildiği yargılama sırasında yapılan araştırma sonucunda Kartal 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 23.6.2003 tarih ve 2002/456 Esas, 2003/244 Karar sayılı ilamıyla Tahir Saygılı'nın eski eşi Hanife Kutlu'yu taammüden öldürmek ve 6136 sayılı Kanuna Muhalefet suçundan onsekiz yıl üç ay ağır hapis cezası ve ağır para cezası ile mahkumiyetine karar verildiğinin ve halen cezaevinde bulunduğu anlaşıldığı üzerine Küçük Bilge'nin velayetinin anneannesi Serhat Kutlu'ya verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 335. maddesinde "Ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altındadır." hükmü yer almaktadır. Aynı Kanunun 404. maddesinde de velayet altında bulunmayan küçüklerin vesayet altına alınacağı düzenlenmiştir. Sözü edilen yasal düzenlemelere göre velayet hakkı, müinhasıran anne ve babaya tanınan bir hak olup, evlat edinme hali hariç, anne ve baba dışında hiç kimseye tevdi olunamayacağından hüküm gerekçesine göre davanın reddine karar verilmesi ve küçüğe vasi tayin edilmesi için durumun vesayet makamına bildirilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır" (R.G. 19.07.2005, S. 25880, Kanun yararına bozma talepli).

⁵⁰⁰ Baygın, s. 261; Öztan, Aile Hukuku, s. 1078; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 222.

⁵⁰¹ Baygın, s. 261; Akıntürk/Ateş, s. 407; Öztan, Aile Hukuku, s. 1078; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 222; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 233; Usta, s. 104; Abik, s. 27.

Çocuğun evlat edinilmesinde ise durum biraz farklıdır. Zira TMK'nın 314. maddesinin ilk fıkrası gereğince ana ve babaya ait olan hak ve yükümlülükler evlat edinene geçer⁵⁰². Böylece evlat edinen kişiler, evlat edinilen küçük üzerinde velayete de sahip olmaktadır. Bu bakımdan evlat edinenlerin durumu, ana ve baba dışındakilerin velayete sahip olamayacağı kuralının yegane istisnası olarak kabul edilmektedir.

Velayete sahip olabilmek için çocuğun genetik ana veya babası olmak yeterli değildir. Çocukla ana baba arasında Kanunda öngörülen şekilde soybağı ilişkisinin kurulmuş olması gerekir⁵⁰³. Ayrıca ana ve babanın ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlanmamış olması, başka bir ifadeyle tam fiil ehliyetine sahip olması aranır⁵⁰⁴. Zira ana ve baba çocuklarıyla ilgili aldıkları kararlar ve uyguladıkları tedbirler bakımından sorumlu tutulmaktadır⁵⁰⁵.

2. Velayetin Kapsamı

a) Genel Olarak

Velayet, ana ve babanın çocuğun kişiliği ve malvarlığı üzerindeki hak ve ödevleri ile onun temsilini kapsar. Ana ve babanın çocuğun kişiliği üzerindeki hak ve ödevleri TMK'nın "*Velayet*" başlığını taşıyan altıncı ayırımında yer alan 339. ve 341. maddeleri arasında, çocuğun temsili 342. ve 345. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Ana ve babanın çocuğun malları üzerindeki hak ve ödevleri ise

⁵⁰² Ayrıca bkz. Öztan, Aile Hukuku, s. 1084; Baygın, s. 262; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 223; Abik, s. 28.

⁵⁰³ Hausheer/Geiser/Müller, s. 296; Baygın, s. 262; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 180; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 222; Schwenzler/Keller, New Rules, s. 458; Usta, s. 103; Abik, s. 27.

⁵⁰⁴ Hausheer/Geiser/Müller, s. 296; Öztan, s. 1074; Baygın, s. 262; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 180.

⁵⁰⁵ Ana ve baba çocuğa ait hukuki işlemlerde bulunurken, gerekli dikkat ve hassasiyeti göstermelidirler. Bu dikkat ve özenin niteliği, kendi işlerinde gösterdikleri dikkat ve özen gibidir. Aksi halde ana ve babanın sorumlulukları doğabilir. Öztan'a göre ana ve babanın gerekli dikkat ve özeni göstermedikleri takdirde sorumlulukları, TBK'nın 49. maddesine göre, diğer taraftan şartları varsa, ana ve baba hakkında TMK'nın 346. maddesi gereği hakim tedbir alması yahut yine şartları varsa ana ve babanın TCK'ya göre sorumlulukları gündeme gelebilir (Öztan, Aile Hukuku, s. 1080).

TMK'nın “Çocuk Malları” başlığını taşıyan yedinci ayrımında ve 352 ile 363. maddeleri arasında yer alır.

b) Çocuğun Şahısvarlığı Bakımından Velayetin Kapsamı

Ana ve baba, çocuğun şahısvarlığı üzerinde, adının konulmasından, oturacağı yere, olanaklarınca genel ve mesleki bir eğitim almasından, alacağı dini eğitimi belirlemeye kadar birçok hak (yetki) ve yükümlülüğe sahiptir. Bu hak ve yükümlülükler kullanılırken çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle (TMK m. 339/2)⁵⁰⁶; karşılığında ana ve baba da olgunluğu ölçüsünde çocuğa kendi hayatında söz sahibi olma olanağını tanımak ve önemli konularda olabildiğince düşüncesine başvurmakla yükümlüdür (TMK m. 339/3). Bu yükümlülükler, aynı zamanda ana ve babanın velayeti kullanma sınırlarını da belirler.

TMK'nın 339. maddesine göre, ana ve baba çocuğun görüşlerine, “önemli konularda” ve “olgunluğu ölçüsünde” başvurmalıdır. Bu bağlamda, çocuk ile ana babası arasında ortaya çıkan düşünce farklılıklarında, ana babaya üstünlük tanındığı söylenebilir⁵⁰⁷. Çocuğun görüşünün alınması ile hayatını düzenleme olanağının sağlanması ve çocuğun kişiliğini geliştirebilme yeteneğini kazanması ve özgüvenini artırması amaçlanmaktadır⁵⁰⁸. Bu aynı zamanda çocuğun yararı ilkesine de hizmet eder. Ancak çocuğun üstün yararının korunması ilkesi, onun görüşlerine başvurulması ve katılımının sağlanması ilkesinden daha önemlidir. Zira çocuk, kendi yararına olan bir kararı rahatlıkla veremeyebilir. Bu nedenle ana ve babanın, çocuğun şahısvarlığı bakımından sahip olduğu hak ve yükümlülükleri kullanırken birincil görevi, onun fiziksel ve ruhsal gelişimini tehlikeye sokmayacak kararlar vermektir.

⁵⁰⁶ Feyzioğlu, s. 580; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 242; Öztan, Aile Hukuku, s. 1109; S. Çelikel, Boşanma, s. 46; Akıntürk/Ateş, s. 414; Usta, s. 104; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 236; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 52. Çocuğun ana ve babasının sözünü dinleme yükümlülüğü velayetten doğan görevlerin amacı ve çocuğun kişilik haklarına saygı gösterilmesi ilkesi ile sınırlı bir ödevdir. Zira çocuk, ana ve babasının her sözünü dinlemek, onların hukuka ve ahlaka aykırı olabilecek isteklerini yerine getirmek zorunda değildir. Ayrıca çocuğun, ruhsal ve fiziksel gelişimini tehlikeye sokan isteklere de uymakla yükümlü olmadığı söylenebilir (Baygın, s. 292, 293; Dural/Öğüz/ Gümüş, s. 354; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 188).

⁵⁰⁷ Kılıçoğlu, s. 504.

⁵⁰⁸ Kılıçoğlu, s. 504; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 224.

Çocuğun şahısvarlığının korunmasında görüşlerine başvurulması ve katılımının sağlanması dışında, -anayasal temel hakların sınırlandırılmasında geçerli olan- “ölçülülük ilkesi” de önemlidir⁵⁰⁹. Serozan’a göre ölçülülük, müdahalenin ağırlığıyla, müdahaleyi haklı kılabilecek nedenlerin ağırlığı arasında sağlanan uyum ve dengedir. Örneğin, çocuğun cep telefonundaki mesajların okunabilmesi, sakıncalı arkadaşlarla görüşmesinin engellenebilmesi, gerekirse kapıyı kilitleyerek çocuğun evde kalmasının sağlanması “ölçülülük ilkesi” ne göre “makul” ya da “fazla” olarak değerlendirilebilir⁵¹⁰.

Esasen söz konusu örneklerdeki bazı davranışlar, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında sayılan şiddet türlerindendir⁵¹¹. Öte yandan çocuğun kilitlenmesi, aç bırakılması, aşağılanması, ona dayak atılması gibi fiiller Türk Ceza Kanunu’nun “Aile Düzenine Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenen TCK’nın 232. ve 233. hükümlerinin ihlaline neden olmaktadır⁵¹². TCK’nın 232/2 hükmüne göre bakım, koruma ve büyütmeyle yükümlü olduğu kişi üzerinde terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye hapis cezası verilir. Aynı şekilde TCK’nın 233/1 hükmüne göre de aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, hapis cezası ile cezalandırılır.

Görüldüğü üzere, ana ve babanın çocuğun kişiliğini koruma pahasına ona uyguladıkları psikolojik ve fiziksel şiddet tedip yetkisini aşmakta, ölçülülük ilkesi sınırı ile karşılaşmaktadır⁵¹³. Bu durumda şiddet uygulayan ana veya babanın velayetinin kaldırılması dahi söz konusu olmaktadır (TMK m. 348). Dolayısıyla ana ve baba, çocuğun şahısvarlığı bakımından hak ve yükümlülüklerini kullanırken

⁵⁰⁹ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 260.

⁵¹⁰ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 262, 263.

⁵¹¹ Kanunun 2. maddesine göre şiddet, ekonomik, fiziksel, cinsel ve psikolojik şiddet olmak üzere dört grupta incelenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özge Bölükbaşı, *6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının ve Aile Bireylerinin Korunması*, Ankara 2015, s. 49-54.

⁵¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, Aile Hukuku, s. 1108, Baygın, s. 295.

⁵¹³ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 264, 265.

mümkün olduğunca çocuğun görüşlerine saygı göstermeli ve ölçülü bir tavır sergilemelidir. Bu hak ve yükümlülükler aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

(1) *Çocuğa Ad Koyma*

Türk Medeni Kanunu m. 339/5'e göre çocuğun adını ana ve babası koyar⁵¹⁴. Çocuk, soyadını kendiliğinden doğumla birlikte kazanmasına rağmen, öz adını ana ve babasının müşterek kararı ile kazanmaktadır⁵¹⁵. Dolayısıyla çocuğun adını koyma, ana ve babanın hem hakkı hem de ödevidir⁵¹⁶. Bununla beraber, bir ada sahip olmak çocuğun da hakkıdır. Zira çocuğun isimsiz olması düşünülemez. Nitekim, ÇHS'nin 7. maddesine göre, her çocuk doğumundan sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilme ve bir isim hakkına sahiptir⁵¹⁷.

Çocuğun adı belirlenirken, kişiliğinin korunmasına özen göstermek gerekir. Çocuğa, cinsiyetini belli etmeyen, onur kırıcı, toplumun alay etmesine neden olabilecek, onu küçük düşürecek, rencide edecek veya ahlak dışı olan adlar koymaktan kaçınılmalıdır⁵¹⁸. Zira ana ve babanın çocuğun şahısvarlığı üzerindeki hak ve yükümlükleri, onun kişiliğini korumaya ve geliştirmeye hizmet eder. Bu nedenle ana ve babanın anlaşmaları önemlidir. Anlaşamadıkları takdirde evlilik birliğine hakim m. 195)⁵¹⁹. Hakim başlangıçta eşleri uzlaştırmaya çalışarak, her ikisinin de istediği adın

⁵¹⁴ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 189; Feyzioğlu, s. 581; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 247; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 235; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 50.

⁵¹⁵ Kılıçoğlu, s. 506; Akıntürk/Ateş, s. 410.

⁵¹⁶ Çocuğa ad koyma hakkı, sadece velayet yükümüyle bağlantılı kabul edilmemelidir. Öztan'a göre, velayet kendilerinden alınmış olsa da ana ve babaya çocuklarına ad koyma imkanı tanınması gerekir (Öztan, Aile Hukuku, s. 1111) .

⁵¹⁷ Nüfus Hizmetleri Kanununa göre dünyaya gelen her çocuğun, doğumdan itibaren otuz gün içinde nüfus müdürlüğüne bildirilmesi zorunlu tutulmakta (m.15/1), üç adı geçmemek üzere ve kısaltma kullanılmadan çocuğa koyulan adın, yine aynı süre içerisinde bildirilmesi gerekmektedir (m.15/5).

⁵¹⁸ Baygın, s. 281; S. Çelikel, Boşanma, s. 40.

⁵¹⁹ Öztan, Aile Hukuku, s. 1111; S. Çelikel, Boşanma, s. 58, Gülgösteren, s. 160; Karaca, s. 62. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 263. maddesinde babanın oyuna üstünlük tanınmaktaydı. Neyse ki 4721 sayılı TMK'da kadın erkek eşitliğine aykırı bu hükme yer verilmedi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Feyzioğlu, s. 571; Akıntürk/Ateş, s. 408; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 353; Kılıçoğlu, s. 500; S. Çelikel, Boşanma, s. 39; Birinci Uzun, s. 139, 140; Özdamar, s. 430; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 51. TMK'nın 336. maddesi

birlikte kullanılmasını sağlayabilir⁵²⁰ ya da ana veya babadan birini yetkili kılabilir⁵²¹. Ancak ana ve babanın yerine geçerek, çocuğun adını belirleyemez⁵²².

Çocuğun adını birlikte belirleme hakkına sahip olan ana ve baba, değiştirme yetkisini de birlikte kullanmalıdır⁵²³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararında⁵²⁴ boşandıktan sonra velayeti tek başına kullanan tarafın çocuğun adının değiştirilmesini tek başına talep etme yetkisinin olmadığına, diğer tarafın da katılımının sağlanması gerektiğine hükmedilmiştir⁵²⁵.

Çocuğun ön adı ana ve babası tarafından belirlenirken, soyadı, evlilik birliği içinde doğumla kendiliğinden kazanılmaktadır⁵²⁶. Ana ve baba boşandıktan sonra çocuk, babasının soyadını taşımaya devam eder (Soyadı Nizamnamesi m. 15)⁵²⁷. Evlilik dışında doğan çocuklar ise doğumla birlikte analarının soyadını alırlar⁵²⁸.

gerekçesine göre; "Anlaşamazlarsa, babanın reyi muteberdir" hükmü, kadın erkek eşitliğine aykırı bulunduğu için maddeye alınmamıştır" (<https://www.tbmm.gov.tr/E.T.10.05.2018>).

⁵²⁰ Öztan, Aile Hukuku, s. 1111; Akıntürk/Ateş, s. 411; Çelikel, Boşanma, s. 61, 62.

⁵²¹ Akıntürk/Ateş, s. 411; S. Çelikel, Boşanma, s. 60.

⁵²² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 355; S. Çelikel, Boşanma, s. 39, 40; Aksi görüş için bkz. Akıntürk/Ateş, s. 411.

⁵²³ Yıldırım, s. 154; Gülgösteren, s. 162.

⁵²⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 08.12.2010, E. 2010/18-643, K. 2010/648; “Diğer taraftan 4721 sayılı TMK’nun 339/son maddesi, çocuğun adını ana ve babası koyar, hükmünü taşımaktadır. Somut olaya gelince; adı değiştirilmek istenilen küçüğün anne ve babasının boşandıkları, küçüğün velayetinin davacı anneye verildiği, annenin de tek başına eldeki davayı açtığı anlaşılmaktadır. Taraflar boşanmış ve velayet davacı anneye verilmiş olsa da; bu durum eldeki davada dava dışı olan küçüğün babasının gerçekte onun babası olması durumu değiştirmez. Kaldı ki, velayet şartlarında daha sonradan oluşabilecek değişiklik nedeniyle velayetin babaya verilmesi de ihtimal dahilindedir. Yukarıda da belirtildiği üzere çocuğun adını anne ve baba birlikte belirlediklerinden değiştirilmesi talebini de yasal şartların oluşması halinde mahkemeden birlikte istemeleri gerekir. Anne ve babanın bu taleplerini birlikte yapmamaları veya değişiklik üzerinde anlaşamamaları halinde birinin başvurusu üzerine değerinin davada taraf olarak katılımı sağlanmalıdır” (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=193&t=33653>, E.T. 18.04.2018).

⁵²⁵ S. Çelikel, Boşanma, s. 40. Ancak aksi görüşe göre; ana veya babadan biri velayet hakkına sahip değilse, çocuğun adı yalnızca velayet hakkına sahip olan ana veya baba tarafından belirlenir (Dural/Öğüz/Gümüş, s. 355; Akıntürk/Ateş, s. 411).

⁵²⁶ Kılıçoğlu, s. 506; Akıntürk/Ateş, s. 410.

⁵²⁷ R.G. 27.12.1934, S. 2891.

⁵²⁸ TMK’nın “Soyadı” başlıklı 321. maddesinde yer alan “evli değilse ananın” ibaresi Anayasa Mahkemesi’nin 02/07/2009 tarihli ve E. 2005/114, K. 2009/105 sayılı Kararı ile

Evlilik dışında doğan çocuk babasının soyadını ancak, ana ve babanın birbirleri ile evlenmesi, babanın çocuğu tanınması ya da hakimin babalığa karar vermesi hallerinde alır (Soyadı Nizamnamesi m. 15, Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 28). İsviçre’de birlikte velayete karar verildiği takdirde, ebeveynler bir yıl içinde nüfus müdürlüğüne bildirimde bulunarak, çocuğun hangi ebeveynin soyadını taşıyacağına birlikte karar vermelerine imkan tanınmaktadır (ZGB Art. 270a/1).

(2) Çocuğun Yerleşim Yeri

Velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının ortak yerleşim yeridir (TMK m. 21/1). Velayet, TMK’da çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesinde bağlama kuralı olarak benimsenmiştir. Başka bir ifadeyle, çocuğun yerleşim yeri, velayete sahip ana ve babasının yerleşim yerine göre tayin edilmektedir⁵²⁹. Böylece velayete sahip ana ve babanın ortak yerleşim yeri, aynı zamanda çocuğun da yerleşim yeri olarak kabul edilir. Bazı hallerde (örneğin iş, eğitim, ayrılık veya boşanma gibi sebeplerin varlığı halinde) ana ve baba farklı yerlerde yaşayabilir. Bu durumda ana ve babanın ortak bir yerleşim yerinden söz edilemez. O halde çocuğun yerleşim yeri, kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir (TMK m. 21/1). Kanun koyucu söz konusu hükümde “*çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya baba*” ifadesini kullanmaktadır. Kanaatimizce kullanılan ifade isabetlidir. Zira ana ve babanın sahip olduğu velayet yüküm-hakkı ile himaye (alıkoyma/muhafaza) hakkının birbirinden ayrılması gerekir. Ülkemizde velayet ve himaye kavramları genellikle birlikte zikredilmektedir. Oysaki TMK’nın 21. maddesindeki “*kendisine bırakılma*” ifadesi ile himaye hakkı kastedilmektedir. Söz konusu hükümde “*velayet*” kavramı kullanılsa idi; ana ve babanın ayrı konutlarda yaşaması ya da “*birlikte velayete*” karar verilmesi ihtimalleri, çocuğun yasal yerleşim yeri açısından sorun olabilirdi. Esasen hükümde çocuğun yerleşim yeri, çocuğu himayesinde bulunduran ana veya babanın yerleşim

iptal edilmiştir. Ancak Soyadı Nizamnamesinin 15. maddesinde halen “*Evlilik dışında doğan çocuklar, annelerinin soyadını alırlar*” ifadesi yer almaktadır.

⁵²⁹ Baygın, s. 282, 283.

yeri olarak kabul edilmektedir⁵³⁰. Böylece kural, ana ve babanın ayrılma veya boşanma nedeniyle velayeti birlikte kullandıkları hallerde de uygulanabilir.

Evlilik dışında doğan çocuklar bakımından da çocuğun yerleşim yeri, çocuk kendisine bırakılan ana veya babanın yerleşim yeridir. Evlilik dışında doğan çocuğun velayeti, TMK'nın 337. maddesi gereğince anaya ait olduğundan, himaye hakkı da anaya aittir. Bu nedenle çocuğun yerleşim yeri, ananın yerleşim yeri olarak kabul edilir.

Çocuk kendi yararı gereği ana ve babası ile birlikte yaşama hakkına sahiptir⁵³¹. Bununla beraber, henüz erginliğe ulaşmamış bir çocuğun eğitimi veya işi dolayısıyla yasal yerleşim yerinden başka bir yerde kalması gerekli ise; ayrı bir yerleşim yeri de söz konusu olabilir. Ancak bunun için çocuğun ana ve babasının izni gerekir. Zira TMK'nın 339/4. hükmü gereğince çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez⁵³². Gerekli rızanın varlığı halinde ise çocuğun yerleşim yeri, kendi seçtiği yerleşim yeridir⁵³³. Bunların dışında çocuğun fiilen oturduğu yer, onun yerleşim yeri sayılır (TMK m. 21/1).

(3) Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi

Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi, çocuğun yüksek yararı gözetilmek şartıyla, ana ve babaya düşer (TMK m. 339/1). Bu bağlamda bakım ve yetiştirme görevi, ana ve babaya ait hak ve yükümlülüklerin başında gelir. ÇHS'nin 18. maddesine göre de çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu öncelikle ana ve babaya aittir. Ana ve baba, imkanları ölçüsünde ve çocuğun üstün yararını gözeterek, ona gerekli

⁵³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. "C. 2. Çocuğu Himaye (Muhafaza/Alıkoyma) Hakkı ve Velayetin Birbirinden Ayrılması" başlığı altındaki açıklamalar.

⁵³¹ Kılıçoğlu, s. 506; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 236; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 235.

⁵³² Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s. 506; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 236; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 53.

⁵³³ Akıntürk/Ateş'e göre henüz erginliğe varmamış bir çocuk, ana ve babasının izniyle ailenin dışında yaşamakta veya çalışmakta ise onun yerleşim yeri, ana ve babasının yerleşim yeri değil, seçtiği yerleşim yeri olacaktır (Akıntürk/Ateş, s. 412).

hayat şartlarını sağlamakla yükümlüdür⁵³⁴. Zira her çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâki ve toplumsal gelişimini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesine sahip olma hakkı vardır (ÇHS m. 27). Bu kapsamda ana ve baba, çocuğa yeterli beslenme, barınma, yaşına uygun sanatsal ve kültürel etkinliklere katılma, oyun oynama, dinlenme olanakları ve gerekli tıbbi bakımı sağlamalıdır (ÇHS m. 31). Bununla beraber, çocuğun kişisel gelişimi için mutlu ve ilgili bir aile ortamında bulunması da önemlidir. Ailesinden gördüğü sevgi, saygı ve anlayış çocuğun kişiliğini ve özgüvenini geliştirmekte, ona bağımsız bir birey olarak yaşama becerisi kazandırmaktadır⁵³⁵.

Ana ve babanın velayet hakkına birlikte sahip oldukları durumlarda, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi ortak sorumluluklarındadır. Velayete birlikte sahip değillerse, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesine ilişkin giderlerin paylaşılması gerekir. Bu takdirde, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi tarzı hakkında karar verme yetkisi, velayete sahip ana veya babaya aittir⁵³⁶.

(4) Çocuğun Eğitimi

(a) Çocuğun Genel ve Mesleki Eğitimi

Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitmekle yükümlüdürler. Onların bu görevi, aile içi eğitimle başlar, genel ve mesleki eğitim ile devam eder⁵³⁷. TMK m. 340/2'ye göre, ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel özürü olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun genel ve mesleki bir eğitim sağlamakla yükümlüdür⁵³⁸. Çocuğun alacağı genel eğitimle; dürüst, saygılı, ahlaklı ve muhakeme yeteneğine sahip,

⁵³⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 354; S. Çelikel, Boşanma, s. 36; Akıntürk/Ateş, s. 412; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 236, 237; Patti/Carleo/Bellisario, s. 3; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 53.

⁵³⁵ Hausheer/Geiser/Müller, s. 296; Baygın, s. 285; Kılıçoğlu, s. 503; S. Çelikel, Boşanma, s. 41; Gülgösteren, s. 159.

⁵³⁶ Baygın, s. 285.

⁵³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz, Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 189; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 355; Akıntürk/ Ateş, s. 412.

⁵³⁸ Ayrıca bkz. Öztan, Aile Hukuku, s. 1112; S. Çelikel, Boşanma, s. 44; Akıntürk/Ateş, s.412; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 238; Patti/Carleo/Bellisario, s. 3. Ayrıca bkz. ÇHS m. 5 ve m. 1.

ailesine ve topluma faydalı bir birey olması amaçlanmaktadır⁵³⁹. Böylelikle çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişimi ve topluma uyumlu olması da sağlanmaktadır⁵⁴⁰.

Çocuğun ana ve baba yanındaki eğitimi altı yaşına kadar devam eder. Bu yaşta çocuk, okul çağına erişir. Bu çağ, çocuğun beş yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar⁵⁴¹. Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz (Any. m. 42/1). İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 56. maddesine göre, çocuğuna zorunlu eğitimi aldirmayan ana ve babalar hakkında idari para ve hapis cezası gibi yaptırımlar uygulanmaktadır. Görüldüğü gibi, eğitim konusundaki kararların sadece ana ve babanın keyfiyetine bırakılması söz konusu değildir⁵⁴². Bu itibarla ana ve babanın sorumluluğu, çocuğu okula göndererek gerekli eğitimi almasını sağlamak ve bu konuda elinden gelen gayreti göstermektir⁵⁴³.

Ana ve baba okul çağına kadar evde, okul çağına geldiği andan itibaren ise, çocuklarıyla görüşerek, olanakları ölçüsünde seçtikleri özel ya da devlet okullarında, onların genel veya mesleki eğitim almalarını sağlamalıdır⁵⁴⁴.

Günümüzde ABD, Kanada ve birçok Avrupa ülkesinde örgün eğitime alternatif olarak evde eğitim (Homeschooling) sistemi uygulanmaktadır⁵⁴⁵. Bu uygulama, okul çağındaki çocukların eğitimlerinin bir bölümünün ya da tamamının ailesi ya da ailesinin belirlediği kişiler tarafından yürütülmesi olarak tanımlanır⁵⁴⁶. Ülkemizde, evde eğitime ilişkin yasal bir düzenleme mevcut değildir. Gerçi sağlık problemi nedeniyle örgün eğitim kurumlarından doğrudan yararlanamayacak durumda olduğunu belgelendiren; okul öncesi, ilkokul, ortaokul ve lise çağındaki öğrenciler için evde eğitim hizmeti

⁵³⁹ Kılıçoğlu, s. 503; Akıntürk/Ateş, s. 412; Köse, s. 144; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 53.

⁵⁴⁰ Öztan, Aile Hukuku, s. 1112; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 355; Akıntürk/Ateş, s. 412; S. Çelikel, Boşanma, s. 42; Özmen, s. 42; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 53.

⁵⁴¹ İlköğretim ve Eğitim Kanunu m. 3 (R.G. 12.1.1961, S. 10705).

⁵⁴² Öztan, Aile Hukuku, s. 1112; S. Çelikel, Boşanma, s. 43; Patti/Carleo/Bellisario, s. 3, 4.

⁵⁴³ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 190; Akıntürk/Ateş, s. 412; Kılıçoğlu, s. 504; Baygın, s. 286.

⁵⁴⁴ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 189; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 238, 239.

⁵⁴⁵ Nihad Şad/Mustafa Akdağ, "Evde Eğitim", *Milli Eğitim Dergisi*, S. 188, Güz 2010, s. 19.

⁵⁴⁶ Şad/Akdağ, s. 19.

sunulmaktadır⁵⁴⁷. Ancak bu eğitim, sağlık problemi nedeniyle en az dört ay okula devam edemeyecekleri tespit edilen öğrenciler için problem ortadan kalkıncaya kadar devam etmektedir. Ayrıca eğitimi verenler, “Homeschooling” sisteminden farklı olarak, ana ve baba tarafından değil, bizzat devlet tarafından belirlenmektedir.

Ülkemizde ilköğretim her çocuk için zorunlu ve eşittir⁵⁴⁸. Orta öğretimden itibaren ise, çocuğun, eğilimleri, özel beceri ve kabiliyetleri doğrultusunda genel veya mesleki ve teknik eğitim veren bir orta öğretim kurumuna ve ardından yükseköğrenim kurumuna yerleşmesi teşvik edilmelidir⁵⁴⁹. Çocuğun hangi okula devam edeceği konusunda görüşünün alınması ve olgunluğu ölçüsünde düşüncesine başvurulması gerekir. Her ne kadar çocuk ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlü olsa da hayatını düzenleme olanağı sağlayan önemli kararlarda söz sahibi olmalıdır (TMK m.

⁵⁴⁷ “Evde Eğitim Hizmetinden Kimler Yararlanabilir? En az dört ay süreyle örgün eğitim kurumundan doğrudan yararlanamayacak durumda olduğunu sağlık raporu ile belgelendiren özel eğitim ihtiyacı olan öğrenciler bu hizmetten yararlanabilir. Evde Eğitim Hizmetinden Yararlanmak İçin Nereye Başvuru Yapılır? Evde eğitim hizmetinden yararlanılabilmesi için bireyin velisi tarafından öğrencinin kayıtlı olduğu okulun bulunduğu bölgeye hizmet veren rehberlik ve araştırma merkezine (RAM) gerekli belgelerle müracaat edilmesi gerekmektedir. Evde Eğitim Hizmetinden Yararlanmak İçin Hangi Belgelerle Başvuru Yapılır? a. Bireyin en az dört ay süreyle örgün eğitim kurumundan doğrudan yararlanmasının mümkün olmadığı ya da yararlanması hâlinde olumsuz sonuçlar doğuracağını belirten sağlık raporu, b. Veli başvuru dilekçesi, c. Öğrenci belgesi ile müracaat yapılması gerekmektedir. Öğrencinin Evde Eğitim Hizmetinden Yararlanmasına Nasıl Karar Verilir? RAM’ın bünyesinde oluşturulan özel eğitim değerlendirme kurulunca yapılan eğitsel değerlendirme ve tanılama sonucuna göre il/ilçe özel eğitim hizmetleri kurulunca alınan karar doğrultusunda öğrencilere evde eğitim hizmeti sunulmaktadır. Özel Eğitim Hizmetleri Kurulunun Değerlendirme Sürecinde Esas Alınan Belgeler Nelerdir? İl/ilçe özel eğitim hizmetleri kurulu; RAM tarafından düzenlenen ‘Özel Eğitim Değerlendirme Kurulu Raporu’, ‘Ev Ortamı Durum Tespit ve Değerlendirme Formu’, ‘Veli Sözleşmesi’ ile sağlık raporunu esas alarak öğrencinin evde eğitim hizmetinden yararlanmasına karar vermektedir. Evde Eğitim Hizmetinin Nasıl Sunulur? a. İl/ilçe özel eğitim hizmetleri kurulu tarafından evde eğitim hizmetine ilişkin alınan karar ilgili rehberlik ve araştırma merkezine, okula ve veliye yazılı olarak bildirilir, b. Evde eğitim hizmetine ilişkin planlama, bireyin ihtiyacı ve eğitim ortamına ilişkin şartlar dikkate alınarak ve haftalık ders saati sayısı 10 (on) saatten az olmamak üzere il/ilçe özel eğitim hizmetleri kurulca yapılır, 2 c. Evde eğitim kararı alınan öğrenciler için takip edecekleri/takip ettikleri eğitim programı esas alınarak belirlenen dersler için kaç ders saati eğitim verileceğine karar verilir, d. İl/ilçe özel eğitim hizmetleri kurulu tarafından yapılan planlama doğrultusunda il/ilçe milli eğitim müdürlüğünce evde eğitim hizmeti sunmak üzere öğretmen görevlendirilir (Millî Eğitim Bakanlığı Evde ve Hastanede Eğitim Hizmetleri Yönergesi, Millî Eğitim Bakanlığı Tebliğler Dergisi, Şubat 2010-2629)”. Ayrıca bkz. Millî Eğitim Bakanlığı Evde ve Hastanede Eğitim Hizmetleri Yönergesi, m. 1.

⁵⁴⁸ Kılıçoğlu, s. 504.

⁵⁴⁹ Baygın, s. 287; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 239.

339/2). Zira çocuğun istemediği, yapmaktan hoşlanmadığı bir mesleği icra etmesi, onu hem mesleki başarısını hem de sosyal hayatını olumsuz etkileyecektir.

Çocuk bedensel ve zihinsel engelli ise ana ve babanın, çocuğun yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki eğitimi sağlaması gerekir (TMK m. 340/2). Zira ÇHS'nin 23. maddesinde, zihinsel ya da bedensel engelli çocukların toplumsal yaşama özgüvenle katılımlarının sağlanması, diğer çocuklar gibi onların da eksiksiz bir yaşama sahip olmaları gereği düzenlenmekte⁵⁵⁰; bu hususta ailelere ve devlete sorumluluklar yüklenmektedir.

(b) Çocuğun Dini Eğitimi

Çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı, ana ve babaya aittir⁵⁵¹ (TMK m. 341/1). Bu hak, çocuğun dininin seçilmesi ve ona bu doğrultuda temel bir eğitim verilmesini kapsar⁵⁵². Anayasa'nın 24. maddesine göre, herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. Nitekim TMK'nın 341. maddesinde de ergin kişilerin dinini seçmekte özgür olduğu vurgusu yapılır. Ancak, çocuk ergin olana kadar ana ve babasının velayeti altındadır ve buna bağlı olarak onların belirlediği dini eğitimi alır⁵⁵³. Ana ve baba, çocuğun dini eğitiminde anlaşmazlığa düştüğü takdirde hakim, çocuğun korunması için TMK'nın 346. maddesi gereğince uygun önlemleri alır.

Velayetin tek başına kullanıldığı hallerde, çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı velayete sahip ana veya babadan birine aittir. Bu takdirde çocuğa dini eğitimi de velayet kendisine bırakılan ana veya baba tarafından verilir⁵⁵⁴. Bu hakkın kullanım

⁵⁵⁰ S. Çelikel, Boşanma, s. 44.

⁵⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Feyzioğlu, s. 581; Öztan, Aile Hukuku, s. 1114; Baygın, s. 290; Kılıçoğlu, s. 507; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 241. Ayrıca ÇHS m.14'e göre de "*taraf devletler, çocuğun düşünce, din ve vicdan özgürlüğü ile bu konuda ana, baba ya da vasinin çocuğa yol gösterme hak ve ödevlerine saygı duymalıdır*" .

⁵⁵² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 355; Kılıçoğlu, s. 507; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 54. Ayrıca bkz, Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 189.

⁵⁵³ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 190; Feyzioğlu, s. 581; Kılıçoğlu, s. 508; Akıntürk/ Ateş, s. 414; S. Çelikel, Boşanma, s. 43; Özmen, s. 44; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 54. Öztan'a göre, velayet kendisine bırakılmayan tarafın da çocuğun menfaatlerine aykırı düşmeyecekse dini eğitimini belirleme hakkı vardır. Bkz. Öztan, Aile Hukuku, s. 1115; aksi görüş için bkz. Akıntürk/Ateş, s. 414.

⁵⁵⁴ Baygın, s. 289.

sınırı, velayet hakkının amacına, başka bir ifadeyle çocuğun üstün yararına göre belirlenir⁵⁵⁵. Bu bağlamda, çocuğun yararına ters düşmediği sürece, belirlenen dine mensup olmayan ana veya babanın çocuğa kendi dinini öğretmesi⁵⁵⁶ ya da herhangi bir dini eğitim vermemesi de mümkündür⁵⁵⁷. Nitekim çocuk ergin olduğunda dinini belirleme konusunda özgürdür⁵⁵⁸.

Çocuğun dinini belirleme hakkı başkalarına devredilemeyeceği gibi, hakkın kullanılmasının sınırlandırılmasına yönelik her türlü sözleşme de geçersizdir (TMK m. 341/2)⁵⁵⁹.

c) Çocuğun Malvarlığı Bakımından Velayetin Kapsamı

(1) Çocuğun Malvarlığının Yönetilmesi

Her insanın haklara ve borçlara sahip olma ehliyeti vardır (TMK m. 8/1). Bu nedenle henüz erginliğe ulaşmamış çocuklar da belirli bir malvarlığına sahip olabilirler. Bu malvarlığı miras kalanlardan, bağışlananlardan, çalışarak kazandıklarından ya da nafaka veya tazminat alacaklarından oluşabilir⁵⁶⁰. Ancak çocuğun malvarlığını yönetme ve kullanma gibi hakları sınırlıdır. Kural olarak, çocuğun malvarlığı, ana ve babası tarafından kullanılıp yönetilir.

Türk Medeni Kanunu'nda çocuk malları özel olarak düzenlenmekte ve velayetten bir sonraki ayırmada (yedinci ayırmada) yer almaktadır. Çocuğun malvarlığının yönetilmesi, onun yararına uygun olarak mallarında tasarruf edilmesi, malvarlığına dahil unsurların korunması, bakımı, onarımı, ekonomik amacına uygun olarak işletilmesi, onun güvenli ve verimli bir biçimde, özenle değerlendirilmesi

⁵⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 355; Grassinger, Çocuğun Menfaati, s. 831.

⁵⁵⁶ Çetiner, Velayet, s. 66; Baygın, s. 289.

⁵⁵⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 355; Kılıçoğlu, s. 507; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 241.

⁵⁵⁸ Özmen, s. 44; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 54.

⁵⁵⁹ Burada sözü edilen geçersizlik, TBK m. 27 anlamında hukuka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzlük olarak karşımıza çıkmaktadır (Kılıçoğlu, s. 508). Akıntürk/Ateş, s. 414; Öztan, Aile Hukuku, s. 1114; Baygın, s. 290.

⁵⁶⁰ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 267; Baygın, s. 382; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 55.

anlamına gelir⁵⁶¹. Bu kapsamda ana ve baba çocuğun taşınmazını kiraya verebilir, taşınmazını konu alan bir satış sözleşmesi yapabilir, parasını dövize yatırabilir ya da çocuğa ait bir işletmeyi işletebilir veya tasfiye edebilir⁵⁶². Dolayısıyla “*yönetim kavramı*”, çocuğun malvarlığıyla ilgili amaca uygun olarak yapılan tüm taahhüt ve tasarruf işlemlerini kapsamaktadır⁵⁶³.

Ana ve baba çocuğun malvarlığını yönetirken, fiili tasarrufta bulunamaz. Yani çocuğun mallarının birleştirilmesi, karıştırılması, işlenmesi yönetim yetkisi dışındadır⁵⁶⁴. Bilakis ana ve baba, çocuğun mallarının yokolmasından veya kaybolmasından sorumludur. Zira ana babadan beklenen özen yükümlülüğü, “*vekilin özen yükümlülüğü*” gibidir. TMK’nın 363/1. maddesinde, ana ve babanın çocuğun mallarını iade ederken vekil gibi sorumlu olduğu düzenlenmektedir⁵⁶⁵. Bu takdirde ana ve babanın sorumlulukları iki şekilde sınırlanmaktadır: İlki, dürüstlük kuralı gereği ana ve babanın devrettikleri mal/mallara karşılık aldıkları bedeli iade etme yükümlülükleri; ikincisi ise, ana ve babanın kanuna uygun bir biçimde çocuk ya da aileleri için yaptıkları harcamalardan dolayı tazmin yükümlülüğünden muaf olmalarıdır⁵⁶⁶.

Çocuk evlilik birliği içinde doğmuşsa ya da evlilik dışında doğan çocuğun ana ve babası sonradan evlenmişse, çocuğun malvarlığı ana ve baba tarafından birlikte yönetilir (TMK m. 336/1, 352/1). Bu kapsamda ana ve baba, velayet devam ettiği sürece, çocuğun malvarlığını koruma ve onu kullanıp yönetme yüküm-hakkına birlikte sahip olur (TMK m. 352/1)⁵⁶⁷. Bu sorumluluk yerine getirilirken vasiden farklı olarak,

⁵⁶¹ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 267; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 243.

⁵⁶² Öztan, Aile Hukuku, s. 1164; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 358; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 248; Özdemir/ Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 247.

⁵⁶³ Mehmet Altukaya, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Ankara 2006, s. 113, 114; Baygın, s. 385.

⁵⁶⁴ Baygın, s. 385.

⁵⁶⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 360; S. Çelikel, Boşanma, s. 52; Kılıçoğlu, s. 512; Akıntürk/Ateş, s. 425; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 256.

⁵⁶⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 360; Akıntürk/Ateş, s. 425; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 243.

⁵⁶⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 358; Feyzioğlu, s. 584, 585; S. Çelikel, Boşanma, s. 49; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 247; Patti/Carleo/Bellisario, s. 13; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 54.

ana ve babadan yetkili bir makama hesap vermesi, kural olarak teminat veya başkaca bir güvence göstermesi beklenmez (TMK m. 352/1). Ayrıca ana ve babanın çocuk adına yaptığı yönetim işlerinde başka bir makamdan izin ya da icazet alması da söz konusu değildir⁵⁶⁸. Oysaki TMK'nın 454/2. hükmü gereğince vasi, yönetimle ilgili hesap tutmak ve vesayet makamının belirlediği tarihlerde ve her halde yılda bir defa hesabı onun incelemesine sunmakla yükümlüdür.

Çocuğun ana ve babası tarafından hesap verilmesi ve defter tutulması yükümlülüğü, evlilik birliğinin sona erdiği haller ya da evlilik dışı doğan çocuklar için söz konusudur. Başka bir deyişle velayetin tek başına kullanıldığı hallerde, velayet kendisine bırakılan ebeveyn, hakime çocuğun malvarlığını gösteren bir defter vermek, bu malvarlığında ve yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır (TMK m. 353). Ayrıca, Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzük'ün 4. maddesine göre; evliliğin sona ermesi halinde, velayet hakkını kullanma yetkisine sahip bulunan ana veya baba, sona erme tarihinden itibaren dört ay içinde, küçüğün mevcudu ile alacak ve borçlarını bir deftere ayrı ayrı yazarak yerleşim yeri Aile Mahkemesine bildirmeye mecburdur⁵⁶⁹. Nitekim evlilik birliğinin sona erdiği hallerde, velayet ve çocuğun malvarlığını yönetme hakkı, ebeveynlerden birine ait olacaktır. Bu takdirde velayete sahip ana veya babanın denetime tabi olmaksızın bağımsız hareket etmesi, çocuğun yararına aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle kanun koyucu, velayetin tek başına kullanıldığı haller için çocuk malları açısından, daha en başından bazı önlemlerin alınmasını öngörmüştür⁵⁷⁰.

Öte yandan, çocuğun “*serbest malları*” olarak adlandıran, TMK'nın 357. ve 359. maddeleri arasında düzenlenen; çocuğun malvarlığındaki “*kazandırmalar*” (m.

ÇHS'nin 32. maddesi gereğince çocuğun ekonomik sömürüye karşı korunması gerekmektedir.

⁵⁶⁸ Baygın, s. 391; Öztan, Aile Hukuku, s. 1164; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 358; S. Çelikel, Boşanma, s. 50, 51; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 54.

⁵⁶⁹ R.G. 10.08.2003, S. 25195.

⁵⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Baygın, s. 397.

357)⁵⁷¹, “saklı pay” (m. 358) ve “meslek veya sanat için verilen mal ve kişisel kazanç” (m. 359) üzerinde ana ve babanın, velayeti tek başına veya birlikte kullanmaları farketmeksizin, yönetim hak ve yetkisi bulunmamaktadır⁵⁷².

(2) Çocuğun Malvarlığının Kullanılması ve Sarfı

Ana ve babanın sadece çocuğun malvarlığına ilişkin yönetim hakkı yoktur. TMK’da ana ve babaya, çocuğun malvarlığını yönetmenin yanı sıra bu malları kullanma hakkı da tanınmıştır (TMK m. 354). Eski Medeni Kanun’un 280. maddesinde, ana ve babaya, çocuğun sahip olduğu malvarlığının doğal ve hukuki ürünlerinden yararlanma (intifa) hakkı verilmişken; yeni TMK’nın 354. maddesinde yararlanma yerine, kullanma hakkı verildiği görülmektedir.

Önceden kiraya verilen ev, dövize yatırılan para gibi çocuk mallarının gelirinin, onun bakım ve eğitim giderlerini karşılayacak miktardan fazlası, aile giderlerini karşılamakla yükümlü ana veya babaya ait oluyordu (EMK m. 281)⁵⁷³. Hatta küçüğün işgücü sarfederek kazandığı geliri bile, yanlarında yaşadığı sürece, ana ve babaya aitti (EMK m. 283). Yeni Medeni Kanun ile ana ve babanın çocuğun malvarlığından bu şekilde yararlanma yetkisi kaldırıldı⁵⁷⁴. Ana ve babaya çocuğun mallarının özünü tüketmeksizin, onları özgüleme amacına uygun bir şekilde kullanma hakkı tanındı.

⁵⁷¹ TMK’nın 357. maddesinin ilk fıkrası kapsamında yer alan çocuğa yapılan karşılıksız kazandırmalar bakımından ana ve babanın yönetim hakkı, ancak kazandırmayı yapan kimsenin açıkça belirtmesi şartıyla, ortadan kalkmaktadır. Aksi halde ana ve babanın söz konusu malvarlığı üzerinde yönetim hakkı devam eder.

⁵⁷² TMK, “E. Çocuğun serbest malları”, “I. Kazandırmalar”, m. 357, - “Ana ve baba, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendi menfaatlerine sarfedemezler. Kazandırmada bulunan kişi, kazandırma sırasında açıkça aksini öngörmedikçe, ana ve baba bunlar üzerinde yönetim hakkına sahiptir”. TMK, “II. Saklı pay” m. 358- “Ölüme bağlı tasarruf yoluyla çocuğun saklı payı ana ve babanın yönetimi dışında bırakılabilir. Mirasbırakan yönetimi bir üçüncü kişiye bırakmışsa, tasarrufunda bu kişinin belirli zamanlarda sulh hâkimine hesap vermesini öngörebilir”. III. Meslek veya sanat için verilen mal ve kişisel kazanç Madde 359- “Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir. Çocuğun evde ana ve babasıyla birlikte yaşaması hâlinde, ana ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyebilirler”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 359, 360; Feyzioğlu, s. 586; Akıntürk/Ateş, s. 424 vd. Ruhi/ Ruhi, Velayet Hukuku, s. 61.

⁵⁷³ Baygın, s. 415; Öztan, Aile Hukuku, s. 1174.

⁵⁷⁴ Baygın, s. 416.

Böylece ana ve baba karşılıksız olarak çocuğun taşınmazında oturabilir; çocuğun aracını kullanabilir, ancak, onların gelirlerinden faydalanamaz. TMK'nın 355. maddesinde, açıkça, ana ve babanın, çocuğun mallarının gelirlerini öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için harcamaları gerektiği düzenlenmektedir⁵⁷⁵ (TMK m. 355/c.1). Ana ve baba bu gelirleri ancak hakkaniyete uyduğu ölçüde ailenin ihtiyaçları için sarf edebilir (TMK m. 355/c. 2). Buna rağmen, çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması ile ilgili masraflar, öncelikli olarak, ana babanın malvarlığından karşılanmalıdır (TMK m. 327/1). Ancak, ana ve babanın yoksul olması veya çocuğun özel durumunun olağanüstü harcamalar gerektirmesi gibi hallerde, masraflar karşılanamazsa, hakim izniyle, çocuğun malvarlığına başvurulabilir⁵⁷⁶ (TMK m. 327/2).

Çocuğun malvarlığını kullanma hakkı, yönetim hakkından farklı olarak, ana ve babaya bir yükümlülük getirmemekte, sadece bir hak olarak tanınmaktadır⁵⁷⁷. Dolayısıyla bu hakkın kullanımı zorunlu olmayıp, ana ve babanın bu haktan feragati de mümkündür⁵⁷⁸.

Çocuğun malvarlığını kullanma hakkı, ana ve babanın *“kusurları sebebiyle”* velayetleri kaldırılmadığı müddetçe devam eder (TMK m. 354). Buna karşılık yönetim yetkisi, herhangi bir sebeple velayet sona erdiği takdirde ortadan kalkmaktadır (TMK m. 352)⁵⁷⁹. Örneğin velayet, ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple kaldırıldığında (TMK m. 348/1, b. 1) ana ve babanın yönetim hakkı sona ererken, çocuğun mallarını kullanma hakkı devam

⁵⁷⁵ TMK'da çocuğun mallarının gelirinin sarfindan başka, olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde, sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimlerin de çocuğun bakımı için kısmen kullanılmasına imkan tanınmıştır (TMK m. 356/1). Sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler dışındaki çocuk mallarının çocuğun ihtiyaçları için sarfedilebilmesi ise hakimın iznine bağlıdır. Bu takdirde ana ve baba, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için ortaya çıkan olağanüstü ihtiyaçları karşılamak amacıyla, çocuğun diğer mallarına da başvurabilir (TMK m. 356/2). Ayrıntılı bilgi için bkz.

⁵⁷⁶ Baygın, s. 423, 424; Öztan, Aile Hukuku, s. 1174, 1175; Akıntürk/Ateş, s. 428; S. Çelikel, Boşanma, s. 53; Kılıçoğlu, s. 513; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 59.

⁵⁷⁷ Baygın, s. 416; Akıntürk/Ateş, s. 427; Öztan, Aile Hukuku, s. 1175; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 251.

⁵⁷⁸ Akıntürk/Ateş, s. 427; Baygın, s. 416; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 252.

⁵⁷⁹ Baygın, s. 417; Akıntürk/Ateş, s. 427; Öztan, Aile Hukuku, s. 1176.

etmektedir. Ancak velayet, ana ve babanın çocuğa yeterince ilgi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır bir biçimde savsaklaması nedeniyle kaldırıldığında ise her iki hak (yönetim ve kullanma hakkı) da sona ermektedir⁵⁸⁰.

Çocuğun malvarlığını kullanma hakkı, ana ve babaya, çocuğu bakıp eğitme ve mallarını yönetme ödevine karşılık olarak verilmiş bir haktır⁵⁸¹. Ana ve baba, velayeti birlikte kullandığı hallerde, çocuk mallarını kullanma hakkından da birlikte yararlanırlar. Evliliğin sona ermesi nedeniyle velayetin tek tarafa ait olması halinde ise, bu hakkın hangi ebeveyne ait olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, velayet ve yönetim hakkından yoksun kalan ebeveyne, çocuğun malvarlığını kullanma hakkı tanındığı takdirde doğabilecek güçlükler sebebiyle, bu hakka sadece velayet kendisine bırakılan ana veya baba sahip olmalıdır⁵⁸². Diğer görüşe göre, eşlerden birinin başvurusu üzerine, hakim tarafından, TMK m. 182 çerçevesinde çocuk mallarını kullanma tarzı belirlenerek, her iki ebeveynin birden kullanma hakkının devam edebileceği ifade edilmektedir⁵⁸³.

Çocuğun serbest malları bakımından, kural olarak, ana ve babanın yönetim hakkı olmadığı gibi, onları kullanma hakkı da söz konusu değildir⁵⁸⁴.

d) Çocuğun Temsili

Ana ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidir (TMK m. 342/1). Ana ve babanın temsil yetkisi, çocuğun hukuki işlemlerinde ya da davalarında üçüncü kişilere karşı temsil edilmesini kapsar⁵⁸⁵. TMK, velayet altındakilerin temsilinde kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin uygulanmasını kabul etmiştir. Ancak, TMK m. 462 ve 463'te belirtilen hukuki

⁵⁸⁰ S. Çelikel, Boşanma, s. 54.

⁵⁸¹ Feyzioğlu, s. 586; Baygın, s. 416; Akıntürk/Ateş, s. 426; S. Çelikel, Boşanma, s. 52; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 58.

⁵⁸² Baygın, s. 417; Altunkaya, s. 120.

⁵⁸³ Baygın, s. 418.

⁵⁸⁴ Öztan, Aile Hukuku, s. 1178; Feyzioğlu, s. 586; S. Çelikel, Boşanma, s. 53; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 254 vd.; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 249.

⁵⁸⁵ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 192; Feyzioğlu, s. 581; Akıntürk/Ateş, s. 415; Kılıçoğlu, s. 508.

işlemlerde bu esatan ayrılarak, ana ve babanın vesayet dairelerinden izin ya da onam almaksızın, temsil yetkisini bağımsız bir şekilde kullanmalarına imkan tanınmıştır⁵⁸⁶. Örneğin, TMK m. 462 gereğince, kısıtlıya ait bir taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulabilmesi için vasinin vesayet makamından izin alması gerekirken, velinin velayeti altındaki çocuğa ait bir taşınmazda sınırlı ayni hak kurulması vesayet dairelerinin iznine bağlı değildir⁵⁸⁷. Kanun koyucu, ana ve babanın çocuklarının kötülüğünü düşünmeyeceğinden hareketle böyle bir düzenlemeye yer vermiştir⁵⁸⁸. Buna karşılık, vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında, kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsilde de uygulanır (TMK m. 342/3). Dolayısıyla, ana ve baba velayet altındaki çocuk adına kefil olamaz, vakıf kuramaz ve önemli bağışlarda bulunamaz⁵⁸⁹ (TMK m. 449).

Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk, ana ve babasının açık veya örtülü izni veya sonraki onamıyla yükümlülük altına girebilir veya bir haktan vazgeçebilir⁵⁹⁰ (TMK m. 451/1). Yapılan işlem diğer tarafın belirlediği veya başvurusu üzerine hâkimin belirleyeceği uygun bir süre içinde onanmazsa, diğer taraf bununla bağlı olmaktan kurtulur (TMK m. 451/2). Velinin onamadığı işlemlerde taraflardan her biri verdiğini geri isteyebilir⁵⁹¹. Ancak, velayet altındaki çocuk, sadece kendi menfaatine harcanan veya geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarıyla ya da iyiniyetli almaksızın elden çıkarmış olduğu miktarla sorumludur (TMK m. 452/1). Ayrıca çocuk, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zarardan da sorumlu olur (TMK m. 452/2). Bundan başka, çocuğa bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, çocuk bununla ilgili her türlü

⁵⁸⁶ Öztan, Aile Hukuku, s. 1120; Akıntürk/Ateş, s. 416; Baygın, s. 301; Kılıçoğlu, s. 509; S. Çelikel, Boşanma, s. 48. Şunu da belirtmek gerekir ki; TMK'nın 345. maddesinde, çocuk ile ana babası arasında yapılacak hukuki işlemlerde, ana babanın çocuğu temsil yetkisi sınırlandırılmaktadır. Bu halde çocuğa bir kayyım atanması ve hukuki işlemin kayyım aracılığıyla yapılması gerekir.

⁵⁸⁷ Baygın, s. 301.

⁵⁸⁸ Kılıçoğlu, s. 511.

⁵⁸⁹ Ayrıca bkz. Akıntürk/Ateş, s. 418; Kılıçoğlu, s. 511; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 276; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 66.

⁵⁹⁰ Akıntürk/Ateş, s. 418; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 277 vd.

⁵⁹¹ Baygın, s. 299; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 193.

olağan işlemleri yapmaya yetkili olduğu gibi, bu tür işlemlerden dolayı da bütün malvarlığı ile sorumludur (TMK m. 453)⁵⁹².

Velayete birlikte sahip olan ana ve baba, çocuğu da birlikte temsil ederler⁵⁹³. Temsil yetkisinin birlikte kullanılması, ana ve babanın aynı anda hareket etmeleri anlamına gelmez; bilakis önceden diğer eşe izin verilmesi yahut sonradan diğer eşe onam verilmesi şeklinde de gerçekleşebilir⁵⁹⁴. Önemli olan işlemin geçerli olabilmesi bakımından her iki ebeveynin de izin veya onamının alınmış olmasıdır⁵⁹⁵. Bu noktada kanun koyucu iyiniyetli üçüncü kişileri koruyan bir düzenlemeye yer vererek; eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabileceklerini kabul etmektedir (TMK m. 342/2). Böylece işlem ayakta tutulmakta, tarafların iradelerine saygı duyulmaktadır⁵⁹⁶. Burada taraflardan birinin velayet altındaki çocuk olduğu düşünüldüğünde, onun iradesinden hareketle ve menfaatlerine uygun işlemlerde ancak üçüncü kişilerin iyiniyeti korunabilir⁵⁹⁷. Bununla beraber, üçüncü kişinin iyiniyetli olması, resmi şekle tabi işlemlerde yetkili memurun her iki ebeveynin de izin veya onamını aramasına engel olmaz⁵⁹⁸. Üçüncü kişinin kötü niyetli olduğunun, yani diğer eşin rızasının olmadığını bildiği ya da gerekli dikkat ve özeni gösterdiği takdirde bilebilecek durumda olduğunun ispatlanması halinde işlem geçerli olmayacaktır⁵⁹⁹.

Velayetin ana veya babadan birine ait olduğu durumlarda ise, çocuğun temsili, velayete sahip olan tarafa ait olmaktadır.

⁵⁹² Ayrıca bkz. Öztan, Aile Hukuku, s. 1122.

⁵⁹³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 357; Akıntürk/Ateş, s. 415; Kılıçoğlu, s. 508.

⁵⁹⁴ Baygın, s. 303; Karaca, s. 61; Öztan, Aile Hukuku, s. 1122; Kılıçoğlu, s. 509; Delabays, s. 178.

⁵⁹⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 357 Kılıçoğlu, s. 509; Delabays, s. 178; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 237.

⁵⁹⁶ Kılıçoğlu, s. 509.

⁵⁹⁷ Baygın, s. 302; Akıntürk/Ateş, s. 415; Kılıçoğlu, s. 509.

⁵⁹⁸ Baygın, s. 303.

⁵⁹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 357; S. Çelikel, Boşanma, s. 47.

B. Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması

1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'na göre velayet iki şekilde kullanılmaktadır: Birlikte velayet ve tek başına velayet. Velayetin birlikte kullanılması, evlilik birliğinin devamı süresince veya ortak hayata ara verilmesi ya da ayrılık hallerinde mümkündür (TMK m. 336). Evlilik dışı ilişkilerde velayet, kural olarak, ana tarafından ve tek başına kullanır (TMK m.337). Diğer hallerde ise velayet, kural olarak, ana veya babadan birine tevdi edilir.

Ülkemizde, uzun yıllardır, evlilik birliği içinde velayetin birlikte kullanılması kabul edilirken; evlilik dışı ilişkilerde ve evliliğin sona erdiği hallerde velayetin birlikte kullanılması, ancak son yıllarda tartışılmaya başlanmıştır. Hatta ilk ve üst derece mahkemelerinde, özellikle eşlerin boşanmaları halinde velayetin birlikte kullanılmasına yönelik kararların verildiği görülmektedir⁶⁰⁰. Ancak, Türk Medeni Kanunu'nda açık bir düzenlemenin bulunmayışı, uygulamadaki tartışmaların da devam etmesine neden olmaktadır. Ülkemizde birlikte velayetin uygulanabilirliğini tartışmadan önce, çalışmamızın bu başlığında, Türk Medeni Kanunu'na göre velayetin kullanılması ele alınacaktır.

2. Velayetin Birlikte Kullanılması (Birlikte Velayet)

a) Evlilik Birliğinin Devamı Süresince Velayetin Kullanılması

Evlilik birliği devam ettiği sürece ana ve baba velayeti kural olarak birlikte kullanırlar⁶⁰¹. Velayetin birlikte kullanılması, ana ve babanın çocuğun bakım ve yetiştirilmesini birlikte üstlenmeleri, mallarını birlikte yönetmeleri ve önemli

⁶⁰⁰ Örneğin; Erzincan Aile Mahkemesi, T. 05.10.2017, E. 2016/481, K. 2017/674; Erzincan Aile Mahkemesi, T. 08.02.2017, E. 2017/78, K. 2017/100; Ankara BAM 1. H.D. T. 10.05.2017, E. 2017/121, K. 2017/601, (yayımlanmamış BAM kararı için bkz. E. Apaydın, Ortak Velayet, s. 463- 465).

⁶⁰¹ ZGB'nin 296. maddesinin 2. fıkrasına göre de “*çocuklar küçükken ana ve babasının ortak velayeti altındadır*”. Ayrıca bkz. Feyzioğlu, s. 574; Delabays, s. 178; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 233; Özmen, s. 50; Usta, s. 105; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 31.

kararlarda birlikte hareket etmeleri anlamına gelir⁶⁰². TMK'nın 336. maddesi eşler bakımından birlikte velayeti açık hükme bağlamaktadır. Hükme göre, eşler velayeti çocuğun doğumundan itibaren hiçbir işleme ya da yetkili makamın kararına ihtiyaç duymaksızın doğrudan ve müştereken kazanırlar⁶⁰³. Tek başına velayet ise istisnai koşullarda söz konusu olur. Örneğin velayet, ana veya babadan birinin ölümü halinde sağ kalan eş ya da ayrılık halinde hakimın velayeti tevdi edeceği eş tarafından tek başına kullanılmaktadır⁶⁰⁴. Bunun dışında ana ve baba, çocuğun doğumunda evli ise doğumdan itibaren, sonradan evlenmişlerse evlenmeden itibaren, evlilik devam ettiği sürece velayeti birlikte kullanırlar. Belirtilmelidir ki, boşanan eşlerin yeniden evlenmeleri halinde de başka bir işleme gerek kalmaksızın velayet, evlenme sözleşmesinin kurulmasından itibaren, yine ana ve baba tarafından birlikte kullanılır⁶⁰⁵.

Birlikte velayet, eşlere çocuk üzerinde eşit söz sahibi olma imkanı tanımaktadır⁶⁰⁶. Velayetin kapsamında bulunan tüm hak ve yükümlülükler eşler arasında eşit olarak paylaşılır. Bu paylaşımda, hak ve yükümlülüklerin ayrı ayrı dağıtılması ya da herhangi bir oransal dağılımdan bahsedilmemektedir⁶⁰⁷. Başka bir deyişle, çocuğun eğitimi konusunda ananın, temsil edilmesi konusunda babanın görevlendirilmesi suretiyle velayetin kullanılması mümkün değildir⁶⁰⁸. Bununla beraber baba, çocuk üzerinde anaya nazaran daha üstün hak ve yetkilere de sahip değildir. Evlilik birliği içinde eşler, çocuk hakkında alınacak tüm kararlarda eşit

⁶⁰² Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 225; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 183; Kılıçoğlu, s. 500; Büchler/Clausen, Art. 298, s. 360; Miller, 361; Dönmez/Barın, s. 183; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 28; Sarı, s. 88; Özmen, s. 50; Usta, s. 106.

⁶⁰³ Husheer/Geiser/Müller, s. 297; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 233; Öztan, Aile Hukuku, s. 1077; Akıntürk/Ateş, s. 407; Delabays, s. 178; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 633; Kılıçoğlu, s. 500, 501.

⁶⁰⁴ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 183; Öztan, Aile Hukuku, s. 1079; Delabays, s. 178.

⁶⁰⁵ Öztan, Aile Hukuku, s. 1084; Husheer/Geiser/Müller, s. 298; Usta, s. 114.

⁶⁰⁶ Birinci Uzun, s. 139; Usta, s. 106.

⁶⁰⁷ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 183; Öztan, Aile Hukuku, s. 1079; Kılıçoğlu, s. 500; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 220; Gülgösteren, s. 163; Karabacak, s. 25; Solmaz, s. 23; Şimşek, s. 66, 67; Taşkın, s. 34; Kiremitçi, s. 12; Akkışla, s. 35.

⁶⁰⁸ Öztan, Aile Hukuku, s. 1079.

oranda sorumludur. Dolayısıyla çocuğun şahısvarlığı ve malvarlığı üzerindeki hakları birlikte kullanır, görevleri ise birlikte yerine getirirler⁶⁰⁹. Yani çocuğun hangi okula gideceğine, hangi kursa devam edeceğine ya da okuldaki bir geziye katılıp katılamayacağına hep birlikte karar vermelidirler. Bu sorumluluk, ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanmaları, her işlemi birlikte yapmaları anlamına gelmez. Ana veya babadan biri, çocukla ilgili bir işlemi, diğerinin izin veya onamıyla tek başına yapabilir. Hatta velayet paylaşılmaksızın aralarında bir görev dağılımına bile gidebilirler⁶¹⁰. Buna rağmen velayetin kullanılması konusunda eşler birlikte hareket edemez, aralarında uyuşmazlık çıkarsa hakimin müdahalesi talep edilebilir⁶¹¹ (TMK m. 195).

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde, eşler arasında velayet hakkı kullanılırken uyuşmazlık çıkması halinde, babanın oyuna üstünlük tanınmaktaydı⁶¹² (EMK m. 263). Kuşkusuz bu hüküm eşler arasındaki eşitliği ve dengeyi bozmaktaydı. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında çokça eleştirilen bu hükme, Kanun koyucunun da isabetli bir kararıyla, 4721 sayılı TMK'da yer verilmedi⁶¹³. Dolayısıyla yeni Kanun'a

⁶⁰⁹ Birinci Uzun, s. 140; Usta, s. 106.

⁶¹⁰ Öztan, Aile Hukuku, s. 1082; Baygın, s. 263; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 225; Usta, s. 107; Yücel, s. 72.

⁶¹¹ Baygın, s. 263; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 225; Birinci Uzun, s. 141; Delabays, s. 178; Dönmez/Barın, s. 183; Şimşek, s. 96; Karaca, s. 62; Usta, s. 107.

⁶¹² Eski TMK'da babanın oyuna üstünlük tanınan diğer bazı maddeler şöyledir: Çocuğun nişanlanabilmesi (m. 117) ve evlenebilmesi (m.123), kazai rüşt istenmesi (m. 12), çocuğun evlatlık olarak verilmeden evvel gereken rızanın (m. 254) kullanılması... (Ayrıntılı bilgi için bkz. Özmen, s. 14.)

⁶¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 183; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 254. Aksi görüş için bkz. Ayhan Uçar, "4721 Sayılı Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VI, S.1-4, 2002, s. 330- dn.36. Birinci Uzun makalesinde, eski veya yeni düzenlemenin dışında bir görüş ileri sürerek, velayet konusunda ana ve babanın anlaşamaması halinde oy üstünlüğün anaya bırakılmasının daha uygun olacağını şu sözlerle savunmaktadır: "Yargıtay içtihatları, velâyetin anaya bırakılmasının çocuğun bedeni, fikri ve ahlâkî gelişimini engelleyeceği yönünde ciddî ve inandırıcı deliller bulunmaması ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığının da ispat edilememesi halinde, çocuğun babanın velâyetine bırakılmasının, usul ve kanuna aykırı olduğu yönündedir ve velâyetin babaya bırakılmasını gerektiren sebepler gösterilmeden, çocuğun velâyetinin anaya verilmemesi de bozma sebebidir. Ayrıca TMK md. 337 hükmü uyarınca, ana ve baba evli değilse evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velâyeti baba ile soybağının tanıma veya hâkim hükmü ile kurulmasına rağmen tek başına anaya ait olur. Bu düzenleme ve yerleşik Yargıtay içtihatları dikkate alındığında, velâyet hakkının kullanılması bakımından anaya öncelik tanındığı sonucuna ulaşılmaktadır. O halde, evlilik

göre, ebeveynlerden birinin çocuk hakkında karar verirken diğerine karşı bir üstünlüğü bulunmamaktadır. Bununla beraber, velayetin kullanılması bakımından çıkabilecek uyuşmazlıklarda hakimin uyuşmazlığa müdahale edebileceği hususunda, TMK’da açık bir hüküm de yoktur. Ancak, ana ve babanın çocuk hakkında ortak bir karara varamadığı hallerde, TMK’nın 195. maddesinin kıyasen uygulanarak, hakimin evlilik birliğine müdahale edebileceği ve hatta şartları varsa, TMK’nın 346. maddesi gereğince, çocuğun korunmasına ilişkin hükümlere de başvurabileceği söylenebilir⁶¹⁴. Böylece, velayetin birlikte kullanıldığı hallerde, önemli bir konuda ortak bir karara ulaşılamazsa, eşlerden biri ya da her ikisi hakimin müdahalesini talep edebilir⁶¹⁵ (TMK m. 195/1). Çocuğun evlenmesi, adı veya dininin belirlenmesi gibi konular, önemli konular arasında kabul edilmektedir⁶¹⁶. Bu durumda hakim, çocuğun üstün yararı⁶¹⁷ öncelikli olmak koşuluyla, eşleri uzlaşmaya davet etmelidir (TMK m. 195/2). Bu takdirde hakimin görevi ana ve baba arasında arabuluculuk yapmaktan ibarettir⁶¹⁸. Eşlerin uzlaşması mümkün değilse, her ikisinin de rızası alınarak uzman bir kişiden, örneğin bir pedagogdan ya da bir danışmandan yardım istenebilir (m. 195/2). Yine sonuç alınamazsa hakim, TMK’da yer alan önlemlere başvurabilir (TMK m. 195/3). Her halde hakim, kendisini eşlerden birinin yerine koyarak karar veremez⁶¹⁹.

