T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

DOKTORA TEZİ

Elif Merve Subaşı

13422087

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hüseyin Murat DEVELİOĞLU

Temmuz 2024

ÖNSÖZ

"Türk Hukukunda Birlikte Velayet" başlıklı doktora tezi çalışması süresince ilgi ve katkılarından dolayı öncelikle tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Hüseyin Murat DEVELİOĞLU'na, tez savunma jürimde yer alarak beni onurlandıran, jüri üyeliğinin ötesinde, bana yeniden çalışma azmi aşılayan Sayın Prof. Dr. İpek SAĞLAM'a, çalışmanın iyileştirilmesine yönelik değerli görüşlerini esirgemeyen Prof. Dr. Mehmet ERDEM, Prof. Dr. Sezer ÇABRİ ve Prof. Dr. Aslı MAKARACI BAŞAK'a teşekkürlerimi sunarım.

Doktora programına kabul edildiğimdeki gururlu bakışını unutmadığım rahmetli babam Av. Gıyasettin SUBAŞI'ya armağan ettiğim bu çalışmanın tamamlanma sürecinde yanımda olan ve desteğini esirgemeyen annem Semra SUBAŞI'ya, akademik hayatımda fikirlerine her zaman saygı duyduğum Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI'ya teşekkürü bir borç bilirim.

Yaşadığım her zorlukta yanımda olan, tez çalışmasında desteğini eksik etmeyen, zor gün dostum, kıymetli Av. Ceren YAKIŞIR'a ne kadar teşekkür etsem az kalır.

Doktora tezi çalışmam boyunca yardımlarını esirgemeyen, iş yükümü azaltmak için ellerinden geleni yapan başta Araş. Gör. Dr. Selva KAYNAK KOÇ ve Araş. Gör. Dr. Melisa AYDIN YAMAKOĞLU olmak üzere tüm çalışma arkadaşlarıma teşekkürlerimi sunarım.

Son olarak, çalışmanın tamamlanması için sabahladığım zamanlarda ayak ucumdan hiç ayrılmayan kedilerim Fiona ve Küçük'e, 2019 yılında kaybettiğim Kral'a teşekkür ederim.

Elif Merve SUBAŞI, İstanbul 2024

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ ii

İÇİNDEKİLER iii

KISALTMALAR vii

RÉSUME x

ABSTRACT xix

ÖZET xxvii

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

VELAYET KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, ÇEŞİTLERİ, ÖZELLİKLERİ VE VELAYET HUKUKUNA HÂKİM İLKELER

I. GENEL OLARAK VELAYET KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ 12

A. Velayet Kavramı 12

B. Velayet Kavramının Tarihi Gelişimi 17

1) Roma Hukukunda Velayet Kavramı 18

2) Cermen Hukukunda Velayet Kavramı 21

3) İslam Hukukunda Velayet Kavramı 22

4) Orta Çağdan On Dokuzuncu Yüzyıla Velayet Kavramı 25

5) On Dokuzuncu Yüzyıldan Günümüze Uluslararası Hukuktaki Gelişmeler 27

C. Velayetin Hukuki Niteliği 35

II. TÜRK HUKUKUNDA VELAYETİN ANAYASAL DAYANAKLARI 38

III. TÜRK MEDENİ KANUNU'NDAKİ GELİŞMELER 45

IV. VELAYETİN TARAFLARI ve VELAYET ÇEŞİTLERİ 47

A. Velayet İlişkisinin Tarafları 47

1) Çocuk 47

2) Velayeti Kullanan Taraf 50

B. Velayet Çeşitleri 53
1) Tek Taraflı Velayet 53
2) Birlikte Velayet 53

V. VELAYETİN ÖZELLİKLERİ 55

A. Velayetin Kamu Düzenine İlişkin Olması 55
B. Velayetin Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Olması 56
C. Velayetin Süreli Olması 57
D. Velayetin Çocuğu Yararına Olması 58
E. Velayetin Bütün Olması 59

VI. VELAYET HUKUKUNA HÂKİM İLKELER 62

A. Çocuğun Üstün Yararı İlkesi 62
B. Çocuğun Görüşünün Dikkate Alınması İlkesi 65
C. Ayrım Gözetmeme İlkesi 70
D. Çocuğun Yaşaması ve Gelişmesi İlkesi 71

İKİNCİ BÖLÜM

BİRLİKTE VELAYET DÜZENLEMELERİ, BİRLİKTE VELAYETİN UYGULANMASINDAKİ AMAÇLAR ve BİRLİKTE VELAYETİN TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ

I. EVLİLİK BİRLİĞİ İÇİNDE BİRLİKTE VELAYET DÜZENLEMELERİ 73

A. Anne ve Babanın Evli Olması Halinde Velayet Hükümleri 73
B. Ortak Yaşama Ara Verilmesi veya Ayrılık Kararı Verilmesi Halinde Velayet Hükümleri 80

II. EVLİLİK BİRLİĞİNİN MEVCUT OLMADIĞI HALLERDE VELAYET DÜZENLEMELERİ 83

A. Eşlerden Birinin Ölümü veya Gaipliğine Karar Verilmesi veya Eşin Velayet Hakkını Kullanamaz Hale Gelmesi Halinde Velayet 83
B. Evlilik Birliğinin Boşanma veya Butlan ile Sona Ermesi Halinde Velayet 85
1) Türk Hukukundaki Durum 85
2) İsviçre Hukukundaki Durum 88
3) Alman Hukukundaki Durum 97
C. Evlilik Birliği Dışında Doğan Çocuklar Bakımından Velayet 101

III. BİRLİKTE VELAYETİN UYGULANMASINDA AMAÇLAR, SOSYOLOJİK ÇALIŞMALAR VE ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER 109

A. Birlikte Velayetin Uygulanmasında Amaçlar 109

B. Birlikte Velayet ile İlgili Gerçekleştirilen Sosyolojik Araştırmalar 111
C. Birlikte Velayetin Uygulanmasına Yönelik Görüşler 116

IV. EVLİLİK BİRLİĞİNİN MEVCUT OLMADIĞI HALLERDE BİRLİKTE VELAYETİN TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ 123

A. Genel olarak 123
B. Evlilik Birliği Bulunmayan Hallerde Birlikte Velayetin Uygulanmasına Yönelik Görüşler 125
C. Yargıtay'ın 2017 Tarihli Boşanma Sonrası Birlikte Velayet Kararı ve Sonrasındaki Gelişmeler 131
1) Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesinden Sonra Birlikte Velayetin Uygulanabilirliğine Dair Yargı Kararları 131
2) Yargıtay'ın 2017 Tarihli Birlikte Velayet Kararı Sonrası Öğretideki Görüşler 136
D. Görüşümüz 137

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİRLİKTE VELAYETİN UYGULANMASI, BİRLİKTE VELAYET MODELLERİ VE BİRLİKTE VELAYETİN KAPSAMI

I. BİRLİKTE VELAYETİN UYGULANMASI VE BİRLİKTE VELAYET MODELLERİ 140

A. Birlikte Velayet Kapsamında Yetkilerin Kullanılması 140
1) Genel Olarak 140
2) Gündelik Yaşama İlişkin Kararlar- Önemli Kararlar Ayrımına Dayanan Yetki Dağılım Sistemi 140
3) Çocuğun Yerleşim Yerini Esas Alan Yetki Dağılım Sistemi 147
B. Birlikte Velayet Modelleri 148
1) Genel Olarak 148
2) Tek Yerleşim Modeli (Rezidans Modeli- Eingliederungsmodell) 150
3) Değişimli Model (Değişken Model- Dönüşümlü Model- Wechselmodell) 151
4) Yuva Modeli (Nestmodell) 153

II. BİRLİKTE VELAYETİN KAPSAMI 153

A. Çocuğun Kişi Varlığı Bakımından Kapsamı 154
1) Çocuğun Üzerinde Anne ve Babanın Egemenlik Hakkı 154
2) Çocuğun Adı 155
3) Çocuğun Yerleşim Yeri 157
4) Çocuğun Yetiştirilmesi ve Eğitimi 159
5) Çocuk ile Ebeveynleri Arasındaki Hukuki İşlemler 161
6) Çocuğun Kişi Varlığı Bakımından Korunması 162

B. Çocuğun Malvarlığı Bakımından Velayetin Kapsamı 165
1) Çocuk Mallarının Yönetim Hakkı ve Yükümlülüğü 165
2) Çocuk Mallarının Gelirlerinin Sarf Edilmesi (Harcanması) 168
3) Çocuk Mallarının Kısmen Sarf Edilmesi (Harcanması) 169
4) Çocuğun Serbest Malları 170
5) Çocuk Mallarının Korunması 171
C. Anne ve Babanın Çocuğu Temsil Yetkisi 173

III. İSTİSNA OLARAK TEK TARAFLI VELAYETE KARAR VERİLMESİ 176

A. Genel Olarak 176
B. Tek Taraflı Velayete Hükmedilmesi İçin Gerekli Ölçütler 177
1) Velayetin Kaldırılması Nedenlerinden Birinin Varlığı 177
2) Ebeveynler Arasında Önemli ve Sürekli Bir Şekilde Çatışmanın Olması 178
3) Ebeveynler Arasında İletişim Eksikliği ve Koordineli Çalışma Yeteneğinin Olmaması 179
4) Ebeveynlerin Tek Taraflı Velayetin Uygulanması Yönündeki Taleplerinin Varlığı. 179
5) Tek Taraflı Velayet Düzenlemesinde Kullanılabilecek Diğer Ölçütler 180
C. Velayetin Tek Tarafa Verilmesinin Sonuçları 181

SONUÇ 184

KAYNAKÇA 190

TEZ ONAY SAYFASI 214

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
Abs	Absatz
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AJO	American Journal of Orthopsychiatry
AlmMK	Alman Medeni Kanun'u
AlmMUK	Alman Medeni Usul Kanunu
Art.	Artikel
ASPB-ATHGM	Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü
Aufl.	Auflage
AÜEBFD,	Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYD	Anayasa Yargısı Dergisi
B.	Bası
BASAGM	Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü
BAÜHFD	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGE	Entscheidungen des Schweizerichen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
BMÇHDS	Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
BMİHEB	Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
C.	Cilt
CEDAW	Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme
Çev.	Çeviren
ÇHKİAS	Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi
ÇKK	Çocuk Koruma Kanunu
ÇÜHFD	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

DSM-V	The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (Ruhsal Bozukluklar Listesi)
E. T.	Erişim Tarihi
EMK	Mülga 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi
EYS	Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht (Aile, Ortaklık, Hukuk Dergisi)
HAEHD	Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi
HSK	Hakimler ve Savcılar Kurulu
ICD	İnternational Classification of Diseases (Hastalıkların Uluslararası Sınıflandırılması)
İHİD	İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İKÜHFD	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İnÜHFD	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İsvFM	İsviçre Federal Mahkemesi
İsvMK	İsviçre Medeni Kanunu
İsvMUK	İsviçre Medeni Usul Kanunu
İsvYKK	İsviçre Yetişkinleri Koruma Kanunu
JAAML	Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers
KaÜHFD	Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KindRG	Kindschaftsrechtsreformgesetz (Çocuk Hakları Kanunu Reformu)
LHD	Legal Hukuk Dergisi
MERNİS	Merkezi Nüfus İdare Sistemi
MHB	Milletlerarası Hukuk Bülteni
N.	Number
PÜSBED	Pamukkale Üniversitesi Sosyal bilimler Enstitüsü Dergisi
RG	Resmî Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
SBİBD	Sosyal Beşeri ve İdari Bilimler Dergisi
SPÇD	Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TAYA	Türkiye Aile Yapısı Araştırması
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBNA	Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması
TÜİK	Türkiye İstatistik Kurumu
TÜİKHB	Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni
UYAP	Ulusal Yargı Ağı Projesi
vd.	ve devamı
Y.	Yıl
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
YÜHFD	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetsbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen

RÉSUME

La garde est un ensemble de droits, de pouvoirs et de devoirs accordés exclusivement à la mère, au père et à l'adoptant pour la protection des droits personnels et patrimoniaux des mineurs et des enfants exceptionnellement restreints, ainsi que pour leur représentation. Les droits dans le cadre de la garde servent à remplir les obligations dans le même cadre. En effet, le fondement de l'autorité parentale est la protection et l'éducation saine de l'enfant. Dans un ordre idéal, la pleine réalisation de cet objectif n'est possible que si l'enfant grandit dans une relation saine avec son père et sa mère. Car l'éducation de l'enfant est trop importante pour être confiée à un seul parent.

La garde conjointe, qui est un type de garde, garantit que les figures maternelle et paternelle sont présentes dans la vie de l'enfant de manière aussi égale que possible, même si le mariage a pris fin ou si l'enfant est né en dehors du mariage. Dans ce contexte, le respect des obligations découlant de la garde par la mère et le père, la présence des deux parents auprès de l'enfant et la connaissance des changements vécus par l'enfant serviront l'intérêt supérieur de l'enfant. Notre objectif dans cette étude est de souligner l'importance de la garde conjointe en termes de développement de l'enfant et de présenter un modèle type, notamment en termes d'applicabilité en droit turc.

Au cours de l'histoire, la nature juridique du concept de garde a subi des changements. Alors que la garde était caractérisée comme un droit de souveraineté des parents, elle est aujourd'hui considérée comme une "*obligation-droit*" dans la doctrine et les décisions judiciaires qui acceptent la protection de l'enfant comme base. Le fait que l'enfant, qui était sous la domination du père de famille dans le droit romain et dont on pouvait disposer, ait les droits qu'il a aujourd'hui, a été rendu possible par le changement de la perspective sociale à l'égard de la protection de l'enfant. L'inclusion d'obligations dans la nature juridique de la garde a permis à l'enfant de formuler des demandes. Dans ce contexte, il est essentiel que la garde soit régie par des règles centrées sur l'enfant.

Les droits des enfants, qui sont les plus touchés par les tragédies nationales et internationales, sont trop importants pour être laissés à la disposition des États dont ils sont citoyens. De ce point de vue, surtout après la Seconde Guerre mondiale, les efforts pour protéger les enfants au niveau international ont pris de l'ampleur. Grâce à ces efforts, les principes fondamentaux des droits de l'enfant et du droit de garde, qui sont protégés au niveau international, ont été façonnés.

Le principe le plus important du droit de garde est le *"principe de l'intérêt supérieur de l'enfant*". La notion d'intérêt supérieur de l'enfant varie selon les époques et les circonstances. C'est pourquoi elle a été délibérément laissée abstraite. L'attitude du législateur dans ce sens a pour but d'éviter que le concept ne soit défini et limité. En vertu de ce principe, dans toute transaction concernant l'enfant, son intérêt supérieur doit être pris comme base, et si nécessaire, l'intérêt supérieur des parents et de l'Etat doit être secondaire. Ce principe apparaît comme un principe fondamental tant dans les textes nationaux et internationaux sur l'enfant que dans les décisions de justice.

Un autre principe important en matière de garde est le *"principe de prise en compte de l'opinion de l'enfant*", qui repose sur l'écoute des désirs et des demandes de l'enfant qui en a connaissance. Ce principe exige que les parents écoutent l'enfant dans les situations où ils façonnent sa vie et prennent des décisions importantes le concernant. De même, le juge doit prendre en considération l'opinion de l'enfant qui peut s'exprimer et exprimer son opinion dans ses décisions concernant la garde. L'avis de l'enfant ne peut être ignoré que s'il est contraire à son intérêt supérieur.

Le troisième principe du droit de garde est le *"principe de non-discrimination*". Ce principe repose sur la non-discrimination en fonction de l'âge, du sexe et d'autres caractéristiques de l'enfant lors de l'élaboration d'un règlement ou d'une décision concernant l'enfant. Ce qui rend ce principe important pour notre étude, c'est l'idée que tous les enfants devraient être soumis à la garde conjointe en règle générale. Dans ce contexte, chaque enfant, qu'il soit né d'une union maritale ou non, a le droit de connaître ses parents de manière égale, sans aucune discrimination, et la mise en œuvre de la garde conjointe sert ce droit.

Le dernier principe évalué dans notre étude est le principe de *"survie et développement de l'enfant". L'*objectif de ce principe est de protéger l'enfant matériellement et moralement, d'éliminer les obstacles qui peuvent survenir dans son développement et d'assurer les conditions de son développement sain. Les conditions qui servent l'objectif du principe sont principalement possibles pour les enfants qui grandissent en bonne santé au contact de leurs parents. Cependant, dans tous les cas, les enfants ne peuvent pas grandir avec leurs parents. Dans ce cas, il est nécessaire de créer ces conditions en particulier pour les enfants qui ne grandissent pas dans une relation conjugale. À la lumière de ce principe, il a été convenu que la relation de l'enfant avec ses parents devait être protégée par des garanties de l'État, qu'il soit né dans une union maritale ou non.

À la lumière de tous ces principes, l'ordre juridique à créer sera possible grâce à un ensemble de mécanismes qui servent l'intérêt supérieur de l'enfant, où les mécanismes dans lesquels son opinion est consultée autant que possible sont protégés par la garantie de l'État. La responsabilité de l'éducation de l'enfant incombe en premier lieu aux parents. L'État, qui joue un rôle secondaire à cet égard, intervient par ses mécanismes de protection. Au sein de l'union matrimoniale, les parents peuvent facilement assumer leurs responsabilités, mais cette situation devient difficile pour les enfants nés en dehors de l'union matrimoniale. C'est pourquoi la communication de la mère et du père avec l'enfant doit être garantie par l'État. Dans ce contexte, la garde conjointe des parents ne devrait pas être conditionnée par l'existence d'une union matrimoniale, et une ordonnance de garde dans laquelle l'enfant est au centre devrait être prise comme base.

En droit turc, l'enfant est sous la garde conjointe de sa mère et de son père tant que dure l'union matrimoniale. Dans ce contexte, la mère et le père expriment leur volonté explicite ou implicite en prenant des décisions communes concernant l'enfant. En cas de litige dans l'exécution de leurs droits et obligations en matière de garde, les parents ont le droit de demander l'intervention du juge. En Suisse et en Allemagne, outre le tribunal, une autorité administrative est également habilitée à trancher les questions sur lesquelles les parents ne parviennent pas à s'entendre. De cette manière, des solutions rapides et efficaces sont trouvées. Le droit de faire appel de la décision

de cette autorité administrative autorisée est réservé. Dans le système juridique turc, il n'existe aucune disposition en ce sens, et la règle de la résolution du litige par la seule saisine du tribunal a été établie.

En droit turc, la question de savoir si la garde conjointe sera maintenue ou non dans le cas où la mère et le père de l'enfant interrompent leur vie commune ou si le juge décide de la séparation des parties est controversée. La source de ce débat est l'ambiguïté de l'article 336 du code civil turc (CCT), qui stipule que "*...la garde peut être confiée à l'un des époux*". Cette ambiguïté a conduit à l'émergence de deux opinions différentes dans la doctrine. Selon la première opinion, le législateur réglemente la garde unilatérale comme une règle de droit impérative. Selon la seconde opinion, puisque la garde conjointe est acceptée pendant la durée de l'union matrimoniale, la continuité de la garde doit être préservée à moins que l'union ne soit rompue par une décision de justice. La garde ne peut être confiée à l'une des parties que dans l'intérêt de l'enfant.

La doctrine discute également de la question de savoir si la garde conjointe peut être décidée pour l'enfant commun dans le cas où le mariage se termine par un divorce. Les divergences d'opinion découlent des différentes interprétations des articles 182/2 et 336/3 du TCC. La première opinion soutient que la garde unilatérale est une exigence de la règle de droit impérative. La deuxième opinion soutient que l'article 182 du TCC réglemente les contacts de l'enfant avec l'autre parent en cas de garde unilatérale, mais qu'il n'établit pas de règle impérative en matière de garde unilatérale. Cette opinion indique également que la phrase *"en cas de divorce, l'enfant appartient à la partie à laquelle l'enfant est laissé" de l'*article 336 n'est pas concluante et que le juge peut accorder la garde conjointe dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire.

Les discussions de la doctrine sur la garde conjointe en droit turc ont pris une autre dimension avec l'*arrêt de la Cour de cassation du 20.02.2017 T. 2016/15771 S.*. Dans la doctrine, l'effet du *" Protocole n° 11 et du Protocole additionnel n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales " sur le* droit turc a commencé à être évalué.

Dans son arrêt de 2017, la Cour de cassation, contrairement à ses précédents arrêts, n'a pas jugé contraire à l'ordre public l'application de la garde alternée en cas de dissolution du mariage. Dans la motivation de la décision, la Cour de cassation s'est référée à l'article 5 du Protocole additionnel n° 7, qui stipule que les obligations des parents se poursuivront après la fin du mariage. Selon la Cour de cassation, l'adoption du protocole en question annule la disposition de l'article 336/3 du TCC sur la garde des enfants en cas de divorce. Dans ce contexte, selon la Cour de cassation, la garde conjointe après le divorce est désormais possible en droit turc.

Dans notre étude, la réglementation et la pratique de la garde conjointe en Suisse et en Allemagne sont incluses afin d'éclairer le droit turc. D'une manière générale, en droit suisse et allemand, la "garde conjointe" est acceptée comme règle en cas de séparation et de divorce. Exceptionnellement, la garde unilatérale ne peut être décidée que si l'intérêt supérieur de l'enfant l'exige.

L'article 298 du code civil suisse (code civil suisse) et l'article 1671 du code civil allemand (code civil allemand) réglementent la continuité de la garde conjointe même en cas de séparation. Si le fait d'être mère et père perdure même en cas de dissolution du mariage, la continuité de la garde fondée sur ce fait devrait également être essentielle. La garde unilatérale ne devrait être appliquée que si l'intérêt supérieur de l'enfant l'exige. Il est admis que le système de garde conjointe, qui maintient la communication avec la mère et le père et dans lequel la mère et le père remplissent tous deux leurs obligations, est en règle générale dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

En droit turc, la garde d'un enfant né hors mariage est régie par l'article 337 du TCC et la garde unilatérale de la mère est fondamentale. Le droit de garde du père est réglementé à titre exceptionnel. Le père ne peut avoir la garde que par décision judiciaire dans les cas où la garde de la mère n'est pas légalement possible. Cette disposition, qui est réglementée à la lumière de la règle selon laquelle la paternité de la mère est établie dès la naissance, est critiquée par la doctrine turque au motif qu'elle entraîne une discrimination entre l'enfant né au sein de l'union matrimoniale et l'enfant né en dehors de l'union matrimoniale. Au centre de la critique, le fait que le père n'ait

la garde qu'exceptionnellement, bien que la paternité soit établie avec le père, est considéré comme une violation du droit de l'enfant de connaître son père et sa mère.

En droit suisse et allemand, les parents peuvent demander la garde conjointe d'un enfant né hors mariage au moyen d'une déclaration. Lors de la déclaration, les questions relatives à la prise en charge de l'enfant doivent également être précisées. Si la mère s'abstient de faire une déclaration, il est possible pour le père de faire une demande seul. Tant que la demande de garde conjointe du père n'est pas acceptée par les autorités compétentes, la mère a la garde unilatérale.

Dans les cas où il n'y a pas d'union matrimoniale, la façon d'appliquer la garde conjointe consiste en deux questions principales : la détermination du lieu où l'enfant vivra et la façon dont les décisions à prendre avec l'enfant seront prises. La contribution financière que doit verser à l'autre parent le parent qui n'est pas réellement présent avec l'enfant après avoir déterminé le lieu de résidence de l'enfant et sa durée est une pension alimentaire.

Deux systèmes ont été déterminés en ce qui concerne les décisions à prendre au sujet de l'enfant. Il s'agit de la répartition de l'autorité en fonction du lieu de résidence ou de la répartition de l'autorité en fonction du type de décisions à prendre. Par exemple, au Royaume-Uni, le système d'autorité partagée en fonction du lieu de résidence est appliqué, tandis qu'en Allemagne et en Suisse, la garde conjointe est appliquée selon la distinction entre "les décisions importantes et les décisions concernant la vie quotidienne". Les décisions importantes sont considérées comme des décisions qui affectent fondamentalement la vie de l'enfant. Des décisions telles que le lieu où l'enfant vivra et l'école où il étudiera peuvent être données comme exemples de décisions importantes. Les décisions concernant la vie quotidienne sont des décisions concernant les actions de l'enfant dans la vie quotidienne, dans le cours normal de sa vie. Le parent qui est effectivement avec l'enfant est autorisé à prendre ces décisions.

En Allemagne et en Suisse, l'adoption d'un système dans lequel les parents prennent ensemble les décisions importantes repose sur la conviction que, dans l'intérêt

supérieur de l'enfant, les parents devraient agir ensemble dans les affaires qui auront un impact décisif sur la vie de l'enfant. Même si la garde conjointe est maintenue, en cas de séparation, on ne peut pas s'attendre à ce que les parents agissent ensemble dans toutes les décisions comme ils le font dans le cadre de l'union conjugale. D'autre part, les intérêts de l'enfant doivent être protégés par les deux parents dans les questions importantes, conformément à l'objectif de la garde conjointe. L'équilibre entre ces deux intérêts a été établi par une réglementation selon laquelle la mère et le père prennent des décisions conjointes dans les décisions importantes pour l'enfant.

Dans la mise en œuvre de la garde conjointe, la question du lieu de résidence de l'enfant est déterminée selon les modèles de règlement. Dans le "modèle de résidence unique", l'enfant reste en permanence avec sa mère ou son père. L'autre parent est autorisé à prendre ensemble les décisions importantes. Le modèle de placement unique est critiqué pour sa similitude avec la garde unilatérale et parce qu'il ne permet pas aux deux parents de s'impliquer dans la vie de l'enfant, ce qui est l'un des objectifs de la garde conjointe. Le modèle alterné est un modèle résidentiel dans lequel l'enfant séjourne alternativement avec son père et sa mère à certains intervalles, et dans ce contexte, les deux parents sont impliqués dans la vie quotidienne de l'enfant. Dans la mise en œuvre de ce modèle, il est important que les parents acceptent l'espace de vie de l'enfant comme centre et qu'ils soient géographiquement proches l'un de l'autre. Enfin, le modèle du nid est un modèle dans lequel l'enfant reste dans une résidence fixe et où la mère et le père s'occupent de l'enfant à tour de rôle. Bien que le modèle du nid soit considéré comme favorable en ce sens qu'il ne modifie pas l'ordre des enfants, il est considéré comme un modèle économiquement difficile à mettre en œuvre puisqu'il nécessite l'existence d'au moins trois maisons. La détermination du modèle de garde conjointe le plus approprié parmi les modèles de règlement est évaluée en fonction des circonstances du cas concret. Dans les arrêts de la Cour suisse, le modèle alternatif est le plus souvent appliqué.

En Allemagne et en Suisse, la garde unilatérale au lieu de la garde conjointe est l'exception. Lors de la décision sur la garde unilatérale, on évalue la façon dont la mère et le père agissent dans les affaires liées à l'enfant et leur attitude à l'égard de la résolution du problème. Il est impératif pour la mise en œuvre de la garde conjointe

que la mère et le père ne répercutent pas leurs problèmes sur l'enfant. Dans le cas contraire, cela irait à l'encontre de l'objectif de la garde conjointe. L'avis de l'enfant reconnu est également important lors de la modification de la garde. Le juge doit privilégier l'intérêt supérieur de l'enfant tant lorsqu'il décide de la garde conjointe que lorsqu'il y met fin.

L'objectif de cette étude est de contribuer à l'indépendance de la garde par rapport à l'état matrimonial des parents. La garde conjointe de l'enfant né au sein de l'union matrimoniale ne devrait pas dépendre uniquement du changement de l'état matrimonial de la mère et du père. L'enfant ne doit pas être empêché de trouver un terrain d'entente avec ses parents. La fin de la garde conjointe ne doit être envisagée que si la mise en œuvre de la garde conjointe se fait au détriment de l'enfant.

De même, le fait que l'enfant soit né en dehors de l'union matrimoniale ne changera pas la position de sa mère et de son père à ses yeux. Dans ce contexte, bien que la garde de la mère soit acceptée jusqu'à ce que la paternité soit établie avec le père, il sera dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'établir une relation de garde avec l'enfant dès que la paternité sera établie avec le père par des moyens administratifs ou judiciaires. Dans ce contexte, un arrangement juridique sera nécessaire pour que le tribunal qui établit la paternité puisse décider de la garde. Dans le cadre de l'établissement de la paternité avec le père par voie administrative, toute personne intéressée et le procureur devraient pouvoir présenter une demande de garde.

La réglementation de la garde du point de vue de l'enfant, plutôt que du point de vue des parents, constituera la base de l'éducation d'un avenir sain. La mise en œuvre de la garde conjointe, qui est reconnue comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant, indépendamment du mariage, ne porte pas atteinte à l'institution du mariage ; au contraire, elle encourage les parents à adopter un comportement harmonieux à l'égard de l'enfant. En effet, dans les cas où le mariage se termine par un divorce, le fait que la garde ne se transforme pas en conflit réduira la tension entre les parents, et cette situation se répercutera positivement sur l'enfant. En ce qui concerne les enfants nés en dehors de l'union matrimoniale, l'implication du père dans la vie de l'enfant avec la garde conjointe permettra à la mère de partager les obligations de la mère à l'égard de

l'enfant et au père de sortir du rôle de seul soutien alimentaire. L'enfant doit connaître sa mère et son père et grandir avec eux, qu'ils soient mariés ou non. Toutefois, la garde unilatérale ou l'intervention de l'État devraient être envisagées dans les cas où l'intérêt supérieur de l'enfant est menacé.

ABSTRACT

Custody is a set of rights, powers and duties granted exclusively to the mother, father and adoptive parents for the protection of the personal and property rights of minors and exceptionally restricted children and for their representation. The rights within the scope of custody serve to fulfill the obligations within the same scope. As a matter of fact, the basis of parental authority is the protection and healthy upbringing of the child. In an ideal order, this goal can only be fully achieved if the child grows up in a healthy relationship with both the mother and the father. This is because the upbringing of the child is too important to be left to a single parent.

Joint custody, which is a type of custody, ensures that the mother and father figures are present in the child's life as equally as possible, even if the marriage is dissolved or the child is born outside the marriage. In this context, the fulfillment of the obligations arising from custody by both the mother and the father, both parents being with the child and being aware of the changes experienced by the child will serve the best interests of the child. Our aim in this study is to underline the importance of joint custody in terms of the child's development and to present an exemplary model especially in terms of its applicability in Turkish law.

In the historical process, the legal nature of the concept of custody has undergone changes. While custody was characterized as the sovereignty right of the parents, it is nowadays considered as an "*obligation-rights*" in the doctrine and judicial decisions that accept the protection of the child as the basis. The fact that the child, who was under the sovereignty of the father of the family and could be disposed of in Roman Law, has today's rights has been made possible by the change in the social perspective towards the protection of the child. The inclusion of obligations in the legal nature of custody has enabled the child to make demands. In this context, it is essential that custody is regulated by rules centered on the child.

The rights of children, who are most affected by national and international tragedies, are too important to be left to the disposal of the states of which they are citizens. From this point of view, especially after the Second World War, efforts for the international protection of children gained momentum. As a result of these efforts, the basic principles of children's rights and custody law, which are protected internationally, have been shaped.

The most important principle of custody law is the *"Principle of the Best Interest of the Child*". The concept of the best interest of the child varies according to time and circumstances. For this reason, it has been deliberately left abstract. The purpose of the legislator's attitude in this direction is to prevent the concept from being defined and limited. Pursuant to the principle, in every transaction concerning the child, his/her best interests should be the primary consideration and, if necessary, the best interests of the parents and the state should be secondary. This principle appears as a fundamental principle both in national and international texts on the child and in court decisions.

Another important principle regarding custody is the *"Principle of Consideration of the Child's Opinion*", which is based on listening to the wishes and demands of the child who has cognizance. It is a requirement of this principle that the parents listen to the child when they shape the child's life and make important decisions regarding the child. Similarly, the judge will take into consideration the opinion of the child who can express himself/herself and express his/her opinion in his/her decisions regarding custody. The opinion of the child will be disregarded only if it is in conflict with his/her best interests.

The third principle of custody law is the *"Principle of Non-Discrimination*". This principle is based on the principle of non-discrimination based on the age, gender and other characteristics of the child when making a regulation or decision regarding the child. What makes this principle important for our study is the idea that all children should be subject to joint custody as a rule. In this context, every child, whether born in a marital union or not, has the right to know his/her parents equally, without any discrimination, and the implementation of joint custody serves this right.

The last principle evaluated in our study is the principle of *"Survival and Development of the Child"*. The purpose of this principle is to protect the child materially and morally, to remove obstacles that may arise in his/her development and to provide conditions for his/her healthy development. The conditions that serve the purpose of the principle are primarily possible for children who grow up in good health in contact with their parents. However, in all cases, children cannot grow up with their parents. In this case, it is necessary to create these conditions, especially for children who do not grow up in a marital relationship. In the light of the principle, the understanding has emerged that the child's relationship with his/her parents should be protected by state guarantees, regardless of whether the child was born in a marital union or not.

In the light of all these principles, the legal order to be created will be possible through a set of mechanisms that serve the best interests of the child, where the mechanisms that are consulted as much as possible are protected by state guarantees. The responsibility for the upbringing of the child lies primarily with the parents. The state, which plays a secondary role in this regard, plays a role with its protective mechanisms. Within the marriage union, parents can easily fulfill their responsibilities, but this situation becomes more difficult for children born outside the marriage union. For this reason, the communication of the parents with the child must be guaranteed by the state. In this context, the joint custody of the parents should not be conditioned by the existence of a marriage union, and a custody order in which the child is at the center should be taken as a basis.

Under Turkish law, the child is under the joint custody of his/her parents while the marriage union continues. In this context, the mother and father express their explicit or implicit will when making joint decisions regarding the child. In the event of disagreement between the parents in the exercise of their rights and obligations regarding custody, they have the right to request the intervention of the judge. In Switzerland and Germany, in addition to the court, an administrative authority is authorized to decide on issues where parents cannot agree. In this way, fast and effective solutions are reached. The right to appeal the decision of this authorized administrative authority is reserved. In the Turkish legal system, there is no such

provision, and the rule of resolving the dispute only by applying to the court has been established.

In Turkish Law, it is controversial whether joint custody will continue or not in the event that the child's mother and father interrupt their joint life or if the judge decides on separation of the parties. The source of this debate is the ambiguity in Article 336 of the Turkish Civil Code (TCC), which states that "...one of the *spouses may be granted custody*". This ambiguity has led to the emergence of two different opinions in the doctrine. According to the first opinion, the legislator regulates unilateral custody as a mandatory rule of law. According to the second opinion, since joint custody is accepted during the continuation of the marriage union, the continuity of custody should be preserved unless the union is terminated by a court decision. Custody can only be left to one party for the benefit of the child.

It is also discussed in the doctrine whether joint custody can be decided for the joint child in case the marriage ends with divorce. The differences of opinion stem from the different interpretations of Articles 182/2 and 336/3 of the TCC. The first opinion argues that unilateral custody is a requirement of the mandatory rule of law. The second view argues that Article 182 of the TCC regulates the child's contact with the other parent in the event that unilateral custody is decided, whereas it does not establish a mandatory rule on unilateral custody. This view also states that the phrase *"in case of divorce, the child belongs to the party to whom the child is left" in* Article 336 is not conclusive and that the judge may award joint custody within the scope of his/her discretion.

The discussions in the doctrine on joint custody in Turkish law have moved to a different dimension with the "*Court of Cassation 2nd H.D. decision of 20.02.2017 T. 2016/15771 S.".* In the doctrine, the effect of *"Protocol No. 11 and Additional Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as Amended by Protocol No. 11" on* Turkish law, which the decision is based on, as well as the articles of the Turkish Civil Code, has started to be evaluated.

In its 2017 judgment, the Court of Cassation, unlike its previous judgments, did not consider the application of joint custody in the event of the dissolution of the marriage contrary to public order. In the reasoning of the decision, the Court of Cassation referred to Article 5 of Additional Protocol No. 7, which stipulates that the obligations of the parents continue after the dissolution of the marriage. According to the Court of Cassation, the adoption of the relevant protocol abrogates the provision of Article 336/3 of the TCC on custody in divorce. In this context, according to the Court of Cassation, joint custody after divorce is now possible under Turkish law.

In our study, the regulation and practice of joint custody in Switzerland and Germany are included in order to shed light on Turkish law. Generally speaking, in Swiss and German law, "joint custody" is accepted as a rule in case of separation and divorce for children born within the marriage union. Exceptionally, unilateral custody may be granted only if the best interests of the child so require.

Article 298 of the Swiss Civil Code (Swiss Civil Code) and Article 1671 of the German Civil Code (German Civil Code) regulate the continuity of joint custody even in the event of separation. If the fact of being a mother and a father will continue even if the marriage is dissolved, the custody based on this fact should also continue. Unilateral custody should only be exercised if it is in the best interest of the child. It is accepted that the joint custody system, which maintains communication with the mother and father and in which both mother and father fulfill their obligations, is in the best interest of the child as a rule.

In Turkish law, the custody of a child born out of wedlock is regulated under Article 337 of the TCC and the unilateral custody of the mother is fundamental. The father's right of custody is regulated exceptionally. The father can only have custody by court decision in cases where the mother's custody is not legally possible. This provision, which is regulated in the light of the rule that paternity with the mother is established immediately upon birth, has been criticized in the Turkish doctrine on the grounds that it causes discrimination between the child born within the marriage union and the child born outside the marriage union. The focus of the criticism is that, although paternity is established with the father, the fact that the father has custody

only in an exceptional manner is considered as a violation of the child's right to know his/her parents.

Under Swiss and German law, parents may request joint custody of a child born outside the marriage by means of a declaration. When making a declaration, issues regarding the care of the child must also be specified. If the mother refrains from making a declaration, it is possible for the father to make a request alone. Until the father's request for joint custody is accepted by the relevant authorities, the mother will have unilateral custody.

In cases where there is no union of marriage, joint custody consists of two main issues: the determination of the place where the child will live and how the decisions to be taken with the child will be made. Maintenance alimony is the financial contribution to be made to the other parent by the parent who is not actually present with the child after determining where the child will stay for how long.

Two systems have been identified in terms of decisions to be taken about the child. These systems are shared authority according to the place of residence or shared authority according to the type of decisions to be taken. For example, in the UK, the system of shared authority according to the place of residence is applied, while in Germany and Switzerland, joint custody is applied according to the distinction between "important decisions and decisions regarding daily life". Important decisions are considered as decisions that fundamentally affect the child's life. Decisions such as the place where the child will live and the school where the child will study are examples of important decisions. On the other hand, decisions regarding daily life are decisions regarding the actions of the child in daily life, in the ordinary course of his/her life. The parent who is actually with the child is authorized to make such decisions.

In Germany and Switzerland, the adoption of a system of joint parental decision-making in important decisions stems from the conviction that, in the best interests of the child, parents should act together in matters that will be pivotal in the child's life. Even if joint custody continues, in the event of separation, the parents cannot be

expected to act together in every decision as they do in the marriage union. On the other hand, the interests of the child should be protected by both parents in important matters in accordance with the purpose of joint custody. The balance of these two interests has been established with a regulation that requires the mother and father to take joint decisions in decisions that are important for the child.

In the implementation of joint custody, the question of the child's place of residence is determined according to the residential model. In the "single placement model", the child stays permanently with the mother or father. The other parent has parental authority to make important decisions together. The single placement model has been criticized for its similarity to unilateral custody and for not allowing both parents to be involved in the child's life, which is one of the goals of joint custody. The alternating model is a residential model in which the child stays with his/her mother and father alternately at certain intervals, and in this context, both parents are involved in the child's daily life. In the implementation of this model, it is important that the parents accept the child's living space as the center and that they are geographically close to each other. Finally, the nest model is a model in which the child stays in a fixed residence and the mother and father take turns in caring for the child. Although the nest model is welcomed in terms of keeping the child in order, it is considered to be economically difficult to implement since it requires the existence of at least three houses. The determination of the most suitable model for joint custody among the settlement models is evaluated according to the circumstances of the concrete case. In the decisions of the Swiss Court, the alternating model is most commonly applied.

In Germany and Switzerland, unilateral custody instead of joint custody is the exception. When deciding on unilateral custody, it is evaluated how the mother and father act in matters related to the child and what their attitude is towards solving the problem. It is imperative for the implementation of joint custody that the parents do not reflect their problems to the child. Otherwise, it would be contrary to the purpose of joint custody. The opinion of the cognizant child is also important when changing the custody. The judge prioritizes the best interests of the child both when deciding on joint custody and when terminating joint custody.

The aim of this study is to contribute to the independence of custody from the marital status of the parents. The joint custody of a child born in a marital union should not be dependent solely on the change in the marital status of the parents. The child should not be prevented from finding more common ground with his/her parents. Termination of joint custody should only be considered if the implementation of joint custody would be detrimental to the child.

Likewise, the fact that the child is born outside the marriage union will not change the position of his/her parents in his/her eyes. In this context, although the custody of the mother is accepted until paternity is established with the father, it will be in the best interest of the child to establish a custody relationship with the child as soon as paternity is established with the father through administrative or judicial means. In this context, a legal arrangement will be needed for the court that establishes paternity to decide on custody. In the establishment of paternity with the father by administrative action, it should be made possible for any interested party and the public prosecutor to make a request for custody.

The regulation of custody from the child's point of view, rather than from the parents' point of view, will form the basis for a healthy future. Implementation of joint custody, which is accepted to be in the best interest of the child, independently of the marriage does not harm the institution of marriage; on the contrary, it encourages the parents to exhibit harmonious behavior in terms of the child. As a matter of fact, in cases where the marriage ends with divorce, the fact that custody will not turn into a conflict will reduce the tension between the parents, and this situation will reflect positively on the child. In the case of children born outside the marriage, the father's involvement in the child's life with joint custody will enable the mother to share the obligations of the mother regarding the child and the father will no longer play the role of a mere alimony payer. The child should know and grow up with his/her parents, whether or not they are married. However, unilateral custody or state intervention should be considered if his/her best interests are jeopardized.

ÖZET

Velayet, küçük ve istisnai olarak kısıtlı çocukların kişi ve malvarlığı haklarının korunması, temsil edilmeleri amacıyla münhasıran anne, baba ve evlat edinene tanınmış hak, yetki ve ödevler bütünüdür. Velayetin kapsamındaki haklar, aynı kapsamdaki yükümlülüklerin ifasına hizmet eder. Nitekim velayetin temelinde, çocuğun korunması ve sağlıklı bir şekilde yetiştirilmesini hedeflemektedir. İdeal düzende, bu hedefin tam anlamıyla başarıya ulaşması, çocuğun hem anne hem de babasıyla sağlıklı bir ilişki içinde büyümesi ile mümkündür. Zira çocuğun yetiştirilmesi tek bir ebeveyne bırakılmayacak kadar önemlidir.

Velayetin bir türü olan birlikte velayet, evlilik sona erse veya çocuk evlilik birliği dışında doğmuş olsa dahi, anne ve baba figürünün çocuğun hayatında olabildiğince eşit bir şekilde var olmasını sağlar. Bu bağlamda velayetten doğan yükümlülüklerin hem anne hem de baba tarafından ifa edilmesi, her iki ebeveynin de çocuğun yanında olması ve onun yaşadığı değişimlerden haberdar olması çocuğun üstün yararına hizmet edecektir. Çalışmamızdaki amacımız birlikte velayetin çocuğun gelişimi açısından öneminin altının çizilmesi ve özellikle Türk hukukunda uygulanabilirliği açısından örnek modelin ortaya konmasıdır.

Tarihsel süreçte velayet kavramının hukuki niteliği değişikliğe uğramıştır. Velayet, anne ve babanın egemenlik hakkı olarak nitelendirilir iken, günümüzde öğretide ve yargı kararlarında çocuğun korunmasını temel kabul eden "*yüküm-hak*" olarak değerlendirilmektedir. Roma Hukukunda aile babasının hâkimiyetinde olan ve üzerinde tasarruf edilebilen çocuğun günümüzdeki haklara sahip olması, çocuğun korunmasına yönelik toplumsal bakış açısının değişmesiyle mümkün olmuştur. Velayetin hukuki niteliğine yükümlülüklerin de dâhil edilmesi, çocuğun talepte bulunabilir olmasını sağlamıştır. Bu bağlamda velayetin, merkezi çocuk olan kurallarla düzenlenmesi esastır.

Ulusal ve uluslararası trajedilerden en çok etkilenen çocukların sahip olması gereken haklar, vatandaşı oldukları devletlerin tasarrufuna bırakılmayacak kadar önemlidir. Bu bakış açısıyla, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, çocukların uluslar üstünde korunmasına yönelik çalışmalar hız kazanmıştır. Çalışmalar neticesinde çocuk haklarının ve velayet hukukunun uluslararası alanda koruma altına alınan temel ilkeleri şekillenmiştir.

Velayet hukukunun ilkelerinden en önemlisi *"Çocuğun Üstün Yararı İlkesi"*dir. Çocuğun yararı kavramı, zaman ve koşullara göre değişiklik arz eder. Bu sebeple bilinçli bir şekilde soyut bırakılmıştır. Kanun koyucunun bu yöndeki tutumundaki amaç, kavramın tanımlandırılarak sınırlandırılmasının önüne geçmektir. İlke gereğince, çocuğu konu alan her işlemde, onun yararı esas alınmalı, gerekirse anne babanın ve devletin yararı ikincil planda tutulmalıdır. Bu ilke hem çocuk ile ilgili ulusal ve uluslararası metinlerde hem de mahkeme kararlarında temel ilke olarak karşımıza çıkar.

Velayet ile ilgili bir diğer önemli ilke *"Çocuğun Görüşünün Dikkate Alınması İlkesi*"dir ve idrak sahibi olan çocuğun arzularının, taleplerinin dinlenmesini esas almaktadır. Anne ve babanın çocuğun hayatını şekillendirdiği, onunla ilgili önemli kararlar aldığı durumlarda çocuğu dinlemeleri bu ilkenin gereğidir. Benzer biçimde hâkim de velayete dair kararlarında da kendisini ifade edebilen, düşüncesini ortaya koyabilen çocuğun görüşünü göz önünde tutacaktır. Çocuğun görüşü ancak onun üstün yararı ile çatışma halinde ise dikkate alınmayacaktır.

Velayet hukukunun üçüncü ilkesi *"Ayrım Gözetmeme İlkesi"*dir. Bu ilke çocuk ile ilgili bir düzenleme yapılırken ya da karar alınırken çocuğun yaşı, cinsiyeti ve diğer özellikleri üzerinden ayrımcılığa uğramamasını temel alır. İlkeyi çalışmamız açısından önemli kılan nokta, tüm çocukların kural olarak birlikte velayete tabi olması gerektiği düşüncesidir. Bu bağlamda evlilik birliği içinde doğsun veya doğmasın her çocuk, herhangi bir ayrımcılık yapılmaksızın, anne ve babasını eşit düzeyde tanıma hakkına sahiptir ve birlikte velayetin uygulanması bu hakka hizmet eder.

Çalışmamızda değerlendirilen son ilke ise *"Çocuğun Yaşaması ve Gelişmesi"* ilkesidir. Bu ilkenin amacı, çocuğun maddi ve manevi yönden korunması, gelişiminde ortaya çıkabilecek engellerin kaldırılması ve sağlıklı gelişimi için koşullarının temin edilmesidir. İlkenin amacına hizmet eden koşullar öncelikle anne ve babası ile iletişim halinde sağlıkla büyüyen çocuklar bakımından mümkün olur. Ancak her durumda çocuk anne ve babası ile birlikte büyüyemez. Bu halde özellikle evlilik birliği içinde büyümeyen çocuklar bakımından da bu koşulların yaratılması gerekmektedir. İlke ışığında, evlilik birliği içinde doğup doğmadığı önem arz etmeksizin, çocuğun anne ve babası ile olan ilişkisinin devlet güvencesi ile korunması gerektiği anlayışı ortaya çıkmıştır.

Tüm bu ilkeler ışığında, hukuki olarak yaratılmak istenen düzen, çocuğun yararına hizmet eden, onun olabildiğince görüşüne başvurulan mekanizmaların devlet güvencesi ile korunduğu mekanizmalar bütünü ile mümkün olacaktır. Çocuğun yetiştirilmesinde sorumluluk öncelikli olarak anne ve babadadır. Bu hususta ikinci planda kalan devlet, koruyucu mekanizmaları ile rol oynar. Evlilik birliği içinde, anne ve babanın sorumluluklarını kolaylıkla ifa edebilir ancak bu durum evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından zorlaşmaktadır. Bu sebeple anne ve babanın çocuk ile olan iletişimlerinin devlet güvencesi ile teminat altına alınması gerekmektedir. Bu bağlamda anne ve babanın birlikte velayeti, evlilik birliğinin varlığı ile şartlandırılmamalı, çocuğun merkezde olduğu bir velayet düzeni esas alınmalıdır.

Türk hukukunda evlilik birliği devam ederken çocuk, anne ve babasının birlikte velayeti altındadır. Bu kapsamda anne ve baba, çocuk ile ilgili ortak kararlar alırken açık veya zımni iradelerini ortaya koyarlar. Velayete dair hak ve yükümlülüklerin ifasında anne ve babanın uyuşmazlık yaşamaları halinde ise hâkimin müdahalesini talep etme hakları mevcuttur. İsviçre ve Almanya'da ebeveynlerin uzlaşamadıkları konularda karar vermek üzere, mahkemenin yanı sıra idari bir makamın da yetkilendirildiği görülmektedir. Bu şekilde hızlı ve etkili çözümlere ulaşılmaktadır. Yetkilendirilen bu idari makamın verdiği karara itiraz yolu ise saklıdır. Türk Hukuk sisteminde bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş, sadece mahkemeye başvurarak uyuşmazlığın çözümlenmesi kuralı konulmuştur.

Çocuğun anne ve babasının ortak yaşama ara vermeleri veya taraflar hakkında hâkim tarafından ayrılık kararına hükmedilmesi halinde, birlikte velayetin devam edip etmeyeceği Türk Hukuku'nda tartışmalıdır. Bu tartışmanın kaynağı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 336. maddesindeki "…*velayeti eşlerden birine verebilir*" düzenlemesindeki belirsizliktir. Belirsizlik, öğretide iki farklı görüşün doğmasına neden olmuştur. Birinci görüşe göre, kanun koyucu emredici hukuk kuralı olarak tek taraflı velayeti düzenlemektedir. İkinci görüşe göre ise, evlilik birliğinin devamı süresince birlikte velayetin kabul edildiğinden, mahkeme kararı ile birlik sona ermediği sürece velayetin devamlılığının korunması gerekmektedir. Velayet ancak çocuğun yararı gereğince tek tarafa bırakılabilir.

Evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde, müşterek çocuk bakımından birlikte velayete karar verilip verilemeyeceği de öğretide tartışılmıştır. Görüş farklılıkları TMK'nın 182/2 ve 336/3 maddelerinin farklı yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Birinci görüş, tek taraflı velayete karar verilmesinin emredici hukuk kuralının bir gereği olduğunu savunmaktadır. İkinci görüş ise, TMK'nın 182. maddesinin tek taraflı velayete karar verilmesi durumunda çocuğun diğer ebeveyn ile görüşmesini düzenlediğini, oysa tek taraflı velayete dair emredici bir kural koymadığını ileri sürmektedir. Bu görüş, 336. madde bakımından da *"boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir"* ibaresinin kesin hüküm ifade etmediğini, hâkimin taktir yetkisi kapsamında birlikte velayete hükmedebileceğini belirtmektedir.

Türk hukukunda birlikte velayet ile ilgili öğretideki tartışmalar "*Yargıtay 2. H.D'nin 20.02.2017 T. 2016/15771 S. kararı"* ile farklı bir boyuta taşınmıştır. Öğretide TMK maddelerinin yanı sıra kararın dayanak gösterdiği *"11 Numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Numaralı Protokolün"* Türk hukukuna etkisi değerlendirilmeye başlanmıştır.

Yargıtay 2017 tarihli kararında, önceki tarihli kararlarından farklı olarak, birlikte velayetin evlilik birliğinin sona ermesi halinde uygulanmasını kamu düzenine aykırı görmemiştir. Kararın gerekçesinde, Ek 7 Numaralı Protokol'ün evlilik birliği sona erdikten sona anne ve babanın yükümlülüklerinin devam edeceğini öngören 5. maddesine atıfta bulunulmuştur. Yargıtay'a göre ilgili protokolün kabulü, TMK'nın

336/3. maddesinin boşanmada velayete dair hükmünü ilga etmektedir. Bu bağlamda Yargıtay'a göre boşanma sonrasında birlikte velayet artık Türk hukuku bakımından mümkündür.

Çalışmamızda Türk hukukuna ışık tutması adına İsviçre ve Almanya'da birlikte velayet düzenlemesi ve uygulamasına yer verilmiştir. Genel olarak belirtmek gerekirse, İsviçre ve Almanya hukukunda evlilik birliği içinde doğan çocuk bakımından ayrılık ve boşanma halinde "birlikte velayet" kural olarak kabul edilmiştir. İstisnai olarak, ancak çocuğun yararı gerektiriyorsa, tek taraflı velayete karar verilebilir.

İsviçre Medeni Kanunu'nun (İsvMK) 298. maddesi ve Alman Medeni Kanunu'nun (AlmMK) 1671. maddesi evlilik birliği içinde doğan çocuk bakımından ayrılık durumunda dahi birlikte velayetin devamlılığını düzenler. Anne ve baba olma olgusu evlilik sona erse dahi devam edecekse bu olguya dayanan velayetin de devamlılığı esas olmalıdır. Tek taraflı velayet ancak çocuğun yararı gerektiriyorsa uygulanmalıdır. Anne ve babası ile iletişimi koruyan, hem anne hem de babanın yükümlülüklerini yerine getirdiği birlikte velayet sisteminin kural olarak çocuğun yararına olduğu kabul edilmiştir.

Türk hukukunda evlilik birliği dışında doğan çocuğun velayeti TMK'nın 337. maddesinde düzenlenmiştir ve annenin tek taraflı velayeti esastır. Babanın velayet hakkı ise istisnai olarak düzenlenmektedir. Baba, ancak annenin velayetinin kanunen mümkün olmadığı hallerde mahkeme kararı ile velayete sahip olabilir. Anne ile soybağının doğum ile derhal kurulması kuralı ışığında düzenlenen bu hüküm, evlilik birliği içinde doğan çocuk ile evlilik birliği dışında doğan çocuk arasında ayrımcılığa sebep olduğu gerekçesi ile Türk öğretisinde eleştirilmektedir. Eleştirilerin odağında, baba ile soybağı kurulduğu halde babanın ancak istisnai şekilde velayete sahip olması, çocuğun anne ve babasını tanıma hakkının ihlali olarak nitelendirilmektedir.

Evlilik birliği dışında doğan çocuk bakımından, İsviçre ve Almanya hukukunda ebeveynler beyan yoluyla birlikte velayet talebinde bulunabilirler. Beyanda bulunurken çocuğun bakımına dair hususların da belirtilmesi gerekir. Annenin

beyandan kaçınması halinde babanın tek başına talepte bulunabilmesi mümkündür. Babanın birlikte velayete dair talebinin ilgili makamlarca kabul edilmesine kadar anne tek taraflı velayete sahip olacaktır.

Evlilik birliğinin mevcut olmadığı hallerde birlikte velayetin nasıl uygulanacağı, çocuğun yaşayacağı yerin tespiti ve çocuk ile alınacak olan kararların nasıl alınacağı şeklinde iki ana hususdan oluşmaktadır. Çocuğun ne kadar süre ile nerede kalacağının belirlenmesi akabinde fiili olarak çocuğun yanında bulunmayan ebeveynin diğer ebeveyne yapacağı maddi katkı ise bakım nafakası olarak karşımıza çıkar.