Bazen, eşler arasındaki anlaşmazlık sanıldığından daha büyük olabilir ve söz konusu anlaşmazlık çocuğun menfaatini ve gelişimini tehlikeye düşürebilir. Bu durumda aile hakiminin çocuğun korunması bakımından TMK’nın 346. maddesinde yer alan önlemlere başvurma yetkisi saklıdır⁶²⁰. Öte yandan, ana veya babanın velayet

birliği devam ederken velâyet hakkını birlikte kullanan ana ve babanın anlaşamaması halinde neden ana dururken babanın oyuna üstünlük tanınmalıdır?” (Birinci Uzun, s. 139).

⁶¹⁴ Öztan, Aile Hukuku, s. 1080; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 344; Birinci Uzun, s. 142; Karaca, s. 62; Süzen, s. 31; Yücel, s. 72.

⁶¹⁵ Baygın, s. 263; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 225; Birinci Uzun, s. 141; Delabays, s. 178; Dönmez/Barın, s. 183; Sarı, s. 91; Usta, s. 107.

⁶¹⁶ Akıntürk/Ateş, s. 134; Birinci Uzun, s. 141.

⁶¹⁷ Birinci Uzun, s. 142; Yücel, s. 73.

⁶¹⁸ Baygın, s. 263; Öztan, Aile Hukuku, s. 1087; Dural/Öğüz/Gümüş, 180; Usta, s. 108.

⁶¹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, 180; Usta, s. 108.

⁶²⁰ Akıntürk/Ateş, s. 435; Birinci Uzun, s. 142.

hakkını kullanmasının fillen imkansız duruma düştüğü hallerde de hakim, velayetin tek başına kullanılmasına hükmedebilir⁶²¹.

b) Ortak Hayata Ara Verme veya Ayrılık Halinde Velayetin Kullanılması

Evlilik birliğinin kurulmasıyla eşler, birlikte yaşama ve ortak bir hayatı sürdürme yükümlülüğünü üstlenirler. Ancak bazı zamanlarda, aralarında çıkan uyuşmazlıkların çözülebilmesi için, eşlerin ayrı kalmaları gerekebilir. TMK'nın 197/1 hükmü gereğince, eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği ya da aile huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir⁶²². Eşlerin ayrı yaşaması için hakim kararına da gerek yoktur. Ancak, ayrı yaşanan süre boyunca konut veya ev eşyasından yararlanma ya da velayet vb. konularda önlemlerin alınması isteniyorsa, eşlerin hakime başvuruları gerekir⁶²³. Özellikle birlikte velayet, ortak yaşama ara verilmesiyle kendiliğinden ortadan kalkmaz⁶²⁴. Bu nedenle bir hakim kararına ihtiyaç vardır⁶²⁵.

Eşlerin haklı bir sebebe dayanmak koşuluyla kendiliğinden ayrı yaşama hakkı olduğu gibi, eşlerden birinin veya her ikisinin mahkemeden ayrılıklarına karar verilmesini isteme hakkı da vardır (TMK m. 197). Mahkeme ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler (TMK m. 182/1).

Esasen, ortak hayata ara verme ya da ayrılık halinde evlilik birliği devam etmektedir. TMK'nın 336/1 hükmü gereğince, evlilik birliği devam ettiği sürece

⁶²¹ Akıntürk/Ateş, s. 408; (ayrıca bkz. Yarg. 2. H. D. 24.01.1942, 52/253, Akıntürk/Ateş, s. 408 dpn), Birinci Uzun, s.142.

⁶²² Örneğin, eşlerden birinin vücut bütünlüğüne gelebilecek saldırı, onun kişiliğinin tehlikeye düştüğünü gösterir (Dural/Öğüz/Gümüş, s. 178; Öztan, Aile Hukuku, s. 219).

⁶²³ Yarg. 2. HD. E. 2010/4151, K. 2011/5098 T. 22.03.2011, “*Toplanan delillerden davalı-davacı kadının ayrı yaşamakta haklı olduğu kanıtlanmıştır. Kadının Türk Medeni Kanununun 197. maddesi gereğince açmış olduğu tedbir nafakası davasının kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir*” (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yasalar> E.T. 06.08.2018).

⁶²⁴ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 186.

⁶²⁵ Öztan, Aile Hukuku, s. 1088; Baygın, s. 265; Hausheer/Geiser/Müller, s. 297.

velayet, ana ve baba tarafından birlikte ve müstereken kullanılır. Dolayısıyla, ortak hayata ara verme ya da ayrılık halinde de hakim kararına gerek olmaksızın, velayetin birlikte kullanılmasına devam edilmesi gerekir. Ancak, TMK m. 336/2' ye göre, ayrılık halinde hakim, çocuğun yararı varsa, velayeti eşlerden birine bırakabilir⁶²⁶. Buna rağmen, hükmün karşıt anlamından hareketle, velayetin eşlerden birine bırakılabileceği gibi, her ikisine birden bırakılabileceği sonucuna da varılabilir⁶²⁷. Bu durumda hakim takdir yetkisine sahiptir. Eşlere velayetin birlikte tevdi edildiği hallerde hakim, sadece çocuğun beraber yaşayacağı ebeveyni belirleyip, çocuğu onun himayesine bırakmakla görevlidir⁶²⁸. Özetle, ortak hayata ara verme ya da ayrılık halinde, birlikte velayet kural, tek başına velayetin ise istisna olarak kabul edildiği söylenebilir⁶²⁹.

3. Velayetin Ana veya Babadan Biri Tarafından Kullanılması (Tek Başına Velayet)

a) Ortak Hayata Ara Verilmesi veya Eşlerin Ayrılıklarına Karar Verilmesi Halinde Velayetin Kullanılması

Ortak hayata ara verildiği ya da eşlerin ayrılıklarına karar verildiği hallerde önceki Medeni Kanunda velayete ilişkin bir düzenleme mevcut değildi. Böylece ayrılık hususunda velayetin tevdiinde düzenleme eksikliğinden söz edilebilirdi⁶³⁰. Ancak yeni TMK'nın 336/2. maddesinde; ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim velayeti eşlerden birine verebileceği hükmü düzenlendi. Böylece, ortak hayata ara verilmesi halini haklı kılacak nedenler ya da ayrılık kararı verilmesini gerektiren koşullar olgunlaşmış ve bu durum birlikte velayetin devamını zorlaştırmışsa hakim, evlilik birliği henüz sona ermemiş olsa bile, velayetin tek başına

⁶²⁶ Husheer/Geiser/Müller, s. 297; Akıntürk/Ateş, s. 408; Feyzioğlu, s. 575; Birinci Uzun, s. 143; Delabays, s. 179; Usta, s. 105; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 34.

⁶²⁷ Baygın, s. 264; Hausheer/Geiser/Müller, s. 297; Baygın, s. 264; Birinci Uzun, s. 143; Şimşek, s. 42.

⁶²⁸ Hausheer/Geiser/Müller, s. 297; Birinci Uzun, s. 143; Şimşek, s. 42.

⁶²⁹ Koçhisarhoğlu, s. 81.

⁶³⁰ Koçhisarhoğlu, s. 25; Baygın, s. 265.

kullanılmasına karar verebilmektedir⁶³¹. Zira çocuğun yararı, ana ve babanın velayeti birlikte sahip olma hakkından daha üstündür. Öztan’a göre, bu durumda dahi diğer eşe çocukla ilgili kararlara katılma ve görüşlerini bildirme imkanı verilmelidir⁶³².

Hakim karar verene kadar, eşler velayeti birlikte kullanmaya devam etmektedir⁶³³. Ortak hayata ara verilmesi halinde velayetin eşlerden birine tevdi edilebilmesi için talep gerekir. Nitekim ortak hayata ara verme hakkının kullanılması için mahkeme kararına gerek yoktur. Ancak velayetin ebeveynlerden birine tevdi, mahkeme tarafından verilecek bir kararla mümkündür. Ayrılık kararı ise, koşulları varsa, hakim tarafından verilmektedir. Velayet kamu düzeninden olduğu için açılmış bir boşanma veya ayrılık davasında hakim, ayrıca talep gerekmeksizin velayet ile ilgili düzenlemeleri resen uygular⁶³⁴. Bu nedenle çocuğun üstün yararı varsa hakim velayeti eşlerden birine verebilir. TMK’nın 336. maddesinde yer alan “*verebilir*” ifadesi gereği hakimın takdir hakkı vardır⁶³⁵. Dolayısıyla hakim tek başına velayete hükmedebileceği gibi, birlikte velayetin devamına da hükmedebilir⁶³⁶. Bununla beraber, hakimın tek başına velayete hükmetmediği hallerde velayet, kural olarak ana ve baba tarafından birlikte kullanılmaya devam eder.

b) Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Halinde Velayetin Kullanılması

(1) Eşlerin Boşanmalarına Karar Verilmesi

Eşler evlilik birliğinin devamı süresince, kural olarak, velayeti birlikte kullanırlar. Eşlerin boşanmalarına karar verildiği takdirde ise, hakim, velayeti ana veya babadan birine verir (TMK m. 336/3). Ana veya baba dışında, velayetin üçüncü bir

⁶³¹ Feyzioğlu, s. 575; Baygın, s. 265; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 228; Koçhisarlıoğlu, s. 151, 152; Birinci Uzun, s. 144; Özdemir/ Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 234; Özmen, s. 50; Usta, s. 110.

⁶³² Öztan, Aile Hukuku, s. 1088.

⁶³³ Baygın, s. 264; Birinci Uzun, s. 143.

⁶³⁴ Öztan, s. Aile Hukuku, 1088; Gülgösteren, s. 164; Karabacak, s. 21; Karaca, s. 27; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 22, 23.

⁶³⁵ Koçhisarlıoğlu, s. 25; Öztan, Aile Hukuku, s. 1089; Baygın, s. 265; Arıdemir, s. 145.

⁶³⁶ Öztan, Aile Hukuku, s. 1089.

kişiyi bırakılması hukuken mümkün değildir⁶³⁷. Velayetin tevdi, kural olarak ergin olmayan çocuklar bakımından gündeme gelir⁶³⁸.

Hakim, velayeti ana ve babadan hangisine tevdi edeceği hususunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir⁶³⁹. Bu noktada aslolan, hakimın hukuka ve hakkaniyete uygun bir biçimde, çocuğun geleceği ile sağlık, eğitim ve ahlak bakımından üstün yararını gözeterek karar vermesidir⁶⁴⁰. Hakim bir yandan çocuğun üstün yararını gözetmek, diğer yandan ise, ana ve babanın velayeti üstlenme yeteneklerini ve taleplerini dikkate almakla yükümlüdür⁶⁴¹. Nitekim, TMK'nın 182. hükmüne göre hakim olanak buldukça ana ve babayı dinlemelidir⁶⁴². ÇHS'nin 12. maddesi gereğince de ana ve babanın velayet konusundaki isteklerinin dikkate alınması ve hatta çocuğun dinlenilmesi gerekir⁶⁴³.

Hakim, karar verirken resen araştırma ilkesine bağlı hareket eder⁶⁴⁴. Bu kapsamda, ana baba ve çocuğu dinlenmesi, varsa çocuğun yararına olan tüm delillerin toplanması ve gerekli araştırmaların yapılması gerekir⁶⁴⁵. Böylece yeterli kanaate ve delile sahip olan hakim, velayeti bir tarafa bırakarak, diğer taraf ile çocuk arasında

⁶³⁷ Yarg. 2. H.D. T. 11.11.1997, E. 1997/12353, K.1997/12132 (<http://www.e-hukuk rehberi.com/> E.T. 15.05.2018); Ayrıca bkz. Akkışla, s. 47.

⁶³⁸ Öztan, Aile Hukuku, s. 779; Akıntürk/Ateş, s. 407; Bucher, Elterliche Sorge, s. 12.

⁶³⁹ Öztan, Aile Hukuku, s. 779; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 142; Feyzioğlu, s. 430; Akıntürk/Ateş, s. 310; S. Çelikel, Boşanma, s. 66; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 228; Gülgösteren, s. 164; Karaca, s.65; Ruhi/ Ruhi, Velayet Hukuku, s. 38.

⁶⁴⁰ Akıntürk/Ateş, s. 310; Yıldırım, s. 86; Feyzioğlu, s. 430; Öztan, Aile Hukuku, s. 1084; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 143; S. Çelikel, Boşanma, s. 67; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 228; Karaca, s. 65; Usta, s. 112.

⁶⁴¹ Öztan, Aile Hukuku, s. 780; Feyzioğlu, s. 430; S. Çelikel, *Boşanma*, s. 82, 83; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 228; Büchler/Clausen, Art. 298, s. 412; Kurt, s. 177.

⁶⁴² Ayrıca bkz. Erdem, s. 171.

⁶⁴³ Öztan, Aile Hukuku, s. 780; S. Çelikel, Boşanma, s. 83.

⁶⁴⁴ Öztan, Aile Hukuku, s. 785; Bingöl, s. 284; Karaca, s. 27; Akkışla, s. 45. Arslan/Yılmaz/Ayaz'a göre, *"boşanma davası ne tam olarak kendiliğinden araştırma ilkesi, ne de tam olarak taraflarca getirilme ilkesinin mutlak uygulandığı bir dava türüdür. Bu arada sınırlı kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir."* (Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayaz, *Medeni Usul Hukuku*, B. 3, Ank. 2017, s. 155, dpn. 11). Ayrıca bkz. Tolga Akkaya, *Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Ankara 2017, s. 110 vd.

⁶⁴⁵ Büchler/Clausen, *Die elterliche Sorge*, s. 2; Akıntürk/Ateş, s. 311; Öztan, Aile Hukuku, s. 778, 786; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 142; S. Çelikel, Boşanma, s. 83.

kişisel ilişki kurulması hakkında düzenlemeler yapar (TMK m. 182)⁶⁴⁶. Velayette olduğu gibi, çocukla kişisel ilişkinin düzenlenmesi açısından da çocuğun üstün yararı ilkesi benimsenmektedir. TMK m. 336'ya paralel olarak düzenlenen TMK m. 182/2 hükmüne göre, velayet kendisine bırakılmayan eşin çocukla kişisel ilişkisi düzenlenirken, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur.

Boşanmada velayetin genellikle anaya verildiği görülmektedir⁶⁴⁷. Özellikle çocuğun, ana şefkatine ve bakımına ihtiyaç duyduğu bir yaşta olması halinde velayet genellikle anaya bırakılmaktadır⁶⁴⁸. Yine de ana, velayetin tevdi hususunda bir önceliğe sahip değildir⁶⁴⁹.

Boşanmada kusuru olmayan eşin de velayette öncelik hakkı yoktur. Nitekim boşanmada kusurlu olmanın çocuğun bakım ve yetiştirilmesiyle bir ilişkisi olamaz⁶⁵⁰. Boşanmadaki kusur, sadece eşlerin birbirlerine karşı olan yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelir. Bu nedenle hakim, çocuğun daha iyi yetişeceği kanaatindeyse, velayeti boşanmada kusurlu olan eşe de bırakabilir⁶⁵¹.

⁶⁴⁶ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 2. Hakim velayet hakkını ana ve babadan birine bırakırken özellikle aşağıda belirtilen hususları göz önünde tutar: Velayet hakkı kendisine bırakılan tarafın; çocuğa itina gösterecek, bakım ve eğitimi doğrudan üstlenecek taraf olması, çocukla bağlanma toleransı, ruhsal ve duygusal dengesi, çocuğu eğitebilme yeteneğine sahip olması, çocuk ile arasındaki kişisel ilişki, malvarlığı ve ekonomik durumu, çocuğun arzusu, birden fazla çocuk olması durumunda onların birbirinden ayrılmamasının sağlanması, çocuk büyükse, onun arkadaşlarından ve yaşadığı çevreden uzaklaştırılmaması, çocuğun yaşı, cinsiyeti ve karakterinin göz önünde bulundurulması, gerekir. Ayrıca bkz. Öztan, Aile Hukuku, s. 783, 784; Büchler/Clausen, Art. 298, s. 438 vd.

⁶⁴⁷ İsviçre Medeni Kanunu'nun değişiklik gerekçesinde de velayet düzenlemelerinin ana ve baba arasında bir ayrım gözetmemesine rağmen, uygulamada tek başına velayetin klasik rol dağılımı nedeniyle babaya bırakıldığı hallere göre anaya bırakıldığı hallerin daha fazla olması eleştirilmektedir (FF 2011 8025, s. 8035, 8036). Ayrıca bkz. Erlüle, s. 67; Karaca, s. 78; Özdamar, s. 432.

⁶⁴⁸ Öztan, Aile Hukuku, s. 1084; Akıntürk/Ateş, s. 311; Kurt, s. 159.

⁶⁴⁹ Öztan, Aile Hukuku, s. 785.

⁶⁵⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 143; Akıntürk/Ateş, s. 301; Feyzioğlu, s. 430; S. Çelikel, Boşanma, s. 89; Solmaz, s. 67; Taşkın, s. 109; Erdem, s. 176; Gençcan, Velayet Hukuku, s. 127.

⁶⁵¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 143, Akıntürk/Ateş, s. 310; Gülgösteren, s. 165; Solmaz, s. 67; Taşkın, s. 109; Akkışla, s. 55.

Boşanma davası süresince, velayetin kaldırılmasını gerektiren bir hal olmadıkça, eşler velayeti birlikte kullanmaya devam eder⁶⁵². Zira evlilik henüz sona ermemiştir. Bununla beraber, TMK'nın 169. maddesi gereğince hakim, çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri resen almakla yükümlüdür. Bu kapsamda çocuğun yerleşim yerini ve eşlerin çocuğun bakımına katkısını geçici olarak belirler. Eşlerin boşandıktan sonra doğan çocukları bakımından ise velayet, diğer çocukların velayetinin verildiği ana veya babaya kendiliğinden geçmemektedir. Bu çocukların velayeti için de ayrı bir velayet davası açılması gerekir⁶⁵³.

Özetle, Türk Medeni Kanunu'nun boşanmaya ilişkin düzenlemelerinde kural olarak tek başına velayet benimsenmektedir⁶⁵⁴. Velayetin ana ve babaya birlikte bırakılabileceğine ilişkin açık bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Buna karşılık Alman ve mehz İsviçre hukukunda birlikte velayet kural, tek başına velayet ise istisna olarak uygulanmaktadır. Hatta Alman hukukunda, İsviçre hukukundan farklı olarak, evlilik birliği süresince birlikte kullanılan velayet hakkı, mahkeme kararına gerek olmaksızın, evliliğin sona erdiği durumlarda da kendiliğinden devam etmektedir⁶⁵⁵.

Ülkemizde ise, mevcut düzenlemeler kapsamında birlikte velayetin uygulanıp uygulamayacağına ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bu konuda bazı yazarlar, kanunda örtülü bir boşluk bulunduğunu ve velayete ilişkin hükümlerde asıl amacın çocuğun üstün yararını gözetmek olduğundan hareketle hakimın, amaca uygun sınırlama yöntemiyle boşluğu doldurarak, birlikte velayete karar verebileceğini

⁶⁵² Baygın, s. 264, 265; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 229; Koçhisarlıoğlu, s. 25; Gülgösteren, s. 169; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s.633, 634; Kiremitçi, s. 13.

⁶⁵³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 143; Akıntürk/Ateş, s. 311; Birinci Uzun, s. 146; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 40.

⁶⁵⁴ Akıntürk/Ateş, s. 408; Yıldırım, s. 86.

⁶⁵⁵ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 24; Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 2; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 649. Ayrıca hakim, boşanan eşler bakımından velayetin kapsamını, çocuğun yerleşim yerini, ebeveynlerin çocuğun bakımına katkı oranlarını ve çocukla kişisel ilişki kurulmasını da düzenler (ZGB Art. 133/1). Mahkeme karar verirken çocuğun yararı bakımından tüm koşulları göz önüne almalıdır⁶⁵⁵ (ZGB Art. 133/2). Çocuğun yararı gerektiriyorsa, velayet, yalnızca ana veya babadan birine de bırakılabilir (ZGB Art. 298a).

savunmaktadır⁶⁵⁶. Diğer bazı yazarlar ise, hükmün emredici nitelikte olduğunu, kanun koyucunun bilinçli olarak birlikte velayeti düzenlemediğini, bunun yanında velayetin birlikte kullanılmasının çocuğun yararına da olmayacağını ve çekişmelerin çocuk üzerinden devam edeceğini gerekçe göstererek, birlikte velayet kararı verilebilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir⁶⁵⁷.

Yargı kararlarına bakıldığında ise, AİHS’ye Ek 7 No.lu Protokolün kabulüyle beraber, birlikte velayete karar verildiği görülmektedir⁶⁵⁸. Protokol’ün 5. maddesinde, *“eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar”* hükmüne yer verilmektedir. Bilindiği üzere, Anayasa’nın 90. maddesi gereğince, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların iç hukuk ile çatıştığı hallerde uluslararası anlaşma hükümleri uygulanır. Bu nedenle yargıda hem birlikte velayet kararları, hem de yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizi kararları verilmeye başlanmıştır. Aşağıdaki başlıklar altında detaylı olarak yer verileceğinden⁶⁵⁹, şimdilik, boşanmalarda birlikte velayete ilişkin doktrin ve uygulamadaki görüşlerin özetlenmesiyle yetinilmiştir.

(2) Evliliğin Butlanına Karar Verilmesi

Eşlerden birinin evlenme sırasında başkasıyla evli olması, sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması, evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması veya eşler arasında yakın hısımlığın olması durumunda evlilik mutlak butlan ile sakattır (TMK m. 145). Ayırt etme gücünden geçici yoksunluk, irade

⁶⁵⁶ Öztan, Aile Hukuku, s. 1090; Koçhisarlıoğlu, s. 44; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 232; E. Apaydın, *Ortak Velayet*, s. 457; Aydın Güven, “Türk Hukukunda Ortak (Birlikte) Velayet (Ortak Velayet)”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 91, S. 3, Y. 2017, s. 119-131, s. 122.

⁶⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi, s. 129; Yıldırım, s. 86; Nuşin Ayiter, “Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkındaki Görüşler”, *AÜHFD*, S.11-4, s.158.

⁶⁵⁸ Ayrıca bkz. Akıntürk/Ateş, s. 409; Kılıçoğlu, s. 501; A. Güven, *Ortak Velayet*, s. 126;. Yarg. 2. H.D. T. 20.02.2017, E. 2016/1577, K. 2017/ 1737, Erzincan Aile Mahkemesi, T. 05.10.2017, E. 2016/481, K. 2017/674; Erzincan Aile Mahkemesi, T. 08.02.2017, E. 2017/78, K. 2017/100.

⁶⁵⁹ Bkz. “§ II.C.3.a) Evlilik Birliğinin Sona Erdiği Hallerde Birlikte Velayetin Uygulanabilirliği Sorunu ve Sorunun Aşılması” başlığı altında yapılan açıklamalar.

bozukluğu halleri ve yasal temsilciden izin alınmaması durumunda ise evliliğin nisbi butlanı söz konusu olur (TMK m. 148-151). Her iki halde de evlilik hakimın butlan kararı vermesine kadar geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur (TMK m. 156). Dolayısıyla butlan kararı verilen bir evlilikten doğan çocuklar, evlilik içinde doğmuş kabul edilir (TMK m. 157/1). TMK'nın 157. maddesinin ikinci fıkrasında ise, çocuklar ile ana ve babaları arasındaki ilişkiye boşanmaya ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı düzenlenmektedir. Bu nedenle hakim, evliliğin butlanına karar verirken, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkisini düzenlemelidir (TMK m. 182). Bu çerçevede velayet ana veya babadan birine bırakılır⁶⁶⁰. Dolayısıyla boşanmada olduğu gibi, evliliğin butlanı halinde de kural olarak birlikte velayet benimsenmemektedir.

(3) Eşlerden Birinin Ölümü

Ana ya da babadan birinin ölümü halinde velayet, sağ kalan ana veya babaya aittir (TMK m. 336/3). Velayetin sağ kalan ebeveyne geçişi mahkeme kararına gerek olmaksızın kendiliğinden gerçekleşir⁶⁶¹. Velayetin kendiliğinden geçişi, sadece evlilik birliği devam ederken gerçekleşen ölüm vakıalarında söz konusudur. Boşanmadan veya evliliğin butlanı kararından sonra çocuğun velayeti kendisine bırakılan ebeveyn ölürse, velayet sağ kalan ebeveyne kendiliğinden geçmez⁶⁶². Hakim tarafından velayetin sağ kalan ebeveyne verilmesine ya da koşulları varsa çocuğa bir vasi atanmasına karar verilmelidir⁶⁶³.

Ölüm karinesinde de sonuç aynıdır. TMK'nın 31. maddesine göre, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren bir durum içerisinde kaybolan ve cesedine ulaşılamayan kişi ölmüş sayılır ve ölmüş sayılma ölümle aynı hukuki kaderi

⁶⁶⁰ Baygın, s. 269; Öztan, Aile Hukuku, s. 1091; Birinci Uzun, s. 147; Karaca, s. 64; Akkışla, s. 59 vd.

⁶⁶¹ Hausheer/Geiser/Müller, s. 297; Öztan, Aile Hukuku, s. 1091; Feyzioğlu, s. 575; Kılıçoğlu, s. 501; Baygın, s. 269; Akıntürk/Ateş, s. 408; Birinci Uzun, s. 144; Schwenger/Keller, New Rules, s. 467; Delabays, s. 178; Karaca, s. 63; Özmen, s. 51.

⁶⁶² Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 187; Kılıçoğlu, s. 501; Akıntürk/ Ateş, s. 311; Yıldırım, s. 86; Schwenger/ Keller, New Rules, s. 467; Delabays, s. 178; Usta, s. 114.

⁶⁶³ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 187; Feyzioğlu, s. 575; Yıldırım, s. 86; Usta, s. 114.

paylaşır⁶⁶⁴. Dolayısıyla eşlerden birinin ölüm karinesi şartları altında kaybolması halinde velayet tek başına ve kendiliğinden sağ kalan eş tarafından kullanılır.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 297. maddesinde, velayetin ortak kullanıldığı durumlarda ana veya babadan biri ölürse, velayetin sağ kalan ebeveyne kendiliğinden geçeceği düzenlenmektedir⁶⁶⁵. Velayeti tek başına kullanan tarafın ölümü halinde ise, velayet, Çocuk Koruma Makamı (KESB) tarafından sağ kalan tarafa bırakılır veya çocuğa bir vasi tayin edilir⁶⁶⁶.

(4) Eşlerden Birinin Gaipliğine Karar Verilmesi

Gaiplik; kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu ya da kendisinden uzun süredir haber alınamadığı hallerde söz konusu olur⁶⁶⁷. Bu takdirde, hakları bu kişinin ölümüne bağlı olan kimseler hakimden gaiplik kararı verilmesini isteyebilirler (TMK m. 32). Gaiplik kararının istenebilmesi için ayrıca, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yılın, son haber alınan tarihten itibaren ise en az beş yılın geçmesi gerekir (TMK m. 33/1).

Gaiplik, ölüm karinesinde olduğu gibi hüküm ve sonuçlarını kendiliğinden doğurmaz. Bunun için mahkemenin gaiplik kararı vermesi şarttır⁶⁶⁸. Gaibin ölümüne bağlı olarak kazanılan haklar ancak gaiplik kararından sonra geçmişe yönelik olarak hak sahiplerine geçer⁶⁶⁹. Örneğin, miras hukukuna ilişkin haklar gibi... Buna rağmen evlilik gaiplik kararıyla sona ermez. Evliliğin sona ermesi için, gaiplik kararıyla birlikte ya da açılacak ayrı bir davayla evliliğin feshi istenmelidir⁶⁷⁰ (TMK m. 131/2).

⁶⁶⁴ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, B. 15, İstanbul 2015, s. 26; Mehmet Ayan/Nurşan Ayan, *Kişiler Hukuku*, B. 3, Konya 2011, s. 133.

⁶⁶⁵ Schwenzer/Keller, *Family Law*, s. 328, 329.

⁶⁶⁶ Schwenzer/Keller, *Family Law*, s. 328, 329.

⁶⁶⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 29, 30; Ayan/Ayan, s. 136

⁶⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 29, 30; Ayan/Ayan, s. 137.

⁶⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 33; Ayan/Ayan, s. 139.

⁶⁷⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 35; Ayan/Ayan, s. 138.

Gaiplik kararı ile beraber velayet, diğer eş tarafından tek başına kullanılır. Boşanmada olduğu gibi gaiplik kararından sonra hakimin ayrıca velayet hakkında bir karar vermesine gerek yoktur. Velayetin diğer eşe tevdi kendiliğinden gerçekleşir⁶⁷¹.

c) Evlilik Dışı İlişkilerde Velayetin Kullanılması

Evli dışı ilişkilerde velayetin tevdi hususu TMK'nın 337. maddesinde düzenlenmektedir. Bu düzenleme, çocuk ile baba arasında soybağı kurulmasına rağmen, ana ve babanın evli olmadığı durumları kapsar⁶⁷². Hükümün ilk fıkrasına göre; ana ve babanın evli olmadığı hallerde velayet anaya aittir. Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmış ise hakim, çocuğun menfaatine göre vasi atar veya velayeti babaya verir (TMK m. 337/2).

Söz konusu hükme bakıldığında, velayeti düzenlemede hakime takdir yetkisi bırakılmadığı görülmektedir⁶⁷³. Ana ve babanın evli olmadığı hallerde, herhangi bir karara ihtiyaç duymaksızın, velayet tek başına anaya aittir. Ana, bu hakka çocuğun doğumuyla birlikte kendiliğinden sahip olur⁶⁷⁴. Baba ise, velayeti ancak kanunda sayılan hallerde ve mahkeme kararı ile kullanabilir⁶⁷⁵. Bunun yanında hakim, çocuğun yararı varsa, velayeti babaya vermek yerine, çocuğa bir vasi de atayabilir⁶⁷⁶. Baba hukuken belirlenememiş ve ana velayeti yürütemeyecek durumda ise evlilik dışı doğan çocuğa vasi atanması tercih edilmelidir. Aksi halde çocuk, yararı gözetilmek şartıyla, babasının velayetine bırakılmalıdır⁶⁷⁷.

Evlilik dışı ilişkiler açısından TMK'da birlikte velayet düzenlenmemiştir. Bunun yanında, velayetin tevdiinde, ana ve babanın birlikte ya da ayrı yaşamasının da bir

⁶⁷¹ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 187; Akıntürk/Ateş, s. 408.

⁶⁷² Kılıçoğlu, s. 502; Karaca, s. 64; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 30.

⁶⁷³ Yıldırım, s. 153.

⁶⁷⁴ Hausheer/Geiser/Müller, s. 297; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 187; Akıntürk/Ateş, s. 407; Akkışla, s. 63; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 234.

⁶⁷⁵ Baygın, s. 270; Erlüle, s. 151.

⁶⁷⁶ Baygın, s. 270; Erlüle, s. 151.

⁶⁷⁷ Baygın, s. 270.

önemi yoktur. Ana ve baba birlikte yaşasa da velayet tek başına anaya aittir⁶⁷⁸. Evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayetin mümkün olup olmayacağı sorunu aşağıdaki başlıklar altında ayrıntılı olarak incelenecektir⁶⁷⁹.

C. Türk Hukuku'nda Evlilik Birliğinin Sona Erdiği Hallerde ve Evlilik Dışı İlişkilerde Birlikte Velayetin Uygulanabilirliği

1. Genel Olarak

Velayetin hukuki niteliği başlığı altında ifade edildiği üzere velayet, ana ve babanın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olup; başkasına devredilemeyen, feragat edilemeyen bir yüküm hakkıdır⁶⁸⁰. Ana ve baba kendilerinden bu hakkın alınmasını talep edemeyeceği gibi, zorunlu olmadıkça, bu hakkın ana ve babadan alınmasına da karar verilemez⁶⁸¹. Velayetin ana veya babadan alınması, başka bir ifadeyle, velayetin kaldırılabilmesi için TMK m. 347 gereğince, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişiminin tehlikede bulunması veya çocuğun manen terkedilmiş olması gerekir⁶⁸². Hal böyle iken, evliliklerinin sona ermesi ya da hiç evlenmemeleri sebebiyle, velayetin ana veya babadan alınarak, yalnızca birine tevdi edilmesi zorunluluğu, hakkaniyete uygun değildir⁶⁸³. Ana ve babanın, medeni hallerinden bağımsız olarak, çocuk üzerinde velayete birlikte sahip olabilmeleri gerekir. Nitekim ÇHS'nin 18. maddesinde, çocukların yetiştirilmesinde ana ve babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ve bu konuda birincil sorumlu kişiler oldukları kabul edilmektedir. Bu durumun tek istisnası

⁶⁷⁸ Öztan, Aile Hukuku, s. 1091; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 234.

⁶⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. “*§II.C.3. b) Evlilik Dışı İlişkilerde Birlikte Velayetin Uygulanabilirliği Sorunu ve Sorunun Aşılması*” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶⁸⁰ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.182; Feyzioğlu, s. 574; Öztan, Aile Hukuku, s. 1078; Akıntürk/Ateş, s. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 352; S. Çelikel, Boşanma, s. 38; Gülgösteren, s. 161; Birinci Uzun, s. 150; İnce, s. 190. E. Apaydın, Ortak Velayet, s. 446; Dönmez/Barın, s. 182; Karabacak, s. 19; Şimşek, s. 66; Taşkın, s. 35; Karaca, s. 25; Akkışla, s. 32; ; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 234; Özmen, s. 12; Usta, s. 27; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 27; Abik, s. 17.

⁶⁸¹ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 180; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 222.

⁶⁸² Bu duruma, ana ve babanın evsiz kalması, çocuğa karşı görevlerini gereği gibi yerine getirmemesi, ana ve babanın ahlaksız bir yaşam sürmesi örnek olarak gösterilebilir.

⁶⁸³ Benzer görüş için bkz. Bingöl, s. 291.

çocuğun üstün yararadır. Bilindiği üzere velayetin tevdi, çocuğun üstün yararı çatısında şekillenir.

O halde, “*birlikte velayet, kanunen mümkün olmayan bir velayet modelidir*” görüşü benimsenerek, velayet sorununa ve birlikte velayet taleplerine kayıtsız kalmak, bizce çağın gereklerine uygun bir yaklaşım değildir. Bu sorunun aşılmasına fayda sağlayabilecek yöntemlerin ileri sürülmesi ve bir an evvel kanun koyucunun gerekli düzenlemeleri yapması gerekir.

Koçhisarlıoğlu’nun 2004 yılında yayımladığı “*Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*” isimli çalışması, birlikte velayetin uygulanabilirliği hakkında ülkemizde yayımlanan eserlerden ilki olma özelliğiyle, doktrine oldukça yol gösterici olmuştur. Yazar çalışmasında, ana ve baba arasında ve ayrıca çocuklar ve ebeveynleri arasındaki haklar ile ilişkiler bakımından dağıtıcı, paylaştırıcı ve hatta katılımcı adaletin geçerli sayılması gerektiği görüşünden hareketle, çocuk üzerinde tek başına velayetin değil, velayetin birlikte tevdiinin haklı bir çözüm olarak kendini gösterdiğini ileri sürmektedir⁶⁸⁴. Yazar, TMK’deki düzenlemelerin yetersiz olduğunu da sıkça dile getirmektedir⁶⁸⁵.

Velayetin birlikte kullanılıp kullanılamayacağı sorunu, hukuk dışında diğer sosyal bilim dallarını da meşgul etmektedir. Bu sorun, psikolog ya da sosyolog gibi birçok uzmanın çalışmalarına konu edilmektedir. Zira, gerekli hukuki alt yapının hazırlanmasından önce, ülkedeki sosyo-demografik yapının da yeniliklere ne kadar hazır olduğunun araştırılması önemlidir. Bu çerçevede, 2015 yılında Kiremitçi tarafından bir araştırma yapılmıştır. Kiremitçi, çalışmasında toplumdaki bulguları belli bazı kriterlere göre değerlendirmektedir. Katılımcıların özellikle demografik yapısına, cinsiyetlerine, sosyo-ekonomik ve sosyo-kültürel yapılarına göre soruna bir yaklaşım getirmektedir. Kiremitçi’nin vardığı sonuçlara göre⁶⁸⁶:

⁶⁸⁴ Koçhisarlıoğlu, s. 142.

⁶⁸⁵ Koçhisarlıoğlu, s. 160.

⁶⁸⁶ Kiremitçi, s. 85 vd.

1. Çocuğun yaşı büyüdükçe ve katılımcıların evlilik süreleri arttıkça birlikte velayete katılım düzeylerinin de arttığı görülmektedir. Katılımcıların en çok çocuğun dini eğitimi konusunda birlikte velayete sahip olmak istedikleri dikkat çekmektedir.

2. Cinsiyet bakımından erkeklerin, kadınlara oranla birlikte velayeti daha fazla istedikleri, çocuğun fiziksel, ahlaki ve zihinsel gelişimlerinde söz sahibi olmayı talep ettikleri ortaya konulmaktadır.

3. Diğer ülkelerde birlikte velayeti tercih edenlerin, etmeyenlere göre eğitim seviyelerinin daha yüksek olduğu bilinmesine rağmen, ülkemizde katılımcıların tercihinde eğitim seviyelerinin belirgin bir etkisi olmadığına işaret edilmektedir.

4. Anlaşmalı boşanan çiftlerin çekişmeli boşanan çiftlere oranla birlikte velayet hususunda daha istekli oldukları tespit edilmektedir.

5. Ana ve babanın tek başına velayeti tercih etme oranı arttıkça, çocuğa karşı uyguladıkları baskı ve disiplinin de arttığı görülmektedir.

Unutulmamalıdır ki, boşanma ile sadece eşler arasındaki hukuki bağ sona ermekte, ebeveynlerin çocukları ile arasındaki bağ ise devam etmektedir. Ana veya babadan birinin velayeti kaldırıldığında, bundan evlilik birliği nasıl etkilenmiyorsa⁶⁸⁷, evlilik birliğinin sona erdiği hallerde de velayetin bundan etkilenmemesi ve ikisinin farklı hukuki statüler olduğunun anlaşılması gerekir. Bu nedenle ülkemizde birlikte velayetin uygulanabilirliği sorunu değil, nasıl uygulanması gerektiği soruna bir cevap bulmak gerekir.

Aşağıda doktrin ve yargıda benimsenen çözüm yöntemleri çerçevesinde birlikte velayetin uygulanabilirliği ortaya koyularak, nasıl uygulanması gerektiği ve uygulandığı takdirde hakim tarafından dikkate alınması gereken hususlara değinilecektir. Ancak öncesinde, “Çocuğu Himaye (Muhafaza/Alıkoyma) Hakkı” ve “Velayet” kavramları üzerinde durularak, kavram karışıklığının giderilmesi amaçlanmaktadır.

⁶⁸⁷ Yücel, s. 127 vd.

2. “Çocuğu Himaye (Muhafaza/Alıkoyma) Hakkı” ve “Velayet” Kavramlarının Karşılaştırılması

“Çocuğu himaye hakkı” ve “velayet” bir bütündür. Bunun yanında velayetin kapsamı, yalnızca çocuğun himayesinden ibaret değildir⁶⁸⁸. Velayet üst bir kavram olup içerisinde himaye hakkını da barındırır⁶⁸⁹. Çocuğu himaye hakkı kavramı, çocuğun ana ve baba ile birlikte yaşaması, barınması, ikamet etmesi anlamlarına gelmektedir. Dolayısıyla himaye, daha çok çocuğun bulunduğu fiziksel mekan ile ilgilidir⁶⁹⁰.

İsviçre’de çocuğun himayesi kavramı (Obhut), 2014 yılından önce üst bir kavram olarak kullanılmaktaydı. Kapsamında hem çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesini ifade eden “çocuğun (hukuki) himayesi” (obhutsrecht, droit de garde) kavramını; hem de çocuğun günlük bakım ve yetiştirilmesine ilişkin hak ve yükümlülüklerini ifade eden “çocuğun (fiziki) himayesi” (faktische Obhut, garde de fait) kavramını içermektedir⁶⁹¹. Yani çocuğun himayesi kavramı ile onun hem hukuki ve hem de fiili himayesi kastedilmekteydi. 2014 yılında ZGB’nin 133. maddesinde yapılan değişiklikler neticesinde çocuğun himayesi kavramının anlamı da değişti. Hükmün yeni halinde “çocuğun himayesi” kavramı, sadece fiziki himaye kavramına karşılık olarak kullanılmaktadır. Böylece çocuğun himayesi, aynı evde yaşadığı ebeveyni tarafından bakılması ve yetiştirilmesi anlamına gelmektedir⁶⁹². Çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi hakkı ise, birlikte velayetin bir unsuru olarak kabul edilmiştir⁶⁹³. Böylece velayet ve çocuğun himayesi kavramları karşılaştırıldığında, İsviçre hukukunda çocuğun himayesi ile yanında kaldığı ebeveyn tarafından ona bakılması kastedilirken; velayet kavramı ile ebeveynlerin çocuğun şahısvarlığı ve

⁶⁸⁸ Bingöl, s. 299.

⁶⁸⁹ Bucher, Autorite Parentale, s. 31; Birinci Uzun, s. 148.

⁶⁹⁰ Bucher, Autorite Parentale, s. 31; Birinci Uzun, s. 148; Yılmaz, Alternatif Himaye, s. 17; Koçhisarlıoğlu, s. 118, 119.

⁶⁹¹ Erlüle, s. 235.

⁶⁹² Büchler/Maranta, s. 7

⁶⁹³ Erlüle, s. 235, 236.

malvarlığını ilgilendiren konularda önemli kararlar almaları ve çocuğu temsil etmeleri anlaşılmaktadır⁶⁹⁴.

Türk hukukunda da velayet ve çocuğun himayesi kavramları birbirinden farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda çocuğun himayesi, onun yerleşim yeri ile ilgilidir. Kanunun 21. maddesinde çocuğun yerleşim yeri, kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeri olarak kabul edilir (TMK m. 21/1). Hükümde “*çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya baba*” ifadesinin kullanılması tesadüf değildir. Burada “*bırakılma*” deyiimi ile fiili durumdan değil, hukuka uygun olarak bırakılmadan bahsedilmektedir⁶⁹⁵.

TMK'nın 21. maddesinde “*çocuğun kendisine bırakıldığı*” ifadesi yerine “*velayet kendisine bırakılan*” ifadesi kullanılsaydı; ana ve babanın farklı konutlarda yaşadığı ya da birlikte velayete karar verildiği hallerde, çocuğun yasal yerleşim yeri bakımından sorun olabilirdi. Çünkü bu hallerde velayet ana ve baba tarafından birlikte kullanılmaya devam etmekte, hakim yalnızca çocuğun hangi ebeveyniyle birlikte yaşayacağına, günlük bakımından hangi ebeveynin sorumlu olacağına, başka bir ifadeyle himaye hakkının kime bırakılacağına karar vermektedir. O halde, ana ve babanın farklı yerleşim yerlerine sahip olduğu hallerde, çocuğun yerleşim yerinin, çocuğu himaye hakkı kendisine bırakılan ana veya babanın yerleşim yeri olduğu söylenebilir.

Bu kural, ana ve babanın ortak yaşama ara verdikleri ya da boşandıkları takdirde velayeti birlikte kullandığı haller için de geçerli olmalıdır. Bu durumda hakim velayete ilişkin karar verirken, çocuğun kimin yanında himaye edileceği (alıkoyulacağı) hakkında da karar vermelidir. Bugüne kadar söz konusu iki kavramın birbiriyle karıştırılmasının en büyük nedeni; ülkemizde boşanmadan sonra tek başına velayet modelinin benimsenmesi ve buna bağlı olarak çocuğu himaye hakkının da velayete sahip ana veya baba tarafından kullanılmasıdır. Son yıllarda ülkemizde birlikte velayet

⁶⁹⁴ Erlüle, s. 236.

⁶⁹⁵ Maddenin gerekçesinde “*Buradaki “çocuğun kendisine bırakıldığı” deyiimi, fiilen çocuğu yanında alıkoyan ana veya babayı değil, bırakılmanın bir hakka dayanmasını ifade etmek üzere kullanılmıştır. Bir başka ifadeyle buradaki alıkoymak, fiili durumu değil “hukuka uygun bırakılmayı”, ifade eder.*” açıklamaları yer alır.

kararları verildiği düşünüldüğünde, hakimin çocuğun himayesine de karar vermesi gerekmektedir. Bu durumda çocuğun himayesi, çocuğu kendisine bıraktığı tarafa ait olacaktır.

Çocuğun ana veya babadan birinin yanında yaşaması, diğer ebeveynin velayete ilişkin yasal haklarını ve yükümlülüklerini yerine getirmesine engel değildir. Nitekim birlikte velayet kararı ile diğer ebeveynin çocuğun yaşamını etkileyen önemli kararlarda, örneğin sağlık veya eğitim gibi konularda söz sahibi olma hakkı devam etmektedir⁶⁹⁶. Bu nedenle velayet ve çocuğun himayesi kavramlarının birbirine karıştırılmaması önemlidir⁶⁹⁷. Zira çocuğun himayesi kendisine bırakılmasa bile, diğer ebeveynin, çocuk üzerinde velayete sahip olması mümkündür.

Hemen belirtelim ki, çocuğu himaye hakkının da velayet gibi birlikte kullanılması mümkün olabilir. Birlikte (ortak) yerleşim yeri, çocuğun, her bir ebeveyniyle, günler, haftalar veya aylar halinde sabitlenerek, eşit miktarda zaman harcanmasına karşılık gelen bir kavramdır⁶⁹⁸. Bu kavram, Amerikan hukukunda “birlikte fiziki velayet” kavramı ile anılır. Amerikan hukukunda velayet, çocuğun yerleşim yeri bakımından “tek başına ya da birlikte fiziki velayet”; ana ve babanın çocuk üzerindeki hak ve yükümlülükleri bakımından ise “tek başına ya da birlikte hukuki velayet” biçiminde ikiye ayrılır. Böylece himaye hakkı ve velayet kavramları arasındaki karışıklık giderilmekte ve farklı velayet kararları bakımından farklı yerleşim yeri kararlarının da verilebilmesi imkanı sağlanmaktadır⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 183; Kılıçoğlu, s. 500; Büchler/Clausen, Art. 298, s. 360; Miller, 361; Dönmez/Barın, s. 183; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 28.

⁶⁹⁷ Koçhisarlıoğlu, s. 123; Birinci Uzun, s. 148.

⁶⁹⁸ Hurwitz; s. 5; Miller, s. 360; Rohde, s. 6; Fuhrmann/Zibbel, s. 18; Bjarnason/ Arnarsson, s. 872; Berman/Kirsh, s. 2; Bratt, s. 283.

⁶⁹⁹ ABD’de, 1980’lerde Stanford Saklama Projesi olarak bilinen ve dört yıl süren araştırma, bu konuda yapılan en önemli çalışmadır. Boşanmış 1,100 aileden, 4 ila 16 yaş arasındaki 1,386 çocuğun durumu analiz edilmiştir. Çalışma, esas olarak anneleri ile yaşayan çocuklarla karşılaştırıldığında, ortak bir ikamet düzenlemesi altında yaşayanların depresyona daha az yatkın olduklarını, çalkantılarla başa çıkabilen, daha dengeli ve daha mutlu olduklarını ve iki ebeveyni ile de daha iyi bir ilişki içinde olduklarını ortaya koymaktadır (Rec. 2079 (2015) §17).

İsviçre’de çocuğun himayesi kavramı ile onun yanında yaşadığı ebeveyni tarafından günlük ihtiyaçlarının karşılanması ve bakıp yetiştirilmesinin kastedildiğini ifade etmiştik. Amerikan hukukunda olduğu gibi kesin bir ayrım olmamakla beraber, İsviçre’de de 2014 yılından itibaren, ebeveynlerden birinin veya çocuğun istemi halinde, çocuğun her iki ebeveyniyle (dönüşümlü olarak) yaşamasına karar verilebileceği belirtilmektedir (ZGB Art. 317). Ayrıca, ebeveynler velayeti birlikte kullanırlarsa, çocuğun nerede yaşayacağı konusunda da ortak bir karara varabilirler (ZGB Art. 301a/1). Örneğin; çocuğun üçüncü şahıslarla (koruyucu ana-babalar gibi), her iki ebeveynle ya da yalnızca bir tanesiyle yaşayıp yaşamayacağına karar vermeleri mümkündür⁷⁰⁰.

İsviçre’de 2017 yılında yapılan değişikliklerle, birlikte velayet modelinin “*alternatif himaye*” şeklinde de düzenlenebilmesi imkanı sağlanmıştır⁷⁰¹. Böylece çocuğun himayesinin her iki ebeveyne bırakıldığı hallerde hakim, ebeveynlerin çocuğun bakımına ilişkin paylaşımlarını da düzenlemektedir⁷⁰². Bu paylaşımda eşitlikten ziyade çocuğun bakımının ebeveynler tarafından birlikte üstlenmeleri amaçlanmaktadır⁷⁰³. Ayrıca diğer ebeveynin çocukla geçirdiği sürenin, kişisel ilişki kurma hakkı ile sınırlanan görüşme ve ziyaret sürelerine nazaran daha fazla olması ve buna bağlı olarak da her iki ebeveynin çocuğun günlük hayatından haberdar olması amaçlanmaktadır. Bu nedenle, yapılan araştırmalar alternatif himayenin çocuğun yararına uygun bir model olduğunu ortaya koymaktadır⁷⁰⁴.

Alternatif himayenin söz konusu olduğu hallerde, çocuk dönüşümlü olarak her iki ebeveynin de yanında bulunduğundan, çocuğun yasal yerleşim yerinin neresi olacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bu durumda çocuğun yerleşim yeri, daha yakın ilişki içinde olduğu yer olarak kabul edilir. Ebeveynler anlaşamaz ya da çocuğun yakın

⁷⁰⁰ EJPD, Bundesamt für Justiz BJ Direktionsbereich Privatrecht, Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, s. 3.

⁷⁰¹ Yılmaz, s. 16; Erlüle, s. 236.

⁷⁰² Yılmaz, s. 16; Erlüle, s. 236.

⁷⁰³ Erlüle, s. 239.

⁷⁰⁴ Erlüle, s. 237 vd.

ilişki içinde olduğu yer belirlenemezse, çocuğun yerleşim yeri hakim tarafından belirlenir⁷⁰⁵.

Ülkemizde, TMK'daki hükümler bakımından, birlikte velayet kararlarıyla beraber çocuğun himayesinin her iki ebeveyne de dönüşümlü olarak bırakılması güçtür. Zira TMK m. 19/2'ye göre *“bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz”*. Ayrıca bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin edinilmesine bağlıdır (TMK m. 20/1). Bunun yanında, yılın farklı dönemlerinde çocuğun yasal olarak farklı ve değişken bir yerleşim yerine sahip olması, çocuğun eğitimi, sosyal ilişkileri vb. konularda bazı zorlukların doğmasına da neden olabilir. Aynı zamanda çocuğun sürekli olarak yaşadığı çevreyi değiştirmesi, onun sosyo-psikolojik durumunu da etkileyebilir. Bu durumun, çocuğun yararına uygun olarak ve titizlikle düzenlenmesi şarttır. Nitekim hakimin öncelikli görevinin çocuğun üstün yararını gözetmek olduğu unutulmamalıdır.

AİHM birçok vesileyle, çocuğun ebeveyniyle bir arada olma hakkının, AİHS'nin 8. maddesi uyarınca korunması gereken aile yaşamının vazgeçilmez bir parçası olduğunu vurgulamaktadır⁷⁰⁶. O halde,

- ana veya babanın yakın yerlerde yaşaması,
- durumun kötüye kullanılmayacağının anlaşılması ve
- çocuğun yararının gözetilmesi gibi

şartlarla, çocuk ile velayeti kendisine bırakılmayan taraf arasında kişisel ilişki kurma hakkı, *“istedikleri zamanda görüşebilme”* gibi daha geniş imkanlarla düzenlenebilir. Bunun yanında, ülkemiz koşullarına uygun bir biçimde *“dönüşümlü yerleşim yeri”*, *“değişken yerleşim yeri”* gibi farklı modeller de benimsenebilir⁷⁰⁷. Bu nedenle birlikte velayette olduğu gibi ortak himaye hakkı ile ilgili de bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır.

⁷⁰⁵ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 14-15; Kazmacı, s. 180.

⁷⁰⁶ Rec. 2079 (2015) §14.

⁷⁰⁷ Koçhisarlıoğlu, s. 134.

3. Evlilik Birliğinin Sona Erdiği Hallerde ve Evlilik Dışı İlişkilerde Birlikte Velayetin Uygulanabilirliği Sorunu ve Sorunun Aşılması

a) Evlilik Birliğinin Sona Erdiği Hallerde Birlikte Velayetin Uygulanabilirliği Sorunu ve Sorunun Aşılması

(1) Genel Olarak

Son yıllarda Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarında yapılan reformlar ve çocuğun üstün yararı ilkesinin eskiye nazaran daha ön planda tutulması gibi nedenlerle, Türk hukukunda velayet kurumu ve özellikle evlilik birliğinin sona erdiği durumlarda birlikte velayetin uygulanabilirliği sorunu sıkça tartışılmaktadır. Evlilik birliğinin sona erdiği hallerde birlikte velayetin mümkün olup olmadığı tartışılırken⁷⁰⁸ iki temel düzenleme üzerinde durulmaktadır. Bunlardan birincisi, TMK. m. 182/2’de yer alan “*Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun (...) yararları esas tutulur*” hükmüdür⁷⁰⁹. Doktrinde, hükümdeki “*velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesinden, velayetin mutlaka bir tarafa bırakılması zorunluluğundan mı; yoksa velayetin taraflardan yalnız birine bırakılması olasılığından mı bahsedildiği hususu üzerine farklı görüşler ileri sürülmektedir⁷¹⁰. İkinci ve esas tartışılan hüküm ise, “*Velâyet, (...) boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” ifadesinin yer aldığı TMK. m. 336/3

⁷⁰⁸ Nitekim evliliğin butlanı halinde velayete, TMK’nın 157/2 hükmü gereğince, boşanmaya ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır. Gaiplik ya da evlilik birliği devam ederken ölüm halinde, velayet sağ kalana aittir (TMK m. 336/3). Velayet hakkı kendisine bırakılan eşin ölümü halinde ise, velayet hakim kararıyla sağ kalan eşe bırakılır ya da yararı gerektirmekteyse çocuğa vasi tayin edilir.

⁷⁰⁹ Türk Medeni Kanunu’nun 182. maddesine göre; “ (1) 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 kişisel ilişkilerini düzenler. (2) Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. (3) Hakim, istem halinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir”.

⁷¹⁰ Bilge Öztan, “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu”, *Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan*, Ankara 2006, s. 251- 260, s. 253. Ayrıca bkz. Yücel, s. 122; Koçhisarlıoğlu, s. 103, 104; Öztan, Birlikte Velayet, s. 253, 254; Serdar, s. 174; Baygın, s. 268; Dönmez/Barın, s. 182; Erlüle, s. 284.

hükmüdür⁷¹¹. Bilindiği üzere, TMK’da yer alan velayete ilişkin hükümler yıllarca emredici hüküm olarak kamu düzeninden kabul edilmiştir⁷¹². Bu nedenle, TMK m. 336’da düzenlenen, velayetin boşanmadan sonra çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa ait olacağına ilişkin hüküm, mahkemelerce istisnasız bir şekilde uygulanmıştır. Doktrinde ise yıllarca, bu hükmün emredici nitelikte olup olmadığı ve buna bağlı olarak da birlikte velayete karar verilmesine engel teşkil edip etmediği konusu tartışılmıştır⁷¹³.

Öte yandan, AİHS’ye Ek 7 No’lu Protokol’ün 01.08.2016 tarihinde 6684 sayılı Kanun’la ülkemizde yürürlüğe girmesi üzerine, iç hukukta birlikte velayet daha da tartışılır bir hal almıştır. Zira söz konusu Protokol hükmünde, evliliğin sona erdiği durumlarda eşlerin kendi aralarındaki ve çocukları ile olan ilişkilerinde eşit hak ve sorumluluklara sahip oldukları düzenlenmektedir. Böylece yerel mahkemeler, Protokolün 5. maddesinde yer alan “*eşler arasında eşitlik*” ilkesine istinaden birlikte velayete ilişkin kararlar vermeye başlamıştır.

Ülkemizde evlilik birliğinin sona erdiği hallerde birlikte velayetin uygulanabilirliği sorunununa yanıt bulabilmek için, TMK’nın 182., 336. maddeleri (doktrindeki görüşler ve çözüm önerileri dikkate alınarak) incelenmeli; AİHS’ye Ek 7 No’lu Protokol’ün iç hukuka (özellikle TMK m. 336 hükmüne) etkisi değerlendirilmelidir.

(2) TMK m. 182 ve 336 Hükümlerinin Birlikte Velayete İmkan Verip Vermediği Hakkında Değerlendirme

(a) TMK m.182 Hükmünün Değerlendirilmesi

Evlilik birliğinin sona ermesi halinde, özellikle boşanmadan sonra velayetin düzenlenmesi ile ilgili ve buna bağlı olarak tartışmaların odak noktasını oluşturan

⁷¹¹ Türk Medeni Kanunu’nun 336. maddesine göre; “(1) Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. (2) Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir.(3) Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir”.

⁷¹² Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 222; Yıldırım, s. 86; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 129; Karabacak, s. 21; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 22.

⁷¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kurt, s. 166 vd.

hükümlerden ilki, TMK'nın "*Hakimin takdir yetkisi*" kenar başlıklı 182. maddesidir. Özellikle hükmün ikinci fıkrasında yer alan "*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde*" ifadesi doktrinde farklı görüşün ileri sürülmesine neden olmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 182/2. maddesine ilişkin ilk görüş, evliliğin sona ermesi halinde velayetin yalnızca ana veya babadan birine bırakılması gerektiğini, dolayısıyla TMK m. 182 hükmünün birlikte velayete imkan vermediğini ileri sürerken⁷¹⁴; ikinci bir görüş, TMK m. 182/1'in ifadesinden velayetin mutlaka ana ve babadan birine bırakılacağı sonucuna ulaşamayacağını, hükmün ikinci fıkrasında yer alan "*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*" ifadesi ile velayetin bir tarafa bırakıldığı ihtimali düşünülerek, hükümde kişisel ilişki ve nafaka hususunda hakimin sahip olduğu takdir yetkisinin düzenlendiğini ve bu nedenle TMK m.182/2 hükmünün birlikte velayete imkan verdiğini ifade etmektedir⁷¹⁵. Üçüncü bir görüşe göre ise; hukukumuz bakımından birlikte velayetin mümkün olup olmadığının tespiti için TMK'nın 336. maddesinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira TMK'nın 182/2. maddesinde yer alan "*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*" ifadesi tek başına, velayetin mutlaka ana veya babadan birine bırakılması gerektiğinin söylenmesi için yeterli bir argüman oluşturmamaktadır⁷¹⁶.

(i) TMK m.182 Hükmünün Birlikte Velayete İmkan Vermediğini İleri Süren Görüşler

"*Hakimin takdir yetkisi*" kenar başlıklı TMK m. 182 hükmü, özellikle ikinci fıkrasında yer alan "*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde*" ifadesi nedeniyle, bazı yazarlar tarafından, düzenlemede birlikte velayete imkan verilmediği görüşünün benimsenmesine neden olmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre, TMK'nın 182. maddesi gereğince, boşanmadan sonra

⁷¹⁴ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 129; Akıntürk/Ateş, s. 310, 311; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 142.

⁷¹⁵ Koçhisarlıoğlu, s. 103, 104; Öztan, Birlikte Velayet, s. 253, 254; Serdar, s. 174; Baygın, s. 268; Dönmez/Barın, s. 182.

⁷¹⁶ Erlüle, s. 284.

velayet birlikte kullanılamayacağı için, hakim, çocuğun yararını gözeterek, velayeti ana veya babadan birine bırakmalıdır.

Bu görüşü savunanların başında gelen Hatemi/Kalkan Oğuztürk, TMK'nın 182. maddesine “*Küçük Çocukların Velayeti Sorunu*” başlığı altında yer verirken, Kanunda, boşanmaya rağmen velayetin birlikte kullanılacağına ilişkin bir boşluk bulunmadığını; menfi bir çözüm olduğunu vurgulamaktadır. Yazar, de lege feranda (olması gereken hukuk) bakımından bir öneri olarak bu yönde bir hüküm konmasını da onamadığını açıkça ifade eder. Zira yazara göre, eşlerin çocuk üzerinden savaşlarına devam edecek olmaları çocuğun yararına uygun değildir⁷¹⁷.

Akıntürk/Ateş'e göre, boşanma ile evlilik kesin olarak son bulacağına göre, o tarihe kadar birlikte kullanılan velayet, bundan böyle ana veya babadan birine bırakılacaktır. TMK'nın 182. maddesi gereğince, velayetin hangi tarafa bırakılacağı konusunda hakime geniş takdir yetkisi tanınmaktadır. Bu konuda hakimin olanak buldukça çocuğun, ana babanın veya çocuk vesayet altındaysa vesayet makamının görüşlerini almalıdır⁷¹⁸.

Türk doktrinde Dural/Öğüz/Gümüş de TMK'nın 182. maddesine ilişkin olarak yaptığı açıklamada, evlilik birliği devam ederken birlikte kullanılan velayetin, boşanma sonucunda ana veya babadan birine verileceğini; hukukumuzda boşanma halinde velayetin birlikte kullanılmasının kabul edilmediğini ifade etmektedir⁷¹⁹.

Baygın'a göre ise, TMK'nın 182/2 hükmünde yer alan “*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesinden, boşanmada tek başına velayetin benimsendiği izlenimi oluşmaktadır. Nitekim boşanmada tek başına velayet asıldır. Bununla beraber yazar, İsviçre ZGB'sinin eski düzenlemesinde olduğu gibi, ana ve babanın hazır ve istekli olduğu hallerde birlikte velayetin TMK'da da istisna olarak kabul edilmesini önermektedir⁷²⁰.

⁷¹⁷ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 129.

⁷¹⁸ Akıntürk/Ateş, s. 310, 311.

⁷¹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 142.

⁷²⁰ Baygın, s. 268.

(ii) TMK m. 182 Hükümünün Birlikte Velayete İmkan Verdiğini İleri Süren Görüşler

Türk Medeni Kanunu’nun 182. maddesinin birlikte velayete imkan verip vermediği tartışmasında, aleyhe ileri sürülen ve birlikte velayeti reddeden görüşler kadar, söz konusu hükmün birlikte velayete imkan tanıdığını ileri süren, lehe görüşler de oldukça fazladır.

Bu görüşü savunan ilk yazarlardan biri olan Koçhisarlıoğlu’na göre, Kanun’un 182. maddesinde velayetin ana ve babaya birlikte bırakılamayacağına ilişkin açık bir hüküm yoktur. Söz konusu hükümde, ana ve babanın çocuklar bakımından hakları ve çocukla kişisel ilişkilerinin düzenlenmesi hususunda hakimın takdir yetkisi düzenlenmektedir. Öte yandan yazara göre, hükümde yer alan “*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesinden, velayetin mutlaka ana veya babadan birine ait olduğu anlamı da çıkarılamaz. Burada çocuğun eşlerden birinin velayetine bırakıldığı ihtimalde diğer eşin çocukla kişisel ilişkisinin ve ödeyeceği nafakanın belirlenmesi gerektiği düzenlenmektedir⁷²¹.

Aynı şekilde doktrinde Öztan da maddenin birinci ve ikinci fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, velayetin muhakkak eşlerden birine tevdi edilmesi gerektiği sonucuna ulaşamayacağı görüşündedir. Yazar, kanun koyucunun, TMK m. 182 hükmünde, önceki ZGB’de karşılık gelen m. 133/1 hükmünde yer alan mahkemenin velayeti ebeveynlerden birine tevdi edeceği düzenlemesine yer vermediğini ifade etmektedir⁷²².

Serdar’a göre ise, maddenin 1. fıkrasında hakimın, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenleyeceği ifade edilmektedir. Bu anlatımdan boşanmada velayetin mutlaka ana ve babadan birine ait olacağı anlamı çıkarılamaz. Öte yandan, maddenin 2. fıkrasında yer alan “*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesindeki tekil anlatımdan hareket edilerek de boşanmada velayetin mutlaka ana veya babadan birine verilmesi

⁷²¹ Koçhisarlıoğlu, s. 103, 104.

⁷²² Öztan, Birlikte Velayet, s. 253, 254.

gerektiği sonucuna ulaşılması mümkün değildir. Yazara göre, TMK m. 182’de, boşanmadan sonra velayetin ana veya babadan birine verilmesi ihtimalinde, velayetin kullanılması kendisine bırakılmayan ebeveynin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesi ve çocuğa ödeyeceği nafakanın belirlenmesi durumu düzenlenmektedir⁷²³.

Erlüle’ye göre, TMK m. 182’de doğrudan velayette hak sahipliği düzenlenmediği için tek başına bu maddede yer alan ifadelerle birlikte velayete imkan verilip verilmediğine ilişkin bir yargıya varılamaz. Velayetin birlikte kullanılıp kullanılamayacağını tespiti için TMK’nın 336. maddesinin değerlendirilmesi gerekir. Yazara göre, “*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesi, velayetin mutlaka ana veya babadan birine bırakılması gerektiğine ilişkin yeterli bir argüman oluşturmamaktadır⁷²⁴.

Doktrinde Dönmez/Barın ise, TMK’nın 182. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, velayetin muhakkak eşlerden birine tevdi edilmesi gerektiği sonucunun çıkarılamayacağını ifade etmektedir. Yazarlara göre, söz konusu hükümde doğrudan velayetle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemektedir⁷²⁵.

(b) TMK m. 336 Hükümünün Değerlendirilmesi

Velayetin tevdiini düzenleyen esas hükmün, TMK’nın 336. maddesi olduğunu daha evvel ifade etmiştik. Söz konusu hükmün ilk fıkrasının “*Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar*” şeklindeki düzenlemesi nedeniyle evliliğin devamı süresince velayetin ebeveynler tarafından birlikte kullanacağı hususu açıktır. İkinci fıkrasında yer alan “*Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir*” hükmünde ise, ortak hayata son verme ve ayrılık hallerinde velayetin ebeveynlerden birine tevdi hakim tarafından takdirine bırakılmaktadır. Görüldüğü üzere, TMK’nın 336. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında tartışmaya mahal verilmeksizin, velayetin tevdi hususu açıkça

⁷²³ Serdar, s. 174.

⁷²⁴ Erlüle, s. 284.

⁷²⁵ Dönmez/Barın, s. 182.

düzenlenmektedir. Buna karşılık, söz konusu hükmün 3. fıkrasında yer alan “*Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” ifadesi nedeniyle, tek başına velayetin zorunlu ve buna bağlı olarak hükmün de emredici nitelikte olup olmadığı hususunda, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Söz konusu hükümde özellikle “*çocuk kendisine bırakılan taraf*” şeklindeki düzenlemenin emredici nitelikte olup olmadığı hususu tartışılmaktadır.

Doktrinde bir görüş hükmün emredici nitelikte olduğunu ve bu nedenle birlikte velayete imkan tanınmadığını ileri sürerken; başka bir görüş, hükmün emredici nitelikte olmadığını, hükümde örtülü bir boşluk bulunduğunu ve bu boşluğun amaca uygun sınırlandırma yöntemiyle doldurularak birlikte velayetin mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Bunların dışında üçüncü bir görüş ise, TMK m. 336/3 hükmünün, çocuğun yararına uygun olmak şartıyla, birlikte velayet kararlarına doğrudan uygulanabileceğini savunmaktadır.

(i) TMK m. 336 Hükümünün Birlikte Velayete İmkan Vermediğini İleri Süren Görüşler

Doktrinde bazı yazarlar, TMK’nın 336. maddesinde kanun koyucunun menfi bir çözüm benimsediğini, hükmün emredici nitelikte olduğunu, buna bağlı olarak da hükümde herhangi bir boşluk bulunmadığını ve mevcut düzenlemenin boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılmasına imkan tanımadığını ifade etmektedir. Bu görüşü savunan yazarlardan bazıları, birlikte velayetin uygulanabilirliği sorununun uluslararası sözleşmeler çerçevesinde aşılabileceğini ileri sürmektedir.