Çocuk hakkında alınacak kararlar bakımından iki sistem belirlenmiştir. Bu sistemler, yerleşim yerine göre yetki paylaşımı veya alınacak kararların türüne göre yetki paylaşımı şeklindedir. Örneğin İngiltere'de yerleşim yerine göre yetki paylaşımı sistemi uygulanırken; Almanya ve İsviçre'de "önemli kararlar- gündelik yaşama dair kararlar" ayrımına göre birlikte velayet uygulanmaktadır. Önemli kararlar, çocuğun yaşamını temelden etkileyen kararlar olarak değerlendirilmektedir. Çocuğun yaşayacağı yer, okuyacağı okul gibi kararlar önemli kararlara örnek gösterilebilir. Gündelik yaşama dair kararlar ise çocuğun günlük hayatta, hayatının olağan akışında gerçekleştirdiği eylemlere dair kararlardır. Bu tür kararların alımında çocuğun fiili olarak yanında bulunan ebeveyn yetkilidir.

Almanya ve İsviçre'de anne ve babanın önemli kararlarda birlikte karar almaları yönünde bir sistemin kabul edilmesi, çocuğun yararı için, onun hayatında dönüm noktası yaratacak hususlarda anne ve babanın beraber hareket etmeleri gerektiği düşüncesinden kaynaklanır. Birlikte velayet devam etse dahi, ayrılık halinde anne ve babanın, evlilik birliği içinde olduğu gibi her kararda beraber hareket etmeleri onlardan beklenemez. Öte yandan birlikte velayetin amacına uygun olarak önemli hususlarda çocuğun menfaatinin her iki ebeveyn tarafından korunması gerekir. Bu iki menfaatin dengesi, çocuk için önem arz eden kararlarda anne ve babanın ortak karar alması yönündeki bir düzenleme ile kurulmuştur.

Birlikte velayetin uygulanmasında çocuğun yaşayacağı yere ilişkin sorunlar yerleşim yeri modellerine göre belirlenmektedir. "Tek yerleşim modelinde" çocuk

sürekli olarak anne veya babasının yanında kalır. Diğer ebeveynin velayete ilişkin yetkisi önemli kararların birlikte alınması noktasındadır. Tek yerleşim modeli, tek taraflı velayete benzerliği, birlikte velayetin amaçlarından olan her iki ebeveynin çocuğun hayatında yer edinmesine imkân vermemesi gibi nedenler ile eleştirilmektedir. Değişimli model, çocuğun belirli aralıkla sırayla annesinde ve babasında kaldığı, bu bağlamda her iki ebeveynin çocuğun günlük yaşamında yer aldığı yerleşim yeri modelidir. Bu modelin uygulanmasında ebeveynlerin çocuğun hayat alanını merkez kabul etmeleri ve coğrafi olarak birbirlerine yakın olmaları önem arz eder. Son olarak yuva modeli ise çocuğun sabit bir meskende kaldığı, anne ve babasının sırayla çocuğun bakımı ile ilgilendiği modeldir. Yuva modeli çocuğun düzeninin değişmemesi yönünden olumlu karşılansa da en az üç evin varlığını gerektirdiği için ekonomik açıdan uygulanması zor bir model olarak değerlendirilmektedir. Yerleşim modelleri arasında birlikte velayete en uygun olanın belirlenmesi somut olayın koşullarına göre değerlendirilir. İsvFM kararlarında en çok dönüşümlü model uygulanmaktadır.

Almanya ve İsviçre'de birlikte velayet yerine tek taraflı velayete karar verilmesi istisnai durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Tek taraflı velayete karar verilirken, anne ve babanın çocuk ile ilgili konularda nasıl hareket ettiklerini, sorunun çözümüne dair nasıl bir tutum sergilediklerini değerlendirilir. Anne ve babanın kendi aralarında yaşadıkları sorunları çocuğa yansıtmamaları birlikte velayetin uygulanması için zorunluluktur. Aksi durum birlikte velayetin amacına da aykırı düşecektir. Velayetin değişikliği gerçekleştirilirken idrak sahibi çocuğun görüşü de önem taşımaktadır. Hâkim hem birlikte velayete karar verirken hem de birlikte velayeti sonlandırırken çocuğun yararını üstün tutar.

Çalışmamız kapsamında ulaşılmak istenilen amaç, velayetin anne ve babanın medeni durumundan bağımsızlaştırılmasına katkıda bulunmaktır. Evlilik birliği içinde doğan çocuğun sahip olduğu birlikte velayet, sırf anne ve babanın medeni durumunun değişmesine bağlanmamalıdır. Anne ve babası ile daha çok ortak paydada buluşmasının önüne geçilmemelidir. Birlikte velayetin sona ermesi sadece birlikte velayetin uygulanması çocuğun zararına olacaksa düşünülmelidir.

Aynı şekilde, çocuğun evlilik birliği dışında doğmuş olması da onun gözünde anne ve babasının konumu değiştirmeyecektir. Bu bağlamda baba ile soybağı kuruluncaya kadar annenin velayeti kabul edilse de baba ile idari veya adli yollarla soybağı kurulduğu anda çocuk ile velayet ilişkisinin kurulması çocuğun yararına olacaktır. Bu bağlamda, soybağını kuran mahkemenin velayet ile ilgili karar vermesi yönünde kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulacaktır. Baba ile soybağının idari işlem ile kurulmasında ise her ilgilinin ve cumhuriyet savcısının velayete dair talepte bulunması mümkün kılınmalıdır.

Velayetin anne babanın bakış açısından değil çocuğun bakış açısından düzenlenmesi, sağlıklı bir geleceğin yetişmesinin temelini oluşturacaktır. Çocuğun yararına olduğu kabul edilen birlikte velayetin evlilik birliğinden bağımsız olarak uygulanması evlilik müessesesine zarar vermez, bilakis anne ve babanın çocuk bakımından uyumlu davranış sergilemeleri yönünde onları teşvik eder. Nitekim boşanma ile evlilik birliğinin sona erdiği hallerde, velayetin çatışmaya dönüşmeyecek olması anne baba arasındaki gerginliği de azaltacak, bu durum çocuğa olumlu olarak yansıyacaktır. Evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından da, babanın birlikte velayet ile çocuğun hayatına dahil olması, annenin çocuk ile ilgili yükümlülüklerini paylaşmasını ve babanın sadece nafaka veren kişi rolünden çıkmasını sağlayacaktır. Çocuk anne ve babasını evlilik birliği olsun veya olmasın tanımalı, onlarla yetişmelidir. Ancak onun yararının tehlikeye girmesi durumunda tek taraflı velayet veya devlet müdahalesi düşünülmelidir.

GİRİŞ

Aile ve toplum yapısının çeşitli biçim ve sebeplerle değişimi, üst düzeyde korunması gereken çocuklar üzerinde etki doğurmaktadır. Hukuki alanda atılan adımlar, toplum sosyolojisindeki bu değişimin yarattığı olumsuz etkileri en aza indirme çabası içindedir.

Toplumda, "*anne ve babalığın evlilik ile mümkün olabildiği*" düşüncesinin yer edinmesi, evlilik kurumuna saygıyı artırmakla birlikte, evliliğin mevcut olmadığı hallerde anne babalığın da var olmayacağı düşüncesin de genel kabul görmesine sebep olmuştur. Bu bakımdan olması gereken ve olmasına çaba gösterilen düzende, aile kurumuna saygının varlığı temin edilirken, çocuğun aile içindeki bir unsur olmaktan öte, bir birey olarak toplum tarafından korunması esas olmalıdır. Bu bağlamda, aile içinde yetişsin veya yetişmesin, anne ve babanın ve hatta devletin, çocuğun yetiştirilmesinde önemli yükümlülükleri bulunmaktadır. Çocuğun bu yükümlülükleri talep etmesi çocuğun doğal hakkıdır.

Evlilik hiç var olmasa veya sona erse dahi çocuğun anne ve babası belirlidir. Çalışmamız, ebeveynlik kavramının evlilikten bağımsız olduğu düşüncesinden hareketle, çocuğun korunması adına anne ve babanın hak ve yükümlülüklerinin neler olduğunun belirlenmesini, incelenmesini ve değerlendirilmesini amaçlamaktadır. Bu yükümlülükler tek tarafa bırakılamayacak kadar önemlidir ve bu sebeple velayet kavramının evlilikten bağımsızlaştırılarak, çocuk merkezli sistemlerin hukuka entegre edilmesi gereklidir. Birlikte velayet kavramı bu amaca hizmet etmesi sebebi ile önem arz eder.

Anne ve babalık duygusu, evlilik birliği olmadan da güçlü olabilir. Evlilik birliği sona erse veya hiç var olmamış olsa dahi anne ve babanın çocukları için ortak paydada buluşmaları mümkündür. Birlikte velayet sadece evlilik birliği içinde değil, evlilik birliğinin var olmadığı hallerde de uygulanabilir. Dolayısıyla çalışmanın nihai

amacı, bu yaklaşımın birlikte velayet bakımından nasıl ve ne şekilde uygulanabileceğini tespit etmektir.

Çalışmamızın ana metninde genel olarak velayet ve özellikle birlikte velayet konuları hukuki açıdan değerlendirilecektir. Yine de birlikte velayetin hukuki olduğu kadar sosyolojik bir temeli de mevcuttur. Evlilik birliği sağlıklı bir şekilde devam ederken çocuğun sahip olduğu huzur ve güvenin, birliğin sona ermesinde de devam etmesini amaçlayan birlikte velayet, artan boşanma oranlarının çocuklar üzerinde doğurduğu zararın toplumda fark edilecek bir boyuta ulaşması üzerine çözüm yollarından biri olarak düşünülmektedir.

Aile birliğinin boşanma ile sona ermesi son dönemlerde giderek artan bir orana sahiptir[1]. Boşanmanın etkileri, ebeveynler kadar çocuk üzerinde de doğmaktadır[2]. Kısa ve uzun vadede ortaya çıkabilen çocuk üzerindeki olumsuz etkiler, bu süreçte anne ve babanın gösterdiği tutum ile bağlantılıdır. Araştırmalara göre, boşanma davası sırasında ve sonrasında anne veya baba ile iletişimleri devam eden çocukların, boşanmanın olumsuz etkilerini daha kolay ve kısa sürede bertaraf edebildiğini göstermektedir[3]. Nitekim boşanma halinde sadece olumsuz etkilerin değil, bazı durumlarda olumlu etkilerin de ortaya çıkması mümkündür[4].

Çalışmamızda öncelikle Türkiye'deki boşanma oranlarındaki değişim, boşanmanın çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerini gösteren çalışmalar ve sağlıklı bir boşanmanın olası olumlu etkileri değerlendirilecektir. Bu değerlendirme çalışmanın bütünlüğü açısından, "*Neden boşanma sonrasında birlikte velayetin uygulanması*

---

1 Paul Amato, "The Consequences of Divorce for Adults and Children", **Journal of Marriage and the Family**, S. 62, 2000, s. 1269; Frank Furstenberg Jr, "History and Current Status of Divorce in the United States", **The Future of Children**, 1994, S. 4 (1), s. 33; Fulya Erlüle, **İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet,** Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 53, (Kitap).

2 Nilgün Öngider, "Boşanmanın Çocuk Üzerindeki Etkileri", **Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar Dergisi**, C. 5, S. 2, 2013, s. 143.

3 Mert Geniş/ Bengü Toker/ Mehmet Şakiroğlu, "Boşanmanın Çocuklara Etkisi, Çocuğa Söylenmesi ve Ebeveyn Yabancılaşması: Derleme Çalışması", **Adnan Menderes Üniversitesi Sağlık bilimleri Fakültesi Dergisi**, Y. 2019, S. 3 (3), s. 192.

4 Boşanmanın olumlu sonucunun varlığını kabul eden çalışmalar, mutsuz bir evliliğin sona ermesinin çocuk için daha faydalı olacağını zira bu durumda çatışmanın sona ereceğini, çocuğun hayatında istikrar sağlanacağını ileri sürmektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Frank Furstenberg Jr., s. 37; Paul Amato, s. 1270.

çocuk açısından önem arz eder?" sorusunun cevabının verilmesinde önemlidir. Zira boşanmış ve fakat iş birliği içinde olan anne ve babanın yetiştirdiği bir çocuk, evlilik birliğini korumuş ancak sürekli çatışma halinde olan çocuktan daha sağlıklı olarak yetişecektir.

Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verilerine göre[5] ülkemizde 2005 yılındaki kaba boşanma hızı[6] 1,40; 2014 yılında 1,70; 2018 yılında 1,75; 2019 yılında 1,90, 2020 yılında düşüşe geçerek 1,62[7], 2021 yılında tekrar yükselerek 2,07[8], 2022 yılında rekor kırarak 2.13[9] ve 2023'te ise 2,01[10] olarak tespit edilmiştir. 2000'lerin başındaki oranlarla günümüzdeki oranlar karşılaştırıldığında radikal bir şekilde boşanma hızının arttığı görülmektedir. Bu artış boşanmalardan etkilenen çocukları koruyan, ebeveynlerin boşanma sonrasında daha aktif rol oynamalarını sağlayan mekanizmaların Türk hukukunda da uygulanması düşüncesini doğurmuştur. Her ne kadar 2014 yılında gerçekleştirilen Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması'nda (TBNA) 2023 yılındaki kaba boşanma hızının %1,93 olacağı öngörülmüşse de[11] bu rakam 2021 yılında dahi aşılmış, 2023 yılında öngörülenden çok daha yüksek bir oranla karşılaşılmıştır. Dolayısıyla önümüzdeki yıllarda öngörülen rakamlardan daha fazla oranda boşanmanın gerçekleşmesi beklenmelidir ve çocukları koruyan kurumların önemi bir kere daha anlaşılmaktadır.

---

5 TÜİK tarafından boşanma ile ilgili gerçekleştirilen analizler 2003 yılından itibaren Merkezi Nüfus İdaresi Sisteminden (MERNİS) alınan bilgiler ışığında gerçekleştirilmektedir. TBNA 2014, s. 45.

2003 yılından önce, söz konusu verilerin aile ve aile mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde görevli olan asliye hukuk mahkemelerinden alınan istatistik formlarının Cumhuriyet Başsavcılığınca derlenmesi ile ortaya çıktığı düşünüldüğünde, MERNİS sistemine geçilmesi ile oluşturulan verilerin daha hızlı ve gerçekçi olduğu aşikardır. Bu sebeple çalışmamızda 2003 sonrası verilere yer verilmiştir.

6 Kaba boşanma oranı, nüfustaki her 1000 kişi başına düşen boşanma sayısının yıllara göre belirlendiği orandır. **Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması (TBNA 2014)**, T. C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Aile Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, B. 1, İstanbul, 2015, İstanbul, s. 44.

7 Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni (TÜİKHB), S. 37211.

Kanaatimizce 2020 yılındaki bu düşüşün kaynağı, Covid 19 pandemisinde T.C. Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından alınan önlemler kapsamında 30 Mart 2020- 15 Haziran 2020 tarihleri arasında istisna kapsamına alınmış yargılama işlemleri haricindeki diğer yargılama işlemlerinin ertelenmesidir.

8 Ayrıntılı bilgi için bkz. TÜİKHB, S. 45568.

9 TÜİKHB, S. 49437.

10 TÜİKHB, S. 53707.

11 TBNA 2014, s. 47.

TÜİK'in paylaştığı bilgilere göre, 2020 senesinde 135.022 boşanma gerçekleşmiş, 124.742 çocuğun %75,8'inin velayeti anneye, %24,2'sinin velayeti ise babaya verilmiştir[12]. 2021 yılında 174.085 boşanma neticesinde 165.937 çocuğun velayetinin %76,1'inin annede %23,9'unun ise babada kaldığı görülmektedir[13]. 2022 yılında 180.954 boşanmada 180.592 çocuk etkilenmiş, çocukların %75.7'inin velayeti anneye, %24.3'ünün velayeti babaya bırakılmıştır[14]. Son olarak, 2023 yılında gerçekleşen 171.881 boşanmada da etkilenen 171.881 çocuğun velayetinin %74.9 anneye %25.1 babaya verildiği görülmektedir[15]. Velayetin anne ve baba arasındaki dağılım oranları incelendiğinde, annenin çocuğun bakımında daha etkin olduğu düşüncesiyle, çoğunlukla anneye bırakıldığı anlaşılmaktadır. Bu durum annenin birincil bağlanma figürü[16] olarak görüldüğünü göstermektedir. Yine de araştırmalarda, çocuğun sağlıklı gelişimi için babanın da rolünün önemi ortaya konulmuştur[17]. Bu bağlamda, çocuğun üstün yararı göz önünde tutularak, velayetin anneye verilmesi

---

12 Ayrıntılı bilgi için bkz. TÜİKHB, S. 37211.

13 Ayrıntılı bilgi için bkz. TÜİKHB, S. 45568.

14 TÜİKHB, S. 49437.

15 TÜİKHB, S. 53707.

16 Bağlanma kuramı, 1960'larda *Edward John Mostyn Bowlby* tarafından ileri sürülmüştür. Bowlby'a göre bağlanma, çocuğun kendisini güvende hissettiği, ihtiyaçlarını karşılayan kimseye karşı duyduğu güçlü bağ olarak ifade edilmektedir. John Bowlby**, Attachment and Loss, Vol 1: Attachment (Second Edition)**, New York: Basic Books, 1982 (First Edition: 1969), s. 307.

Yazara göre bebeklerin çoğu yaşamlarının ilk dokuz ayında onunla ilgilenen kişiye bağlanırlar ve ne kadar çok etkileşime girerlerse o kadar bağlılık dereceği artar. Bağlanma davranışları üç yaşının sonuna kadar devam eder, sağlıklı bir gelişimde üç yaşından sonra bağlanma davranışlarında azalma gerçekleşir. John Bowlby, The Making and Breaking of Affectional Bonds, Aetiology and Psychopathology in the Light of Attachment Theory, **The British Journal of Psychology**, vol. 130, Y. 1977, s. 203. Bağlanma kuramı ile ilgili ayrıca bkz. Aykut Can Demirel/ Hüseyin Bayman, Bağlanma Kuramı ve Sosyal Hizmet, **Uluslararası Anadolu Sosyal bilimler Dergisi**, C. 7, S. 3, Y. 2023, s. 683.

Kurama göre, çocuğun ileride sağlıklı bir birey olmasının yolu, bebeklik ve çocukluk döneminde annesi ile samimi, sürekli ve tatmin olacağı bir ilişki içinde olmasıdır. Baba ise ikinci plandadır ve babanın görevi anneye destek vermektir. Bu kuram *Mary Ainsworth*'ün güvenlik teorisi ile birlikte gelişmiştir. Inge Bretherton, "The Origins of Attachment Theory: John Bowlby and Mary Ainsworth", **Developmental Psychology**, Vol. 28, 1992, s. 762.

17 Babanın çocuğun bakım ve eğitimi ile ilgili katkısının, çocuğun akademik başarısı ve sağlığında önemli etkileri olduğu yönündeki araştırma için bkz. Emine Durmuş/ Ezgi Sumbas/ Rüstem Göktürk Haylı/ Ramazan Çok, "Çocukluktan Yetişkinliğe Baba Kavramı", **Ulakbilge Dergisi**, S. 57, Şubat 2021, s. 176 vd. Yazarlar tarafından yaşları 7 ile 55 arasında değişen 121 kız ve 120 erkek katılımcı ile gerçekleşen araştırmaya göre, baba kavramı, ilkokul çocuğu tarafından "sevgi gösteren", ortaokul dönemindeki çocuk bakımından "evin direği", lise dönemindeki çocuk bakımından ise "evin maddi ihtiyaçlarını karşılayan kişiyi" ifade etmektedir. Emine Durmuş/ Ezgi Sumbas/ Rüstem Göktürk Haylı/ Ramazan Çok, s. 180.

olması, mutlaka uygulanması gereken bir kural olarak değerlendirilmemeli ve taraflar birlikte velayete teşvik edilmelidir.

Boşanma sebeplerine dair araştırmalarda dikkat çekilen kadının iş hayatındaki rolünün artması, tarafların eğitim seviyesinin yükselmesi gibi etkenlerin[18], boşanma sonrasında ebeveyn rollerinin dağılımında da dikkate alınması gerekmektedir[19]. Şöyle ki, boşanma sebeplerinden; kadının sosyal, kültürel değişimi ve evliliğe bakış açısındaki değişim, aynı zamanda, çocuk üstündeki sorumluluğun paylaşımında diğer ebeveynin varlığının da zorunlu kılmaktadır. Bu kapsamda, velayetin tek tarafa bırakılamayacak kadar önem arz eden bir yükümlülük doğurduğu da göz önünde tutulmalıdır.

---

18 Türkiye'de boşanma nedenleri ile ilgili ilk kapsamlı çalışma 2009 yılında yayımlanmış ve (eski adıyla) *Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı*'nca gerçekleştirilmiştir. Çalışmada belirtildiği üzere, boşanma, birçok sosyal, kültürel, psikolojik ve ekonomik bulgunun bir ara gelmesi neticesinde ortaya çıkmaktadır. Kadının çalışma hayatına katılması neticesinde değişen rolü ve kocanın, eşinin de çalışmasına rağmen, kadının ev içi rollerini aksattığı gerekçesiyle gösterdiği direnç, kadına karşı şiddet, eşin çocuk ile ilgilenmemesi boşanmaları etkilemektedir. Çalışmada, eşler arasındaki sorunların giderilmesi amacıyla uzmanlardan yardım alınmasından çok aile büyüklerinden yardım talep edildiği belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. T. C. BASAGM, **Boşanma Nedenleri Araştırması**, Mart 2009, Ankara, s. 106-107.

Evliliğin ilk beş yılında gerçekleşen ve bu sebeple öğretide "*erken boşanma*" olarak tabir edilen boşanmalar, genel boşanma sayısının en az üçte birini oluşturmaktadır. Erken boşanmanın toplumsal sebepleri ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz. Kamil Kaya/ Gizem Tan Eren, "Boşanma ve Erken Boşanmaların Artık Nedenleri", **SBİBD**, Y. 3, S. 9, s. 713 vd.

19 Türkiye'deki aile yapısının iç dinamiklerinin ve sona erme sebeplerinin irdelenmesi açısından, beş senede bir gerçekleştirilen Türkiye Aile Yapısı Araştırması (TAYA)'dan da burada bahsetmekte fayda vardır. Ebeveynlerin çocuklar ile olan sorunlarında nasıl bir çözüm yöntemine başvurdukları sorusunun sorulduğu 2011 ve 2016 yılı TAYA çalışmaları, çocuk ile ilgili bir sorun olduğunda uzmandan yardım alabileceğini söyleyen anne ve babaların oranının açıklanması bakımından önemlidir. Zira birlikte velayete sahip olan ve bunun sorumluluğunun bilincinde olan ebeveynlerin gerekli durumlarda geleneksel yöntemden ayrılarak uzman yardımına başvurabilecek düşüncede olmaları esastır.

2011'deki araştırmada çocuklar ile ilgili sorunlarda ebeveynlerin sadece %7'sinin uzman kişi ve kurumlardan yardım almayı tercih edeceğinin tespit edilmiştir. T.C. ASPB-ATHGM, **TAYA (2011)**, Araştırma ve Sosyal Politika Serisi 04, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Ankara, 2014, s. 301, 304; 2016 TAYA çalışmasında çocuklar ile ilgili uzman yardımını tercih edecek kişilerin oranı %3'tür. T.C. ASPB-ATHGM, **TAYA (2016)**, Araştırma ve Politika Serisi 66, B. 1, Ankara, 2019, s. 134.

2011 ve 2016 TAYA raporları incelendiğinde gerek aile içindeki sorunların çözümü gerek ise ebeveynlerin çocuklar ile olan sorunlarındaki çözümlerinde daha çok yakın çevreden yardım almayı tercih ettikleri, ancak son aşamada uzman görüşüne başvurmaya daha yakın oldukları gözlemlenmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki, 2021 yılı TAYA çalışmasında ebeveyn ile çocuk arasındaki sorunların çözümünde ebeveynlerin tutumunun sorulmaması, ebeveynlerin uzman görüşüne verdikleri değerin belirlenmesi çalışmalarını sekteye uğratmıştır. Bu sebeple 2026'da gerçekleştirilecek çalışmada bu hususta özel bir başlık açılarak değerlendirme yapılması önem arz etmektedir.

Boşanma sonrasında, müşterek çocuğun, o döneme kadar devam eden düzeninin değişmesi kaçınılmazdır[20]. Bu değişimden çocuk, psikolojik, sosyal ve ekonomik olarak da etkilenmektedir. Çocuğun üstün yararı bakımından olması gereken; çocuğun değişen koşullardan asgari düzeyde etkilenmesi ve bu değişime alışma, kabullenme ve uyum sağlama süresinin en hızlı ve sağlıklı şekilde tamamlanmasıdır. Amacın gerçekleşmesine engel olan temel sebep ise evlilik birliğinin sona ermesinden sonra dahi ebeveynler arasında devam eden şiddetli anlaşmazlıklardır[21].

Boşanmanın çocuklar üzerindeki etkilerinin tespiti amacıyla, farklı yaş grupları üzerinde gerçekleştirilen araştırmalar, çocuklarda boşanmanın yarattığı kısa ve uzun vadeli sonuçları ortaya koymuştur[22]. Genel olarak kısa vadede, çocukların kendilerine ve ebeveynlerine karşı güven duygularının azaldığı, bunun yanında ebeveynlerine öfke duydukları görülmüş[23] ancak bu olumsuz duyguların altı ay- iki yıl içinde azalarak çocukların boşanma olgusuna uyum sağladıkları tespit edilmiştir. Boşanmanın uzun

---

20 Evren Jülide Koç/ Mahmut Yılmaz, **Boşanma ve Çocuk -Evlilik Biter Ebeveynlik Sürer**, Herdem Kitap, B. 1, Ankara 2016, s. 59.

21 Linus Cantieni, **Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, eine emprische Untersuchung**, Bern 2007, s. 36; Ali Baz Bilici, "Boşanma Sürecinin Çocuklar Üzerinde Psiko-Sosyal Etkileri, **Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, s. 93.

22 Fuat Torun, **Çekişmeli Boşanmalarda ve Velayet Savaşlarında Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu**, Psikonet Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 2017, s. 162 vd., (2017).

23 Nilgün Öngider, s. 147-148.

Boşanmanın kısa vadeli etkilerinin çocukların yaş gruplarına göre değerlendirildiği çalışmalara göre, okul öncesi yaşlarda ebeveynlerinin boşanması ile karşılaşan çocukların durumdan en ağır bir şekilde etkilendikleri görülmektedir. Bu çocuklarda kendisinden daha küçük yaştaki çocukların davranışlarını sergileme tutumları gözlemlenmiştir. Fuat Torun, 2017, s. 164.

6-8 yaş arasındaki çocuklarda, üzüntü ve evden ayrılan ebeveyne özlemin yanında, çocuğun kendisini suçladığı, evden ayrılan ebeveynin kendisini reddettiği düşüncesine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Evren Jülide Koç/ Mahmut Yılmaz, s. 64.

9-12 yaş grubundaki çocukların ise daha küçük yaştaki çocuklara göre daha bilinçli oldukları ve bilinçli bir şekilde boşanmaya sebep olan ebeveyne öfke duydukları ve onunla görüşmekten kaçındıkları görülmektedir. Evren Jülide Koç/ Mahmut Yılmaz, s. 65; Stephanie Matthiessen, s. 198.

Ergenlik döneminde, çocukların boşanmaya yönelik verdikleri tepkiler iki ayrı uçta değerlendirilebilir. Bir tarafta evlilik birliğinin sona ermesine bağlı olarak doğan sonuçları irdeleyen ve olgun davranışlar sergileyerek aile içinde sorumluluk alan ergenler yer alırken, diğer tarafta aile desteğini kaybeden ve bunun sonucunda davranış bozuklukları gözlemlenen ergenler bulunmaktadır. Fuat Torun, 2017, s. 164-165.

Velayet kendisine bırakılmayan ve çocukla kişisel ilişki kurulan tarafın fiziksel varlığının evdeki eksikliği, kız çocukları ve erkek çocukları açısından ayrı ayrı araştırılmış, elde edilen bulgulara göre, erkek çocuklarının daha agresif tutumlara sahip olduğu, kız çocuklarının ise duygusal tepkiler verdiği ve özellikle ergenlik döneminde sorunlar yaşadığı gözlemlenmiştir. Ali Baz Bilici, s. 100.

vadede etkileri ise çocuğun yetişkinlik döneminde eğitim ve aile hayatındaki sorunlarla karşımıza çıkmaktadır[24].