Bu görüşte olan yazarlardan Hatemi/Kalkan Oğuztürk, TMK’nın 336. maddesinin emredici nitelikte olduğunu ve hükümde bir boşluk bulunmadığını, aksine kanun koyucu tarafından menfi bir çözümün benimsendiğini ileri sürmektedir. Yazarlara göre, ana ve babanın boşanması halinde velayetin birlikte kullanılmaya devam edilmesi, boşanmış eşlerin çocuk üzerinden birbirleriyle savaşılmaya devam

etmesine de neden olur. Bu nedenle yazarlar, birlikte velayete imkân tanıyan bir düzenlemenin çocuğun yararına aykırı olduğunu ileri sürmektedirler⁷²⁶.

Serozan’a göre, TMK’nın 336. maddesi, velayetin birlikte kullanılmasına imkan vermemektedir. Bu durumda yapılması gereken, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ışığında ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın eşitlik ilkesi ile çocuğun kişiliğini oluşturup geliştirme ve ana-baba hakkı karşısında TMK m. 336-337 hükümlerinin anayasaya aykırılığını def’i yoluyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne getirmektir⁷²⁷.

Baygın’a göre ise; ortak yaşama ara verilmesi ve ayrılık hallerinin aksine; boşanmada kural, velayetin bir tarafa bırakılmasıdır. TMK’da birlikte velayete ilişkin açık bir hüküm olmamakla birlikte yazara göre, böyle bir düzenleme yapıncaya kadar en azından hâkim, TMK m.166/3 uyarınca anlaşmalı boşanmalarda, eşlerin boşanma sonrasında ortak çocuklarının velâyetini birlikte kullanmak istemeleri ve bunun çocuğun yararına olacağının anlaşılması halinde, birlikte velayete karar verebilmelidir. Zira boşanma sonrasında çocuğun yararı bakımından mutlak doğrunun velayetin ana veya babadan birine verilmesi olduğunun kabulü her zaman âdil bir çözüm değildir⁷²⁸.

Türk hukuk doktrinde Özdamar ise; her ne kadar, TMK’nın 336. maddesindeki “*velayet, ... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” ve 337. maddesindeki “*... velayet anaya aittir velayeti babaya verir*” ifadelerinden, velayetin bölünemeyeceği izlenimi doğmakta ise de, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde de açıkça öngörülen, “*çocuğun menfaatine üstünlük tanınması ilkesi*” gereği, velayetin, hakimin takdirine bağlı olarak, gereken hallerde bölünebilmesi; yani, hem ananın hem de babanın birlikte velayet hakkına sahip olabilmesi mümkün olmalıdır⁷²⁹.

⁷²⁶ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 129.

⁷²⁷ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 255, 256.

⁷²⁸ Baygın, s. 268, 269.

⁷²⁹ Özdamar, s. 431.

Doktrinde bu görüşte olan yazarlardan Kurt da söz konusu hükümlerde boşluk olduğunu ve bu boşluğun doldurularak birlikte velayetin uygulanabileceğini ileri süren görüşleri eleştirmekte, Kanun boşluğunun bu şekilde doldurularak düzeltilmesini, yasama alanına bir müdahale, hukuk güvenliğine ise bir tehdit olarak görmektedir. Kurt’a göre, TMK’nın söz konusu hükmünde yer alan “*Velayet,.....boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” lafzı açık olup bu hükümdeki “*tarafa*” ifadesi “*tarafa veya taraflara*” şeklinde anlaşılamaz. Kanun koyucu bu hükümde birlikte velayet bakımından menfi bir çözümü benimsemektedir. Yazara göre, söz konusu hükümde ne kanun koyucunun önceden birlikte velayet modelinden haberdar olmadığı için düzenlemediği gerekçesiyle bir “*açık boşluk*” olduğu, ne de kuralın fazla geniş tutularak istisnaların düzenlenmediği, unutulduğu gerekçesiyle bir “*örtülü boşluk*” bulunduğu söylenemez. Sorun ancak normlar hiyerarşisi çerçevesinde bertaraf edilerek, uluslararası sözleşmeler yoluyla çözülebilir⁷³⁰.

(ii) TMK m. 336 Hükümünün Birlikte Velayete İmkan Verdiğini İleri süren Görüşler

Kanunun 336. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” ifadesi hakkında son dönemlerde doktrinde ağırlıklı görüş, hükmün emredici olmadığı yönündedir. Bu görüşü savunanlar, hükümde örtülü bir boşluk olduğu, çocuğun üstün yararı da düşünüldüğünde bu boşluğun “*amaca uygun sınırlama yöntemi*” ile doldurularak TMK’nın 336. maddesinin birlikte velayete imkan verdiğini ifade etmektedir⁷³¹. Öte yandan, azınlıkta da olsa, kanun hükmünün doğrudan, birlikte velayet kararları için uygulanabileceğini ileri süren görüşler de vardır⁷³².

⁷³⁰ Kurt, s. 172, 173, 174.

⁷³¹ Öztan, Aile Hukuku, s. 782; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 232; İnce, s. 216.

⁷³² Azra Serim Arkan, “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, LHD, C. 14, S. 167, Y. 2016, s. 6085; Erdem, s. 171, 172.

**(a) TMK m. 336 Hükümünde Amaca Uygun Sınırlama Yönteminden
Yararlanılarak Birlikte Velayetin Uygulanmasını İleri Süren Görüşler**

Doktrinde bazı yazarlar, TMK m. 336 hükmünün emredici nitelikte olmadığını, buna bağlı olarak hükmün ifadesinden, velayetin boşanmada ebeveynlerden birine bırakılması zorunluluğuna ulaşılamayacağını ve anılan hükümde “örtülü boşluk” bulunduğundan “amaca uygun sınırlama” yöntemiyle hakimın birlikte velayete hükmedebileceğini ileri sürmektedir.

Bu görüşü savunanlardan Koçhisarlıoğlu’na göre, TMK’nın 336/3. hükmü, velayetin yalnızca bir tarafa ait olacağı, velayetin her iki ebeveyne birden bırakılamayacağı şeklinde emredici bir kural olarak yorumlanamaz. Zira hükmün amacı, ana, baba ve çocuğun yararlarını korumaktır. Bu amaçla başlangıçta kanun koyucu tek başına velayeti benimsese de değişen koşullar nedeniyle bu kural anlamsız hale gelmiştir. Bu durumda yazara göre, TMK m.1/1 uyarınca amaç ile araç arasındaki çatışmanın düzeltilmesi, kanunda var olan boşluğun çocuğun yararına olacak biçimde contra legem (yasadan ayrılan) yorumla doldurulması gerekir⁷³³.

Öztan’a göre, mutlak doğrunun, velayetin yalnızca ana veya babadan birine bırakılmasında olduğunun kabulü, adil bir çözüm değildir. Zira TMK m. 336/3 hükmü, çocuğun üstün yararından bağımsız olarak okunamaz. Bu nedenle maddenin lafzi yorumunun bu günkü değerler karşısında amacı ile örtüşmediği söylenebilir. Yazara göre, en iyi çözüm hükmün yeniden düzenlenerek, velayetin birlikte kullanılmasını hakim takdirine bırakmak olacaktır. Bu yorumdan hareketle, hakim, çocuğun daha yararına olduğunu düşünüyorsa, birlikte velayete karar verebilir. Ancak böyle bir düzenleme yapıncaya kadar, TMK’nın 336/3 hükmünde örtülü bir boşluk bulunduğu ve bu boşluğun TMK m. 1/1’e göre doldurulabileceği söylenebilir. Zira hükümde kullanılan ifade ile takip edilen amaç örtüşmemektedir. Bu durumda amaca göre sınırlama yolundan yararlanılabilir⁷³⁴.

⁷³³ Koçhisarlıoğlu, s. 96, s. 232-234 ve s. 243, 244

⁷³⁴ Öztan, Birlikte Velayet, s. 258- 260.

Türk hukuk doktrininde Erlüle ise; TMK m. 336/3 hükmündeki “*Velayet, ...boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” ifadesinde yer alan tekil anlatımdan hareketle, velayetin mutlaka ebeveynlerden birine bırakılması gerektiği sonucuna ulaşamayacağını ifade etmektedir. Zira maddeyi bu şekilde yorumlamak ÇHS m. 3’de vurgulanan çocuğun üstün yararı ilkesi ile bağdaşmaz⁷³⁵. O halde yazara göre, Medeni Kanunumuzda somut olaya ilişkin bir hüküm mevcuttur; ancak, hükmün amacı (ratio legis) ele alındığında, bu hükmün olaya uygulanması uygun değildir. Hükmün lafzı geniş tutulmaktadır. Bu nedenle, TMK’nın 336. maddesinde örtülü bir boşluk söz konusudur. Yazar, bu boşluğun amaca uygun sınırlama yönteminden yararlanılarak doldurulmasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir⁷³⁶.

(b) TMK m. 336 Hükmünün Doğrudan Birlikte Velayete İmkan Verdiğini İleri Süren Görüşler

Doktrinde bazı yazarlar, TMK’nın 336. maddesinin getiriliş amacı değerlendirildiğinde, söz konusu hükmün birlikte velayet taleplerine doğrudan uygulanabileceğini ifade etmektedir.

Bu görüşü ileri süren yazarlardan Serdar’a göre; boşanma sonrasında velayet hakimın takdir yetkisi ile belirlenir ve bu yetkinin sınırı ancak çocuğun üstün yararıdır. Bu nedenle, TMK m. 336/3 hükmünün getiriliş amacı (ratio legis) da değerlendirildiğinde, tarafların boşanma sonrasında velayeti birlikte kullanmayı talep etmeleri halinde, çocuğun yararına olmak şartıyla, hakimın bu talebi kabul etmesi gerekir. Nitekim TMK’nın 166. maddesi gereğince anlaşmalı boşanmada, ebeveynlerin çocuğun velayeti üzerinde anlaşması gerekmektedir. Yazara göre, ebeveynler velayetin birlikte kullanılması hususunda anlaşmışlarsa, çocuğun yararına aykırı olmadıkça, hakimın anlaşmayı onaylaması uygundur⁷³⁷.

⁷³⁵ Erlüle, s. 286.

⁷³⁶ Erlüle, s. 292.

⁷³⁷ Serdar, s. 184, 185.

Erdem ise, TMK'nın 336. maddesinde velayetin çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağı söylenirken, bunun aksini yasaklayan bir ifadeye de rastlanılmadığına diikat çekmektedir. Hükümün zıt anlamından da (argumentum a contrario) bir sonuç çıkarılamaz. O halde söz konusu hükümde, hakimın takdir yetkisini kullanarak, çocuğun menfaatlerine uymak koşuluyla, birlikte velayete karar vermesine engel bir durum söz konusu değildir⁷³⁸.

Arkan Serim'e göre, TMK m. 182 ve 336 hükümlerinde ve gerekçelerinde, çocuğun velayetinin boşanmadan sonra mutlaka ana veya babadan birine verilmesi gerektiği, birlikte velayetin mümkün olmadığı şeklinde bir ifade yer almamaktadır. TMK m. 336 hükmünün 1. ve 2. fıkrası beraber değerlendirildiğinde aslolan birlikte velayettir. Yazara göre, boşanmadan sonra hakimın takdirine bağılı olarak velayetin ebeveynlerden birine verilmesi mümkündür⁷³⁹.

(c) Görüşümüz

Türk hukukunda TMK'nın 336/3 ve 182/2 düzenlemelerinin birlikte velayete imkan verip vermediği hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Kanunun m. 182/2 hükmü değerlendirildiğinde, “*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesinden, velayetin ancak bir tarafa bırakılması gerektiği anlaşılabilir. Ancak söz konusu hüküm, diğerebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişkinin düzenlenmesi ve bu düzenleme yapılırken hakimın göz önünde tutması gereken kriterlerin bir tespitinden ibarettir. Başka bir ifadeyle, kişisel ilişki kararında hakime verilen takdir yetkisinin sınırları belirlenmektedir. Nitekim maddenin devamına bakıldığında “*çocuğun özellikle sağıık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur*” ifadesine yer verilmektedir. Bu nedenle söz konusu hükmün amacı aşılıarak, velayetin sadece bir tarafa verilmesi gerektiği sonucunun çıkarılması bizce de mümkün değildir. Öte yandan velayet kurumunu düzenleyen asıl hükümler, TMK'nın 335 ve devamı maddelerinde yer almaktadır. Dolayısıyla, evliliğin sona erdiği hallerde birlikte velayetin mümkün olup olmadığının tespiti için TMK'nın 336.

⁷³⁸ Erdem, s. 171, 172; Koçhisarlıoğlu, s. 105.

⁷³⁹ Arkan Serim, s. 6085.

maddesinin değerlendirilmesi gerekir. Erlüle'nin de ifade ettiği üzere, TMK'nın 182/2. hükmü bize velayetin birlikte ya da tek başına kullanılabileceğine ilişkin yeterli bir veri sağlamamaktadır. TMK m. 182/2 hükmünde “*Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesi ile sadece velayetin bir tarafa bırakılması ihtimalinde, çocuğun diğer tarafla kişisel ilişkisinin düzenlenmesi hususu yer almaktadır.

Boşanmada velayetin tevdiini düzenleyen asıl hüküm, TMK'nın 336/3. maddesidir. TMK'nın 336. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında evliliğin devamı süresince ve ortak hayata son verilmesi ya da ayrılık hallerinde çocuğun yararına olduğu gerekçesiyle, velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasına imkan tanındığı görülmektedir⁷⁴⁰. Buna karşılık, TMK m. 336/3 hükmünde kanun koyucunun bu düşünceden ayrıldığı ve çocuğun yararına en uygun çözüm olarak, boşanma halinde velayetin ebeveynlerden birine bırakılmasını benimsediği düşünülebilir. Ancak çocuğun üstün yararı kavramı değişken ve esnektir. Geçmişte velayetin tek başına kullanılmasının çocuğun yararına olduğu düşünülürken, günümüzde birlikte velayet ile çocuğun yararının daha çok korunacağı ortaya koyulmuştur⁷⁴¹.

Yukarıda yapılan açıklamalardan hareketle, TMK'nın 336. maddesinde örtülü bir boşluk olduğu söylenebilir. Söz konusu hükümde, boşanmadan sonra velayetin ana veya babadan birine verileceği düzenlenmektedir. Ancak hükmün amacı (ratio legis) düşünüldüğünde, velayetin birlikte kullanılması taleplerine ilişkin somut bir çözüme rastlanılmamaktadır⁷⁴². Dolayısıyla, kanunda velayete ilişkin açık bir kural düzenlenmiştir; ancak kanunun lafzı esas alındığında, düzenlemenin her somut olaya uygun olmadığı, günümüz koşullarına tam olarak cevap veremediği ortadadır. Zira hükümde, söz konusu olayların değerlendirmesinde önem taşıyan ana-baba ve çocuğun iradesi, çocuğun üstün yararının korunması gibi bazı ayırıcı özellikler dikkate alınmamıştır⁷⁴³. Bu nedenle kanun ifadesi geniş olup her somut vakanın

⁷⁴⁰ Erlüle, s. 287.

⁷⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. “§ 1.A.1.b) Birlikte Velayetin Önemi” başlığı altındaki açıklamalar.

⁷⁴² Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 231, 232; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 34; İnce, s. 215, 216; Karaca, s. 76.

⁷⁴³ Kırca, s. 96; Öztan, Birlikte Velayet, s. 260, İnce, s. 216.

belirleyici özelliklerine uymamakta, adalete aykırı sonuçlar doğurmaktadır⁷⁴⁴. Burada TMK'nın 336. maddesinin yeni koşullara adapte edilmesi, maddenin özüne/ruhuna ve amacına uygun okunması gerekir⁷⁴⁵. Başka bir ifadeyle TMK'nın 336. maddesinin, çocuğun üstün yararı ilkesine ve bu ilkenin felsefesine, ruhuna uygun bir biçimde (amaca uygun) sınırlandırılarak, birlikte velayet taleplerine uygulanması mümkündür⁷⁴⁶.

Amaca uygun sınırlama yönteminden yararlanılarak, TMK m. 336/3 hükmünün nasıl doldurulacağına ilişkin önerilerimizi sunmadan önce, amaca uygun sınırlamanın ne anlama geldiğinden kısaca bahsedelim. Amaca uygun sınırlama (teolojik redüksiyon), hakimnin somut olay bakımından istisnai olan, duruma uygun olmayan hükme, somut olaya uygun olacak gerekli düzenlemeyi eklemesi ve hükmün lafzını, amacına ve ruhuna uygun bir biçimde sınırlayarak hukuk yaratması yöntemidir⁷⁴⁷. Bu yöntem hukuki uyumsuzluğun çözümünde “sosyal gerçekliğe”, “eşyanın tabiatına” öncelik vermekte; toplumdaki sosyal ihtiyaçların en iyi şekilde karşılanmasını amaçlamaktadır⁷⁴⁸.

Amaca uygun sınırlama yöntemi ile başlangıçta varolan boşlukların ya da sonradan ortaya çıkan örtülü boşlukların doldurulması mümkündür⁷⁴⁹. Kanunda belirli bir sorunun cevabına yer verilmesine rağmen, bu cevabın somut olayda maddi açıdan tatmin edici olmaması, açıkça haksız olması durumunda örtülü boşluk söz konusu

⁷⁴⁴ Kırca, s. 96.

⁷⁴⁵ Amaca göre yorum hakkında bkz. Sururi Aktaş, “Hukukta Yorum Çabaları”, *EÜHFD*, C. XV, S. 3–4, Y. 2011, s. 16, 17.

⁷⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 237vd.; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 232; Bingöl, s. 286.

⁷⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, s. 293; Çiğdem Kırca, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (teleologische reduktion)”, *AÜHFD*, C. 50, S.1,Y.2001, s. 91; Mesut Serdar Çekin, “Uluslararası Normların Özel Hukuka ve Hukuk Metodolojisine Etkisi”, *İÜHFM*, C. LXXIV, S. 2, Y. 2016, s. 657, 658; Aydın Aybay/Rona Aybay, *Hukukia Giriş*, B. 8, İstanbul 2002, s. 308 vd.; Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, B. 14, Ankara 2012, s. 70, 71.

⁷⁴⁸ Kemal Gözler, *Hukukia Giriş*, B. 14, Bursa 2017, s. 284; Güriz, s. 70.

⁷⁴⁹ Kırca, s. 102; Erlüle, s. 293.

olur⁷⁵⁰. Kırca örtülü boşluğu, kanunun çok geniş kapsamlı olarak düzenlenmesi ve bu nedenle kanunun lafzının, amacı ve negatif eşitlik ilkesi göz önüne alındığında, sınırlandırılmayı gerektirmesi halinde ortaya çıkan boşluk olarak tanımlamaktadır⁷⁵¹. Bu halde kanun koyucu somut olayı çözmeye yarayacak istisnai halleri dikkate almamıştır⁷⁵². Başka bir ifadeyle, istisna hükmünü gerektirecek atipik olay, hüküm düzenlenirken gözden kaçırılmış; kanun koyucu tipik olmayan bu olayı düşünememiştir⁷⁵³. Mevcut haliyle hükmün uygulanması, kanunun amacına ve adalete aykırı sonuçlar doğuracaktır⁷⁵⁴. Bu durumda örtülü boşluğun doldurulması gerekir.

Serozan'a göre, örtülü boşluğu doldurma zorunluluğu, TMK m.2/2'de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkindir. Yazar, örtülü yasa boşluğunun amaca uygun sınırlanmasıyla yasa kuralına bir ayrık eklenerek doldurulmasının TMK m. 1'den çok, TMK m. 2/2'ye yakıştığını ifade etmektedir. Zira örtülü boşluk ve bu boşluğun amaca uygun sınırlandırılması olasılıklarında, aynı zamanda bir hak amacından saptırılmakta, birlikte velayetin olanaksızlığının ileri sürülmesi gibi, kötüye kullanılmaktadır⁷⁵⁵.

Belirtilmelidir ki, örtülü boşluğun amaca uygun sınırlandığı bazı hallerde, aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması yasağı unsurlarının bulunması mümkünse de her halde TMK m.2/2 hükmünün unsurları bulunmayabilir. TMK'nın 336/3 hükmü de böyledir. Zira, hükmün çocuğun yararına (amaca) uygun olarak sınırlanması için hakkın kötüye kullanılması gerekli değildir. Amaca uygun sınırlamada, somut olaya uymayan hükme ayırt edici gerekli düzenlemenin eklenilmesi suretiyle hukuk

⁷⁵⁰ Kırca, s. 95; Aybay/Aybay, s. 323. Gözler, hukuki düzenlemenin var olup da tatmin edici sayılmamasının kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Zira kanunu düzeltme yetkisi yasamanındır. Hakimin bu durumda hukuk yaratması, kuvvetler ayrılığına aykırılık teşkil eder (Gözler, s. 377, 378).

⁷⁵¹ Kırca, s. 96.

⁷⁵² Erlüle, s. 293.

⁷⁵³ Rona Serozan, *Medeni Hukuk*, B.5, İstanbul 2014, s. 155.

⁷⁵⁴ Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 155; Kırca, s. 96; Öztan, *Birlikte Velayet*, s. 260, İnce, s. 216; Erlüle, s. 293.

⁷⁵⁵ Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 163- 165.

yaratılması söz konusudur⁷⁵⁶. Dolayısıyla hakimın amaca uygun sınırlama için kullanacağı yasal dayanak, TMK m. 1/2 hükmüdür. Zira maddede yer alan “uygulanabilir bir hüküm bulunmaması” ifadesi, örtülü boşluk hallerini de kapsamaktadır⁷⁵⁷. Böylece hakim, TMK m. 1/1’de yer alan “Kanun sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır” ifadesine istinaden⁷⁵⁸, TMK m.1/2 gereği hakimın hukuk yaratması yetkisine dayanarak, amaca uygun sınırlama yöntemi ile örtülü boşluğu doldurabilir. Bu takdirde mahkeme nihai amaca uygun, toplumsal ve bireysel sorunları çözen bir makam haline gelir⁷⁵⁹. O halde hakim, TMK m.336/3 hükmünü amaca uygun sınırlamak için kanun koyucunun yerine geçerek, tipik olmayan ancak söz konusu olayların değerlendirmesinde önem taşıyan ana-baba ve çocuğun iradesi, çocuğun üstün yararının korunması gibi bazı ayırıcı özellikleri hükme eklemek suretiyle doldurmalıdır⁷⁶⁰.

TMK’nın 336/3 hükmünün amaca uygun sınırlandırılarak doldurulmasında, önerimiz şu şekildedir:

“(3) Velayet ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada ise velayet, çocuğun yararı esas alınmak kaydıyla, ana ve babanın ortak talebi ve mümkün olduğu ölçüde çocuğun görüşü de dikkate alınarak, ana veya babadan birine ya da her ikisine birden bırakılabilir”.

⁷⁵⁶ Erlüle, s. 293.

⁷⁵⁷ Kırca, s. 101; Erlüle, s. 293.

⁷⁵⁸ “Kanun amacı araştırılırken de söz olarak onun bize neyi anlatmaya çalıştığına bakarız. Ancak, kanun yorumlanırken söze amaçtan daha fazla öncelik verilmesi uygulamada çelişik durumlara yol açabilir. Bu çelişik duruma düşmemek için ise iki şeyi aynı anda yapabilmeliyiz. Birincisi, sözün anlamı araştırılırken sistematik olarak durum incelenmelidir. Yani o normun tüm metinde bulunduğu yer ve diğer normlarla olan ilişkisi anlatmaya çalıştığı durum ele alınmalı daha sonra ise amaçsal yorum ile normun amacı üzerinde durulmalıdır. Böylelikle normun uygulanmasında aynı kanun metnindeki diğer normlarla çelişik durumlar oluşmamış olacaktır” (Asım Kaya, “Amaçsal Yorum”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Y. 2014, s. 369).

⁷⁵⁹ Kaya, s. 368.

⁷⁶⁰ Serozan, Medeni Hukuk, s. 164; Kırca, s. 96; Öztan Birlikte Velayet, s. 260, İnce, s. 216.

(3) AİHS'ye EK 7 No'lu Protokol'ün 5. Maddesinin Birlikte Velayet Kararlarına Etkisi

(a) Protokol'ün 5. Maddesinin TMK'nın Velayete İlişkin 336. Maddesine Etkisi Hakkında İleri Sürülen Görüşler

Ülkemizde 6684 sayılı Kanun'la 10.03.2016 tarihinde uygun bulunan ve 9. maddesi gereği 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün kabulü ile birlikte mahkemelerin “birlikte velayet”e karar vermeye başladıkları görülmektedir⁷⁶¹. Yargı kararlarının gerekçesinde ise, Protokol'ün 5. maddesi yer almaktadır.

Protokolün 5. maddesinde, “eşler arasında eşitlik” ilkesiyle evliliğin sona erdiği durumlarda eşlerin kendi aralarındaki ve çocukları ile olan ilişkilerinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olduğu kuralı benimsenmektedir. Bu kuralın tek istisnası ise, hükmün ikinci cümlesinde ifade edilen, çocuğun üstün yararıdır.

Protokol'ün 5. maddesinde yer alan “çocuklarıyla olan ilişkileri” ifadesiyle akla “velayet” kurumun gelmesi olağandır. O halde, Protokol'ün kabulüyle birlikte, 5. maddesinin iç hukuka etkisi ve TMK m. 336/3 hükmünün yürürlükte kalıp kalmayacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Bu mesele hakkında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

⁷⁶¹ İstanbul BAM 10.H.D. T.26.04.2017, E.2017/578, K. 2017/386, , “Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2016/15771 E., 2017/1737 K. sayılı ilamında belirtildiği üzere, iç hukukumuzda ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. Dosya kapsamına göre, ortak velayet ve çocukların kimin yanında kalmalarının menfaatlerine uygun olacağı hususunun araştırılması, tarafların ve çocukların mahkemece dinlenilmeleri, psikolog, pedagog ve sosyal hizmet uzmanından oluşacak heyetten rapor alınmak suretiyle ortak velayet hususu da değerlendirilerek yeniden hüküm kurulması için diğer yönler incelenmeksizin ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın mahkemesine gönderilmesine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur”, E. Apaydın, Ortak Velayet, s. 465'den naklen.

Gençcan'a göre, AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi, 4721 sayılı Kanun hükümlerini örtülü olarak ortadan kaldırmaktadır⁷⁶². Böylece yazara göre, boşanmada birlikte velayet asıl olup velayetin ebeveynlerden birine verilmesi istisnadır⁷⁶³.

Doktrinde Kurt ise, birlikte velayet sorununun, normlar hiyerarşisi ve Any. 90/5 hükmü çerçevesinde, AİHS'ye EK 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi gereği çözülmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle yazara göre, boşanmada velayet konusu bakımından TMK'nın 336/3 hükmü değil, söz konusu Protokol hükmü uygulanmalıdır. Zira Protokol hükümleri ile TMK'nın 336. madde hükmünün uygulanması engellenebilir⁷⁶⁴.

Güven ise; Ek 7 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girdiği andan itibaren genel bir kanun niteliğine sahip olduğunu belirtmektedir. Yazara göre onun bu niteliği, yine kendisi gibi genel bir kanun niteliğini haiz TMK'nın velayete ilişkin 182/2, 336/2 ve 337. maddelerini zımnen ortadan kaldırmamakta, bilakis onların yanında ve ilave bir düzenleme olarak aile ilişkileri hakkında iki genel hükmün birlikte uygulanması söz konusu olmaktadır⁷⁶⁵. Böylece AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol ile kabul edilen 5. maddenin genel bir kural olduğu söylenebilir. Diğer taraftan yazar, Anayasa m. 90/5 hükmündeki “*milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır*” ifadesi ile yürürlükteki maddelerin ilgasından değil, ortaya çıkan boşluğun uluslararası sözleşme hükümleri ile doldurulabileceğinden bahsetmektedir⁷⁶⁶.

Türk hukuk doktrininde Dönmez/Barın'a göre; TMK'nın 336/3 hükmü velayet sorunlarının çözülmesi bakımından yeterli değildir. Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin kabulü ile velayete ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanmak üzere TMK'nın

⁷⁶² Gençcan, Ortak Velayet, s. 26; Dönmez/Barın, s. 195; Aynı zamanda Ankara BAM. 1. H.D. 'nin 10.05.2017 tarihinde verdiği birlikte velayet kararının gerekçesinde de Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin yürürlüğe girmesiyle birlikte, TMK'nın birlikte velayeti engelleyen hükümlerinin örtülü olarak ortadan kaldırıldığına işaret etmektedir. Ankara BAM. 1. H.D. E. 2017/121, K. 2017/601, T. 10.05.2017 (yayımlanmamış karar için bkz. E. Apaydın, Ortak Velayet, s. 463-465).

⁷⁶³ Gençcan, Ortak Velayet, s. 26.

⁷⁶⁴ Kurt, s. 174.

⁷⁶⁵ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 40.

⁷⁶⁶ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 41.

336. maddesine alternatif bir düzenleme gelmiştir. Böylece çocuğun üstün yararına aykırı değilse hakim, birlikte velayete de karar verebilir⁷⁶⁷.

Apaydın ise, Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi hükmünde düzenlenen şeyin, evlilik devam ederken ve sona erme aşamasında eşlerin çocuklarıyla kuracağı ilişkide eşit haklara sahip olması ve bu ilişkide cinsiyet temelli ayrımcılık yapılmasının yasaklanması olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre çıkarılacak ilk sonuç, ulusal kanunların eşlere eşit davranmasıdır. Bu durumda yazar, TMK'nın 336. hükmünün, eşler arasında bir ayrımcılığa neden olmadığından Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesine aykırı olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedir.

Benzer bir görüşle Erlüle de Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesiyle kadın-erkek eşitliğinin sağlanması, başka bir ifadeyle cinsiyet temelli ayrımcılığın ortadan kaldırılmasının amaçlandığını vurgulamaktadır. Yazara göre, TMK'nın 336. madde hükmünün, Protokol'ün 5. maddesiyle çatıştığını ve bu nedenle örtülü olarak mülga olduğunu söyleyebilmek için, onun cinsiyet ayrımcılığı içeren bir düzenleme olması gerekir. Oysaki, TMK m.336 hükmünde ana ve baba arasında cinsiyet temelli bir ayrımcılık yapılarak, onlardan biri diğerine üstün tutulmamaktadır.

Öte yandan Erlüle'ye göre, TMK'nın 336. maddesinin 3. fıkrası ile Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi arasında bir çatışmadan söz edilseydi bile, Protokol maddesi uygulanarak Kanun'un ihmal edilmesi gerekirdi. Bu durumda, iki normdan birine öncelik tanımak değil; çatışan iki normdan birini uygulamak, diğerini ise uygulamamak söz konusudur. O halde önceki normun uygulanma kabiliyetini kaybetmiş olması, onun yürürlükten kalktığı, başka bir ifadeyle mülga olduğu anlamına gelmemektedir. Bu nedenle yazara göre, doktrinde TMK'nın 336/3 hükmünün örtülü olarak ilgasını savunan görüşler ile Bölge Adliye Mahkemelerinin bu yöndeki kararları yerinde değildir⁷⁶⁸.

⁷⁶⁷ Dönmez/Barın, s. 205, 206.

⁷⁶⁸ Erlüle, s. 316-319.

(b) Görüşümüz

Yukarıda açıklandığı üzere, Protokol'ün 5. maddesinin Türk hukukuna etkisi bakımından bazı yazarlar, TMK m. 336/3 hükmünün örtülü olarak ilga edildiğini ileri sürmekteyken; bazı yazarlar ise, örtülü ilga görüşünü reddetmekte ve Protokol'ün 5. maddesi ile TMK'nın 336/3. hükmü arasında bir çatışma olmadığından, iki normun birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Velayet hakkı, ana ve babanın temel hak ve özgürlükleri arasındadır. Any. m. 90/5'e göre ise, usulüne uygun olarak yürürlüğe giren temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleri kanun hükmü ile çatıştığı takdirde, sözleşme hükümleri üstün tutulmaktadır. Bu durumda AIHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin Medeni Kanun'daki velayete ilişkin 336. madde hükmünü zımnen ilga edip etmediği meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

Uluslararası hukukun iç hukuka etkisi bakımından doktrinde iki farklı görüş dikkati çekmektedir: Düalist ve Monist görüşler. Düalist görüşe göre, uluslararası hukuk ve iç hukuk birbirinden bağımsız ve iki ayrı düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle bir uluslararası düzenlemenin iç hukuka etki edebilmesi ve yerel mahkemelerce uygulanabilmesi için, uluslararası hükmün usulüne uygun olarak iç hukukta benimsenmesi gerekir. Monist düşünceye göre ise; uluslararası hukuk ve iç hukuk bir bütün olduğundan birbirinden ayrı olarak görülmesi mümkün değildir. Bu nedenle uluslararası hukuk ve iç hukuk arasında gerçekte bir çatışmanın varlığından da bahsedilemez. Eğer böyle bir durum söz konusuysa uluslararası hukuk kuralı, iç hukuk kuralını ilga ya da tadil edecektir⁷⁶⁹.

Ülkemizde düalist sistem benimsenmektedir. Başka bir ifadeyle, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşme hükümleri iç hukuk normu gibidir; hatta bunlardan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanları kanun hükmünden de üstündür⁷⁷⁰. Bu nedenle Protokol'ün 5. maddesinin birlikte velayet taleplerine öncelikli olarak

⁷⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Melik Durmaz, *1982 Anyasası'nın 90. Madde Çerçevesinde Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukuka Etkisi*, (Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Faruk Bilir), Yüksek Lisans Tezi, , Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD, Konya 2007, s. 28; Gözler, s. 73; Dönmez/Barın, s.192; Usta, s. 61.

⁷⁷⁰ Gözler, s. 74.

uygulanması gerekir. Ancak, onun bu üstünlüğü, TMK m. 336/3 hükmünün ilgası anlamına da gelmemektedir. Bir kuralın ilgası, sonraki kuralın önceki kuralı ya da özel kuralın genel kuralı yutup onun uygulanmasını engellemesi, onu dışlaması (inhisari uygulama) ile söz konusu olur⁷⁷¹. Kural, açıkça ilga edilmediği takdirde, zımnem ilga edilmiş olabilir. Ancak zımnem ilgada, çatışan iki normdan daha yeni olanın önceki normu yürürlükten kaldırması değil; önceki normun uygulanma kabiliyetini kaybetmiş olmasından söz edilebilir⁷⁷².

Bu açıdan TMK m. 336/3 ve Protokol m. 5 hükümleri arasındaki ilişki, söz konusu hükümler Any. m. 90/5 gereğince normlar hiyerarşisinde aynı seviyede olduğundan, sonraki kural- önceki kural çerçevesinde değerlendirilmelidir. Nasıl ki, sonraki kural ve önceki kural arasında çatışma olması halinde önceki kural ihmal edilerek sonraki kural uygulanıyorsa, TMK m. 336/3 hükmü ile Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin çatışması halinde de aynısı geçerlidir⁷⁷³. Ancak, TMK'nın 336/3 hükmünün, Protokol'ün 5. maddesiyle çatışması söz konusu değildir. Zira Protokol'ün 5. maddesi ile eşler arasındaki toplumsal cinsiyet ayrımcılığına dayalı eşitsizliğin ortadan kaldırılması amaçlanırken; aynı zamanda ülkelere, çocukları ile olan ilişkilerinde eşlere eşitlik sağlanmasına yönelik pozitif bir yükümlülük getirilmektedir⁷⁷⁴. TMK'nın 336/3 hükmünde ise, cinsiyete dayalı bir ayrım yoktur. Başka bir deyişle, boşanmada velayetin ana veya babadan birine verileceğine ilişkin düzenlemede, ebeveynlerden birinin diğerine cinsiyetine özgü nitelikleri nedeniyle üstün tutulması söz konusu değildir⁷⁷⁵. O halde, hakim önüne gelen somut olayın özelliklerine göre, Protokol'ün 5. maddesi gereği birlikte velayete ya da TMK'nın 336/3. maddesi gereği tek başına velayete karar verebilir. Böylece, Protokol'ün 5. maddesi bizce, velayetin tevdiinde Türk hukukuna alternatif bir model sağlamaktadır.

⁷⁷¹ Serozan, Medeni Hukuk, s. 178.

⁷⁷² Erlüle, s. 313 vd.

⁷⁷³ Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların iç hukuka etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmez/Barın, s. 195 vd.

⁷⁷⁴ E. Apaydın, Ortak Velayet, s. 467.

⁷⁷⁵ Erlüle, s. 316.

Öte yandan, ülkemizde hukuki açık bir düzenlemenin mevcut olmayışı endişe doğurmaktadır. Zira bu durum, hakime geniş bir takdir yetkisi bırakmaktadır. Nitekim erkek egemen bir toplum yapısına sahip ve kadına yönelik şiddete sıklıkla rastlanan bir ülkede, velayetin birlikte kullanılmasına karar vermek, her vakıanın titizlikle irdelenmesini ve şartların kanuni bir düzenlemeyle açıklığa kavuşturulmasını gerektirir.

b) Evlilik Dışı İlişkilerde Birlikte Velayetin Uygulanabilirliği Sorunu ve Sorunun Aşılması

(1) Genel Olarak

Dünyada evlilik dışında doğan çocukların sayısında bir artış olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin; İsviçre’de 2014 yılında gerçekleşen doğumların % 20’si evlilik dışı dünyaya gelmiştir⁷⁷⁶. Yine Amerika’da Ulusal İstatistik Merkezi’nin yaptığı bir araştırmada siyah çocukların % 73’ü, Latinlerin % 53’ü ve beyazların % 29’u evlilik dışı doğmaktadır⁷⁷⁷. Avrupa Birliği’nin 2017 yılında güncellediği evlilik dışı doğum oranlarına göre ise; Fransa’daki doğumların % 59.1’i, Almanya’daki doğumların % 35’i evlilik dışı gerçekleşmektedir. Aynı araştırmada Türkiye % 2.8’lik bir oranla evlilik dışı doğumların en az gerçekleştiği ülkelerden biridir⁷⁷⁸. Şimdilik düşük gibi görünen bu oranların, ülkemiz açısından da incelendiğinde her geçen yıl artış gösterdiği gözlemlenmektedir. Bu nedenle, birlikte velayet konusunun sadece evlilik birliği sona eren ebeveynlerin çocukları açısından değil; evlilik dışı doğan çocuklar açısından da değerlendirilmesi gerekir.

Avrupada bir çok ülke, evlilik dışı dünyaya gelen çocuklar üzerinde velayetin birlikte kullanılmasına imkan vermektedir. Örneğin, İsviçre Medeni Kanunu’na göre,

⁷⁷⁶ Switzerland’s population 2014, (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/en/home/search.html#outside%20marriage>, E.T. 07.12.2017). Bununla beraber, İsviçre’de 1990’lı yıllara kadar bazı kantonlarda evlilik dışı birlikteliklerin suç teşkil ettiği de bilinmektedir (Schwenzer/Keller, Family Law, s. 322).

⁷⁷⁷ The New York Times, (<http://www.nytimes.com/2012/02/18/us/for-women-under-30-most-births-occur-outside-marriage.html>, E.T. 07.12.2017).

⁷⁷⁸ <http://ec.europa.eu>, E.T. 07.12.2017.

evlilik dışı ilişkilerde velayet anaya aittir (ZGB Art. 298a/5)⁷⁷⁹. Ancak ana ve baba, sonradan velayetin birlikte kullanılmasını mahkemeden talep edebilir⁷⁸⁰. Öte yandan, ana ve baba taleplerini, tanıma ile birlikte nüfus müdürlüklerine yöneltebileceği gibi⁷⁸¹; ananın birlikte velayeti reddettiği durumlarda da babanın tek başına mahkemeye veya KESB’e (Çocukları Koruma Makamına) başvurarak birlikte velayeti talep edebilmesi mümkündür (ZGB Art. 298b/1)⁷⁸². Kanundaki son düzenlemelerle birlikte, İsviçre’de evlilik dışı ilişkilerde velayetin birlikte kullanılması imkanı ile çocuğun üstün yararının gözetilmesi kadar, istekli babaların iradelerinin de dikkate alındığı ve ayrıca çocuğun bakımı sorumluluğunun babalar tarafından da üstlenilmesinin amaçlandığı söylenebilir⁷⁸³. Bu nedenle İsviçre’de yapılan başvuruların neredeyse tamamında birlikte velayete karar verildiği; çocuğun menfaatleri gereği sadece engelli olunması ya da ağır hastalık gibi durumlarda birlikte velayetin reddedildiği görülmektedir⁷⁸⁴.

Alman Medeni Kanunu’nda ise, evlilik dışı ilişkilerde velayetin birlikte kullanılması BGB’nin 1626a maddesinde düzenlenmektedir. Hükme göre, ana ve baba “*çocuğun velayetini birlikte kullanmak istedikleri hakkında resmi beyanda bulunur*”, “*birbirleriyle evlenir*” ya da “*aile mahkemesi bu yönde bir karar verirse*”, evlilik dışı dünyaya gelen çocuk üzerinde velayete birlikte sahip olabilirler. Ayrıca velayetin

⁷⁷⁹ Evli olanlar ile olmayanlar arasında yapılan bu ayrım doktrinde eleştirilmektedir. Zira mahkemelerdeki evli olan ve olmayanlar açısından gerçekleştirilen birlikte velayet prosedürü, birbirinden farklı olduğu gibi; yargılama süreci de buna bağlı olarak evli olmayanlar açısından daha uzun sürmektedir. Reiser, s. 209.

⁷⁸⁰ Yapılan talepte ana ve babanın çocuğun sorumluluğunu birlikte üstlenmeye hazır oldukları, çocuğun bakımı ve bakım giderlerinin paylaşılması konusunda anlaşmaları koşulları aranır (ZGB Art. 298a/2). Ayrıntılı bilgi için bkz. Schwenzner/Keller, Family Law, s. 328.

⁷⁸¹ Bucher, Elterliche Sorge, s. 22; FF 2011 8025, s. 8051; Schwenzner/Keller, New Rules, s. 462, 463.

⁷⁸² Hausheer/Geiser/Müller, s. 298; Schwenzner/Keller, New Rules, s. 462. FF 2011 8025, s. 8041. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayetinin, ananın velayeti tek başına kullanmaya devam etme isteğine rağmen, çocuğun menfaati gereği baba ile birlikte kullanılmasına hükmetmiştir. Bger 5A-292-2016, T. 21.11.2016 (<https://www.bger.ch>, E.T. 21.11.2018).

⁷⁸³ Cantieni/Biderbost, s. 780.

⁷⁸⁴ Cantieni/Biderbost, s. 780; Schwenzner/Keller, New Rules, s. 464, 465; Iseli, s. 577; Shambicco, s. 1.

birlikte kullanılması çocuğun menfaatine de uygun olmalıdır. Bunun dışındaki hallerde velayet yine anaya aittir. Baba ise, BGB § 1671'e göre aile mahkemesinden velayetin tamamen veya kısmen kendisine verilmesini talep edebilir. Eğer babanın talebine ana razı olur ve talep çocuğun menfaatine de aykırı düşmez ise çocuğun görüşü de alınarak velayetin babaya verilmesi söz konusu olabilir⁷⁸⁵.

Türk hukukunda da TMK'nın 337. maddesine göre, ana ve baba evli değilse velayetin anaya ait olduğu düzenlenmektedir. Çocuk ile baba arasında yasal bağ kurulmuş ve ana küçük, kısıtlı, ölmüş ya da kendisinden velayetin alınmasını gerektiren durumlardan biri gerçekleşmişse, hakim velayeti babaya verebilir (TMK m. 337/2). Bu durumda bile velayetin babaya tevdi zorunlu değildir. Hakim, menfaati varsa çocuğa vasi de atayabilir. Böylece velayet kendiliğinden babaya geçmemekte, hakim kararı gerekmektedir⁷⁸⁶. Ana ve babanın evlenmesi halinde ise velayet her ikisine birden ait olur⁷⁸⁷. TMK'nın 337. maddesinde, ana ve babanın velayeti birlikte kullanmalarına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

(2) TMK m. 337 Hükmünün Birlikte Velayete İmkan Verip Vermediği Hakkında İleri Sürülen Görüşler

Evlilik dışı ilişkilerde, TMK m. 337 hükmünün birlikte velayete imkan verip vermediği hakkında doktrinde farklı görüşler ve çözüm yöntemleri ileri sürülmektedir.

Türk hukuk doktrininde Öztan, TMK m. 337 hükmünün birlikte velayete imkan verip vermediğinden doğrudan bahsetmese de evlilik dışı doğan çocuğun babasının, en azından, çocuğun hayatındaki önemli olaylardan haberdar edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁸⁸.

⁷⁸⁵ Maddede velayetin en az 14 yaşını doldurmuş çocuğun bu talebe karşı çıkmaması hali de düzenlenir. Bu takdirde baba kısmen veya tamamen velayeti kullanabilir. Yine de babanın tek başına velayet talebi, birlikte velayet talebinin gündemde olmadığı ve olmasının da beklenmediği durumlarda mümkündür (BGB § 1671/3).

⁷⁸⁶ Kılıçoğlu, s. 502; Yıldırım, s. 153.

⁷⁸⁷ Hausheer/Geiser/Müller, s. 298; Öztan, Aile Hukuku, s. 1092.

⁷⁸⁸ Öztan, Aile Hukuku, s. 1092.

Baygın ise, TMK’da evlilik dışı yaşam birlikteliklerinde ana ve babanın birlikte velayetine izin verilmemesine rağmen, İsviçre’de ZGB Art. 298a’da yapılan değişikliğe işaret ederek, birçok Avrupa ülkesinde, çocuğun yararına bir takım sınırlamalarla birlikte velayete imkan tanıyan düzenlemelerin mevcut olduğuna dikkati çekmektedir⁷⁸⁹.

Serozan’a göre; evlilik dışı doğan çocuğun velayetinin yalnızca anaya verilmesi, ana ve babanın velayeti birlikte kullanamaması, duyarlı olmayan ebeveynler bakımından problem teşkil etmese de duyarlı ebeveynlere uygun bir model değildir. Babanın evlat edinme yoluyla da velayeti elde edemediği düşünüldüğünde, onun çocuk üzerinde söz sahibi olamaması gündeme gelir. Yazara göre, ana ve baba arasındaki bu ayrım, Anayasa’da yer alan eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu nedenle TMK’nın 337. maddesinin defî yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne götürülmesi mümkündür. Mevcut haliyle kalındığında, ananın en azından babaya çocuk hakkında bilgi vermesi gerektiğini savunan yazar, birlikte velayetin yaşama geçirilemediği, sadece bilgi alma ile sınırlı kalan bu tip ilişkileri ise “*eksik velayet*” kavramı ile tanımlamaktadır⁷⁹⁰.

Erlüle’ye göre; velayetin ana ve babanın medeni durumlarından bağımsız bir şekilde yalnızca soybağına bağlı olarak düzenlenmesi gerekir. Yazar, aynı zamanda mevcut düzenlemenin ÇHS’nin 2., 3., 7. ve 18/1 maddeleri ile AİHS’nin 8. ve 14. maddelerine aykırılık teşkil ettiğine de işaret etmektedir. Yazar’a göre, söz konusu uluslararası sözleşme hükümleri dikkate alınarak, ana ve baba arasında ayrımcılığa neden olan TMK’nın 337. maddesinde yeniden düzenleme yapılması gerekir⁷⁹¹.

Doktrinde Güven ise, Türk hukukunda birlikte velayeti düzenleyen bir hükmün olmayışını, boşluk olarak kabul etmekte, ana ve babanın birlikte velayeti talep etmeleri üzerine bu boşluğun doldurulmasında herhangi bir engelin bulunmadığını ileri sürmektedir. Bu yöntem, ÇHS m. 3, 7 ve 9. hükümlerine uygundur. Böylece Türk

⁷⁸⁹ Baygın, s. 271.

⁷⁹⁰ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 255.

⁷⁹¹ Erlüle, s. 344.

hukukunda da mahkemelerin birlikte velayete hükmedebilmesi mümkün görülmelidir⁷⁹².

Öte yandan Serdar'a göre de evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velâyetinin ana ve baba tarafından birlikte kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin TMK m. 337'de bir boşluk söz konusudur. Yazar, evlilik dışı ilişkilerde hiçbir günahı olmayan çocuğu, sadece ana ve babası nedeniyle belli haklardan mahrum ederek, bu ilişkinin bedelini ona yüklemenin adil olmadığını, bu durumun çocuğun yararı ilkesine de aykırı olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle, kanun koyucunun evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete ilişkin bir düzenleme yapmaması, onun olumsuz sonucu istediği, yani kasıtlı olarak sustuğu anlamına gelmez. Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve ÇHS'nin 2. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağına aykırı olan bir çözümün kanun koyucu tarafından istenmesi veya bunun düzenlemesi mümkün değildir. Bu nedenle yazar, burada kasıtlı bir susmadan değil, bir boşluk olduğundan bahseder⁷⁹³. Yazara göre, bu boşluk, ister açık ister örtülü olsun, TMK m. 1/2 hükmüne göre doldurulabilir⁷⁹⁴.

(3) Görüşümüz

Bilindiği üzere ana ile çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulur (TMK m. 282) ve velayet bu andan itibaren kendiğinden anaya ait olur (TMK m. 337). Baba ile soybağının kurulması ise, ana ile evlilik dışında tanıma (TMK m. 295) ve babalık hükmü (TMK m. 301) ile mümkündür. Çocuk arasında yasal bağın kurulmasına rağmen, baba çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olamamakta; yalnızca çocuk ile kişisel ilişki kurmasına izin verilmektedir. Mevcut düzenleme yoruma ve takdire açık olmaksızın, istisnai haller dışında yasal olarak velayeti anaya tevdi etmektedir.

Velayette asıl amacın çocuğun üstün yararı olduğu çalışmamızda sıkça vurgulanmaktadır. Bu amaç, evlilik dışı ilişkilerde velayetin tevdi hususu açısından da geçerlidir. Evlilik dışı ilişkilerde çocuğun, doğumla beraber velayetinin doğrudan anaya tevdi, onun menfaatlerini korumak bakımından önemlidir. Bu nedenle, kanun

⁷⁹² K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 48.

⁷⁹³ Serdar, s. 190.

⁷⁹⁴ Serdar, s. 192.

koyucunun böyle bir düzenlemeyi tercih etmesi şaşırtıcı değildir. Zira baba ile çocuk arasında henüz soybağının kurulmaması ihtimali söz konusudur. İkinci fıkra ise bizce, babanın hangi durumlarda velayete sahip olabileceği halleri değil, velayet yasal olarak anaya verilmişken, ananın küçük ya da kısıtlı olması veya ölmesi halinde velayetin babaya verilebileceğini açıklamaktadır. Dolayısıyla hükümde, baba ile çocuk arasında soybağının kurulması ihtimalinde velayetin birlikte kullanılıp kullanılamayacağı tam olarak anlaşılamamaktadır. Kanun koyucunun böyle bir düzenlemeye yer vermemesi doğrudan onun olumsuz bir iradeye sahip olduğunu göstermez.

Öte yandan, her iki ebeveynin de istekli olduğu durumlarda, çocukları üzerindeki iradelerine aykırı bir hüküm geliştirmek, çocuğun geleceğe yönelik menfaatlerine de aykırıdır. Zira çocuğun öz ana ve babasıyla birlikte büyümesi, her iki ebeveynin de hayatında söz sahibi olması onun güvenli ve bağımsız bir birey olarak yetişmesine ciddi bir katkı sağlamaktadır. Geçmişte velayetin tek başına ana tarafından kullanılmasının çocuğun yararına olduğu düşünülebilir; ancak günümüzde, çocuğun yararının birlikte velayet ile daha çok korunduğu ortaya koyulmuştur⁷⁹⁵.

Bu açıklamalar sonucunda, TMK'nın 337. maddesinde örtülü bir boşluk olduğu söylenebilir. Zira hükmün amacı (ratio legis) düşünüldüğünde, velayetin birlikte kullanılması taleplerine ilişkin somut bir çözüme rastlanılmamaktadır⁷⁹⁶. Dolayısıyla, kanunda somut olaya uygulanması mümkün bir kuralın açıkça düzenlenmiş olduğu görülmekte olup kanunun lafzı esas alındığında, düzenlemenin her somut olaya uygun olmadığı, günümüz koşullarına tam olarak cevap veremediği ortadadır. Söz konusu hükümde ana-baba ve çocuğun iradesi, çocuğun üstün yararının korunması gibi bazı ayırıcı özellikler dikkate alınmamıştır⁷⁹⁷. Bu nedenle kanunun ifadesi geniş olup her somut vakanın belirleyici özelliklerine uymamakta, adalete aykırı sonuçlar doğurmaktadır⁷⁹⁸. Geniş bir düzenlemeye sahip olan TMK'nın 337. maddesinin,

⁷⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. “§ 1.A.1.b) Birlikte Velayetin Önemi” başlığı altındaki açıklamalar.

⁷⁹⁶ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 231, 232; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 34; İnce, s. 215, 216; Karaca, s. 76.

⁷⁹⁷ Kırca, s. 96; Öztan, Birlikte Velayet, s. 260, İnce, s. 216.

⁷⁹⁸ Kırca, s. 96.

velayete ilişkin hükümlerin amacı olan çocuğun üstün yararı ilkesine uygun bir biçimde (amaca uygun) sınırlandırılarak, birlikte velayet taleplerine uygulanması mümkündür⁷⁹⁹. Şu halde hakim TMK m. 1/2 gereği, “*kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa örf ve adet hukukuna göre, o da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verme*” kuralına uygun olarak, hukukun genel ilkelerinden, Anayasal kurallardan ve bilimsel görüşlerden de yararlanıp oluşturacağı bir istisna ile TMK m. 337 hükmünü sınırlandırarak, boşluğu doldurmalıdır. Bu istisnalar, evlilik dışı doğan çocukla arasında soybağı kurulmuş ana ve babanın müşterek çocuklarının velayetini birlikte kullanmak istemeleri ve bunun çocuğun yararına aykırı olmaması halleridir⁸⁰⁰.

TMK’nın 337. hükmünün amaca uygun sınırlandırılarak doldurulmasında ise önerimiz şu şekildedir:

“(1) Ana ve baba evli değilse, baba ile soybağı kurulana kadar çocuğun velayeti anaya aittir. Baba ile aralarında soybağı kurulduğu takdirde; çocuğun yararı esas alınmak kaydıyla, ana ve babanın ortak talebi ve mümkün olduğu ölçüde çocuğun görüşü de dikkate alınarak, velayet ana veya babadan birine ya da her ikisine birden bırakılabilir”.

Evlilik birliğinin sona erdiği hallerde, AİHS’ye Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesinde yer alan “*eşler arasında eşitlik*” başlıklı hükmünü gerekçe göstererek mahkemelerin birlikte velayete karar verebileceğini daha evvel ifade etmiştik. Söz konusu hükmün evlilik dışı ilişkilerde de birlikte velayete gerekçe gösterilerek uygulanması bizce uygun değildir. Zira hükümde çocuklar üzerinde, evlilik birliğinin devam ettiği ya da sona erdiği durumlarda, “*eşler*” arasındaki eşitlikten bahsedilmektedir. Evlilik dışı ilişkilere ise hükümde yer verilmemektedir. Ancak, evlilik birliği içinde doğan bir çocuğun, ana ve babasının ortak velayetinde bulunması ne kadar menfaatine ise, evlilik dışı doğan bir çocuğun da o kadar menfaatindedir⁸⁰¹.

⁷⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 237vd.; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 232; Bingöl, s. 286.

⁸⁰⁰ Serdar, s. 193; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 48.

⁸⁰¹ Yeni Medeni Kanun’da evlilik dışı ve evlilik içi doğan çocuklar açısından özellikle miras hukukunda yapılan ayrımcılık ortadan kaldırılmıştır. Bununla beraber hala babalık karinesi,

Bu nedenle, AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokolde, evlilik dışı ilişkilerden doğan çocuklar bakımından ana ve baba arasındaki eşitlikten bahsedilmese de bu durum gerek AİHS'nin "*ayrımcılık yasağı*" başlıklı 14. maddesine, gerekse de Anayasa'nın "*ailenin korunması ve çocuk hakları*" başlıklı 41. maddesi ve "*kanun önünde eşitlik*" başlıklı 10. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Öte yandan, AİHM'nin Zaunegger kararında da evlilik dışı ilişkilerde babanın birlikte velayeti talep edememesi durumu (özellikle bu durumun evlilik içi doğan ve evlilik dışı doğan çocuklar ve ebeveynleri bakımından) AİHS'nin 14. maddesine aykırı bulunmuştur⁸⁰². Ayrıca kararda, AİHS'ye göre evlilik dışı ilişkilerin de bir aile olarak kabul edilmesi gerektiğine ve bu nedenle baba ile çocuk arasındaki ilişkinin AİHS'nin "*özel hayata ve aile hayatına saygı gösterme hakkı*" başlıklı 8. maddesine göre korunması gerektiğine de vurgu yapılmıştır⁸⁰³.

Kanaatimizce mahkemeler, birlikte velayet talebini yalnızca çocuğun üstün yararına uygun olmadığı hallerde reddetmelidir. Başka bir ifadeyle, velayetin birlikte ya da tek başına kullanılması hallerinden hangisi çocuğun yararına uygundur, incelenmeli ve ona göre karar verilmelidir. ÇHS'nin 3. maddesi, açıkça çocuğun üstün yararının öncelikli olması gerektiğini vurgulamaktadır⁸⁰⁴.

Ayrıca ÇHS'nin 18. maddesine göre, çocuğun gelişimi ve bakımından ana ve baba birlikte sorumludur. Bu hüküm yalnızca evlilik birliği içinde doğan çocukları kapsamaz. Evlilik birliği dışında doğan çocukların da bakımı ve yetiştirilmesinden sorumlu olan birincil kişiler onların ana ve babalarıdır. O halde mahkemelerin ÇHS gereğince de evlilik dışı ilişkilerde çocuk üzerinde birlikte velayete karar vermesi

soyadı ve velayet konularında evlilik içinde ve dışında dünyaya gelen çocuklar arasındaki ayrımcı düzenlemeler korunmuştur. Kanun koyucunun söz konusu ayrımcılığın kaldırılmasına yönelik attığı olumlu adımları takip ederek, eşitliği bozan diğer hükümlerde de düzenlemelere gitmesi elzemdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Çocuk Hukuku, s. 140 vd.

⁸⁰² Zaunegger v. Almanya, § 43, 63.

⁸⁰³ Meier, s. 255, 256. Ayrıca bkz. Bucher, Elterliche Sorge, s. 8; Usta, s. 128; Hanke, s. 357.

⁸⁰⁴ Bu durum, aynı zamanda ÇHS'nin 9. maddesinde yer alan çocuğun ana babasından ayrılmama hakkına da açık aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Taşkın, s. 93.

mümkündür⁸⁰⁵. Hatta İsviçre ve Alman Medeni Kanunlarında olduğu gibi, ananın birlikte velayeti reddetmesi durumunda bile babanın tek başına mahkemeye başvurabilmesi gerekir. Ayrıca babanın tanıma ya da babalık davası açması halinde de birlikte velayeti talep edebilmesi sağlanmalıdır⁸⁰⁶.

Mevcut duruma bakıldığında, hüküm amaca uygun sınırlanarak (TMK m. 1/2) ya da AİHS’de yer alan özel hayata ve aile hayatına saygı gösterme hakkı (m. 8) ile ayrımcılık yasağı (m. 14), ÇHS’de yer alan çocuğun üstün yararı ilkesi (m. 3) ile ana ve babanın birlikte bakım sorumluluğu (m. 18/1) ve Anayasamızda yer alan ailenin korunması ve çocuk hakları (m. 41) ile eşitlik ilkesi (m.10) gibi düzenlemelerden yararlanılarak, evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayetin uygulanabilmesi mümkündür.

4. Türk Hukukunda Birlikte Velayetin Kural ya da İstisna Olarak Uygulanması

a) Genel Olarak

Türk hukukunda birlikte velayetin uygulanabilirliği, yukarıda yapılan açıklamalar neticesinde ortaya koyulmuştur. Bundan sonra tartışılacak asıl sorun, birlikte velayetin ülkemizde nasıl uygulanacağıdır.

Hatırlanacağı üzere, İsviçre’de ebeveynler, evlilikleri sona erdiğinde ya da evlilik dışı ilişkilerde, velayeti kural olarak birlikte kullanmaktadır. Başka bir deyişle, ebeveynler evli olsun ya da olmasın, ZGB’nin 296. maddesi gereği birlikte velayet kural olarak her ikisi için de geçerlidir⁸⁰⁷. Ancak, birlikte velayetin kural olarak kabul edilmiş olması, onun kendiliğinden gerçekleşmesini sağlamaz; bunun için mahkeme kararı gerekmektedir⁸⁰⁸. Zira mahkeme, boşanan eşler bakımından birlikte velayete karar verirken; velayetin kapsamını, çocuğun yerleşim yerini, ana ve babanın çocuğun bakımına katkı oranlarını ve çocukla kişisel ilişki kurulması gibi hususları da

⁸⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 48, 49.

⁸⁰⁶ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 48.

⁸⁰⁷ Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) (16. November 2011), s. 9092; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 19; İnce, s. 205; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 635; Schwenger/Keller, New Rules, s. 459.

⁸⁰⁸ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 2.

düzenler⁸⁰⁹(ZGB Art. 133/1). Söz konusu düzenlemelerde çocuğun üstün yararı öncelikli gözetilmek koşuluyla⁸¹⁰ (ZGB Art. 133/2) ebeveynlerin ortak önerisi ve mümkünse çocuğun görüşü de dikkate alınmaktadır⁸¹¹ (ZGB Art. 133/2 c. 2). Buna rağmen, çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa mahkeme, velayeti ana veya babadan birine de verebilir⁸¹² (ZGB Art. 298/1).

Evli olmayan ebeveynler bakımından ise, velayetin birlikte kullanılabilmesi kural olarak kabul edilmemiştir. Bunun için bir takım koşulların yerine getirilmesi gerekir. Başlangıçta çocuk ve baba arasında tanıma ya da babalık hükmü ile yasal soybağı kurulması şarttır⁸¹³. Daha sonra ana ve babanın müşterek beyanına, başka bir deyişle anlaşmalarına dayalı olarak, birlikte velayet sorumluluğu oluşturulabilir⁸¹⁴ (ZGB Art. 298a/1). Ana ve baba anlaşmalarında; çocuğun ortak sorumluluğunu üstlenmeye hazır olduklarını, çocuğun bakımına ve velayete ilişkin görevlerin paylaşımına olan katkılarını beyan ederler⁸¹⁵ (ZGB Art. 298a/2). Hükümde yer alan şartların yerine getirilmemesi halinde ana velayeti tek başına kullanır (ZGB Art. 298a/5). Bunun yanında, ebeveynler anlaşamazsa birlikte velayet tek başına baba tarafından da talep edilebilir (ZGB Art. 298b/1).

Alman hukukunda ise, boşanmadan sonra kural, velayetin birlikte kullanılması iken; velayetin eşlerden birine bırakılması istisnadır⁸¹⁶. Eşler, İsviçre'deki düzenlemeden farklı olarak, boşandıktan sonra mahkeme kararı gerekmeksizin, velayeti birlikte kullanmaya kendiliğinden devam eder⁸¹⁷. Ayrıca taraflardan birinin

⁸⁰⁹ Schwenzer/Keller, New Rules, s. 460.

⁸¹⁰ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 2; Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) (16. November 2011), s. 9078; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 460.

⁸¹¹ Schwenzer/Keller, New Rules, s. 460; Delabays, s. 179.

⁸¹² Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 2; Martin, s. 3; Dönmez/Barın, s. 185.

⁸¹³ Büchler/Maranta, s. 4, 5; Martin, s. 3; Hausheer/Geiser/Müller, s. 297; Birinci Uzun, s. 160; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 462.

⁸¹⁴ Gloor/Lukas, s. 488; Martin, s. 3; Birinci Uzun, s. 160; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 462; Bucher, Elterliche Sorge, s. 20.

⁸¹⁵ Gloor/Lukas, s. 488; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 645; Birinci Uzun, s. 160.

⁸¹⁶ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 231; Hanke, s. 356.

⁸¹⁷ Birinci Uzun, s. 155.

sonradan yapacağı başvuru üzerine de çocuğun üstün yararı gerektirmekteyse mahkeme tarafından birlikte velayete karar verilebilir⁸¹⁸.

Evli olmayan ebeveynlerde ise, velayet kural olarak anaya verilmişken, BGB § 1626a/1 gereğince, birlikte velayet hakkına sahip olabilmek için⁸¹⁹ ebeveynlerin anlaşmaları, birbirleriyle evlenmeleri, ya da aile mahkemesi tarafından birlikte velayete karar verilmesi gerekir. Burada da aslolan çocuğun üstün yararadır⁸²⁰(BGB § 1626/2).

Birlikte velayetin ülkemizde nasıl uygulanacağı konusunda ise doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

b) Türk Hukukunda Birlikte Velayetin Kural ya da İstisna Olarak Uygulanması Hakkında İleri Sürülen Görüşler

Türk hukukunda, evlilik birliğinin sona erdiği hallerde ve evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemesi, doktrinde, birlikte velayetin kural ya da istisna olarak uygulanması hakkında farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmaktadır.

Gençcan'a göre, boşanmada birlikte velayet asıl olup velayetin ebeveynlerden birine verilmesi istisnadır⁸²¹.

Karaca'ya göre; önceden İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi Türk hukukunda da birlikte velayet istisna olarak kabul edilmeli, ancak ana ve babanın ortak talebi bulunduğu takdirde birlikte velayete karar verilebilmelidir⁸²².

Doktrinde Koçhisarlıoğlu ise, birlikte velayetin kural, tek başına velayetin ise istisna olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Başka bir ifadeyle, evliliğin sona erdiği hallerde kural olarak ebeveynler, velayeti birlikte kullanmaya devam

⁸¹⁸ Hauschild, s. 149.

⁸¹⁹ Staudingers, s. 1116; Hanke, s. 356; Hauschild, s. 148.

⁸²⁰ Staudingers, s. 1116.

⁸²¹ Gençcan, Ortak Velayet, s. 26.

⁸²² Karaca, s. 81.

etmelidir. Ancak hakim, çocuğun yararına uygunsa velayeti eşlerden birine bırakabilir⁸²³.

Erlüle'ye göre de, gerek uluslararası sözleşme maddeleri (AİHS m.8, ÇHS m. 18/1, 7/1), gerekse de Anayasa'nın ilgili 20. ve 41. maddelerinde yer alan “*aile hayatına saygı*”, “*eşitlik*”, “*ayrımcılık yasağı*” ve “*çocuğun yararı*” gibi ilkeler nedeniye birlikte velayet kural olarak uygulanmalıdır⁸²⁴.

Güven ise, AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi hükmü gereği, eşler çocuk üzerinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olduğundan, evliliğin sona ermesi halinde de kural olarak (re'sen) birlikte velayete hükmedilmesi gerektiğini ifade eder. Yazara göre, taraflar arasında anlaşmazlık çıkması hallerinde; kuraldan ayrılarak, velayetin ana ve babadan sadece birine verilmesi istisna olarak söz konusu olabilir⁸²⁵.

Türk hukuk doktrinde Kurt, yapılacak kanuni düzenleme ile velayet modelleri arasında kural ya da istisna ayırımına gidilerek, hakimin takdir yetkisinin sınırlandırılmaması gerektiğine işaret etmektedir. Yazara göre, boşanmada birlikte velayet, ebeveynler arasında şiddetli bir çatışma ortamının bulunmaması ve iletişimin korunması ya da aile içi şiddetin de söz konusu olmaması gibi hallerde, tek başına velâyet nazaran çocuğun daha fazla menfaatinedir. Bu nedenle boşanmada birlikte velayetin kural, tek başına velâyetin ise istisna olarak uygulanması gerektiğinin peşinen söylenmesi doğru olmaz. Bunun için yazara göre, tek başına velayete kolaylıkla hükmedilmemeli, bu konuda titiz davranılmalıdır. Ancak bu durum velayet türleri arasında kural-istisna ilişkisi ihdas edilmesini de gerektirmez. Hakim, somut olayın özelliklerine göre, birlikte velayete ya da tek başına velayete karar verebilmelidir⁸²⁶.

Öte yandan yazar, kanuni düzenlemeler yapılırken her ülkenin kendi sosyo-kültürel şartlarının göz önünde tutulması gerektiğine, birlikte velayetin sağlıklı

⁸²³ Koçhisarlıoğlu, s. 45.