Tüm bu sebeplerle çalışma konumuz olan birlikte velayet, boşanma sonrasında ebeveyn rollerinin aktif olarak kullanılması yönünde bir çözümdür. Bu çözüm sadece boşanma sonrasında değil, evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından da önem arz eder. Zira velayetin tek taraflı olarak anne veya babaya verilmesi, çocuk ile kişisel ilişki kurulan ebeveyn ile çocuk arasında yabancılaşma tehlikesi doğurmaktadır. Çocuk ile ebeveyn arasındaki uzaklaşma çocuğun gelişimindeki her aşamada, her türlü kararı almada eşit şekilde yer alma hakkına sahip olan anne babalar açısından da olumsuz bir durum yaratmaktadır ve bu yönleriyle öğretide eleştirilmektedir[25].

Evlilik birliğinin sona ermesi sürecinde ve sonrasında anne baba arasındaki çatışmanın, çocuk ile uzaklaştırılan ebeveyn arasındaki çatışmaya ve uzaklaşmaya dönüşmesini anlatan *ebeveyne yabancılaşma sendromundan (EBS)* bahsetmekte fayda vardır. *Richard A. Gardner* tarafından 1980'li yıllarda ileri sürülen bu sendrom[26], her ne kadar Amerikan Psikiyatri Birliği tarafından DSM- V (*The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders- Ruhsal Bozukluklar Listesi*) listesinde veya Dünya Sağlık Örgütü tarafından ICD (*İnternational Classification of Diseases – Hastalıkların Uluslararası Sınıflandırılması*) listesinde yer almasa da, özellikle çatışma ile sona eren evlilik birliklerinde, kendisi ile kişisel ilişki kurulmuş ebeveyne karşı yabancılaştırılan çocuğun psikolojisinin anlaşılması açısından önem arz etmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2019 tarihli kararı[27] ile

---

24 Evlilik birliğinin sona ermesinden iki yıl geçtikten sonraki sürecin, yani boşanmanın uzun vadedeki etkilerinin incelenmesi amacıyla, yetişkinler üzerinde gerçekleştirilen araştırmalara göre, çocukluk dönemlerinde ebeveynleri boşanmış olan kişilerin, boşanmamış kişilere göre daha fazla psikolojik sorun yaşadıkları, eğitim düzeylerinin daha düşük oldukları, çocukluklarında aile birliğinde yaşadıkları sorunların kendi evliliklerine de yansıdığı, sosyal ve ekonomik durumlarının daha düşük oldukları gözlemlenmiştir. Fuat Torun, 2017, s. 162. Araştırmalar ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz. Nilgün Öngider, s. 148-150.

25 Fulya Erlüle, Kitap**,** s. 27; Stephanie Matthiessen, **Gemeinsame Elterliche Sorge in scheidungssoziologischer Perspektive**, Peter Lang Publishing, Frankfurt am Main- Berlin-Bern, 2004, s. 68 vd.

26 Ebeveyne yabancılaşma sendromu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Richard Gardner, "Recent Trends in Divorce and Custody Litigation", **Academy Forum**, Vol. 29, N. 2, 1985, s. 3-7.

27 AİHM'nin 29 Ekim 2019 T. 23641/17 başvuru numaralı *Pisica vs Moldova* davası ile ebeveyne yabancılaşma sendromu AİHM kararlarında yerini almaya başlamıştır. Görülen davada, babanın davranışları ile üç çocuğu annelerinden psikolojik olarak net bir şekilde uzaklaştırdığı, bu durumun

sendroma uluslararası mahkeme kararlarında yer verilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda üye devletlerin çocuğun yabancılaştırılmasını önleme ve mevcut yabancılaştırmayı sonlandırıcı düzenlemeleri hızlı bir şekilde gerçekleştirme yükümlülükleri mevcuttur[28].

Ebeveyne yabancılaşma sendromundan bahsedilmesi için, evlilik birliğinin sona ermesi sonrasında, çocuğun fiili olarak sürekli yanında olan ebeveynin, diğer ebeveyni hedef haline getirmesi ve çocuğun da aynı şekilde hareket etmesi[29] ve diğer ebeveyn ile uzlaşmaya yanaşmaması söz konusu olmalıdır. EBS'de diğer ebeveyni hedef haline getirme çocuk üzerinde bir çeşit beyin yıkamaya dönmüştür[30]. Çocuğun gözünde ebeveynlerden biri "her zaman iyi" iken diğer ebeveyn adeta şeytanlaştırılmaktadır[31]. Velayet sahibi ebeveyn, hedef haline getirme davranışlarını "çocuğun iyiliğini" düşündüğü için yapmaktadır. Çocuğun yanında diğer ebeveynin eleştirilmesi, çocuk ile diğer ebeveyn arasındaki iletişimin sınırlandırılması veya tamamen kesilmesi neticesinde çocuk, yanındaki ebeveyn ile hareket eder ve diğer ebeveynden uzaklaşır[32], onunla kişisel ilişki kurmaktan kaçınır[33]. İşte bu uzaklaşma

---

"*çocuklar üzerinde duygusal istismar*" teşkil ettiği belirtilmiştir. Sonuç olarak, annenin ilgili kurumlara şikayetine rağmen Moldova'daki kurumların yeterli önlemleri almadığı gerekçesiyle AİHS'nin 8. maddesinde belirtilen aile yaşamına saygı hakkı ihlal edilmiştir. Karar için bkz https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-197214%22]}.

AİHM kararı ile İsviçre'de yabancılaşma sendromunun siyasette ve toplumda daha iyi anlaşılacağı düşünülmektedir. Bir tür duygusal istismar olan ebeveyne yabancılaşma sendromundan şüpheleniyorsa önlemler çocuğun yararı gereğince hızlı ve etkili bir şekilde alınmalıdır. AİHM kararı ile ilgili görüş için bkz. Hildegund Sünderhauf/ Martin Widrig, "EGMR anerkennt "Parental Alienation"", **Sui Generis**, 2020, s. 501.

28 İsvFM'in bir kararında sendromdan açıkça bahsedilmese de diğer ebeveynden uzaklaştırılan çocuk ile ilgili ilk derece mahkemesince alınan şu önlemlerin hukuka uygunluğuna karar verilmiştir. Bu bağlamda alınacak önlemler, çocuğa psikolojik destek sağlanması, baba ile kişisel ilişkinin uzman tarafından denetlenmesi ve annenin yabancılaşma sorunu ile ilgili farkındalık kazanması amacıyla terapi görmesi yönündedir. Bkz. BGE 29 Ocak 2020 T. 5A_306/2019 sayılı karar.

29 Gülen Sinem Tek/ Seda Gökçe Turan, "Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu ve Hukuki Değerlendirilmesi", **Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması**, Edt.: Aslı Makaracı Başak/ Seda Öktem Çevik/ Gülen Sinem Tek, Seçkin Kitapevi, Ankara 2021, s. 223.

30 Bülent Şen**, Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu, Çocuk ve Şiddet: Toplumsal Şiddetin Cenderesinde Çocuklar**, C. 1, Şiddetin Mağduru olarak Çocuklar, Edt.: Hasan Büker, İstanbul 2014, s. 45.

31 Fuat Torun, Ebeveyn Yabancılaşma Sendromu, **Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar**, C. 3, S.3, Y. 2011, s. 469, (2011).

32 Mert Geniş/ Bengü Toker/ Mehmet Şakiroğlu, s. 196.

33 Gülen Sinem Tek/ Seda Gökçe Turan, s. 223.

çocuğun evlilik birliğinin sona ermesinden kaynaklı yaşadığı sorunların çözülmesini engeller niteliktedir.

Evlilik birliğinin sona ermesinin çocuklar üzerinde kısa ve uzun vadede sorunlara neden olacağı beklenen bir sonuçtur. Bununla birlikte, son dönemlerde gerçekleştirilen çalışmalarda, tüm bu olumsuz etkilerin kaynağının tek başına evlilik birliğinin sona ermesi olmadığı, anne ve babanın davranışlarının da önem arz ettiği ileri sürülmüştür[34]. Bu dönemde anne ve babasıyla görüşmeye devam eden, nitelikli ilişkiyi sürdüren çocuklarda olumsuz sonuçlar en düşük seviyede ortaya çıkmaktadır[35]. Ebeveynlerin, evlilik birliğini sona erdirme hazırlığında ve sonrasındaki davranışlarının çatışmaya evrilmemesi çocuğun üstün yararına olacaktır. Bu bağlamda birlikte velayetin, evlilik birliği olmadan da uygulanabilmesi anne ve babayı velayet konusunda beraber çalışmaya teşvik ederek taraflar arasında iş birliğinin sürekli korunmasını sağlayacak ve çocuğun evlilik birliğinin sona ermesinden doğan olası olumsuz etkilerden korunmasına katkıda bulunacaktır

Çalışmanın amacının gerçekleştirilebilmesi için genel olarak velayet kavramı ve Türk hukukuna yol göstermesi açısından, birlikte velayetin Almanya ve İsviçre'deki uygulaması incelenecektir.

Velayetin birlikte uygulanması öğretide müşterek velayet- ortak velayet- birlikte velayet kavramlarını doğurmuş ise de tarafların iş birliğini daha iyi ifade etmesi, onların çocuk açısından önemli kararlarda birlikte hareket etmelerini daha ön planda tutması sebepleri ile, çalışmamızda "birlikte velayet" kavramı kullanılacaktır.

Çalışma kapsamında şu sorulara cevaplar aranacaktır:

1. *Türk hukukunda evlilik birliği sona erdikten sonra birlikte velayetin uygulanması mümkün müdür?*
2. *Türk hukukunda evlilik birliği dışında doğan çocuklar açısından birlikte velayetin uygulanması mümkün müdür?*

---

34 Evlilik birliğinin sona ermesinin adeta bir çatışmaya dönmesinin, olumsuz sonuçların doğumunda etkili olduğu ortaya konmuştur Evren Jülide Koç/ Mahmut Yılmaz, s. 83.

35 Mert Geniş/ Bengü Toker/ Mehmet Şakiroğlu, s. 192.

3. *Evlilik birliğinin bulunmadığı hallerde mahkeme kararı ile birlikte velayete karar verilmesinde yasal düzenleme nasıl olmalıdır?*
4. *Birlikte velayete karar verilmesinde hâkimin göz önünde bulunduracağı kriterler nelerdir?*
5. *Evlilik birliğinin bulunmadığı hallerde birlikte velayetin uygulanmasında ebeveynler ile çocuk arasındaki hukuki ilişki nasıl düzenlenmelidir?*

Tüm bu açıklamalar ışığında, çalışmanın birinci bölümünde, velayet kavramı, hukuki niteliği, tarihi gelişimi, tarafları, özellikleri ve ilkeleri aktarılmıştır. Velayet kavramı çocuğun hukuki durumu ile şekillenmiştir. Bu sebeple velayet kavramı açıklanırken çocukluk kavramına da yer verilmiştir. Velayetin tarihi gelişimi, Roma hukukundan günümüze değişen ve gelişen bakış açısıyla değerlendirilmiştir. Çalışma kapsamında yer alan mahkeme kararları sıklıkla uluslararası sözleşmelere atıfta bulunmaktadır. Mahkeme kararlarının daha iyi anlaşılması amacıyla birinci bölümde ilgili uluslararası düzenlemelere yer verilmiştir. Velayetin taraflarının aktarılması hukuk düzeninde kimin velayetten doğan hak ve yükümlülükleri talep edebileceğinin belirlenmesi açısından önem arz eder. Birinci bölümün sonraki kısımlarında ise velayetin özellikleri ve velayete hâkim olunan ilkeler belirtilecek, bu şekilde birlikte velayet ile ilgili genel çerçeve çizilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, evliliğin boşanma ile sona ermesinin yanında evlilik birliği dışında doğan çocuk bakımından da velayet hükümleri, Türk, Almanya ve İsviçre Hukukunda karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Türk hukukuna yol göstermesi açısından, birlikte velayetin kural olarak uygulanmasına kadar olan süreçte Almanya ve İsviçre'deki yasal düzenlemelerinde gerçekleştirilen reformlar aktarılacaktır. Bu bölümde birlikte velayete dair sosyolojik çalışmalara yer verilmesinde amaç, evlilik birliğinin bulunmadığı hallerde birlikte velayetin toplumdaki yansımalarını özetlemektir. Son olarak, evlilik birliğinin mevcut olmadığı hallerde birlikte velayetin Türk Hukukunda uygulanması öğretideki görüşlerle tartışılacak ve görüşümüze yer verilecektir.

Üçüncü bölümde, birlikte velayetin kapsamı ve uygulamasının nasıl olacağına yer verilmiştir. Doğal olarak birlikte velayetin evlilik birliğinin bulunmadığı hallerde

uygulanmasında evlilik birliği içindeki durumdan birtakım farklılıklar olacaktır. Bu farklılıklar, çocuğun kişi ve mal varlığı hakları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Üçüncü bölümün son kısmında ise birlikte velayetin kural olarak uygulandığı ülkeler bakımından, istisnai olarak tek taraflı velayete karar verilmesi ve sonuçları aktarılmıştır. Birlikte velayet ile ilgili örnek kanun metni çalışmamızın sonuç kısmında yer almaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

VELAYET KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, ÇEŞİTLERİ, ÖZELLİKLERİ VE VELAYET HUKUKUNA HÂKİM İLKELER

I. GENEL OLARAK VELAYET KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Velayet Kavramı

Etimolojik olarak Arapça kökenli olan velayet kelimesi, sözlük anlamında sevmek ve yardım etmek olarak ifade edilir[36]. Türk Dil Kurumu velayeti, "*otorite*" olarak tanımlamıştır[37]. Hukuk literatüründe ise velayet, bir başkası üzerinden egemenlik ve otorite kurma yetkisi olarak karşımıza çıkmaktadır[38].

Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) açık bir tanımı bulunmayan velayet kavramı, öğretide içeriği, kapsamı, taraflarının hak, yetki ve ödevleri ile aktarılmaya çalışılmıştır[39]. Buna göre velayet, ana, baba ve evlat edinenin, küçük ve istisnai olarak kısıtlı ergin çocuklar üzerinde[40], onların korunmasının, bakımının ve yetiştirilmesinin

---

36 Sevgi Usta, **Velayet Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, B. 1, Mart 2016, İstanbul s. 1.

37 Türk Dil Kurumunun velayet tanımı için bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bfec87d094ee9.04452647 (E. T.: 28.11.2018).

38 Ali Naim İnan, **Çocuk Hukuku**, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayını, 1968, İstanbul, s. 125, (Kitap); Ferit Hakkı Saymen/ Halid Kemal Elbir, **Türk Medeni Hukuku, C. 3, Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1960, s. 368; Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, B. 2, Ankara, 1954, s. 72; Kâmil Tepeci, **Nesep Hukuku-Ana Baba, Evlat Hakları**, C. 2, Doğuş Matbaası, Ankara, 1944, s. 4; Nurettin Gürsel, "Velayet Hakkı ve Vazifeleri", **Adalet Dergisi**, S. 4, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 1949, s. 434.

39 Bilge Öztan, Aile Hukuku, 2015, s. 1074; Velayet kavramı, Almanya ve İsviçre Hukukunda "*elterliche Sorge*", İngiliz Hukukunda "*parental responsibility*" terimi ile ifade edilirken, Fransız Hukukunda ise "*autoritè parentale*" ifadeleri ile karşımıza çıkmaktadır.

40 Bilge Öztan, Kitap, s. 1074.

sağlanması maksadıyla, kişiliklerinin ve mallarının korunması ile temsilleri konularında sahip oldukları hak, yetki ve ödevlerdir[41]. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, velayet, ergin olmayan veya ergin olsa dahi kısıtlanan kişinin korunmasını amaçlar[42]. Velayet, anne ve baba olmanın kendiliğinden bir sonucudur[43] ve kapsamındaki yetkiler, esasında, aynı kapsamdaki yükümlülüklerin ifa edilebilmesini sağlamaktadır[44]. Doğal olarak bu yükümlülükler ifa edilirken özellikle "*çocuğun üstün yararı*" gibi velayetin temel ilkelerinin ön planda tutulması gerektiği kabul edilir[45].

---

41 Bülent Köprülü/ Selim Kaneti**, Aile Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3388, İstanbul, 1986, s. 248; Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, Turhan Yayınevi, B. 6, Ankara, 2015, s. 1074, (Kitap); Aydın Zevkliler/ Mehmet Beşir Acabey/ Emre Gökyayla**, Medeni Hukuk**, Seçkin Yayıncılık, B. 6, Ankara, 2000, s. 364; Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, Türk Medeni Kanunu, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş 22. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul 2020, s. 406; Hülya İmamoğlu, "**Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi"**, AÜHFD, C. 54, S. 1, s. 166, (Tedip); *Akyüz*, velayeti tanımlarken ana babanın sahip olduğu yetkilerin çocuğun yararına uygun bir şekilde kullanılması noktasına önem vermiş ve velayeti çocuğun korunmasını sağlayan bir kurum olarak değerlendirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Emine Akyüz, **Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması**, Genişletilmiş 7. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2020, s. 223, (Kitap); Emine Akyüz, "**Velayet ve Çocuğun Korunması",** Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2009, s. 113, (Armağan). Velayet ilgili diğer tanımlar için bkz. Kemal Oğuzman/ Mustafa Dural, **Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1998, s. 272; Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, C. III Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2020 s. 359 vd; Hilal Karaca, **Velâyetin Kapsamı ve Hükümleri**, B. 1, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, 21 vd.; Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 250, (Çocuk); Abdulkerim Yıldırım, **Türk Aile Hukuku**, 1. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 251; Cem Baygın, **Soybağı Hukuku,** B. 1, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 259; Ömer Uğur Gençcan, "Ortak Velâyet", **İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı**, s. 24, (Baro Bülteni); Yıldız Abik, "Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı", **Prof. Dr. Şenel Akyol'a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011, s. 13; Sevgi Usta, s. 1-2; İlknur Serdar, "Birlikte Velâyet", **DEÜHFD**, C. 10, S. 1, 2008, s. 159; Canan Yılmaz, Velayet, s. 21; Canan Ruhi/ Ahmet Cemal Ruhi, **Velayet Hukuku (En Son bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları ile)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 22.

İsvFM'ye göre velayet "*yüküm-hak*" niteliğindedir ve çocuğun yetiştirilmesi, temsil edilmesi ve çocuğun mallarının yönetilmesinde anne ve babanın çocuğa karşı sorumluluklarını ve karar verme hakkını ifade eder. Bkz. İsvFM'in 1 Haziran 2010 T. 5D_171/2009 sayılı kararı, BGE 136 III 353, (bger.ch).

42 Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, s. 407.

43 Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, s. 249; Aydın Zevkliler/ Şeref Ertaş/ Ayşe Havutçu/ Beşir Acabey/ Damla Gürpınar, **Yeni Medeni Kanunu'na Göre Medeni Hukuk**, 10. Basım, Turhan Kitapevi, Ankara 2018, s. 350.

44 Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, s. 248; Cem Baygın, s. 260; Erol Cansel, Velayet Hakkı ve Kötüye Kullanılması Sebebi ile Kaldırılması, **AÜFH Ellinci Yıl Armağanı**, C 1, Ankara, 1977, s. 137-138; Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, s. 412.

45 Nurten İnce, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğini Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet", **TAAD,** Yıl 9, Sayı, 34, Nisan 2018, s. 189.

Velayet ilişkisi kanun gereğince oluşur ve hâkim kararı ile değişikliğe uğrar[46]. Kanun gereği oluşan velayette iki şart mevcuttur. Birinci şart, anne ve baba ile çocuk arasında soybağının kurulmuş olmasıdır[47]. Soybağı, TMK'nın 282. maddesi gereğince anne bakımından doğum, baba bakımından evlilik, tanıma ve babalık davası, evlat edinen bakımından ise mahkeme kararı ile kurulur. Velayetin oluşması için ikinci şart ise, TMK'nın 337/2. maddesinden yola çıkarak öğretide ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre ikinci şart, anne babanın ergin olması, kısıtlanmamış olmaması ve temyiz kudretine sahip olmasıdır[48]. İkinci şartı ileri süren görüşlerin temelinde, çocuk adına karar alacak olan anne babanın fiil ehliyetine sahip olması gerektiği düşüncesi yatmaktadır[49].

Velayet ve velayetten kaynaklanan hak, yetki ve ödevler, kural olarak, çocukluk dönemi sonunda, çocuğun erginliği kazanması ile sona erer[50]. Bu kapsamda çocuk ve çocukluk dönemi kavramlarının da açıklanması gerekmektedir. Hukuk bilimi çocuğu, özel anlamda korunması gereken ve bu bağlamda ayrıcalıklara sahip olan on sekiz yaşından küçük ve ergin olmayan birey olarak tanımlamaktadır[51]. Çocukluk dönemi ise, çocuğun ergin olana kadarki yaşam dönemini ifade etmektedir.

---

46 TMK'nın 335-337. maddelerinde çocuğun evlilik birliği içinde doğup doğmamasına göre bir ayrım yapılmış ve anne babanın kanundan doğan velayet hakkı düzenlenmiştir. İsvMK'da da benzer bir düzenlemeye yer verilmiş ancak velayetin idari karar ile tesisine ilişkin istisnai bir hükme de yer verilmiştir. İsvMK'nın 297/2 ve 298b/4. maddeleri gereğince, evlilik birliği içinde doğmayan çocuk bakımından, annenin ergin olmaması, kapsamlı (genel) kayyımlık altında olması veya tek başına velayete sahipken ölmesi halinde İsvÇKM çocuğun velayetinin babaya verilmesine veya çocuğa vasi atanmasına yönelik bir karar verilecektir. Kurt Affolter Fringeli/ Urs Vogel, Art. 296, N. 47.

47 Canan Yılmaz, Velayet, s. 27.

48 Bilge Öztan, Kitap, s. 1074-107; Canan Yılmaz, Velayet, s. 29; Cem Baygın, s. 262.

49 İsvMK'nın 296. maddesinde bu şart açık bir şekilde belirtilmiş değildir. Ancak öğretide ileri sürüldüğü üzere velayetin işleyişinin sağlıklı olabilmesi açısından temyiz kudretinin varlığı aranır. Heinz Hausheer/ Thomas Geiser/ Regina Aebi Müller, **Das Familienrecht des Schweizerichen Zivilgezetzbuches**, Aufl. 6, Bern, 2018, s. 408.

İsvMK md 296/3'te dikkat çeken husus şudur: Velayete sahip olunabilmesi için kişinin kapsamlı kayyımlık altında olmaması gerekmektedir. Kapsamlı kayyımlık İsvYKK ile 1 Ocak 2013'te yürürlüğe girmiştir. İsvMK'nın 398. maddesinde düzenlenen kapsamlı kayyımlık (genel kayyımlık) ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybeden kişiye atanır. Kapsamlı kayyımlığın genel amacı ise kişinin şahıs ve mal varlığının korunması ve hukuki konularda koruma altına alınmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kudret Güven, **İsviçre Medeni Kanunun'daki Son Gelişmeler**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2023, s. 688 vd, (Medeni); Cevdet Yavuz/Fulya Erlüle/ Murat Topuz, **Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)**, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 96.

50 Bilge Öztan, Kitap, s. 1075.

51 Rona Serozan, Çocuk, s. 10; Sevgi Usta, s. 22.

Çocukluk döneminin ne zaman sona ereceği sosyolojik/ dini/ siyasi sebeplerle tarih boyunca farklı unsurlara dayanarak belirlenmiştir[52]. Türk hukukunda on sekiz yaşının doldurulması ile erginliğin kazanıldığı ve çocukluk döneminin ve dolaysıyla velayetin sona erdiği kabul edilir[53]. Bunun yanında, kanun koyucunun, belli şartlar altında, on sekiz yaşını doldurmadan da kişinin ergin kılınabileceği kuralını düzenlemesi mümkündür. Türk Hukukunda, mahkeme kararı ile ergin kılınma, TMK'nın 12. maddesinde düzenlenmiştir ve istisnai bir hüküm atfetmektedir[54]. Bir diğer istisna ise, evlenme ile ergin kılınmaktır[55]. Önemle belirtmek gerekir ki, on sekiz

---

Öğretide *Reyhani Yüksel*, çocuğu, fiziki ve zihinsel olarak yeterli seviyede olgunluk yaşına erişememiş insan yavrusu olarak tanımlamaktadır. Sera Reyhani Yüksel, **Velayet Hakları ve Anayasal Sınırları, Legal Yayınları**, İstanbul, 2020, s. 7.

52 Rona Serozan, Çocuk, s. 10; Emine Akyüz, Kitap, s. 94; Bekir Onur, **Çocuk, Tarih ve Toplum**, İmge Kitapevi, İstanbul, 2007, s. 96, (Çocuk); Bekir Onur, **Türkiye'de Çocukluğun Tarihi**, İmge Kitapevi, İstanbul, 2005, s. 24.

Türk hukukuna göre, çocukluğun başlangıcı ise, kişiliğin başlangıcı, yani kişinin tam ve sağ doğumu ile özdeştirilmektedir. Sera Reyhani Yüksel, s. 8.

53 TMK'nın 11. maddesinde erginliğin 18 yaşının doldurulması ile başlayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda, medeni kanuna göre, çocukluk dönemi de 18 yaşının doldurulması ile sona erecektir. Nitekim uluslararası sözleşme metinleri de aynı doğrultuda düzenlenmiştir. Örneğin BMÇHDS'nin ilk maddesine göre, ulusal kanunlar uyarınca daha küçük yaşta ergin kılınma durumu hariç olmak üzere, 18 yaşına kadar her birey çocuk olarak kabul edilir.

54 TMK'nın 12. maddesine göre karar zamanında 15 yaşını dolduran çocuğun isteği ve velisi rızası ile hâkim tarafından ergin kılınabilir. Çocuğun vasisi bakımından ise bu yönde bir rızaya ihtiyaç duyulmamakta, bunun yerine vesayet ve denetim makamının izni aranmaktadır. Yargıtay 2. HD 29.12.2004 T., 2004/15983 E. 29.12.2004 K. sayılı kararında TMK'nın denetim makamının izninin gerekli olduğu halleri düzenleyen 463. maddesinden yola çıkılarak vesayet ve denetim makamından izin alınmadan çocuğun ergin kılınması bozma sebebi sayılmıştır. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

55 Serap Helvacı/ Fulya Erlüle, s. 66.

TMK'nın 124. maddesi, 17 yaşının doldurulması ile evliliğin mümkün olabileceğini düzenlemektedir. 17 yaş olağan evlilik yaşıdır ancak bu halde dahi çocuğun evlenebilmesi için TMK'nın 126. maddesi uyarınca yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç duyulmaktadır. Yasal temsilci, çocuk velayet altında ise çocuğun anne babası, çocuk vesayet altında ise çocuğa vasi olarak atanan kişidir. Öğretide yasal temsilcinin rızasının aranması, evliliğin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması gerekçesi ile, eleştirilmektedir. 17 yaşındaki sınırlı ehliyetsiz çocuğun velayet altında olması halinde, velayetin çeşidine göre izin verecek kişiler belirlenecektir. Tek taraflı velayet söz konusu ile velayet sahibi anne veya babanın rızası yeterli iken, birlikte velayet söz konusu ise hem annenin hem de babanın rızası aranmaktadır. Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 55.

Kanaatimizce, evlilik birliği sona erdikten sonra mahkeme kararı ile birlikte velayete karar verilmesi halinde, çocuğun evliliğine rıza gösterilmesi önemli işlerden sayılmalıdır. Bu halde hem annenin hem de babanın rızası aranmalıdrç

Olağanüstü evlilik yaşı ise on altı yaşıdır ve bu halde ancak önemli bir nedenin varlığı ve mahkemenin izni ile evlilik mümkün olabilir. Önemli nedenin tespitinde hâkimin takdir yetkisi geniştir. Hâkim, TMK'nın 124/2 hükmü gereğince olanak bulduğu taktirde çocuğun yasal temsilcisini dinleyecektir. Yargıtay, 2. HD 16.02.2009 T. 2007/19533 E. 2009/2336 K. sayılı kararında Yargıtay, çocuğun temsilcisinin olanak olduğu halde dinlenmemesini bozma sebebi saymıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sera Reyhani Yüksel, s. 17-19.

yaşında önce TMK'nın 11 ve 12. maddeleri gereğince ergin kılınan çocuk, diğer kanunlarda korunmaya devam edebilir. Örneğin Çocuk Koruma Kanunu'nun 3. maddesi gereğince, evlilik veya mahkeme kararı ile ergin kılınan kişi halen çocuk sayılmaktadır ve korunmaya devam etmektedir[56].

Velayet ebeveynlerden kaynaklanan sebeplerle de sona erebilir. Bu yöndeki sona erme sebepleri, ebeveynin ölümü, kısıtlanması[57], ayrılık veya boşanma durumunda hâkim kararı ile velayetin anne babadan birine verilmesi veya çocuğun korunması amacıyla velayetin kaldırılması şeklinde sıralanabilir[58]. Bir diğer velayetin sona erme hali ise çocuğun evlat edinilmesidir[59].

Çocukluk döneminin sona erdiği ancak velayetin devam ettiği istisnai durum ise TMK'nın 335. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Maddeye göre, kural olarak, kısıtlanan ergin çocuklar üzerinde velayet devam etmektedir, hâkimin gerekli görmesi halinde vasi ataması gerçekleşecektir[60]. Kanunun bu halde öncelikle velayete yer vermesinin altında yatan sebep, kısıtlının ihtiyaçlarının en iyi anne baba tarafından bilinecek olmasıdır. Bu şekilde üçüncü kişilerden çok daha iyi bir koruma sağlanacaktır[61].

Çocuğun evlenmek istediği kişiden hamile olması gerekçesi ile evlenmesine karar verilmesinin çocuğun yararına aykırılık teşkil etmemesi için hâkimin değerlendirmeyi çok adil bir şekilde yapması gerekmektedir. Şöyle ki, evlenme iznini talep eden taraf halen bir çocuktur ve sadece hamile kalmış olması evlenmesine yeterli dayanak olmamalıdır. YİBK'nın 07.06.1935 T. 1935/103 E. 1935/15 K. sayılı kararı da bu yöndedir. Uygulamada toplum baskısı ve sırf çocuğun aile birliği içinde doğması amacıyla evlenme izni talep edilse de çocuk bu şekilde sadece evliliğe sürüklenen kişi konumuna düşecektir. Bu bağlamda, mahkeme tarafından karar verilirken, çocuğun yararı üstün tutulmalı ve çocuğun görüşü bir uzman eşliğinde alınmalıdır.

56 ÇKK'nın "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (a) bendi şu şekilde düzenlenmiştir: "*Madde 3- (1) Bu Kanunun uygulanmasında; a) Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi… ifade eder.*

57 İsviçre'de ebeveynlerden birinin kısıtlanması, kapsamlı (genel) kayyımın atanmasını gerektirir ve bu durum velayetin sona ermesine sebep olur. Canan Yılmaz, Velayet, s. 31.

58 Bilge Öztan, Kitap, s. 1094.

59 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 338-339.

60 Cem Baygın, s. 260; EMK'da reşit olan çocuk üzerindeki velayetin devamlılığı 262. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, reşit olan çocuğun hacir altına alınması (kısıtlanması) durumunda vasi atanması yerine ana babanın velayeti altında olmasına karar verilebilir. Hâkimin sahip olduğu diğer iki seçenek ise anne veya babanın vasi olarak atanması veya üçüncü kişinin vasi olarak atanmasıdır. Bu halde anne ve babanın velayeti önceliklidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Köprülü/Selim Kaneti, s. 249, 335.

61 Fulya Erlüle, Kitap, s. 141.

Çocukluk dönemi sonunda yetişkinliğe erişen çocuk, ulusal ve uluslararası alanda korunan çocukluk statüsünü kaybedecektir[62]. Çocukluk dönemindeki söz konusu ulusal/ uluslararası koruma, çocuk hakları[63] olarak karşımıza çıkmaktadır. Çocuğun özel durumu, pozitif ayrımcılık ve eşitlik ilkesi beraber değerlendirildiğinde, çocuk haklarının yetişkin insan haklarından farklı olmaması ve hatta çocuğun, yaş kategorilerine farklı uygulanacak özel haklara da sahip olması gerekmektedir[64].

Velayet, sadece çocuk haklarıyla değil, insan hakları, toplumsal değişim ve hareketlerle iç içe olan ve bunlardan etkilenen bir kurumdur[65]. Çocuk haklarının uluslararası alanda gelişimi, insan haklarının gelişimine bağlı olarak gerçekleşmiştir[66]. Çocuk haklarına yön veren felsefi görüşler, ulusal ve uluslararası gelişmeler, velayet kavramının tarihi gelişimi başlığı altında incelenecektir.

B. Velayet Kavramının Tarihi Gelişimi

Günümüzdeki velayet kavramı, insanlık tarihi boyunca meydana gelen sosyal, ekonomik, politik değişimler ile son şeklini almıştır. Anne-baba- çocuk arasındaki üçlü ilişkide mevcut olan dengelerdeki değişimler ve insan haklarındaki gelişmeler velayet kavramını etkilemiştir. Toplumun temelini oluşturan ailenin en önemli unsurlarından biri olan velayetin, toplumdaki gelişmelere paralel olarak ilerlemesi doğal bir sonuçtur[67]. Bu gelişmeler neticesinde, ebeveynlerin çocuk üzerindeki haklarının sınırları da değişmiştir[68].

Roma hukukunda *pater familias*'ın egemenliğindeki çocuk, modernleşme hareketleri, insan ve çocuk haklarındaki gelişmeler neticesinde, anne babanın subjektif

---

62 Geraldine Van Bueren, **The International Law on the Rights of the Child**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998, s. 32.

63 Çocuğun özel statüsünden doğan, öğretide tıpkı insan haklarında olduğu gibi, pozitif/ doğal hukuk yaklaşımlarıyla ele alınan çocuk hakları, çocukluk döneminde sahip olunan hakları ifade eder. Emine Akyüz, Kitap, s. 5-6.

64 Sevgi Usta, s. 4.

65 Fulya Erlüle, Kitap, s. 31.

66 Geraldine Van Bueren, s. 1.

67 Yıldız Abik, s. 13; Nurten İnce, s. 190.

68 Ali Naim İnan, "Çocuğun ve Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Mevzuatımızda Yetersizlik ve Giderilme Çabaları", **Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan**, Ankara, 1972, s. 273, (Armağan).

haklarının konusu olmaktan çıkmış ve hakkın öznesi konumuna geçmiştir[69]. Diğer bir ifade ile çocuk, bir nesne olmaktan çıkmış, haklara ehil, kişilik sahibi haline gelmiştir[70].

Çocuk hukukundaki gelişimler, velayet kavramının hukuk literatüründeki ifade edilme şekillerinde de değişikliğe neden olmuştur. Örneğin İsviçre ve Almanya hukuk sisteminde velayet, önceden anne ve babanın otoritesinin ağır bastığı "*elterliche Gewalt (ebeveyn hakimiyeti- otoritesi)*" kelimesi ile aktarılırken, günümüzde gözetme, kollama anlamında kullanılan "*elterliche Sorge (ebeveyn bakımı)*" kavramı ile açıklanmaktadır[71].

Bu başlıkta, tarihi süreçte çocuğun toplumsal, hukuki ve sosyolojik durumu ve toplumun çocukluk kavramına bakışı incelenerek günümüzdeki velayet tanımının ortaya nasıl çıktığı aktarılacaktır.

1) Roma Hukukunda Velayet Kavramı

Roma hukukunda velayet *Patria Potestas* (*baba hâkimiyeti- Väterliche Gewalt*) kavramı ile açıklanır[72]. Baba hakimiyeti altında bulunan kimselere *alieni iuris* denilmektedir[73]. *Pater Familias*ın (aile babasının) hâkimiyeti, çekirdek aileyi, bazen aynı soy ve isme sahip daha geniş bir insan topluluğunu ve eşyaları kapsamaktadır[74].

---

69 Roland Fankhauser, "**Aile Krizinde Çocuğun Hakları"**, Çev.: Bilge Öztan, Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 4, 2007, s. 99; Sevgi Usta, s. 3.

70 Rona Serozan, Çocuk, s. 15, 28.

71 Fulya Erlüle, Kitap, s. 82.

72 Sevgi Usta s. 37; Gökçe Serim, **Roma İmparatorluk Döneminde Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler**, Lykeion Yayınları, Ankara, 2018, s. 2; Seldağ Güneş Ceylan, **Roma Hukukundan Günümüze Velayet Vesayet Hukuku,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 30; Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku: Tarihi Giriş, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması**, B. 18, Turhan Kitapevi, Ankara, 2020, s. 155; Şahin Akıncı, **Roma Hukuku Dersleri**, Sayram Yayınları, Konya, 2020, s. 181; Şakir Berki, "Roma'da Aile Hukuku", AÜHKD, S.1, C. 14, Ankara, 1963, s. 111 vd., (Roma).

Esasında *pater familias* statüsü için kişinin baba olmasına gerek yoktur. *Ulpian*'a göre kısır yetişkin bir erkeğin, baba olmamasına rağmen pater familias olarak belirlenmesi mümkündür. (Digest 1.6.4. & 32.50.1) Mehmet Semih Gemalmaz**, Devlet, Birey ve Özgürlük**, 3. Basım, Legal Yayınları, İstanbul, 2016, s. 98.

73 Belgin Erdoğmuş/ Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukuku Dersleri,** Der Yayınları, İstanbul, 2020, s. 150.

74 Gökçe Serim, s. 7. Roma hukukunda bu aile türü "*familia proprio iure*" olarak geçmektedir. İkinci aile türü ise, özellikle miras hukuku bakımından önem arz eden, ortak asılın sağ olduğu varsayımında onun egemenliğinde de yer alacak olan kişilerin var olduğu "*familia communi iure*" ailesidir. Örneğin aile

Bu bağlamda Pater Familias, günümüzdeki baba kavramından ziyade, bir yönetici konumundadır[75].

Aile reisinin, Roma devletinin eski ve klasik devirlerinde ailenin diğer fertleri ile olan hısımlığı, kan hısımlığı değil, "*agnatio*" olarak adlandırılan hakimiyet bağına dayanan, hukuki bir hısımlıktır[76]. Iustiniaus döneminde ise, bu duruma son verilmiş ve günümüzdeki kan hısımlığı ile benzer şekilde, *cognatio* denilen kan hısımlığı kabul edilmiştir[77].

Familia (aile) mensupları, *pater familias*ın yaşadığı dönem boyunca ona bağlıdırlar[78]. Ataerkil bir yapının sürdüğü bu düzende, çocuğun belirli bir yaşa gelmesi ile velayetin sona ermesi söz konusu değildir. Bu bağlamda baba hâkimiyeti, öğretide mülkiyet hakkına benzetilmektedir[79]. Roma hukukunda *Pater Familias*ın hak ve yetkileri çok geniştir[80]. Bu yetkiler arasında çocuğu öldürme (*İus vitae necisque*[81]),

---

babasının ölümünden sonra kız çocukları ancak ikinci aile türü içinde yer alır. Roma Hukukunda aile kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sevgi Kayak, Roma Hukukunda Aile Kurumu, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 8, C. 2, 2018, s. 249-302; Seldağ Güneş Ceylan, s. 158.

75 Seldağ Güneş Ceylan, s. 33.

76 Sevgi Kayak, s. 254; Şahin Akıncı, s. 182. Agnatio hısımlığında *pater familias'ın* hakimiyetinde bulunan, aile hakimiyetinden çıkmamış kişiler yer alır. Ailenin erkek evlatları ile *manus* ile evlenmiş kadınlar ve evlat edinme ile aileye dahil olmuş kişiler de bu hısımlıktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Belgin Erdoğmuş/ Bülent Tahiroğlu, s. 174.

77 Belgin Erdoğmuş/ Bülent Tahiroğlu, s. 174; Özcan Karadeniz Çelebican, s. 165; Şahin Akıncı, s. 182.

78 Nurten İnce, s. 192; Sera Reyhani Yüksel, s. 36.

79 Öğretide *patria potestas*'ın hukuki niteliği ile ilgili üç görüş mevcuttur. Birinci görüş, aile reisinin, aile evladının ölümüne ya da yaşamına karar vermeye ve üçüncü kişilere karşı aile evladını geri almak için istihkak davası açmaya yetkili olması sebepleri ile bir mülkiyet hakkı olduğunu savunur. Sarah Meckling, **Die gemeinsame Trennungssorge**, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, s. 27; Kudret Ayiter, **Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku**, Ankara, 1960, s. 45; İkinci görüş baba hakimiyetini mutlak anlamda hakimiyet hakkı olarak nitelendirilir. Bu görüş, aileyi devlet, aile reisini devletin mutlak hâkimi olarak görür. İkinci görüşün dayanağı ise, aile reisinin ölümünden sonra onun yerine geçen kişinin aile babasının halefi olması ve tüm özel hukuk ilişkilerini devralmasıdır. Aile reisi sıfatına haiz olan kişi mülkiyet hakkına değil, malvarlığı üzerinde yönetim ve temsil yetkisine sahiptir. Giovanni Pugliese, **Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış**, Çev. Ziya Umur, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1-4, 1957, s. 339 vd. Öğretideki üçüncü görüş ise *patria potestas*ın Roma hukukuna özel bir hakimiyet olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, aile reisi, aileyi oluşturanların kişi varlıklar üzerinde yönetime ve temsile, malvarlığı üzerinde ise yararlanma ve tasarruf yetkisine sahiptir. Sevgi Kayak, s. 271.

80 Sevgi Usta, s. 2; Nurten İnce, s. 192; Emine Akyüz, Kitap, s. 23; İlknur Serdar, s. 156.

81 Şahin Akıncı, s. 182. Hakimiyeti altında bulunan çocukları yaşatma ya da öldürme olarak tanımlanan ve On İki Levha Kanunları'nda ortaya çıkan bu yetkinin, Roma'da aile reisinin aile üyelerini cezalandırması kapsamında kullanıldığı tahmin edilmektedir. *İus vitae necisque* yetkisi Cumhuriyet döneminden itibaren "*boni mores*" kapsamında sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda, aile babasının örf ve âdet kuralına aykırı davranılması halinde *censor*'ların aile babasına şerefsizlik notu verdikleri

sokağa bırakma, başkalarına devretme ve boşama hakkı mevcuttur[82]. Zaman içinde, aile babasının çocuğu öldürme hakkında olduğu gibi, yetkilerde birtakım sınırlamalar getirilmişse de hak ve gücün aile babasına ait olduğu kuralı değişmemiştir[83].

Aile babasının hakimiyeti ancak *Pater Familiasın* ölmesi, Roma vatandaşlığından çıkarılması, köle statüsüne geçmesi, ceza olarak egemenlik hakkını kaybetmesi, çocuğun evlatlık verilmesi veya aile babasının evladını egemenliğinden çıkarması hallerinde sona erer[84]. Roma hukukunda, kız çocukları evlendikleri zaman, eşlerinin bulunduğu *pater familiasa* dahil olurlar[85].

Patria Potestas altında bulunan kişinin özel hukuk kapsamında hak ehliyeti yoktur, anne de *Pater Familias*a bağlıdır, yani aile babasının hâkimiyeti altındadır[86]. Annenin hak ehliyeti olmadığı gibi velayet hakkı da mevcut değildir[87]. Aile babasının ölümü halinde dahi annenin velayet hakkı doğmaz, çocuğa vasi atanır[88]. Bu halde anne, sadece çocuğun fiili bakımını üstlenebilir ancak bu hakka haiz olabilmesi için kadının yeniden evlenmemiş ve toplumda saygın bir yere sahip olması

---

görülmektedir. Joseph Plescia, "Roma Hukukunda Boni Mores Doktrini", Çev. Diler Tamer Güven, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan,** İstanbul, Beta Yayınevi, 2000, s. 941.

Çocuğun ceza olarak öldürülmesindeki uygulama, cumhuriyet dönemi öncesinde dahi aile meclisinin onayı ile söz konusu olmaktadır. Fulya İlçin Gönenç, **Roma Hukukunda Kadın**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 49.

82 Rona Serozan, Çocuk, s. 16; Selma Baktır Çetiner, **Velâyet Hukuku**, B. 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 25, (Kitap); İlknur Serdar, s. 156; Nurten İnce, s. 192; Sevgi Usta, s. 2.

83 Max Kaser, **Das Römische Privatrecht,** Erster Abschnitt 2. Auflage, C.H Beck, München, 1971, s. 50 vd.; Heinrich Honsell, s. 182; Seldağ Güneş Ceylan, s. 40, *Constantinus*'tan itibaren öldürme hakkı (İus vitae necisquem) kaldırılmış ve öldüren kimsenin ölüm cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Belgin Erdoğmuş/ Bülent Tahiroğlu, s. 173; Mehmet Semih Gemalmaz, s. 101.

84 Gökçe Serim, s. 22-23; Angelika Zimmer, **Das Sorge- und Umgangsrecht im Lichte der Kindschaftsrechtsreform**, Lit Verlag, Münster-Berlin, 2011, s. 56.

85 Max Kaser, s. 277; Belgin Erdoğmuş/ Bülent Tahiroğlu, s. 176; Özcan Karadeniz Çelebican, s. 166 vd; Şahin Akıncı, s. 184.

86 Stephanie Matthiessen, s. 32.

87 Sarah Meckling, s. 25; Nurten İnce, s. 193; Ayşe Ziyan, Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 4. Roma Hukukunda velayet kavramı ile ilgili olarak bkz. Sevgi Usta, s. 37 vd; Özcan Karadeniz Çelebican, s. 154; Çağla Elal, "Roma Hukuku'nda Hak Ehliyeti Çerçevesinde Çocuk", **Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s. 79; Murat Orhun, "Hitit Aile Hukuku ve Eski Hukuk Dönemi Roma Aile Hukuku"**, PÜSBED,** S. 5, 2010, s. 35-55; Seldağ Güneş Ceylan, s. 38 vd; Belgin Erdoğmuş/ Bülent Tahiroğlu, s. 172 vd; Rona Rerozan, Çocuk, s. 16; Selma Çetiner, Armağan, s. 29.

88 Fulya İlçin Gönenç, s. 51.

gerekmektedir[89]. Evlilik birliğinin boşanma ile son bulması durumunda da çocuğun belirli bir döneme kadar anne tarafından yetiştirilmesi söz konusu olabilir. Ancak annenin çocuk üzerindeki tam egemenliğinden bahsedilemez zira velayet *Pater Familias*'ta kalmaya devam edecektir[90].

Evlilik birliği içinde doğmayan çocuk bakımından[91], *Pater Familias*ın, çocuğu tanımama ve aile içine sokmama hakkı vardır[92]. Soybağının düzeltilmesi işlemine (*legitimatio)* tabi olan çocuk *pater familias*ın himayesi altına girer. Annenin, evlilik birliği içinde doğmuş çocukta olduğu gibi, evlilik birliği dışında doğan çocuk bakımından da baba ile birlikte velayete sahip olması söz konusu olmayacaktır. Bu halde çocuk annenin bağlı bulunduğu *pater familias*ın himayesine girecektir.

2) Cermen Hukukunda Velayet Kavramı

Velayet, Cermen hukukunda *munt* kavramı (ev hakimiyeti) ile ifade edilmektedir[93]. Cermen hukukundaki babanın çocuk üzerindeki *munt* hakkı[94], çocuğun korunması ve dışarı karşı temsilini de kapsadığı gerekçesiyle[95] Roma hukukuna kıyasen daha çocuğun yararına olan bir kurumdur.

Roma hukukundaki velayette olduğu gibi Cermen hukukunda da çocuğun baba hakimiyetinde olduğu görülmektedir[96]. Roma hukukundan farklı olarak, Cermen hukukunda bu hakimiyet mülkiyet hakkı kadar geniş değildir[97]. Babanın aynı zamanda

---

89 Stephanie Matthiessen, s. 33; Nurten İnce, s. 193.

90 Fulya İlçin Gönenç, s. 51.

91 Roma Hukukunda geçerli bir evlilik olmadan dünyaya gelen çocuklar evlilik dışı kabul edilir. Soybağının düzeltilmesi (*legitimatio*) işlemleri ile bu çocukların aile reisinin hakimiyetine katılması mümkündür. Soybağının düzeltilmesi ya anne ile geçerli bir evlilikle ya imparatorluğun genel ve soyut kararnameleri ile ya da imparatorluğun özel ve somut kararları (*rescriptum*) ile gerçekleşir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sevgi Kayak, s. 264-266.

92 Rona Serozan, Çocuk, s. 17.

93 Rona Serozan, Çocuk, s. 17; İlknur Serdar, s. 156.

94 Hans Planitz, **Germanische Rechtsgeschichte**, Verlag Franz Vahlen, 2. Auflage, Berlin, 1941, s. 27; Angelika Zimmer, s. 57; Linus Cantieni, s. 75.

95 İlknur Serdar, s. 156; Nurten İnce, s. 193; Sera Reyhani Yüksel, s. 39.

96 Coşkun Üçok, Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1-2, s. 295.

97 Hans Planitz, s. 27. Babanın eşyalar üzerindeki gücüne ise *gewere* denilmektedir. Köleler *munt*a değil *gewere*ye ait sayılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Coşkun Üçok, s. 295.

çocuğu koruma yükümlülüğü de mevcuttur[98]. Bunun yanında, Roma hukukundan bir diğer fark şudur: Çocuğun kendi yaşamını sürdürebilecek seviyeye ulaşması ve baba evinden ayrılması halinde *munt* kavramı sona erer[99].

Cermen hukukunda evlilik birliği içinde doğmuş çocuklar bakımından, annenin baba ile velayeti birlikte kullanma hakkı yoktur. Annenin velayet hakkı ancak babanın ölümü sonrası söz konusu olabilir[100].

Evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından, çocuk babadan nafaka talebinde bulunabilir. Babanın çocuğu soya kabul etmesi halinde, çocuk babanın mirasçısı olabilecektir[101].

3) İslam Hukukunda Velayet Kavramı

Velayet, İslam hukuku açısından üç başlığa ayrılmaktadır[102]: Çocuğun doğrudan şahsına bağlı haklar üzerindeki velayet, mal varlığı hakları üzerindeki velayet ve çocuğun yetiştirilmesi, eğitilmesini konu alan velayet (hidâne). Velayetin alt kavramı olan hidâne, sözcük anlamı olarak "*kucak*" anlamına gelir ve çocuğun bakım gözetim ve terbiyesini ifade eder[103].

Evlilik birliği içinde, çocuğun şahsına bağlı hakları üzerindeki velayet ile hidâne kavramlarının iç içe olduğu görülmektedir. Aile içindeki iş bölümü gereğince hidânede ağırlık anne üzerinde olmakla birlikte, bu durum babanın, çocuğun terbiyesinde söz sahibi olmadığı anlamına gelmez[104]. Hidânenin yerine getirildiği

---

98 Sevgi Usta, s. 42.

99 Annatina Wirz, **Gemeinsame elterliche Gewalt geschiedener und nicht verheirateter Eltern: Unter Berüchsichtigung des deutschen, französischen, englischen und schweizerischen Rechts**, Basel-Frankfurt am Main, 1995, s. 15; İlknur Serdar, s. 156; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, Nurgök Matbaası, B. 5, İstanbul, 1965, s. 364; Selma Baktır Çetiner, Kitap, s. 26.

100 Sevgi Usta, s. 50; Selma Çetiner, Armağan, s. 30.

101 Çocuğun soya kabul edilmesi ile munt hakkının başlayacağı, ancak kabulden önce terk edilebileceği ve hatta öldürülebileceği hakkında bkz. Ali Naim İnan, Kitap, s. 6.

102 Celal Erbay, **İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi,** Rağbet Yayınları, İstanbul, 1998, s. 146.

103 Celal Erbay, s. 163.

104 Celal Erbay, s. 163.

dönemin[105] sona ermesinden sonra, çocuğun şahsına bağlı hakları üzerindeki velayeti ile malvarlığı hakları üzerindeki velayetinde ise babanın tam yetkisi mevcuttur[106].

Çocuğun şahsına bağlı haklar üzerindeki velayet ile hidâne arasındaki fark, özellikle evlilik birliği sona erdikten sonra velayetin kimde kalacağı, çocuğun maddi ve manevi bakım ve ihtiyaçlarının hangi ebeveyn tarafından karşılanacağı sorunu ile ön plana çıkmaktadır[107].

Evlilik birliği sona erdikten sonra, İslam hukukunda velayette kural, annenin hidâneye sahip olmasıdır[108], diğer yetkiler ise babada kalmaya devam edecektir[109]. Sona erme akabinde, çocuğun şahsına bağlı hakları üzerindeki velayet, mal varlığı hakları üzerindeki velayet ve hidâne kavramları üç farklı şahsa verilebileceği gibi, tek bir şahısta da toplanabilir[110]. Hidanede çocuğun menfaatinin korunması esas alınmıştır ve annenin, baba ve babanın akrabalarından önceliği bulunmaktadır. Bu önceliğin temelinde annenin çocuğa daha şefkatli ve merhametli davranacağı düşüncesi yatar. Erkek çocuklarında yedi yaşına, kız çocuklarında ise ergenlik çağına kadar annenin hidane hakkı saklı kalır. Hidanenin anneye bırakılması durumunda, babanın çocuğun bakım ve gözetiminin sağlanması amacı ile, hidâne ücreti adıyla[111], nafaka yükümlülüğü mevcuttur[112].

Annenin olmaması veya hidâne şartlarını taşımaması durumunda örneğin annenin yabancı bir kimseyle evlenmesi halinde[113], hidâne doğrudan babaya bırakılmaz. Hidânenin bırakılacağı kişi belirlenirken öncelik sıralaması mevcuttur ve kadınlar arasındaki sıralama ile erkekler arasındaki sıralama olmak üzere iki aşamada gerçekleşir. Kadınlar arasındaki sıralama, annenin annesi, annenin anneannesi,

---

105 Hidanenin yerine getirildiği hidane dönemi, kız çocukları bakımından 9-11, erkek çocukları bakımından ise 7-9 yaşına kadar olan dönem olarak kabul edilir. Celal Erbay, s. 164.

106 Celal Erbay, s. 164.

107 Canan Tarar, İslam Hukukundaki Hidane Müessesesinin Günümüz Uygulaması ile Mukayesesi, **Kadın Araştırmaları Dergisi**, C. 4, S. 1, 2018, s. 79.

108 Fulya Erlüle, Kitap, s. 89.

109 Mehmet Akif Aydın, **Osmanlı Aile Hukuku,** Klasik Yayınları, B. 2, İstanbul, 2017, s. 133.

110 Mehmet Akif Aydın, s. 132.

111 Celal Erbay, s. 197.

112 Mehmet Akif Aydın, s. 132.

113 Mehmet Akif Aydın, s. 132.

babaanne, babaannenin annesi, annenin kız kardeşi şeklinde; erkekler arasındaki sıralama, baba, babanın babası, babanın dedesi, annenin babası, babanın kardeşi şeklinde ilerlemektedir. Burada önemli olan husus, kadınlar arasındaki sıralamada belirtilen kişilerden hiçbir kimsenin kalmaması halinde ancak erkekler arasındaki sıralamaya geçileceğidir[114].

Babanın, hidâneye sahip olmadığı hallerde dahi, velayetin diğer alt başlıkları olan çocuğun şahsına bağlı hakları üzerindeki velayet ile malvarlığı hakları üzerindeki velayet ile ilgili hak ve yetkileri devam etmektedir. Bu kapsamda çocuk ile ilgili önemli kararların baba tarafından alındığı kabul edilmelidir. Babanın hayatta olmaması halinde, küçüğün şahsına bağlı hakları üzerindeki kararlarda yetki, dedeye ve dededen sonra miras hukuku kurallarındaki sıraya göre geçmektedir[115]. Çocuğun mal varlığı üzerindeki haklarının temsil yetkisi ise, baba önceden bir vasi atamış ise o kişiye (*vasiyy-i muhtar*), atamamış ise mahkeme kararı ile atanacak kişiye aktarılır[116]. Hakim tarafından tayin edilen vasiye "*vasiyyu'l - kadi*" denilmektedir[117].

Hidâne, sürenin dolması, yani çocuğun bakıma ihtiyaç duymayacağı yaşa ve olgunluğa gelmesi, hidâne kendisine verilmiş olan kişinin ehliyetini yitirmesi ya da hidânenin uygulanamaz bir durumun ortaya çıkması ile sona ermektedir[118].