⁸²⁴ Erlüle, s. 338- 340.

⁸²⁵ A. Güven, Ortak Velayet, s. 127.

⁸²⁶ Kurt, s. 175.

biçimde işleyişine engel olabilecek faktörlerin (özellikle aile içi şiddet, ebeveynlerin boşanma sonrası çatışmayı sonlandıramama veya medeni ilişki kuramama gibi olguların) ülkeden ülkeye değişiklik gösterebileceğine ve bu bakımdan, çoğu Avrupa ülkesinin birlikte velayeti kural, tek başına velayeti ise istisna olarak düzenlemiş olmasının, Türk hukuku açısından da aynı sonuca varılmasını gerektirmeyeceğine işaret etmektedir. Yazara göre, boşanmada birlikte velayet ile tek başına velayet arasında kural ya da istisna ilişkisi kurulmaksızın, somut olayda birlikte velayetin sağlıklı işleminin şartlarının mevcut olduğu durumlarda, bu imkanın ana babadan ve özellikle çocuktan esirgememesi gerekir⁸²⁷.

c) Görüşümüz

Türk hukukunda birlikte velayetin kural ya da istisna olarak uygulanması hakkında doktrinde farklı üç görüşün benimsendiği görülmektedir. Birlikte velayetin istisna olarak uygulanması gerektiği görüşü azınlıkta kalırken, çoğunluk, birlikte velayetin kural olarak benimsenmesini uygun görmektedir. Son görüşe göre ise, birlikte velayetin, kural ya da istisna olması ayırımına gidilmeksizin, her somut olaya göre nasıl uygulanacağı hakimın takdirine bırakılmalıdır.

Bizce de ülkemizde birlikte velayetin nasıl uygulanacağı konusunda “*kural*” ya da “*istisna*” tartışmalarına girilmeksizin, somut olaya göre karar verme yetkisi doğrudan hakimın takdirine bırakılmalıdır⁸²⁸. Burada hakimın sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmasından bahsedilmez. Hakim, çocuğun üstün yararını gözetmek kaydıyla ve mümkünse ana-baba ve çocuğu da dinleyip görüşlerini aldıktan sonra, her somut olayın özelliğine göre, velayetin birlikte ya da tek başına kullanılmasına karar verebilmelidir. Kurt’un da ifade ettiği gibi, karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelerin Türk hukukunda da aynen benimsenmesi gerekmez. Bu noktada her ülkenin örf ve adetlerinin, hukuk düzeninin, sosyo-kültürel yapısının ve gereksinimlerinin birbirinden farklı olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle, Alman ve me haz İsviçre Medeni Kanunlarında, birlikte velayetin kural olarak kabul edilmesi

⁸²⁷ Kurt, s. 175.

⁸²⁸ Öztan, Birlikte Velayet, s. 259, 260; Birinci Uzun, s. 158; Yücel, s. 132.

Türk Medeni Kanunu bakımından bir zorunluluk doğurmaz. Hakim, aile içi şiddet, madde bağımlılığı, ahlaksız yaşam sürdürülmesi, ebeveynler arasında sürekli bir çatışmanın varlığı gibi olgular söz konusu olduğunda tek başına velayete karar verebilir. Ancak bu durum ne birlikte velayetin kural ne de tek başına velayetin istisna olduğunu gösterir. Zira hakim her olayı ayrıca değerlendirip, velayetin ne şekilde kullanılacağına karar vermelidir.

5. Hakimin Birlikte Velayete Karar Verirken Dikkate Alması Gereken Hususlar

a) Ana ve Babanın Birlikte Başvurmaları

Ana ve babanın, müşterek çocukları üzerinde birlikte velayet talebi için mahkemeye başvurmaları gerekir⁸²⁹. Başvuru, eşlerden birinin talebinin diğeri tarafından kabul edilmesi⁸³⁰ ya da taleplerin beraberce imzalandığı bir dilekçeyle yapılması şeklinde olabilir⁸³¹. Ana ve babanın vekilleri aracılığıyla başvuruda bulunması da mümkündür⁸³². Bu takdirde eşlerden biri davacı, diğeri ise davalı kabul edilerek, dava çekişmeli yargı işi olarak görülecektir⁸³³. Öte yandan eşlerin anlaşmalı boşanma davası için başvuru yapması halinde, eğer talepleri varsa, birlikte velayet için de ortak bir başvuru yaptıkları kabul edilebilir⁸³⁴. Bu defa birlikte velayet talebi, eşlerin düzenlediği protokolde, anlaşmalı boşanmanın ferisi olarak incelenecektir.

Birlikte velayetin “*kural olarak*” benimsendiği ülkelerde ortak talep şartı aranmaksızın, ana ve babanın velayeti birlikte kullanmaları mümkündür⁸³⁵. Örneğin,

⁸²⁹ Belirtilmelidir ki, henüz doğmamış çocuklar bakımından da birlikte velayete başvurulabilir. Ancak talep doğum gerçekleşikten sonra geçerlilik kazanacaktır (Bucher, Elterliche Sorge, s. 29; Akkışla, s. 50).

⁸³⁰ Hande Atmaca Ülkü, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü, (Danışmanı: Doç. Dr. Melek Bilgin Yüce), *Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Doktora Tezi, İstanbul 2017, s. 50.

⁸³¹ Öz Seçer, “Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2, Y.2016, s. 261; Akıntürk/Ateş, s. 270.

⁸³² Seçer, s. 261.

⁸³³ Akıntürk/Ateş, s. 270; Ülkü, s. 48.

⁸³⁴ Bingöl, s. 289.

⁸³⁵ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 3.

Alman hukukunda boşanan ebeveynler, mahkeme kararı gerekmeksizin velayeti birlikte kullanmaya devam ederler. Evlilik dışı ilişkiler bakımından da ebeveynlerin notere veya Gençlik Merkezine yaptığı başvuruların birlikte olması aranmaz. Ana ve baba ayrı ayrı ya da ortak bir taleple birlikte velayet başvurusunda bulunabilirler⁸³⁶.

İsviçre hukukunda da ebeveynlerin velayeti birlikte kullanabilmeleri için beraber başvuru yapmaları koşulu aranmamaktadır. 2014 yılındaki revizyondan önce, hakimın birlikte velayete karar verebilmesi için “*ana ve babanın birlikte başvuru yapması*” gerekmektedir. Revizyondan itibaren bu şart kaldırıldı⁸³⁷. Böylece ZGB’nin 133/2. maddesi, mahkemenin velayeti tevdi ederken çocuğun yararını, ebeveynlerin ortak taleplerini ve olanak bulundukça çocuğun görüşlerini de dikkate alarak karar vermesi gerektiği şeklinde düzenlendi. Bu bağlamda, “*ana ve babanın birlikte başvuru yapması*” bir zorunluluk olmaktan çıkarılmış, hükümde sadece hakim tarafından dikkate alınması gereken bir husus olarak yer almıştır⁸³⁸. Bunun yanında, başvurunun birlikte yapıldığı haller için, ebeveynlerin velayet konusunda işbirliği içinde davrandığının bir göstergesi olduğu söylenebilir.

Öte yandan, İsviçre’de evlilik dışı ilişkiler bakımından birlikte velayet için ZGB’nin 298a maddesinde “*ana ve babanın birlikte başvuru yapması*” koşulu aranmaya devam etmektedir. Ancak babaya, birlikte velayet hakkındaki talebin haksız yere ana tarafından reddedilmesi halinde Çocuk Koruma Makamına (KESB’e) tek başına başvuruda bulunabilme imkanı tanınmaktadır (ZGB Art. 298b)⁸³⁹.

Türk hukuk doktrininde baskın görüş, birlikte velayete karar verilebilmesi için ebeveynlerin mahkemeye birlikte başvurmaları ya da anlaşmaları şartı aranmaması yönündedir⁸⁴⁰.

⁸³⁶ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 25.

⁸³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 15; İnce, s.204; Delabays, s. 9; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 635; Schwenzler/Keller, New Rules, s. 460; Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 2; Erlüle, s. 249.

⁸³⁸ Erlüle, s. 249.

⁸³⁹ Cantieni/Biderbost, s. 772.

⁸⁴⁰ Koçhisarlıoğlu, s. 239; Serdar, s. 185; Kurt, s. 177.

Koçhisarlıoğlu, boşanmadan sonra hakimin birlikte velayete re'sen de karar verebilmesi ve bu tür velayetin ayırık değil, kural olarak tasarlanması gerektiğini savunmaktadır⁸⁴¹.

Serdar ise, taraflarca birlikte velayet hakkında bir talep olmasa da hakimin Medeni Kanunu'nun 182. maddesinde kendisine tanınan takdir yetkisi kapsamında, çocuğun yararına uygun ise, boşanmadan sonra velayeti ana ve babanın her ikisine birden verebileceğini ifade etmektedir⁸⁴².

Kurt da bir tarafın velayeti tek başına yürütmek istemesinin birlikte velayete engel olmaması gerektiğine dikkati çekmektedir. Yazara göre, velayet bakımından esas olan çocuğun yararı olduğundan, çocuk için medeni bir ilişki yürütebilecek bilinç ve yetenekteki ebeveynler hakkında hakim resen birlikte velayet hükmedebilmelidir⁸⁴³.

Bizce de birlikte velayet başvurularının ana ve baba tarafından beraber ya da içlerinden biri tarafından yapılması önemli değildir. Esas olan çocuğun yararadır. Bu nedenle, ebeveynlerin birbirleriyle asgari düzeyde de olsa işbirliği ve uyum içinde olmaları gerekli ve yeterlidir. Yoksa birlikte velayetin yalnızca ebeveynlerden biri tarafından talep ediliyor olması, birlikte velayet kararına engel olmamalıdır⁸⁴⁴.

b) Ana ve Babanın Çocuğun Bakımı ve Bakım Giderlerine Katılma Payı Hakkında Anlaşmaları ve Hakimin Anlaşmayı Uygun Bulması

(1) Ana ve Babanın Çocuğun Bakımı ve Bakım Giderlerine Katılma Payı Hakkında Anlaşmaları

Hakimi birlikte velayet kararında etkileyebilecek en önemli unsur, ana ve babanın velayetin düzenlenmesine ilişkin verdikleri ortak bir kararın, başka bir ifadeyle, bir anlaşmanın var olmasıdır. Zira velayetin tevdiine ilişkin bir anlaşma, tarafların çocuğun bakım ve yetiştirilmesi konusundaki isteklerinin önemli bir

⁸⁴¹ Koçhisarlıoğlu, s. 239.

⁸⁴² Serdar, s. 185.

⁸⁴³ Kurt, s. 177.

⁸⁴⁴ Kurt, s. 177.

göstergesidir⁸⁴⁵. Nitekim velayette gönüllülük esastır⁸⁴⁶. Böylece çocuk daha sakin bir ortamda, daha az bir hasarla bu süreci atlatma imkanı bulmaktadır. Başka bir ifadeyle, anlaşmanın varlığı çocuğu savaş unsuru olmaktan çıkarır⁸⁴⁷. Öte yandan, bir anlaşmanın bulunduğu durumlarda, mahkemenin anlaşmaya uygun olarak verdiği karar, çocuğun yararına da uygun olacaktır⁸⁴⁸. Çünkü anlaşma ile hakim çocuğun ihtiyaçlarını daha kolay tespit edebilecek, onun için hangi kararın daha iyi olacağını görebilecektir⁸⁴⁹.

Hemen belirtelim ki, ana ve babanın aralarında anlaşma yapmasının birlikte velayete hükmedebilmek bakımından zorunlu bir koşul olduğu düşünülmemelidir. Nitekim İsviçre ve Almanya'nın da içlerinde olduğu birçok Avrupa ülkesi, anlaşma yapılması koşulunu, sadece evlilik dışı birliktelikler bakımından kabul etmektedir. Örneğin, İsviçre'de 2014 yılında yapılan revizyondan sonra, boşanan ebeveynler bakımından anlaşma koşulu aranmamaktadır. Hakim, ana-baba ve çocuğun görüşlerini dikkate alarak, çocuğun üstün yararına da uygunsa, birlikte velayete karar verir⁸⁵⁰. Nitekim birlikte velayet, ebeveynlerin çocuklarının yararı için birlikte çalışmak zorunda oldukları ve onları bakıp eğitmeleri gerektiği anlamına gelir⁸⁵¹. Bu yükümlülük sadece çocuğun velayeti kendisine bırakılan tarafta değildir. Her iki tarafın da çocuklarına bakma görevi çocuğun ergin olmasına ve eğitimini tamamlamasına kadar devam eder⁸⁵². Ayrıca çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi sadece boşanan ebeveynleri değil, evli olmayan ebeveynleri de kapsamaktadır⁸⁵³. Dolayısıyla

⁸⁴⁵ S. Çelikel, Boşanma, s. 96, 97; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 462; Bucher, Elterliche Sorge, s. 21. Ancak tarafların velayet konusunda anlaşmış olmaları, bundan sonraki süreçte her konuda anlaşacakları hakkında kesin bir kanı da oluşturmamalıdır. Bkz. Karaca, s. 80.

⁸⁴⁶ Gençcan, Ortak Velayet, s. 27.

⁸⁴⁷ S. Çelikel, Boşanma, s. 96, 97.

⁸⁴⁸ Büchler/Maranta, s. 13; Büchler/Cantieni/Simoni, s. 216.

⁸⁴⁹ Weiner, s. 1538.

⁸⁵⁰ Aynı görüş için bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 85; Erlüle, s. 253; Kurt, s. 177.

⁸⁵¹ Schwenzer/Keller, Family Law, s. 329.

⁸⁵² Schwenzer/Keller, Family Law, s. 329; Gloor/Lukas, s. 487; Bucher, Elterliche Sorge, s. 12.

⁸⁵³ Schwenzer/Keller, Family Law, s. 330.

ana ve baba, çocuğun fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini velayetin bir gereği olarak, anlaşma olmasa da korumak zorundadır⁸⁵⁴.

Çocuğun bakımı ve bakım giderleri konusunda ebeveynlerin anlaşması zorunlu olmasa da onların çocuk hakkında aldığı kararlarda bir sonuca ulaşabilmesi bakımından işbirliğine yetenekli ve istekli olmaları şarttır⁸⁵⁵. Zira birlikte velayetin, önemli ölçüde uyum, çaba, işbirliği, uzlaşma ve bunları gerçekleştirebilecek bir olgunluk gerektirdiği göz ardı edilmemelidir⁸⁵⁶.

Türk hukukunda ana ve babanın çocuğun bakımı ve bakım giderlerine katılma payı hakkında bir anlaşma yapması ve yapılan anlaşmanın şartları düzenlenmemektedir. Karşılaştırmalı hukuk ve ülkenin sosyo-demografik yapısı göz önüne alınarak yasal bir düzenlemeye gidilmesi mümkündür. Ancak, bir düzenleme yapılincaya kadar, bu anlaşma, kıyasen anlaşmalı boşanmada yapılan protokol gibi kabul edilebilir. Buradan hareketle yapılan anlaşma yazılı⁸⁵⁷ ya da hakim huzurunda sözlü olarak açıklanabilir⁸⁵⁸. Ancak sözlü olarak yapılan açıklamanın bakım ve bakım giderlerinin karşılanması hususunu içermesi, hakim tarafından uygun bulunması ve anlaşmanın bir tutanağa geçirilmesi gerekir⁸⁵⁹. Anlaşmanın çocuk dünyaya gelmeden önce ya da çocuk dünyaya geldikten sonra yapılması da mümkündür⁸⁶⁰.

Anlaşma hazırlanırken ana ve baba, özellikle birlikte velayet ve velayetin kapsamında yer alan hak ve yükümlülüklerin ne şekilde uygulanacağı hususunda bir anlaşmaya varmış olmalıdır. Anlaşmanın ana ve babanın katkı oranlarını ya da miktarını, katkının süresini, çocukla kişisel ilişkilerini, çocuğun yerleşim yerini ve

⁸⁵⁴ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 19; Gloor/Lukas, s. 485; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 48; Öztan, Aile Hukuku, s. 1081; S. Çelikel, Boşanma, s. 36; Şimşek, s. 11; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 65, 66; Karaca, s. 84.

⁸⁵⁵ Taussig/Carpenter, s. 234; Weiner, s. 1538.

⁸⁵⁶ Taussig/Carpenter, s. 234.

⁸⁵⁷ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 20; Gloor/Lukas, s. 506; Bucher, Elterliche Sorge, s. 22.

⁸⁵⁸ Akıntürk/Ateş, s. 271.

⁸⁵⁹ Akıntürk/Ateş, s. 271; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 45.

⁸⁶⁰ Schwenzer/Keller, New Rules, s. 463.

bireysel ihtiyaçlarına göre oluşturacakları detaylı bir listeyi içermesi nemlidir⁸⁶¹. Zira bu anlaşma, ana ve babanın çocuğun menfaatlerine uygun olarak kendi bakım ve diğer yükümlükleri hakkında bir rehber niteliėindedir⁸⁶². Bu nedenle, çocuğun hangi ebeveyn ile birlikte yaşayacağı, her bir ebeveynin çocukla ne kadar zaman geçireceği, eğitim, sağlık vb. günlük ve önemli ihtiyaçlarının nasıl giderileceği gibi hususların detaylıca belirlenmesi gerekir. Ana ve baba, çocuğun ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak, kendi mali güçleri ve kabiliyetleri çerçevesinde bir anlaşmaya varırlar⁸⁶³.

Ebeveynlerin beklenen temel sorunlar dışında, muhtemel sorunlar üzerinde de anlaşmaları mümkündür. Burada kastedilen, çocuğun hayatında oluşabilecek ciddi değişikliklerdir. Örneğin, yanında yaşadığı ebeveyn ile birlikte çocuğun şehir dışına ya da yurt dışına taşınması veya bu ebeveynin yeniden evlenmesi gibi durumlar ortaya ıkabilir⁸⁶⁴. Bu ihtimallerin gerçekleşmesinden önce ebeveynlerin anlaşmasında yer alması, onları anlaşmaya uygun planlar yapmaya sevk edecek, bir nevi geleceklerinin planlamasında da rehber niteliğinde olacaktır.

Birlikte velayette, kural olarak, ocuk hakkında alınacak tüm kararlarda ana ve baba birlikte hareket etmelidir⁸⁶⁵. Bu nedenle ana ve babanın sık sık bir araya gelmeleri gerekebilir. Dolayısıyla, ana ve baba en azından karşılıklı anlaşmaya varabileceklerini ve çocuğun çıkarlarını kendi çıkarlarının önüne getirerek, çatışmadan uzak bir şekilde hareket edebileceklerini gstermelidir⁸⁶⁶. Bu arada hak ve yükümlüklerin birlikte kullanılması ile ana ve babanın aynı anda hareket etmesi gerektiği

⁸⁶¹ Gloor/Lukas, s. 507. Ayrıca bkz. Schwenzer/Keller, New Rules, s. 462; Bucher, Elterliche Sorge, s. 18; Morgenbesser/Nehls, s. 99 vd.

⁸⁶² Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 5; Yücel, s. 98.

⁸⁶³ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 5; Gloor/Lukas, s. 487; Morgenbesser/ Nehls, s. 101.

⁸⁶⁴ Morgenbesser/Nehls, s. 103.

⁸⁶⁵ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 20.

⁸⁶⁶ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 6.

düşünülmemelidir⁸⁶⁷. Diğer ebeveynin izin veya onamı şeklinde de velayetin birlikte kullanılması mümkündür.

Bilindiği üzere, velayet yüküm hakkı bölünemez niteliktedir⁸⁶⁸. Başka bir ifadeyle, ana ve baba velayeti, hak ve yükümlülükler bakımından bir ayrıma gidilmeksizin, birlikte kullanmaya devam etmelidir⁸⁶⁹. Anlaşmada sadece çocuğun bakımı ve bakım giderlerinin paylaşılmasından bahsedilebilir (Ek- 1, İsviçre’de birlikte velayete ilişkin KESB tarafından hazırlanan protokol örneğinden bu durum açıkça anlaşılmaktadır). Örneğin, ana ve babanın çocuğun okul, sağlık, yiyecek, giyim, barınma gibi olağan veya acil giderlerinin nasıl ve hangi ebeveyn tarafından, ne oranla (% 30 vb.) karşılanacağı noktasında bir anlaşmaya varmış olmaları gerekir⁸⁷⁰. Bunun yanında yapılacak olan katkıda, çocuğun bireysel ihtiyaçlarının göz önüne alınması ve katkı oranının her çocuk için ayrı ayrı belirlenmesi de önemlidir⁸⁷¹.

Ana ve babanın yapacağı anlaşmada çocuğun yararının korunabilmesi için görüşlerinin de alınması gerekebilir. Bu, ayrılık ve boşanmanın bir parçası olan çocuğu korumak ve onun iyiliğini sağlamak görevi bakımından önemlidir⁸⁷². Zira çocuğun anlaşmaya katılımının sağlanması, günlük yaşamdaki ilgi ve ihtiyaçlarını karşılayan bir anlaşmanın yapılmasına yardımcı olacaktır⁸⁷³. Öte yandan, çocuğun katılımı sağlanarak, geçirdiği psikolojik travmayla mücadelesine de katkı sağlanabilir⁸⁷⁴.

Ana ve baba, anlaşma ile velayetin yalnızca anada ya da babada kalacağına ilişkin bir karar verebilirler. Şu halde taraflar himaye hakkı, kişisel ilişki kurma hakkı

⁸⁶⁷ Öztan, Aile Hukuku, s. 1082; Baygın, s. 263; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 225; Usta, s. 107; Yücel, s. 72.

⁸⁶⁸ Gülgösteren, s. 163; Karabacak, s. 25; Solmaz, s. 23; Şimşek, s. 66, 67; Taşkın, s. 34; Kiremitçi, s. 12; Akkışla, s. 35; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 28; Süzen, s. 30; Yücel, s. 66 vd.

⁸⁶⁹ İnce, s. 195; Dönmez/Barın, s. 182; Kiremitçi, s. 12; Akkışla, s. 35. Gülgösteren, s. 163; Süzen, s. 30.

⁸⁷⁰ Miller, s. 391; Cantieni/Biderbost, s. 772; Gloor/Lukas, s. 494.

⁸⁷¹ Gloor/Lukas, s. 497.

⁸⁷² Büchler/Cantieni/Simoni, s. 219.

⁸⁷³ Büchler/Cantieni/Simoni, s. 219.

⁸⁷⁴ Büchler/Cantieni/Simoni, s. 219.

ve diğer eşin ödeyeceği muhtemel nafaka konusunda anlaşmaya varmalıdır⁸⁷⁵. Ana ve babanın bu konularda uzlaşması çocuğun menfaatinedir. Nitekim velayetin tek bir ebeveynine ait olacağına karar verilse de yapılan anlaşma ile ebeveynler arasında çocuğa zarar verebilecek anlaşmazlıkların gelecekte daha az gündeme geleceği söylenebilir.

Ülkemizde, çocuğun velayeti, himayesi veya çocukla kişisel ilişkinin düzenlenmesi gibi hususlar hakkında bir anlaşma yapılması hakim için bağlayıcı değildir. Ancak, velayet kendisine bırakılan tarafın çocuk ile ilgili kararlarda diğer tarafın fikrini sorarak hareket etmesi, onu velayete katması, yararı tehlikeye düşmedikçe çocuğun diğer tarafla daha sık görüşebilmesi vb. davranışlar iki taraf da anlaştığı müddetçe geçerlidir; buna hukuken herhangi bir engel yoktur⁸⁷⁶. Başka bir ifadeyle, velayet yalnızca bir tarafa tevdi edilse de ana ve baba onu fiilen beraber yürütmekte serbesttir⁸⁷⁷. Bu fiili serbestliğin, birlikte velayetin kabulü ile hukuken de tanınması yerinde olacaktır.

Son olarak, ana ve babanın velayet anlaşmalarını süreye bağlı olarak yapamayacağını belirtmek gerekir⁸⁷⁸. Velayet, yalnızca kanun tarafından süreye bağlanan bir kurumdur⁸⁷⁹. Hakim böyle bir anlaşmayı, süre tayin etmeksizin, diğer koşullar da tamamsa, kabul edebilir⁸⁸⁰. Aksi halde böyle bir talebin mahkemece reddi gerekir.

Yukarıda yapılan açıklamalarla birlikte, İsviçre’de KESB huzurunda yapılan ve Ek-1’de sunulan örnek anlaşma, taraflara yol gösterici olabilir. Bunun yanında, ülkemizde, örnek teşkil etmesi bakımından hazırladığımız ve EK-2’de sunulan şekilde de anlaşma yapılması mümkündür⁸⁸¹.

⁸⁷⁵ Koçhisarlıoğlu, s. 50; Karaca, s. 71; Seçer, s. 261.

⁸⁷⁶ Koçhisarlıoğlu, s. 53; Karaca, s. 72; Köseoğlu/Kocaağa, s. 443.

⁸⁷⁷ Koçhisarlıoğlu, s. 54; Karaca, s. 72.

⁸⁷⁸ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 55; Hanke, s. 356. Hakimin velayeti süreli olarak tevdi edemeyeceğine ilişkin bkz. Feyzioğlu, s. 431; Gülgösteren, s. 164; E. Apaydın, Ortak Velayet, s. 446; Gençcan, Velayet Hukuku, s. 101, 102; Dönmez/Barın, s. 182.

⁸⁷⁹ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 55.

⁸⁸⁰ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 55.

⁸⁸¹ Bkz. “Ekler” başlığı altındaki açıklamalar.

(2) Anlaşmanın Hukuki Niteliği

Ana ve baba tarafından çocuğun bakımı ve bakım giderlerinin paylaşılmasına ilişkin yapılan anlaşma, birlikte velayete dair sürecin ayrılmaz bir parçası niteliğinde olup her somut olay için farklı düzenleme gerektiren hukuki bir işlemdir. Hukuki niteliği bakımından kanaatimizce, anlaşmalı boşanma protokolüne benzetilebilir. Ancak, ZGB Art. 133/3 hükmünde olduğu gibi birlikte velayetin çekişmeli boşanmalarda da talep edilebileceği unutulmamalıdır⁸⁸². Bu nedenle yapılan anlaşma sadece şekil ve nitelik olarak anlaşmalı boşanma protokolüne benzetilmekte; birlikte velayet talebinde bulunabilmek için eşlerin aynı zamanda anlaşmalı olarak boşanmaları şartı aranmamaktadır. Bununla beraber, TMK m. 166/3'e göre anlaşmalı boşanma protokolüyle beraber velayete ilişkin talepler de ileri sürülmekte ise, evliliğin en az bir yıl sürmüş olması koşulunun da yerine getirilmiş olması gerekir.

Anlaşmalı boşanma protokolünün hukuki niteliği bakımından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Protokolün bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu ileri süren görüşler olduğu kadar, sulh sözleşmesi ya da tek taraflı talep olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur.

Protokolün bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu ileri süren yazarlar⁸⁸³, onun aile hukukuna ilişkin kendine özgü bir yapısı olduğunu kabul etmelerine rağmen, protokolde boşanmanın mali sonuçlarının da yer alması nedeniyle, onun bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu savunurlar⁸⁸⁴. Bu sebeple protokol, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan sözleşmenin kurulması ve geçerliliğine ilişkin hükümlere tabi, eşlerin karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları sonucu kurulan, ancak geçerliliği hakimin onayı koşuluna bağlı bir sözleşme olarak kabul edilmektedir⁸⁸⁵.

⁸⁸² Ayrıca bkz. Bingöl, s. 298.

⁸⁸³ Seçer, s. 265; Şeyda Şanlı Yalın, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, (Danışmanı: Doç. Dr. Ebru Ceylan), *İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2017, s. 50; Yılmaz Bilgin, s. 81.

⁸⁸⁴ Ülkü, s. 64.

⁸⁸⁵ Seçer, s. 263, 264; Ülkü, s. 65; Karaca, s. 72. Yarg. 3. H.D., T. 04.03.2003, E. 2003/ 1941, K. 2003/ 2097, "Taraflar MK'nun 134/3. maddesi çerçevesinde "anlaşmalı olarak" boşanmışlardır. Aralarında yaptıkları protokol, hukuki niteliği itibarıyla Medeni Kanun

Bir diğerk görüş ise, anlaşmalı boşanma protokolünün bir sözleşme olduğunu savunmakla beraber, hukuki niteliğı itibariyle bu sözleşmeyi HMK’da yer alan usul hukukuna ilişkin kuralların uygulanacağı bir sulh sözleşmesi olarak nitelendirmektedir⁸⁸⁶. HMK’nın 133. maddesinde düzenlenen “*Sulh*”, görölmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek maksadıyla mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir. Ancak sulh, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir (HMK m. 133/2). Sulh ile taraflar; miktarda, vasıflarda ya da ifa yeri ve zamanı gibi hususlarda, karşılıklı olarak fedakarlıklarda bulunur⁸⁸⁷. Sulh neticesinde tarafların iradeleri hükme yazılmakta, anlaşmanın sonradan geçersizliği ya da hükümlerinde değişiklik yapılması, yeniden hüküm tesis edilmeksizin mümkün olamamaktadır.

Bu özellikleriyle ilk bakışta birlikte velayete ilişkin yapılan anlaşmanın hukuken sulh sözleşmesi niteliğini taşıdığı düşünülebilir. Ancak kanaatimizce, birlikte velayet anlaşması, sulh sözleşmesinin ana unsurları ile örtüşmemektedir. Zira ana ve babanın velayeti birlikte kullanması, çocuğun bakımı ve bakım giderleri hakkında anlaşması, karşılıklı bir fedakarlığın değil, çocuk üzerinde var olan hak ve yükümlölüklerin düzenlenmesine ilişkindir. Ayrıca, yapılan sulh sözleşmesi neticesinde hakim tarafların iradelerine göre ya sulh sözleşmesini aynen hükme geçirmekte ya da taraflar sözleşmeye uygun bir hüküm tesisi istemezse karar verilmesine yer olmadığına karar vermektedir (HMK m. 315/1). Velayetin düzenlenmesi hususu ise, her ne kadar tarafların iradesine bırakılmışsa da, kamu düzeninden kabul edilmekte ve bu özelliğı neticesinde yapılan anlaşma, hakim tarafından onaylandığı takdirde hükme esas teşkil edilmektedir. Daha da ötesinde hakim çocuğun yararına uygun bulmadığı takdirde anlaşmayı onaylamayacağı gibi tarafların da kabul etmesi koşuluyla uygun olmayan

hükümlerinden kaynaklanmakta ise de; genel sözleşme hükümlerine tabidir.” (<http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=7756>, E.T. 14.07.2018).

⁸⁸⁶ Ülkü, s. 66; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 55. Güven, birlikte velayette tarafların iradelerinin mahkeme içinde ya da dışında yapılabilen bir sulh sözleşmesi olduğunu ve HMK’da yer alan usul hukukuna ilişkin kuralların sözleşmeye uygulanacağını ileri sürmektedir (K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 55).

⁸⁸⁷ Ülkü, s. 72.

noktalara müdahale etmesi de mümkün olabilmektedir. Bu özelliği onu, hem sulh sözleşmesi hem de tam anlamıyla bir özel hukuk sözleşmesi olma niteliğinden farklı kılar.

Öte yandan, anlaşmanın öneri ve kabul suretiyle kurulması, çocuğun yararına ve kanuna aykırı olmamak koşuluyla, içeriğinde serbetçe düzenleme yapılabilmesi gibi özellikleri onun bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu düşündürebilir. Ancak, özel hukuk sözleşmelerine özgü olan birçok kuralın, birlikte velayet anlaşmasına uygulanması da mümkün değildir. Örneğin, sözleşmelerde bir edim ve edimin ifası söz konusu iken edimin ifasına ilişkin gecikmelere, gecikme tazminatı, sözleşmeyi fesih, dönme ya da menfi veya müspet zararın tazmini gibi bir takım sonuçlar bağlanmaktadır. Birlikte velayete ilişkin anlaşmanın konusu bakımından temerrüdün ve ona bağlı sonuçların uygulanabilmesi olanaksızdır. Ana ve babanın çocuğun bakımı ve bakım giderleri hakkında yaptıkları anlaşma, aile hukukunda yer alan velayet ve velayetten doğan hak ve yükümlülükleri içermektedir. Tüm bu nedenlerle, anlaşmanın borçlar hukukuna değil, aile hukukuna özgü sonuçları içeren sui generis bir yapıda olduğu kabul edilebilir. Zira sui generis sözleşmeler, kanunlarda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını içermeyen ya da bir kısmını içeren “*kendine özgü*” sözleşmelerdir⁸⁸⁸. O halde yapılacak olan bu anlaşmanın, yukarıda yer alan görüşler de göz önüne alındığında, aile hukukuna özgü bir özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Öte yandan, boşanma protokolü ve içerisinde yer alan boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin iradelerin, mahkemeye yöneltilmesi gereken tek taraflı irade beyanı olduğunu ileri süren bir görüş de mevcuttur⁸⁸⁹. Bu görüşü savunanlara göre, taleplerin dava dışında her hangi bir hukuki değeri bulunmamaktadır⁸⁹⁰. Birlikte velayet anlaşmaları bakımından geçmişte kalmış bu görüşün desteklenmesi bizce uygun değildir.

⁸⁸⁸ Ülkü, s. 71.

⁸⁸⁹ Esat Arsebük, Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, Ankara 1940, s. 767- 769 (Ülkü, s. 67, dpn. 272, Yılmaz Bilgin, s. 78, dpn. 22).

⁸⁹⁰ Ülkü, s. 67; Yılmaz Bilgin, s. 78.

Birlikte velayet anlaşması, yazılı ya da hakim huzurunda sözlü olarak yapılabilir⁸⁹¹. Yazılı anlaşmada ana ve babanın sorumlulukları ile birlikte velayet talepleri açıkça dile getirilmelidir⁸⁹². Kanunimizce, hakim anlaşmayı detaylıca inceleyebilmesi bakımından, anlaşmanın yazılı olarak düzenlenmesi daha isabetlidir⁸⁹³. Öte yandan bir anlaşmanın varlığı, birlikte velayete karar verebilmek açısından maddi bir unsur olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle anlaşmanın yazılı olarak yapılması, hatta başlı başına anlaşma yapılması kuralının ileriki kanuni düzenlemelerde geçerlilik koşulu olarak yer alması mümkündür. Kanun koyucunun bu iradesi aynı zamanda tarafları daha detaylı düşünmeye, kendi düzenledikleri anlaşmayı her yönüyle incelemeye sevk edecektir⁸⁹⁴. Toplumun birlikte velayet kurumuna ayak uydurmaya, eş söyleyişle daha istekli ve uygun davranmaya başladığı görüldüğünde ise anlaşma şartı tamamen kaldırılabilir. Bu noktada kanun koyucunun aşamalı bir düzenlemeyi tercih etmesi mümkündür.

(3) Hakim Anlaşmayı Uygun Bulması

Ana ve babanın çocuğun bakımı ve bakım giderlerinin paylaşılması hakkında yaptıkları anlaşma, hakim tarafından uygun bulunmalıdır⁸⁹⁵. Hakim, yapılan düzenlemelerin nedenlerini ve taraflarca doğru anlaşılıp anlaşılmadığını belirleyerek, ana ve babanın ortak bir sorumluluk almaya hazır olduklarını ve paylaştıkları sorumlulukların çocuğun menfaatine uygun olduğunu tespit ettiği takdirde anlaşmayı kabul eder⁸⁹⁶. Zira ana ve babanın velayet üzerinde anlaşmaları hakime yapılan tekliften başka bir şey değildir⁸⁹⁷. Dolayısıyla böyle bir teklifin hakimi bağlaması söz konusu olmaz. Bu nedenle hakim çocuğun yararına uygun olacak şekilde anlaşmayı

⁸⁹¹ Akıntürk/Ateş, s. 271; Bucher, Elterliche Sorge, s. 22; Seçer, s. 265.

⁸⁹² Büchler/Maranta, s. 13.

⁸⁹³ Seçer, s. 265.

⁸⁹⁴ Seçer, s. 266.

⁸⁹⁵ Taussig/Carpenter, s. 235; Yalın, s. 39; Köseoğlu/Kocaağa, s. 444.

⁸⁹⁶ Büchler/Cantieni/Simoni, s. 217, 218; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 460; Bucher, Elterliche Sorge, s. 21; Solmaz, 65; Şimşek, s. 8; Akkışla, s. 49; Koçhisarlıoğlu, s. 170, 171; Yücel, s. 98.

⁸⁹⁷ Koçhisarlıoğlu, s. 77.

tamamen ya da kısmen deęiřtirebilir⁸⁹⁸. Hatta anlaşmayı uygun bulmayarak, hiçbir talebe gerek olmaksızın velayeti ana veya babadan birine de bırakabilir⁸⁹⁹. Zira boşanmada yargılama usulünü hatırlatmamız gerekirse, hakim delilleri serbestçe değerlendirme hakkına sahiptir (TMK m. 184/4).

Öte yandan, boşanmanın asli ve ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmaların hakim tarafından onaylanması gerekir, aksi halde anlaşmalar geçerli deęildir⁹⁰⁰ (TMK m 184/5). Boşanmanın ferî sonuçlarından birisi de kuşkusuz velayetin belirlenmesidir⁹⁰¹. Bu noktada hakimın takdir yetkisi, anlaşmanın çocuğun yararına uygun olup olmadığına karar vermektir⁹⁰². Dolayısıyla uygun bulunmayan anlaşmanın hakim tarafından kabul edilmemesi mümkündür. Ana ve babanın yaptığı velayet anlaşması, ancak hakim tarafından uygun bulunduğu takdirde ocuk da dahil tüm taraflar bakımından bağlayıcı olmaktadır⁹⁰³.

Yapılan anlaşmada, ileride taraflardan birinin velayetin yeniden düzenlenmesi için mahkemeye başvuru hakkını kaldıran ya da buna benzer bir düzenlemenin mevcut olması halinde bu hüküm kişilik haklarının ihlali bakımından kesin hükümsüzdür⁹⁰⁴. Böyle bir durumda, hükmün hakim tarafından onaylanıp onaylanmayacağından bahsedilmezken, hükmün baştan itibaren kendiliğinden geçersiz kabul edilmesi gerektiği hakim tarafından verilecek bir kararla tespit edilebilir.

⁸⁹⁸ Solmaz, s. 66; Erdem, s. 176; Akkışla, s. 53.

⁸⁹⁹ Schwenzer/Keller, New Rules, s. 461; Solmaz, s. 66.

⁹⁰⁰ Taraflar anlaşmalı boşanmada ya da çekişmeli boşanma davalarında boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşma yapabilirler. Böylece tazminat, nafaka gibi mali sonuçlara ilişkin olabileceği gibi, velayet gibi çocuklara ilişkin sonuçlar hakkında anlaşma yapabilirler. Hiç şüphesiz bu anlaşmanın geçerliliği hakimın anlaşmayı onamasına bağlıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karaca, s. 71; Koçhisarlıoğlu, s. 86; Gençcan, Velayet Hukuku, s. 116.

⁹⁰¹ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 45; Taşkın, s. 110; Karaca, s. 71; Ülkü, s. 62.

⁹⁰² K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet s. 45; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 461; Solmaz, s. 65; şimşek, s. 83.

⁹⁰³ Koçhisarlıoğlu, s. 33, 34.

⁹⁰⁴ Seçer, s. 271, 272.

Hakimin uygun bulma kararı olmaksızın anlaşmanın hüküm ve sonuçlarını doğurması beklenemez⁹⁰⁵. Buna rağmen ana ve babanın velayete ilişkin anlaşmayı kendi aralarında diledikleri gibi yapabilmeleri gerekir. Bu konuda ebeveynler sadece çocuğun üstün yararının gözetilmesi sınırına tabidir⁹⁰⁶. Zira çocuğun yararına olmadığı düşünülen anlaşmalar onaylanmayacaktır. Bu hususta hakimin takdir yetkisi saklıdır. Başka bir ifadeyle, tarafların yapacağı anlaşma hakimi bağlamaz⁹⁰⁷. Anlaşmaya rağmen, hakimin aksine bir karar vermesi ya da tarafların ve çocuğun yararı göz önünde bulundurularak gerekli gördüğü değişiklikleri yapması mümkündür⁹⁰⁸. Hakimin değişiklik yapması halinde ana ve babanın değişiklikleri aynen kabulü gerekir⁹⁰⁹. Aksi halde hakimin birlikte velayete karar vermesi uygun değildir⁹¹⁰. Zira bu durumda ana ve babanın bakım ve bakım giderleri konusunda bir anlaşmaya vardıklarından söz edilemez. Dolayısıyla, hakimin de ana ve babanın rızasına aykırı bir çözümü kabul etmesi düşünülemez⁹¹¹.

Hakim önüne gelen anlaşmayı öncelikli olarak hukuka uygunluk yönünden denetlemelidir⁹¹². Örneğin, anlaşmanın velayet kapsamındaki hak ve yükümlülüklerin bölünmesi şeklinde yapılması ya da anlaşmada ahlaka aykırı hükümlerin yer alması durumlarında anlaşmanın onaylanmaması gerektiği söylenebilir. Öte yandan anlaşmada tarafların iradelerinin uyuşup uyuşmadığı, irade sakatlığı hallerinin mevcut olup olmadığı ve anlaşmanın açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme alınıp alınmadığı da

⁹⁰⁵ Seçer, 276.

⁹⁰⁶ Koçhisarlıoğlu, s. 37; Büchler/Cantieni/Simoni, s. 218; Akkışla, s. 53; Grassinger, Çocuğun Menfaati, s.831.

⁹⁰⁷ Erdem, s. 176; Büchler/Cantieni/Simoni, s. 218; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 460; Bucher, Elterliche Sorge, s. 21; Solmaz, 65; Şimşek, s. 82; Akkışla, s. 52.

⁹⁰⁸ Ayrıca bkz. Akıntürk/Ateş, s. 271; Seçer, s. 276; Gülgösteren, s. 166; Gloor/Lukas, s. 511; Taşkın, s. 111; Akkışla, s. 53; Yalın, s. 40; Yılmaz Bilgin, s. 88.

⁹⁰⁹ Ayrıca bkz. Akıntürk/Ateş, s. 271; Seçer, s. 278; Yalın, s. 40; Yılmaz Bilgin, s. 88.

⁹¹⁰ Ayrıca bkz. Akıntürk/Ateş, s. 271.

⁹¹¹ Koçhisarlıoğlu, s. 68.

⁹¹² S. Çelikel, Boşanma, s. 98; Yılmaz Bilgin, s. 83.

incelenmelidir⁹¹³. Bu incelemelerin temelinde esasen yine çocuğun yararı bulunmaktadır. Nitekim bu tip anlaşmaların özellikle çocuğun yararını ağır bir şekilde ihlal ettiği söylenebilir⁹¹⁴.

Hakim, anlaşma sonucunda birlikte velayetin uygulanıp uygulanamayacağı hakkında da gerekli incelemeleri yapmalıdır. Örneğin, aile içi şiddete maruz kalan bir çocuk için birlikte velayetin uygulanabilirliği tartışılabilir. Hakim, çocuğun doğrudan şiddet mağduru olup olmadığına veya aile içi şiddete tanık olup olmadığına bakmalıdır⁹¹⁵. Bundan başka, ana ve babanın birden fazla çocuğu varsa, her biri taraflardan birinin yanında kalmak istiyorsa ve ana-babanın bu konuda mutabık olmadığı anlaşılıyorsa, aralarında birlikte velayetin uygulanacağına dair bir anlaşmanın varlığından söz edilemez⁹¹⁶. Böyle durumlarda hakimin tek başına velayete karar vermesi mümkündür. Bunun yanında, hakimin tarafların samimi ve istekli olduğuna kanaat getirmesi, ahlaki değerlerinin ve psikolojik durumlarının yeterli olduğunu tespit etmesi de önemlidir⁹¹⁷. Amerika’da yapılan bir araştırmada aile içi şiddetin ya da madde bağımlılığının olduğu ailelerde birlikte velayetin uygulanmasının sorunlu olduğu gözlemlenmiştir⁹¹⁸. Bu noktada, birlikte velayet kararının verilebilmesi için uygun kriterler şöyle sıralanabilir⁹¹⁹:

⁹¹³ Seçer, s. 277; Yalın, s. 41. TBK m. 27 gereği, anlaşmanın konusu emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olmamalıdır.

⁹¹⁴ Koçhisarlıoğlu, s. 38.

⁹¹⁵ Büchler/Maranta, s. 14, 15; Usta, s. 113.

⁹¹⁶ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 25.

⁹¹⁷ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 55; Miller, s. 369; Taussig/Carpenter, s. 235, 236; Usta, s. 112; Solmaz, s. 54 vd. Akkışla çalışmasında, velayetin tevdiinde ana ve baba açısından göz önünde tutulacak hususları şu başlıklar altında toplamaktadır: Ana ve babanın çocuğa bakma olanakları, çocuğu ihmal etme ihtimallerinin olması, çocuğun kaçırılma ihtimalinin varlığı, çocuğu terketme olasılığının varlığı, çocuğun taraflarla arasındaki ilişki, ana ve babanın ayrı ayrı sosyal ve ekonomik durumları, yaşam tarzları, çocuğa karşı duyarlılıkları, çocuğu yönlendirmeleri, çocuğa şiddet uygulamakta olması, velayeti istememesi olasılığı, ana ve babanın meslekleri, hastalığı ve sorumluluğu... Akkışla, s. 109-124.

⁹¹⁸ Brinig, s. 505.

⁹¹⁹ Söz konusu kriterler için bkz. Miller, s. 372. Benzer kriterler için bkz. Gassner/Majid, s. 272; Solmaz, s. 45 vd; Taşkın, s. 97 vd; Usta, s. 112, 113; Bala, s. 472, 473; Lowe, s. 280; Gençcan, Velayet Hukuku, s. 119 vd. Berman/Kirsh, makalesinde, birlikte velayet

“1. Tarafların istekli olması: Tarafların anlaşmaya varmış olmaları ve bir uzlaşma içinde bulunmaları gerekir.

2. Esnek çalışma saatleri: Taraflardan en az birinin çocuğun yararı bakımından rahat bir çalışma temposuna sahip olması şarttır. İşkolik ebeveynlerin birlikte velayeti yürütebilmeleri zordur.

3. Benzer çevrenin varlığı: Her iki tarafın da çocuğun yetiştirilmesinde ve bakımında benzer çevreye sahip olması önemlidir. Sık sık ikamet değişikliği gerektiren işlerde birlikte velayetin uygulanabilmesi zorlaşır.

4. Tarafların mali güçlerinin yakın olması: Tarafların çocuğun odası, oyuncakları ve bakımı gibi giderleri paylaşabilmesi ve bunları her iki evde de aynı oranda karşılayabilmeleri çocuğun yararınadır.

5. Coğrafi yakınlık: Tarafların coğrafi olarak birbirine yakın olması hem velayet konusundaki kararların hızlı alınmasında hem de çocukla gelişecek fiziki velayetin rahat uygulanmasına yardımcı olacaktır. Böylece ebeveynlerin de diyaloglarının ve güvenlerinin artması söz konusu olabilir. Diğer taraftan coğrafi yakınlık, çocuk için uzun yolculukları önleyen, kendi mahallesinden ve arkadaş çevresinden ayrılmadan kişisel ilişkisini devam ettiren bir faktördür.

6. Çocukların sayısı ve yaşı: Çocukların yaşı küçüldükçe ve sayısı azaldıkça birlikte velayetin uygulanabilirliği artar; birlikte velayet kararının yürütülmesiyle, çocuğun yaşı ve sayısı ters orantılıdır. Bunun aksini düşünenler de mevcuttur. Ancak hangi görüş benimsenirse benimsensin, çocuğun yaşının ve çocuk sayısının birlikte velayet kararı verilirken dikkat edilmesi gereken bir kriter olduğunu söylemek gerekir.”

Çocuğun yararına uygun olan bu kriterlerin hakim tarafından, uzmanlardan da yardım alınarak değerlendirilmesi ve hakimın buna göre anlaşmayı uygun bulması önemlidir.

kararlarının alınmasında esas olan kriterleri tespit ederken, Miller’ın kriterlerine ek olarak çocuğun istek ve tercihlerinin de göz önünde bulundurulması hususuna dikkati çekmektedir (Berman/Kirsh, s. 4).

Hakimin anlaşmayı uygun bulması halinde, kararını aynen anlaşma şartlarına uygun bir şekilde düzenlemesi gerekir⁹²⁰. Anlaşmanın karar yerine sayılması mümkün değildir. Hakimin, ana ve babanın hak ve yükümlülüklerini de içerecek şekilde, anlaşmaya kararında yer vermesi şarttır⁹²¹. Hakimin anlaşmayı aynen kabulü halinde vereceği karar birlikte velayetin devamını gösteren bir tespit kararı niteliğinde olacaktır⁹²².

Taraflar arasında yapılan anlaşmanın hakimin onayıyla birlikte daha güvenilir bir hal aldığı tartışma götürmez bir gerçektir. Bununla beraber, anlaşmanın varlığı, ana ve babaya, uzlaşamadıkları bir konuda ortaklaşa karar verme hakkına dayanma ve bir tarafın keyfiyetini kabul etme zorunluluğundan kurtulma imkanı da sağlar⁹²³. Ayrıca, hakimin onayından geçmeyen bir anlaşmanın özel hukuk sözleşmesinden farkı olmayacak, tarafların anlaşmayı feshetmesi mümkün olacaktır. Böylece hakim onayıyla anlaşmaya verilen güç, aynı zamanda tarafların ona uyma ve işbirliği yapma iradelerini de büyük oranda etkileyecektir⁹²⁴. Tarafların sözleşmede değişikliğe gitmek istemeleri halinde ise, yine aynı koşulların gerçekleşmesi gerekecektir⁹²⁵.

(4) Anlaşmanın Uygun Bulunmasından Sonra Çıkabilecek Uyuşmazlıkların Çözümü

Hatırlanacağı üzere, evliliklerinde anlaşma sağlayamayan insanların boşandıktan sonra da çocukları hakkında anlaşamayacakları varsayımından hareketle, birlikte velayet kurumunun eleştirildiğini ifade etmiştik⁹²⁶. Bu görüşü savunanlar, çatışmaların çocuk üzerinden devam edeceğini ve bu durumun çocuğun menfaatine olmayacağını ileri sürmektedir. Şüphesiz, ebeveynlerin işbirliği ve uyum içinde çalışmaları velayetin birlikte kullanılması için önemlidir. Bununla beraber,

⁹²⁰ Akıntürk/Ateş, s. 272, Seçer, s. 267.

⁹²¹ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 3.

⁹²² Büchler/Maranta, s. 3.

⁹²³ Koçhisarhoğlu, s. 56.

⁹²⁴ Koçhisarhoğlu, s. 60; Meier, s. 249.

⁹²⁵ Meier/Häberli, s. 464; BGer 5A_513 / 2014, T. 1 Ekim 2015, (<https://www.bger.ch>, E.T. 21.11.2018).

⁹²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. “§ I.A1.b) Birlikte Velayetin Önemi” başlığı altındaki açıklamalar.

ebeveynlerin velayet, çocuğun bakımı ve bakım giderlerinin paylaşımı konusunda anlaşmalarına rağmen, sonradan aralarında bir uyuşmazlığın çıkması da mümkündür. Ancak onların anlaşamamasının her durumda çocuğun yararına aykırı olduğu söylenemez. Şu halde sorun, birlikte velayet kurumunun reddedilmesiyle değil, anlaşmazlığın nasıl giderileceğinin ortaya koyulmasıyla çözülebilir.

Ebeveynlerin, çocuğun bakımı ve bakım giderlerinin paylaşımı konusunda anlaşmalarına rağmen, aralarında bir uyuşmazlık çıktığında, onların dışarıdan, çoğu zaman bir uzmandan destek almaları ya da bir arabulucuya başvurarak, ortak bir iradede buluşmaları sağlanabilir. Nitekim arabuluculuk, aile üyelerine kriz dönemlerinde destek olarak anlaşmalarına veya başta çocuk-ebeveyn ilişkileri olmak üzere ilişkilerini sürdürebilmelerine ya da yeniden ilişki kurabilmelerine yardımcı olmaktadır⁹²⁷. Birçok ülke, mahkeme önüne gelmesine rağmen, uyuşmazlıkları arabuluculuk makamlarına aktarmaktadır⁹²⁸. Buna rağmen, gerekli kararın alınmasını sağlamak için uyuşmazlığa hakim müdahalesi de talep edilebilir (TMK m. 195)⁹²⁹. Nitekim evlilik birliğinin devamında yaşanan çatışmalar bakımından da hakime başvurulabilmektedir. Hakim, TMK'nın 195. hükmü gereğince, tarafları uyarır, onları uzlaştırmaya çalışır, ortak rızaları varsa uzman kişilerin yardımını isteyebilir.

Öte yandan, tek başına velayete karar verildiği durumlarda olduğu gibi, yeniden dava açılarak önceki velayet kararının değiştirilmesi mümkündür⁹³⁰. Velayet kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir⁹³¹. O halde, birlikte velayete karar verilen hallerde de çatışmaların çocuk için yıpratıcı ve her anlaşmazlıkta hakime başvurularak çocuk hakkında verilecek kararların geciktirici olduğu kanaatinde olan ana veya baba, değişiklik davası açarak, velayetin tek başına kendisine bırakılmasını

⁹²⁷ Lisa Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, 2017, s. 20, (Sorumlu Editör Av. Arabulucu Yonca Fatma Yücel, <http://www.adb.adalet.gov.tr/ailearabuluculuk.pdf>, E.T. 16.01.2020).

⁹²⁸ Parkinson, s. 21.

⁹²⁹ Baygın, s. 263; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, s. 225; Birinci Uzun, s. 141; Delabays, s. 2; Dönmez/Barın, s. 183; Delabays, s. 178; Karaca, s. 62; Usta, s. 107.

⁹³⁰ Gençcan, *Ortak Velayet*, s. 29; Schwenzer/ Keller, *New Rules*, s. 467; Esra Pınar Yılmaz Bilgin, *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, Ocak 2016, s. 92; Arıdemir, s. 149; Ruhi/Ruhi, *Velayet Hukuku*, s. 30.

⁹³¹ K. Güven, *Son Nokta: Ortak Velayet*, s. 20; Gençcan, *Ortak Velayet*, s. 29.

talep edebilir⁹³². Zira ana ve babanın sürekli çatışması, çocuklarda sadakatsizlik, güvensizlik ve çaresizlik duygularını tetiklerken; diğer taraftan da ana ve babanın birbiriyle olan meşguliyeti de çocuğun ihmali riskine neden olabilmektedir⁹³³. Bu sebeplerle, ZGB'nin 134. maddesinde de çocuğun yararı gerektiriyorsa ana veya babadan birinin birlikte velayetin kaldırılmasını ve velayetin yeniden düzenlenmesini talep edebileceği belirtilir⁹³⁴.

Belirtilmelidir ki, ebeveynlerin çocukla ilgili olmayan günlük çatışmaları, velayetin kaldırılması ya da tek bir tarafa bırakılması için yeterli bir neden değildir. Federal Mahkeme'ye göre, böyle bir çatışma neticesinde velayetin yeniden düzenlenebilmesi için çatışmanın önemli ve kronik bir çatışma olması, çocuğun yüksek yararının öngörülebilir bir şekilde ihlal edilmiş olması gerekir⁹³⁵. Federal Mahkeme'nin 2016 yılına ait bir kararında ise, tek başına kronik tartışmaların dahi yeterli olmadığı; çocuğun ailesi ile olan ilişkileri sağlıklı ve sürdürülebilir, bunun yanında çocuğun refahı da olumsuz yönde etkilenmediyse ana ve babanın velayeti birlikte kullanmaya devam etmeleri gerektiği vurgulanmaktadır⁹³⁶. Federal Mahkeme'nin bu kararları, mahkemelerin sık sık anlaşamayan ebeveynlerle uğraşmak zorunda kalacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁹³⁷.

Birlikte velayette ana ve babanın anlaşamayıp mahkemeye başvurmaları halinde hakim, ana veya babadan birini karar verme bakımından yetkilendirme⁹³⁸ ya da yukarıda belirtildiği üzere, TMK m. 195 gereği, onları ortak bir kararda uzlaştırma

⁹³² Bger 5A_292/2016, T. 21.11.2016; Hurst-Jacob, s. 3.

⁹³³ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 19; Reiser, s. 215, 216; Büchler/Clausen, Art. 298, s. 422; Bozin, s. 618. Ayrıca bkz. Bger 5A_202/2015, T. 26.12.2015, (http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/151126_5A_202-2015.html, E.T. 21.11.2018). Ayrıca bkz. Yücel, s. 73.

⁹³⁴ Schwenzer/Keller, New Rules, s. 466, 467; Delabays, s. 185; Erlüle, s. 260, 261.

⁹³⁵ Bger. 5A_22/2016, E.5.2, T. 02.09.2016; BGer 5A_527 / 2015, T. 06.10.2015; Bger 5A_292/2016, T. 21.11.2016 (<https://www.bger.ch>, E.T. 21.11.2018). Ayrıca bkz. Cantieni/Biderbost, s. 795. Ayrıca bkz. Büchler/Clausen, Art. 298, s. 421; Meier/ Häberli, s. 461.

⁹³⁶ Bger 5A_292/2016, T. 21.11.2016; Bger 5A_202/2015, T. 26.12.2015, (<https://www.bger.ch>, E.T. 21.11.2018).

⁹³⁷ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 35.

⁹³⁸ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 5.

yoluna gidebilir. Ancak tarafların anlaşmaya uymadıkları iddiası da gündeme getirildiği takdirde, hakimin, cezai bir yaptırıma karar verme yetkisi yoktur. Şüphesiz tarafların yükümlülükleri bir sözleşme ile yazılı hale gelmekte ve mahkeme kararıyla da ilam niteliği kazanmaktadır. Bu nedenle, anlaşmadan kaynaklanan yükümlerin icra kabiliyetinin olmadığı söylenemez. Ancak icraya zorlamanın dışında, cezai bir yaptırımın da söz konusu olması, Koçhisarlıoğlu'na göre çocuğun yararına uygun değildir⁹³⁹. Zaten bununla ilgili cezai bir düzenleme de mevcut değildir. Bizce de uyuşmazlığın çıktığı noktalarda hakimin tarafları uzlaştırmaya çalışması ya da tarafların mümkünse icra marifetiyle sözleşmeye uygun davranmaya zorlanması yeterlidir.

İsviçre'de ebeveynlerin, anlaşmaya rağmen uyuşmazlığa düştükleri durumlarda, ZGB'nin 307/1 maddesine dayanarak, KESB'in ya da mahkemenin bir ebeveynin karar verme gücünü kısıtlamak ve onu yalnızca diğer ebeveyne aktarmak gibi yetkileri mevcuttur. Bu yetkinin kullanımı özellikle, velayet sahiplerinin üzerinde anlaşmak zorunda oldukları bir konuda defaatle karar alması gerektiğinde uygundur⁹⁴⁰. Taraflar mahkemeye başvurmaksızın uyuşmazlığın çözümü için doğrudan KESB'e başvuruda bulunabilir⁹⁴¹. Zira İsviçre'de KESB'in kuruluş amaçlarından biri de mahkemeye gidilmeksizin uyuşmazlıkların daha kısa sürede ve daha hızlı bir biçimde çözüme kavuşturulmasıdır⁹⁴². KESB kararını verirken bakım sözleşmesini dikkate almalıdır. Çünkü ebeveynlerin mutabık oldukları bir uzlaşmanın sağlanması ile çocuğun üstün yararına da hizmet edileceği düşünülmektedir⁹⁴³. Buna rağmen, tarafların hakime başvuru hakları saklıdır. Nitekim KESB sadece danışma ve ebeveynlerin yaptığı anlaşmayı onay makamı olarak yetkilidir⁹⁴⁴.

⁹³⁹ Koçhisarlıoğlu, s. 51.

⁹⁴⁰ Büchler/Maranta, s. 25.

⁹⁴¹ Bakım noktasında anlaşamadıkları takdirde, tarafların mahkemeye başvurmaları şarttır (Cantieni/Biderbost, s. 778).

⁹⁴² Büchler/Maranta, s. 4; Büchler/Cantieni/Simoni, s. 223.

⁹⁴³ Büchler/Maranta, s. 13.

⁹⁴⁴ Gloor/Lukas, s. 511.

Esasen ebeveynlerin sürekli bir çatışma ortamından uzak tutulması maksadıyla, İsviçre’de, çocuğu himaye hakkına sahip bulunan ana veya babaya çocuğun günlük yaşamını ilgilendiren konularda kararları tek başına alabilme yetkisi verilmektedir⁹⁴⁵. Böylece çok da önemli olmayan işlerde çocuğun da iradesine uygun kararların bir an evvel alınabilmesi sağlanır⁹⁴⁶. Tek başına velayette önemli önemsiz bütün kararların tek bir ebeveyn tarafından verildiği düşünüldüğünde⁹⁴⁷, birlikte velayette önemli sayılmayan kararların himaye hakkına sahip ana veya baba tarafından verilmesinde herhangi bir sakınca görülmemelidir.

c) Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin ve Birlikte Velayete Hakim Olan Diğer İlkelerin Gözetilmesi

(1) Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin Gözetilmesi

(a) Genel Olarak

Ülkemizde, velayete hakim olan ilkelerin başında, çocuğun üstün yararı ilkesi gelir. Bu ilke, velayet düzenlenirken, velayetin kullanılmasından, çocuğun eğitime, temsiline, velayetin ana veya babadan birine ya da her ikisine de tevdi sorunundan, kişisel ilişkinin düzenlenmesine kadar daha birçok çekişmede öncelikle göz önüne alınması gereken temel bir ilkedir⁹⁴⁸. Buna rağmen TMK’da, evlilik birliğinin sona

⁹⁴⁵ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 29; Ayanna, s. 23; İnce, s. 208; Cantieni/Biderbost, s. 789; Bucher, Autorite Parentale, s. 41; Schwenzer/ Keller, *New Rules*, s. 468; Philippe Meier/Thomas Häberli, “Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Juli bis Oktober 2015)”, *Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz, Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES, Marco Zingaro, Estelle de Luze*, s. 459; Shambicco, s. 1; Staudingers, s. 1117; Erlüle, s. 188 vd.

⁹⁴⁶ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 5.

⁹⁴⁷ Söz konusu bu durumun, diğer tarafın çocuk ile ilgili kararlar konusunda velayete sahip tarafa karşı bir güvensizlik duymasına ve tekrarlanan tartışmalara ya da tacizlere neden olduğu düşünülmektedir (Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 5).

⁹⁴⁸ Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m.1; TMK m. 339/1. 343/1. 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m. 4/b. Ayrıca bkz. Serozan, Çocuk Hukuku, s. 66; Abik, s. 11, 12. “Müşterek çocuk 14.10.2002 doğumludur. Velayetin tevdiinde çocuğun yararının öncelikli gözönünde bulundurulması gerekir.” (Yarg. 2. H.D. T. 28.04.2010, 6837/8472, Gençcan, Velayet Hukuku, s. 159). Bunun yanında, TMK’da velayete ilişkin düzenlemelerde salt çocuğun yararı değil, ana ve babanın çocuk üzerindeki hakimiyetine ya da haklarına da yer verilmektedir. Örneğin, TMK m. 339/ II de çocuğun ana ve babasının sözünü dinleme yükümlülüğünde ya da aynı maddenin son fıkrasında yer alan çocuğun adını koyma hakkında durum böyledir.

erdiği hallerde, ayrılık ya da evlilik dışı birlikteliklerde velayetin yalnızca ana veya babadan birine bırakılacağı düzenlenmektedir (TMK 335 vd.). Bu düzenleme, her durumda çocuğun üstün yararına uygun olmayabilir. Nitekim velayet tevdi edilirken, ana ve babanın menfaatlerinden çok çocuğun uzun vadedeki gelişimi ve yetiştirilmesi dikkate alınmalıdır⁹⁴⁹. Bu hususta çocuğun yararı, ana ve babasının isteklerinden ya da ana babalık duygularından daha önce gelir⁹⁵⁰. Muhakkak, ana ve babanın yararı da önemlidir. Ancak, ana ve babanın yararı; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur⁹⁵¹. Nitekim çocuğun üstün yararının gözetilmesine ilişkin düzenlemeler, ana veya babanın cezalandırılmasını değil, çocuğun korunmasını amaçlar⁹⁵². Önemli olan, çocuğun gelişimi ve geleceğinin tehlikeye düşmesini engellemektir.

İsviçre Medeni Kanunu'nda, velayetin ana veya babadan birine bırakılmasına ilişkin düzenlemelerde çocuğun yararının yeteri kadar gözetilmediği gerekçesiyle, 2014 yılında reforma gidilmiştir⁹⁵³. Bu reformun temel amacı, çocuğun üstün yararının korunmasıdır⁹⁵⁴. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, velayetin düzenlenmesinde temel amacın, çocuğun fiziksel ve psikolojik yararı olduğunu ifade

⁹⁴⁹ Öztan, Aile Hukuku, s. 779; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 48; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 65.

⁹⁵⁰ Yarg. 2. H.D, T. 08.10.2015, E. 2015/16656, K. 2015/17893, “*Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce küçüğün yararı dikkate alınmalıdır. Küçük Furkan 1999 doğumludur. Kendisinde zeka geriliği de bulunmaktadır. Hala ana bakım şevkatine de muhtaçtır. Ananın velayet görevini de kötüye kullandığına dair bir delil bulunmamaktadır. Baba küçüğü Erzincan’da ailesi yanına bırakıp Fatsa’ya gitmiştir. Furkan’a gerekli ilgiyi gösteremeyeceği anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.*” (Yarg. 2 H.D., T. 29.05.2007, 13787/9038, Gençcan, Velayet Hukuku, s. 159); “*Velayet düzenlenirken, analık babalık duygularından önce çocuğun bedeni ve fikri gelişimi dikkate alınmalıdır.*” (Yarg. 2. H.D. 04.05.2010, 7300/889, Gençcan, Velayet Hukuku, s. 159). Ayrıca bkz, Feyzioğlu, s. 430; Gülgösteren, s. 159; Abik, s. 18, 19.

⁹⁵¹ Yarg. HGK, T. 23.11.2011, E. 2011/2-547, K. 2011/695, (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=193&t=34787>, E.T. 21.11.2018); ayrıca bkz, Nikolina, Shared Children, s. 40; Şimşek, s. 73; Taşkın, s. 109.

⁹⁵² Öztan, Aile Hukuku, s. 1137; Büchler/Clausen, Art. 298, s. 434; Akkışla, s. 29.

⁹⁵³ B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 636; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 458; Bucher, Elterliche Sorge, s. 12.

⁹⁵⁴ FF 2011 8025, s. 8040

etmektedir⁹⁵⁵. Bu nedenle, İsviçre’de velayetin birlikte kullanılması kural, tek başına velayet ise istisna olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, çocuğun velayetinin birlikte kullanılmasına karar verilmesinin, her durumda çocuğun yararına uygun olduğu da düşünülmemelidir⁹⁵⁶. Her somut olayın titiz bir şekilde incelenerek, birlikte velayetin çocuğun yararına uygun olup olmadığı araştırılmalıdır⁹⁵⁷. Zira velayete ilişkin düzenlemelerde en önemli ölçüt çocuğun yararının dikkate alınmasıdır⁹⁵⁸. Bu yararın nerede veya hangi çözümde olduğunun tespiti bakımından somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi gerekir.

Eskiden velayetin ana veya babadan birine verilmesinin çocuğun üstün yararına daha uygun bir çözüm olduğu düşünülürken, günümüzde duruma göre birlikte velayetin çocuğun daha fazla yararına olduğu görüşü çoğunlukla kabul edilmektedir⁹⁵⁹. Akıntürk’ün de ifade ettiği üzere, mevcut düzenlemede dikkate alınabilecek yazılı bir kriter bulunmamakla beraber, bilinen tek kriter çocuğun üstün yararı kriteridir⁹⁶⁰. Bu nedenle, çocuğun üstün yararı gerektirdiği takdirde hakim, birlikte velayete ya da tek başına velayete karar verebilir. Hakimin bu konuda geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁹⁶¹. Ülkemizde ilk kez 2009 yılında, çocuğun üstün

⁹⁵⁵ Ayrıca, Federal Mahkeme’nin aynı kararında, velayetin yalnızca ana veya babadan birine verilmesinin de diğer ebeveyn açısından aile hayatına saygı ilkesinin ihlali anlamına geldiği ifade edilmektedir. Bger 5P_103 / 2004, 07.07.2004 (Reiser, s. 211, 212.). Ayrıca bkz. Meier, s. 250.

⁹⁵⁶ İsviçre Federal Mahkemesi’nin ebeveynler arasında iletişim kopukluğunun ve anlaşmazlığın devam ettiğini ve bu anlaşmazlığın çocuğun çıkarlarını zedelediğini tespit ettiği davalarda, velayetin taraflardan birine tevdisine karar verdiği görülmektedir. Bger 5A_923/2014, 27.08.2015 Nr. 4. 4, 4. 6, 4. 7, (Swisslex, E.T. 08.08.2018).

⁹⁵⁷ Hatta, anlaşmalı boşanmada hazırlanan protokolde yer alan hükümler de hakim tarafın-dan denetlenmeli, çocuğun yararı ilkesine aykırı düşüyorsa hakim sözleşmeyi onaylamamalı, bu hükümler değiştirilmedikçe anlaşmalı boşanmaya hükmetmemelidir (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 129).

⁹⁵⁸ Öztan, Aile Hukuku, s. 778; Büchler/Cantieni/Simoni, s. 212; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 24, 25.

⁹⁵⁹ Koçhisarlıoğlu, s. 39.

⁹⁶⁰ Akıntürk/Ateş, s. 311.

⁹⁶¹ Çocuğun menfaatleri gerektiriyorsa, velayeti talep etmeyen tarafa bile velayetin bırakılabileceği ileri sürülmektedir (Öztan, Aile Hukuku, s. 779).

yararı gerekçe gösterilerek, İzmir Aile Mahkemesi tarafından birlikte velayete karar verilmiştir⁹⁶².

Çocuğun üstün yararı, çocuk bakımından bir hak değil, çocuk haklarının uygulanabilmesi bakımından bir yol göstericidir⁹⁶³. Bu itibarla, boşanmalarda her zaman sonuç çocuğun üstün yararına en uygun çözüm olmalıdır⁹⁶⁴. Hakim, birlikte velayet kararının çocuk açısından doğuracağı avantaj ve dezavantajları birlikte değerlendirerek en uygun kararı vermelidir⁹⁶⁵. Örneğin, çocuğun ciddi bir hastalık geçirdiği ve maddi-manevi bakıma muhtaç olduğu bir dönemde birlikte velayete karar vermesi çocuğun yararınadır⁹⁶⁶. Bunun yanında, çocuğun ana ve babası arasında bir çekişme aracı olarak kullanıldığı, ebeveynlerin savaşlarını çocuk üzerinden sürdürdüğü durumlarda birlikte velayetin reddedilmesi söz konusu olabilir. Aynı zamanda, ana ve babanın birlikte velayeti talep etmelerine rağmen çocuğun yetiştirilmesi konusunda farklı bakış açılarına sahip olmaları, çocuğun geleceğine ilişkin farklı planları yürütmeleri ya da ebeveynlerden birinin çocuğu yetiştirme kabiliyetine sahip olmaması gibi durumlarda da birlikte velayetin çocuğun yararına olmadığı söylenebilir⁹⁶⁷. Bu nedenle, ana ve babanın birlikte velayete ilişkin talepleri, çocuğun yararına hizmet ettiği ölçüde önemlidir⁹⁶⁸.

Çocuğun üstün yararı, velayetin birden fazla kardeş için söz konusu olduğu hallerde, her çocuk için ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁹⁶⁹. Eğer yararı gerektirmekteyse kardeşlerden biri/birkaçı için birlikte velayete, diğeri/diğerleri için ise tek başına

⁹⁶² İzmir 4. Aile Mahkemesi T. 27.05.2009, E. 2009/448, K. 2009/470.

⁹⁶³ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 66.

⁹⁶⁴ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 3; Büchler/Clausen, Art. 298, s. 418, 419.

⁹⁶⁵ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 3.

⁹⁶⁶ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 54.

⁹⁶⁷ Erlüle, s. 215.

⁹⁶⁸ Ayanna, s. 22; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 20.

⁹⁶⁹ Gülgösteren, s.165; Usta, s. 142.

velayete karar verilebilir⁹⁷⁰. Hakim, velayetin tevdiine ve çocuğun üstün yararının tespitine ilişkin karar verirken, bilimsel verilerden ve uzmanlardan destek almalıdır⁹⁷¹.

(b) Aile Mahkemelerinde Görevli Uzmanlara Başvurulması

Çocuğun yüksek yararının belirlenmesi, görevli hakimın kişisel bilgisini aşmaktadır. Nitekim üstün yarar kavramı, kökeninde hukuktan ziyade diğer felsefi, psiko-sosyal vb. bilimleri de ilgilendiren bir kavramdır⁹⁷². Diğer taraftan, velayet kararı oldukça hassasiyet gösterilerek üzerinde durulması ve bilimsel olarak da bütün sonuçları analiz edilerek değerlendirilmesi gereken bir karardır. Bu açıdan hakim kararını toplumdaki genel kanaatlara göre değil, uzmanlardan yararlanılarak hazırlanan bilimsel verilere göre oluşturmaktadır. Toplumdaki gelenek ve görenekler ya da alışlagelmiş kanılar ise en düşük düzeyde dikkate alınmalıdır⁹⁷³. Toplumun çoğu tarafından kabul edilen bu tip veriler ancak bilimsel olarak da benimsenmişse göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁷⁴. O halde, çocuğun yararına neyin uygun ya da neyin aykırı olduğu ancak bilimsel ve objektif kriterlere göre ve gerektiğinde bir uzmandan destek alınarak değerlendirilebilir⁹⁷⁵.

Ülkemizde aile mahkemelerinde uzman bulundurma zorunluluğu bulunmaktadır⁹⁷⁶. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5. maddesine göre, aile mahkemeleri bünyesinde birer sosyolog, psikolog ve pedogog bulundurulması gerekir. “*Aile mahkemeleri bünyesinde bulunan uzmanlar*” başlıklı AMKGYUK m. 5 hükmüne göre;

⁹⁷⁰ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 57.

⁹⁷¹ Oğuz Polat/Evin Göldoğan, “Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velâyetin Saptanmasındaki Önemi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 118, Y. 2015, s. 243-254.

⁹⁷² Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 50; Usta, s. 142.

⁹⁷³ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 50, 51.

⁹⁷⁴ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 51.

⁹⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. İcan, s. 120 vd.; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 50; Yücel, s. 97.

⁹⁷⁶ Ülkemizde, aile mahkemelerinde uzmana başvurma zorunluluğunun olup olmadığı tartışılmaktadır. Bununla ilgili olarak bir çok yazar, uzmana başvurmanın, aile mahkemesi hakimın takdirinde olduğunu ileri sürmektedir (K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 49; Solmaz, s. 63; Şimşek, s. 57; Akkışla, s. 50, 51; Gençcan, Velayet Hukuku, s. 113).

“Her aile mahkemesine,

1. Davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve sonucunu bildirmek,

2. Mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek,

3. Mahkemece verilecek diğer görevleri yapmak,

Üzere Adalet Bakanlığınca, tercihan; evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim yapmış olanlar arasından, birer psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı atanır⁹⁷⁷.

Bu görevlilerin bulunmaması, iş durumlarının müsait olmaması veya görevin bunlar tarafından yapılmasında hukukî veya fiilî herhangi bir engel bulunması ya da başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması hallerinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar veya serbest meslek icra edenlerden yararlanılır”.

Dikkat edileceği üzere aile mahkemesinde yer alan uzmanlar hukuk dışında bir bilim dalında uzmandır. Ancak uzman bilirkişilerin, çocuğun üstün yararının tespiti

⁹⁷⁷ Psikolog, psikolojik sorunlarla ilgilenen, bireylerin duygu ve düşüncelerini, davranışlarını, zeka ve yeteneklerini anlamaya çalışarak, onların davranışlarının düzeltilmesine ve geliştirilmesine katkıda bulunan, çözüm yolları sunan görevlilerdir. Bu uzmanlar da başta Sağlık Bakanlığı ve üniversitelere bağlı ruh ve sinir hastanelerinde olmak üzere, kreş ve çocuk bakımevlerinde, ruh sağlığı ünitelerinde, ıslahevlerinde, cezaevlerinde ve daha birçok kurum ve kuruluşta görev yapmaktadırlar (Ali Karagülmez/Sami Sezai Ural, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, B. 2, Ankara 2003, s. 172; ayrıca bkz. Selma Baktır, Aile Mahkemeleri, Ankara 2003, s. 59- 60). Pedagog, özellikle çocuklarla ilgili çalışmalar yapan, çocukların sosyal sorunlarıyla ilgilenen, çocuk gelişimi öğretmenliği görevi de ifa eden görevlilerdir. Bu uzmanlar daha çok, MEB’na bağlı kız meslek, Anadolu kız meslek, ilköğretim okulları ve diğer resmi ya da özel kurumların anaokulu, anasınıfı, kreş, yuva, çocuk kulübü gibi okul öncesi eğitim yerlerinde, çocuklara ilişkin yayınların hazırlığında ve ayrıca kadının çalışma hayatına atılması ve çocuk ilişkileri konularında görev yaparlar (Karagülmez/Ural, s. 171). Sosyal çalışmacı (veya sosyal hizmet uzmanı) insanların sosyal hayatıyla ilgili çalışmalar yapar. Zihinsel hastalıkların ve uyumsuzlukların, kişisel ve sosyal sorunların çözülmesi için tedavi uygulaması sağlar. Rahatsızlığı meydana getiren faktörleri ortaya çıkarmak için kişilerin sosyal durumlarını inceler; sorunları çözmek için çaba harcar; gerekli sosyal servislerle ilişki kurar; kişiye ve aileye uygulanacak ihtiyaç ve bakımı tespit eder. Bu uzmanlar, Çocuk Esirgeme Kurumu ve Sosyal Hizmetler Genel Müdürlüğünde, çocuk bakım evlerinde, ruh sağlığı kurumlarında, cezaevleri ve çocuk ıslah evlerinde ve benzer yerlerde görev yaparlar (Karagülmez/Ural, s. 170; ayrıca bkz. Baktır, s. 60).

için, asgari seviyede hukuk bilmeleri de beklenir. Zira uzmanı olunan alan ile hukuk arasında bağlantı kurularak yapılacak incelemenin, çocuğun daha yararına olacağı söylenebilir⁹⁷⁸.

Uzmanlar gibi, aile mahkemelerine atanan hakimlerin de önemli bazı niteliklere sahip olması aranmaktadır. AMKGYUK m. 3'e göre; *“Aile mahkemelerine, atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış, adli yargıda görevli, tercihan evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olan hâkimler arasından Hâkimler ve Savcılar (Yüksek) Kurulunca atama yapılır”*⁹⁷⁹.

Şu halde, aile mahkemesi hakiminin de belli bir olgunluğa erişmiş, eşler ve çocuklar bakımından empati kurabilecek nitelikte olması gerekir. Yine de bu nitelikler, hakim tek başına karar vermesi için yeterli değildir⁹⁸⁰.

Ülkemizde çocuğun üstün yararı tespit edilirken bilirkişiye çok fazla başvurulmadığı görülmektedir⁹⁸¹. Bunun sebebi olarak, işinin uzmanı bir bilirkişi

⁹⁷⁸ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 52.

⁹⁷⁹ Bu maddede yer alan *“evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve tercihan”* ibaresi, 14/4/2004 tarihli ve 5133 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle *“tercihan evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve”* şeklinde değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

⁹⁸⁰ Köseoğlu ve Kocaağa, velayet davalarında özellikle aşağıdaki konularda hakim tek başına başvurması gerektiğini belirtmektedir. *“1. İntikam hissi ile gelen ebeveynleri sakinleştirme, makul düşünmeye teşvik etme ve çocuğun velayetinin hangi tarafa tevdi edilmesinde yararı olduğunun tespiti, (bu noktada bir ekleme yaparsak, çocuğun yararına uygun olarak velayetin –birlikte ya da tek başına velayet anlamında- ne şekilde tevdi edileceğinin tespiti), 2. Tarafların dava aşamasında içerisinde bulundukları ruhsal durumların tespiti, 3. Tarafların sorumluluk üstlenme seviyelerinin tespiti bakımından evlilik öncesi dönemlerine ait bulguların tespiti, 4. Tarafların yaşadıkları ev, sosyal çevre ve geldikleri ailelerin sosyal seviyelerinin ve aidiyetlerinin tespiti, 5. Her eşin iş ve mesleğini, buna düşkünlüğünü, işinde başarı ve kabiliyetinin tespiti, 6. Halen mevcut ise tarafların müşterek konutu ziyaret edilerek, tarafların mali durumlarının ve çocuğa itina gösterip göstermediklerinin tespiti, 7. Çocukların psikolojisinin, ana baba ile olan bağlarının, çocuğun kötü alışkanlıkları olup olmadığının, okuldaki ve emsal aktivitelerinin tespiti, (ayrıca, ana ve babanın kötü alışkanlıkları ya da ahlaki yaşantılarının da tespiti gerekir.), 8. Nafakanın ödenmesi bakımından tarafların mali durumları ve harcama alışkanlıklarının tespiti, 9. Müşterek çocukların herhangi bir gelir ya da mallarının bulunup bulunmadığının tespiti...”* (Köseoğlu/Kocaağa, s. 436, 437, 438.)

⁹⁸¹ *“Doktrinde uzman görüşünden yararlanmanın çocuğun üstün yararı ilkesinin kökleş-mesine katkıda bulunduğu ve uzman görüşünün mahkemeye rehberlik edeceği varsayımının, ilkenin açık ve dirençli sorunlarını gizlediği görüşü de savunulmaktadır. Eleştiriler, eğitilmiş uzmanların azlığı, hakimlerin teknik raporları değerlendirebilme yetkinliği konusunda yeterli eğitime sahip olup olmadıkları ve çocuklar ve ebeveynler ile ilgili yetkin*

bulmanın zorluğu ya da bilirkişilerin raporlarını hazırlamada gecikmeleri gibi hususlar gösterilmektedir⁹⁸². Hakimin bu nedenlerle karar vermekte geciktiği düşünüldüğünde, bu defa da çocuğun güvenliği ilkesi zedelenmektedir. Örneğin bu nedenle okul çağındaki bir çocuğun eğitiminin aksamış olması, geleceği bakımından daha büyük zararlara neden olabilir⁹⁸³. Buna bağlı olarak mahkemeler, uzman kişilere başvurmadan karar vermektedir.

(2) Birlikte Velayete Hakim Olan Diğer İlkelerin Gözetilmesi

Birlikte velayete hakim olan ilkelerin başında çocuğun üstün yararı gelir. Ancak, çocuğun görüşünün alınması ve çocuğun güvenliği ilkeleri de çocuğun yararı ilkesi kadar önemlidir. Bu nedenle hakim, birlikte velayete karar verirken çocuğun görüşlerini dikkate almalı ve onun güvenliği için hangi kararın daha iyi olacağı kanatindeyse, ona uygun karar vermelidir.

Çocuğun görüşlerinin alınması, aynı zamanda çocuğun üstün yararı ilkesinin de bir gereğidir. Hakim, birlikte velayete karar vermeden önce, çocuğu dinlemeli ve olgunluğu ölçüsünde görüşlerini dikkate almalıdır. Çocuğun yaşının büyüklüğü ve fikirlerindeki olgunluk, çocuğun kararlarına değer verilmesi bakımından önemlidir⁹⁸⁴. Çocuğun muhakeme gücü geliştikçe, hakimin onun üstün yararını gözetmesi gereği azalacaktır⁹⁸⁵. Çünkü çocuk, kendisi için neyin daha iyi olduğuna karar verebilecektir. Yaşı ve idrak kabiliyeti düşük bir çocuğun her ne kadar görüşleri alınsa, fikri sorulsa da hakim her zaman çocuğun arzusu yönünde bir karara varmayabilir. Ancak, yaşı büyük ve olgun bir çocuğun isteklerinin karara esas alınması gerekir⁹⁸⁶. Çocuğun

değerlendirmelerde bulunulmasına dayanak sağlayacak sağlam psikolojik ve psikiyatrik çalışma sonuçlarının bulunup bulunmadığı noktalarında yoğunlaşmaktadır” (ayrıntılı bilgi için bkz. İcan, s. 120, 121).

⁹⁸² Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 51.

⁹⁸³ Akyüz, Çocuk Hukuku, s.51.

⁹⁸⁴ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 4; Baygın, s. 273; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 354; S. Çelikel, Boşanma, s. 86, 87, K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 46, 47; Köse, s. 143; Delabays, s. 180; Solmaz, s. 47; Şimşek, s. 14; Özmen, s. 36; Usta, s. 158.

⁹⁸⁵ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 53.

⁹⁸⁶ Yarg. 2. H.D. T. 08.10.2015, E. 2015/16656, K. 2015/17893, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-2015-16656.htm>, E.T. 21.11.2018).

gerçek yararı, istek ve arzularına göre verilecek cevapla doğru orantılıdır. Diğer koşulların da varlığı halinde, ana ve babası arasında seçim yapamayan, her ikisinin de eşit oranda bakımına ihtiyacı olduğunu ortaya koyan bir çocuğun, buna rağmen velayetinin tek bir tarafa tevdi edilmesi, çocuğun yararına uygun değildir. Çocuğun görüşlerini serbestçe ifade etmesi ve karşılığında o ifadesine değer verildiğini görmesi, onun gelişimi ve geleceği bakımından büyük bir öneme sahiptir⁹⁸⁷.

Velayetin tevdiinde gözetilmesi gereken bir diğer ilke ise, çocuğun güvenliği ilkesidir. Zira velayette çocukların kişiliklerinin ve mallarının korunması ile temsili konularına yönelik hakların kullanılması güvenlik ilkesine göre gerçekleşir⁹⁸⁸. Çocuğun güvenliğini sağlamak, ana ve babanın görevidir. Bu görev, çocuğun bedeni, fikri, sosyal ve ahlaki güvenliğinin sağlanması ile olur⁹⁸⁹. Bu nedenle, velayet düzenlenirken hakim çocuğun güvenliğini göz önünde bulundurmalı; ona göre tek başına velayete ya da birlikte velayete karar vermelidir. Bu noktada ana ve babanın yaptıkları anlaşma, çocuğun güvenliği açısından en iyi garantördür.

Hakimin birlikte velayete karar vermesinden sonra durum değişir ve çocuğun güvenliğinin tehlikeye girdiği anlaşılırsa hakim, velayet kararının değiştirilmesine ve hatta TMK'nın 347. maddesine göre, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişimi tehlikede bulunur veya çocuk manen terkedilmiş halde kalırsa, çocuğun ana ve babadan alınarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine karar verebilir.

⁹⁸⁷ Erdem, s. 173.

⁹⁸⁸ Gençcan, Velayet Hukuku, s. 101; Şimşek, s. 70.

⁹⁸⁹ “Müşterek çocuklar, 1991 ve 1996 doğumludur. Velayet hakkının düzenlenmesinde aslolan küçüklerin sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarıdır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. madde hükümleri nazara alınarak davacı annenin mesleği ve davranışları da değerlendirildiğinde küçükler Hakan ve İpek'in velayetlerinin davalı babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”; Yarg. 2. H.D., T. 16.06.2005, E. 2005/8216, K. 2005/9351, (Gençcan, Velayet Hukuku, s. 104). Ayrıca bkz. Solak, s. 11.

d) Mahkeme Kararında Velayetin Kapsamı Hakkında Düzenlemelere Yer Verilmesi

(1) Çocuğun Kişiliği ve Malvarlığı Üzerindeki Hak ve Ödevlerin Düzenlenmesi

Velayet, kapsamında bir takım hak ve yükümleri içermektedir. Bu hak ve yükümlülükler, TMK ve bunun dışında ana ve babanın ortak iradesiyle şekillenir. Velayetin ana veya babadan birine verildiği hallerde, velayete tabi hak ve yükümlülükler, yalnızca çocuğun velayeti kendisine bırakılan ana veya babaya ait olur. Birlikte velayette ise, tüm hak ve yetkiler ana ve baba tarafından birlikte kullanılmaktadır. Başka bir ifadeyle, ana ve baba evlilik birliği sona erse de çocuğun adını koyma, dini ve mesleki eğitimi belirleme, onu temsil etme ya da çocuğun mallarını yönetme gibi hak ve yükümlükler üzerinde müşterek şekilde söz hakkına sahiptir⁹⁹⁰. Ancak, ebeveynlerin günlük hayatta çocuk ile ilgili her konuda kararları birlikte vermeleri mümkün değildir⁹⁹¹. Bu nedenle, İsviçre’de ZGB Art. 301/1 gereğince, çocuk himayesinde bulunan ana veya babaya "günlük" veya "acil" olan konularda ya da “diğer ebeveyne ulaşma imkanı olmadığı hallerde” tek başına karar verebilme yetkisi tanınmaktadır⁹⁹². Kanun koyucu bu konuların neler olduğunu kasıtlı olarak saymamıştır⁹⁹³. Ancak mahkeme tarafından bu hallerin objektif kriterlere bağlanması gerektiği vurgulanmaktadır⁹⁹⁴. Örneğin, yüksek dağlara tırmanmak gibi sporlar riskli spor grubuna girmektedir. Bu konuda ana ve babanın ortak iradesi esas

⁹⁹⁰ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 57; Gülgösteren, s. 168; Serdar, s. 162; FF 2011 8025, s. 8053.

⁹⁹¹ Federal Adalet Ofisine göre, çocuğun yaşayacağı ebeveyn “*Faktischen Obhut*” denilen fiziki velayete sahip olur. Bu velayet, aynı hanede çocukla beraber fiziksel, zihinsel ve manevi olarak birlikte yaşamak anlamına gelir ve giyim, gıda, bakım ve eğitim gibi konularda fiziki velayete sahip ebeveyn birincil sorumludur. Fiziki velayete sahip olmayan ebeveyn ise, kişisel ilişki kapsamında kullanabileceği velayete ilişkin bir takım hak ve yetkilerden sorumludur (EPJD, Elterliche Sorge, s. 6). Ayrıca bkz. Cantieni/ Biderbost, s. 778; Ebels-Duggan, s. 265; Erlüle, s. 192, 193.

⁹⁹² Büchler/Maranta, s. 5, 6; Ayanna, s. 23; İnce, s. 208; Cantieni/Biderbost, s. 789; Bucher, Autorite Parentale, s. 41; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 468; Meier/ Häberli, s. 459; Shambicco, s. 1; Bucher, Elterliche Sorge, s.41; Usta, s. 109; Staudingers, s. 1117. Günlük ve önemli iş ayrımı İtalya, Fransa, Belçika gibi ülkelerde de geçerlidir (İnce, s. 208).

⁹⁹³ Büchler/Maranta, s. 5, 6; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 468.

⁹⁹⁴ FF 2011 8025, s. 8053.

alınır. Ancak baba bir dağcı, bu hususa bir uzman ya da bir rehber ise, onun için bu karar günlük işlerden sayılabilir⁹⁹⁵. Bu durumda ananın da karara katılması gerekli değildir.

Günlük olarak görülebilecek bir kararın diğer ebeveynin haklarına zarar vermeksizin alınması gerekir. Örneğin, çocuğun müzik kursuna kaydettirilmesi günlük sayılabilecek bir kararken, kurs günleri çocuğun diğer ebeveyni ile vakit geçireceği zamanlarda ise o ebeveynin de karara katılması ve ebeveynlerin kurs günlerini birlikte kararlaştırmaları gerekir⁹⁹⁶. Ancak diğer ebeveyne ulaşamıyor, diğer ebeveyn telefon ya da iletişim adresi bırakmaksızın sürekli seyahat ediyorsa, bu halde kararın birlikte verilmesi zorunluluğundan bahsedilemez⁹⁹⁷. Aynı şekilde ilgisiz, sürekli çatışma içinde olan, bireyleri aile içi şiddete maruz bırakan ebeveynin de sürekli bilgilendirilmesi, bilgi alma hakkını kullanmak istemesi kabul edilemez⁹⁹⁸.

Bir konunun önemli sayılıp sayılmayacağı hususu her somut olayda ayrı ayrı tespit edilmelidir⁹⁹⁹. Alman BGB'si § 1687/3 hükmünde, günlük yaşama ilişkin kararların genellikle sıkça ortaya çıkan ve çocukların yaşamları üzerinde ağır şekilde etkisi olmayacak kararlar olduğu belirtilmektedir. Böylece isim değişikliği, çocuğun yurt dışında uzun süreli ikamet etmesi ve belirli tıbbi müdahalelerin yapılması gibi konular önemli kabul edilebilir¹⁰⁰⁰. Böyle durumlarda her iki ebeveynin de onayı gerekir¹⁰⁰¹. Bu nedenle, ebeveynlerin iletişim kurma ve işbirliği yapma konusunda belirli bir yetkinlik ve uzlaşmak için asgari düzeyde istekli olmaları şarttır¹⁰⁰².

⁹⁹⁵ Cantieni/Biderbost, s. 790.

⁹⁹⁶ Bucher, Autorite Parentale, s. 43; Büchler/Maranta, s. 24.

⁹⁹⁷ Schwenzer/Keller, New Rules, s. 468.

⁹⁹⁸ Gassner/Majid, s. 271; Erlüle, s. 195.

⁹⁹⁹ Cantieni/Biderbost, s. 790; Erlüle, s. 195.

¹⁰⁰⁰ Büchler/Cantieni/Simoni, s. 214; Cantieni/Biderbost, s. 789; Erlüle, s. 189; Staudingers, s. 1117.

¹⁰⁰¹ Büchler/Cantieni/Simoni, s. 214; Cantieni/Biderbost, s. 789; Erlüle, s. 189; Staudingers, s. 1117.

¹⁰⁰² Cantieni/Biderbost, s. 789; Büchler/Clausen, Art. 298, s. 412; Iseli, s. 577; Bucher, Elterliche Sorge, s. 21.

İsviçre’de, bir ebeveynin tek başına aldığı kararlarda diğer ebeveyn alınan kararların KESB tarafından çocuğun menfaatine uygun olup olmadığı hususunda bir inceleme yapılmasını talep edebilir. Örneğin, okul ve kariyer seçimleri, yurt içi ikamet değişiklikleri, tehlikeli sporları yapma, dini topluluklara katılma¹⁰⁰³ gibi. Aynı şekilde ortak bir karara varamadıkları hallerde de taraflar, KESB’e (ya da mahkemeye) başvuruda bulunabilir (ZGB Art. 307)¹⁰⁰⁴. KESB, anlaşmazlığı ortak bir karara bağlayabilmek bakımından ebeveynlerin bir arabulucu huzurunda uzlaşmasını sağlayabilir ya da karar verme yetkisini tek bir ebeveyne tahsis edebilir¹⁰⁰⁵.

KESB’in veya hakimin müdahalesinden ziyade, ana ve babanın iradesi ön planda tutulduğundan, ana ve babaya tek başına karar verebilecekleri günlük ve birlikte karar verecekleri günlük olmayan/önemli sorunlar üzerinde, önceden bir anlaşmaya varmaları tavsiye edilmektedir¹⁰⁰⁶. Ancak bu tür anlaşmaların hukuki anlamı kanun tarafından belirlenmemiştir. Bu anlaşma, ebeveynlerin tek başına karar verme yetkisini kısıtlayan bir anlaşma olabileceği gibi, ebeveynler tarafından sadece belirli sorunların müştereken onaylanması gerektiğinin kararlaştırılması şeklinde de olabilir¹⁰⁰⁷. Belirtilmelidir ki, günlük ve önemli karar ayrımının düzenlenmesindeki temel neden, ebeveynlerin günlük meselelerde sık sık bir araya gelerek yaşanabilecek olası çatışmaların önlenmesi düşüncesidir¹⁰⁰⁸. Buna rağmen taraflar arasındaki anlaşmazlık devam ederse, KESB tarafından, çocuk da dinlenildikten sonra, konu hakkında bizzat karar verilebilir (ZGB Art. 307) ya da çocuğa bir kayyım atanabilir (ZGB Art. 308/1). Son çare ise, velayetin ebeveynlerden birine tek başına bırakılmasına karar verilmesidir¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰³ FF 2011 8025, s. 8053; Büchler/Cantieni/Simoni, s. 207; Ebels-Duggan, s. 268.

¹⁰⁰⁴ Cantieni/Biderbost, s. 789; Erlüle, s. 196.

¹⁰⁰⁵ Cantieni/Biderbost, s. 791; Iseli, s. 578; Erlüle, s. 196.

¹⁰⁰⁶ İnce, s. 208.

¹⁰⁰⁷ Büchler/Maranta, s. 25.

¹⁰⁰⁸ Erlüle, s. 191.

¹⁰⁰⁹ Erlüle, s. 196, 197.

Yukarıda yapılan açıklamalar neticesinde, ülkemizde de ebeveynler anlaşırken ya da hakim velayet davasında karar verirken (TMK’da herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen), günlük ve günlük olmayan/önemli sayılabilecek kararların ayrımı yapılarak, velayet kapsamındaki hak ve yükümlerin belirlenmesi çocuğun yararına uygun bir yöntem olacaktır.

(2) Çocuğun Yerleşim Yerinin Düzenlenmesi

Birlikte velayet, himaye hakkının da birlikte kullanılması anlamına gelmez¹⁰¹⁰. Bu nedenle velayetin birlikte kullanılmasına karar verirken, çocuğun yerleşim yeri hakkında da karar verilmesi gerekir. Herşeyden önce, çocuğun yerleşim yerine ana ve baba birlikte karar vermelidir¹⁰¹¹. Ana ve baba bu konuda anlaşamaz ya da verilen karar çocuğun yararına aykırı olursa, çocuğun yerleşim yeri mahkeme tarafından belirlenmelidir¹⁰¹². Örneğin, çocuğun anasının bakım ve şefkatine muhtaç olduğu dönemde, onun üstün yararı gereği himaye hakkının da anaya verilmesi uygundur¹⁰¹³.

Mahkeme çocuğun yerleşim yerini belirlerken, onun günlük yaşamını etkilemeyecek şekilde, kardeşleriyle olan ilişkileri, yaşı, yeni çevreye uyumu ve ebeveynlerin çocuğu yetiştirme yetenekleri gibi kriterleri göz önünde bulundurmalıdır¹⁰¹⁴. Ayrıca hakim çocuğu dinlemeli ve onun görüşünü dikkate

¹⁰¹⁰ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 4.

¹⁰¹¹ FF 2011 8025, s. 8054; Erlüle, s. 189, 190.

¹⁰¹² Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 4.

¹⁰¹³ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 4; Feyzioğlu, s. 430; Yücel, s. 84. Ayrıca bkz. Yarg. 2. H.D. T. 14.1.1992, E. 1991/43779, K. 1992/130, “ ...Ana yanında kalmasının çocukların bedeni fikri ve ahlaki gelişmesine engel olacağı yolunda ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı, halen mevcut veya ileride meydana gelecek tehlikelerin varlığı da iddia ve ispat olunmadığı halde özellikle ana bakım ve şefkatine muhtaç 1989 doğumlu küçüğün velayetinin babaya verilmesi Usul ve Kanun ‘a aykırıdır...” (İcan, s. 90’dan naklen).

¹⁰¹⁴ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 4; Akıntürk/Ateş, s. 311; İnce, s. 218; Delabays, s. 182; Usta, s. 112; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 37; Kurt, s. 177; Yücel, s. 88. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, hakimın yerleşim yeri hakkında karar verirken kardeşlerin ayrılmamasına özellikle dikkat etmesi gerektiğine ve ancak aralarında yaklaşık en az beş yaş olduğu takdirde kardeşlerin ayrılmasına karar verilebileceğine hükmetmiştir (Bger 5A-858/2008, T. 15.04.2009, <https://www.bger.ch>, E.T. 11.12.2018). Solmaz, s. 50; Taşkın, s. 110, 111; Erdem, s. 176. Ayrıca Yarg. 2. HD, E. 2003/5117, K. 2003/7292, 15.05.2003 tarihli bir kararı “kardeşlerin birbirinden ayrılması da onların bedeni ve fikri gelişimlerine olumsuz etki yapacağından 1991 doğumlu Z. ile 1992 doğumlu N. ‘inde velayetinin de anneye verilmesi gerekir” şeklindedir (İcan, s. 114’ten naklen). Özdamar

almalıdır¹⁰¹⁵. Nitekim çocuğun isteklerine ve daha iyi anlaşılabildiğini düşündüğü ana ya da babasından birinin yanında kalma arzusuna uygun bir karar verilmesi, çocuğun üstün yararına da hizmet edecektir.

Öte yandan, çocuk ana ve babadan birine bırakılmasına rağmen, her iki ebeveynin de rızası varsa, çocuğun sonradan diğer ebeveynle birlikte yaşayabilmesi de mümkündür¹⁰¹⁶. Bu durumun hassasiyetle irdelenmesi ve ona göre bir karar verilmesi gerekir.

Birlikte velayette yerleşim yeri belirlenirken, ana ve babanın farklı illerde ya da ülkelerde yaşaması ihtimali de değerlendirilmelidir. Zira bu durumda velayetin birlikte kullanılması zorlaşabilir. Ebeveynlerin farklı yerlerde yaşamaları, velayetin birlikte kullanımını zorlaştıracak ya da çocuğun yararına aykırı olacaksa hakim bu durumu göz önüne alarak karar vermesi gerekir¹⁰¹⁷. Ana ve babadan birinin, sonradan yerleşim yerini değiştirmesi halinde ise, ebeveynlerden biri velayet davası açarak, velayetin yeniden düzenlenmesini talep edebilir. Ancak bu durum, velayetin tek başına kullanılması bakımından yeni bir karar verilmesi için yeterli bir neden değildir¹⁰¹⁸. Nasıl ki, evlilik birliği içinde ana ve baba başka yerlerde bulunduğu takdirde (TMK m. 348/1) ancak ebeveynlerden birinin velayet görevini gereği gibi yerine getirmemesi halinde velayetin kaldırılması mümkünse; boşanmadan sonra birlikte velayete karar verilen durumlarda da aynı koşulların varlığı aranmalıdır¹⁰¹⁹. Dolayısıyla, ana veya

ise, hakim gerek görürse kardeşleri ana ile baba arasında paylaştırabileceğini savunmaktadır (Özdamar, s. 431).

¹⁰¹⁵ Akıntürk/Ateş, s. 311; Öztan, Aile Hukuku, s. 778 ve 786; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 142; S. Çelikel, Boşanma, s. 83.

¹⁰¹⁶ Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 6. İnce, çocuğun ebeveynlerden birinin yanında ikamet etmesini “*Tek Konut Modeli*” olarak isimlendirmektedir. Bu modelde çocuk hayatını ana ya da babadan biri ile geçirmekte ve günlük işlerine yanında kaldığı ebeveyn tarafından tek başına karar verilebilmektedir (İnce, s. 210).

¹⁰¹⁷ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 50.

¹⁰¹⁸ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 50. Bu noktada hakim tutumu yer değişimini yasaklama değil, yeni koşullara velayeti uyarlamaya yöneliktir. Bununla beraber, çocuğun ağır hastalığı neticesinde uygulanması gereken tedavi yöntemlerinin yeni ikametinde uygulanamama riski gündemdeyse, ikamet değişikliğinin yasaklanması yerindedir (Cantieni/Biderbost, s. 793). Ayrıca bkz. Delabays, s. 182.

¹⁰¹⁹ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 51.

babanın başka bir şehre taşınmasının kendisi için atama, tedavi vb. gibi haklı bir nedene dayanması ya da o yerde geçici bir şekilde bulunması gibi hallerde, velayetin kaldırılması için gereken koşulların varlığından bahsedilemez¹⁰²⁰. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, sadece çocuğun ikameti hakkında yaşanan bir çatışmanın, velayetin tek başına kullanılmasını talep için yeterli bir neden olmadığını belirtmiştir¹⁰²¹. Yine de yerleşim yerinde yapılacak bir değişiklikten, prensip olarak, diğer ebeveynin haberdar edilmesi gerekir¹⁰²² (ZGB Art. 301a/2)¹⁰²³. Ebeveynlerin önceden bir anlaşma yaparak, tek bir ebeveyn tarafından çocuğun yerleşim yerinin değiştirilmesine karar verilebileceğini düzenlemesi de mümkündür¹⁰²⁴.

Çocuğu himaye hakkına sahip olmayan ana veya babanın, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı vardır¹⁰²⁵. Birlikte velayette ise, İsviçre Medeni Kanunu'na göre karar verilmesi gereken husus; himaye hakkı olmayan ebeveynin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı değil, ebeveynlerin çocuğa bakım oranlarının belirlenmesidir¹⁰²⁶. “*Bakım oranı*” ile ebeveynler ve çocuk müşterek konutta yaşıyorsa birlikte geçirilen zaman;

¹⁰²⁰ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 51; European justice, https://e-justice.europa.eu/content_lawful_removal_of_the_child-289-EW-en.do?clang=en, E.T. 25.09.2018.

¹⁰²¹ Bger 5A-202/2015, T. 26.11.2015 (<https://www.bger.ch>, E.T. 11.12.2018).

¹⁰²² EJPD, Elterliche Sorge, s. 3; Bucher, Elterliche Sorge, s. 59; Cantieni/Biderbost, s. 792; Bucher, Autorite Parentale, s. 46, 47; Erlüle, s. 199; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 468; Delabays, s. 181; Erlüle, s. 199. Çocuğun diğer ebeveynin rızası olmadan yurt dışına çıkarılması halinde, 1980 Lahey Sözleşmesi anlamında bir çocuk kaçırmanın varlığından bahsedilebilir (m. 3/1b, m. 13/1a). Bu durumda çocuğun taraf ülkelerden birine kaçırılması söz konusu ise, sözleşme gereği çocuğun iade prosedürü yürürlüğe girecektir (Bucher, Autorite Parentale, s. 48; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 469; Bucher, Elterliche Sorge, s. 63).

¹⁰²³ Fransız hukukunda, çocuğun yerleşim yerinin değiştirilmesi gerektiğinde diğer ebeveynin muhakkak haberdar edilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Çünkü yerleşim yerinin değiştiği her durumda velayetin kullanılmasında da değişiklikler yapılması gerekmektedir. Ayrıca hakim değişiklik için gereken masrafları da ana ve baba arasında paylaştırır (K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 27).

¹⁰²⁴ İnce, s. 209; Cantieni/Biderbost, s. 792; EJPD, Elterliche Sorge, s. 4; Bucher, Autorite Parentale, s. 32; Gassner/Majid, s. 270; Meier/Häberli, s. 460. İsviçre’de tarafların anlaşamadığı durumlarda, mahkeme veya KESB, çocuğun ikamet yerini değiştirmek konusunda karar vermektedir (FF 2011 8025, s. 8054; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 469; Bucher, Elterliche Sorge, s. 66, 67). Bu durumda çocuğun ilk ikamet adresinde ki KESB veya mahkeme yetkilidir (Büchler/Maranta, s. 30, 31).

¹⁰²⁵ Schwenzer/Keller, Family Law, s. 329; Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 4.

¹⁰²⁶ Büchler/Maranta, s. 8.

ayrı yaşıyorlarsa çocuğun bir ebeveynin yanında geçirdiği zaman kastedilmektedir¹⁰²⁷. Bunun aksine, kişisel ilişki kurma hakkı ile sadece çocuğun beraber yaşamadığı ebeveyniyle geçirdiği süre anlaşılır¹⁰²⁸. Birlikte velayete karar verildiği takdirde, bizce çocuğun yanında kalmadığı ebeveyni ile geçireceği süre, ülkemizde kişisel ilişki kurma hakkı kavramı ile anılabilir. Bu durumda hakim, TMK m. 182/1 ve 2 kapsamında çocuk ile diğer ebeveyn arasındaki kişisel ilişkiyi düzenler.

Hemen belirtelim ki, çocuk kendisine bırakılmayan ana veya babanın, himaye hakkını, diğer ebeveynle birlikte kullanmayı talep edip edemeyeceği hususu da değerlendirilmelidir¹⁰²⁹. İsviçre’de, çocuğun yararı esas alınmak koşuluyla, ebeveynlerden birinin yanında veya istemi halinde, her iki ebeveyninin de yanında (dönüşümlü olarak) yerleşmesine karar verilebileceği açıkça belirtilmektedir¹⁰³⁰ (ZGB Art. 317). Ayrıca, ana ve baba, velayeti birlikte kullandıkları hallerde çocuğun nerede yaşayacağı konusunda ortak bir karar da verebilir (ZGB Art. 301a/1). Özellikle, çocuğun üçüncü şahıslarla (koruyucu ana babalar gibi), her iki ebeveynle (örneğin her biriyle dönüşümlü olarak) ya da yalnızca bir tanesiyle yaşayıp yaşamayacağına karar verebilirler¹⁰³¹. Anlaşamadıkları takdirde ise, hakim tarafından karar verilmektedir¹⁰³².

Karşılaştırmalı hukukta İsviçre’den başka İtalya, Fransa, Avustralya, Kanada gibi birçok ülkede de “*shared residence*” ya da “*alternative custody*” gibi terimlerle anılan ve fiziki velayetin (himaye hakkının) kademeli veya parçalı olarak tevdiini mümkün kılan düzenlemelerin mevcut olduğu görülmektedir. Bu kapsamda ebeveynler, çocuğu okula başlayana kadar biriyle, başladıktan sonra diğeriyle ya da

¹⁰²⁷ Böhler/Maranta, s. 8; Bucher, s. 34, 35.

¹⁰²⁸ Böhler/Maranta, s. 8; Bucher, s. 34, 35.

¹⁰²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 81.

¹⁰³⁰ İnce Makalesinde, bu ikamet seçeneği için “*Değişken Model*” kavramını kullanmak-tadır. Bu modelde çocuk hayatının bir kısmını anasıyla, bir kısmını ise babasıyla geçirme fırsatı bulur. İnce, s. 211; EJPd, Elterliche Sorge, s. 3.

¹⁰³¹ (EJPd), Bundesamt für Justiz BJ Direktionsbereich Privatrecht, Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, s. 3.

¹⁰³² EJPd, Elterliche Sorge, s. 3; Bucher, Autorite Parentale, s.46, 47.

yazın birinde, kışın ise diğerinde kalması gibi, farklı zaman dilimleri bakımından bir anlaşmaya varabilirler¹⁰³³.

Türk hukuku bakımından kademeli (dönüşümlü) tevdi mümkün değildir¹⁰³⁴. Zira TMK m. 19/2'ye göre “bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz” ve bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin edinilmesine bağlıdır (TMK m. 20/1). Diğer taraftan çocuğun sürekli yer değiştirmesi, onun yeni koşullara alışana kadar geçireceği süre, günlük yaşamında oluşacak değişkenlikler, kendini bir yere ait hissetmemesine veya toplumsal ilişkilerinin bozulmasına neden olabilir.

Birlikte velayette, çocuğun sırayla ana veya babasının yanında kalmasını öngören modelden başka, bazı ülkelerde çocuğun sabit bir evde kalmasını ve ebeveynlerin dönüşümlü olarak o eve yerleşmesini sağlayan bir model de kabul edilmektedir. Bu model, doktrinde “yuva” modeli olarak isimlendirilir¹⁰³⁵. Ancak, yuva modelinin uygulanabilmesi için ananın, çocuğun ve babanın olmak üzere toplam üç konuta ihtiyaç vardır¹⁰³⁶. Fazla masraflı olduğu gerekçesiyle bu modelin uygulamasına pek rastlanılmamaktadır¹⁰³⁷.

Birlikte velayette en sık uygulanan yerleşim yeri modeli ise “merkez modeli”dir. Burada çocuk fiilen ebeveynlerinden birinin yanında bırakılır. Böylece çocuk sürekli olarak tek bir ebeveynin yanında yaşar¹⁰³⁸. Diğer ebeveynin ise çocukla görüşme ve onu ziyaret hakkı vardır. İsviçre’de yapılan araştırmalarda ebeveynlerin en çok merkez modeli üzerinde anlaşmaya vardıkları görülmektedir¹⁰³⁹. Kanaatimizce merkez modeli, ülkemiz bakımından da uygun bir modeldir.

¹⁰³³ Bratt, s. 283; Morgenbesser/Nehls, s. 100.

¹⁰³⁴ Gençcan, Velayet Hukuku, s. 99.

¹⁰³⁵ İnce, s. 212; Erlüle, s. 185.

¹⁰³⁶ İnce, s. 212.

¹⁰³⁷ Erlüle, s. 185.

¹⁰³⁸ Erlüle, s. 185.

¹⁰³⁹ Erlüle, s. 213.

D. Değerlendirme

Çalışmamızın ikinci paragrafı altında, ülkemizde birlikte velayetin uygulanabilirliği sorunu üzerinde durulmuştur. Mevcut hükümler değerlendirildiğinde, hukukumuzda birlikte velayetin mümkün olduğu ortaya koyulmuştur. Yapılan açıklamalar neticesinde vardığımız sonuca göre hakim, TMK m. 336 ve 337 hükümlerini amaca uygun sınırlandırarak, (çocuğun yararına uygun olmak koşuluyla) birlikte velayete karar verebilir. Ayrıca, evlilik birliğinin sona erdiği hallerde, AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün “*eşler arasında eşitlik*” başlıklı 5. maddesi gerekçe gösterilerek, söz konusu hükmün, birlikte velayet taleplerine uygulanması da mümkündür. Mahkemeler birlikte velayet talebini ancak çocuğun üstün yararına uygun olmadığı takdirde reddedebilir.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, ÇHS'nin 3. maddesi, çocuğun üstün yararının öncelikli olması gerektiğini açıkça vurgulamaktadır¹⁰⁴⁰. Yine ÇHS'nin 18. maddesinin ilk fıkrasında, çocukların yetiştirilmesi ve geliştirilmesinde birincil sorumlu kişilerin çocuğun ana ve babası olduğu kabul edilmiştir. Bu hüküm, hem evlilik birliğinin sona erdiği halleri hem de evlilik birliğinin hiç kurulmadığı aileleri kapsamaktadır¹⁰⁴¹. ÇHS'nin, çocuğun ana ve babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkını düzenleyen 7/1 hükmü de değerlendirildiğinde, çocuğun yararına aykırı değilse, ana ve babanın medeni hallerinden bağımsız olarak çocuğun bakım ve yetiştirilmesinden birlikte sorumlu oldukları kabul edilmelidir¹⁰⁴². Buna rağmen, birlikte velayeti talep eden ebeveynlere hukukumuzda bu hakkın tanınmamış olması, büyük bir eksikliktir. Aynı zamanda bu durum, ebeveynlerin temel hakkı olan ana ve babalık hakkının da ihlali anlamına gelir. Bu nedenle, İsviçre ve Almanya dahil birçok ülke kanunlarında olduğu gibi ülkemizde de birlikte velayete imkan tanıyan düzenlemelere yer verilmelidir.

Kanaatimizce, ülkemizde birlikte velayet düzenlenirken, “*kural*” ya da “*istisna*” tartışmalarına girilmeksizin, karar doğrudan hakimın takdirine

¹⁰⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Taşkın, s. 93.

¹⁰⁴¹ Erlüle, s. 339.

¹⁰⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, s. 339.

bırakılmalıdır¹⁰⁴³. Burada hakime sınırsız bir takdir hakkının verilmesinden bahsedilmemektedir. Hakim, çocuğun üstün yararını gözetmek kaydıyla ve mümkünse ana baba ve çocuğu dinleyip görüşlerini de aldıktan sonra, her somut olayın özelliğine göre, velayetin birlikte ya da tek başına kullanılmasına karar verebilir. Öte yandan ana ve baba, çocuğun bakımı ve bakım giderleri hakkında bir anlaşma yapmış ise, hakimin anlaşmaya göre de karar vermesi mümkündür. Ancak, ülkemizde birlikte velayet için “ortak başvuru” veya “ebeveynlerin anlaşması” gibi koşulların, zorunlu olarak düzenlenmemesi gerekir. Şüphesiz birlikte velayette gönüllülük esastır. Ancak bu istek ve iradenin, zorunlu olarak, ebeveynlerin çocuğun bakımı ve bakım giderleri hakkında anlaşma yapması ve birlikte başvuruda bulunması gibi koşullara bağlanması da yerinde değildir. Nitekim İsviçre’de geçmişte, çocuğun yararına olacağı düşüncesiyle kabul edilen bu koşullar, 1 Temmuz 2014 yılından itibaren evlilik birliğinin sona erdiği hallerde kaldırılmış, yalnızca evlilik dışı ilişkiler bakımından düzenlenmiştir.

Ebeveynlerin, birlikte velayet konusunda anlaşmış olmalarına rağmen, karar verildikten sonra uyuşmazlığa düşmesi mümkündür. Bu hallerde, TMK da hakimin uyuşmazlığa müdahale etmesi hususunda açık bir hüküm de yoktur. O halde ana ve babanın çocuk hakkında ortak bir karara varamadığı durumlarda TMK’nın 195. maddesinin kıyasen uygulanarak, hakimin uyuşmazlığa müdahale edebileceği ve gerekirse TMK’nın 346. maddesine göre çocuğun korunmasına ilişkin hükümlere başvurabileceği unutulmamalıdır¹⁰⁴⁴. Ancak bu konuda kanun koyucunun özel bir hüküm sevk etmesi gerekir. Örneğin, her anlaşmazlıkta hakime başvurmak yerine, öncelikli olarak bir arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilebilir. Aile arabulucuları ebeveynleri ortak bir noktada buluşturarak, tarafları çocuğun yararına hareket etmeye zorlayabilir. Ebeveynlerin hiçbir şekilde anlaşmaya varamadıkları hallerde ise, mahkemeden velayetin yeniden düzenlenmesi talep edilebilir. Bilindiği üzere, velayet kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir¹⁰⁴⁵. Başka bir ifadeyle, çocuğun üstün yararı gerektirmekteyse, birlikte velayet kararı da değiştirilerek tek

¹⁰⁴³ Öztan, Birlikte Velayet, s. 259, 260; Birinci Uzun, s. 158; Yücel, s. 132.

¹⁰⁴⁴ Öztan, Aile Hukuku, s. 1080; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 344; Birinci Uzun, s. 142; Karaca, s. 62; Süzen, s. 31; Yücel, s. 72.

¹⁰⁴⁵ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 20; Gençcan, Ortak Velayet, s. 29.

başına velayete karar verilebilir¹⁰⁴⁶. Burada önemli olan çocuğun yararadır. ZGB'nin 134. maddesinde de çocuğun yararı gerektiriyorsa ana veya babadan birinin birlikte velayetin kaldırılmasını ve velayetin yeniden düzenlenmesini talep edebileceği açıkça belirtilmektedir¹⁰⁴⁷.

Öte yandan, ZGB Art. 301/1'de olduğu gibi, ülkemizde de çocuğu himayesinde bulunduran ana veya babaya, "günlük" ya da "acil/önemli" olan konularda veya "diğer ebeveyne ulaşma imkanı olmadığı hallerde" tek başına karar verebilme yetkisi¹⁰⁴⁸ tanınabilir. Böylece, ana ve baba arasında anlaşmazlık çıkma ihtimali de azalacaktır.

Kanaatimizce, hakim somut olayın özelliklerine göre, birlikte velayete ya da tek başına velayete resen karar verebilir. Çalışmamızın bu paragrafı altında yapılan açıklamalar da değerlendirildiğinde hakim;

- velayetin kaldırılmasını gerektiren nedenlerden biri yoksa,
- karar çocuğun yararına aykırı değilse,
- ana ve baba arasında kronik bir çatışma ya da
- aile içi şiddet söz konusu değilse,
- bunun yanında, ana ve babanın çocuğu yetiştirme kabiliyetleri,
- ortak talebi,
- varsa aralarındaki anlaşma hükümleri ve
- çocuğun görüşü gibi kriterler de göz önünde bulundurarak birlikte velayete hükmedebilir.

¹⁰⁴⁶ Gençcan, Ortak Velayet, s. 29; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 467; Yılmaz Bilgin, s. 92; Arıdemir, s. 149; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 30; Bger 5A_292/2016, T. 21.11.2016; Hurst-Jacob, s. 3.

¹⁰⁴⁷ Schwenzer/Keller, New Rules, s. 466, 467; Delabays, s. 185.

¹⁰⁴⁸ Büchler/Maranta, s. 5, 6; Ayanna, s. 23; İnce, s. 208; Cantieni/Biderbost, s. 789; Bucher, Autorite Parentale, s. 41; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 468; Meier/Häberli, s. 459; Shambicco, s. 1; Bucher, Elterliche Sorge, s.41; Usta, s. 109; Staudingers, s. 1117; İnce, s. 208.

Öte yandan kanun koyucu, birlikte velayete ilişkin yaptığı düzenlemelerde de söz konusu kriterlerden bazılarını yer verebilir. Ancak herhangi bir kriterin, birlikte velayetin uygulanabilmesi için zorunlu bir koşul olarak kabul edilmesi, hakimın takdir yetkisini sınırlandıracaktır. Ayrıca, birlikte velayetin koşula bağlanması, bu imkanın ana baba ve özellikle de çocuktan esirgenmemesi anlamına gelmektedir¹⁰⁴⁹.

Belirtmek gerekir ki, ülkemizde birlikte velayete karar verildiği bilinmektedir¹⁰⁵⁰. Kararlar, genelde ebeveynlerin anlaşması üzerinde yoğunlaşmaktadır. Birlikte velayete imkan tanıyan ilk karar, 20.02.2017 tarihinde Yargıtay'ın 2. H.D. tarafından verilen bir karardır. Kararda, İngiliz vatandaşı olan tarafların birlikte velayet taleplerini reddeden ilk derece mahkemesi kararı bozularak, birlikte velayetin Türk kamu düzenine açık aykırılık teşkil etmediği ortaya konulmuştur. Bu kararın hukuki dayanağını, daha evvel de belirtildiği üzere, Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi oluşturmaktadır.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin 1. H.D. tarafından 10.05.2017 tarihinde verilen birlikte velayet kararı da iç hukukta emsal olarak gösterilebilir¹⁰⁵¹. Bu kararda da Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi esas alınmıştır.

Ülkemizde birlikte velayet kararlarının artarak devam edeceği açıktır. Bu nedenle, TMK'nın özellikle m. 182/2, m. 336/3 ve m. 337 gibi birçok hükmü yeniden düzenlenmelidir. Yapılabilecek değişiklikler hakkında ise önerilerimiz aşağıdaki gibidir:

- TMK'nın 182/2 hükmü bakımından önerimiz;

“(1) Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının görüşünü aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve velayet kendisine verilmeyen ya

¹⁰⁴⁹ Kurt, s. 175.

¹⁰⁵⁰ Örneğin; Erzincan Aile Mahkemesi, T. 05.10.2017, E. 2016/481, K. 2017/674; Erzincan Aile Mahkemesi, T. 08.02.2017, E. 2017/78, K. 2017/100.

¹⁰⁵¹ Ankara BAM 1. H.D. T. 10.05.2017, E. 2017/121, K. 2017/601, (yayımlanmamış karar için bkz. E. Apaydın, Ortak Velayet, s. 463- 465).

da birlikte velayet halinde çocuk kendisine bırakılmayan tarafın çocuk ile kişisel ilişkilerini düzenler.

(2) Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.” şeklinde değiştirilmesidir.

- TMK’nın 336. hükmünün 3. fıkrası bakımından önerimiz;

“(3) Velayet ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada ise velayet, çocuğun yararı esas alınmak kaydıyla, ana ve babanın ortak talebi ve mümkün olduğu ölçüde çocuğun görüşü de dikkate alınarak, ana veya babadan birine ya da her ikisine birden bırakılabilir” şeklinde değiştirilmesidir.

- TMK’nın 337. hükmü bakımından önerimiz ise;

“(1) Ana ve baba evli değilse, baba ile soybağı kurulana kadar çocuğun velayeti anaya aittir. Baba ile aralarında soybağı kurulduğu takdirde; çocuğun yararı esas alınmak kaydıyla, ana ve babanın ortak talebi ve mümkün olduğu ölçüde çocuğun görüşü de dikkate alınarak, velayet ana veya babadan birine ya da her ikisine birden bırakılabilir” şeklinde değiştirilmesidir.

III. YABANCI MAHKEMELER TARAFINDAN VERİLEN BİRLİKTE VELAYET KARARLARININ TENFİZİ

A. MÖHUK Kapsamında Tenfizin Şartları ve Usulü

1. Genel Olarak Tenfiz

Her devletin mahkemeleri tarafından verilen kararlar, kendi ülke sınırları içinde tüm kişi ve kuruluşlar için bağlayıcı niteliktedir. Başka bir devletin yargı makamları tarafından verilen kararların ise, diğer devletler tarafından doğrudan bağlayıcı olması söz konusu değildir. Devletler, ancak bazı koşulların varlığı halinde yabancı mahkeme kararlarının ülkede hüküm ifade edebilmesine imkan tanımaktadır¹⁰⁵².

Ülkemizde yabancı mahkeme kararları tanıma veya tenfiz kararı ile bağlayıcı hale gelmektedir. Tanıma, yabancı mahkeme kararının kesin hüküm etkisinin başka bir devlet tarafından kabul edilmesidir¹⁰⁵³. Bu kapsamda icrai nitelikte olmayan kararlar, tanıma kararı ile birlikte, tanıyan devlet tarafından verilen kararlar gibi geçerli kabul edilmektedir¹⁰⁵⁴.

Tenfiz ise, arapça kökenli bir kelime olup, icra etmek, infaz etmek, yerine getirmek, uygulamak gibi anlamlara gelir¹⁰⁵⁵. Türk hukukunda tenfiz, yabancı mahkemeler tarafından verilen kararların ülkede icra edilebilir kabul edilmesi, yabancı

¹⁰⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, B. 15. Ankara 2017, s. 679 vd.; Ruhi, *Birlikte Velayet*, s. 181.

¹⁰⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur Tütüncübaşı, “Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname İle Düzenlenen Yenilikler”, *DEÜHD*, C. 19, S. 2, Y. 017, s. 103-127, s. 106; Ahmet Cemal Ruhi, “Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velayet Konusundaki İlamların Türkiye’de Tenfizi (Tenfiz)”, *AÜEHFD*, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003, s. 731; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İstanbul 2013, s. 1; Mehmet Köle, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, 42 S. 34, Y.2016, s. 39- 98, s. 42. Tuğrul Arat tanımayı; “Bir hükmün kaziyei muhkeme kuvvetinin, verildiği devlet ülkesinden başka bir devlet ülkesinde de mevcudiyetinin idamesi” şeklinde tanımlamaktadır (Tuğrul Arat, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, *AÜHFD*, S. 1-4, Ankara 1964, s. 426).

¹⁰⁵⁴ Ayhan Dolunay, *Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İstanbul 2015, s. 27.

¹⁰⁵⁵ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, B. 7, Ankara 2002, s. 1222.

mahkeme kararlarına icra kabiliyeti kazandırılması anlamında kullanılır¹⁰⁵⁶. Başka bir ifadeyle tenfiz, yabancı bir ülkede verilen kararın, tenfiz edilen ülkede kesin hüküm teşkil etmesini ve icra işlemlerine konu olarak kamu gücüyle desteklenmesini sağlar¹⁰⁵⁷. Bu nedenle, eda hükmü içeren yabancı mahkeme kararlarının devletin icra organları marifetiyle uygulanabilmeleri, icra edilebilmeleri için Türk mahkemeleri tarafından tenfiz kararı verilmesi şarttır¹⁰⁵⁸. Yabancı mahkemeler tarafından verilen velayet, nafaka, alacak ya da tazminat kararları gibi kararlar eda hükmünü içermektedir. Buna bağlı olarak, söz konusu kararların Türkiye’de icrası, hakkında tenfiz kararı verilmesi ile olur¹⁰⁵⁹. Böylece tarafların varsa nafaka vb. alacakları ya da çocuğun teslimine ilişkin velayet kararı cebri icra yoluyla icraya zorlanabilir¹⁰⁶⁰. Aksi halde bir devletin verdiği kararın, ilgili diğer devletçe tanınması ve icra edilmesi zordur.

Yabancı mahkemeler tarafından verilen kararların tenfizi talep edilse de her kararın tenfizi mümkün değildir. Birçok devlet, iç hukukunda kararların tenfizine ilişkin yasal düzenlemelere yer verirken, “*kararın niteliği*”, “*karşılıklılık*”, “*kamu düzeni*” gibi bir takım koşulların varlığını aramaktadır. Bu koşullardan birinin eksikliği halinde hükmün tenfiz edilmesi söz konusu değildir.

Bu nedenle, çalışmamıza konu olan “*birlikte velayet*” kararlarının tenfizi yıllarca reddedilmiştir. Kararların odak noktasını, yabancı birlikte velayet kararlarının “*Türk kamu düzenine açık aykırılık*” teşkil etmesi hususu oluşturmaktadır. Yargıtay

¹⁰⁵⁶ Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, B. 4, Ankara 2017, s. 104; Rümeysa Partalcı, *Yabancı Devletlerden Alınan Velayet Kararlarının Tenfizi*, (Danışmanı: Günseli Öztekin Gelgel), *İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 5; Ruhi, *Tenfiz*, s. 731. Tenfiz ise Tuğrul Arat tarafından şu şekilde tanımlanır: “*Bir hükmün zorla icra kuvvetinin, verildiği devlet ülkesinden başka bir devlet ülkesinde mevcudiyetinin idamesi ki, buna da «hükümlerin tenfizi meselesi» denir*” (Arat, s. 426); Köle, s. 42.

¹⁰⁵⁷ V. Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 105; Dolunay, s. 30; Ruhi, *Tenfiz*, s. 731; Partalcı, s. 5.

¹⁰⁵⁸ Ruhi, *Birlikte Velayet*, s. 181.

¹⁰⁵⁹ Ruhi, *Tenfiz*, s. 731.

¹⁰⁶⁰ Dolunay, s. 31.

bir kararında, boşanmada çocuğun velayetinin hem anaya hem de babaya verilmesini TMK'nın velayete ilişkin düzenlemelerine aykırı olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁶¹.

Görüldüğü üzere, geçmişte ülkemizde ne birlikte velayete karar verilebilmesi ne de başka bir ülke tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizi mümkündür. Zira “*kamu düzenine açık aykırılık*” Yargıtay dahil, mahkemeler tarafından hatalı yorumlanmıştır. Günümüzde ise, birlikte velayet kararlarının tenfiz edildiği görülmektedir¹⁰⁶². Bunun nedeni, 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün kabulüdür. Protokolün 5. maddesinde, “*eşler arasında eşitlik*” ilkesiyle evliliğin sona erdiği durumlarda eşlerin kendi aralarında ve çocukları ile olan ilişkilerinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olduğu kuralı benimsenmektedir. Bu kuralın tek istisnası, hükmün ikinci cümlesinde düzenlenen çocuğun üstün yararıdır. Hükümde yer alan “*çocuklarıyla olan ilişkileri*” ifadesi ile ilk olarak akla “*velayet*” kurumun gelmesi olağandır. Bu itibarla mahkemelerin, özellikle TMK'nın 336. maddesinin birlikte velayete imkan vermediği hallerde, Any. m. 90/5 hükmü gereğince, Protokolün 5. maddesinin uygulanması suretiyle karar verebilmesi mümkün olmaktadır¹⁰⁶³. Zira velayet, ana ve babanın temel hak ve özgürlükleri arasında kabul edilir¹⁰⁶⁴ ve Any. m. 90'a göre usulüne uygun olarak yürürlüğe giren temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleri kanun hükmü ile çatıştığı takdirde, sözleşme hükümleri üstün tutulmaktadır. Böylece ülkemizde yerel mahkemeler tarafından velayetin birlikte kullanılmasına karar verilebildiği gibi;

¹⁰⁶¹ Yarg. 2. H.D. T. 12.06.2006, E. 2006/2773, K. 2006/9267, (<http://www.e-hukukrehberi.com/> E.T. 02.08.2019).

¹⁰⁶² İstanbul BAM 10 H.D. T. 26.04.2017, E. 2017/578, K. 2017/386, “*Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2016/15771 E. 2017/1737 K. sayılı ilamında belirtildiği üzere, iç hukukumuzda ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. Dosya kapsamına göre, ortak velayet ve çocukların kimin yanında kalmalarının menfaatlerine uygun olacağı hususunun araştırılması, tarafların ve çocukların mahkemece dinlenilmeleri, psikolog, pedagog ve sosyal hizmet uzmanından oluşacak heyetten rapor alınmak suretiyle ortak velayet hususu da değerlendirilerek yeniden hüküm kurulması için diğer yönler incelenmeksizin ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın mahkemesine gönderilmesine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur*”, E. Apaydın, Ortak Velayet, s. 465'ten aynen alıntı.

¹⁰⁶³ Gençcan, Ortak Velayet, s. 26; Erdem, s. 172.

¹⁰⁶⁴ Dönmez/Barın, s. 203.

yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizi de mümkün hale gelmiştir.

Bu gelişmeler sevindirici olmakla beraber, kanaatimiz yabancı mahkeme kararlarının kamu düzenine açık aykırılık teşkil etmesi meselesinin yargı tarafından hala anlaşılamadığı yönündedir. Zira Ek 7 No’lu Protokol kabul edilmese de ülkemizde birlikte velayet kararlarının icrası ile kamu düzeninin etkilenmesi söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle, iç hukukta kamu düzeninden kabul edilen TMK’nın 336 maddesinin, milletlerarası özel hukuk bakımından da kamu düzeninden kabul edilmesini gerektirecek geçerli bir hukuki neden bulunmamaktadır¹⁰⁶⁵.

Çalışmamızın bu paragrafında birlikte velayet kararlarının tenfizi meselesi üzerinde durulacaktır. Ancak konunun daha anlaşılabilir olması açısından, öncelikle tenfizin şartları ve usulüne genel olarak değinilecek, ardından “*Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi Hakkında Avrupa Sözleşmesi*” kapsamında birlikte velayet kararlarının tenfizi meselesi incelenecektir.

2. Tenfizin Şartları

a) Genel Olarak

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (MÖHUK.) 50. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır¹⁰⁶⁶ (m. 50/1). Ayrıca yabancı mahkemelerin ceza ilamlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümlerin de tenfizi istenebilir (m. 50/2). Ancak, yabancı mahkemeler tarafından

¹⁰⁶⁵ Çelikel/Erdem, s. 733.

¹⁰⁶⁶ Türk hukukunda tenfiz ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. V. Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 102- 134; Çelikel/Erdem, s. 685 vd.; İzzet Doğan, *Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku*, Ankara, 2010, s. 203–463; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 200 vd.

verilen kararların tenfiz edilebilmesi için MÖHUK'un 50. Maddesinde yer alan bazı ön ve asıl şartları taşıması gerekir.

b) Tenfizin Ön Şartları

(1) Kararın İlam Niteliğinde Olması

Ülkemizde tenfiz kararı verilebilmesi için aranan ön şartlardan ilki, kararın ilam¹⁰⁶⁷ niteliğinde olmasıdır. İlam, hukuki uyumsuzluğu nihai olarak sonuçlandıran¹⁰⁶⁸ karardır¹⁰⁶⁹. Bu nedenle, tenfizinin kabulü için kararın nihayete ermesi, ilam niteliğine sahip olması aranır. Ancak bu şart da tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda kararın kesinleşmiş olması da gerekir¹⁰⁷⁰. Kararın kesinleşmesi ile kastedilen, mahkemenin artık o davaya bakamaması, davadan elini çekmesidir¹⁰⁷¹. Mahkeme davadan elini çekerek, ihtilafı nihayete erdirmekte ve icra organlarına hakkın yerine getirilmesi bakımından emir vermektedir¹⁰⁷². Bu nedenle, geçici hukuki koruma tedbirleri hakkında tenfiz kararı verilmesi mümkün değildir¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁷ İlam, HMK m. 301/2'ye göre mahkeme tarafından verilen kararların mühürlü suretleridir.

¹⁰⁶⁸ “Tenfiz ve tanıma istenen kararların, yasanın bu aradığı şartları taşıyıp taşımadığının araştırılıp denetlenebilmesi için, gerekçelerinin de olması gerekir. Davacı tarafından ibraz edilen kararların gerekçesi olmadığından, bu denetlemeyi yapmak olanaksızdır. Ayrıca tenfiz ve tanınması istenen Gelnhäusen Yerel Mahkemesinin 18.8.2000 tarihli, Hunfeld Yerel Mahkemesinin 31.7.2000 tarihli kararları, icra kararlarının infazına yönelik karardır. Bu haliyle de ilam niteliğinde değildir. Bu hususların mahkemeye resen gözönünde tutulması gerekir”. Yarg. 13. H.D. T. 05.12.2001, E. 2001/9007, K. 2001/11406, (<http://www.e-hukukrehberi.com/> E.T. 21.12.2018).

¹⁰⁶⁹ Ahmet Cemal Ruhi, *Boşanma ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi (Tanıma ve Tenfiz)*, Ankara 2003, s. 119; Mehmet Tezgel, *Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara, 2012, s. 32.