İslam hukukunda evlilik birliği dışında doğan çocuk bakımından babanın çocuğu tanıma hakkı mevcuttur. Tanıma halinde, babanın çocuk ile olan ilişkisi evlilik birliği içinde doğmuş çocuk ile aynı düzenlemelere tabidir[119].

Babanın çocuğu tanımaması halinde, hidâne bakımından kural değişmeyecek, annede kalmaya devam edecektir. Çocuğun şahsına bağlı hakları üstündeki velayetin temsil yetkisi ise sırayla anne, annenin erkek akrabaları, annenin kadın akrabalarına,

---

114 Celal Erbay, s. 151.

115 Celal Erbay, s. 166; Mehmet Akif Aydın, s. 133.

116 Mehmet Akif Aydın, s. 133.

117 Celal Erbay, s. 166.

118 Ali Bardakoğlu, **Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, C. 17, İstanbul, 2008, s. 470. Örneğin kişinin fiziki gücünü kaybetmesi, çocuğa bakamayacak derecede hasta olması, devamlı engelli hale gelmesi durumlarında hidânenin şartlarını artık taşımayacağı gerekçesi ile hidane sona erecektir. Hidane şartları için bkz. Celal Erbay, s. 152-153.

119 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, s. 312.

eğer bu kimselerden kimse yoksa devlet başkanına geçecektir[120]. Mal varlığı hakları üstündeki velayetin temsilinde devlet başkanı veya devlet başkanı tarafından belirlenen kimse yetkilidir[121].

4) Orta Çağdan On Dokuzuncu Yüzyıla Velayet Kavramı

Orta Çağ ve sonrasında ailedeki değişimler, velayete bakış açısını da etkilemiştir. Başlangıçta kalabalık bir topluluk şeklinde olan aile birliği, zamanla küçülerek eş ve çocuklardan oluşan bir yapıya dönüşmüştür[122]. Velayet bakımından da babanın hakimiyetinin zaman içerisinde daraldığı görülmektedir. Şüphesiz bu durumun ortaya çıkmasında, yaşanan sosyolojik, felsefi, politik gelişmelerin etkisi büyüktür. Tüm bu değişimler neticesinde babanın kayıtsız şartsız hakimiyetinden, aile içindeki fertlerin karşılıklı yararlarının göz önünde tutulduğu hukuk sistemine geçişin temeli atılmıştır[123].

Dinsel düşünce ve kilise baskısı orta çağ Avrupa'sına damga vurmuştur[124]. Bu dönemde aile hukukuna dair düzenlemeler, kilisenin koyduğu kurallara göre şekillenmektedir. Bu kurallar uyarınca, boşanmak söz konusu olamaz zira Tanrı'nın kurduğu evliliğin kulları tarafından bozulamayacağı inancı esastır. Evliliğin devamının taraflardan beklenemeyeceği hallerde ise, mahkeme tarafından "*masanın, yatağın ve evin ayrılmasına*" karar verilerek sadece ayrı yaşamaya izin verilmektedir[125]. Ayrı yaşama durumunda annenin velayet hakkı yoktur. Anne ayrılık kararının alınmasında daha az kusurlu ise kendisine sadece çocuklarına bakma ve

---

120 Ünal Yerlikaya, "İslam Hukukunda Evlilik Birliği Dışı Doğan Çocuğun Velayeti/ Hukuki Temsili", **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, S. 11, 2008, s. 109.

121 Ünal Yerlikaya, s. 110.

122 Hans Planitz/ Karl August Eckhardt, **Deutsche Rechtsgeschichte**, Böhlau Verlag, 4. Auflage, Graz/Köln/Wien 1991, s. 106 vd.; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan, **Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993, s. 266.

123 Sevgi Usta, s. 2; Ali Naim İnan, Kitap, s. 124.

124 Mehmet Semih Gemalmaz, s. 129.

125 Selahattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku,** Filiz Kitapevi, B. 7, İstanbul 1990, s. 167.

onları yetiştirme hakkı verilir. Velayet ise babada kalmaya devam edecektir[126]. Annenin tek başına velayet hakkının olduğu hal ise babanın ölümüdür[127].

Evlilik birliği dışında doğan çocuklar, kilise tarafından "*kötü durumlu çocuk*" kabul edilir. Babanın çocuk ile soybağı kurması ise yasaktır[128]. Bu bağlamda çocuğun evlilik birliği dışında doğması halinde babanın velayetinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Hümanizm akımı, Rönesans ve Reform hareketleri evrenin merkezine Tanrı yerine insanın ve aklın yerleştirilmesi süreci başlatmıştır[129]. Toplumsal değişimin her zaman aileye yansıdığı düşünüldüğünde tüm bu gelişmeler, aile içinde de babanın tek yönetici konumundan uzaklaşacağının da habercisi niteliğindedir.

Çocukluğun tarihi ile ilgili, Philippe Ariès tarafından yayımlanan "*Çocukluğun Yüzyılları: Aile Yaşamının Sosyal Tarihi*" kitabı önem arz etmektedir. Ariès'e göre, orta çağda "çocukluk" düşüncesi mevcut değildir. 16. yüzyılda ergenlik kavramı yoktur, insan hayatı için, yedi yaşına kadarki dönemi anlatan bebeklik, sonra genç dönem ve yaşlı dönem kavramları yer almaktadır[130]. Yedi yaşından sonra doğrudan yetişkinlik dönemi başlamaktadır. Çocuklar ile ilgili hitap kavramları 17. yüzyılda ortaya çıkmıştır[131]. 17. yüzyılda sanayileşme, ailedeki ve toplumdaki değişimler ve özellikle eğitimin yaygınlaşması çocukluk kavramına zemin oluşturmuştur[132].

Sanayi devrimi ile 18. yüzyılda tarım toplumundan sanayi toplumuna geçilmesi, aile yapılarını da başkalaştırmıştır[133]. Fransız devrimi sonrasında doğan modern çocukluk düşüncesi, ebeveynler bakımından çocukların yetiştirilmesindeki

---

126 Stephanie Matthiessen, s. 34; Linus Cantieni, s. 77.

127 Emine Akyüz, **Medeni Kanun'a göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması,** Ankara, 1983, s. 20, (Koruma).

128 Sevgi Usta, s. 58.

129 Mehmet Semih Gemalmaz, s. 190.

130 Philippe Ariès, **Centuries of Childhood, A Social History of Family Life**, Çev. Robert Baldick, New York: Alfred A. Knopf, 1962, s. 25.

131 Bob Franklin, **Çocuk Hakları**, Çev. Alev Türker, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1993, s. 23.

132 Bekir Onur, Çocuk, s. 111.

133 Stephanie Matthiessen, s. 33; Nurten İnce, s. 194.

sorumluluklarının, çocuklar bakımından ise ebeveynlerine olan bağımlılıklarının artmasına neden olmuştur[134].

5) On Dokuzuncu Yüzyıldan Günümüze Uluslararası Hukuktaki Gelişmeler

Kadının toplumdaki yeri ve aile yapısındaki değişimler, insan haklarındaki gelişmeler ve çocuk haklarındaki ilerlemeler, iç hukukun da uluslararası hareketlere uyum sağlamasını gerektirmiştir. Önceden serbest tasarrufa elverişli *alieni iuris* konumunda olan çocuk, korunması gereken bir kişiliği olan hakkın sahibi konumuna geçmiştir[135]. Günümüzde, çocukların yetişkinlerden farklı olduğu, yetişkinliğe hazırlanması gerektiği ve bu hazırlığın aileler ve devlet tarafından gerçekleştirileceği düşüncesi temel alınmaktadır[136].

Velayet kavramı çocuk haklarındaki gelişmeler ile paralel ilerlemiştir. Bu bağlamda çocuk haklarının tarihi gelişimine ışık tutan paternalist (korumacı), parentalist (ebeveynci), ve özgürlükçü yaklaşımı açıklamak gereklidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu yaklaşımları birbirinden farklı kılan temel, çocuğun statüsünün belirlenmesi noktasındadır[137].

Paternalist (korumacı) yaklaşım, hiyerarşide üstte olanların alttakilerin iradelerini göz ardı ederek, onların iyiliği için onlara müdahale edilebileceğini ileri sürer[138]. Esasında bu müdahale "koruma" düşüncesi ile gerçekleştirilmektedir. Bunun karşılığında müdahale edilenin itaat etmesi beklenir[139]. Paternalizmin bir türü olan

---

134 Bob Franklin, s. 26.

135 Yıldız Abik, s. 13; Nurten İnce, s. 194; Sevgi Usta, s. 3; Rona Serozan, Çocuk, s. 28; İlknur Serdar, s. 158.

136 Hakan Acar/ Cihan Aslan, "Çağdaş Çocuk Koruma sisteminde Ailenin Konumu", **Çocuğa Yönelik Şiddet ve Çocuğun Korunması**, B. 1, Altan Matbaası, İstanbul, Mart 2015, s. 3.

137 Eylem Ümit Atılgan, **Mekândan Mekâna: Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyeti İlişkisi**, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2007, s. 40.

138 İyanet Aydın, "Paternalizm Kavramı, Ögeleri ve Türleri", **Paternalizm**, Editör: Coşkun Can Aktan, SOBİAD Hukuk ve İktisat Araştırmaları Merkezi Yayınları, İzmir, 2021, s. 7-8; Bob Fraklin, s. 40.

139 Coşkun Can Aktan, "Patalojik Paternalizm", **Paternalizm**, Editör: Coşkun Can Aktan, SOBİAD Hukuk ve İktisat Araştırmaları Merkezi Yayınları, İzmir, 2021, s. 73.

devlet paternalizmi, hiyerarşinin en tepesinde olan devletin, kanunlar ile vatandaşlarının haklarına sınırlama getirmesidir[140].

Bireysel özgürlükçü olan *Mill*, paternalist yaklaşıma karşı, bireylere gerçekleştirilecek müdahalenin ancak bireyin davranışının diğer kişilere mutlak zarar vermesi halinde söz konusu olacağını belirtir. Bunun istisnası çocuklardır. Çocukların, başkalarının korumasına muhtaç olduğu gerekçesi ile hem diğer kişilerden hem de kendilerinden korunmaları gerekmektedir[141].

Parentalist (ebeveynci) yaklaşım, çocuğun yararının anne baba tarafından belirleneceğini ve gerekirse çocuğun özgürlüğünün sınırlanabileceğini kabul eder[142]. Doğal olarak anne baba, çocuk için bu sınırlamayı gerçekleştirirken işkence yasağı, çocuğu aşağılanmamak gibi ilkelere uymak zorundadır. Çocuk adına karar almak, ailenin hiyerarşik olarak en tepesinde bulunan anne ve babanın sadece hakkı değil aynı zamanda da yükümlülüğüdür[143].

Paternalist yaklaşımın parentalist yaklaşımdan farkı, paternalist yaklaşımda çocuğun iyiliği için, sadece anne ve babanın değil diğer yetişkinlerin de müdahale edebilmesidir. Bu yaklaşım, 19. yüzyıldaki çocuk koruma hareketinin temel düşüncesi olmuştur[144]. Paternalizmin etkili olduğu bu dönemde hukuken çocukları koruyan kanun hükümlerinin ortaya çıktığı aşikardır ancak bu durum aynı zamanda onların özgürlüklerinin de kısıtlanmasına neden olmuştur[145].

---

140 İyanet Aydın s. 21. Devlet paternalizmi toplumda "*Devlet baba, büyük baba*" sloganı ile destek görmektedir. Coşkun Can Aktan s. 72.

141 Ayrıntılı bilgi için bkz. John Stuart Mill, **Özgürlük Üstüne**, Çeviren: Mehmet Osman Dostel, Sadeleştiren: Ömer Çaha, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003, s. 47-48.

142 Ayrıntılı bilgi için bkz. Coşkun Can Aktan, s. 70. Çocuğun mesleğine, evleneceği kişiye karar veren ve bunu onun iyiliği için yaptığını düşünen ebeveynlerin davranışları esasında paternalist bakışın aile içindeki bir yansımasıdır. İyanet Aydın, s. 8.

143 Sevgi Usta, s. 6.

144 Fulya Erlüle, Kitap, s. 39; Sevgi Usta, s. 7.

145 Lorraine Fox Harding, **Perspectives in Child Care Policy**, 2nd Edition, Longman, London and New York, 1996, s. 10; Ümit Atılgan, s. 41 vd; Sevgi Usta, s. 7.

1970'li yıllar çocuk hakları[146] açısından özgürleştirici yaklaşımın geliştiği, çocuğun anne babaya karşı güçlenmesinin gerektiğinin savunulduğu yıllardır[147]. Bu yaklaşıma göre, anne ve babanın sahip oldukları yetkileri kötüye kullanma tehlikesi mevcuttur. Bu tehlikenin önlenmesi için çocuğun anne baba ile aynı haklara sahip olması gerekmektedir[148].

Çocuk hakları ile ilgili bu düşünce akımları, çocuğu koruyan uluslararası antlaşmalara yansımıştır. Bu bağlamda, öncelikle uluslar üstünde kurulan organizasyonlar, akabinde çocuğu koruyan uluslararası antlaşmalardan açıklanacaktır.

İnsan ve çocuk hakları ile alakalı modern gelişmeler ve uluslararası düzeyde koruma sağlayan antlaşmalar Birinci ve İkinci Dünya Savaşlarından sonra ortaya çıkmıştır[149]. Savaşlar ile açılan yaraların ancak uluslardan bağımsız, onların üstünde kurulacak organizasyonlarla iyileşebilmesi düşüncesi doğmuştur. Bu amaçla "*Uluslararası Çocuklara Yardım Birliği*"[150] ve 1920'de bugünkü Birleşmiş Milletler'in temeli olarak kabul edilen Milletler Cemiyeti kurulmuş, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra gerçekleştirilen konferanslarda savaştan en çok yara alan çocukların evrensel korunması amaçlanmıştır. Milletler Cemiyeti'nin gerçekleştirdiği

---

146 Çocuk hakları ile ilgili çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Gerçekleştirilen birinci ayrım çocuk haklarını refah, koruyucu, yetişkin ve ana babaya karşı haklar olmak üzere dörde ayırırken, ikinci ayrım ise çocuk haklarını kültürel haklar, sosyo ekonomik haklar, medeni ve politik haklar olmak üzere sınıflandırmaktadır. Çocuk haklarının sınıflandırılması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bob Franklin, s. 30-34.

147 Jane Fortin, **Children's Rights and Developing Law**, 3. Press, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 4.

148 Ayrıntılı bilgi için, Sevgi Usta, s. 6-8.

149 Fulya Erlüle, Kitap, s. 41; Sevgi Usta, s. 49; Sera Reyhani Yüksel, s. 11.

150 Uluslararası Çocuklara Yardım Birliği, 1919'da İsviçre-Cenevre'de kurulmuştur. Kurucusu İngiliz asıllı *Eglantyne Jebb*, öncelikle Birinci Dünya Savaşı sonrasında itilaf devletleri tarafından gerçekleştirilen ambargo sonucu Almanya ve Avusturya'da bulunan çocukların yaşadığı kıtlığa dikkat çeken *Kıtlıkla Mücadele Konseyi*'ne katılmış, akabinde *Uluslararası Çocuklara Yardım Birliği*'ni kurmuştur. Eglantyne Jebb, *Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi'*ni kaleme alan kişi olması açısından, çalışmamıza ilham veren ve çocuk hakları konusundaki katkıları ile tarihe imzasını atan kişilerdendir. Çocuklara Yardım Birliği ve Eglantyne Jebb'in hayatı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.savethechildren.org/us/about-us/why-save-the-children/eglantyne-jebb (E. T. 01.02.2022).

çalışmalar neticesinde 1924 yılında *Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi* ilan edilmiştir[151].

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonrasındaki dönemde, tüm dünyada artan insan hakları söylemlerinin bir neticesi olarak, 1948 yılında *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi* (BMİHEB) ilan edilmiştir[152]. Her ne kadar BMİHEB'de düzenlenen haklar çocukları da kapsıyorsa da[153] çocukların korunması gereken özel durumları neticesinde[154], onlara özgü, ayrı bir uluslararası belgenin mevcudiyetine ihtiyaç duyulmuştur. Bu kapsamda 1959 yılında *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi* (BMÇHB)[155] yayımlanmış, daha sonra bildirge *Birleşmiş*

---

151 *Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi*, çocuklara özgün olarak gerçekleştirilen ilk evrensel düzenleme olması açısından önem arz etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İlknur Serdar, s. 158; Nurten İnce, s. 194; Emine Akyüz, Kitap, s. 43.

152 BMİHEB, *Birleşmiş Milletler Genel Kurulu*'nun 217 A(III) kararı ile 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye, Beyanname'yi 27 Mayıs 1949 tarihli 7217 sayılı RG'de yayımlamıştır.

Teknik anlamda tavsiye niteliğinde olan BMİHEB'nin hukuki anlamda doğrudan bağlayıcılığı olmasa da *AİHS, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi* gibi uluslararası metinlerin giriş kısımlarında Beyanname'ye atıfta bulunulması, Beyannamenin manevi etkisinin küçümsenmeyecek derecede olduğunu göstermektedir. Rona Aybay, **Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Aralık 2006, Ankara, s. 7, (İnsan Hakları).

Beyanname ile ilgili Türk Hukuku açısından önem çeken husus, Beyannamenin RG'de yayımlanmasının istisnai bir durum oluşturmasıdır. Şöyle ki, söz konusu yayının amacı, uluslararası bir sözleşmenin iç hukuk açısından onaylanması değil, Beyanname'de geçen hakların tanıtılıp yaygınlaştırılmasıdır. Zira burada yayımlanan metin bir uluslararası antlaşma değil, Birleşmiş Milletler kararıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Aybay, İnsan Hakları, s. 10.

153 BMİHEB her ne kadar genel insan hakları ile ilgili oluşturulmuş bir metin ise de çocukları da kapsamaktadır. Ayrıca Beyanname çocuklara özel hükümler de içermektedir. Örneğin Beyannamenin 25/2 hükmü bütün çocukların, evlilik içinde veya dışında doğumları fark etmeksizin aynı sosyal korumadan yararlanacaklarını düzenlemektedir. Rona Aybay, İnsan Hakları, s. 20; Sevgi Usta, s. 61.

154 Fulya Erlüle, Kitap, s. 42.

155 BMÇHB, çocuk haklarını ele alan ikinci evrensel düzenlemedir. BM bünyesinde oluşturulan Sosyal Sorunlar Meclisi'nin *Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi*'ni tekrar düzenleyerek oluşturduğu tasarı, 20 Kasım 1959'da *Genel Kurul*'da kabul edilmiştir. Emine Akyüz, Kitap, s. 44.

Bildirgenin başlangıç kısmında *Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi*'ne atıfta bulunulması, BMÇHB'nin, *Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi*'nin çocuklar üstündeki koruyucu anlayışını aynı şekilde devam ettirdiğini göstermektedir.

On ilkeden oluşan BMÇHB'nin ikinci ilkesinde çocuğun özel olarak korunması gerektiği, dördüncü ilkesinde çocuğun sağlık içinde büyüme ve gelişme hakkının bulunduğu, yedinci ilkesinde çocuğun gelişiminde çocuğun yararının esas alınacağı ve öncelikli sorumluluğun anne ve babaya ait olduğunun belirtilmiştir. Bu sayede çocuğun sahip olduğu temel hakların uluslararası düzeyde tespitinde atılan önemli adımlardan biri atılmıştır. Öte yandan, bildirgenin bağlayıcı olmaması sebebi ile atılan adımın sonuç doğurması devletlerin insiyatifine bırakılmıştır. Sevgi Usta, s. 77. Bu durum BMÇHDS'nin 1990 yılında yürürlüğe girmesine kadar devam etmiştir.

Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye (BMÇHDS) dönüştürülmüştür[156]. Özellikle sadece "tavsiye" sunmasının ötesinde, üye ülkeleri uyuma zorlaması açısından BMÇHDS [157] büyük bir önem arz etmektedir[158]. Sözleşme ile bağımsız bir çocuk hukukunun temeli atılmıştır[159]. Şöyle ki, çocukların haklarının kapsamlı bir şekilde ele alan bu uluslararası belge, çocukların "*Magna Carta*"sı olarak değerlendirilmekte ve amacı çocuk haklarının uluslararası düzeyde korunmasını sağlamaktır[160]. Bu bağlamda BMÇHDS, çocuğu hakkın öznesi haline getiren bir uluslararası belge niteliğindedir[161].

BMÇHDS, yukarıda açıklanan[162], çocuk hakları ile ilgili üç yaklaşımı da kapsayacak biçimde şekillenmiştir. Temel düşüncesi çocuğun üstün yararı olan sözleşme, bu yönüyle parentalizm ve paternalizm; çocuğun görüşünün dikkate alınması kuralı ile özgürlürlükçü yaklaşımı özümsemiştir[163]. Sözleşmenin genel karakteri incelendiğinde çıkartılan sonuç şudur: Çocuklar hem hak sahibi, korunması gereken, hem de katılım hakkına sahip, sözüne, düşüncesine önem verilmesi gereken

---

156 BMÇHDS, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Kasım 1989 T. 44/25 sayılı kararı ile kabul edilmiş, 2 Eylül 1990'da yürürlüğe girmiştir. Sevgi Usta, s. 66.

157 Türkiye Sözleşme'yi 14.09.1990'da Dünya Çocuk Zirvesi'nde imzalamış, 9 Aralık 1994 T. 4058 sayılı kanun ile uygulanabilirliği uygun bulunmuştur. Sözleşme, 27 Ocak 1995 T. 22184 sayılı RG'de yayımlanmak sureti ile yürürlüğe girmiştir.

Sözleşmenin 1. maddesine göre, kanun uyarınca daha küçük yaşta ergin kılınma dışında, 18 yaşına kadar herkes çocuk olarak kabul edilmektedir. Sözleşmenin bu maddesi, sosyolojik, kültürel, dini sebeplerle farklı yaşlarda yetişkinliğe erişilmesi yerine yaş kriterini esas alarak çocuğun korunmasını amaçlamıştır. Sözleşmede çocuk, hakkın süjesi değil öznesi olarak değerlendirilmiştir. Zafer Gören, Çocukların Temel Haklarının Anayasal Garantisi, 10. Yıla Armağan**, İTİCÜ Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 11, S. 22, Güz 2002/2, s. 97.

158 Sözleşmenin ihlali durumunda, bireylere ve taraf devletlere uluslararası bir yargı merciine başvurma hakkı vermez, komiteler tarafından hazırlanan raporlar neticesinde kendi özel yaptırımları mevcuttur. Bu yönüyle öğretide Sözleşmenin etkisinin azaltıldığı şeklinde eleştiriler mevcuttur. Eleştiriler için bkz. Rona Serozan, Çocuk, s. 50.

Sözleşmedeki "*çocuğun üstün yararı*" ve "*çocuğun görüşünün alınması*" ilkelerinin doğrudan doğruya Türk hukukuna uygulanabilir olduğu kabul edilmektedir. Tekin Akıllıoğlu, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, Ankara, 1995, s. 15; Gülçin Elçin Grassinger, **Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 82 vd.

159 Rona Serozan, Çocuk, s. 1.

160 Fulya Erlüle, Kitap, s. 44; Emine Akyüz, Kitap, s. 45.

161 Rona Serozan, Çocuk, s. 50; Zafer Gören, s. 97.

162 Çalışmamızda 137-148 numaralı dipnotlarına bağlı metin.

163 Sevgi Usta, s. 8.

bireylerdir[164]. Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 196 ülkenin imzaladığı bu sözleşmede[165] yer alan çocuk hakları klasik insan haklarının yanı sıra sarf çocuklara özgü hakları da koruma altına almaktadır. Örneğin 9. maddede yer alan ana baba ile yaşama hakkı, 28. maddede geçen eğitim hakkı,32. maddede geçen çocukların çalışma koşullarına ilişkin ilkeler bu duruma örnek olarak gösterilebilir[166].

1989 tarihli BMÇHDS'nin yanı sıra[167], 1966 tarihli *Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi (BMESKHİUS)*[168], 1966 tarihli *Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin*

---

164 Fulya Erlüle, Kitap, s. 45. Sözleşmede belirtilen çocuk hakları arasında öncelik, üstünlük yoktur, hepsi eşit derecede önemlidir. BM bünyesinde bu kapsamda kurulan Komite aynı sebeple taraf devletlerin bütüncül yaklaşım ile hareket etmesinin altını çizmiştir. Emine Akyüz, Kitap, s. 45.

BMÇHDS, dört temel ilke üstünden çocuk haklarını düzenlemiştir. Bunlar, 2. maddesinde düzenlenen ayrım gözetmeme ilkesi, 3. maddesinde düzenlenen çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesi, 6. maddesinde düzenlenen çocuğun yaşaması ve gelişmesi ilkesi ve 12. maddesinde düzenlenen çocuğun görüşlerine saygı ilkesidir. Sevgi Usta, s. 67.

Ayrım gözetmeme ilkesi, sözleşmede belirtilen hakların, istisnasız tüm çocuklar bakımından uygulanacağını ve taraf devletlerin bu kurala uyma yükümlülüğü altında olduğunu; çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesi, çocuk ile ilgili her durumda, yetişkinlerin, anne babanın veya diğer kişilerin yararından önce çocuğun yararının önde tutulacağını; çocuğun yaşaması ve gelişmesi ilkesi, tüm çocukların doğuştan ve devredilemez yaşam haklarının olduğunu ve bu haklarının taraf devletlerce garanti altına alındığını; çocuğun görüşlerine saygı ilkesi ise; çocuğun özellikle kendisini ilgilendiren hususlardan görüşünün dikkate alınmasını ifade eder. Fulya Erlüle, Kitap, s. 45.

Bu temel dört ilkenin sözleşme ile garanti altına alınmasının sonucu, uluslararası bağlamda ilkelerin netleşmesi ve ulusal düzeyde taraf ülkeler açısından da, sözleşmenin bağlayıcılığının neticesinde, yasal düzenlemelerin revize edilmesi, yeni yasal düzenlemelerde ilkelere riayet edilmesi, idari işlemlerde bu ilkelere uyularak işlemlerin gerçekleştirilmesidir. Rona Serozan, Çocuk, s. 53.

165 Türkiye BMÇHDS'nin yedinci, yirmi dokuzuncu ve otuzuncu maddelerine çekince koymuştur.

Sözleşmenin on yedinci, yirmi dokuzuncu ve otuzuncu maddeleri incelendiğinde, azınlıklara yönelik hükümlerin yer aldığı göze çarpmaktadır. Türkiye, T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Antlaşması'na göre söz konusu maddeleri yorumlama hakkını saklı tutmuştur. Çekincenin sebebi, Lozan Antlaşması ile gayrimüslim çocuklara verilmeyen hakların uluslararası sözleşme ile verilmesinin mümkün olmayacağı düşüncesidir. Sevgi Usta, s. 66.

166 Sözleşmede belirtilen çocuk hakları yaşam hakları, gelişme hakları, korunma hakları ve katılım hakları olmak üzere dört başlık altında toplanılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Serozan, Çocuk, s. 163; Emine Akyüz, Kitap, s. 50 vd.

167 Belirtilen uluslararası sözleşmelerden başka, çocuk ile ilgili mahkemelerin yetkisi, yargı kararlarının tanınması ve tenfize dair La Haye sözleşmeleri, nafaka alacaklarının tahsiline yönelik uluslararası sözleşmeler, çocuk kaçırmaya dair uluslararası sözleşmeler de önem arz etmektedir. Çalışmamızın bu bölümü, özellikle birlikte velayetin uygulanabilirliğine yönelik uluslararası sözleşmeler ile sınırlandırılmıştır.

168 *BMESKHİUS* Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 16 Aralık 1966 tarihinde 2200 A (21) sayılı karar ile kabul edilmiş, 16 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmış, 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye, 15 Ağustos 2000 tarihinde Sözleşmeyi imzalamıştır. Sözleşmenin onaylanmasının uygunluğu, 4 Haziran 2003 T. 4867 Sayılı kanunun 18 Haziran 2003 T. 25142 sayılı RG'de yayımlanması ile kabul edilmiştir. Bakanlar Kurulu'nun onaya ilişkin 10 Temmuz 2003 tarihli 2003/5923 sayılı kararı ise 11

Uluslararası Sözleşme (BMMSHİUS)[169], 1979 tarihli *Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme* (CEDAW)[170] de velayet kavramının tarihsel gelişimine ışık tutmaları, velayet kapsamındaki hak ve yükümlülükleri uluslararası boyutta şekillendirmeleri açısından önem arz etmektedirler.