¹⁰⁷⁰ Bilgin Tiryakioğlu, *Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Tanıma ve Tenfiz)*, Ankara 1996, s. 38; Çelikel/Erdem, s. 687; Ekşi, s. 137-141; Tütüncübaşı, s. 108; Tezgel, s. 152; Kahraman, s. 109, 110; Köle, s. 48; Ruhi, *Birlikte Velayet*, s. 226.

¹⁰⁷¹ V. Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 111; Banu Şit, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması Ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, Y. 2011, S. 1, s. 62.

¹⁰⁷² Arat, s. 498.

¹⁰⁷³ Doğan’a göre ihtilafın kesin olarak çözümüne sebep olan tedbir kararlarının tanınması ya da tenfizi söz konusu olabilir (V. Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 112). Ayrıca bkz. Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, İstanbul 2017, s. 358, 359; Ruhi, *Birlikte Velayet*, s. 227.

Tenfizi talep eden taraf, söz konusu yabancı ilamın kesinleştiğini gösteren belgeyi de mahkemeye ibraz etmek zorundadır (MÖHUK m. 53/1-b). Mahkeme kararının ülkemizde kesin hüküm etkisi, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade etmektedir (MÖHUK m. 59).

(2) Kararın Bir Hukuk Davasına İlişkin Olması

Tenfizi talep edilecek olan kararın özel hukuka ait işlem ve ilişkilerden doğan ihtilaflara ilişkin olması gerekir¹⁰⁷⁴. Zira “*hukuk davaları*” ifadesi ile Kanun’un 50. maddesinde, özel hukuk ilişkilerinden doğan davalar kastedilmektedir¹⁰⁷⁵. Bir davanın hukuk davası olup olmadığının tespiti ise hakimin yapacağı vasıflandırma ile olur¹⁰⁷⁶. Eğer karar idare ya da ceza mahkemeleri tarafından verilen bir kararsa tenfizi mümkün değildir¹⁰⁷⁷. Ancak, bu mahkeme kararlarının özel hukuk ilişkisinden doğduğu tespit edildiği takdirde tenfizi mümkün olacaktır (MÖHUK m. 50). Bu nedenle, yabancı mahkemelerin ceza ilamlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilmektedir¹⁰⁷⁸. Örneğin, bir devletin ceza mahkemesi tarafından verilen yaş tashihi ya da haksız fiille ilişkin bir tazminat kararının Türkiye’de tenfizi mümkündür¹⁰⁷⁹.

(3) Kararın Yabancı Bir Mahkeme Tarafından Verilmesi

Türkiye’de tenfizi istenen kararın, “*yabancı ve bağımsız*” bir ülkenin “*yargı organları*” tarafından verilmiş olması gerekir. Yabancı yargı organı ifadesi ile Türkiye

¹⁰⁷⁴ V. Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 110; Çelikel/Erdem, s. 685; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 226; Dolunay, s. 67, 68; Kahraman, s. 109; Malkoç, s. 306.

¹⁰⁷⁵ Ekşi, s. 120- 125; Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 122; Dolunay, s. 68; Tütüncübaşı, s. 108; Köle, s. 47; Malkoç, s. 306.

¹⁰⁷⁶ Talebin yapıldığı ülke hakimi vasıflandırmayı, usul hukukuna ilişkin bir konu olduğundan, lex foriye göre yapar. Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 33, 34; Tütüncübaşı, s. 108; Köle, s. 47.

¹⁰⁷⁷ Dolunay, s. 68; Tütüncübaşı, s. 108; Arat, s. 500; Malkoç, s. 309 vd.

¹⁰⁷⁸ Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 34; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 226.

¹⁰⁷⁹ Dolunay, s. 68; Köle, s. 48. Hemen belirtmek gerekir ki, ceza hukukuna bağlı olarak, yabancı ülke tarafından doğrudan lex fori uygulanarak verilen tazminat kararları, tabi oldukları usul ve taşıdıkları cezai nitelik sebebiyle tenfiz edilemezler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Malkoç, s. 310.

Cumhuriyeti ya da Türk milleti adına karar vermeyen, başka bir egemen devlet¹⁰⁸⁰ adına hareket eden resmi organlar anlaşılmalıdır¹⁰⁸¹. Başka bir deyişle, yabancı hakimiyet adına karar verme hakkının kullanılması demektir¹⁰⁸². Bu noktada, Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalar gereği yargılama yapan uluslararası mahkemeler, "yabancı yargı organı" kapsamının dışında tutulmalıdır¹⁰⁸³. Zira bu mahkeme kararları anlaşmada öngörüldüğü usule göre Türkiye'de tanıma veya tenfiz kararına gerek olmaksızın hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır¹⁰⁸⁴.

İlamın yargı organları tarafından verilmesi şartı ise, kararın başka bir ülkenin egemenliğinden kaynaklanan yargılama yetkisini kullanan bağımsız ve resmi mahkemeler tarafından verilmesidir¹⁰⁸⁵. Kural olarak mahkemeler dışında, örneğin o ülkenin idari makamına ait bir karar Türkiye'de tenfiz edilemez¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁰ Başka bir egemenlikten söz edebilmek için, o devletin kendine ait bir kara parçası, üzerinde yerleşik bir insan popülasyonu, idare ve kontrolü elinde bulunduran bir hükümet ya da yönetim ile bağımsızlık şartlarının bir arada bulunması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 120. Tiryakioğluna göre ise, bir mahkeme kararının yabancı sayılabilmesi için, o kararın illaki bağımsız bir ülke tarafından verilmiş olması şart değildir. Türkiye tarafından bağımsızlığı tanınmamış bir ülkede verilen kararların da yabancı mahkeme kararı olarak kabul edilmesi ve tenfizine karar verilmesi gerekir. Buna rağmen, karar veren organın egemen devlet adına hareket etmesi, yani resmi bir organ olması aranmalıdır. Zira bir mahkemenin, mahkeme sıfatını taşıyabilmesi için yetkilerini devletten alması gerekir. Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 35; Köle, s. 46.

¹⁰⁸¹ Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 119; Ekşi, s. 109 vd.; Dolunay, s. 66; Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 34; Malkoç, s. 276; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 222.

¹⁰⁸² Arat, s. 500.

¹⁰⁸³ Malkoç, s. 279; Dolunay, s. 66.

¹⁰⁸⁴ Dolunay, s. 66.

¹⁰⁸⁵ V. Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 110; Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 120; Tütüncübaşı, s. 107.

¹⁰⁸⁶ Tütüncübaşı, s. 107; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 223; Köle, s. 46. Nüfus Hizmetleri Kanunu'na 2017 yılında eklenen 27/A maddesi de kuralın önemli bir istisnasını oluşturmaktadır. Maddeye göre, "Yabancı ülke adli veya idari makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararlar; bizzat veya vekilleri aracılığıyla tarafların birlikte başvurusu, verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adli veya idari makam tarafından verilmiş ve usulen kesinleşmiş olması ve Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şartlarıyla nüfus kütüğüne tescil edilir". Ayrıntılı bilgi için bkz. "§ III. Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, B. Türkiye'de Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, 3. MÖHUK Kapsamında Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, b) Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizinde Ön Şartların Değerlendirilmesi" başlığı altında yapılan açıklamalar.

c) Tenfizin Asıl Şartları

(1) Karşılıklılık Olması

Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî bir uygulamanın bulunması halinde tenfiz talebi kabul edilir (MÖHUK. m. 54/1a). Bu şart gerçekleşmedikçe yabancı mahkeme kararının tenfizine karar verilemez¹⁰⁸⁷. Zira bu esas, ülkelerin birbirlerine karşı bir baskı vasıtası olarak kullandığı, politik bir unsurdur¹⁰⁸⁸. Bu hususta mahkemenin detaylı bir inceleme yapması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir. İnceleme yapılırken, karşılıklılık esasının tenfizin talep edildiği anda var olması gerektiği şartı da unutulmamalıdır¹⁰⁸⁹.

Karşılıklılık (mütekabiliyet), kanuni, fiili ya da milletlerarası sözleşmeden kaynaklanabilir¹⁰⁹⁰. Kanuni karşılıklılık, kararın verildiği ülke kanunlarında tenfizi mümkün kılan hükümlerin yer alması anlamına gelir¹⁰⁹¹. Bu hükümlerin Türkiye’de yer alan tenfiz şartları ile bire bir örtüşmesi aranmaz¹⁰⁹². Önemli olan Türkiye’de

¹⁰⁸⁷ “...Yabancı mahkemece verilen velayete ilişkin kararın Türkiye’de icra olunabilmesi, tenfiz kararı verilmesine bağlıdır (5718 s.MÖHUK.md.50/1). Tenfiz kararı verilmesinin koşulları yasanın 54.maddesinde sayılmıştır. Tenfiz kararı verilebilmesi için, Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında, karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması şarttır (5718 s.MÖHUK.md.54/1-a). Bu koşul gerçekleşmedikçe yabancı ilamın tenfizine karar verilemez. Tenfizi talep edilen velayete ilişkin ilam Amerika Birleşik Devletleri (North Carolina) Eyaleti Genel Adalet (Asliye) Mahkemesinden verilmiştir. İlamın verildiği devletle Türkiye Cumhuriyeti arasında ilamların tenfizini mümkün kılan ikili veya her iki Devletin taraf olduğu çok taraflı bir anlaşma bulunmamaktadır. Kanuni karşılıklılık ve fiili uygulama ile ilgili olarak Türkiye’de tenfiz edilecek kararın türü ve hukuki niteliği açısından özel bir engelin olup olmadığı hususu araştırılmalıdır.” Yarg. 2. HD. T. 16.02.2011, E. 2011/11237, K. 2011/2718, (<http://www.e-hukukrehberi.com/> E.T. 11.07.2018). Ayrıca bkz. Arat, s.504; Tezgel, s. 152, 153; Ekşi, s. 157; Kahraman, s. 110; Köle, s. 49.

¹⁰⁸⁸ Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 132; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 230.

¹⁰⁸⁹ Tezgel, s. 162; Ekşi, s. 157; Çelikel/ Erdem, s. 711.

¹⁰⁹⁰ V. Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 113; Ekşi, s. 157; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 229; Çelikel/ Erdem, s. 704; s. 597; Tezgel, s. 154 vd.

¹⁰⁹¹ Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 73; Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 132; Tezgel, s. 157; Çelikel/Erdem, s. 706.

¹⁰⁹² Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 132; Dolunay, s. 75; Tezgel, s. 157.

verilen mahkeme kararlarının o ülke kanunlarınca da tenfizine imkan sağlanmasıdır¹⁰⁹³.

Fiili karşılıklılık, yabancı ülke kanunlarında ya da iki ülke arasında herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen, Türk mahkemelerince verilen kararların fiilen tenfiz edilmesidir¹⁰⁹⁴. Bu takdirde, Türk mahkemeleri bakımından karşılıklılık ilkesinin geçerli kabul edilebilmesi için, yabancı mahkemelerin olumlu yönde bir fiili uygulamada bulunmaları gerekir. Her koşulun sağlanmasına rağmen, Türk mahkemeleri tarafından verilen kararların tenfizi talebinin reddi halinde, o ülke kararlarının da Türkiye’de, karşılıklılık ilkesinin gerçekleşmediği gerekçesiyle tenfizinin reddi gerekir¹⁰⁹⁵.

Tenfizi talep edilen kararı veren ülke ile Türkiye arasında milletlerarası bir sözleşmenin varlığı halinde de karşılıklılık ilkesinin gerçekleştiği kabul edilmektedir¹⁰⁹⁶. Bu durumda mahkemenin ayrıca karşılıklılık hususunda bir araştırma yapması gerekmez¹⁰⁹⁷. O halde, mahkeme MÖHUK m. 1 ve Any. m. 90/5 gereği, sözleşme hükümlerini gözeterek karar vermelidir¹⁰⁹⁸.

(2) Kararın Yetkili Bir Mahkemeden Alınmış Olması

Kararın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla kararın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması gerekir (MÖHUK. m. 54/1-b). Dava konusu hakkında Türk mahkemelerinin milletlerarası münhasır yetkisinin var olup olmadığı, bu yetki kuralının lafzına ve getiriliş amacına bakılarak tespit edilebilebilir¹⁰⁹⁹. Eğer hükmün amacı, o konunun yalnızca Türk mahkemeleri önünde çözülmesi ise, söz konusu

¹⁰⁹³ Tezgel, s. 157; Çelikel/Erdem, s. 706.

¹⁰⁹⁴ Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 73; Dolunay, s. 76; Tezgel, s. 159.

¹⁰⁹⁵ Tezgel, s. 160.

¹⁰⁹⁶ Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 73; Tezgel, s. 154, 155.

¹⁰⁹⁷ Dolunay, s. 74.

¹⁰⁹⁸ Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 74; Tezgel, s. 155, 156.

¹⁰⁹⁹ Tütüncübaşı, s. 110; Köle, s. 49; Çelikel/Erdem, s. 714 vd.; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 232.

hükümde dava konusu hakkında milletlerarası münhasır yetkinin kabul edildiği söylenebilir¹¹⁰⁰. Aksi halde MÖHUK m. 54/1-b'ye göre, tenfize engel bir durumun varlığından bahsedilemez. Ancak, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren konularda yabancı mahkeme kararının tenfizi mümkün değildir¹¹⁰¹. Örneğin, Türkiye'deki taşınmazların aynına ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin yetkisi münhasırdır (HMK. m. 12/1)¹¹⁰². Dolayısıyla, Türkiye'de bulunan bir taşınmazın aynına ilişkin verilen yabancı mahkeme kararının tenfizi, “münhasır yetki” gerekçesiyle reddedilmelidir. Bu halde yabancı mahkemenin yetkisi, taraflar arasında imzalanan yetki anlaşmasına dayanmış olsa dahi (MÖHUK. m. 47), bu kararın tenfizi talebi reddedilir.

¹¹⁰⁰ Tütüncübaşı, s. 110; Çelikel/ Erdem, s. 714 vd.

¹¹⁰¹ “MÖHUK’un 42/1. maddesinde “Yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığına mahkemece tespitine bağlıdır. Tanımada 38’inci maddenin (a) ve (d) bentleri uygulanmaz” hükmüne yer verilmiş olup, aynı kanunun 38. maddesinin b bendinde ise “İlamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması” şartı getirilmiştir. MÖHUK 8/1. maddesinde, hak ve fiil ehliyetinin ilgilinin milli hukukuna tabi olduğu belirtilmiştir; 9/1. maddesinde ise “Vesayet veya hacir kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesayet veya hacir kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin milli hukukuna tabidir” hükmü öngörülmüştür. Diğer taraftan, MK m. 411’de “Vesayet işlerinde yetki küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir” hükmüne yer verilmiştir; MÖHUK’un 27. maddede “Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin eder” şeklinde düzenleme getirilmiştir. Vesayet işlerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi münhasır yetki olup yabancı mahkemece verilen vesayete ilişkin kararın tenfizine ve tanınmasına karar verilemez (MÖHUK m. 38, m. 42). Münhasır yetki kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her aşamasında dikkate alınabilir. Tenfiz kararı verilmiş olması yabancı mahkemenin vesayet makamı olma durumunu değiştirmeyeceğine göre yapılan işlemlerin denetim imkânı da mümkün olmayacaktır. MK m. 462’ye göre, maddede belirtilen hallerde vesayet makamının izni gerekmektedir. Yine aynı kanunun 463. maddesi uyarınca vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izni şarttır. Örneğin vesayet altındaki kişinin evlat edinmesi durumunda denetim makamının izni gerekmektedir. O halde, Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu bir konuda yabancı mahkemece verilen kararın tenfizi ve tanınmasına hukuken olanak bulunmamaktadır. Belirtilen nedenlerle bir Türk vatandaşı hakkında yabancı vesayet kararının Türkiye’de tanınmasının olanağı bulunmadığından, yerel mahkemece isabetli teşhis ve değerlendirme sonucu davanın reddine dair verilen direnme kararının usul ve yasaya uygun bulunmuştur” Yarg. HGK., T. 18.11.2009, E. 2009/2-557, K. 2009/527, (<http://www.e-hukukrehberi.com/> E.T. 21.12.2018). Ayrıca bkz. Arat, s. 504, 505; Çelikel/Erdem, s. 714 vd.; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 232.

¹¹⁰² V. Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 116; Ekşi, s. 179; Çelikel/Erdem, s. 715; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 232; Tütüncübaşı, s. 110; Köle, s. 50; Malkoç, s. 374.

Öte yandan, kararın davalının itiraz etmesi şartıyla, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince de verilmemiş olması gerekir. Aksi halde, yabancı mahkemenin “aşkın yetki (*exorbitant jurisdiction*)” kullanarak verdiği bu kararın tenfizi talebi reddedilir¹¹⁰³. Bu duruma, gerçek bir ilişki olmamasına rağmen davalının geçici olarak o ülkede bulunması ya da o ülke sınırları içerisinde tebligatın yapılabilmesi gibi şartların milletlerarası yetki tesisi bakımından yeterli bulunması ve buna bağlı olarak, o ülke mahkemeleri tarafından bir karar verilmesi hali örnek olarak gösterilebilir¹¹⁰⁴. Bu hallerde yapılan yargılama, eşitlik ve adil yargılama ilkelerine de aykırılık teşkil edecektir. Bu durumda aşkın yetki kuralı benimsenmese bile kararın tenfizinin “kamu düzeni” nedeniyle reddedilmesi gerekir¹¹⁰⁵.

(3) Hükmü Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Bulunması

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin asıl görevi, yabancı hukukun uygulanmasını engellemektir (MÖHUK m. 5). Ancak tenfize ilişkin kurallarda kamu düzeni kavramı daha zayıf bir müdahale gücüne sahiptir. Müdahale ancak, aykırılığın Türk kamu düzenini “açıkça” ihlal etmesi halini kapsar (MÖHUK m. 54/ 1-c)¹¹⁰⁶. MÖHUK’da kamu düzeni ve düzene açık aykırılık hali tanımlanmamaktadır. Bu nedenle, yabancı kararın kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığının tespiti, mahkemenin takdirine bırakılmaktadır¹¹⁰⁷. Ancak kısa bir tanım yapmak gerekirse; Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilmeyecek değerlerin ihlal edilmesi halinde kamu düzeninin açıkça ihlal edildiğinden söz edilebilir¹¹⁰⁸.

¹¹⁰³ Ekşi, s. 237; Tütüncübaşı, s. 111; Çelikel/Erdem, s. 719 vd.; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 232, 233.

¹¹⁰⁴ Dolunay, s. 88, 89.

¹¹⁰⁵ Tütüncübaşı, s. 111.

¹¹⁰⁶ Zeynep Derya Tarman, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler”, *MHB*, C. 37, S. 2, s. 798–820, s. 811; Çelikel/Erdem, s. 722; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 233; Tütüncübaşı, s. 112.

¹¹⁰⁷ Tarman, s. 811; Malkoç, s. 381.

¹¹⁰⁸ “...yabancı mahkemede uygulanan maddi ve hukuki tespitler, özellikle usuli işlemler denetim dışında tutulmalıdır. İsveç Mahkemesinde taraf teşkili yapılmıştır. (*Lexfori*) Davalı (kadın) Türk Hukukunun uygulanmadığını yahut yanlış uygulandığını ileri sürerek yabancı mahkeme önünde istinaf yahut temyiz yoluna da başvurmamıştır. Yabancı Mahkemenin Türk Hukukunu uygulanmaması veya yanlış uygulanması başlı başına kamu düzenine

Örneğin, velayeti babaya bırakılan çocuk ile ananın kişisel ilişki kurmasına karar verilmemesi kamu düzenine açık bir aykırılık teşkil etmezken, boşanma kararıyla beraber velayetin düzenlenmemiş olması kamu düzenine açıkça aykırı kabul edilmektedir. Yabancı mahkemenin Türk hukukunu uygulamaması veya yanlış uygulaması ise, başlı başına kamu düzenine açık aykırılık oluşturmamaktadır¹¹⁰⁹.

(4) Savunma Hakkının İhlal Edilmiş Olması

O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ise, savunma hakkının ihlali söz konusudur¹¹¹⁰ (MÖHUK. m. 54/1ç). Bu ihlalin tespiti, yetkili Türk mahkemesinin hukukuna (lex fori) göre gerçekleştirilir ve sayılan usuli işlemlerin yokluğu halinde kararın tenfizi talebi reddedilir¹¹¹¹. Örneğin, hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelen tebligatın usulüne uygun yapılmaması halinde taraflara savunma hakkının sağlandığı adil bir yargılamadan

açıkça aykırılık oluşturmaz ve tanımaya da engel teşkil etmez. Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilmeyecek değerlerin ihlal edilmesi halinde kamu düzeninin açıkça ihlal edildiğinden söz edilebilir. Bu açıklama karşısında 5718 Sayılı Yasanın 58. maddesinin aradığı şartlar gerçekleşmiştir. İsteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” Yarg. 2. HD. T. 15.05.2008, E. 2008/7758, K. 2008/7134, (<http://www.e-hukukrehberi.com/> E.T. 11.07.2018).

¹¹⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. “3. MÖHUK Kapsamına Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, (2) Kamu Düzeni Müdahalesi Bakımından Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹¹¹⁰ “...Tanınması istenen Rotterdam (Hollanda) Bölge Mahkemesinin verdiği boşanma kararında “...davalı kadının duruşmalara katılmadığı, verilen yasal süre içinde mahkemeye savunma dilekçesi de ulaşmadığı...” belirtilmektedir. Hüküm, orada gıyapta verilmiştir. Kararın içeriğinden davalının, hükmü veren mahkemeye usulüne uygun biçimde çağrılıp çağrılmadığı, gıyapta hüküm verilmesinin o yer kanunlarına uygun olup olmadığı anlaşılamamaktadır. O halde, davalının, hükmü veren mahkemeye usulüne uygun biçimde çağrıldığını gösteren çağrı belgesinin aslı ile onaylı Türkçe tercümesinin davacıdan istenilip dosyaya alınması ve hasil olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekirken, açıklanan eksiklik giderilmeden hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yarg. 2. HD., T. 04.10.2005, E. 2005/10735, K. 2005/13428, (<http://www.e-hukukrehberi.com/> E.T. 11.07.2019). Ayrıca bkz. Çelikel/ Erdem, s. 739 vd.; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 245, 246.

¹¹¹¹ Arat, s. 507; Ekşi, s. 306 vd.; Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 82; Atik, s. 144; Tezgel, s. 174, 175.

bahsedilemez¹¹¹². Bu nedenle, yabancı mahkeme tarafından verilen bir kararın tenfiz edilebilmesi, tarafların usulüne göre bilgilendirilerek, kendilerine açıklama ve ispat imkanlarının sunulmuş olmasına bağlıdır¹¹¹³. Ancak savunma hakkının ihlali incelemesi, mahkeme tarafından kendiliğinden yapılamamaktadır. Bunun için, aleyhine tenfiz talep edilen tarafın mahkemede itiraz etmiş olması gerekir (MÖHUK. m. 54/1ç).

1. Tenfizin Usulü

Kararın tenfiz edilmesinde hukukî yararı bulunan herkes tenfiz isteminde bulunabilir¹¹¹⁴. Tenfiz istemi bir dilekçe ile kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye’deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu yer asliye hukuk mahkemesinden, Türkiye’de yerleşim yeri veya sâkin olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir Asliye Hukuk Mahkemelerinden birinden istenebilir (MÖHUK. m. 51 ve m. 52) .

Aile hukukuna ilişkin davalarda 4787 sayılı Kanun’un 4. maddesi gereğince aile mahkemeleri görevlidir. Aile mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde tenfiz kararı yine asliye hukuk mahkemeleri tarafından verilecektir¹¹¹⁵.

Taraflar bir dilekçe ile tenfiz isteminde bulunabilir¹¹¹⁶. Tenfiz istemine ilişkin bu dilekçe, duruşma günü ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilir. İstem, basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenir¹¹¹⁷. Mahkemece ilamın kısmen veya tamamen tenfizine veya istemin reddine karar verilebilir (MÖHUK. m. 55 ve m. 56). Bu karar,

¹¹¹² “Mahkeme, HMK’da gösterilen istisnalar haricinde iddia ve savunmalarını bildirmeleri için tarafları usulüne uygun olarak davet etmeden hüküm veremez. Yerel mahkemelerin, dava dilekçesi ve duruşma gününün davalıya tebliğ edilmesi suretiyle taraf teşkili sağlaması gerektiği halde, bunun yerine karşı tarafa savunma imkanı sağlanmadan hasımsız olarak açılan davanın kabul ederek karar verilmesi usul ve yasaya aykırı kabul edilmiş olup bozma nedeni sayılmıştır” Yarg. 2. H.D. T. 03.04.2008, E. 2007/4202, K. 2008/4601 (<http://www.e-hukukrehberi.com/> E.T. 21.12.2018). Ayrıca bkz. Arat, s. 506.

¹¹¹³ Dolunay, s. 98, 99; Tütüncübaşı, s. 113; Arat, s. 507.

¹¹¹⁴ Tezgel, s. 196; Ekşi, s. 61 vd.; Ali Önal, “Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği”, *MHB*, C. 37, S. 2, s. 576–610, s. 587.

¹¹¹⁵ Dolunay, s. 110; Tütüncübaşı, s. 114; Tezgel, s. 188; Önal, s. 579.

¹¹¹⁶ Ekşi, s. 94. vd.; Tezgel, s. 200.

¹¹¹⁷ Ekşi, s. 105-109; Önal, s. 591 vd.

yabancı mahkeme kararının altına yazılır ve hâkim tarafından mühürlenip imzalanır (MÖHUK. m. 56). Tenfizine karar verilen bu yabancı ilamlar, Türk mahkemelerinden verilmiş kararlar gibi icra olunur (MÖHUK. m. 57). Başka bir ifadeyle karar ülkede kesin hüküm veya kesin delil etkisi doğurur. İlamın kesin hüküm veya kesin delil etkisi, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder (MÖHUK. m. 59).

B. Türkiye’de Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi

1. Genel Olarak

Son yüzyılda teknolojinin gelişmesiyle birlikte, mesafelerin iyice kısalması, ülkeler arası seyahatlerin artması gibi unsurlar nedeniyle, farklı ülke vatandaşlarından dünyaya gelen çocuk sayısında da artış olduğu bilinmektedir. Ancak, bu evliliklerin sona ermesi ve çocuğun velayetinin düzenlenmesi ile birlikte taraflar çoğunlukla kendi ülkelerine geri dönmektedir. Bu durumda, velayet kararlarının kendi ülkelerinde icrası için, tenfiz edilmesi gerekir¹¹¹⁸.

Yabancı mahkemeler tarafından verilen velayet kararları, birlikte velayet ya da tek başına velayet kararı olsun farketmez, diğer yabancı mahkemeler tarafından verilen kararlar gibi tenfiz olunur. Bu nedenle hakim, öncelikli olarak varsa milletlerarası sözleşme hükümlerini uygulamakla görevlidir. Sözleşmenin olmadığı ya da sözleşmede hüküm bulunmadığı hallerde ise, hakim tenfiz talebini MÖHUK kapsamında değerlendirir. Uluslararası bir sözleşmenin varlığı, MÖHUK’ta yer alan kuralların uygulanmasına engel değildir. Örneğin, sözleşmede yer alan hükümler, MÖHUK’ta düzenlenen şartlara nisbeten daha ağır koşulları düzenlemekte ise, kanun

¹¹¹⁸ Bununla beraber, taraflardan her ikisinin de çocuğun velayet ve himaye hakkına sahip olma isteğinden dolayı yaşanan velayet çatışmaları neticesinde, çocuğu yanında bulunduran ebeveynin kendi ülkesine kaçarak, güvendiği, bildiği hukuk sisteminden kendi lehine karar çıkacağı umuduyla, kendi ülkesinde velayet davası açtığı da bilinmektedir. Bu nedenle, uluslararası çocuk kaçırma vakıalarının azımsanamayacak nicelikte olduğu söylenebilir. Bu vakıaların ciddiyetinde olan birçok ülke Çocukların Uluslararası Kaçırılmalarının Hukuki Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi (1980) çevresinde toplandılar. Sözleşme, ülkemiz tarafından 21.01.1998 tarihinde imzalanarak; 01.08.2000 tarihinde yürürlüğe girdi (RG. 15.02.2000, S. 23695). Ayrıntılı bilgi için bkz. Atik, s. 39 vd.

hükümlerine göre kararın tenfizi talep edilebilir¹¹¹⁹. Böylece hakim, kararın tenfizinde aranan ön şartların ve asıl şartların varlığı bakımından tespitini yapar. Ön ya da asıl şartlardan yalnızca birinin eksik olması tenfiz talebinin reddi için yeterlidir. Bu nedenle ülkemizde son birkaç yıla kadar birlikte velayet kararlarının tenfiz edilmediği, tenfiz taleplerinin neredeyse tamamının “*kamu düzenine aykırılık*” gerekçesiyle reddedildiği bilinmektedir. Ancak, AİHS’ye EK 7 No ‘lu Protokol’ün 2016 yılında yürürlüğe girmesinden bu yana ülke içinde birlikte velayet kararları verilmeye başladığı gibi, yabancı ülkeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizinin de mümkün olduğu söylenebilir.

Çalışmamızın bu kısmında, birlikte velayet kararlarının, Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi Hakkında Avrupa Sözleşmesi ve MÖHUK ‘un tenfize ilişkin 50. ve 54. maddelerinde yer alan şartlar bakımından değerlendirilmesi yapılacaktır. Geçmişten bugüne, birlikte velayet kararlarının tenfizi sorunu ve özellikle “*birlikte velayet kararlarının tenfizinde kamu düzeni müdahalesi*” incelenecek, günümüzde yargının değişen tenfiz kararlarının hukuki gerekçesi irdelenecektir. Bununla beraber, uluslararası hukuktaki yeni düzenlemeler de göz önüne alındığında, birlikte velayet kararlarının tenfizinde karşılaşılabilecek muhtemel sorunların da tespitine çalışılacaktır.

2. Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi Hakkında Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi

a) Genel Olarak

Tenfiz kurumu, özünde, başka bir ülkeye ait kararın talep edilen ülkede icra edilebilmesini amaçlamaktadır. Ancak öyle önemli kurumlar vardır ki, tenfizi sadece ülkelerin iç hukuklarında yer alan düzenlemelerin akıbetine bırakılamaz. Bu nedenle devletler ikili ya da çok taraflı anlaşmalarla bu kurumları garanti altına almak isterler.

¹¹¹⁹ Cemal Şanlı, “Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, *MHB*, Y. 16, S. 1-2, 1996, s. 75.

Çocukların velayeti kurumu da önemli kabul edilen ve çok taraflı sözleşmelere konu olan böyle bir kurumdur.

Velayet kararlarının tenfizi hakkında imzalanan en kapsamlı sözleşme, 20 Mayıs 1980 tarihli “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi Hakkında Avrupa Sözleşmesi”dir. Türkiye tarafından bu Sözleşme 20 Ekim 1997 tarihinde imzalamış olup, 04.08.1999 tarih ve 4433 sayılı Kanunla uygun bulunarak, 08.08.1999 tarihli ve 23780 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin amacı, giriş kısmında da belirtildiği üzere, çocuğun velayeti konusundaki kararların tanınması ve tenfizini kolaylaştırmaya yönelik önlemlerin alınmasını, çocukların çıkarının daha iyi korunmasını sağlamak ve çocukların haksız olarak uluslararası sınırlar ötesine götürülmesi olaylarındaki artışı ve bu gibi hallerin ortaya çıkardığı sorunların uygun biçimde çözümlenmesinde karşılaşılan güçlükleri gidermektir¹¹²⁰. Böylece Sözleşme’nin, velayet kararlarının tanınması ve tenfizi hususunda önemli bir boşluğu doldurduğu söylenebilir¹¹²¹.

Sözleşme’de çocuk, vatandaşlığı ne olursa olsun, henüz 16 yaşın altında olup, mutad meskeni kanununa veya Vatandaşlık Kanunu’na veya talepte bulunulan devletin iç hukukuna göre kendi ikamet yerini tayin etme hakkına sahip olmayan kişi olarak tanımlanmaktadır (m.1/a). Velayete ilişkin karar ise, oturacağı yeri tayin etme, onunla şahsi ilişki kurma hakları da dahil olmak üzere çocuğun kişisel bakımına ilişkin olarak verilen herhangi bir makamın kararı şeklinde tanımlanır (m.1/c). Burada “makam” kavramı ile kastedilen, adli veya idari bir makamdır (m.1/b).

¹¹²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aysel Çelikel, “Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Velaye-te İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, *MHB*, Y. 17- 18, 1997-98, s. 109; Şule Çağlar, Yabancı Mahkeme Tarafından Verilen Velayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Devletler Özel Hukuku Bilim Dalı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2018, (Danışmanı: Prof. Dr. Vahit Doğan), s. 22; Tezgel, s. 258; Malkoç, s. 225.

¹¹²¹ Feriha Bilge Tanrıbilir, “Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi”, *MHB*, Y. 16, S. 1-2, 1996, s. 83. Sözleşme hakkında genel olarak bkz. Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Ankara 2001, s. 91, 92; Ekşi, s. 365, 366; Partalçı, s. 84 vd.; Çağlar, s. 23; Huysal, Velayet, s. 190.

Sözleşme'nin 2. maddesi, taraf her devletin, Sözleşme'de öngörülen görevleri yerine getirecek bir merkezi makam atamasını emreder. Böylece, taraf devletlerden birinde çocuğun velayetine dair bir karar elde eden kimseye, bu kararın taraf herhangi bir diğer devletin merkezi makamına dilekçe ile başvuruda bulunarak, tenfizini talep etme imkanı verilmektedir (m. 4). Aynı şekilde kişisel ilişki kurulması konusundaki kararlar ve velayete ilişkin kararların kişisel ilişki kurma hakkını öngören hükümleri de velayete ilişkin kararlar gibi tenfiz edilir ¹¹²²(m. 11).

Velayet kararlarının tenfizi şartları, Sözleşme'nin 7. ve 12. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Sözleşme'nin asıl amacı, kararların bir diğer devlette tenfiz edilebilirliğini sağlamak olmasına rağmen, tenfizin şartlarından ziyade reddi sebeplerine daha geniş yer verildiği görülmektedir¹¹²³. Aşağıda birlikte velayet kararlarının tenfizi çerçevesinde, Sözleşme'ye göre tenfizin şartlarına ve reddi sebeplerine detaylı olarak yer verilecektir.

b) Sözleşme Kapsamında Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi

Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi Hakkında Avrupa Sözleşmesi'nin başlıca amacı, velayete ilişkin kararların taraf devletlerce tenfizini kolaylaştırmaktır. Bu kapsamda velayet kararları arasında bir ayrım yapılmamamaktadır. Söz konusu karar, tek başına velayet kararı olabileceği gibi, birlikte velayetin düzenlenmesine ilişkin bir karar da olabilir. Önemli olan, kararın Sözleşme'de yer alan tenfiz şartlarına uygun olması ve tenfizin reddi sebeplerinin birinin gerçekleşmemiş olmasıdır. Bu takdirde, taraf devletlerden birinde, çocuğun velayetine ilişkin bir karar elde etmiş ve bu kararın

¹¹²² “Yine de bu şartlar kişisel ilişki kurulması ve bu kararların tenfizi hakkında tek başına yeterli görülmemiştir. Bu hakkın etkinliğinin artırılabilmesi açısından bazı öneriler getirilmiştir. Bunlar, Lahey Sözleşmesi'ne ek bir protokolün düzenlenmesi, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nden sonra imzalanan 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin desteklenmesi ve katılımın artırılmasının sağlanması, mahkeme kararlarının yeknesaklığı ve uluslararası adli işbirliği ve dayanışmanın artırılmasını sağlamak olarak sıralanabilir. Konsey devletleri ise, daha etkili bir çözüm getireceği inancıyla, 2003 yılında Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'ni imzalamışlardır”. Özge Bölükbaşı, Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, *EÜHFD*, C. XV, S. 3–4, 2011, s. 273, 274.

¹¹²³ Tanrıbilir, s. 85, 86; Çağlar, s. 36, 37; Huysal, Velayet, s. 193.

başka bir devlette tenfizini isteyen her kişi, taraf herhangi bir diğer devletin merkezi makamına, dilekçe ile başvuruda bulunabilir (m. 4).

Ülkemizde Sözleşme'ye uygun tenfiz, diğer tenfiz taleplerinde olduğu gibi, bir dilekçe ile kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sakin olduğu yer asliye hukuk mahkemesinden, Türkiye'de yerleşim yeri veya sakin olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir asliye hukuk mahkemelerinden birinden istenebilir (MÖHUK. m. 51 ve m. 52) . Velayet aile hukukuna ilişkin bir kurum olduğundan, tenfizinde 4787 sayılı Kanun'un 4. maddesi gereğince aile mahkemeleri görevlidir¹¹²⁴. Diğer taraftan, yapılan başvuru yabancı ülkenin merkezi makamları aracılığıyla Türkiye'nin merkezi makamı olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne de iletilmektedir¹¹²⁵.

Velayet kararlarının tenfizi şartları Sözleşme'nin 7. ve 12. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Birlikte velayet kararlarının da bu maddeler kapsamında tenfizi talep edilebilir. Buna göre¹¹²⁶;

1. Kararın, verildiği ülkede icra kabiliyetini kazanmış olması gerekir (m. 7).
2. Haksız götürme¹¹²⁷ halinde, talepte bulunulan ülke hukuk sisteminin çocuğun iadesine ilişkin olarak tenfiz kararını zorunlu kılması gerekir¹¹²⁸ (m. 8).

¹¹²⁴ Serkan Yıldız, “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi Hakkında Avrupa Sözleşmesi ve Uygulaması”, *Uluslararası Hukuk Bülteni*, s. 13, (http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/makaleler/sayi7makaleler/h_serkanyildiz.pdf, E.T. 25.12.2018), Dolunay, s. 110.

¹¹²⁵ Yıldız, s. 13; Süzen, s. 36; Partalcı, s. 85; Çağlar, s. 24.

¹¹²⁶ Tenfizin şartları hakkında bkz. Yücel Sayman, “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi Hakkında Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor”, *MHB*, Y. 16, S. 1-2, 1996, s. 130 vd.; A. Çelikel, Tenfiz, s. 111, 112; Tanrıbilir, s. 86 vd.

¹¹²⁷ Haksız götürme, Sözleşme'nin 1. maddesinin (d) bendinde; “*Çocuğun bir Âkit Devlette verilip bu Devlette infazı mümkün olan velayete ilişkin bir kararın ihlal edilmesi suretiyle bir uluslararası sınırın ötesine götürülmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır.

¹¹²⁸ Sözleşmenin 8. maddesine göre; “ 1. Haksız olarak götürme halinde, talepte bulunulan Devlet merkezi makamı: a) Kararın verildiği Devlet yargı organlarına başvuru anında veya daha önce vukua gelmiş ise, haksız olarak götürme tarihinde çocuk ve ebeveyni sadece bu Devletin vatandaşı iseler ve çocuk söz konusu Devlet toprağında ikâmet etmekte ise, ve b) Herhangi bir merkezi makama, haksız olarak götürmeden itibaren altı aylık bir süre içinde,

3. Sözleşme'nin 9. maddesinde yer alan tenfiz reddi sebeplerinden birinin bulunmaması gerekir. Bu sebepler maddede şu şekilde sıralanır:

a. Davalı veya yasal temsilcisinin gıyabında verilen bir kararın söz konusu olması halinde, davalıya, savunmasını yapmasına imkân verecek bir sürede dava dilekçesi veya benzeri belgenin tebliğ edilmemiş olması.

b. Davalının veya yasal temsilcisi bulunmaksızın verilen bir kararın söz konusu olması halinde, bu kararı veren merciin yetkisinin aşağıdaki durumlardan birinden kaynaklanmamış olması:

- i) Davalının mutad meskeni veya
- ii) En az birinin halen orada mutad olarak oturmaya devam etmesi şartıyla, çocuğun ana babasının son müşterek mutad meskeni veya
- iii) Çocuğun mutad meskeni.

c. Çocuğun götürülmesinden önce bir yıl süre ile talep eden Devlette mutad olarak oturmuş olması hali ayrık olmak üzere, tanınması veya tenfizi istenen kararın götürülmeden önce kendisinden istemde bulunulan Devlette verilmiş bir kararla bağdaşmaması.

4. Haksız götürme halleri dışında Sözleşmenin 10. maddesinde yer alan tenfiz reddi sebeplerinden birinin de bulunmaması gerekir. Bu sebepler ise şöyledir:

a. Kararın etkileri, talepte bulunulan Devletin aile ve çocuk hukukunun temel prensipleri ile bağdaşmadığı açık bir biçimde tespit edilmişse,

geri verilme müracaatında bulunulmuş ise, derhal çocuğun geri verilmesine tevessül edecektir. 2. Talepte bulunulan Devlet Kanunu uyarınca, herhangi bir adli makamın müdahalesi olmaksızın işbu maddenin birinci paragrafı hükümleri yerine getirilemiyorsa, işbu Sözleşmede öngörülen red nedenlerinin hiçbiri adli işlemlere uygulanmayacaktır. 3. Çocuğun velayet hakkına sahip kişi ile başka bir kişi arasında, bu kişiye şahsî ilişki kurma hakkı veren, yetkili bir makam tarafından onaylı bir anlaşma yapılmış ve mutabık kalınan sürenin sonunda çocuk ülke dışına götürüldüğünde, velayet hakkına sahip kişiye iade edilmemişse işbu maddenin birinci paragrafının (b) bendi ile ikinci paragrafı uyarınca velayet hakkının yeniden tesisi yoluna gidilir. Yetkili makamın, bu hakkı, çocuğun velayet hakkına sahip olmayan bir kişiye vermesi halinde de durum aynıdır”.

b. Aradan geçen zaman da dahil, ancak haksız götürme sebebiyle sadece çocuğun oturduğu yerin değişmesi hariç olmak üzere, şartlarda meydana gelen değişiklikler sebebiyle ilk kararın etkileri artık çocuğunun yararıyla açıkça bağdaşmaz nitelikte görülürse,

c. Asıl Devlette dava açıldığı an:

i) Çocuk, talepte bulunulan Devlet vatandaşı ise veya mutad meskeni bu Devlette bulunuyorsa ve asıl Devlet ile bu tür bir bağı yoksa,

ii) Çocuk aynı zamanda asıl Devlet ve talepte bulunulan Devlet vatandaşı ve mutad meskeni talepte bulunulan Devlette ise,

d. Karar, tanıma veya tenfiz isteminin yapılmasından önce açılan bir dava sonunda kendisinden istemde bulunulan devlette verilmiş veya üçüncü bir devlette verilmiş olup kendisinden istemde bulunulan devlette infaz edilebilir bir kararla bağdaşmaz nitelikte ve aynı zamanda red çocuğun yararına ise.

Birlikte velayet kararlarının tenfizi bakımından taraf devlet vatandaşlarının diğer bir devlet makamlarına yapacağı başvuru üzerine MÖHUK m. 54/1a ‘da yer alan “*karşılıklılık*” şartının da gerçekleştiği söylenebilir. Bu noktada hakim öncelikli olarak sözleşme şartlarını uygulamalıdır¹¹²⁹. Zira Anayasa m. 90/5 hükmü mahkemelerin uluslararası normları öncelikli olarak uygulaması bakımından imkan sağlamaktadır¹¹³⁰. Böylece esas alınan hüküm, bir iç hukuk kuralı niteliğine haiz olarak, birlikte velayet kararının tenfizini mümkün kılmaktadır¹¹³¹. Diğer taraftan, Sözleşme’deki şartların MÖHUK’un 54. maddesinde yer alan şartlardan daha ağır olduğu kanaatindeyse hakim MÖHUK’da yer alan şartlara göre tenfizi değerlendirmesine de hukuken bir engel bulunmamaktadır¹¹³².

¹¹²⁹ A. Çelikel, Tenfiz, s. 115; Ruhi, Tenfiz, s. 735; Şanlı, s. 75; Süzen, s. 35.

¹¹³⁰ Çekin, s. 651.

¹¹³¹ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 35; Erdem, s. 172; Ruhi, Tenfiz, s. 735.

¹¹³² Şanlı, s. 75.

3. MÖHUK Kapsamında Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi

a) Genel Olarak

Çalışmamızda birçok kez birlikte velayetin, velayetin bir türü olduğunu ifade ettik. Bu nedenle, yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının, aynen velayet kararları gibi tenfiz edilmesi mümkündür. Ancak günümüze kadar, birlikte velayet kararlarının tenfizinde bazı engellerin söz konusu olduğu görülmektedir. O halde, birlikte velayet kararlarının MÖHUK'ta yer alan hükümlere göre, ön şartlar ve asıl şartlar bakımından tenfiz edilip edilemeyeceğinin ve uluslararası hukuktaki revizyonlarla beraber birlikte velayet kararlarının tenfizinde oluşabilecek muhtemel sorunların değerlendirilmesi gerekir.

b) Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizinde Ön Şartların Değerlendirilmesi

(1) Genel Olarak

Yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının ülkemizde tenfiz edilebilmesi için öncelikli olarak kararda MÖHUK m. 50'de yer alan ön şartların bulunması gerekir. Başka bir ifadeyle, birlikte velayet kararının, yabancı bir mahkeme tarafından verilmesi, kararın hukuk davasına ilişkin olması ve kesinleşmesi aranır.

(2) Kararı Veren Makam Bakımından Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi

Birlikte velayet kararlarının tenfiz edilebilmesi için kararın “yabancı” bir “mahkeme” tarafından verilmesi ve verilen kararın “hukuk davasına” ilişkin bir karar olması gerekir¹¹³³.

“Hukuk davaları” ifadesi ile Kanun'un 50. maddesinde kastedilen davalar, özel hukuk ilişkilerinden doğan davalardır¹¹³⁴. Bir davanın hukuk davası olup olmadığı lex

¹¹³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cemile Demir Gökyayla/Ziya Akıncı, *Milletlerarası Aile Hukuku*, İstanbul 2010, s. 160.

¹¹³⁴ Günseli Öztekin Gelgel, “Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler”, *MHB*, C. 35, S. 2, s. 110; Partalcı, s. 20; Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 122; Dolunay, s. 68; Çağlar, s. 55; Köle, s. 47.

foriye göre vasıflandırılır¹¹³⁵. Bu anlamda Türk Medeni Kanunu’nun aile hukuku kitabında düzenlenen velayet davalarının özel hukuka ilişkin bir dava olduğu şüphesizdir.

“Yabancı mahkeme” ifadesi ile tenfiz talebinde bulunulan ülkenin egemenliğinde olmayan, bağımsız, başka bir ülke egemenliği altında yer alan ve o ülkede resmi olarak yetkilendirilerek uyuşmazlığı çözme kuvvetine haiz yargı organları anlaşılmalıdır¹¹³⁶. Mahkemeler dışında, örneğin o ülkenin idari bir makamına ait kararın Türkiye’de tenfizi mümkün değildir¹¹³⁷. Ancak bazı ülkelerde mahkeme sıfatı dışında yetkilendirilen, kilise gibi dini; konsolosluk, kral, belediye başkanlığı gibi idari (resmi) vb. başkaca makamlar tarafından mahkeme gibi karar verildiği bilinmektedir¹¹³⁸. Ülkemizde bu makamlarca verilen kararların kanunen tenfizine imkan verilmemekte, hatta talep edildiği takdirde istemin reddine karar verilmektedir¹¹³⁹. Ancak istisnai bazı durumlarda idari makamlarca verilen kararların tanınma veya tenfizine de imkan sağlanmaktadır. Örneğin, Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 30/2’de düzenlenen hüküm, bu kuralın önemli bir istisnasını teşkil eder. Söz konusu hükme göre, diğer şartları da taşıması koşuluyla yargı organlarının yanı sıra, idari bir makamlarca verilen evlat edinmeye ilişkin kararların da tenfizi mümkündür¹¹⁴⁰. Ayrıca, yine Nüfus Hizmetleri Kanunu’na 2017 yılında eklenen 27/A maddesi¹¹⁴¹ de

¹¹³⁵ Partalcı, s. 20; Ruhi, Tenfiz, s. 738; Köle, s. 47.

¹¹³⁶ Çağlar, s. 51; Ekşi, s. 109; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 222.

¹¹³⁷ Gelgel, s. 110; Ekşi, s. 542; Gökyayla/Akıncı, s. 160; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 223.

¹¹³⁸ Burak Huysal, “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili (Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili)”, *MHB*, C. 37, S. 2, Y. 2017, s. 477; Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 121; Ekşi, s. 542; Çağlar, s.52.

¹¹³⁹ Huysal, Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili, s. 477; Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 121; Süzen, s. 39.

¹¹⁴⁰ Partalcı, s. 19; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 223; Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 30/2; “(1) Yurt dışında yabancı yetkili makamlar önünde yapılan evlât edinme işlemleri aslî şartlar bakımından Türk mevzuatına uygun olmak şartıyla Türkiye’de de geçerlidir. (2) Evlât edinme olaylarına ilişkin yabancı adli veya idarî makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgelerin Türkiye’de icra olunabilmesi, yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz veya tanıma kararı verilmesine bağlıdır.”

¹¹⁴¹ R.G. 29.04.2017, S. 30052.

kuralın önemli bir istisnasını oluşturmaktadır¹¹⁴². Hükme göre, “*Yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararlar; bizzat veya vekilleri aracılığıyla tarafların birlikte başvurusu, verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adli veya idarî makam tarafından verilmiş ve usulen kesinleşmiş olması ve Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şartlarıyla nüfus kütüğüne tescil edilir*” .Böylece, idari makamlar tarafından verilen boşanma kararlarının, söz konusu hükümde yer alan şartlar dahilinde, ülkemizde tanınması mümkün hale gelmektedir¹¹⁴³. Kanuni istisnaların dışında, MÖHUK. m. 1 gereğince de Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerine göre idari makamların verdiği kararların tenfizi mümkün olabilir.

Birlikte velayete ilişkin kararlar, yabancı ülkelerde genellikle mahkemeler tarafından verilmektedir. Ancak son yıllarda yapılan kanuni revizyonlarda, mahkemeler dışında resmi olarak görevlendirilen makamlara da birlikte velayet kararı verme ya da velayeti yeniden düzenleme gibi bir takım yetkilerin verildiği bilinmektedir. Örneğin, İsviçre’de 2013 yılında, çocukların ve yetişkinlerin korunması amacıyla, kısa adı KESB olarak bilinen bir makam kurulmuştur. KESB, boşanma

¹¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Huysal, Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili, s. 477 vd.; Tütüncübaşı, s. 116 vd.; Çağlar, s. 54; Köle, s. 46.

¹¹⁴³ Hatta, tanımanın mahkeme hükmüne gerek olmaksızın doğrudan nüfus kütüğüne tescili dahi mümkündür. Ülkemizde söz konusu hükmün yürürlüğe girmesinden önce mavi kartlılar bakımından kabul edilen 30.04.2013 tarihli “*Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge*” ile benzer bir uygulama mevcuttu. Bu dönemde yalnızca mavi kart sahipleri için geçerli olan doğrudan tescil uygulaması Huysal tarafından şu şekilde eleştirilmekteydi: “*Yönergenin 10/318 ve 1719 maddeleri uyarınca mavi kart sahipleri hakkında verilen yabancı boşanma kararları, MÖHUK kapsamında söz konusu yabancı boşanma kararının Türk mahkemelerince tanınmış olması aranmaksızın, ilgili Türk nüfus siciline tescil edilmektedir. Yönerge kapsamında mavi kart sahibiyle evli Türk vatandaşları bakımından da boşanmalar Türk vatandaşı için aile kütüğüne doğrudan tescil edilmektedir. Değınmiş olduğumuz Yönerge -esasî itibarıyla açıkça MÖHUK’a ve normlar hiyerarşisine aykırı olmasına rağmen- genelge yoluyla ve fiilen Türkiye’de bazı yabancı boşanma kararlarının doğrudan tescilinin yapıldığını göstermektedir. Üstelik Yönerge hükümleri, boşanma kararının tescili için neredeyse hiçbir koşul aramadan, sadece usulüne uygun olarak yetkili makamlarca onaylanmış olmasını yeterli görmektedir. Bu haliyle Yönerge açıkça MÖHUK’un 1. ve 58. maddelerine aykırı olduğu gibi, meşru bir amaca dayalı olmaksızın ayrıcalıklı bir sınıf da yaratmaktadır. NHK m. 27/A düzenlemeleri sonrasında ilgili yönergenin uygulanıp uygulanmayacağı ise hukuka aykırı bir genel düzenleyici işlem olması nedeniyle belirsizdir*” (Huysal, Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili, s. 478).

kararından sonra ve evlilik dışı ilişkilerde velayet konusunda önlemlere başvurma ve kararlar alma yetkisine sahiptir¹¹⁴⁴. Örneğin, evlilik dışı ilişkilerde ebeveynlerden biri, diğerinin birlikte velayet hakkındaki talebini reddederse, diğer ebeveyn velayetin tesisi için KESB'e başvurabilmektedir¹¹⁴⁵. Bunun yanında, İsviçre'de mahkeme ve KESB dışında, birlikte velayetin tesisi hakkında üçüncü bir makam olarak, Nüfus Müdürlükleri de yetkilidir¹¹⁴⁶. Alman hukukunda ise, özellikle evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayetin tesisi için başvurular notere ya da Gençlik Merkezine (Jugendamt) yapılmaktadır¹¹⁴⁷. Yine birçok ülkede buna benzer uygulamalar mevcuttur. Hal böyle iken, söz konusu makamlar tarafından verilen kararların ülkemizde uygulanmasının mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Zira bu makamların, mahkeme niteliği olmadığı gerekçesiyle kararın tenfizi talebi reddedilebilir. MÖHUK m. 50 hükmü açıktır. Bununla beraber, doktrinde bizim de katıldığımız bir kısım yazar, tenfiz için kararın o ülke hukukuna uygun olarak yetkilendirilen bir makam tarafından verilmesinin yeterli olduğunu ileri sürmektedir¹¹⁴⁸.

Sonuç olarak, yukarıda zikredilen ülkeler ve benzer uygulamaya sahip diğer ülkeler tarafından da tanınan ve resmi olarak görevlendirilen makamlar tarafından verilen birlikte velayet kararlarının ülkemizde tenfiz edilebilmesi gerekir. Tenfizi istenen karar bakımından, birlikte taraf olunan ve tenfize imkan kılan bir sözleşme mevcutsa, bu sorunun MÖHUK m. 1 ve Any. m. 90/5'e göre çözülmesi de

¹¹⁴⁴ FF 2011 8025, s. 8041, 8048; Schläppi, s. 2; Rechtsanwältin, s. 2.

¹¹⁴⁵ Büchler/Maranta, s. 9; Cantieni/Biderbost, s. 785; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 464; Senn, s. 973; Shambicco, s. 1; Bucher, Elterliche Sorge, s. 9.

¹¹⁴⁶ FF 2011 8025, s. 8051; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 462, 463; Schläppi, s. 2; Shambicco, s. 1.

¹¹⁴⁷ K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 25.

¹¹⁴⁸ Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 121. Huysal ise, idari makamlarca özellikle boşanma kararı ile birlikte verilen velayet kararlarının akıbetinin belirsiz olduğunu ileri sürmektedir. Zira idari bir makam tarafından verilen boşanma kararlarının NHK m. 27/A gereği nüfusa doğrudan tescili mümkünken, ferisi niteliğinde olan velayet kararları hakkında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Bu sebeple Huysal'a göre, velayet kararları bakımından tenfiz talebinin kabul edilebilmesi için kararın bir "mahkeme" tarafından tesis edilmesi şartı geçerliliğini korumaktadır. Dolayısıyla idari makamlarca verilen velayet kararlarının tenfizi talebi reddedilecektir. Huysal makalesinde NHK m. 27A ile paralel olarak velayet kararı ile ilgili bir düzenlemenin de yapılması gerektiğine dikkati çekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Huysal, Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili, s. 496.

mümkündür. Örneğin, Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi Hakkında Avrupa Sözleşmesi'nin velayet kararlarının tenfizini kolaylaştırdığı ve bu konuda düzenlenen en kapsamlı sözleşme olduğunu ifade etmiştik. Sözleşmenin 1. maddesinin c bendinde velayete ilişkin karar; “*oturacağı yeri tayin etme, onunla şahsi ilişki kurma hakları da dahil olmak üzere çocuğun kişisel bakımına ilişkin olarak verilen herhangi bir makamın kararı*”; aynı maddenin b bendinde makam ise, “*adli veya idari bir makam*” olarak tanımlanmaktadır. Bu hükümden hareketle, Sözleşme'ye taraf devletlerde yetkilendirilen adli veya idari makamlar tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizi de mümkün hale gelmektedir¹¹⁴⁹. Yeter ki, verilen karar o ülke tarafından resmi olarak yetkilendirilmiş makamlar tarafından verilmiş olsun.

İsviçre ve Almanya'nın Velayete İlişkin Sözleşme'ye taraf ülkeler arasında olduğu bilinmektedir¹¹⁵⁰. O halde KESB ya da Gençlik Merkezi gibi yetkili makamlar tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfiz edilebileceği söylenebilir. Bundan başka, taraf olan diğer devletlerin birlikte velayete ilişkin olarak yetkilendirdiği resmi makamlarca verilen kararların da tenfizi mümkün olmaktadır.

(3) Kararın Kesinleşmesi Bakımından Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi

Henüz verildiği ülkede kesinleşmemiş bir kararın, kendi ülkesinde bile icra kabiliyetini elde edememişken, başka bir ülkede tenfizinin kabul edilmesi düşünülemez. Bu nedenle ülkemizde, tenfizi talep edilen kararın kesinleşmiş olması şartı aranmaktadır¹¹⁵¹. Kararın kesinleşmesi ile kastedilen, mahkemenin artık o davaya

¹¹⁴⁹ Gelgel, s. 111; Ekşi, s. 543; A. Çelikel, Tenfiz, s. 115; Ruhi, Tenfiz, s.737; Partalcı, s. 19; Çağlar, s. 37; Tezgel, s. 259.

¹¹⁵⁰ “Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children) bundan böyle “Avrupa Sözleşmesi” olarak anılacaktır. Sözleşme'ye taraf devletler; Almanya, Andorra, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Kıbrıs Rum Kesimi, Letonya, Lihtenşteyn, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Moldova, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, SırbistanKaradağ, Yugoslavya, Yunanistan, Ukrayna ve Türkiye'dir” (Atik, s. 31, dpn. 75'ten aynen alıntı).

¹¹⁵¹ Şit'e göre “kesinleşmiş olma şartı”, “MÖHUK m. 54 te yer alan asıl şartların incelenmesinden önce ve hakimin resen gözetmesi gereken bir şart olmasından dolayı dava

bakamaması, davadan elini çekmesi, bir başka deyişle, hakimın bir daha o kararı değiştirememesidir¹¹⁵².

Kesin hüküm iki şekilde nazara alınır: Şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm. Bir kararın şekli anlamda kesinliği ile karara karşı başvurulabilecek kanun yolunun bulunmadığı ya da olanların da sona erdiği anlaşılır¹¹⁵³. Maddi anlamda kesin hüküm ise, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kesin olarak tespiti ve aynı davanın yeniden açılmaması anlamına gelir¹¹⁵⁴. Türk hukukunda çoğu yazar, yabancı mahkeme kararının tenfiz edilebilmesi için kararın şeklen kesinleşmiş olmasını yeterli kabul etmektedir¹¹⁵⁵. Bizce de kararın şeklen kesinleşmiş olması gerekli ve yeterlidir. Aksinin kabulü halinde, velayet kararları gibi maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen kararların ülkemizde tenfizi oldukça güç hale gelir.

Velayet kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir¹¹⁵⁶. TMK'nın 351. maddesinde belirtilen koşulların varlığı halinde, önceki hükme rağmen velayetin

şartı niteliğinde kabul edilmelidir. Bu nedenle, davanın açıldığı anda yabancı mahkeme kararının kesinleşmiş olması gerekir. Bununla beraber yabancı mahkeme kararının kesinleşmediği dava açılırken anlaşılmamış ve bu eksiklik sonradan giderilmiş ise, hakimın tenfizi bu nedenle reddetmemesi gerekir. Bu konuda Yargıtay'ın da kafası karışık görülmektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi karar sonradan kesinleşse dahi tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiğine karar verirken, 11. Hukuk Dairesi bu eksikliğin giderilmesi halinde talebin reddedilemeyeceğine karar vermektedir". Ayrıntılı bilgi için bkz. Şit, s. 67 vd.; Ekşi, s. 543; Gökyayla/Akıncı, s. 160; Tezgel, s. 152; Köle, s. 48.

¹¹⁵² V. Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 111; Şit, s. 62.

¹¹⁵³ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B. 22. Ankara, 2011, s. 684; Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 123; Tütüncübaşı, s. 108; Partalcı, s. 22; Tezgel, s. 35.

¹¹⁵⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, s. 683; Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 124; Tütüncübaşı, s. 108; Partalcı, s. 22; Çağlar, s.57; Tezgel, s. 36.

¹¹⁵⁵ Gökyayla'ya göre, yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilebilmesi için şeklen kesinleşmiş olması yeterlidir. Gökyayla, s. 40, 41; Gökyayla/Akıncı, s. 160. Benzer görüşler için bkz. Dolunay, s. 70; Tütüncübaşı, s. 109; Şit, s. 63; Partalcı, s. 24; Ekşi, s. 543; Huysal, Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili, s. 494.

¹¹⁵⁶ Yarg. HGK., T. 16.12.1994, E. 1993/2-764, K. 1994/70, "Velayete ilişkin temyize gelince; Çocukların nesep ve velayeti kamu düzeni ile ilişkilidir. (Y.2.H.D.7.12.1990 tarihli 6940-12516 sayılı 2.10.1992 tarihli 8023-8927 sayılı, 25.10.1993 tarihli 9213-9790 sayılı kararları) Şu halde kabul yukarıda açıklandığı üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 95. maddesi uyarınca bu konuda kesin hüküm oluşmaz. Öte yandan Medeni Kanunun 149, 272 v.d. ; 298. maddeleri uyarınca boşanmadan sonra velayetin değiştirilmesini ya da çocuğun himayesini gerektiren bir halin ortaya çıkması halinde hakim resen dahi gerekli

değiştirilmesi davası açılabilir. Bu durumda sorulması gereken soru, velayet kararının sonradan değiştirilmesi olasılığının tenfize etkisi olup olmadığıdır. Gelgel, bu soruyu şu şekilde yanıtlamaktadır: “*Değişen koşullar neticesinde velâyetin yeniden düzenlenmesi için açılan davada artık hukuki sebep değişmiştir. Kanaatimizce; burada hukuki sebep olarak nitelendireceğimiz velayetin dayandığı kanun hükmü ve maddesinden ziyade bu hükmü çevreleyen maddi olaylardır. Dolayısıyla taraflar aynı, netice-i talep aynı olmakla birlikte farklı bir olaya ve bunun çevrelediği hukuki sebebe dayanan bir dava söz konusudur. Bu sebeple velayet kararlarının da şekli anlamda ve maddi anlamda kesin hüküm kuvvetinden söz edebiliriz. Netice itibariyle verildiği ülke usul hukuku kurallarına göre maddi ve şekli anlamda kesinleşmiş velayet kararları MÖHUK gereği tenfiz davasının konusu olabilecektir*”¹¹⁵⁷.

Herşey bir tarafa, MÖHUK m. 1 gereği, Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi Hakkında Avrupa Sözleşmesi gibi, milletlerarası sözleşme hükümlerinin de saklı olduğu unutulmamalıdır. Söz konusu Sözleşme’nin 7. maddesine göre tenfiz için kararın icra kabiliyetini kazanmış olması gerekli ve yeterlidir. Bu durumda birlikte velayet kararlarının maddi anlamda kesinleşmesi aranmaksızın tenfizinin mümkün olduğu kabul edilebilir¹¹⁵⁸. Hatta doktrinde birçok yazar, icra kabiliyetine haiz olan velayete ilişkin geçici tedbir kararlarının, ara karar biçiminde tesis edilse de Sözleşme’ye taraf devletlerce tenfizinin mümkün olduğunu savunmaktadır¹¹⁵⁹. Bizce de dava devam ederken çocuğunu da alarak ülkesine geri dönen taraf bakımından tedbir niteliğinde

tedbirleri oluşturmak zorundadır. Böyle olunca velayetin değiştirilmesi ya da nez'i davalarında davacının davadan feragati mümkün olmadığı (Y.2.H.D. 12.2.1998 tarihli 698-1454 sayılı kararı)gibi davanın takipsiz bırakılması da bir şey ifade etmez. Mahkemece resen tarafların müşterek çocukları İdil'in velayetinin değiştirilmesini gerektiren bir halin oluşup oluşmadığı araştırılmadan yazılı biçimde karar verilmesi doğru bulunmamıştır” (<http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=38338>, E.T. 26.12.2018). Ayrıca bkz. Berivan Gökçenay, “Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları”, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Hukuk Bilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi* (Danışmanı: Doç. Dr. Sibel Özel), İstanbul 2009, s. 213; Süzen, s. 39; Çağlar, s. 57; Ekşi, s. 543; Gökyayla/Akıncı, s. 160, 161; Kahraman, s. 110.

¹¹⁵⁷ Gelgel, s. 112, 113.

¹¹⁵⁸ A. Çelikel, Tenfiz, s. 115; Şanlı, s. 72; Atik, s. 126; Ruhi, Tenfiz, s. 738; Malkoç, s. 225.

¹¹⁵⁹ A. Çelikel, Tenfiz, s. 115; Ruhi, Tenfiz, s. 739; Sayman, s. 130; Gökçenay, s. 214.

verilen geçici velayetin tesisine ilişkin kararın tenfizi mümkün olmalıdır. Zira bu verilecek tenfiz kararı çocuğun menfaatine de uygun olacaktır. Nitekim Yargıtay kararlarında da velayetin kesin hüküm teşkil edip etmediğinden ziyade, ilamının icra kabiliyeti ve bu kabiliyete haiz olduğunu gösteren, o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı ve belge ile onanmış tercümesinin eklenmesinin zorunlu olduğu hususu üzerinde durulduğu görülmektedir¹¹⁶⁰. Esasen sorun, velayet kararının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden dolayı tenfiz edilemeyeceği değil; velayet kararının, kararı veren yabancı mahkeme tarafından değiştirilmesi halinde, değiştirilen kararın yeniden tenfiz edilemeyeceğidir. Başka bir deyişle, birlikte velayet kararının tenfizinden sonra, şartların değişmesi nedeniyle, yabancı mahkemenin tek başına velayete karar vermesi halinde, son verilen kararın ülkemizde tenfiz edilemeyeceği sorusu yanıtlanmalıdır.

Ekşi'ye göre, velayete ilişkin olarak verilen ikinci karar tarafları ve konusu aynı olsa da sebebi farklı olduğundan yeni bir karardır. Bu nedenle ikinci kararın tenfizine, verilen ilk kararın tenfizinin kesin hüküm oluşturması söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle, değişen velayet kararının ülkemizde tenfizi mümkündür¹¹⁶¹.

Gökyayla/Akıncı'ya göre, böyle bir tenfiz istemi karşısında velayete ilişkin Türk mahkeme kararının değiştirilmesi için haklı koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır. Bir diğer deyişle, *“böyle bir dava Türk mahkemelerinin önüne gelse idi velayetin değiştirilmesine karar verilmesi gerekirdi”* şeklinde bir tespitin yapılması halinde, velayeti değiştiren kararın tenfizi de sağlanabilecektir. Yazarlar, buradaki incelemenin ilk bakışta tenfizi istenen kararın içeriğinin tetkiki gibi görülse de, çocuğun menfaatinin bu yönde bir incelemenin yapılmasını haklı kıldığını belirtir¹¹⁶².

¹¹⁶⁰ “Tenfiz dilekçesine yabancı mahkeme ilamının o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı ve belge ile onanmış tercümesinin eklenmesi zorunlu olduğu halde, bu hususlara uyulmaması doğru bulunmamıştır” Yarg. 2. H.D. T. 21.09.2004, E. 2004/9168, K. 2004/10346, (<http://www.e-hukukrehberi.com/> E.T. 26.12.2018). Ayıca bkz. Çağlar, s. 58; Ekşi, s. 543; Gelgel, s. 112.

¹¹⁶¹ Ekşi, s. 545.

¹¹⁶² Gökyayla/Akıncı, s. 163.

Atık'e göre de bu yönde bir incelemenin yapılması, her ne kadar velayete ilişkin kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmiyor denilse de, aynı konuda verilmiş bir kesin hüküm olmaması şeklindeki tenfiz şartının amaçsal yorumu yapıldığında mümkün görülmektedir¹¹⁶³.

Öte yandan, yabancı mahkemeler tarafından verilen velayet kararlarının Türk mahkemeleri tarafından değiştirilip değiştirilemeyeceği konusuna da değinilmelidir.

Gelgel'e göre, tenfiz hâkiminin söz konusu eski durum içinde alınmış olan velayet kararını çocuğun yüksek yararına aykırı bularak kamu düzeni gerekçesiyle tenfizi reddetme yetkisi saklıdır, ancak değişen koşullara uygun olarak velayeti yeniden tesis etme ve düzenleme yetkisi yoktur. Bu durumda tarafların velayetin yeniden tesisi için yetkili aile mahkemesinde dava açmaları her zaman mümkündür¹¹⁶⁴.

Yargıtay ise bir kararında, tenfiz edilen velayet kararının değiştirilebileceğini, ancak bu değişikliğin, kararı veren yabancı mahkemenin iznine bağlı olduğunu ifade etmektedir¹¹⁶⁵.

Bizce çocuğun menfaatleri ve korunmasını gerektiriyor ise, tenfiz edilen velayet kararının izin gerekmeksizin Türk mahkemelerince değiştirilebilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, Yargıtay'ın kararında yer verdiği "izin" ifadesinin kullanımı hatalıdır.

¹¹⁶³ Atık, s. 141.

¹¹⁶⁴ Gelgel, s. 116, 117.

¹¹⁶⁵ Yarg. 2. HD. T. 15.02.2002, E. 2001/17145, K. 2002/2106, "Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü. 21.2.1983 tarihli resmi gazetede yayınlanan küçüklerin korunması konusunda makamların yetkisine ve uygulanacak kanuna dair sözleşmenin 1. maddesi; küçüğün mutat meskeninin bulunduğu devletin mahkemeleri ve idari makamlarının küçüğün şahsını ve mallarını korumaya yönelik tedbirleri alabileceğini, 5. maddesi de; küçüğün eski mutat meskeninin bulunduğu devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirlerin bu makamlara önceden haber verilmeden kaldırılamayacağını veya yerine yenilerinin konulamayacağını hükmüne bağlamıştır. Taraflar 7.11.1995'te Böblingen Asliye Hukuk Mahkemesinin kararı ile boşanmış 2.1.1988 doğumlu küçük Asiye'nin velayeti anneye verilmiş ve bu karar Türk mahkemesince tenfiz edilmiş 16.10.2000'de kesinleşmiştir. Yabancı mahkemenin kararının velayete ilişkin bölümü tedbir niteliğindedir. Değiştirilmesi kararı veren yabancı mahkemenin iznine bağlıdır. Bu yönde işlem yapmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır" (<https://www.kararara.com/yargitay/yhdk9/yrgtyk18862.htm>, E.T. 14.01.2019).

Zira söz konusu karara esas alınan “*Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme*” nin;

- 1. maddesi, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devletin mahkemeleri ve idari makamlarının küçüğün şahsını ve mallarını korumaya yönelik tedbirleri alabileceğini;

- 5. maddesi ise, küçüğün eski mutad meskeninin bulunduğu devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirlerin bu makamlara önceden haber verilmeden kaldırılamayacağını veya yerine yenilerinin konulamayacağını hükme bağlamaktadır.

Dolayısıyla hükme gerekçe alınan söz konusu sözleşmede “*izin*”den değil, “*haber vermeden*” bahsedildiği görülmektedir.

Bizce “*izin*” almaya ya da “*haber verme*”ye gerek olmaksızın, tenfiz edilen kararın, Türk mahkemelerince değiştirilmesi mümkündür. TMK’nın 351. maddesine göre, durumun değişmesi halinde, velayete ilişkin kararın da değiştirilmesine karar verebilen hakim; çocuğun yararına ise tenfiz edilen velayet kararının da değiştirilmesine karar verebilir. Unutulmamalıdır ki, tenfiz edilen yabancı mahkeme kararları, Türk mahkemeleri tarafından verilen kararlar gibi kabul edilir ve icrası da tıpkı Türk mahkemeleri tarafından verilen kararlar gibidir¹¹⁶⁶. Ancak tarafların tenfiz talebiyle, birlikte velayet kararında değişiklik talebinde bulunması mümkün değildir. Gelgel’in de belirttiği üzere, velayet kararın da değişiklik yapılabilmesi için aile mahkemelerinde ayrı bir davanın açılması gerekir¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁶ Ekşi, s. 545, 546.

¹¹⁶⁷ Gelgel, s. 116, 117.

c) Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizinde Asıl Şartların Değerlendirilmesi

(1) Genel Olarak

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi bakımından hakimın gözetmesi gereken ve doktrin tarafından “*asıl şartlar*” olarak isimlendirilen esaslar, MÖHUK’un 54. maddesinde 4 bent şeklinde sıralanmaktadır¹¹⁶⁸. Buna göre;

“a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması.

b) İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.

c) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması” hallerinde kararın tenfizi mümkündür.

Aşağıda MÖHUK m. 54’de yer alan şartlara göre birlikte velayet kararlarının tenfizinin mümkün olup olmadığı hususu değerlendirilecektir.

(2) Kamu Düzeni Müdahalesi Bakımından Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi

(a) Genel Olarak Kamu Düzeni Kavramı ve Kamu Düzenine Açık Aykırılık

Kamu düzeni, bir ülkede belirli bir zamanda var olan kamu yararı, kamu sağlığı, kamu güvenliği ya da genel ahlaki ilgilendiren ve toplumun çıkarlarını korumaya

¹¹⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. “§ III.A.2.c) Tenfizin Asıl Şartları” başlığı altında yapılan açıklamalar.

hizmet eden kuralların tamamıdır¹¹⁶⁹. Kamu düzenine aykırılık ise, doktrinde aşağıdaki şekillerde tanımlanmaktadır.

Arata göre, “*âmme intizamı, beynelmilel âmme intizamı, dahili âmme intizamı* diye ikiye ayrılır. *Dahili âmme intizamı, vatandaşların iradeleri ile bertaraf edemedikleri âmir hükümlerdir. Beynelmilel âmme intizamı ise, gerek vatandaş, gerek yabancıların içtimai emniyeti muhafaza için, uymaları icap eden kaidelerdir. Bunlar; vatandaşlara olduğu kadar yabancılara dahi tatbik edileceğinden, taallûk ettikleri hususlarda salâhiyetli yabancı kanunun da tatbikine mâni olur. Bütün bunların neticesi olarak, eğer yabancı hüküm, hukukumuzun umumi ahlâk, temel prensipler veya adalet anlayışına aykırı bir surette -meselâ bir taraf aleyhine adaletle yabancı unsurlar nazara alınarak yahut diğer tarafın başvurduğu hileli muameleler neticesinde- veya böyle bir sebebe binaen verilmiş veya icrası adı geçen hususları zedeleyecek mahiyette ise, tenfiz olunamayacaktır*”¹¹⁷⁰.

Gökyayla, kamu düzenini kısaca toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü olarak tanımlar. Yazar, kamu düzenine aykırılığı ise; Türk Hukuku’nun temel değerlerine, Türk genel adap ve anlayışına, genel siyasete, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerle, milletlerarası geçerli olan genel prensiplere, iyiniyete, ahlak ve adalet anlayışına hakim olan hukuki prensiplere, siyasi rejime, toplumun iktisadi düzenine ve temel insan haklarına aykırılık olarak tanımlamaktadır¹¹⁷¹.

Yargıtay bir kararında, kısaca, bir kuralın kamu düzenine aykırı bir kural olarak kabul edilebilmesi için o kuralın, ülkenin hukuk düzeninin temel ilkelerinden birisiyle

¹¹⁶⁹ Ahmet Cemal Ruhi/Yavuz Kaplan, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni, *MHB*, Y. 22-2002, s. 643- 663, s. 643; Işlar Umut Mutlu, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeninin Etkisi, (Danışmanı: Prof. Dr. M. Turgut Turhan), *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk ABD*, Ankara 2003, s. 22; Kemal Dayınlı, “*Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni*”, s. 4, (<http://www.dayinlarli.gen.tr>, E.T. 26.02.2019); Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 136.

¹¹⁷⁰ Arat, s. 508, 509.

¹¹⁷¹ Gökyayla, s. 27, 28; ayrıca benzer tanımlar için bkz. Dayınlı, s. 5, 6; Mutlu, s. 26.

çatışması ya da ülkenin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi gerektiğini vurgulamaktadır¹¹⁷².

Kamu düzeni takdiri bir kavramdır. Bu nedenle onu kesin olarak sınırlayan özelliklerinin olmadığı söylenebilir¹¹⁷³. Bununla beraber, doktrinde kamu düzeninin özellikleri şu şekilde sıralanmaktadır: zamana, konuya ve mekana göre değişkenlik arz etmesi ve takdiri bir niteliğe sahip olması...

Kamu düzeni, mekana göre değişkenlik arz etmektedir. Hakim karar verirken, tabi olduğu devletin düzenini esas almalıdır¹¹⁷⁴. Zira kamu düzeni kavramı, toplumdan topluma ya da ülkeden ülkeye değişkenlik arz eden o ülke ya da topluma münhasır kuralları içerir¹¹⁷⁵.

Diğer taraftan, kamu düzeni müdahalesi konuya göre de değişkenlik arz eder. Hakim her konuyu kendi içerisinde ve doğuracağı sonuçlar bakımından ayrı ayrı incelemek suretiyle bir karara varmalıdır¹¹⁷⁶. Örneğin, ülkemizde çok eşliliğin kabul edilmesi kamu düzeni bakımından mümkün değilken, eşin nafaka talebinin sadece bu nedenle reddedilmesi de sonuçları bakımından hakkaniyete uygun kabul edilemez¹¹⁷⁷. Bu nedenle her olayı ayrı ayrı irdeleyip, konu bakımından kamu düzenine aykırılık olup olmadığına karar verilmesi gerekir.

Zamana göre değişkenlik ise, önceden kamu düzenine aykırı kabul edilen bir hususun sonradan aykırı kabul edilmemesi ya da tam tersine aykırı kabul edilmeyen bir hususun daha sonra kamu düzenine aykırı kabul edilmesidir¹¹⁷⁸. Bu takdirde karara

¹¹⁷² Yarg. 15. H.D. T. 12.05.2014, E. 2014/2183, K.2014/3226, (<http://www.e-hukukrehberi.com/> E.T. 24.12.2018).

¹¹⁷³ Yarg. 15. H.D. T. 12.05.2014, E. 2014/2183, K.2014/3226; ayrıca bkz. Partalçı, s. 46.

¹¹⁷⁴ Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 136.

¹¹⁷⁵ Gökyayla, s. 30; Dayınlarlı, s. 13; Çelikel/Erdem, s. 722; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 233; Mutlu, s. 43.

¹¹⁷⁶ Gökyayla, s. 31; Mutlu, s. 44.

¹¹⁷⁷ Gökyayla, s. 31.

¹¹⁷⁸ Gökyayla, s. 28.

esas alınan kamu düzeni, o devletin son zamanına mahsus olan düzen olmalıdır¹¹⁷⁹. Başka bir deyişle hakim, kamu düzeninin zamanın koşullarına göre değişkenlik göstereceği gerçeğine uygun olarak, karar anında var olan kamu düzeni anlayışını benimsemelidir. Nitekim yıllarca Yargıtay tarafından, tarafların anlaşarak boşanmalarına dair verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması kamu düzenine aykırı kabul edilirken; 1988 yılından bu yana anlaşmalı boşanma kararlarının tanınması mümkün hale gelmiştir¹¹⁸⁰. Bu nedenle, kamu düzeni kavramı hakimın takdirine bırakılmakta olup her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilerek karar verilmesi beklenmektedir¹¹⁸¹.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni, yukarıda açıklanan genel kamu düzeni kavramından biraz daha dar ve sınırlı bir anlama sahiptir¹¹⁸². Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni, iç hukuktaki yargılama usulüne ya da kurallarına uygun olarak verilmeyen bir hükmün, uygulandığı takdirde dava konusu ile karşılaştırılamayacak dercede daha büyük ya da daha önemli olan menfaatlerin zarar görme olasılığı karşısında, bu menfaatlerin korunmasını amaçlayan kuralları ifade eder¹¹⁸³. Hemen belirtmek gerekir ki, iç hukukta kamu düzeni, emredici hukuk kurallarına göre belirlenir¹¹⁸⁴. Ancak iç hukukta kamu düzeninden sayılan bütün emredici kurallar, milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninden sayılmayabilir¹¹⁸⁵. Örneğin, iç hukukta kamu düzeninden kabul edilen erginlik yaşı, evlilik kurumundaki bazı hususlar ya da velayet gibi kurumlar buna örnektir.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni, yabancı hukukun her olayda uygulanmasını engellemek maksadıyla MÖHUK m. 5’de yer alan genel bir müdahale

¹¹⁷⁹ Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 136; Ruhi/ Kaplan, s. 644; Çağlar, s. 68; Dayınlarlı, s. 6; Mutlu, s. 42.

¹¹⁸⁰ Gökyayla, s. 29; Çağlar, s. 66.

¹¹⁸¹ Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 136; Ruhi/Kaplan, s. 644; Gökyayla, s. 134, 135; Dayınlarlı, s. 6; Mutlu, s. 51.

¹¹⁸² Gökyayla, s. 37; Çağlar, s. 66; Dayınlarlı, s. 7; Mutlu, s. 38.

¹¹⁸³ Ruhi/ Kaplan, s. 644.

¹¹⁸⁴ Köle, s. 53.

¹¹⁸⁵ Köle, s. 53; Ruhi/Kaplan, s. 644, 645.

sebebidir¹¹⁸⁶. Aynı şekilde tanıma ve tenfize ilişkin kurallarda da bir müdahale sebebi olarak düzenlenmektedir¹¹⁸⁷. Düzenlemelere göre müdahale, kararın Türk kamu düzenine “açıkça” aykırılık teşkil etmesi halinde mümkündür (MÖHUK m. 54/1-c)¹¹⁸⁸. Kamu düzenine açık aykırılıktan, yabancı mahkeme kararının uygulanması halinde ülkede ağır etki bırakması, düzenin ağır bir şekilde ihlal edilmesi anlaşılmalıdır¹¹⁸⁹. Başka bir deyişle, yabancı mahkeme kararlarının tenfizine karar verilirken Türkiye’de icra edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu

¹¹⁸⁶ Milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin hukukî niteliği ve fonksiyonu konusunda iki görüş mevcuttur: “Birinci görüş, kamu düzeni kurallarının bağlama kuralı gibi olaya uygulanmasını kabul eder. Mahallî kanunlar, niteliklerine göre kamu düzeninden oldukları takdirde, yetkili yabancı hukuka gidilmeksizin bir kanunlar ihtilâfı kuralı gibi uygulanırlar. Kaynağını İtalyan hukukçusu Mancini ve Fransız hukukçusu Pillet’ ten alan bu görüş eleştirilmiştir. Bugün genellikle benimsenmemektedir. İkinci görüş, kamu düzeni kurallarını doğrudan doğruya uygulanan kural olarak kabul etmez; fakat yetkili yabancı hukukun uygulanmasının bir istisnası olduğunu kabul eder. Bu görüşe göre esas olan, yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır. Fakat bu hukukun uygulanması, o ülkenin kamu düzenine aykırı sonuçlar verdiği takdirde, yabancı hukuk uygulanmaz. Başka bir deyimle, kamu düzeni yabancı hukukun uygulanmasına engel olan bir istisnadır. Bu görüş Alman hukukçusu von Savigny tarafından ortaya atılmış ve Amerikalı hukukçu Joseph Story tarafından benimsenmiştir. Savigny iki çeşit hukuk kuralı bulunduğunu, birinci grubun şahısların menfaati, ikinci grubun kanun menfaati ve ahlâkî sebeplerle konulmuş olduğunu kabul etmektedir. İşte, ikinci gruptaki kurallara aykırı olan yabancı hukukun tatbiki kamu düzeni mülâhazası ile uygulanmaz”. Aynen alıntı için bkz. Dayınlarlı, s. 7. Ayrıca bkz. Mutlu, s. 27 vd; Köle, s. 53; Ruhi/Kaplan, s. 645.

¹¹⁸⁷ 1980 tarihli Velayete İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nde tenfiz kararı bakımından açıkça kamu düzeni şartı aranmamaktadır. Ancak, Sözleşme’nin 9. maddesinde “ c) Çocuğun götürülmesinden önce bir yıl süre ile talep eden Devlette mutad olarak oturmuş olması hali ayırık olmak üzere, tanınması veya tenfizi istenen kararın götürülmeden önce talep edilen Devlette verilmiş bir kararla bağdaşmaması” halinde tenfizin reddinden bahsetmektedir. İki kararın birbiriyle çelişik olması ülke içinde kamu düzeninin bozulması anlamına gelebilir. Örneğin, daha evvel Türkiye’de açılmış ve reddedilmiş bir velayet davası, konusu, tarafları ve sebebi aynı olacak şekilde yabancı bir mahkeme tarafından karara bağlanmış ve ülkemizde tenfizi talep edilmişse kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi sebebiyle reddedilebilir. Bu nedenle, açıkça kabul edilmese de söz konusu hükmün zımnen bir kamu düzeni müdahalesi halini düzenlediği söylenebilir. Ayrıca bkz. Ruhi, Tenfiz, s. 743 vd.; Köle, s. 53.

¹¹⁸⁸ Ruhi, Tanıma ve Tenfiz, s. 137; Partalçı, s. 45; Dayınlarlı, s. 13, 14; Köle, s. 53; Ruhi/Kaplan, s. 646; Çelikel/ Erdem, s. 722; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 233.

¹¹⁸⁹ Bu durumun karşılaştırmalı hukukta “kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi teorisi”ne uygun olduğu söylenebilir. Teori ilk kez Fransız hukukunda “Munzer” kararında kullanılmıştır. Teorinin amacı topal hukuki işlemleri en aza indirmek, yabancı ülkede doğan ve tarafların beklenti içinde oldukları bir gerçeğin inkar edilmesini önlemek olarak ifade edildi. MÖHUK m. 54/1-c hükmünde tenfizin reddi için aranan kamu düzeninin “açıkça” ihlali şartının kabulünde bu teorinin etkisi olduğu bildirilmektedir. Böylece hakim yabancı mahkemenin kararını değerlendirirken daha esnek ve hoşgörülü davranmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, s. 144- 154.

düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerekir¹¹⁹⁰. Bu noktada hakimın takdir hakkının olduğu söylenebilir¹¹⁹¹.

Yargıtay, 2014 tarihli bir kararında kamu düzenine aykırılık hususunun araştırılması yapılırken esas alınması gereken kıstasları şu şekilde açıklamaktadır: *“Burada esas alınması gereken kıstas; yabancı ilâmın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı olmasından çok, Türk Hukuku’nun temel değerlerine, Türk genel ahlâk ve adap anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlâk ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır”*. Yine aynı karara göre; *“Esasa uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez”*¹¹⁹².

Özel hukukta kamu düzeni nitelikli kurallar genellikle aile, miras ve eşya hukukunda yer almaktadır. Velayet kurumu da kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilen düzenlemeler arasındadır¹¹⁹³. Dolayısıyla taraflar özellikle talep etmese bile hakimın velayeti kendiliğinden düzenleme yetkisi vardır¹¹⁹⁴. Bunun doğal sonucu olarak hakim velayet hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar vermelidir. Velayet düzenlemesi davalı tarafından kabul dahi edilse, hakim delilleri toplayarak, çocuğun fikri, bedeni ve zihinsel yararını göz önüne alarak nihai bir karara varır¹¹⁹⁵.

¹¹⁹⁰ Gökyayla, s. 126; Partalcı, s. 49; Dayınlarlı, s. 23; Çelikel/Erdem, s. 728; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 234.

¹¹⁹¹ Ruhi/Kaplan, s. 648.

¹¹⁹² Yarg. 15. H.D. T. 12.05.2014, E. 2014/2183, K. 2014/3226, (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=222&t=251698>, E.T. 15.02.2019). Ayrıca bkz. Çağlar, s. 69; Dayınlarlı, s. 12; Gökyayla, s. 143.

¹¹⁹³ Gençcan, Velayet hukuku, s. 81; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 22.

¹¹⁹⁴ Gençcan, Velayet hukuku, s. 82.

¹¹⁹⁵ Yarg. 2. H.D. T. 18.11.2014, E. 2014/15536, K. 2014/23109, (Gençcan, Velayet Hukuku, s. 87).

**(b) Boşanma Halinde Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizinde
Kamu Düzeni Müdahalesi**

Birlikte velayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde geçmişte en sık karşılaşılan sorun, mahkeme kararlarının kamu düzenine açıkça aykırı kabul edilmesidir¹¹⁹⁶. Kararların çoğunda, velayetin kamu düzeni ile ilgili olduğu ve çocukların velayetinin hem anaya hem de babaya bırakılmasının TMK'nın emredici hükümlerine açıkça aykırılık teşkil ettiği vurgusu yapılır¹¹⁹⁷. Oysaki kamu düzeni ihlali, tenfiz kararının ülkede icrası sonucunda ortaya çıkabilir¹¹⁹⁸. Kararın ancak, genel ahlakı, kamu sağlığını ve güvenliğini bozması; hukukun temel ilkelerine, Anayasa'ya ve uluslararası hukuk kaidelerine aykırılık teşkil etmesi halinde kamu düzeninin ihlalinden bahsedilebilir¹¹⁹⁹. Doktrinde kamu düzeni ve birlikte velayet kararları arasındaki ilişki aşağıdaki şekillerde yorumlanmaktadır.

Çelikel/Erdem'e göre, iç hukuk bakımından kamu düzeninden kabul edilen bir kuralın, milletarası özel hukuk bakımından da kamu düzeninden sayılmasını gerektirecek geçerli hukuki bir neden bulunmamaktadır. Yazarlar, boşanmada çocuğun velayetinin ana-babaya müştereken verilmesinde kamu düzeninin devreye girmesini gerektiren bir neden bulunmadığı gibi tam tersine birlikte velayetin, çocuk haklarını koruyan ve milletlerarası sözleşmelerin ortak prensibi olan “*çocuğun üstün yararının korunmasına*” ve çocuğun ana ve babası ayrılrsa da ona karşı olan sorumluluklarının ve sevgisinin gösterilmesi bakımından son derece isabetli ve ideal bir düzenleme olduğunu ifade etmektedir. Yazarlara göre, boşanan eşlerin zamanla anlaşmazlıklarının artacağı ve birlikte velayetin uygulanamayacağı yaklaşımının, milletlerarası özel hukuk bakımından MÖHUK m. 54/c bendi kapsamında tenfizi engelleyecek nitelikte kabul edilmesi doğru değildir¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁶ Gelgel, s. 114; Bingöl, s. 292; Partalcı, s. 45.

¹¹⁹⁷ Yarg. 2. H.D. T. 27.12.2004, E. 2004/13947, K. 2004/15854, (<http://www.e-hukukrehberi.com/> E.T. 14.01.2019). Ayrıca bkz. Atik, s. 137; Gökyayla/Akıncı, s. 164.

¹¹⁹⁸ Köle, s. 55; Tarman, s. 811.

¹¹⁹⁹ Bingöl, s. 293; Partalcı, s. 46.

¹²⁰⁰ Çelikel/Erdem, s. 733.

Ruhi, AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle birlikte uygulamada velayetin müştereken kullanılmasına dair yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilebildiğine dikkati çekmektedir. Ancak yazara göre, geçmişten bugüne kadar süregelen uygulamadaki temel hata “*kamu düzenine açık aykırılık*” kavramının doğru değerlendirilememesidir. Bu nedenle yazar, Yargıtay'ın hatalı uygulamasının 5718 sayılı MÖHUK'un 54. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Birlikte velayet kararlarının tenfizi talebinin kamu düzenine aykırı kabul edilebilmesi için kararın çocuğun üstün yararına aykırı olması gerekir. Yazara göre, birlikte velayet kararının iç hukuk kurallarımıza aykırı olup olmadığından ziyade, toplumda ve hukuk düzeninde yaratacağı etki önemlidir¹²⁰¹.

Doktrinde Köle, velayet gibi konuların kamu düzenini yakından ilgilendirmesi sebebiyle, Türk hukukunda farklı sonuçlar doğuran yabancı mahkeme kararlarının, doğrudan Türk kamu düzenini ihlal edeceği yönünde kategorik bir yaklaşımın olduğunu belirtmektedir. Yazar, kamu düzenine aykırılığın olup olmadığının her olayda ayrıca ele alınarak kategorik bir yaklaşım yapılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, Yargıtay'ın geçmişteki yaklaşımı hatalıdır, çünkü yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenini açıkça ihlal edip etmediği ancak o kararın uygulanması sonucunda ortaya çıkacak duruma göre belirlenebilecektir. Dolayısıyla kategorik olarak belli konulara ilişkin yabancı mahkeme kararlarını Türk kamu düzenine açıkça aykırı kabul etmek yerinde bir uygulama değildir¹²⁰².

Süzen'e göre ise, yabancı mahkeme kararlarının Türk hukukundaki emredici hükümlere aykırılık teşkil etmesi, tek başına kamu düzeni müdahalesi gerektirmez. Yabancı mahkeme kararının tenfizinin kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilebilmesi için hükmün tenfizi sonucunda Türk hukukundaki temel ilkelere aykırılık söz konusu olmalıdır¹²⁰³.

Yargıtay kararlarında birlikte velayet kararlarının tenfizi reddedilse de karşı oy yazılarında, doktrinle ortak bir biçimde, söz konusu red kararlarının hatalı olduğu ifade

¹²⁰¹ Ruhi, Birlikte Velayet, s. 237, 238.

¹²⁰² Köle, s. 55.

¹²⁰³ Süzen, s. 43.

edilmektedir. Örneğin, Yargıtay'ın verdiği bir red kararına karşı oy yazısında, yabancı mahkeme kararının esasına girerek inceleme yapılamayacağı, yabancı mahkeme kararının ancak anayasa ile düzenlenen temel hak ve özgürlüklere, hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve devletin vazgeçemeyeceği temel ilkelere, genel ahlaka, adil yargılanma ve savunma hakkına aykırı olması halinde kamu düzenine aykırılıktan söz edilebileceği vurgusu yapılmaktadır¹²⁰⁴. Yargıtay'ın aynı dairesi tarafından 2008 yılında verilen başka bir kararda ise, *“Yabancı Mahkemenin Türk Hukukunu uygulamaması veya yanlış uygulaması başlı başına kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmaz ve tanımaya da engel teşkil etmez. Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilmeyecek değerlerin ihlal edilmesi halinde kamu düzeninin açıkça ihlal edildiğinden söz edilebilir”*¹²⁰⁵ ifadelerine yer verilmektedir.

Görüldüğü üzere, yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarında, Türk hukukunun emredici hükümlerinin dikkate alınmaması veya yanlış uygulanması başlı başına tenfiz isteğinin reddine sebep teşkil etmemektedir. Tenfiz talebinin reddedilebilmesi için, Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerin ihlal edilmiş olması gerekir¹²⁰⁶. Diğer

¹²⁰⁴ Yarg. 2. H.D. , E. 2006/ 2773, K. 2006/ 9267, T. 12.06.2006; *“2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Yasanın 38/c maddesi yabancı mahkeme ilamının kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde tenfiz isteğinin kabul edilemeyeceğini hükme bağlamıştır. A) Tanıma veya tenfize karar veren hakim(in), yabancı kararın doğru olup olmadığını inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Yabancı kararda uygulanmış olan usul hükümleri ve maddi hukuki tespitler inceleme dışında tutulmalıdır. Yabancı ilamın Anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası hukukta kabul edilen temel prensiplere, adil yargılama ve savunma hakkına, genel ahlaka, Türk Hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelerine aykırı olması halinde kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir. Maddede bu durum açıkça sözcüğü ile ifade edilmiştir”* (UYAP Ssteminden temin edilmiştir).

¹²⁰⁵ Yarg. 2. H.D. E. 2007/7758, K. 2008/7134, T. 15.05.2008 (<https://www.kararara.com>, E.T. 14.07.2019) Ayrıca bkz. Ekşi, s. 299, 300; Gökyayla, s. 143; Tarman, s. 811.

¹²⁰⁶ *“Yabancı ilamın anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası hukukta kabul edilen temel prensiplere, adil yargılama ve savunma hakkına, genel ahlaka, Türk Hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelerine aykırı olması halinde kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir...Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesini ülkemiz de kabul etmiş, yabancı hukukun kamu düzeninin müdahalesi zorlaştırılmış ve asgari seviyeye indirilmiştir. Sözleşmenin 9 ve 10. maddelerinde tanıma ve tenfizin ret sebepleri sayılmış, karar sonuçlarının talep edilen devletin aile ve çocuk hukukunun temel ilkeleriyle açıkça bağdaşmaması halinde isteğin reddedilebileceği vurgulanmıştır. Velayetin anne ve babaya birlikte verilmesi Türk Hukuk tatbikatına uygun olmamakla birlikte vurgulandığı gibi Türk kamu düzenine açıkça aykırılıkta teşkil etmez.*

tarafından günümüzde, velayetin kamu düzenini ilgilendiren bir sorun olduğu anlayışından da uzaklaşıldığı söylenebilir¹²⁰⁷. Zira birçok boşanmanın anlaşmaya dayalı olarak gerçekleşmesi, ana ve babanın velayet konusunda da iradelerinin ön plana çıkmasına neden olmakta; buna bağlı olarak, velayet sorunu kamuyu ilgilendiren bir sorun olmaktan ziyade, bireysel iradenin egemen olduğu bir sorun olarak ele alınmaktadır¹²⁰⁸.

Nihayet 2017 yılında, Yargıtay tarafından, birlikte velayet kararlarının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmadığı ifade edilmiştir. Böylece ilk derece mahkemesinin red kararı, AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesine dayanarak bozulmuştur. Türk hukuku bakımından bir ilk olma özelliğini taşıyan gerekçeli karara göre¹²⁰⁹:

“Somut olayda çözülmesi gereken uyuşmazlık, "ortak velayet" düzenlenmesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığının belirlenmesine yöneliktir. Bu bağlamda öncelikle iç hukukumuzdaki yasal düzenlemelere bakmak gerekir. İç hukukumuzda konumuzla ilgili yasal düzenlemeler aşağıdaki gibidir.....Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol", 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 Nolu Protokol'ün 5. maddesine göre, "Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir". Usulüne göre

Açıklanan sebeplerle de, velayet ve onun ayrılmaz parçasını oluşturan nafaka ve kişisel ilişkiye yönelik tenfiz isteği de kabul edilmelidir. Gösterilen nedenle değerli çoğunluğun kararlarının birinci bendine iştirak edilmemiştir". Yarg. 2. HD., T. 12.6.2006, E. 2006/277, K. 2006/9267, (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=47&t=3795>, E.T. 14.01.2019).

¹²⁰⁷ Koçhisarlıoğlu, s. 45.

¹²⁰⁸ Koçhisarlıoğlu, s. 45.

¹²⁰⁹ Yarg. 2. H.D. T. 20.02.2017, E. 2016/15721, K. 2017/1737, (<http://www.hadhukuk.com>, E.T. 13.02.2019).

yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 90/son). İç hukukla ilgili yasal düzenlemeye baktıktan sonra "kamu düzeni" (ordre public) kavramı üzerinde durmak uyuşmazlığın çözümü için yararlı olacaktır. Kamu düzeninin bütün özelliklerini ifade edecek tam bir tarifini yapmak kolay değildir. Genel bir tanımla; "Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümüdür". Bu genel çerçevede içerisinde kamu düzeni kuralları bir toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kurallar olarak açıklanabilir.....Genel olarak; hukuk sisteminin toplumsal kalkınmayı hedefleyen ve kişisel hak ve özgürlükleri koruyan temel prensipleri, anayasanın temel ilkeleri ve toplumda cari olan örf-âdet ve ahlak telakkileri, kamu düzenini temsil eden değerler olarak ifade edilebilir ve bu değerlerle açık bir şekilde uyuşmayan yabancı hukukun veya yabancı hukuk hükmünün kamu düzenine aykırı sayılarak uygulanmayacağı söylenebilir. Yabancı hukukun veya yabancı hukuk hükmünün somut olayda tatbiki ile ortaya çıkaracağı sonuç, yukarıda belirtilen temel ilke ve değerler karşısında da tahammül edilmez bir durum yaratmakta ise, yabancı hukukun kamu düzenini açıkça ihlal ettiğinden bahisle yabancı hukuk uygulanmaz. Burada, yabancı hukukun tatbikini engelleyen kamu düzeninin "menfi etkisi"nden bahsedilir. Kamu düzeni kavramı geniş, muğlâk, izafî ve değişkendir.....Türk hukukunda kamu düzeni (ordre public, amme intizamı) yabancı hukukun tatbikini önleyen istisnâî bir göreve sahiptir. Kanunlar ihtilâfî kaidelerimizce yetkilendirilen yabancı hukuk ülkenin kamu düzenine "açıkça" aykırılık teşkil etmemesi şartıyla tatbik olunma imkânına sahiptir(MÖHUK m.5). Şu halde, kamu düzeni bizim için kanunlar ihtilâfî hukukuna ait tek taraflı bir "bağlanma kaidesi" değildir. Aksine kanunlar ihtilâfî kaidemizin gösterdiği yabancı hukuk nizamının tatbiki prensibinin bir istisnasıdır. "...Esasa uygulanan hukukun Türk Hukukunda farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması

gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır" (10.02.2012 tarih ve 2010/1 E, 2012/1 K.sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı). Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. O halde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velayete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek "ortak velayet" istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir".

Görüldüğü üzere, Yargıtay uzun yıllardır benimsediği içtihadından dönerek, ilk kez, İngiliz ebeveynlerin çocukları üzerindeki birlikte velayete ilişkin talebinin, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmesini hukuka uygun bulmamaktadır. Zira, esasa uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı ya da Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın kamu düzenin açık aykırılık oluşturduğu söylenemez. Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk hukukunda bir veya birden çok kanun hükmüne aykırı bulunmasından çok, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır. Ayrıca karara göre, AİHS'ye EK 7 No'lu Protokol'ün kabulü ile ana ve babanın çocuklar üzerindeki velayeti birlikte kullanması da mümkün hale gelmiştir. Kararda, Protokol'ün ülkemizde uygulanmasının hukuki dayanağı olarak Any.'nın 90/5. madde hükmü gösterilmektedir.

Yargıtay'ın da zikrettiği üzere, Türk hukuk düzeninde yer almayan bir kuralın benimsenerek hükme esas alınması, tek başına kamu düzeninin ihlali anlamına gelmemektedir¹²¹⁰. Böyle bir ihtimalin kabulü halinde aile hukukundan kaynaklanan ve bizim hukuk düzenimizde yer alan neredeyse bütün konuların tenfizinin reddi gerekir¹²¹¹. Bu durumda, ancak Türk hukukunun temel esaslarıyla açıkça bağdaşmayan bir hükmün tenfiz edilmemesi düşünülebilir. Hal böyle iken, velayetin bir türü olan ve batı hukuk sistemlerinde benimsenen birlikte velayetin Türk hukukunun temel esasları ile bağdaşmadığı ileri sürülemez¹²¹². Olsa olsa hukuk düzeninde var olmayan bir kuralın, hükme esas alınması söz konusu olabilir. O halde, Yargıtay'ın uzun yıllardır benimsediği içtihadından dönerek, birlikte velayet kararlarına imkan tanıyan yeni içtihatlar –geç kalınsa da- isabetlidir. Ancak, verilen kararda çocuğun üstün yararı ilkesinden bahsedilmemesi dikkat çekicidir. Oysaki birlikte velayet kararlarının, herşeyden evvel çocuğun üstün yararına uygun olması gerekir.

Birçok ülkede velayete ilişkin karar verilirken çocuk odaklı hareket edilerek, onun üstün yararı ön planda tutulmaktadır. Çocuğun üstün yararı kavramı, çocuk hakkında kararlar alırken uzun vadede bedeni, fikri, ahlaki ve toplumsal gelişimini gözetererek, onun yararına uygun karar vermek şeklinde özetlenebilir. O halde, yabancı mahkemeler tarafından verilen velayet kararlarının tenfizinde de kamu düzeni bakımından kararın öncelikle çocuğun menfaatlerine uygun olup olmadığı incelenmelidir¹²¹³.

Çocuğun üstün yararının gözetilip gözetilmediği hususu, hakimin tenfiz edilen kararda işin esasına girmeden anlayabileceği bir durum değildir. O nedenle -doktrinde

¹²¹⁰ Gelgel, s. 120; Ruhi, Tenfiz, s. 745, 746; Partalcı, s. 74; Süzen, s. 41; Çağlar, s. 70.

¹²¹¹ Gelgel, s. 120.

¹²¹² Ayrıca bkz. Gelgel, s. 121.

¹²¹³ Gelgel, s. 114; Partalcı, s. 53; Süzen, s. 41; Ekşi, s. 549; Tezgel, s. 172; Gökyayla, s.183; Tarman, s. 812; Çelikel/Erdem, s. 733; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 237; Malkoç, s. 427. Yargıtay 2. H.D. verdiği bir kararda, çocuğun menfaatleri gözetilmeksizin doğrudan ana ve baba arasında yapılan velayete anlaşmasına göre verilen yabancı mahkeme kararının tenfizi talebi kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir. Yarg. 2. H.D., T. 28.02.1991, E. 1991/2108, K. 1991/3555, (Ruhi/Kaplan, s. 656, dpn. 45). Karar ile ilgili olarak ayrıca bkz. Malkoç, s. 429.

yer alan baskın görüşe göre de- velayet konusunda hakimın “*revision au fond yasağı*”¹²¹⁴ olarak da bilinen, işin esasını inceleme yasağını katı bir şekilde uygulaması yerinde olmayacaktır¹²¹⁵. Bu durumda hakim, verilen kararın esasını yalnızca çocuğun yararı bakımından kısmen incelemelidir¹²¹⁶. Yoksa kararın tamamının yeniden incelenmesi söz konusu değildir. Yapılan inceleme neticesinde tenfiz talebi, yabancı mahkeme kararı çocuğun üstün yararına uygun değilse reddedilmelidir. Örneğin velayet kararının, dini, milli, kültürel, etnik köken, sosyal veya siyasi düşüncelerle hareket edilerek verilmesi, çocuğun üstün yararına uygun değildir. Böyle bir karar, kamu düzenine de açık aykırılık teşkil edecektir¹²¹⁷.

Birlikte velayet kararının kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşabileceği başkaca durumlar da söz konusudur. Kararın üzerinden uzun yıllar geçmesi ihtimali buna örnek gösterilebilir. Zira yıllar sonra mevcut durum değişmiş, birlikte velayet kararı verilmesine rağmen, çocuğun yararı “*tek başına velayeti*” haklı kılmış olabilir. Doktrinde, yabancı mahkemeler tarafından verilen velayet kararlarının üzerinden uzun yıllar geçtiği takdirde, çocuğun yararı araştırılarak, tenfiz talebinin reddedilmesi ve yeni bir velayet kararının tesis edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²¹⁸. Ayrıca Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesis Hakkında Avrupa Sözleşmesi’nin 10. maddesine göre de tenfiz talebi ile yabancı mahkeme kararı arasındaki zaman da göz önüne alındığında, şartlarda meydana gelen değişiklikler, çocuğun üstün yararına aykırı ise, tenfiz talebi

¹²¹⁴ “Tanıma ve tenfiz kararlarının niteliği gereği yabancı mahkemede karar verilmesi sonrasında, kararın doğru veya yanlış verildiğinin incelenmesi Türk mahkemelerinde yapılamayacaktır” Önal, s. 577, 578. “*Revision au fond yasağı*” hakkında ayrıca bkz. Ekşi, s. 299; Tezgel, s. 178 vd; Köle, s. 45; Malkoç, s. 382 vd.

¹²¹⁵ Partalcı, s. 62; Gelgel, s. 118; Gökyayla, s. 75, 76 ve 184, 185.

¹²¹⁶ Partalcı, s. 63; Gökyayla, s. 184, 185. Malkoç, çocuğun yararına aykırılığın yalnızca yabancı kararda yer alan hüküm ve gerekçelerden anlaşılabilirdiği oranda kamu düzeni incelemesinden geçirebileceğini ifade etmektedir (Malkoç, s. 432).

¹²¹⁷ Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 80; Ekşi, s. 546; Gelgel, s. 118; Ruhi, Tenfiz, s. 745. Atik, s. 134; Gökyayla, s. 185; Tezgel, s. 172.

¹²¹⁸ Partalcı, s. 52; Çağlar, s. 74; Süzen, s. 47, 48; Malkoç, s. 433; Huysal, s. 185, Gökyayla/Akıncı, s. 167; A. Güven, Ortak Velayet, s. 150.

reddedilmelidir¹²¹⁹. O halde, velayette kamu düzeni müdahalesiyle en sık karşılaşılan halin çocuğun üstün yararına aykırılık hali olması gerektiği söylenebilir.

(c) Evlilik Dışı İlişkilerde Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi

Evlilik birliğinin sona erdiği hallerde, özellikle boşanmalarda, günümüzde tartışmalar devam etse de birlikte velayetin kabul edildiğini ve yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizinin mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Bu gecikmiş uygulamayı şüphesiz AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinde yer alan “*eşler arasında eşitlik*” başlıklı hükmüne borçluyuz. Ancak söz konusu hükümde, evlilik birliğinin devam ettiği ya da sona erdiği durumlarda ve eşlerinin çocukları üzerindeki haklarından bahsedilmektedir. Başka bir ifadeyle, Protokol'ün 5. madde hükmünde ebeveynlerin, evlilik dışı ilişkilerden doğan çocuklar üzerindeki hakları bakımından eşitliği düzenlenmemiştir. Bu nedenle mahkemelerin, bizce, söz konusu hükmü gerekçe göstererek, evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete karar verebilmeleri mümkün değildir. O halde evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocuklar üzerinde yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizinin de kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşması ve bu taleplerin geçmişte olduğu gibi red ile sonuçlanması muhtemeldir.

Çocuk ile ilgili tüm meselelerde çocuğun üstün yararı ilkesinin ön planda tutulması gerektiği günümüzde genel kabul gören bir ilke halini almaktadır. Çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde, bir çocuğun ana ve babasının ortak velayetinde bulunmasının onun ne kadar menfaatine olduğu ortaya koyulmaktadır. Bu noktada çocuğun, evlilik birliği içinde ya da dışında doğması önemli değildir. Aksi halde mahkemelerin, birlikte velayete karar verirken “*evlilik birliği içinde dünyaya gelen çocuklar*” ve “*evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocuklar*” bakımından bir ayrıma

¹²¹⁹ Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi Hakkında Avrupa Sözleşme m. 10/1b “1. Tanıma ve yerine getirme, 8 inci ve 9 uncu maddedeki haller dışında, sadece 9 uncu maddede öngörülen nedenlerle değil ayrıca, aşağıdaki nedenlerden biri için de reddedilebilir: ...b) Aradan geçen zaman da dahil, ancak haksız götürme sebebiyle sadece çocuğun oturduğu yerin değişmesi hariç olmak üzere, şartlarda meydana gelen değişiklikler sebebiyle ilk kararın sonuçlarının artık çocuğunun yararıyla açıkça bağdaşmaz nitelikte görülürse;..”. Ayrıca bkz. Süzen, s. 45; Gökyayla/Akıncı, s. 166; Malkoç, s. 433.

gitmesi söz konusu olacaktır ki böyle bir ayrımın, AİHS'nin “ayrımcılık yasağı” başlıklı 14. maddesine ve Anayasa’da yer alan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği söylenebilir. O halde yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizi talebi, ebeveynlerin medeni hallerinden bağımsız olarak incelenmeli ve talep kamu düzeni müdahalesi nedeniyle ancak çocuğun üstün yararının durumu haklı kıldığı hallerde reddedilmelidir¹²²⁰.

Ülkemizde, 2017 yılında ilk kez, birlikte velayet düzenlemesinin kamu düzenine açıkça aykırı olmadığı kabul edilmiştir¹²²¹. Kararda Yargıtay, birlikte velayet kurumunu ve uygulanabilirliğini detaylı bir şekilde ele alırken, kamu düzeni ve yabancı ilamın kamu düzenine aykırılığı kavramını da bir kez daha tanımlamıştır. Buna göre kararın kamu düzenine aykırılığı, “*yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine*” göre değerlendirilmelidir.

Yargıtay kararında, evlilik dışı ya da evlilik içi dünyaya gelen çocuklar arasında herhangi bir ayrıma gidilmeksizin, genel bir gerekçeye yer verildiği dikkati çekmektedir. Yargıtay gibi, yerel mahkemelerin de bir ayrım yapmaksızın, evlilik dışı ilişkilerde de birlikte velayete karar vermesi sevindirici bir gelişme olacaktır.

(3) Diğer Şartlar Bakımından Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi

(a) Genel olarak

Hakim, birlikte velayet kararlarının tenfizi talebinde, MÖHUK m. 54’de yer alan diğer şartların varlığını da tespit etmelidir. Zira şartlardan birinin eksikliği, tenfiz

¹²²⁰ Partalcı, s. 79.

¹²²¹ Yarg. 2. H.D. T. 20.02.2017, E. 2016/15721, K. 2017/1737, ([http://www.hadhukuk .com](http://www.hadhukuk.com), E.T. 13.02.2019)

talebinin reddi için yeterlidir. Bu nedenle şartların tamamının bir arada gerçekleşmiş olması gerekir. Aranan şartlar, tenfiz talebinin yapıldığı anda mevcut olmalıdır¹²²².

(b) Birlikte Velayet Kararlarının “Karşılıklılık Şartı” Bakımından Tenfizi

MÖHUK m. 54 kapsamında tenfiz talebi incelenirken dikkate alınması gereken ilk şart, karşılıklılık şartıdır. Karşılıklılık, hukuki, fiili ya da milletlerarası bir sözleşmeye dayalı olarak gerçekleşmiş olabilir.

Birlikte velayet kararlarının tenfizinde, milletlerarası bir sözleşmeye dayalı olarak karşılıklılık şartını sağlayan birden fazla sözleşme mevcuttur. Örneğin, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi ve 1980 tarihli Velayete İlişkin Avrupa Sözleşmesi, birçok ülke ile Türkiye arasında “sözleşmeye dayalı karşılıklılık şartını” sağlamaktadır. Bu durumda hakim, sözleşme şartlarını ya da sözleşme şartları daha ağırsa ve taraflar da talep ediyorsa, MÖHUK m 54’de yer alan şartları uygulayabilir¹²²³.

Milletlerarası bir sözleşmenin mevcut olmadığı, ancak kararın verildiği ülkede fiili ya da hukuki karşılıklılığın bulunduğu hallerde de hakim birlikte velayet kararlarının tenfizini kabul edebilir. Karşılıklılık şartının sağlanıp sağlanmadığı hususu, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’ne müzekkere yazılarak öğrenilebilir¹²²⁴. Ancak verilen bilgiler yeterli ve bağlayıcı değildir¹²²⁵. Bu nedenle mahkemenin tam kanaate ulaşarak karar vermesi gerekir.

¹²²² Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 76.

¹²²³ Şanlı, s. 74; Partalcı, s. 31.

¹²²⁴ Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 76; Çelikel/Erdem, s. 711; Ekşi, s. 165 ve 555; Partalcı, s. 30.

¹²²⁵ “Bu bakımdan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne dosyaya gönderilen 22.12.2009 tarihli cevap; kararın verildiği Eyalet itibarıyla, Türkiye’de tenfiz edilecek kararın türü ve hukuki niteliği bakımından yasal bir engelin bulunup bulunmadığını ve fiili uygulamanın ne yönde olduğunu gösterir mahiyette değildir. Öyleyse Amerika Birleşik Devletlerindeki yasal düzenlemeye göre ilamın verildiği North Carolina (Kuzey Karolina) Eyaletinde, yabancı ilamların tenfizi mümkün kılan bir kanun hükmü veya fiili uygulamanın bulunup bulunmadığının, ilamların türü ve hukuki niteliği bakımından bir engel olup olmadığının ayrıntılı olarak sorulup tespiti ve hasıl olacak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken açıklanan yönler gözetilmeden eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır” Yarg. 2. H.D. T. 16.2.2011, E. 2010/11237, K. 2011/2718, (<http://avfatmabenli.com>, E.T. 21.12.2018). Ayrıca bkz. Ekşi, s. 165, 555 ve 556.

(c) Birlikte Velayet Kararlarının “Mahkemenin Münhasır Yetkisinde Olmayan Bir Konuda Tenfiz Talebinde Bulunulması Şartı” Bakımından Tenfizi

Yabancı mahkeme kararının tenfizi için aranan ikinci şart, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde olmayan bir konuda tenfiz talebinde bulunulmuş olmasıdır¹²²⁶ (MÖHUK m. 54/1-b). Zira, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren konularda verilen kararlar tenfiz edilemez.

Velayete ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini düzenleyen bir hüküm mevcut değildir¹²²⁷. Bu bakımdan birlikte velayet kararlarında “*münhasır yetki*” şartının ihlali söz konusu olmayacaktır. Ancak, birlikte velayet kararları, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olabilir. Böyle bir durumda ise, yabancı mahkemenin “*aşkın yetki*” kullanması söz konusu olur¹²²⁸. Aşkın yetki halinde tenfiz talebinin reddedilebilmesi için davalının itiraz etmesi gerekir. Davalı aşkın yetki konusunda itiraz eder ve bu durum ispatlanırsa birlikte velayet kararının tenfizi reddedilir. Diğer taraftan, 1980 tarihli Velayete İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nde aşkın yetki nedeniyle tenfiz talebinin reddedilebilmesi için davalının itiraz etmesi şartı aranmamaktadır. O halde hakimın aşkın yetkiyi resen göz önünde tutarak karar verebilmesi de mümkündür¹²²⁹.

(d) Birlikte Velayet Kararlarının “Savunma Haklarının İhlal Edilmemiş Olması Şartı” Bakımından Tenfizi

Birlikte velayet kararlarının tenfizinde, MÖHUK m. 54/1-ç bendi gereği, tarafların savunma haklarının ihlal edilmemiş olması şartı da aranmaktadır. Davalının hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş veyahut o ülke kanunlarına uygun olmayan bir şekilde gıyabında

¹²²⁶ 1980 tarihli Velayete İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nde tenfizin reddi ya da kabulü için aranan şartlar arasında “*münhasır yetki*”ye ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur.

¹²²⁷ Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 78; Ruhi, Tenfiz, s. 743; Partalcı, s. 40; Çağlar, s. 64; Kahraman, s. 111.

¹²²⁸ Çağlar, s.65, 66; Köle, s. 52; Çelikel/Erdem, s. 719; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 232.

¹²²⁹ Tezgel, s. 261; Çelikel/Erdem, s. 719; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 232.

karar verilmiş ise savunma hakkının ihlâl edilmiş olduğundan söz edilir (MÖHUK m. 54/1-ç). Ancak bu halde dahi hakimin savunma hakkının ihlal edilip edilmediği hususunu resen araştırması mümkün değildir. Zira MÖHUK'un 54/1-ç maddesine göre, savunma hakkı ihlal edilen kimsenin tenfiz talebine itiraz etmesi gerekmektedir¹²³⁰. Hakim, ancak savunma hakkının ihlalini, ayrıca ve açıkça kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği durumlarda resen gözetebilir¹²³¹. Bu şart bakımından birlikte velayet kararlarının tenfizi ayrıcalıklı bir özellik arz etmemektedir. Diğer taleplerde olduğu gibi, savunma hakkının ihlalinin söz konusu olduğu ve hakkı ihlal edilen tarafın tenfiz talebine itiraz ettiği durumlarda birlikte velayet kararlarının tenfizi talebinin de reddedilmesi gerekmektedir. Belirtilmelidir ki, 1980 tarihli Velayete İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde savunma hakkının ihlali halinde, hakkı ihlal edilen tarafın itiraz etmesi şartı aranmamaktadır¹²³².

C. Değerlendirme

Çalışmamızın son paragrafında, ülkemizde, yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizi talebinin en çok, “*Türk kamu düzenine açık aykırılık*” teşkil ettiği gerekçesiyle reddi sorunu incelendi. Yargıtay geçmişte verdiği birçok kararda, boşanma sonucunda çocuğun velayetinin hem anaya hem de babaya verilmesini, TMK'nın velayete ilişkin düzenlemelerine aykırı bulmakta ve bu kararın uygulanması neticesinde kamu düzeninin bozulacağını ileri sürmekteydi. Ancak, günümüzde Yargıtay'ın söz konusu içtihatından vazgeçerek, birlikte velayet kararlarının tenfizini kabul ettiği görülmektedir. Bunun nedeni, AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün kabulü olarak belirtilmektedir. Protokolün 5. maddesinde, “*eşler arasında eşitlik*” ilkesiyle evliliğin sona erdiği durumlarda eşlerin kendi aralarındaki ve çocukları ile olan ilişkilerinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olduğu kuralı benimsenmektedir. Bu kuralın tek istisnası ise, maddenin ikinci cümlesinde düzenlenen çocuğun üstün yararıdır. Maddede yer alan “*çocuklarıyla olan ilişkileri*”

¹²³⁰ Partalcı, s. 42; Ekşi, s. 308; Çağlar, s. 80; Kahraman, s. 112; Çelikel/Erdem, s. 741; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 245.

¹²³¹ Atik, s. 143; Ruhi, Tenfiz, s. 750; Çelikel/Erdem, s. 714 vd.; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 232.

¹²³² Tezgel, s. 260.

ifadesi ile akla ilk olarak “*velayet*” kurumun gelmesi olağandır. Bu itibarla mahkemelerin, TMK’nın 336. maddesinin birlikte velayete imkan vermediği hallerde, Any. m. 90/5 hükmü gereğince, Protokolün 5. maddesinin uygulanması suretiyle karar verebilmesi mümkün olmaktadır¹²³³. Zira velayet, ana ve babanın temel hak ve özgürlükleri arasında kabul edilmekte¹²³⁴ ve Any. m. 90’a göre usulüne uygun olarak yürürlüğe giren temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleri, kanun hükmü ile çatıştığı takdirde sözleşme hükümleri üstün tutulmaktadır. Böylece, ülkemizde mahkemeler tarafından birlikte velayete karar verilebildiği gibi; yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının da tenfizi mümkün hale gelmektedir.

Buna rağmen, kanaatimiz, yabancı mahkeme kararlarının kamu düzenine açık aykırılık teşkil etmesi meselesinin yargı tarafından hala anlaşılmadığı yönündedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin engellenebilmesi için ilamın, Türk hukukunun emredici hükümlerine değil; Türk hukukundaki temel ilkelere aykırı olup olmadığına bakılması gerekir¹²³⁵. Velayete ilişkin konularda “*çocuğun üstün yararı ilkesi*” temel ilkeler arasındadır. Buna bağlı olarak, birlikte velayet kararlarının tenfizinin kamu düzenine açık aykırılık teşkil etmesi, çocuğun üstün yararı gibi velayete temel teşkil eden ilkelere aykırılık teşkil etmesi halinde mümkündür. Özetle, AİHS’ye Ek 7 No’lu Protokol kabul edilmeseydi de birlikte velayet kararlarının icrası ile ülkemizde kamu düzeninin ağır bir şekilde etkilendiği söylenemezdi. Nitekim iç hukukta kamu düzeninden kabul edilen TMK’nın 336. maddesinin milletlerarası özel hukuk bakımından da kamu düzeninden kabul edilmesini gerektirecek geçerli bir hukuki neden bulunmamaktadır¹²³⁶. Zira iç hukukta kamu düzeninden kabul edilen -erginlik yaşı gibi- bazı kurumlar, milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninden sayılmazlar¹²³⁷.

¹²³³ Gençcan, Ortak Velayet, s. 26; Erdem, s. 172.

¹²³⁴ Dönmez/Barın, s. 203.

¹²³⁵ Süzen, s. 43.

¹²³⁶ Çelikel/Erdem, s. 733.

¹²³⁷ Köle, s. 53; Ruhi/Kaplan, s. 644, 645.

Öte yandan, Ek 7 No'lu Prokolden önce, Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde de velayetin tenfizinde kamu düzeni müdahalesinin asgari seviyeye indirilmesi gerektiği düzenlenmektedir¹²³⁸. Sözleşme'nin 9. ve 10. maddelerinde tenfiz talebinin ancak talep edildiği ülkenin aile ve çocuk hukukunun temel ilkeleriyle açıkça bağdaşmaması halinde reddedebileceği vurgulanmaktadır.

Yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararları, toplumu ve hukuk düzenini bozacak bir etkiye sahip değildir. Tam tersine, birlikte velayet kararlarının uygulanması çocuğun üstün yararına hizmet edecektir. O halde hakim her somut olayda kamu düzeni bakımından kararın çocuğun yararına uygun olup olmadığını incelemesi gerekirken¹²³⁹, iç hukukta birlikte velayetin düzenlenmediği gerekçesiyle kararların kamu düzenine aykırı olduğuna karar vermesi yerinde değildir¹²⁴⁰.

Hakim yabancı mahkeme kararının esasını yalnızca çocuğun yararı bakımından ve kısmen inceleyebilir¹²⁴¹. Yapılan inceleme neticesinde, yabancı mahkeme kararının çocuğun üstün yararına uygun olmadığı anlaşıldığı takdirde tenfiz talebi reddedilmelidir. Yoksa Türk hukuk düzeninde yer almayan bir kuralın benimsenerek hükme esas alınması, tek başına kamu düzeninin ihlali anlamına gelmez¹²⁴². Böyle bir ihtimalin kabulü halinde aile hukukundan kaynaklanan ve hukuk düzenimizde yer alan birçok konu hakkında yapılan tenfiz talebinin reddedilmesi gerekir¹²⁴³. Bu durumda ancak Türk hukukunun temel esaslarıyla açıkça bağdaşmayan bir hükmün tenfiz edilmemesi düşünülebilir. Hal böyle iken, birlikte velayetin Türk hukukunun temel

¹²³⁸ Çelikel/Erdem, s. 733.

¹²³⁹ Yargıtay 2. H.D.'nin verdiği bir kararda çocuğun menfaatleri gözetilmeksizin doğrudan ana ve baba arasında yapılan velayet anlaşmasına göre verilen yabancı mahkeme kararının tenfizi talebi kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir. Yarg. 2. H.D., E. 1991/2108, K. 1991/3555, T. 28.02.1991 (Ruhi/ Kaplan, s. 656, dpn. 45).

¹²⁴⁰ Gelgel, s. 114; Partalcı, s. 53; Süzen, s. 41; Ekşi, s. 549; Tezgel, s. 172; Gökyayla, s. 183; Tarman, s. 812; Çelikel/Erdem, s. 733; Ruhi, Birlikte Velayet, s. 237; Malkoç, s. 427.

¹²⁴¹ Partalcı, s. 63; Gökyayla, s. 184, 185; Malkoç, s. 432.

¹²⁴² Gelgel, s. 120; Ruhi, Tenfiz, s. 745, 746; Partalcı, s. 74; Süzen, s. 41; Çağlar, s. 70.

¹²⁴³ Gelgel, s. 120.

esasları ile bağdaşmadığı ileri sürülemez¹²⁴⁴. Olsa olsa hukuk düzeninde var olmayan bir kuralın hükme esas alınması söz konusu olabilir.

Evlilik dışı ilişkilerden dünyaya gelen çocuklar bakımından ise, yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının ülkemizde tenfizi meselesiyle ilgili bir çekincemizi hatırlatmak isteriz. Daha evvel de belirtildiği üzere¹²⁴⁵, AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. madde hükmünde eşlerin çocukları üzerindeki hakları düzenlenmekte, evlilik dışı ilişkilerde ebeveynlerin çocukları üzerindeki hakların eşitliğinden ise bahsedilmemektedir. Bu nedenle mahkemelerin Prokol'ü gerekçe göstererek birlikte velayet kararlarının tenfizine hükmetmesi bizce uygun değildir. Ancak bu durum, evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların hakkında verilen birlikte velayet kararlarının tenfiz edilemeyeceği anlamına da gelmez. Söz konusu kararların, Ek 7 nolu Protokol'den başka gerekçelerle tenfiz edilmesi de mümkündür. Zira Ek 7 nolu Proktokol'de evlilik dışı ilişkilerde kadın ve erkek arasında, özellikle onların çocuklar üzerindeki eşitliğinden bahsetmese de bu durum gerek AİHS'nin “*ayrımcılık yasağı*” başlıklı 14. maddesine, gerekse de Anayasa'nın 41. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Öte yandan, taraf olduğumuz ÇHS'nin birçok maddesi de çocuğun evlilik dışı ya da evlilik içi dünyaya gelmesini dikkate almaksızın kararların tenfizini mümkün kılmaktadır. Örneğin; çocuklar arasındaki ayrımcılığın kaldırılmasına yönelik düzenlenen 2. maddesi, çocuğun yararını üstün kılan 3. maddesi, çocuğun ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkını düzenleyen 7. maddesi ve çocuğun bakımında ana ve babanın birlikte sorumluluk üstlenmesi gereğini vurgulayan 18/1. maddesi gibi hükümler de gerekçe gösterilerek birlikte velayet kararlarının tenfizi sağlanabilir.

Sonuç olarak, birlikte velayet kararlarının tenfizi talebi, çocuklar arasında ayrım yapılmaksızın, her somut olay incelenerek, karar ancak çocuğun üstün yararına aykırı ise reddedilmelidir. Nitekim çocuğun üstün yararı gözetilmeksizin, dini, milli,

¹²⁴⁴ Ayrıca bkz. Gelgel, s. 121.

¹²⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. “§ III.B.3.(c) Evlilik Dışı İlişkilerde Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi” başlıklı konu altındaki açıklamalar.

kültürel, etnik köken, sosyal veya siyasi düşüncelerle hareket edilerek verilen bir velayet kararının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği açıktır¹²⁴⁶. Ancak böyle bir durumda hakimın birlikte velayet kararının tenfizini reddetmesi kabul edilebilir.



¹²⁴⁶ Tiryakioğlu, Tanıma ve Tenfiz, s. 80; Ekşi, s. 546; Gelgel, s. 118; Ruhi, Tenfiz, s. 745. Atik, s. 134; Gökyayla, s. 185; Tezgel, s. 172.

SONUÇ

Çalışmamızda birlikte velayetin, çocukların çatışmadan daha uzak, ebeveynlerin ise birbirleriyle eşit ve uyumlu bir hayat sürdürmesine imkan sağlayan bir model olduğu vurgulanmaktadır. Bu kapsamda,

- velayetin tarihçesi,
- uluslararası metinler ve karşılaştırmalı hukukta birlikte velayet,
- TMK'nın velayete ilişkin 182, 336 ve 337. maddeleri ve bu hükümler çerçevesinde birlikte velayetin uygulanabilirliği hakkında doktrinde ileri sürülen görüşler,
- AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin iç hukuka etkisi,
- yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizi sorunları incelenmiştir.

Netice olarak aşağıdaki sonuçlara varılmıştır.

1. Ülkemizde birlikte velayetin benimsenmesi için birden fazla neden bulunmaktadır. Çocukla birlikte yaşamayan ebeveyni arasındaki ilişkinin devam etmesi, çocuğun kısa ve uzun vadede yararının korunması, ebeveynlerin işbirliğine teşvik edilmesi ve çocuğun bakımı ve yetiştirilmesine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesi, bu nedenlerden sadece bazılarıdır. Bunların arasında en önemli olanı, çocuğun üstün yararının korunmasıdır. Bu noktada çocuklar arasında bir ayrım gözetilemez. Zira bu eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz. Böylece birlikte velayet modeli ile öncelikli olarak çocuğun yararı korunduğu gibi, çocuklar arasındaki eşitsizlik de giderilmektedir.

Ayrıca velayetin birlikte kullanılması ile velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn, çocuğunu ara sıra ziyaret eden bir misafir olmaktan çıkıp, çocuğun yetiştirilmesi ve bakımında söz sahibi olan bir ebeveyne dönüşmektedir. Buna bağlı olarak, velayet kendisine bırakılmayan ebeveyne, ana ya da baba olma temel hakkını kullanma imkanı sağlanmaktadır.

2. Medeni Kanunumuzda velayete ilişkin düzenlemeler yapılırken çocuğun yararı esas alınmıştır. Buna rağmen, TMK'nın 336/1 hükmüne göre velayet, yalnızca evlilik birliği devam ettiği sürece eşler tarafından birlikte ve eşit şekilde kullanılır. Evlilik birliğinin sona erdiği hallerde ya da evlilik dışı ilişkilerde ise birlikte velayete ilişkin açık bir düzenleme yoktur.

Bu nedenle, uzun yıllardır ülkemizde birlikte velayetin uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmaktadır. Tartışmaların çıkış noktası TMK'nın 336/3. ve 182/2. madde hükümleridir. TMK m 336/3'de boşanmadan sonra velayetin çocuğun bırakıldığı tarafa ait olacağı; TMK m. 182/2'de ise velayeti kendisine bırakılan taraf ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin ne şekilde kurulması gerektiği düzenlemeleri yer almaktadır. Burada tartışmalar, hükümlerin emredici olup olmadığı ve buna bağlı olarak hakimın velayeti yalnızca bir tarafa bırakmak zorunda olup olmadığı sorunları üzerinde yoğunlaşır.

Kanaatimizce, TMK'nın 336. maddesinde örtülü bir boşluk olduğu söylenebilir. Nitekim söz konusu hükümde boşandıktan sonra çocuğun velayetinin ana veya babadan birine verileceği düzenlenmektedir. Ancak bu ifadeden velayetin yalnızca ana veya babadan birine ait olacağı hükmü çıkarılamayacağı gibi, velayetin birlikte kullanılması taleplerine ilişkin somut bir çözüme de rastlanılmamaktadır. Dolayısıyla, kanunda somut olaya uygulanması mümkün bir kuralın açıkça düzenlenmiş olduğu görülmekte olup kanunun lafzı esas alındığında düzenlemenin her somut olaya uygun olmadığı, günümüz koşullarına tam olarak cevap veremediği anlaşılmaktadır. Çünkü kanun koyucu, söz konusu olayların değerlendirmesinde önem taşıyan ana-baba ve çocuğun iradesi, çocuğun üstün yararının korunması gibi bazı ayırt edici özellikleri dikkate almamıştır. Bu nedenle kanunun ifadesi geniş olup her somut vakanın belirleyici özelliklerine uymamakta, adalete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Burada TMK'nın 336. maddesinin yeni koşullara adapte edilmesi, maddenin özüne, ruhuna ve amacına uygun okunması gerekir. Başka bir ifadeyle, geniş bir düzenlemeye sahip olan TMK'nın 336. maddesinin velayete ilişkin hükümlerin amacı olan çocuğun üstün yararı ilkesine ve bu ilkenin felsefesine, ruhuna uygun bir biçimde sınırlandırılarak,

birlikte velayet taleplerine uygulanması mümkündür. Bu nedenle boşluğun “*amaca uygun sınırlama yöntemi*” ile doldurulması gerekir.

Benzer şekilde TMK’nın 182/2. maddesinde yer verilen “*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesinden de velayetin mutlaka bir tarafa bırakılmak zorunda olduğu anlaşılmamalıdır. Söz konusu madde hükmü, diğer ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişkinin düzenlenmesi gereğinin ve bu düzenleme yapılırken hakimın göz önünde tutması gereken kriterlerin tespitinden ibarettir. Başka bir ifadeyle, hakimın kişisel ilişki kararında takdir yetkisinin sınırları çizilmektedir. Nitekim madde başlığında yer alan “*hakimin takdir yetksi*” ifadesi de görüşümüzü destekler niteliktedir. TMK’nın 182/2. madde hükmü bize velayetin birlikte ya da tek başına kullanılabileceğine ilişkin yeterli bir bilgi sağlamamaktadır.

3. Velayete ilişkin kurallarda boşluk olup olmadığı tartışılırken, 2017 yılından itibaren Yargıtay’ın birlikte velayete yönelik olumlu kararlar vermeye başladığı görülmektedir. Kararların hukuki dayanağını AİHS’ye Ek 7 no’lu Protokol’ün 5. maddesi oluşturmaktadır. Zira söz konusu maddede eşlerin evlilik birliği sona erdikten sonra çocukları üzerinde eşit haklara sahip olduğu hükmü yer alır. Anayasa m. 90/5. hükmü gereğince, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde kabul edildiği düşünüldüğünde, anılan Sözleşme hükmüne istinaden birlikte velayet kararı verilmesi mümkün hale gelmektedir. Bu noktada TMK m. 336/3 hükmünün örtülü olarak mülga olup olmadığı sorusu cevaplanmalıdır.