Uluslararası boyuttaki sözleşmelerden, bölgesel koruma sağlayan ve sağladığı özel hükümler ile korumacılık statüsünü ileri taşıyan sözleşmelerden de burada bahsetmekte fayda vardır. 4 Kasım 1950 tarihli, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren "*İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme"*, diğer adıyla *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*[171] (AİHS), bölgesel olarak korumanın önemli adımlarından birini oluşturmaktadır. Her ne kadar AİHS çocuklar bakımından,

---

Ağustos 2003 T. 25196 sayılı RG'de yayımlanmıştır. Sözleşme Türkiye açısından, 23 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Çalışmamız ile ilgili Sözleşme'nin 3. ve 10. maddeleri önem arz etmektedir. Sözleşmenin 3. maddesi gereğince, sözleşmede belirlenen tüm sosyal, kültürel ve ekonomik hakların kullanılmasında kadın ve erkeklere eşitlik sağlanmalıdır. Yine Sözleşmenin 10. maddesi ailenin korunması açısından dikkat çekicidir. 10. maddeye göre, aileye en geniş koruma ve yardım yapılmalıdır. Bu koruma ve yardımın yapılmasında, aile içindeki çocukların bakım ve eğitiminden sorumlu olunan dönemin özellikle belirtilmesi, çocukların gelişimine verilen önemi göstermektedir.

169 *BMMSHİUS,* Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 16 Aralık 1966 tarihinde 2200 A (21) sayılı karar ile kabul edilmiş, 16 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmış, 41. maddesi hariç olmak üzere 23 Mart 1976 tarihinde, 41. madde ise 28 Mart 1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin onaylanmasının uygunluğu, 4 Haziran 2003 tarihli 4868 sayılı kanunun 18 Haziran 2003 tarihli 25142 sayılı RG'de yayımlanması ile kabul edilmiştir. Bakanlar Kurulu'nun onaya ilişkin 10 Temmuz 2003 T. 2003/5851 sayılı kararı ise 21 Temmuz 2003 tarihli 25175 sayılı RG'de yayımlanmıştır. Sözleşme Türkiye açısından, 23 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Çalışmamız ile ilgili Sözleşmenin 23/4 hükmü önem arz etmektedir. Söz konusu maddeye göre, evliliğin sona ermesi halinde, çocukların korunması amaçlı olarak koruyucu hükümlerin tesisi taraf devletlerce taahhüt edilmiştir.

170 CEDAW, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 18 Aralık 1979 T. 34/180 sayılı karar ile kabul edilmiş, 1 Mart 1980 tarihinde imzaya açılmış, 3 Eylül 1981 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir.

Sözleşmenin Türk hukukuna yansıması açısından; sözleşmenin onaylanmasının uygunluğu, 11 Haziran 1985 tarihli 3232 sayılı Kanunun 25 Haziran 1985 tarih 18792 sayılı RG'de yayımlanması ile kabul edilmiştir.

Çalışmamız ile ilgili Sözleşmenin 16. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi önem arz etmektedir. Bu maddeye göre, taraf devletlerin, çocukların yetiştirilmesi, gelişimi gibi çocuklar ile ilgili konularda, anne ve babanın, eşit haklara ve sorumluluklara sahip olmasını ve her hal ve koşulda çocuğun menfaatinin gözetilmesini sağlamak zorunda olduğu görülmektedir. Her ne kadar Sözleşmeye taraf olduğu dönemde, 16. maddenin 1. fıkrasının (d) bendi, Türkiye'nin çekince koyduğu maddelerden biri olsa da 30 Eylül 1999 tarihinde Türkiye bu çekincesini geri çekmiştir.

171 AİHS, Türkiye tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin onaylanması 10 Mart 1954 tarihli 6366 sayılı kanun ile gerçekleşmiştir. Sözleşme Türkiye'de 18 Mayıs 1954'te yürürlüğe girmiştir.

sözleşmenin 5. ve 6. maddeleri[172] hariç olmak üzere, özel hükümlere yer vermemişse de sözleşmenin ihlali halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvurulması önemlidir. AİHS'nin Avrupa Konseyi bakımından kabul edilen denetleme mekanizmasına sahip ilk insan hakları sözleşmesi olması bölgesel insan hakları korumasında en eski ve en güçlü sözleşme olduğunu göstermektedir[173].

AİHS'nin yanı sıra, *Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ)*[174], 1996 tarihli *Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (ÇHKİAS)*[175], 2003 tarihli *Çocukla Kişisel*

---

172 AİHS'nın 5. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi küçüğün gözetim altında tutulmasının kanunla düzenlenmesi gerektiğini, 6. maddenin 1. fıkrası ise küçüğün yararının bulunması halinde yargılamanın gizliliğinin mümkün olabileceğini belirtmektedir.

173 Sevgi Usta, s. 70.

174 *Avrupa Sosyal Şartı*, genel olarak birinci kuşak hakların düzenlendiği *AİHS'in* ikinci kuşak haklar olarak belirtilen sosyal ve ekonomik haklar bakımından tamamlayıcısı konumundadır. Gülnur Erdoğan, Avrupa Sosyal Şartı ve gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 77, Ankara, 2008, s. 123. Şöyle ki, barınma, sağlık, eğitim, çalışma koşulları hususundaki ek hakların yanı sıra, çocuklara özgü hakların da düzenlenmesi açısından önem arz etmektedir. Bülent Çiçekli, **Avrupa Sosyal Şartı- Temel Rehber**, Seçkin Yayıncılık, B.1, Ankara, 2001, s. 19.

Avrupa Sosyal Şartı 18 Ekim 1961 tarihinde imzaya açılmış, 26 Şubat 1965 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'nı 18 Ekim 1961 tarihinde imzalamıştır. Şartın onaylanmasının uygunluğu, 16 Haziran 1989 tarihli 3581 sayılı Kanun'un 4 Temmuz 1989 tarihli 20215 sayılı RG'de yayımlanması ile kabul edilmiştir. Bakanlar Kurulu'nun onaya ilişkin 7 Ağustos 1989 tarihli 89/14434 sayılı kararı ise 14 Ekim 1989 tarihli 20312 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

Çalışmamız açısından 1961 tarihli şartın 7., 16. ve 17. maddeleri önem arz etmektedir. 7. madde, çocukların ve gençlerin korunma hakkını, 16. madde ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunmasını, 17. madde ise anne ve çocukların sosyal ve ekonomik korunma hakkını düzenlemektedir. Türkiye Şart'ın 20 maddesi gereği, 16 ve 17. maddeleri ile tamamını, 7. maddenin ise bir kısmı ile kendisini bağlı tutacağını belirtmiştir. Beyan uyarınca Türkiye, 7. maddenin 1-2-7 ve 10. fıkraları ile bağlı değildir. 7. maddede, Türkiye'nin bağlı olmadığı maddelerde, hafif işler dışında çalışma yaşının en az on beş olarak düzenlenmesi, tehlikeli işlerde asgari çalışma yaşının daha da yukarıya çekilmesi, çocuk çalışan statüsündeki kişilerin ücretli izin haklarının en az üç hafta olarak düzenlenmesi, çocuk çalışan statüsündeki kişilerin işten doğan tehlikelere karşı özel olarak korunmaları düzenlenmektedir.

Şart, 1996 yılında yenilenmiştir. 1961 tarihli ASŞ kapsamındaki sosyal ve ekonomik haklara 8 yeni hakkın eklenmesi ile oluşturulan 2 Nisan 1996 tarihli ASŞ, 1961 tarihli Şartı ekarte etmez, ayrı bir sözleşme olarak geçmektedir.

Türkiye, yenilenmiş sözleşmeyi 6 Ekim 2004 tarihinde kabul etmiş, 1996 tarihli Şart'ın uygunluğu 27 Eylül 2006 T. 5547 sayılı kanun ile gerçekleşmiş, Dışişleri Bakanlığı'nın 2 Mart 2007 T. HUMŞ/161 sayılı yazısı üzerine Bakanlar Kurulunca 22 Mart 2007 tarihinde kararlaştırılmıştır. Karar, 9 Nisan 2007 tarihinde 26488 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

Çalışmamız ile bağlantılı olarak 1996 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nın 7. 16. ve 17. maddeleri önem arz etmektedir. 1996 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nın 7. ve 16. maddeleri, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı ile aynı düzenlemeye sahiptir. 1996 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nın 17. maddesinin başlığı ise, "*Çocuk ve Gençlerin Sosyal, Yasal ve Ekonomik Korunması*" olarak değiştirilmiştir. 1961 Avrupa Sosyal Şart'ından farklı olarak, Türkiye, 1996 tarihli Avrupa Sosyal Şartının 7. maddesini aynen kabul etmiş ve tamamı ile bağlı olacağını taahhüt etmiştir.

175 1996 tarihli *ÇKKİAS* 25 Ocak 1996 tarihinde imzalanmış, 1 Temmuz 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, *ÇKKİAS*'yı 9 Haziran 1999 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin onaylanmasının uygunluğu,

İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi(ÇKİKDAS)[176] de çocuk hakları bakımından önem arz etmektedir[177].

Sonuç olarak velayet hukuku tüm bu gelişmelerden etkilenmiş, modern hukuk sistemleri, toplumsal ve düşünsel gelişmelere paralel olarak, baba ve annenin beraber velayetini kabul etmiştir[178]. Çocuğun velayetinin, anne ve babanın iradesinden bağımsız olarak, çocuk belirli bir yaşa ulaşıncaya kadar devam edeceği düzenlenmiştir[179]. Uluslararası metinlerde ebeveynlerin ve devletin yükümlülüklerine yer verilmiş, velayet sadece hak olarak değil, bir hak-yükümlülük olarak görülmüştür[180].

C. Velayetin Hukuki Niteliği

Velayetin hukuki niteliği ile ilgili tartışmalar, velayetin anne baba açısından bir hak olarak değerlendirip değerlendirilmeyeceği, hak olarak değerlendirilir ise hakkın

---

18 Ocak 2001 tarihli 4620 sayılı Kanun'un 1 Şubat 2001 tarihli 24305 sayılı RG'de yayımlanması ile kabul edilmiştir.

1996 tarihli *ÇKKİAS* özellikle çocuğun görüşünün alınması ve yargı mercileri önündeki temsili açısından usule ilişkin kurallar koyması sebepleri ile önem arz etmektedir. Nitekim sözleşmenin 1. maddesinde açıkça, sözleşme ile velayete ilişkin davalarda çocukların bilgilendirilmesi ve çocukların davaya katılımlarının sağlanmasının amaçlandığı belirtilmektedir.

176 2003 tarihli *ÇKİKDAS* 15 Mayıs 2003 tarihinde Strazburg şehrinde imzaya açılmış, Türkiye tarafından sözleşme 15 Temmuz 2003 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşmenin onaylanmasının uygunluğu 9 Kasım 2010 tarihli 6066 sayılı kanun ile sağlanmış, Dışişleri Bakanlığı'nın 6 Eylül 2011 tarihli HUMŞ/6855756 sayılı yazısı üzerine Bakanlar Kurulu'nca 14 Ekim 2011 tarihinde onaylanarak, 17 Kasım 2011 tarihli 28115 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

Sözleşmenin başlangıç kısmında, BMÇHDS'ne ve *AİHS'ne* atıfta bulunulması uluslararası sözleşmelerin bir bütün halinde değerlendirildiğini ve uluslararası yeknesaklığın amaçlandığını göstermektedir. Çalışmamız açısından sözleşme bir bütün halinde önem arz etmektedir. Şöyle ki, sözleşme, velayet kendisine tanınmamış ebeveyn ile kişisel ilişki kurulması hakkındaki kuralları düzenlemekte, kişisel ilişkinin ancak çocuğun üstün yararı ile sınırlandırılabileceğini, devletin, çocuk ile kişisel ilişki kurulma hakkı olan tarafların bu haklarını kullanabilmelerini temin etme yükümlülüğünün bulunduğunu açıklamaktadır.

177 Yargıtay kararlarında da özellikle çocuğun üstün yararı ve dinlenilmesi, çocukla kişisel ilişki kurulması konularında BMÇHDS'ye ve *ÇKİKDAS'a* atıf yapılmaktadır. *Yargıtay 2. HD'nin 25.09.2012 tarihli 2012/2698 E.2012/22458 K. sayılı kararı* bu duruma örnek gösterilebilir. Kararda *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi*'nin 9. maddesine ve *Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi*'nin 4. maddesine atıfta bulunulmuş, anne ve/veya babadan ayrılan çocuğun, üstün yararı aksini gerektirmiyorsa, ebeveynleri ile düzenli olarak görüşmesinin onun hakkı olduğu belirtilmiştir. Karar için bkz. YKD, C. 38. S. 12, Aralık 2012, s. 2352 vd.

178 Sevgi Usta, s. 2.

179 Ali Naim İnan, Kitap, s. 124.

180 Bunun sonucu olarak, modern hukuk sistemlerinde velayet, kamusal niteliği olan ve denetlenmesi gereken bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Sevgi Usta, s. 2-3.

kapsamının neler olacağı, anne baba açısından bir yetki mi yoksa bir yükümlülük mü olduğu noktalarındadır.

Velayet, tarihsel süreç içerisinde ilk önce çocuk üzerindeki egemenlik hakkı olarak görülmüştür[181] ve eşya üzerindeki mülkiyet hakkında benzetilmiştir[182]. Velayetin hak olduğu görüşünü savunan yazarlar[183], çocuğun gelişimi açısından en doğrusunu anne ve babanın düşüneceğini savunur. Velayetin anne ve babaya ait bir hak olduğunun düşünülmesi, çocuk haklarının gelişimindeki ilk adımlardan ve günümüzde ağırlığını yitirmiş bir görüş olan, paternalizm temellidir[184]. Paternalizmde çocukların yetersizlikleri sebebi ile korunmaya muhtaç varlıklar olduğu ve anne babalarınca en iyi şekilde korunabilecekleri düşünülür. Bu sebeple onların çıkarları için gerekirse çocuklar kısıtlanabilir, özgürlüklerine müdahale edilebilir[185]. Öğretide bu görüş haklı olarak eleştirilmiş, velayet hakkı sahibinin çocuk üzerinde bu tarz bir hakimiyetinin söz konusu olmayacağı belirtilmiştir[186].

Öğretide velayetin, her ne kadar "velayet hakkı" olarak tabir edilse de esasında bir görev olduğu zira velayetten vazgeçilemeyeceği belirten bir görüş[187] de mevcuttur. Velayetin sadece görev olarak nitelendirilmesi şu yönden eleştirilmiştir: Velayet sadece görev olarak nitelendirilir ise, velayetin sona ermesi durumunda, görev de sona

---

181 Velayetin hukuki niteliği ile ilgili görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge Öztan, Kitap, s. 1076; Ali Naim İnan, "Medeni Hukukta Velayet, Vesayet ve Kayyumluk", Çocuk Hukuku ve Çocuk Yargılanması Hukuku Semineri, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 69, S. 1-2-3, İstanbul, 1995, s. 73, (Seminer); Emine Akyüz, Kitap, s. 222.

182 Andreas von Tuhr, **Der allegemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, in Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft,** Abteilung, 1. Teil I. Band, Leipzig 1910, s. 145.

183 Şakir Berki, **Türk Medeni Kanunu'nda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü**, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1970, s. 6, (Kitap); Bülent Köprülü / Selim Kaneti, s. 248.

184 Selma Çetiner, "Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 19, 2017, s. 34, (Armağan).

185 Bob Franklin, s. 40. Paternalizm çalışmamızın 1. Bölüm I-B-5. kısmında "On Dokuzuncu "Yüzyıldan Günümüze Uluslararası Hukuktaki Gelişmeler" başlığında açıklanmıştır.

186 Rona Serozan, Çocuk, s. 253. Velayetin sınırsız bir egemen hakkı olarak tanımlanması Roma Hukuku'ndaki *Pater Familias*'ın sınırsız yetkilerine sahip olmasına benzerlik taşıyacaktır. Oysa günümüz modern hukuk sistemlerindeki velayet anlayışı, Roma Hukuku'ndaki anlamından çok uzak, çocuğun ergin oluncaya kadar, anne babaya yüklenen sorumlulukların da dahil olduğu bir konumdadır. Eleştiriler için bkz. Hilal Karaca, s. 28.

187 Şakir Berki, Kitap, s. 5; Hatemi'ye göre, velayet aile hukukunun görevidir ve çocuğun üstün yararı neticesinde anne babanın sorumluluğunu ifade eder. Tanım için bkz. Hüseyin Hatemi**, Aile Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, 8. Bası, İstanbul, 2020, s. 182.

erecek ve anne ve babanın çocuğa dair herhangi bir sorumluğu kalmayacaktır. Oysa TMK'nın 182. maddesi velayet kendisine bırakılmayan tarafın nafaka yükümlülüğünü düzenlemektedir[188]. Nitekim velayetin sadece görev olarak görülmesi, anne baba ve çocuk arasındaki duygusal ilişkiyi yok sayacaktır[189]. Çocuğun sağlıklı gelişimi için anne ve babasına ihtiyacı vardır. Aynı şekilde anne ve baba da çocuk ile olan ilişkisinde duygusal tatmine ihtiyaç duyarlar. Bu sebeple velayetin tek tarafa bırakıldığı hallerde velayete sahip olmayan tarafın TMK'nın 323. maddesi gereğince çocuk ile ilişki kurulmasını talep hakkı mevcuttur[190]. Tarafların duygusal tatmini çocuk ile kişisel ilişki kurulmasında önem arz eder[191].

Velayeti hak veya görev olarak gören bakış açısı, ulusal ve uluslararası düzeyde gerçekleşen gelişmeler ışığında değişmiş, velayet, yükümlülükler içeren hatta yükümlülüklerle iç içe geçmiş bir hak olarak görülmeye başlanmıştır[192]. Her ne kadar kanunda "velayet hakkı" ifadesi kullanılsa da[193], bu hakkın çocuğun üstün yararı ve devlet koruması ile sınırlı bir hak olduğu ileri sürülmüştür[194]. Tüm bu gelişmeler neticesinde günümüzde öğretideki ağırlıktaki görüş[195], anne babaya tanınan velayet

---

188 Çocuklar yönünden nafakaya hükmedilmesi ile ilgili düzenleme TMK'nın 182. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu hüküm gereğince velayet kendisine bırakılmayan eşin, çocuğun özellikle sağlık, eğitim, bakım gibi giderlerine katılma yükümlülüğü mevcuttur. Bu yükümlülüğün katılımındaki miktar tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre, hâkimin takdir yetkisi dahilinde belirlenecektir.

189 Selma Çetiner, Armağan, s. 39-40.

190 Çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını düzenleyen TMK'nın 323. maddesi şu şekildedir: "*Ana ve babadan her biri, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir*."

191 Yargıtay uygulamasında da kişisel ilişki kurulan taraf ile çocuk arasında duygusal ilişkinin yeterli seviyede kurulmasına dikkat edildiği görülmektedir. *Yargıtay 2. HD 13.02.2017 T. 2015/22420 E, 2017/1340K. sayılı kararı*nda, geçici olarak velayetin anneye verildiği davada babalık duygusunun tatminini yeterli seviyede sağlamayan kişisel ilişki süresini bozma sebebi saymıştır. karar için bkz. Canan Ruhi/ Ahmet Cemal Ruhi, s. 495.

192 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, s. 370 vd. Yazara göre velayet sahibinin hakları, ad koyma hakkı, temsil yetkisi ve tedip hakkı iken; velayet sahibinin görevleri, yetiştirme ve terbiye etmektir. Konu ile ilgili ayrıca bkz. Rona Serozan, Çocuk, s. 250; Ömer Uğur Gençcan, **Öğreti ve Uygulamada Boşanma, Tazminat, Nafaka, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar ve İlgili Mevzuat**, C. 1, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 219-220.

193 TMK'nın 326. maddesinin son fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: *"Çocuk ile kişisel ilişkiye yönelik bir düzenleme yapılıncaya kadar, "velâyet hakkına" sahip veya çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında kişisel ilişki kurulamaz."*

194 Rona Serozan, Çocuk, s. 44. Serozan'a göre, velayetin hak özelliği hem nisbi hem de mutlak hak olarak değerlendirilir. Buna göre velayet, anne baba ve çocuklar arasındaki ilişki bakımından nisbi, ailenin üçüncü kişilere karşı korunması bakımından mutlak hak niteliğindedir. Rona Serozan, Çocuk, s. 251.

195 Bilge Öztan, Kitap, s. 1076; Rona Serozan, Çocuk, s. 250; Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 359; Selma Baktır Çetiner, Kitap, s. 37; Emine Akyüz, Armağan, s. 111 vd. ; Suat Sarı,

hakkının aynı zamanda birtakım görevler de yükleyen bir yüküm-hak (*Pflichtrecht*) olduğu şeklindedir.

Çocuğun üstün yararı ve kişiliğinin korunması ilkeleri ışığında İsviçre ve Almanya'da velayet hakkını ifade eden terimlerde değişikliğe gidilmiş, çocuğun gözetimine yönelik terimlere yer verilmiştir[196]. BMÇHDS'nin 3 ve 14. maddelerinde de ana ve babanın "hak ve ödevlerinden" bahsedilmektedir. Yargı kararlarında[197] da velayetin hem hak hem de yükümlülüklerine değinildiği görülmektedir.

II. TÜRK HUKUKUNDA VELAYETİN ANAYASAL DAYANAKLARI

Velayet hukuku açısından Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10, 12, 17, 41 ve 90. maddeleri önem arz etmekte olup bu başlıkta her bir maddenin velayetin kapsamına etkisi değerlendirilecektir.

Anayasanın "*Kanun Önünde Eşitlik*" başlıklı 10. maddesi[198], bireylerin sahip oldukları etnik, dini, siyasi, felsefi vb. özellikler açısından ayrımcılık yapılmayacağını

"Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması", **LHD** C. 5, S. 49, 2007, s. 86; İlknur Serdar, s. 165; Hilal Karaca, s. 23; Hüseyin Hatemi, s. 182; Cengiz Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004, s. 185; Sera Reyhani Yüksel, s. 24; Canan Yılmaz, Velayet, s. 24.

196 Velayet, Alman ve İsviçre Medeni Kanunu'nda "*Elterliche Sorge* (ebeveyn bakımı)" olarak geçmektedir. Kollamak, gözetmek anlamının ağır bastığı bu kavramdan önce, otorite kavramının ağır bastığı "*Elterliche Gewalt* (ebeveyn hakimiyeti) olarak düzenlenmişti. Fulya Erlüle, Kitap, s. 28.

197 Anayasa Mahkemesi'nin 08.12.2011 tarihli 2010/119 E. 2011/165 K. sayılı kararında açıkça *"Önceleri ana babanın çocukları üzerindeki hâkimiyet hakkı olarak görülen velâyet, günümüzde hem yükümlülük hem de bir hak olarak anlaşılmaktadır."* ibaresine yer verilmiştir. Karar için bkz. 14 Şubat 2012 T. 28204 sayılı RG.

YHGK'nın 14.06.2017 T. 2017/1887 E. 2017/1196 K. sayılı kararı da şu şekildedir: "*Türk Medeni Kanunu (TMK) uyarınca velayet çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar. Aynı zamanda ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri de içerir*."; YHGK'nın 01.04.2015 T., E. 2013/1926, K. 2015/1139 sayılı kararı da şu şekildedir: "*4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca velayet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar. Velayet, aynı zamanda ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri de içerir. Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocukların şahıslarına bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda sağlayacağı eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlak sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır. Öte yandan, ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Eş söyleyişle, velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır*." Aynı yöndeki karar için bkz. YHGK 17.01.2019 T, E. 2017/2066, K. 2019/15 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bankası)

198 "*X. Kanun önünde eşitlik*

(ayrım gözetme yasağı- *Diskriminierungsverbot*), kişilerin eşit olduklarını düzenlemiştir. Kanun maddesinde "herkes" ibaresinin yer almasının doğal bir sonucu olarak; eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının çocukları da kapsadığı kabul edilmelidir[199]. Ayrımcılık yasağının çocuklar açısından yansıması; bu yasağın sadece çocuklar ile yetişkinler arasında değil, çocuklar ile diğer çocuklar arasında da geçerli olması şeklinde karşımıza çıkar[200].

Anayasa'nın 10. maddesi[201], 5170 ve 5982 sayılı kanunlar ile değişikliğe uğramıştır[202]. 07.05.2004 T. 5170 sayılı kanun[203] ile 10. maddeye eklenen fıkrada, kadın ve erkeğin Anayasal düzeyde eşitliği düzenlenmiştir[204]. Eşitlik ilkesi, aile

---

Madde 10 – Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

199 Sevgi Usta, s. 5.

200 Geraldine Van Bueren, s. 38.

201 Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, Federal Alman Anayasası'nın 3. maddesinde; İsviçre Federal Anayasası'nın 8. maddesinde düzenlenmiştir. Federal Alman Anayasasının 3. maddesi, tüm insanların yasa önünde eşit olduğunu belirttikten sonra, ikinci fıkrasında kadın erkek eşitliğini, bu yönde devletin dezavantajları giderme yükümlülüğünü ve son fıkrada kimsenin cinsiyeti, soyu, ırkı, dini, siyasi düşüncesi sebebi ile ayrımcılığa tabi tutulamayacağını; özür ve sakatlığından dolayı mağdur edilmeyeceğini düzenler. İsviçre Federal Anayasası'nın 8. maddesi, ilk fıkrasında herkesin kanun önünde eşit olduğunu; ikinci fıkrasında kimsenin özellikle kökeni, ırkı, cinsiyeti, yaşı, dili sosyal durumu, yaşam biçimi, dini, ideolojik, politik düşünceleri sebebi ile veya fiziksel, zihinsel veya psikolojik engellilik sebebi ile ayrımcılığa tutulamayacağını; üçüncü fıkrasında kadın erkek eşitliği ve ayrımcılık yasağını; son fıkrasında ise engelli vatandaşlara yönelik eşitsizliğin giderilmesi amacıyla kanunun gereli önlemleri alacağı düzenlenmiştir.

202 10. maddenin 4. fıkrası 09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı kanun gereğince "*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*." şeklinde değiştirilmiş ise de Anayasa Mahkemesi'nin 05.06.2008 T. ve 2008/16 E., 2008/116 K. sayılı kararı gereğince, değişiklik iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kararı 22.10.2008 tarihinde RG'de yayımlanmıştır.

203 22.05.2004 tarihli, 25469 sayılı Resmî Gazete.

204 5170 sayılı kanunun 1. maddesinin yasama süreci incelendiğinde, madde teklifinin gerekçesinde; 2003 Katılım Ortaklığı Belgesi'ne atıfta bulunulmuş ve devletten, taraf olduğu uluslararası sözleşmeler gereği, cinsiyet ayrımı yapılmaksızın, insan hakları ve temel özgürlüklerin bireyler arasında eşitliği sağlamasının beklendiği belirtilmiştir. Gerekçeli Anayasa ve yasama süreci ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz. Yunus Emre Yılmazoğlu/İsmail Emrah Perdecioğlu, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019, s.40.

hukukunu bütünüyle etkilemektedir[205]. Kanaatimizce bu maddedeki değişikliğin velayet hukuku açısından önemi şudur: Anayasanın 41. maddesinde ifade edilen aile içindeki eşler arasındaki eşitlik ile, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen genel eşitlik maddesi birlikte değerlendirilmeli, evlilik birliğinin bulunmadığı hallerde de kadın-erkek eşitliği kabul edilmelidir.

Anayasanın 10. maddesindeki diğer değişiklikler 07.05.2010 T ve 5982 sayılı kanun[206] ile gerçekleştirilmiştir. Söz konusu eklemelerde çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğinin belirtilmesi, pozitif ayrımcılık ilkesinin anayasal zeminini oluşturmaktadır[207].