Ülkemizde uluslararası sözleşme hükümleri iç hukuk normu gibidir; hatta bunlardan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanları kanun hükümlerinden de üstündür. Bu nedenle, Protokol’ün 5. maddesinin birlikte velayet taleplerine öncelikli olarak uygulanması gerekir. Ancak, onun bu üstünlüğü, TMK m. 336/3 hükmünün ilgası anlamına da gelmemektedir. Bizce somut olayın özelliklerine göre, iki hükmün de değerlendirilmesi mümkündür. Zira TMK’nın 336/3 hükmünün, Protokol’ün 5. maddesiyle çatıştığı söylenemez. Nitekim söz konusu sözleşme maddesi eşler arasındaki toplumsal cinsiyet ayrımcılığına dayalı eşitsizliği ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. TMK’nın 336/3 hükmünde ise, ebeveynlerden birinin diğerine cinsiyetine özgü nitelikleri nedeniyle üstün tutulması söz konusu değildir. Bu nedenle

hakim önüne gelen somut olayın özelliklerine göre, Protokol'ün 5. maddesi gereğince birlikte velayete ya da TMK'nın 336/3. maddesi gereğince tek başına velayete karar verebilir. Böylece Ek 7 No'lu Protokol'ün, velayetin tevdi hususunda Türk hukukuna alternatif bir model sağladığı söylenebilir.

4. Öte yandan söz konusu Sözleşme hükmünde evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayetin mümkün olup olamayacağı sorusuna bir cevap bulmak mümkün değildir. Oysaki ana ve babanın çocukları üzerinde eşit hak ve yetkilere sahip olmaları, onların önceden bir evlilik yapmış olmalarıyla değil, doğrudan ana ve baba olmalarıyla ilgilidir. AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokolde, evlilik dışı ilişkilerde kadın ve erkek arasında özellikle çocuklar üzerindeki eşitlikten bahsetmese de bu durum gerek AİHS'nin “ayrımcılık yasağı” başlıklı 14. maddesine, gerekse de Anayasa'nın 41. maddesinde yer alan “eşitlik” ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca AİHM'nin Zaunegger kararında zikrettiği üzere, evlilik dışı ilişkiler de bir aile olarak kabul edilmekte ve bu nedenle baba ile çocuk arasındaki ilişkinin AİHS'nin 8. maddesine (özel hayata ve aile hayatına saygı gösterme hakkına) göre korunması gerekmektedir. Her durumda asıl amacın çocuğun üstün yararının sağlanması olduğu unutulmamalıdır. Sonuç olarak, ebeveynlerin medeni durumlarına bakılmaksızın mahkemenin birlikte velayet talebini ancak çocuğun üstün yararına uygun olmadığı gerekçesiyle reddedebilmesi gerekir. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde de açıkça, çocuğun üstün yararının öncelikli olması gerektiği vurgulanmaktadır.

5. Eşlerin evlenmemeleri ya da evliliklerinin sona ermesi kendi aralarındaki hukuki bağı ilgilendirir. Ebeveynlerin çocukları ile arasındaki bağ ise, yalnızca ana ve baba olmalarıyla ilgilidir. Nasıl ki ana veya babadan birinin velayetinin kaldırılması halinde, evlilik birliği bundan etkilenmiyorsa; evlilik birliğinin sona erdiği hallerde ya da ebeveynlerin evlenmedikleri durumlarda da velayetin bundan etkilenmemesi gerekir. Böylece evlilik birliği içinde olduğu gibi, evlilik birliğinin sona erdiği hallerde ya da evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocuklar üzerinde velayetin birlikte kullanılabilmesi mümkün olmalıdır. Nitekim velayet ve evlilik kurumu birbirlerinden bağımsız ve farklı hukuki statülerdir. Bu nedenle, ülkemizde birlikte velayetin

uygulanıp uygulanamayacağı sorunu değil, birlikte velayetin nasıl uygulanması gerektiği sorununun tartışılması daha uygundur.

İsviçre ve Almanya’da birlikte velayet kuralıdır. Tek başına velayet ise çocuğun üstün yararının gerektirdiği hallerde ve istisnaen uygulanır. Ülkemizde de birlikte velayetin kural ya da istisna olarak uygulanmasına ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Benimsediğimiz görüşe göre, birlikte velayetin “*kural*” ya da “*istisna*” olarak uygulanması gerektiği tartışmalarına girilmeksizin, nasıl uygulanacağı hakimın takdirine bırakılmalıdır. Burada hakime sınırsız bir takdir hakkı verilmesinden bahsedilmemektedir. Hakim, çocuğun üstün yararını gözetmek kaydıyla ve mümkünse ana-baba ve çocuğu da dinleyip görüşlerini aldıktan sonra, her somut olayın özelliğine göre, velayetin birlikte ya da tek başına kullanılmasına karar verebilir. Ana ve babanın mahkemeye birlikte başvuruda bulunmaları ve çocuğun bakımı ile bakım giderleri hakkında anlaşma yapmaları halinde ise, hakimın anlaşma ile bağlı olmaksızın ve fakat anlaşmaya göre karar vermesi de mümkündür.

6. Bizce, ülkemizde birlikte velayete ilişkin düzenlemeler yapılırken “*birlikte başvuru*” ya da “*anlaşma yapılması*” gibi şartların, zorunlu şartlar olarak düzenlenmemesi gerekir. Şüphesiz birlikte velayette gönüllülük esastır. Ancak bu istek ve iradenin zorunlu olarak “*anlaşma yapılması*” ya da “*birlikte başvuru yapılması*” şartlarına bağlanması da gerekmez. Nitekim çocuğun daha yararına olacağı düşüncesiyle geçmişte kabul edilen bu şartlar, İsviçre’de 1 Temmuz 2014 tarihinden itibaren evlilik birliğinin sona erdiği haller bakımından kaldırılmış, yalnızca evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayet talepleri için düzenlenmiştir.

7. Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde, birlikte velayetin fiziki ve hukuki velayet şeklinde türlere ayrıldığı dikkati çekmektedir. Özellikle Amerikan hukukunda açık bir şekilde düzenlenen bu ayırım, Avrupa hukukunda da kendisini gösterir. Kapsamı bakımından kural olarak hukuki velayet, Türk hukukundaki velayet kurumuna; fiziki velayet ise, çocuğun yerleşim yerine karşılık gelmektedir.

Fiziki velayetin birlikte kullanıldığı hallerde, her iki ebeveyn de önemli oranda çocuğa ikamet süresi ayırmaktadır. Birlikte hukuki velayette ise, ebeveynlerin çocuğun eğitim, sağlık hizmetleri, ders dışı faaliyetleri ve dini eğitimi gibi önemli

kararlarda birlikte hareket etmeleri gerekir. Mahkeme bu ayrımları gözeterek hem fiziki hem de hukuki velayet hakkında ayrı ayrı karar vermektedir. Örneğin, birlikte hukuki velayete karar veren mahkeme, fiziki velayetin tek başına ya da birlikte kullanılmasına hükmedebilir. Bu bakımdan fiziki ve hukuki velayet kararları birbirlerinden bağımsız kararlardır.

8. Karşılaştırmalı hukukta fiziki ve hukuki velayet türleri dışında farklı velayet modelleri de düzenlenmektedir. Örneğin, İtalya’da “*alternatif velayet*” olarak isimlendirilen üçüncü bir velayet modeli daha vardır. Bu modelde çocuk, belirlenen dönemlerde yalnızca bir ebeveyniyle birlikte yaşamakta ve bu dönemde velayet, çocuk hangi ebeveynin yanında ise o ebeveyn tarafından kullanılmaktadır. Yine İsviçre’de de mahkemenin karar verirken, çocuğun yüksek yararı ile ilgili olarak, ebeveynlerden birinin yanında veya çocuğun istemi halinde, çocuğun her iki ebeveyninin yanında da (dönüşümlü olarak) yerleşmesine karar verebileceği belirtilmektedir (ZGB Art. 317). Ayrıca İsviçre Medeni Kanunu’nun 298/2. maddesinde, 1 Ocak 2017 tarihinde yapılan revizyonda “*alternatif himaye*” modeli de benimsenmektedir. Bu modelde, ebeveynlerin çocuğun bakımını eşit olarak paylaşmaları ve mümkün olduğunca çocuklarıyla eşit vakit geçirmeleri imkanı tanınmaktadır.

9. Kanaatimizce, Türk hukuku’ndaki mevcut düzenlemeler bakımından kademeli ya da dönüşümlü yerleşim yerine karar verebilmek zordur. Zira TMK m. 19/2’ye göre “*bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz*” ve bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin edinilmesine bağlıdır (TMK m. 20/1). Ayrıca, yılın farklı zamanlarında çocuğun yasal olarak farklı ve değişken bir ikamete sahip olması hukuken bazı zorlukları da beraberinde getirebilir. Örneğin birlikte fiziki velayete karar verilmesi halinde çocuğun eğitimi ve yaşadığı çevre gibi faktörlerin sürekli değişkenlik göstermesi söz konusudur. Bu durum ebeveynlerin birbirinden uzak yerleşim yerlerine sahip olduğu durumlarda çocuk bakımından yararlı olmayabilir. Bu nedenle hakimin her somut olayı ayrıca değerlendirmesi şarttır.

10. Çalışmamızda sürekli olarak, birlikte velayetin çocuğun üstün yararına hizmet ettiği vurgulanmaktadır. Buna rağmen, doktrinde bazı yazarlar tarafından birlikte velayet uygulandığı takdirde ebeveynler arasındaki çatışmanın artacağı ve bu

durumun da çocuğun yararına uygun olmayacağı ileri sürülmektedir. Birlikte velayet kararı verildikten sonra, ebeveynlerin muhakkak bazı konularda anlaşılamayacağı açıktır. Ancak bu ihtimal, yalnızca evliliğin sona erdiği hallerde değil, velayetin evlilik birliğinin devamı süresince kullanıldığı haller bakımından da geçerlidir. Bu nedenle, sadece anlaşmazlıkların yaşanacağı gerekçesiyle birlikte velayet modelinin reddedilmesi bizce doğru değildir. Ana ve babanın çocuk hakkında ortak bir karara varamadığı hallerde, TMK'nın 195. maddesinin kıyasen uygulanarak, hakimin evlilik birliğine müdahale edebilmesi ve hatta şartları varsa, TMK'nın 346. maddesi gereğince çocuğun korunmasına ilişkin hükümlere de başvurabilmesi mümkündür. Ancak, velayet kurumu revize edilirken bu durumun da göz önüne alınması gerekir. Örneğin, öncelikli olarak bir arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilebilir. Aile arabulucuları ebeveynleri ortak bir noktada buluşturarak, tarafları çocuğun yararına hareket etmeye zorlayabilir. Ebeveynlerin hiçbir şekilde anlaşmaya varamadıkları hallerde ise, mahkemeden velayetin yeniden düzenlenmesi talep edilebilir. Bilindiği üzere, velayet kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir. Başka bir ifadeyle, şartların değiştiği durumlarda, çocuğun üstün yararı gerektirmekteyse, birlikte velayet kararı da değiştirilerek tek başına velayete karar verilebilir. Burada önemli olan çocuğun üstün yararadır.

Ayrıca, çatışmaların azalması bakımından kanun koyucu, ZGB Art. 301/1'de olduğu gibi, çocuğun himayesi kendisine bırakılan ana veya babaya *"günlük"* veya *"acil/ önemli"* olan konularda ya da *"diğer ebeveyne ulaşma imkanı olmadığı hallerde"* tek başına karar verebilme yetkisi tanıyabilir. Bu takdirde, ebeveynlerin her kararda birlikte hareket etmeleri gerekmeyecektir. Böylece tarafların diyalogları ve çatışma yaşamaları muhtemel konular da sınırlanmış olacaktır.

11. Her çocuğun yetişirken ana ve babasının sorumluluğunda olmak hakkıdır. ÇHS'nin 18. maddesinde açıkça, çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesinde birincil sorumluluğun ana ve babaya ait olduğu ifade edilmektedir. Hal böyle iken, ebeveynlerin sürekli çatışacağı gerekçe gösterilerek velayeti birlikte kullanmalarının engellenmesi ÇHS'nin 18. maddesine aykırılık teşkil edecektir.

12. Velayetin birlikte kullanılması yalnızca ÇHS ile korunmamaktadır. AİHS'nin 8. ve 14. maddeleri de doğrudan birlikte velayeti ilgilendirir. AİHM tarafından velayet ile ilgili davalara uygulanan bu iki madde, ana veya babadan birinin velayet ve kişisel ilişki konularında ayrımcılık nedeniyle engellenmesini önlemek için kullanılır. Örneğin, Salgueiro Da Silva Mouta davasında Mahkeme, velayetin tek başına anaya verilmesinin babanın cinsiyeti temelinde bir ayrımcılığa neden olduğunu ve AİHS maddelerini ihlal ettiğini ortaya koymaktadır. Yine AİHM'nin ses getiren başka bir davası olan Zaunegger davasında da evlilik dışı birliktelikten doğan bir çocuğun velayetinin yalnızca anaya verilmesinin ayrımcılık yasağına aykırı olduğu belirtilmiştir.

13. AİHS'nin 8. ve 14. maddelerinin dışında ülkemiz bakımından en önemli düzenleme, yukarıda da zikredildiği üzere, AİHS'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün 5. maddesidir. Protokol ülkemiz tarafından 14 Mart 1985 tarihinde imzalanmıştır. Ancak Protokol'ün onaylanmasının uygun bulunduğu dair Kanun 10 Mart 2016 tarih ve 29664 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe girmiştir. Protokolün birlikte velayet bakımından önemi, kendisini 5. maddesinde yer alan eşler arasında eşitlik hükmü ile gösterir. Hükme göre; *“eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar”*. Hükümün devamında yer alan cümlede ise, bu eşitliğin ancak devletlerin çocukların yararına göre tedbir alması gerektiği durumlarda bozulabileceği düzenlenmektedir. Çocuğun üstün yararına aykırı olmadığı sürece, evliliğin sona erdiği durumlarda ana ve babanın velayeti birlikte kullanmaya devam etmeleri temel hak ve özgürlükleri olarak nitelendirilebilir. Nitekim maddede, özellikle evlilik birliğinin sona erdiği durumlarda bile eşlerin çocukları üzerindeki haklarının eşit olduğu vurgulanmaktadır.

14. AİHS'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün kabulü ülkemizde birlikte velayet bakımından önemli bir yere sahiptir. Zira Protokol'ün kabulünden sonra mahkemeler tarafından birlikte velayete ilişkin kararlar vermeye başlanmıştır. Bu kararların ilki, 20.02.2017 tarihinde Yargıtay'ın 2. H.D. tarafından verilen bir karardır. Bu kararda

birlikte velayet kararlarının Türk kamu düzenine açık aykırılık teşkil etmediği ortaya koyulmuştur.

15. Yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizi meselesi de 2017 yılına kadar sorun teşkil etmekteydi. Kararların tenfizi, kamu düzeni gerekçesiyle reddedilmekteydi. Kararların çoğunda, velayetin kamu düzeni ile ilgili olduğu ve çocukların velayetinin hem anaya hem de babaya bırakılmasının, TMK'nın emredici hükümlerine açıkça aykırılık teşkil ettiği ifade edilmekteydi. Oysaki kamu düzeninin ihlali, tenfiz kararının ülkede icrası sonucunda ortaya çıkmaktadır. Kararın genel ahlakı, kamu sağlığını ve güvenliğini bozması; hukukun temel ilkelerine, Anayasa'ya ve uluslararası hukuk kaidelerine aykırılık teşkil etmesi halinde kamu düzeninin ihlalden bahsedilebilir.

Yabancı mahkemeler tarafından verilen velayet kararlarının tenfizinde, kararın çocuğun yararına uygun olmaması halinde kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmelidir. Yoksa Yargıtay'ın geçmişte verdiği kararlarda ifade ettiği gibi, Türk hukuk düzeninde yer almayan bir kuralın benimsenerek hükme esas alınması, tek başına kamu düzeninin ihlali anlamına gelmez. Yargıtay'ın nihayet görüş değiştirerek, 20.02.2017 tarihinde verdiği kararda belirttiği üzere, burada esas alınması gereken kıstas, yabancı kararın Türk hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır. Velayetin birlikte kullanıldığı hallerde, Türk toplumunun temel değerlerinin ya da çıkarlarının ihlal edildiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Tam tersine birlikte velayet, çocuk haklarının ve çocuğun üstün yararının korunmasına, ebeveynlerin çocuklarına karşı olan sorumluluklarını göstermesi bakımından Türk toplumunun aile yapısına, temel değer ve çıkarlarına hizmet etmektedir.

16. Kanaatimizce, yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizinde öncelikle “*kamu düzenine açık aykırılık*” kavramının anlaşılması gerekir. Milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeni, iç hukuktaki yargılama usulüne ya da kurallarına uygun olarak verilmeyen bir hükmün, uygulandığı takdirde dava konusu ile karşılaştırılamayacak dercede daha büyük ya da daha önemli menfaatlerin zarar görme olasılığı karşısında, bu menfaatlerin korunmasını amaçlayan kuralları ifade eder. İç hukukta kamu düzeni, emredici hukuk kurallarına göre belirlenir. Milletlerarası özel hukuk bakımından ise, emredici olan her kural kamu düzeninden sayılmayabilir. Buna bağlı olarak, iç hukukta kamu düzeninden kabul edilen TMK’nın 336 maddesinin milletlerarası özel hukuk bakımından da kamu düzeninden kabul edilmesini gerektirecek geçerli bir hukuki neden bulunmamaktadır. Milletlerarası özel hukukta tanıma ve tenfize ilişkin kurallarda kamu düzeni yabancı mahkeme kararının uygulanması halinde ülkede ağır etki bırakması, düzenin ağır bir şekilde ihlal edilmesi ihtimaline karşılık bir müdahale sebebi olarak düzenlenmektedir.

17. Sonuç olarak, mahkemeler ister AİHS’ye Ek 7 No’lu Protokol gerekece göstererek, isterse de yukarıda açıklanan sebeplere dayanarak, birlikte velayet kararlarının kamu düzenine aykırı olmadığı gerekçesiyle tenfizine karar verebilir. Ayrıca Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nde de velayetin tenfizinde kamu düzeni müdahalesinin asgari seviyeye indirilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Sözleşmenin 9. ve 10. maddelerinde tenfiz talebinin ancak talep edildiği ülkenin aile ve çocuk hukukunun temel ilkeleriyle açıkça bağdaşmaması halinde reddedebileceği vurgulanmaktadır. Bu nedenle birlikte velayet kararlarının tenfizinde söz konusu Sözleşme hükümlerinin de gerekçe gösterilmesi mümkündür.

18. Netice itibarıyla, ülkemizde birlikte velayetin uygulanmasına ya da yabancı mahkemeler tarafından verilen birlikte velayet kararlarının tenfizine ilişkin herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Kanaatimizce, hakim somut olayın özelliklerine göre, birlikte velayete ya da tek başına velayete resen karar verebilir.

19. Çalışmamızın tamamında yapılan açıklamalar da değerlendirildiğinde; birlikte velayet kararlarının tenfizi için hakim, yabancı kararın çocuğun üstün yararı

bakımından kamu düzenine aykırı olup olmadığını incelemeli, karar çocuğun üstün yararına aykırı ise reddedilmelidir.

20. İç hukukta birlikte velayet kararı verilebilmesi bakımından ise hakim;

- ✓ velayetin kaldırılmasını gerektiren nedenlerden birinin varlığını,
- ✓ ana ve baba arasında kronik bir çatışmanın var olup olmadığını,
- ✓ aile içi şiddeti,
- ✓ ana ve babanın çocuğu yetiştirme kabiliyetlerini
- ✓ çocuğun yararını,
- ✓ ana ve babanın ortak talebini,
- ✓ varsa ana ve baba arasındaki anlaşma hükümlerini,
- ✓ çocuğun görüşünü,
- ✓ ve buna benzer tüm kriterleri,

göz önünde bulundurarak karar verebilir. Kanun koyucu, birlikte velayete ilişkin bir düzenleme yaparken, bu kriterlerden bazılarını madde metninde de yer verebilir. Ancak, herhangi birinin birlikte velayet bakımından zorunlu bir şart olarak düzenlenmesi, bizce hakimin takdir yetkisini sınırlayacaktır. Ayrıca, birlikte velayete sahip olma imkanı, anlaşma ya da ortak talep gibi bazı şartlara bağlanarak, bu imkanın ana, baba ve özellikle de çocuktan esirgenmemesi gerekir.

21. Yapılan açıklamalar ışığında, ülkemizde birlikte velayete ilişkin kanuni düzenlemelere ihtiyaç olduğu açıktır. Bu noktada çalışmamızın II. paragrafında yer alan “5. Değerlendirme” başlıklı konu altında yapılan önerilerimizi tekrar etmek isteriz.

TMK’nın 182/2 hükmü bakımından önerimiz;

“ (1) Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının görüşünü aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve velayet kendisine verilmeyen ya

da birlikte velayet halinde çocuk kendisine bırakılmayan tarafın çocuk ile kişisel ilişkilerini düzenler.

(2) Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.” şeklinde değiştirilmesidir.

TMK’nın 336. hükmünün 3. fıkrası bakımından önerimiz;

“(3) Velayet ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada ise velayet, çocuğun yararı esas alınmak kaydıyla, ana ve babanın ortak talebi ve mümkün olduğu ölçüde çocuğun görüşü de dikkate alınarak, ana veya babadan birine ya da her ikisine birden bırakılabilir” şeklinde değiştirilmesidir.

TMK’nın 337. hükmü bakımından önerimiz ise;

“(1) Ana ve baba evli değilse, baba ile soybağı kurulana kadar çocuğun velayeti anaya aittir. Baba ile aralarında soybağı kurulduğu takdirde; çocuğun yararı esas alınmak kaydıyla, ana ve babanın ortak talebi ve mümkün olduğu ölçüde çocuğun görüşü de dikkate alınarak, velayet ana veya babadan birine ya da her ikisine birden bırakılabilir” şeklinde değiştirilmesidir.

KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız, “Türk Medeni Kanundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyola’a Armağan, İstanbul 2011, s. 1- 75.
- AKINTÜRK, Turgut/Ateş, Derya, Aile Hukuku B. 20, Ankara 2017.
- AKKAYA, Tolga, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara 2017.
- AKKIŞLA, Hasibe Sena, Velayetin Tevdii, Ankara 2017.
- AKTAŞ, Sururi, “Hukukta Yorum Çabaları”, EÜHFD, C. XV, S. 3–4, Y. 2011, s. 1-33.
- AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku, B. 3, Ankara 2013. (Kısaltma: Akyüz, Çocuk Hukuku)
- AKYÜZ, Emine, “Çocuk Güvenliği İlkesi Işığında Korunmaya Muhtaç Çocuklar”, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 2, Y. 1980. (Kısaltma: Akyüz, Çocuk Güvenliği İlkesi).
- ALTUKAYA, Mehmet, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 111-129.
- APAYDIN, Bahar Öcal, “İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Y. 2016, s. 145-146. (Kısaltma: B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu).
- APAYDIN, Eylem, “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, Y. 2018, s. 445- 475. (Kısaltma: E. Apaydın, Ortak Velayet).
- ARAT, Tuğrul, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, AÜHFD, S. 1-4, Ankara 1964, s. 421- 527.

- ARIDEMİR, Arzu Genç, “Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu”, Çocuk Hakları Çalışmaları I (Editörler: Evgen Gülçin Elçin/ Arzu Genç Arıdemir), Mayıs 2017.
- ARKAN, Azra Serim, “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 167, Y.2016, s. 6075-6088.
- ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ AYAZ, Sema Taşpınar, Medeni Usul Hukuku, B. 3, Ankara 2017.
- ATASOY, Samed, İslam ve Osmanlı Hukukunda Hidane, Ankara 2019.
- ATİK, Mehmet Fatih, Milletlerarası Özel Hukukta Velâyet, (Danışmanı Doç. Dr. Feriha Bilge Tanrıbilir), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- AYANNA, Ariel, “From Children's Interests to Parental Responsibility: Degendering Parenthood through Custodial Obligation”, 19 UCLA Women's L.J. 1, 60 (2012), s. 1-60.
- AYBAY, Aydın/ AYBAY, Rona, Hukukia Giriş, B. 8, İstanbul 2002.
- AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, B. 15, İstanbul 2017.
- AYİTER, Nuşin, “Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkındaki Görüşler”, AÜHFD S.11-4, s. 145-167.
- BAKTIR, Selma, Aile Mahkemeleri, Ankara 2003.
- BALA, Nicholas, “Bringing Canada's Divorce Act into the New Millennium: Enacting a Child-Focused Parenting Law”, 40 Queen's L.J. 425 (2015).
- BAYGIN, Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010.
- BEAUMONT, Paul R., “Advantages for States in Becoming a Party to the Hague Children's Convention 1996”, MHB, C. 35, S. 2, s. 139-145.
- BERMAN, Arthur M. /KIRSH, David P., “Definitions of Joint Custody”, 5 Fam. Advoc. 2, 4, Y. 1982.

- BİNGÖL, Ediz, “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 2, Y. 2014, s. 276- 312.
- BJARNASON, Thoroddur/ Arnarsson, Arsaell M., “Joint Physical Custody and Communication with Parents: A Cross-National Study of Children in 36 Western Countries”, Journal of Comparative Family Studies, Vol. 42, No. 6 (2011), s. 871-890.
- BLASÍO, Guido de/ Vuri, Daniela, “Joint Custody in the Italian Courts”, June 2013. (<http://ftp.iza.org/dp7472.pdf>, E.T. 18.10.2018).
- BOZİN, Danielle, “Equal Shared Parental Responsibility and Shared Care Post-Return to Australia under the Hague Child Abduction Convention”, UNSW L.J., Volume 37(2), s. 603-632.
- BÖLÜKBAŞI, Özge, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının ve Aile Bireylerinin Korunması, Ankara 2015.
- BÖLÜKBAŞI, Özge, “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”, EÜHFD, C. XV, S. 3-4, Y. 2011, s. 267- 287.
- BRATT, Carolyn S., “Joint Custody”, Kentucky L. J., Vol. 67/ 1978-79, s. 271-308.
- BRİNİG, Margaret F., “Result Inequality in Family Law”, Akron L. Rev., Vol. 49/471, Y. 2016, s. 471-504.
- DE BRUIJN MSC, Simon/ POORTMAN, Anne-Rigt/ VAN DER LİPPE, Tanja, “Formerly cohabiting parents and parenting plans: Who makes the effort?” Family & Law, June 2016 (<http://www.familyandlaw.eu>, E.T. 03.12.2019).
- BUCHER, Andreas, “Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international / III.-Bibliographie”, Symposium zum Familienrecht, La famille dans les relations transfrontalières Actualités en droit suisse et dans les rapports

- internationaux, 7e symposium en droit de la famille, 2013, s. 30-68. (Kısaltma: Bucher, Autorite Parentale).
- BUCHER, Andreas, “Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext”, Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen Familien- und migrationsrechtliche Aspekte 7. Symposium zum Familienrecht 2013 Universität Freiburg, Zürich · Basel · Genf 2013, s. 1- 84. (Kısaltma: Bucher, Elterliche Sorge).
- BUTRUÏLLE-CARDEW, Charlotte, “*Family Law in France*”, CBBC Avocats (<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com>, E.T.10.10.2018);
- BÜCHLER, Andrea/CANTIENİ, Linus/SİMONİ, Heidi, “Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda–Ein Vorschlag”, *FamPra.ch* 2/2007 vom 07.05.2007, s. 207-228.
- BÜCHLER, Andrea/ CLAUSEN, Sandro, Die Ehescheidung und die Ehetrennung/ Die Scheidungsfolgen/ Art. 298, FamKomm 3. Auflage, Y. 2017, s. 403- 444. (Kısaltma: Büchler/Clausen, Art. 298).
- BÜCHLER, Andrea/ CLAUSEN, Sandro, “Die elterliche Sorge – Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung”. *FamPra*, Heft. 1:1-35; 2018. (Kısaltma: Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge).
- BÜCHLER, Andrea/ MARANTA, Luca, “Das neue Recht der elterlichen Sorge Unter besonderer Berücksichtigung der Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden”, in: *Jusletter* 11 August 2014.
- CANTIENİ, Linus/ YVO Biderbost, Reform der elterlichen Sorge aus Sicht der Kindesund Erwachsenenschutzbehörde (KESB) – Erste Erfahrungen und Klippen”, *FamPra.ch* 2015, s. 771-796.
- CİN, Halil/ AKYILMAZ, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, B. 11, Konya 2019.
- ÇAĞLAR, Şule, *Yabancı Mahkeme Tarafından Verilen Velayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, (Danışmanı: Prof. Dr. Vahit Doğan), Gazi Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Devletler Özel Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2018.

ÇAKIR, Nagehan, Boşanma Sonrası Ortak Velayet, Ankara 2020.

ÇEKİN, Mesut Serdar, “Uluslararası Normların Özel Hukuka ve Hukuk Metodolojisine Etkisi”, İÜHFM, C. LXXIV, S. 2, Y. 2016, s. 645- 674.

ÇELEBİCAN, Özcan Karadeniz, Roma Hukuku, B. 15, Ankara 2012.

ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, B. 15. Ankara 2017.

ÇELİKEL, Aysel, “Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, MHB, Y. 17- 18, 1997-98, s. 107- 116. (Kısaltma: A. Çelikel, Tenfiz).

ÇELİKEL, Serdar, Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara 2012. (Kısaltma: S. Çelikel, Boşanma).

ÇETİNER, Selma Baktır, Velayet Hukuku, B. 1, Ankara 2009. (Kısaltma: Çetiner, Velayet).

ÇETİNER, Selma, “Velayet Müessesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan-1, DEÜHFD, C. 19, Özel Sayı, Y. 2017, s. 25- 46. (Kısaltma: Çetiner, Velayetin Hukuki Niteliği).

DAYINLARLI, Kemal, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, (<http://www.dayinlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/yasarkarayalcin.pdf>, E.T. 26.02.2019).

DELABAYS, Jérôme, “Autorité Parentale, Droit de Visite et Procédures, Quelques Jurisprudences Récentes”, Symposium zum Familienrecht, Droit de la famille et nouvelle procédure 6e Symposium en droit de la famille, Y. 2012, s. 175-196.

DETHLOFF, Nina, “Changing Family Forms: Challenges for German Law”, 46 Victoria U. Wellington L. Rev., (2015), s.671-682, (Hemonline E.T. 25.09.2017).

- DOĞAN, İzzet, Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, Ankara 2010. (Kısaltma: İ. Doğan, Usul Hukuku).
- DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, B. 4, Ankara 2017. (Kısaltma: V. Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk).
- DOLUNAY, Ayhan, Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2015.
- DÖNMEZ, Ünsal/BARIN, Taylan, “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, TAAD, Y. 9, S. 35, Temmuz 2018, s. 175- 210.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku (Cilt III) Aile Hukuku, B. 13, İstanbul 2018.
- DURMAZ, Melik, 1982 Anyasası’nın 90. Madde Çerçevesinde Uluslararası sözleşmeler ve İç Hukuka Etkisi, (Danışmanı: Yrd. Doç.Dr. Faruk Bilir), Yüksek Lisans Tezi, , Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku ABD, Konya 2007.
- DWYER, Susan A. “How to Share Parenting: So that "equal access" means "the best of both parents"”, American Bar Association, Family Advocate, Vol. 33, No. 1 (Summer 2010), s. 4-8.
- EBELS-DUGGAN, Kyla, “Awarding Custody: Children's Interests And The Fathers' Rights Movement”, Public Affairs Quarterly, Vol. 24, No. 4 (October 2010), s. 257-278.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku, İstanbul 2008.
- EKŞİ, Nuray, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013.
- ERDEM, Mehmet, Aile Hukuku, Ankara 2018.
- ERLÜLE, Fulya, İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Ankara 2019.

- ESCOBEDO, Anna/ FLAQUER, Lluís/ NAVARRO-VARAS, Lara, “The Social Politics of Fatherhood in Spain and France: A Comparative Analysis of Parental Leave and Shared Residence”, Presses Universitaires de France «Ethnologie française» 2012/1, Vol. 42, s. 117-126.
- FERRAND, Frédérique, “Parental Responsibilities–France (National Report: France”, s. 1-39, ([http://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Parental-Responsibilities .pdf](http://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Parental-Responsibilities.pdf), E.T. 10.10.2018).
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, Aile Hukuku, B. 2, İstanbul 1979.
- FUHRMANN, Geri S. W./ ZIBBELL, Robert A., Evaluation For Child Custody, United States of America 2012.
- FULCHIRON, Hugues, “Custody and Separated Families: The Example of French Law”, Family Law Quarterly, Vol. 39, No. 2, Symposium on Comparative Custody Law (Summer 2005), s. 301-313.
- GASSNER, Sybille/ MAJID, Nadja, Neuere Rechtsprechung und Literatur zum Ehe- und Kindesrecht/ IV. Kindesrecht/ A.-F., Symposium zum Familienrecht, Familienvermögensrecht: berufliche Vorsorge -Güterrecht- Unterhalt 8. Symposium zum Familienrecht 2015 Universität Freiburg, 2016, s. 255-317.
- GELGEL, Günseli Öztekin, “Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler”, MHB, Cilt: 35, Sayı: 2, s. 107-138.
- GENÇCAN, Ömer Uğur, Velayet Hukuku, Ankara 2015.
- GÖKÇENAY, Berivan, “Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi (Danışmanı: Doç. Dr. Sibel Özel), İstanbul 2009.
- GÖKYAYLA, Cemile Demir, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara 2001.

- GÖKYAYLA, Cemile Demir/ AKINCI, Ziya, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010.
- GLOOR, Urs/LUKAS, Barbara Umbricht, “Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Expertenwissen für die Praxis”, FHB – Fachhandbuch, s. 481-510.
- GRASSİNGER, Gülçin Elçin, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınması Gereken Durumlar”, Prof.Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, s. 823-846.
- GRAYCAR, Reg, “Family Law Reform in Australia, or Frozen Chooks Revisited Again”, Theoretical Inquiries in Law, Vol. 13:24, 2012, s. 241- 269.
- GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza, “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Ekim 2017, s.157-180.
- GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, B. 14, Ankara 2012.
- GÜVEN, Aydın, “Türk Hukukunda Ortak (Birlikte) Velayet”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S. 3, Y. 2017, s. 119-131. (Kısaltma: A. Güven, Ortak Velayet)
- GÜVEN, Kudret, “Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı ilişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, Ocak 2018, s. 11-64.
- HANKE, Andreas T., “Custody and Visitation Rights in Germany after the Decisions of the European Court on Human Rights”, 45 Fam. L.Q. 353 (2011), s. 353- 360.
- HARRİS, Peter G./ GEORGE, Robert H., “Parental Responsibility and Shared Residence Orders: Parliamentary Intentions and Judicial Interpretations”, Child and Family Law Quarterly Vol 22, No 2, 2010, s. 151- 171.
- HATEMİ, Hüseyin / OĞUZTÜRK, Burcu Kalkan, Aile Hukuku, B. 5, İstanbul 2016.
- HAUSCHİLD, Luise, “Reforming the Law on Parental Responsibility, 2014 Int’l Surv”. Fam. L. (2014), s. 147-152.

- HAUSHEER, Heinz/ GEISER, Thomas/ AEBI-MÜLLER, Regina E., “Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Eheschliessung, Scheidung, allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Vormundschaftsrecht”, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, 2010.
- HERRING, Jonathan, Family Law, B. 7, Harlow, United Kingdom 2015.
- HOFFMANN, Manfred/ THOMANN, Kathrin, “Belassung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung als Regelfall Zusprennung der alleinigen elterlichen Sorge an einen Elternteil als Ausnahme: Ein Plädoyer Für Den Grundsatz Der Beibehaltung Der Gemein-Samen Elterlichen VerantwortungBeiScheidung”, (<http://thomannlaw.ch/AbschlussarbeitMediation.pdf>), E.T. 27.12.2017).
- HURST-JACOB, Monika, “Gemeinsame Kinder – gemeinsame Sorge? Das gemeinsame Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, Katholische Beratungsstelle für Ehe-, Familien- und Lebensfragen” www.elf-koeln.de, E.T. 26.12.2017.
- HURWITZ, Vanessa A. K., “Bird’s Nest Parenting: Parents’ Perceptions of Their Nesting Process”; Graduate School of Psychology Fuller Theological Seminary, February 2016, (<https://digitalcommons.fuller.edu/phd-clinical-psychology/66/>) E.T. 26.12.2017)
- HUYSAL, Burak, “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili”, MHB, C.37, S.2, Y. 2017, s. 473–507. (Kısaltma: Huysal, Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili).
- HUYSAL, Burak, Devletler Özel Hukukunda Velayet, İstanbul 2005. (Kısaltma: Huysal, Velayet).
- ISELİ, Louis, “Aus der Rechtsprechung des Kantonsgerichts des Kantons Luzern, 3H 14 12, 1B 14 53, 3H 15 45, 1B 15 28”, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 152/2016 S. 575, s. 575-590.

- İCAN, Yeşim Öztürkmen, Hakimin Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku ABD, Yüksek Lisans Tezi, (Danışmanı: Prof. Dr. Erkan Perşembe), Samsun 2015.
- İNCE, Nurten, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet”, TAAD, Y. 9, S. 34, Nisan 2018, s. 189- 229.
- JAMESON, Barbara J., “Child Custody and Access: The Views and Practices of Psychologists and Lawyers” Supervisor: Dr. Marion F. Ehrenberg; University of Victoria 2001.
- JURCZYK, Karin/ WALPER, Sabine, Gemeinsames Sorgerecht Nicht Miteinander Verheirateter Eltern, Vorgezogener Endbericht für das Projekt, München, 30.11.2010.
- KAHRAMAN, Süheyla, Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet, B. 1, İstanbul 2019.
- KAZMACI, Özge Uzun, “Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması”, Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına Özel Sayı- III, KHÜHFD, C.6, S. 1 Haziran 2018, s. 171-186.
- KARABACAK, Ayşegül, Eşlerin Çocuk Üzerindeki Velayet Hakkı, (Danışmanı: Prof. Dr. O. Gökhan Antalya), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk ABD, Özel Hukuk Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.
- KARACA, Hilal, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara 2015.
- KARAGÜLMEZ, Ali / URAL, Sami Sezai, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, B. 2, Ankara 2003.
- KARAKOÇ, İrem, “Bir İslâm Hukuku Müessesesi Olan Hidâne Hakkının ve Osmanlı Aile Hukuku’nda Uygulanışının İzmir Şer’iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, S. 3, s. 151-206.

- KAYA, Asım, “Amaçsal Yorum”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Y. 2014, s. 365-383.
- KAYAK, Sevgi, “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, Hacettepe HFD, C. 8, S. 2, s. 249-302.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Aile Hukuku, B.3, Ankara 2017.
- KIRCA, Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD, C. 50, S.1, Y.2001, s. 91- 119.
- KİREMİTÇİ, Müge, Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, İstanbul 2015.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004.
- KÖLE, Mehmet, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, 42 S. 34, Y.2016, s. 39- 98.
- KÖSE, Elif Naz, Velayet Hakkına, Birlikte Velayet Kavramına, Velayet Davalarında Çocuğun Dinlenilmesine Kısa Bir Bakış, İstanbul Barosu Dergisi, C. 91, S. 6, Y. 2017, s. 140-157.
- KÖSEOĞLU, Bilal/ KOCAAĞA, Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011.
- KRIEGLER, Alfred, Family Law in Austria: Overview, (<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document>, E.T. 07.11.2019).
- KRUK, Edward, “Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody”, The American Journal of Family Therapy 40:1, s. 33-55, (<https://doi.org/10.1080/01926187.2011.575344>, E.T. 04.10.2018. (Kısaltma: Kruk, Child Custody).
- KRUK, Edward, “Shared Parental Responsibility”, Journal of Divorce & Remarriage, Vol. 43:3-4, s. 119-140. (Kısaltma: Kruk, Responsibility).
- KURT, Leyla Müjde, “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, İnönü Üniversitesi HFD, C. 9, S. 2, Y. 2018, s. 157- 186.

- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B. 22, Ankara 2011.
- LAVADERA, Anna Lubrano/CARAVELLİ, Liliana/TOGLIATTİ, Marisa Malagoli, “Joint Custody and Shared Parenting: Analysis of practices in the Civil Court of Rome”, s. 93-110, (http://ijfs.padovauniversitypress.it/system/files/papers/16_1_06.pdf, E.T. 10.10.2018).
- LOWE, N. V., “The Allocation of Parental Rights and Responsibilities - The Position in England and Wales”, Family Law Quarterly, Vol. 39, Number 2, Summer 2005, s. 267- 299.
- MALKOÇ, Ebru Şensöz, Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, İstanbul 2017.
- MARTİN, Widrig, “Elterliche Sorge- Ein Grundrecht? Das Diskriminierungsverbot, der Anspruch auf Achtung des Familienlebens und die Revision MLaw”; Erschienen in: Jusletter 23. Juli 2012, s. 1-12.
- MASON, Marry Ann, “Roller Coaster of Child Custody Law”, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, Vol. 24, 2012, s. 451-466.
- MEIER, Philippe/ HÄBERLİ, Thomas, “Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Juli bis Oktober 2015)”, Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz, Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES, Marco Zingaro, Estelle de Luze, s. 447- 480.
- MEIER, Philippe, “L’autorite parentale conjointe- L’arrêt de la CourEDH Zaunegger c. Allemagne- quels effets sur le droit suisse?”, Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES, Marco Zingaro, Estelle de Luze, ISSN. 1664-2007.
- MILLER, David J., “Joint Custody”, Family Law Quarterly, Vol. XIII, Number 3, Fall 1979.
- MORGENBESSER, Met/ NEHLS, Nadine, Joint Custody, B. 2, United States of America, Chicago 1981.

- MURPHREE, S. Elaine, “Divorce: The Joint Custody Alternative”, Oklahoma Law Review, Vol. 34, s. 119- 127.
- MURRAY, Lawrence O., “Patria Potestas”, The University Law Review, Vol. 3/9, Y. 1897, s. 307-312.
- MUTLU, Işıl Umut, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeninin Etkisi, (Danışmanı: Prof. Dr. M. Turgut Turhan), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003.
- MUTTER, Yolanda/ GLOOR, Urs, “Neues Kindesunterhaltsrecht”, Fachtagung vom 7./8. September 2016 in Freiburg, Die Praxis im Spannungsfeld zwischen Schutz und Selbstbestimmung “<https://www.kokes.ch/application/files/1614/7367/8112/WS7.pdf>, E.T. 07.09.2018.
- NİKOLİNA, Natalie, Divided Parents, Shared Children, United Kingdom 2015. (Kısaltma: Nikolina, Shared Children).
- NİKOLİNA, Natalie, “The Influence of International Law on the Issue of Co-Parenting-Emerging Trends in International and European Instruments”,8 Utrecht L. Rev. (2012), s. 122-144, (www.heinonline.org, E.T. 24.12.2017). (Kısaltma: Nikolina, European Instruments).
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR, Saibe Oktay, Kişiler Hukuku, B. 15, İstanbul 2015.
- ÖNAL, Ali, Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği, MHB, C. 37, S. 2, s. 576–610.
- ÖZDAMAR, Demet, CEDAW Sözleşmesi, Ankara 2009.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa/ RUHİ, Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2017.
- ÖZMEN, İsmail, Velayet Hukuku Davaları, Çocuk Hakları, Aile ve Çocuk Mahkemeleri, B. 3, Ankara 2013.

- ÖZTAN, Bilge, “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s. 251- 260. (Kısaltma: Öztan, Birlikte Velayet).
- ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, B. 6, Ankara 2015. (Kısaltma: Öztan, Aile Hukuku).
- PARKINSON, Patrick/ SMYTH, Bruce, “Satisfaction and Dissatisfaction with Father-Child Contact Arrangements in Australia”, Child and Family Law Quarterly, Vol 16, No 3, 2004, s. 289-304.
- PARR, Katharina, Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB, (Erstgutachter: Frau Prof. Dr. Scherer Zweitgutachter: Herr Prof. Dr. Weitzel), Doctor iuris der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius – Maximilians – Universität Würzburg, 2005.
- PATTI, Salvatore/ CARLEO, Liliana Rossi/ BELLISARİO, Elena, “Parental Responsibilities – Italy (National Report: İtaly)”, s. 1-38, (<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Italy-Parental-Responsibilities.pdf>, E.T. 10.10.2018).
- POLAT, Oğuz/ GÜLDOĞAN, Evin, “Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velâyetin Saptanmasındaki Önemi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.118, Y. 2015, s.243-254.
- PARTALCI, Rümeyza, Yabancı Devletlerden Alınan Velayet Kararlarının Tenfizi”, (Danışmanı: Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
- PARKINSON, Lisa, Aile Arabuluculuğu, 2017, (Sorumlu Editör Av. Arabulucu Yonca Fatma Yücel, <http://www.adb.adalet.gov.tr/ailearabuluculuk.pdf>, E.T. 16.01.2020).
- RAHAT, Esra, İslam Hukukunda Annenin Velayeti, (Danışmanı: Mustafa Uzunpostalıcı), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, , Konya 2004.

- RECHTSANWÄLTE, Fischer, Aus Dem Themengebiet: Scheidungsrecht Merkblatt Einführung Der Gemeinsamen Elter-Lichen Sorge Als Regel-Fall (AB 1. Juli 2014), (www.fischer-rechtsanwaelte.ch, E.T. 26.12.2017).
- REİSER, Anne, “Autorité parentale, garde, relations personnelles, comment obtenir l’exécution des jugements, de lege lata ?/ I.-II.”, Symposium zum Familienrecht Droit de la famille et nouvelle procédure 6e, Symposium en droit de la famille, 2012, s. 197-219.
- ROHDE, Alexandra, The Impact of Joint Child Custody Policies on Children’s Long-Term Outcomes, (Faculty Thesis Advisors: Professor Prakarsh Singh and Professor Caroline Theoharides), Department of Economics at Amherst College, April 20, 2016.
- ROTH, Marianne, National Report: Austria (Parental Responsibilities-Austria), University of Salzburg, (<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Parental-Responsibilities.pdf>, E.T. 07.11.2019).
- RUHİ, Ahmet Cemal / RUHİ, Canan, Velayet Hukuku, Ankara 2017.
- RUHİ, Ahmet Cemal/ KAPLAN, Yavuz, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni, MHB, Y. 22-2002, s. 643- 663
- RUHİ, Ahmet Cemal, Boşanma ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2003. (Kısaltma: Ruhi, Tanıma ve Tenfiz).
- RUHİ, Ahmet Cemal, “Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velayet Konusundaki İlamların Türkiye’de Tenfizi”, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003. (Kısaltma: Ruhi, Tenfiz).
- RUHİ, Ahmet Cemal, Birlikte Velayet Kurumu ve Birlikte Velayete İlişkin Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2019. (Kısaltma: Ruhi, Birlikte Velayet).
- RUSSO, Andrea/ PİROLA, Benedetta Rossi/ Zei, Pennuto, “Family law in Italy”(https://content.next.westlaw.com/Document/I3cbe5da7e60511e398d

- b8b09b4f043e0/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default,E.T. 18.10.2018).
- SARI, Suat, “Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması, LHD, C.5, S. 49, Y.2007, s. 83-94.
- SAYMAN, Yücel, “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması Ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi Hakkında Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor”, MHB, Y. 16, S. 1-2, 1996, s. 129- 137.
- SCBWENZER, Ingeborg/ KELLER, Tomie, “New Rules on Parental Responsibility in Switzerland (New Rules)”, The International Survey of Family Law, Y. 2014, s. 457-470.
- SCHLÄPPI, Sarah, “Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall”, (https://bracherpartner.ch/fileadmin/user_upload/bracherpartner/publikationen/Gemeinsame_elterliche_Sorge_als_Regelfall.pdf, E.T. 26.12.2017).
- SCHWENZER, Ingeborg/ KELLER, Tomie, “The Changing Concept of 'family' and Challenges for Family Law in Switzerland”, European Family Law Volume II The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law Edited by Jens M. Scherpe University Senior Lecturer, University of Cambridge, and Fellow of Gonville and Caius College, Cambridge, UK, s. 309- 333.
- SEÇER, Öz, “Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S. 2, Y. 2016, s. 259-286.
- SENN, Eva, “Verfahrensrechtliche Streiflichter zu den Revisionen der elterlichen Sorge und des Kindesunterhaltsrechts”, FamPra.ch 2017 S. 971, s. 971-998.
- SERDAR, İlknur, “Birlikte Velayet”, DEÜHFD, C. 10, S. 1, 2008, s. 155-197.
- SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, B.5, İstanbul 2014. (Kısaltma: Serozan, Medeni Hukuk).
- SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2017. (Kısaltma: Serozan, Çocuk Hukuku).

- SHAMBİCCO, Noam, Die Neuregelung Der Elterlichen Sorge ([https:// www.studer-law.com/files/studer-law/publikationen/moegazette/die-euregelung-der-elterlichen-sorge.pdf](https://www.studer-law.com/files/studer-law/publikationen/moegazette/die-euregelung-der-elterlichen-sorge.pdf), E.T. 26.12.2017).
- SOLAK, Özlem Ezgi, Boşanmanın Çocuklar Yönünden Sonuçları, (Danışmanı: Yrd. Doç Dr. Abdulkerim Yıldırım), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2014.
- STAUDİNGERS, J. Von, “Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts” (Dr. Reinhard Voppel Rechtsanwalt in Köln), Berlin 2008.
- STEWART, James/ FLOYD, Edward/ DZİOBON, Rebecca, “Penningtons Manches LLP”, Family Law in the UK (England and Wales), (<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I6ea765c67bb811e498db8b09b4f043e0/View/FullText.html?transitionType=CategoryPageItem&contextData=%28sc.Default%29&navId=92E2FF68DA548FD4B1C55375E44909F9&comp=pluk>, E.T. 25.09.2018).
- SUSSMAN, Diane, The International Comparative Legal Guide to Family Law 2019, France 2018, B. 2, (<https://iclg.com/practice-areas/family-laws-and-regulations/france#chapter-content6>).
- SÜZEN, Begüm, “Yabancı Mahkemeler tarafından Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi”, Bahçeşehir Üniversitesi HFD, Y. 2015, C. 10, S. 133- 134, s. 27- 49.
- ŞAD, Nihad/ Akdağ, Mustafa, “Evde Eğitim”, Milli Eğitim Dergisi, S. 188, Güz 2010s. 19-31.
- ŞAFAK, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, B.4, İstanbul 1992.
- ŞANLI, Cemal, “Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, MHB, Y. 16, S. 1-2, 1996, s. 71- 82.
- ŞENER, Esat, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001.

- ŞENER, Mehmet, “İslam Hukukunda Velayet”, Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, İzmir 1985.
- ŞİMŞEK, Canan, Türk Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları, (Danışmanı: Prof. Dr. Demet Özdamar), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Özel Hukuk Programı, , İzmir 2012.
- ŞİT, Banu, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması Ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, Y. 2011, S. 1, s. 61-74.
- TAHİROĞLU, Bülent/ ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, B. 6, İstanbul 2010.
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge, “Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfisi ile Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi”, MHB, Y. 16, S. 1-2, 1996, s. 83- 92.
- TARMAN, Zeynep Derya, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler”, MHB, C. 37, S. 2, s. 798–820.
- TAŞKIN, Özder Özer, Velayette Çocuğun Üstün Yararı, (Danışmanı: Doç. Dr. Nuri Erisgin), Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi, Ağustos 2006.
- TAUSSİG, John G. Jr./ CARPENTER, John T., “Joint Custody”, North Dakota L. Rev., Vol. 56, Y. 1980, s. 223- 238.
- TEZGEL, Mehmet, Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2012.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1996.

- TOPAL, Şevket, “Korumaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslâm Hukûkunda Velâyet ve Vesâyet Yetkisi”, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, VI (2006), S. 3, s. 249-273.
- TORUN, Fuat, “Ebeveyn Yabancılaştırma Sendromu”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar-Current Approaches in Psychiatry, 2011, 3 (3), s. 466- 482
- TULLİO, Giandomenico De, “What are my parental rights in Italy?”, (<http://italiansolicitor.co.uk/parental-rights-italy/>, E.T. 10.10.2018).
- TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur, “Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname İle Düzenlenen Yenilikler”, DEÜHD, C. 19, S. 2, Y. 017, s. 103-127.
- UÇAR, Ayhan, “4721 Sayılı Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, Atatürk Üniversitesi Erzincan HFD, C.VI, S.1-4, 2002.
- ULUOCAK, Nihal, “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi”, MHB, Y. 16, S. 1-2, 1996 (Tasarı), s. 119-127.
- ULUSU KARATAŞ, Ayşe Elif, “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, MHB, C. 37, S. 2, s. 911–1003.
- USTA, Sevgi, Velayet Hukuku, İstanbul 2016.
- UZUN, Tuba Birinci, “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, Hacettepe HFD, C. 6, S. 1, Y. 2016, 135–166.
- ÜÇOK, Coşkun/ MUMCU, Ahmet/ BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, B. 21, Ankara 2019.

- ÜLKÜ, Hande Atmaca, “Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü”, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, (Danışmanı: Doç. Dr. Melek Bilgin Yüce), İstanbul 2017.
- VALONGO, Alessia, “Children Born Out of Wedlock: The End of an Anachronistic Discrimination”, The Italian Law Journal 2015, s. 83- 105.
- WARSHAK, Richard A., “Parenting by the Clock: The Best-Interest-of-the-Child Standard”, Judicial Discretion, and the American Law Institute's Approximation Rule, University of Baltimore Law Review Vol. 41, Issue 1, Fall 2011, s. 83-164.
- WEİNER, Merle H., “Thinking outside the Custody Box: Moving beyond Custody Law to Achieve Shared Parenting and Shared Custody”, University Of Illinois Law Review, Vol. 2016/4, s. 1535- 1580.
- WRİGHT, Danaya C., “The Crisis of Child Custody: A History of the Birth of Family Law in England”, Columbia Journal of Gender and Law, Vol. 11/2, Y. 175(2002), s. 175-184.
- YALIN, Şeyda Şanlı, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, (Danışmanı: Doç. Dr. Ebru Ceylan), İstanbul Aydın Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2017.
- YAMAN, Ahmet, İslam Aile Hukuku, B. 18, İstanbul 2016.
- YAVUZ, Cevdet/ ERLÜLE, Fulya/ TOPUZ, Murat, “Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku, (İsviçre Örneği)”, İstanbul 2017.
- YILDIRIM, Abdulkerim, Türk Aile Hukuku, Ankara 2014.
- YILDIZ, Serkan, “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi Hakkında Avrupa Sözleşmesi ve Uygulaması”, Uluslararası Hukuk Bülteni, s. 12-13 (http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/makaleler/sayi7makaleler/h_serpanyildiz.pdf, E.T. 25.12.2018).
- YILMAZ, Canan, “İsviçre Medeni Kanunu’nda 01.01.2017 Tarihli Revizyonla Aile Hukuku Alanında Gerçekleştirilen Temel Değişiklikler (Alternatif Himaye)”

İzmir Medeni Hukuk Günleri- 2, Aile Hukuk Sempozyumu (Yayımlayan: İzmir Barosu), 27-28 Nisan 2018, İzmir, s. 15-18.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, B.7, Ankara 2002.

YILMAZ Bilgin, Esra Pınar, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Ocak 2016.

YÜCEL, Yeliz, Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, İstanbul 2018.

YÜKSEL, Sera Reyhani, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, İstanbul 2020.



İNTERNET KAYNAKLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tematik Bilgi Notu – Velayet Hakları, (http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/cocuklar/velayet.pdf).

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi, (http://www.kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/contents/files/YasalDuzenlemeler/BM_cocuk_Haklari_Bildirisi.pdf

Botschaft zu einer Anderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge), (16. November 2011).

Bundesamt für Justiz BJ Direktionsbereich Privatrecht, Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht.

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Justiz BJ Direktionsbereich Privatrecht, Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, 11.070 n ZGB. Elterliche Sorge Die Begriffe «Obhut», «Betreuung» und «Aufenthaltort», gemäss Entwurf des Bundesrates vom 16. November 2011, https://www.kokes.ch/application/files/3314/6167/5652/Bericht_BJ_Juni_2012.pdf.

FF 2011 8025, (<https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2011/8025.pdf>).

Milli Eğitim Bakanlığı Evde ve Hastanede Eğitim Hizmetleri Yönergesi, Millî Eğitim Bakanlığı Tebliğler Dergisi, Şubat 2010-2629).

Switzerland's population 2014, (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/en/home/search.html#outside%20marriage>).

The New York Times, (<http://www.nytimes.com/2012/02/18/us/for-women-under-30-most-births-occur-outside-marriage.html>).

<http://ec.europa.eu>.

<http://www.tdk.gov.tr>.

<http://www.e-hukukrehberi.com>.

<https://www.corpus.com.tr>

<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=193&t=33653>, E.T. 18.04.2018.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011ss0723.pdf>, E.T. 10.05.2018).

<https://www.thespruce.com/types-of-child-custody-and-visitation-2997637>, E.T. 08.12.2017.



EKLER

Ek -1

KESB Kindes- und
Erwachsenenschutzbehörden
im Kanton Zürich

Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge Dé- claration concernant l'autorité parentale conjointe Dichiarazione concernente l'autorità parentale congiunta (Art. 298a ZGB/CC)

Mutter / Mère / Madre	
Name / Nom / Cognome	
Vornamen / Prénoms / Nomi	
Geburtsdatum / Date de naissance / Data di nascita	
Heimatort / Lieu d'origine / Luogo di appartenenza	
Staatsangehörigkeit / Nationalité / Cittadinanza	
Wohnort / Domicile / Domicilio	

Vater / Père / Padre	
Name / Nom / Cognome	
Vornamen / Prénoms / Nomi	
Geburtsdatum / Date de naissance / Data di nascita	
Heimatort / Lieu d'origine / Luogo di appartenenza	
Staatsangehörigkeit / Nationalité / Cittadinanza	
Wohnort / Domicile / Domicilio	

Kind / Enfant / Figlio	
Name / Nom / Cognome	
Vornamen / Prénoms / Nomi	
Geburtsdatum / Date de naissance / Data di nascita	
Heimatort / Lieu d'origine / Luogo di appartenenza	
Staatsangehörigkeit / Nationalité / Cittadinanza	
Wohnort / Domicile / Domicilio	

Hiermit erklären wir die gemeinsame elterliche Sorge und bestätigen:
Par la présente, nous déclarons l'autorité parentale conjointe et confirmons:
Con la presente dichiariamo l'autorità parentale congiunta e confermiamo:

1. dass wir bereit sind, gemeinsam die Verantwortung für das Kind zu übernehmen; und	1. que nous sommes disposés à assumer conjointement la responsabilité de l'enfant; et	1. che siamo disposti ad assumere congiuntamente la responsabilità del figlio; e
2. dass wir uns über die Obhut und den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile sowie über den Unterhaltsbeitrag für das Kind verständigt haben.	2. que nous nous sommes entendus sur la garde de l'enfant, sur les relations personnelles ou la participation de chaque parent à sa prise en charge ainsi que sur la contribution d'entretien.	2. che ci siamo accordati in merito alla custodia, alle relazioni personali o alla partecipazione alla cura del figlio e al suo contributo di mantenimento.

Ort und Datum / Lieu et date / Luogo e data _____

Die Mutter / La mère / La madre _____

Der Vater / Le père / Il padre _____

zuständige Kinderschutzhilfe (Stempel und Unterschrift) /
Autorité de protection de l'enfant compétente (timbre et signature) /
Autorità di protezione dei minori competente (timbro e firma) _____

**Vereinbarung über die Anrechnung von Erziehungsgutschriften Convention sur l'attribution de la bonification pour tâches éducatives Conven-
zione concernente l'attribuzione di accrediti per compiti educativi**

	Mutter/Mère/Madre	Vater/Père/Padre
☐ Anrechnung der Erziehungsgutschrift Attribution de la bonification pour les tâches éducatives Attribuzione di accrediti per compiti educativi (Betreuung des Kindes zu gleichen Teilen durch Mutter und Vater) (prise en charge de l'enfant assumée à égalité par la mère et par le père) (cura del figlio ripartita in ugual misura tra madre e padre) ***	50%	50%
☐ Anrechnung der Erziehungsgutschrift Attribution de la bonification pour les tâches éducatives Attribuzione di accrediti per compiti educativi (Betreuung des Kindes zum überwiegenden Teil durch die Mutter) (plus grande partie de la prise en charge de l'enfant assumée par la mère) (cura del figlio prevalentemente a carico della madre) ***	100%	0%
☐ Anrechnung der Erziehungsgutschrift Attribution de la bonification pour les tâches éducatives Attribuzione di accrediti per compiti educativi (Betreuung des Kindes zum überwiegenden Teil durch den Vater) (plus grande partie de la prise en charge de l'enfant assumée par le père) (cura del figlio prevalentemente a carico del padre) ***	0%	100%

Hinweis: Falls Sie betreffend Erziehungsgutschriften nichts ankreuzen, ist eine entsprechende Vereinbarung innert der nächsten 3 Monate (resp. innert 3 Monate ab Geburt des Kindes) bei der zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nachzureichen. Im Säumnisfall hat die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde kostenpflichtig über die Anrechnung der Erziehungsgutschriften zu entscheiden.

Ort und Datum
Lieu et date
Luogo e data

Die Mutter
La mère
La madre

Der Vater
Le père Il
padre

Ek- 2

(ANA VE BABA ARASINDAKİ VELAYET ANLAŞMASI ÖRNEĞİ)

“Ana Adı/ Soyadı : _____

Baba Adı/ Soyadı : _____

Çocukların

1. Adı/ Soyadı : _____

2. Adı/ Soyadı : _____

Bu anlaşma ____ (ana) ____ ve ____ (baba) ____ tarafından, çocuğun fiziksel, duygusal ve mali desteğini paylaşma niyetini gösterir.

A. Çocuğun yerleşim yeri

1. Çocuğun her iki ebeveyniyle de güçlü, duygusal bir bağ kurması amaçlanmaktadır. Çocuk, kendi yararı düşünülerek, ana ve baba ile birlikte kuracağı güçlü ilişki dışında, onların ana ve babalarıyla ya da yakınlarıyla görüşmesi ve iletişim kurması bakımından engellenmez.

2. Genel prensipler:

a. Konut: Çocuk ana ile birlikte, ananın konutunda ikamet eder. İki haftada bir olmak şartıyla hafta sonları ise babanın yanında kalır. Baba cuma akşamları çocuğu okuldan alıp, pazartesi sabahları tekrar okula bırakır.

b. Esneklik ve işbirliği: Her iki ebeveyn de birbirinin programlarına uyumlu, anlayışlı ve işbirlikçi hareket etmeyi kabul eder. Çocuğun ihtiyaçları, özel olaylar, çıkılan tatiller ya da yaşanan acil durumlarda ebeveynler birbirini durumdan haberdar ederler. Bu durumda diğer ebeveynin de katılımı mümkünse sağlanır. Aksi durumda diğer ebeveynin anlayışlı hareket etmesi beklenir.

B. Çocuk hakkındaki kararlara katılımın sağlanması

1. Çocuğun günlük ihtiyaçları için gereken kararlar ana tarafından tek başına verilir. Bunun dışında çocuğun sağlık bakımı, acil tıbbi durumun söz konusu olması,

mesleki ve dini eğitimi gibi önemli konularda, her iki ebeveyn karar vermede işbirliği yapmayı kabul eder. Bu işbirliğini başarmak için, her iki ebeveyn de birbirleriyle danışmayı kabul eder ve birbirlerine saygılı davranmak zorundadır. Anlaşmazlık halinde bir tarafın özellikle de ananın, babanın görüşlerini sormak ve nihai bir karar vermek için bunları dikkate almak gibi yükümlülükleri vardır.

2. Çocuk yetiştirilmesi ile ilgili olarak her iki ebeveynin de kendilerinden tutarlı davranması ve sürekli olarak çatışmadan uzak kalmaları gerekmektedir. Bu tutarlı davranışlar arasında, (bunlarla sınırlı olmamakla birlikte), çocuğun beslenme düzeni, yatma zamanı, televizyon izleme saatleri ve çocuğun davranışlarına uygun sınırlar koyma gibi kurallar gösterilebilir. Çocuğun hafta içi ve hafta sonu rutin düzenlemelerine uyulmalıdır.

3. Her iki ebeveyn de çocuklarına ahlak, kültürel ve manevi değerlerini kazandırmayı arzu ederler. Her biri çocuklarına tüm dinleri ve kültürleri anlama ve saygı duymalarını öğretmeyi amaçlamaktadır.

C. Ebeveynlerin coğrafi yakınlığı

1. Her iki ebeveyn de çocuğun yüz yüze iletişimini ve diğer iletişimlerini kolaylaştırmak için araba ile yaklaşık bir saatten daha uzakta olamamak koşuluyla birbirlerine yakın bir yerleşim yeri edinmeye çaba gösterir.

2. Yer Değiştirme: Ebeveynlerden biri ----- şehrinden başka bir şehre ya da ülkeye taşınmayı planlıyorsa, olabildiğince diğer ebeveyn ile irtibata geçer ve her iki ebeveyn de fiziksel olarak ilişkisini devam ettirebilme konusunda çaba gösterir.

D. Mali konular

1. Günlük giderler: Ana ve baba çocuğun günlük giderlerinden ayrı ayrı sorumlu olacaktır. Yiyecek, giyim, oyuncak, eğlence ve diğer günlük giderler için çocuk ile aynı konutta yaşayan ebeveyn % ...'sini, diğer ebeveyn ise giderlerin %.....'sini karşılamalıdır. Her iki ebeveyn de güçleri oranında çocuğun giderlerine katılır ve onun için ellerinden geleni yapmakla yükümlüdürler.

2. Özel büyük giderler: Doğum öncesi bakım ve doğum bakımı, çocuk bakımı, eğitim, tıbbi bakım için sigortasız maliyetler (ya da sigorta primleri ve cepten yapılan

harcamalar dahil), diş bakımı ve çocuk dersleri tamamlanana kadar ders dışı etkinlikler (kamp, dersler vb.) lisans çalışmaları veya 25 yaşına kadar eēitim masrafları gibi masrafların %'sı baba, %.....'sı ana tarafından karřılanacaēı kabul edilmektedir. Ebeveynlerin gelir durumlarını etkileyecek önemli deēiřiklikler derhal diēer ebeveyne bildirilmeliler.

Böyle bir deēiřiklik durumunda, her iki ebeveyn de oranın deēiřip deēiřmeyeceēini tartışır ve aralarında anlayışlı ve işbirlikçi bir yaklaşımla yeniden bir düzenleme yapılması mümkündür.

E. Çatışma halinde ebeveynlerin çözüm yöntemleri

1. Toplantı: Her iki ebeveyn arasında ocuk ile ilgili bir kararda ya da mali konularda bir çatışma ortaya çıkarsa, ana ve baba makul bir yerde bir araya gelirler.

2. Danışmanlık ve/veya arabuluculuk: Ebeveynler profesyonel bir danışman veya arabulucu huzurunda da toplanabilir. Seans veya seansların maliyeti ebeveynler arasında eēit olarak paylaştırılır.

3. Hakime başvuru: TMK'nın 195. maddesinde yer alan düzenlemeler gereēi taraflar, hakim müdahalesini talep edebilirler.

G. Bu anlaşmanın gözden geçirilmesi veya deēiřtirilmesi

1. Anlaşmada yapılacak deēiřiklikler bakımından hakim onayı gerekir. Taraflar hakim huzurunda ya da kendi aralarında toplanarak anlaşmada deēiřiklikler yapabilirler, ancak anlaşmanın taraflar arasında geçerli kabul edilebilmesi için hakim onayı gerekir.

H. Çeşitli hükümler

1. Bu anlaşma, her bir sayfası imzalanmak suretiyle ve hakim onayıyla yapılır. Bu anlaşmanın aslı mahkemede kalır. Birer sureti ise taraflara saklanmak üzere teslim edilir.

2. Bu anlaşmanın hukuki etkisi, TMK hükümlerine göre belirlenir,

3. Bu anlaşma hakim onayı ile yazılı olarak iptal edilinceye kadar ya da değiştirilinceye kadar aynen yürürlükte kalacaktır. Her iki ebeveyn ya da çocuk bu anlaşmanın tüm şartlarını uyumlu, anlayışlı ve işbirlikçi olarak yerine getirir.

4. Her birimiz bu anlaşmayı okuduk, anladık ve kabul ettik.

_____ (İMZA) _____ (Ana adı/tarih)

_____ (İMZA) _____ (Baba adı/tarih) ”