Anayasa, kamu hukuku kişilerinin eşit davranma yükümlülüğü olan dikey etkinin yanında özel hukuk kişileri arasında da eşitlik ilkesinin uygulanacağını ifade eden yatay etkiyi de kabul etmektedir[208]. Bu bağlamda velayet kavramında eşitlik ilkesinin uygulanması, hem anne baba arasında çocuk üzerinde hak ve yükümlülükler açısından, hem de çocuk ile ebeveynleri ve diğer çocuklar arasında çocuğun sahip olduğu haklar açısından önem arz etmektedir[209].

Temel hak ve hürriyetleri düzenleyen Anayasa'nın 12. maddesinde[210] ve kişilerin maddi ve manevi varlığının korunmasını düzenleyen Anayasa'nın 17. maddesinde[211] "herkes" ibaresine yer verilmesi dikkat çekmektedir. Bu bağlamda,

---

205 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 3.

206 13.05.2010 T. ve 27580 sayılı R. G.

207 Devrim Ulucan, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", **DEÜHFD**, C.: 15, Özel S., İzmir, 2013, s. 372; Hacı Can/ Ekin Tuna/ Nehir Tuna, s. 28.

208 Devrim Ulucan, s. 372.

209 Öğretide Kaboğlu, 10. maddenin sonuna şu şekilde bir ekleme yapılasının çocuğun korunmasına katkıda bulunacağını savunmaktadır: "*Bu yükümlülüğü, söylem, işlem ve eylemleriyle ihlal eden kamu görevlileri, meslekten çıkarılır.*". İbrahim Ö. Kaboğlu, **Çocuklar ve Anayasa**, İstanbul 2018, s. 92.

210 "*I. Temel hak ve hürriyetlerin niteliği*

Madde 12 – Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder."

211 "*I. Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*

Madde 17 – Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

tıpkı eşitlik ilkesinde olduğu gibi, 12. ve 17. maddede de çocuklar bakımından bu yönde bir ayrım yapılmadığı ve çocukların da temel haklarının bu kapsamda korunduğu aşikardır.

Anayasa'nın 41. maddesinde[212], "*Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları"* başlığında yer alan "*ana babalık hakkı*" velayet kavramının Anayasal kaynağıdır[213]. Bu madde "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler"* ana başlığı altında devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle anne ve çocuğun korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağını belirtir[214]. 2001 yılındaki 4709 sayılı kanun ile gerçekleştirilen Anayasa değişikliği[215], kocanın evlilik birliği içindeki üstünlüğünü sona erdirmiştir. Söz konusu değişiklik ile maddeye "*ev eşler arasında eşitliğe dayanır*" ibaresi eklenmiştir. Madde gerekçesi incelendiğinde, değişikliğin kadın-erkek eşitliğini sağlama amacı taşıdığı görülmektedir. 4721 sayılı TMK'nın[216] "aile reisi" kavramını sona erdirmesi[217] ile Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerinde

---

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır."

212 "*I. Ailenin korunması ve çocuk hakları*

Madde 41 – Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."

213 Rona Serozan, Çocuk, s. 43; Hacı Can/ Ekin Tuna/ Nehir Tuna, s. 26.

214 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 2.

Ailenin korunması Federal Alman Anayasasının 6. maddesinde; İsviçre Federal Anayasası'nın 14. maddesinde düzenlenmiştir. Federal Alman Anayasası'nın 6 maddesi evlilik ve ailenin devlet düzeninin özel koruması altında olduğunu, çocukların bakım ve eğitiminin anne ve baba açısından hem hak hem de yükümlülük arz ettiğini belirtir.

İsviçre Federal Anayasası'nın 14. maddesi ailenin korunması bakımından detaylı bir düzenlemeye yer vermemiştir. Maddeye göre, evlenme ve aile kurma hakkı devlet tarafından garanti altına alınmıştır.

215 03.10.2001 tarih 4709 sayılı kanun, 17.10.2001 T. 24556 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

216 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, 08.12.2001 T. 24607 sayılı RG'de yayımlanmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 1029. maddesi gereğince, kanun, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

217 743 Sayılı EMK'nın 152/1 hükmünde geçen "*Koca, birliğin reisidir.*" kuralına 4721 sayılı TMK'da yer verilmemiş, bunun yerine TMK'nın 186. maddesinde eşlerin evlilik birliğini beraberce yöneteceklerine yer verilerek kadın erkek eşitliğinin aile içinde esas teşkil etmesi sağlanmıştır.

gerçekleştirilen değişiklikler birlikte değerlendirildiğinde, aile birliği içinde ve sona erdikten sonra, kadın ile erkek eşitliğinin hukuk düzeninde sağlamlaştırıldığı aşikardır.

Anayasanın 41. maddesi en son 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı kanun[218] ile köklü bir değişikliğe uğramıştır. Öncelikle, madde başlığına "çocuk hakları" ibaresi eklenmiş, bunun yanı sıra "*çocuğun yüksek yararı*" ve "*çocuğun anne ve babası ile kişisel ilişki kurması*" kavramlarına yer verilmiş ve çocuğun istismar ve şiddete karşı devlet güvencesi altında olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu değişiklikler ile Türk hukukunun, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uyumunun gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır[219].

Anayasa Mahkemesi'nin soyut/ somut norm denetimi yetkisi ile insan haklarına saygılı bir Medeni Kanun'un yolu açılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar ile evlilik birliği içinde doğmuş çocuk ile evlilik birliği dışında doğan çocuk arasındaki ayrımcılığın miras hukuku açısından giderilmesini sağlamıştır[220]. Evlilik birliği dışında doğmuş çocuğun velayetinin münhasıran anneye ait olmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiası ise Anayasa Mahkemesi'nce kabul görmemiştir[221].

---

218 5982 sayılı kanun 13.05.2010 T. 27580 sayılı RG'de yayımlanmış ve yayım tarihinde yürürlüğe girmiştir.

219 Öğretide *Kaboğlu*, Anayasa'nın 41. maddesine, çocuk haklarını savunan sivil toplum örgütlerinin temsilcilerinden oluşturulacak özerk ve uzman denetim biriminin kurulması yönünde bir hüküm eklenmesini ve bu şekilde resmi makam ve kişilerin çocuk istismarına yok açacak davranışlarının Anayasal düzeydeki bir koruma ile engellemesinin sağlanmasını tavsiye etmiştir. İbrahim Ö. Kaboğlu, s. 96.

220 Anayasa Mahkeme'sinin 11.09.1987 tarihli 1987/1 E. 1987/18 K . sayılı kararının yer aldığı 29.03 1988 tarihli 19769 sayılı Resmî Gazete için bkz. https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19769.pdf (E.T.: 26.12.2023).

221 Anayasa mahkemesi eşitlik ilkesini eylemsel değil hukuksal olarak ele almış ve aynı konumda olan kişilere aynı hukuk kurallarının uygulandığını belirtmiştir. Karara göre "*Evlilik birliğinin devamı ile evlilik birliğinin sona ermesi ve evlilik dışı çocuk sahibi olunması hallerinde, velâyet hakkının kullanılması konusunda farklı düzenlemeler öngörülmesinde, bu hakka sahip olan veliler aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından aralarında eşitlik karşılaştırması yapılamaz."* Anayasa Mahkemesi'nin 13.11.2008 tarihli 2005/53 E. 2008/161 K. sayılı kararı için bkz. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2008-161-nrm.pdf (E.T.: 26.12.2023).

Kanaatimizce evlilik birliği dışında doğmuş çocuğun babası ile soybağının kurulması sonrasında evlilik birliği içinde doğmuş- doğmamış çocuk arasında hukuken de bir farklılık kalmamaktadır. Zira her iki durumda da baba ile kurulmuş bir soybağı mevcuttur. Anayasa Mahkemesi TMK'nın 337. maddesinin 1. fıkrasını anne ve baba yönünden değerlendirmişse de çocuk yönünden değerlendirme yapılması daha yerinde olacaktır. Velayetin TMK'nın sistematiğinde hısımlık kısmında yer alması da bu savımızı destekler niteliktedir.

Yukarıda belirtilen değişikliklerin yanı sıra, çalışmamız açısından yüksek oranda önem arz eden ve esasında birlikte velayet kavramının evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da Türk yargı sisteminde uygulanmasına vesile olan hüküm Anayasa'nın 90. maddesidir[222].

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90/5 hükmünde 2004 yılındaki değişikliğe kadar, usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe giren uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olacağı ve kabul edilen hükümlerin iptal davası veya itiraz yolu ile Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamayacağı belirtilmiştir[223].

Anayasa'da geçen uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde sayılması ifadesi, o dönemde söz konusu hükümlerin kanun hiyerarşisindeki yerini tartışmaya açmıştır. Buna göre, bir kısım yazarlar[224], uluslararası antlaşmaların kanun ile aynı seviyede

---

222 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi şu şekildedir:

"Madde 90 – Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004- 5170/7 md.) 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."

223 Rona Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", **TBBD,** S. 70, 2007, s. 188, (Anayasa).

2001 yılındaki Anayasa değişikliği çalışmaları sırasında, daha sonra 2004 yılında kabul edilecek olan "*Kanunlar ile milletler arası antlaşmaların çatışması halinde milletlerarası antlaşmaların uygulanması kuralı"* ile kanun teklifinde bulunulmuşsa da teklif genel kurulda reddedilmiştir. Rona Aybay, Anayasa, s. 193-194, dn. 16-18.

224 Rona Aybay, Anayasa, s. 198; Faruk Bilir, "Anayasa'nın 90. maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", **SÜHFD**, C. 13, S. 1, Y. 2005, s. 79 vd; Kemal Başlar, "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine", **Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, MHB**, Özel Sayı, İstanbul, 2004, s. 295 vd. ; Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası'na göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul 2001, s. 473; Hüseyin

olduğunu savunurken, diğer görüşteki yazarlar ise, Anayasa'ya aykırılığın iddia edilememesi sebebi ile kanunların üstünde[225], Anayasa ile eşit seviyede[226] veya Anayasa'nın üstünde[227] olduklarını ifade etmişlerdir. İlk görüşteki yazarlara göre, çatışma halinde çözüm, iç hukuk kurallarındaki kanun çatışmasındaki çözüm ile aynı olacaktır. Uluslararası antlaşmalar ile iç hukuk kuralları arasında çatışma olması durumunda ikinci görüşteki yazarlar bakımından ileri sürülen çözüm ise uluslararası anlaşmaların uygulanması yönündedir[228].

2004 yılında, 5170 sayılı kanun ile Anayasa'nın 90. maddesine son bir cümle eklenmiştir[229]. "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*" hükmü, temel hak ve özgürlükler bakımından uluslararası antlaşmaların üstünlüğünü kabul ederken, hangi antlaşmaların temel hak ve özgürlüklere dair olacağı ve temel hakların sınırının nerede çizileceği sorusunu gündeme getirmiştir[230]. Yine de

---

Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, Ankara, 2003, s. 31; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 1992, s. 355.

225 Mümtaz Soysal, "Anayasa'ya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", **AYD,** S. 3, Ankara, 1987, s. 15-17.

226 Edip Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", **İHİD,** S. 1-3, 1988, s. 52.

227 Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı**, İnsan Hakları Derneği Yayınları, 25. Yıl, C. 9, Ankara, 1987, s. 3.

228 Derya Belgin, "Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **ABD** Y. 66, S. 4, Güz 2008, s. 110.

229 22.05.2004 tarihli 25469 sayılı RG.

230 Örneğin mülkiyet hakkının temel hak olarak kabul edildiği durumda, temel hak ve özgürlük terimi son derece genişletilmiş olacaktır. Eleştiriler için bkz. Rona Aybay, Anayasa, s. 202; Derya Belgin, s. 111.

Madde metninde, iç hukukta daha lehe olan bir düzenleme bulunması durumunda hangi hükmün uygulanacağı veya Anayasa ile uluslararası antlaşma metninin çatışması halinde nasıl bir çözüm bulunacağının çözümü yoktur. Madde ile ilgili eleştiriler için bkz. Derya Belgin, s. 113.

Aybay'a göre, sadece denetim mekanizması olan uluslararası antlaşmalar, örneğin AİHS kanunun üzerinde kabul edilmelidir. Yazara göre, kanunun üzerinde sayılmasının hukuki gerekçesi Anayasa'nın 90. maddesi değil, uluslararası mahkeme denetlemesinin mevcut olmasıdır. Rona Aybay, Anayasa, s. 211.

Öğretide bir diğer görüş ise, AİHS'i sadece denetim mekanizmasının olmasının onu kanunun üstünde tutmayacağını, temel hak ve özgürlüklere yönelik tüm sözleşmelerin kanun hükmünde kabul edilmesi gerektiğini, Anayasa'nın 90. maddesinin son cümlesinin kanun hiyerarşisi yaratmadığını, *özel bir norm çatışma kuralı* oluşturduğunu ifade etmektedir. Bu bağlamda, AİHS'nin maddeleri ile Türk hukukundaki kanun hükümlerinin çatışması halinde, kanun hükümleri mülga olmayacak, ancak hâkim tarafından kanun hükümlerinin uygulanması ihmal edilerek, uluslararası sözleşme hükümleri göz

Anayasa'nın 90. maddesi gereğince, usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası metinlerin iç hukukun bir parçası sayılması, çocuk hakları bakımından Anayasa ve TMK'da değişiklikler yapılması hususunda kanun koyucu üzerinde baskı yaratmıştır. Ayrıca çalışmamızın konusu olan birlikte velayet kavramının evlilik birliğinin sona erdiği hallerde uygulanabilir olmasında da rol oynamaktadır.

III. TÜRK MEDENİ KANUNU'NDAKİ GELİŞMELER

1926 yılında İsvMK'dan uyarlanan 743 sayılı Eski Medeni Kanun (EMK), çağdaş bir medeni hukuk sisteminin Türkiye'ye taşınmasını amaçlamıştır. Bu bağlamda, tek eşlilik kabul edilmiş; boşanma usulleri belirlenmiş, mahkeme dışı boşanma reddedilmiş; vesayet kavramı düzenlenmiş ve devlet denetimine tabi tutulmuş; velayet, evlilik, eşlerin kendi aralarındaki ilişkinin düzenlenmesi gibi hususlarda yargı denetimi kanuna aksedilmiştir[231].

2002 yılına kadar yürürlükte kalan EMK, zaman içerisinde değişikliklere uğramıştır. Bu değişikliklerin en önemlilerinden biri, tarafların anlaşmalı olarak boşanabilmelerinin Türk hukukuna 1988 yılında dahil olmasıdır[232]. Uygulamadaki tabiri ile "*anlaşmalı boşanma*", evlilik birliğinin sona ermesinin sair sonuçları hakkında tarafların iradelerini ortaya koymaları açısından önemlidir. Bu bağlamda anlaşmalı boşanmanın Medeni Kanun'da yer alması, kanun koyucunun da taraf iradelerine saygı duyduğunu göstermektedir. Yine de burada tam bir irade serbestisi mevcut değildir. TMK'nın 166/3 hükmü gereğince hâkimin boşanmanın mali sonuçları ve çocuk üzerinde takdir yetkisi vardır. Hâkim, çocuğun üstün yararını esas alarak, çocuk hakkında anne ve babanın ortaya koydukları ortak iradeleri üzerinde

önünde bulundurulacaktır. Görüş için bkz. Ozan Ergül, "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlararası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir", **Yıldırım Uler'e Armağan**, Lefkoşa, 2014, s. 83.

231 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 8-9. Özellikle tek eşliliğin kabulü, boşanma davası açma hakkında kadın erkek ayrımının kaldırılması, evlilik yaş sınırının getirilmesi, temsil yolu ile evliliğin yasaklanması, çocuğun velisi olma sıfatının anneye de tanınması, evlilik birliği içinde eşitlik prensibinin kabulü çağdaş uygarlık adımlarından sayılmalıdır. Ebru Ceylan, **Türk ve İsviçre Hukukunda Velayet Hakkı ve Hukuki Sonuçları**, Leges Yayınları, İstanbul, 2019, s. 38.

232 Anlaşmalı boşanma, 4 Mayıs 1988 T. 3444 sayılı kanunun 12 Mayıs 1988 T. 19812 sayılı RG'de yayımlanması ile yürürlüğe girmiştir.

değişiklik yapabilir. Anlaşmalı boşanmanın gerçekleşmesi, ancak hâkimin yaptığı değişikliğin taraflarca da kabulü halinde mümkün olabilecektir[233].

Kanaatimizce, kanun koyucunun taraf iradelerini ön planda tutma çabası, evlilik birliği olmadığı hallerde birlikte velayetin uygulanabilirliği yönünde atılan adım olarak kabul edilmelidir. Her ne kadar anlaşmalı boşanmanın Türk hukukuna dahil edilmesi birlikte velayetin uygulanması için tek başına yeterli olmasa da kanun koyucunun, taraf iradelerini ön planda tutma çabasını ortaya koymaktadır. Ortak iradelerini ortaya koyabilen tarafların, evlilik birliğinin bulunmadığı hallerde de iş birliği içinde olacakları kuvvetli bir ihtimaldir. Bu halde hâkim, çocuğun üstün yararı aksini gerektirmiyorsa velayet bakımından da taraf iradelerini önemseyecektir.

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK'da çocuğun soybağının nasıl kurulduğuna bakılmaksızın eşitlik ilkesi benimsenmiş[234], sahih nesep- sahih olmayan nesep ayrımını kaldırmıştır. Şüphesiz ki, TMK'da bu ayrımın kaldırılmasında Anayasa Mahkemesi'nin almış olduğu kararların[235] ve Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası antlaşmaların ve özellikle BMÇHDS'nin katkısı büyüktür. TMK'da eşitlik ilkesinin benimsenmesi, kanun koyucunun bakış açısının soybağı nasıl kurulursa kurulsun çocuklar arasında ayrım yapılmamasına önem verdiğini göstermektedir.

TMK yenilikçi yapısı ile pek çok değişiklik barındırsa da evlilik birliğinin sona ermesi durumunda birlikte velayetin düzenlenmemesi, çocuğun malları bakımından anne ve babanın yetkilerinin çok geniş olması, yapay döllenmede yönetmeliğe[236] aykırı olarak dünyaya gelen çocuğun nasıl korunacağına dair kanunun çözümsüz

---

233 Evlilik birliğinin tarafların ortak iradesi ve hâkim kararı ile sona ermesini sağlayan anlaşmalı boşanma ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 122 vd.

234 Ebru Ceylan, s. 42.

235 Eski Medeni Kanun'un 310. maddesinin 2. fıkrasındaki "*Münasebeti cinsiye zamanında müddeialeyh evli ise, hâkim babalığa hükmedemez*." hükmü Anayasa Mahkemesi'nin 21.5.1981 T., 1980/29 E. ve 1981/21 K. sayılı kararı ile (18.8.1981 tarihli, 17432 sayılı RG'de yayımlanmıştır); EMK'nın 292. maddesindeki evli erkeklerin zinasından doğan çocukların tanınamayacağına ilişkin hüküm Anayasa Mahkemesinin 28.2.1991 T., 1990/15 E. 1991/5 K. sayılı kararı ile (27.3.1992 T., 21184 sayılı RG'de yayımlanmıştır); EMK'nın 443. maddesindeki evlilik birliği dışında doğan çocuğun miras hakkının yarım pay olmasına ilişkin hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 11.09.1987 T. 1987/1 E. 1987/18 K. sayılı kararı ile (29.03.1988 T. 19769 sayılı RG'de yayımlanmıştır) iptal edilmiştir. Tüm bu iptal kararları eşitlik ilkesinin bir yansıması olarak kabul edilmelidir.

236 *Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği* için bkz. 19.01.1996 T.22822 sayılı RG.

kalması, çocuğa din ve inanç özgürlüğü tanınmaması sebepleri ile öğretide haklı olarak eleştirilmektedir[237].

Tüm bu gelişmeler bütün olarak değerlendirildiğinde çıkarılacak sonuç şudur: Kanun koyucu 1926'dan günümüze çağdaş hukuk sistemlerini Türk toplumunun yapısına uygun düşecek şekilde uyarlamaya çalışmaktadır. Bu bağlamda eşitlik ve çocuğun üstün yararı ilkelerinin ön planda tutulduğu, çocuğun korunduğu bir düzenin oluşturulması çabası göze çarpmaktadır. Birlikte velayetin evlilik birliği dışında da uygulanması, kanun koyucunun bu yenilikçi bakış açısına da uygun düşecektir. Nitekim uluslararası antlaşmaların Türk hukukuna etkisi neticesinde, Medeni Kanun'da bir düzenleme olmasa dahi, birlikte velayetin uygulanması ile ilgili yargı kararları da verilmeye başlanmıştır. Bu halde kanun koyucunun yapması gereken, birlikte velayet ile ilgili ayrıntılı bir düzenleme yaparak yargı içtihatlarının yeknesaklaşmasını sağlamaktır.

IV. VELAYETİN TARAFLARI ve VELAYET ÇEŞİTLERİ

A. Velayet İlişkisinin Tarafları

1) Çocuk

TMK, ZGB ve BGB'de çocuğa dair özel bir tanım bulunmamaktadır[238]. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) 3. maddesinde çocuk, "*daha önce ergin kılınmış olsa dahi, on sekiz yaşını doldurmamış kişi*" ifadesi ile tanımlanmaktadır[239].

---

237 Emine Akyüz, Kitap, s. 35; Sera Reyhani Yüksel, s. 43.

238 İsmail Dede, **Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2019, s. 12.

239 BMÇHDS ise çocuğu, taraf devletlerin aksine bir düzenleme yapmadığı sürece, on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlamıştır. Taraf devletler kültürel dinamiklerine göre daha erken yaşta ergin kılınmayı düzenleyebilecekleri gibi, daha geç yaşta erginliği de kabul edebilirler. Daha geç yaşta ergin kılınma söz konusu olsa dahi, çocuğun on sekiz yaşını doldurması ile BMÇHDS kapsamında korunduğu kabul edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Feriha Bilge Tanrıbilir, **Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları,** Ankara, 2011, s. 51-53.

On sekiz yaşından önce ergin kılınan çocuğun BMÇHDS'de yer alan temel ilkelerden yararlanıp yararlanamayacağı kanun koyucunun amacına göre değerlendirilmelidir. Şöyle ki, kanun koyucu her ne kadar BMÇHDS ile on sekiz yaşından önce ergin kılınan çocuğun BMÇHDS korumasından yararlanamayacağını onaylamışsa da, aynı kanun koyucu ÇKK kapsamında daha önce ergin olsa dahi kişinin on sekiz yaşına kadar koruma altında olmasını çocuğun yararına bulmuştur. BMÇHDS'nin temel

TMK incelendiğinde yer yer "çocuk", yer yer "küçük" ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Oysa her küçük çocuk olarak kabul edilebilecekken, her çocuk küçük olmayabilir[240]. Küçük terimi TMK'nın kişiler hukuku ve aile hukuku kitabında, on sekiz yaşını doldurmamış kişilerin ehliyetlerine yönelik hükümlerde yer almaktadır[241]. Çalışmamız kapsamında, çocuğun ehliyetinden ziyade, anne ve babası ile olan ilişkisine odaklanılacaktır. Bu sebeple çalışmamızda çocuk terimine yer verilmiştir.

TMK'da çocuk kavramı, yaşamın bir evresini aktarmak ve küçüğü yetişkinlerden ayırmak veya anne baba ile soybağının ifade edilmesi amacıyla iki anlamda karşımıza çıkar[242]. Soybağı düzenlemelerinde kullanılan çocuk kavramında, çocuğun konumu sabittir. Tam ehliyetli olsa dahi soybağının kurulmasına bağlı olan sonuçlardan etkilenecektir[243]. Anne ve baba ile velayet ilişkisi kapsamında kullanılan çocuk kavramında ise hayatın bir evresine dikkat çekilmekte ve erginliğin kazanılması ile sona eren bu dönem ile ilgili hükümlere yer verilmektedir[244].

Velayette ana kural, TMK'nın 335. /1 hükmü gereğince, velayetin anne ve babası ile soybağı kurulmuş, henüz erginliğe ulaşamamış küçük açısından söz konusu olmasıdır[245]. Erginliğe ulaşılması ile, velayet kendiliğinden ve kanun gereğince sona erecektir[246]. Erginliğe ulaşma, 18 yaşının doldurulması, TMK'nın 11/2 hükmü gereğince küçüğün evlenmesi ya da TMK'nın 12. maddesi gereğince mahkemece ergin kılınma yolları ile mümkündür[247]. Bunun yanı sıra, öğretide çocuğun ehliyetinin

---

amacı da çocuğun korunmasıdır. Bu bağlamda, ÇKK kapsamındaki işler bakımından, BMÇHDS'nin temel ilkelerinin de uygulanabilir olması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail Dede, s. 10.

240 Hacı Can/ Ekin Tuna/ Nehir Tuna, **Çocuk Hukuku**, Nobel Yayınları, Ankara, 2019, s. 3.

241 "Küçük" ifadesinin kullanıldığı TMK hükümlerinin listesi için bkz. İsmail Dede, s. 12, 27 no.lu dipnot

242 Hacı Can/ Ekin Tuna/ Nehir Tuna, s. 3.

243 Tam ehliyetli çocuğun babası ile soybağının kurulması halinde babanın soyadını alması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Başak Başoğlu, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi" **İnÜHFD**, C. 8, S.1, 2017, s. 364 vd.

244 TMK'nın 335 vd hükümlerinde ergin olmayan çocuğun velayete tabi olması kuralı bu duruma örnek gösterilebilir.

245 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 409; Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 359.

246 Canan Yılmaz, Velayet, s. 31. TMK 335. maddesinin benzer hükmü İsvMK'nın 296/2 hükmünde düzenlenmiştir.

247 Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, B. 8, İstanbul, 2017, s. 53 vd.

genişlediği TMK'nın 359. maddesindeki hallerde de velayetin sonlandığının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür[248].

18 yaşını doldurduğu halde velayetin devam ettiği istisnai durum uzatılmış velayet olarak karşımıza çıkar. Ergin olmuş ve fakat daha sonra mahkemece kısıtlanmış ve kendisine vasi atanmasına gerek duyulmamış kişi bakımından[249], TMK'nın 335/2 ve 419/2 hükümleri gereğince velayet (uzatılmış velayet) hükümleri uygulanır[250]. Bu halde[251] vasi atanmamasındaki amaç, çocuğun haklarının en iyi anne ve babası tarafından yönetilecek olması düşüncesinin ağır basmasıdır[252].

İsviçre'de uzatılmış velayet[253] 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren Yetişkinleri Koruma Kanunu'nun[254] (İsvYKK) yürürlüğe girmesi ile İsvMK'nın 398. maddesinde[255] düzenlenen *kapsamlı kayyımlığa*[256] dahil edilmiştir[257]. Ebeveynlerin

---

248 Mehmet Erdem/ Aslı Makaracı Başak, **Aile Hukuku**, Seçkin Kitapevi, Ankara 2022, s. 437.

249 Bu durum uzatılmış velayet kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır. Mehmet Erdem/ Aslı Makaracı Başak, s. 436; Canan Yılmaz, Velayet, s. 25; Dilşad Keskin, "Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velayet Hakkı (Uzatılmış Velayet), **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 9, S. 2, Y. 2014, s. 27 vd.

250 Fulya Erlüle, Kitap, s. 141.

251 Uzatılmış velayetin iki şartı mevcuttur. Bu şartlar ergin çocuk hakkında kısıtlılık kararının alınmasına neden olacak sebebin varlığı ve çocuğun anne ve babasından en az birinin hayatta olmasıdır. Bu halde velayet hükümleri ancak uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Örneğin çocuğun isminin konulması gibi anne ve babanın velayetten doğrudan kaynaklanan hakları uzatılmış velayetin mahiyetine uymayacaktır. Dilşad Keskin, s. 29 vd.

252 Şakir Berki, **Medeni Hukuk, Umumi Esaslar, Şahıs ve Aile Hukuku**, Ankara, 1961, s. 220, (Medeni).

253 İsviçre'de uzatılmış velayet ne çocuk hukukuna ne de vesayet hukukuna tam anlamı ile uyum sağlayamadığı ve karmaşık yapısı ile yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyduğu yönünde eleştirilmekteydi. Eleştiriler için bkz. Christoph Haefeli, "Unterstellung des entmündigten Kindes unter die parterliche Sorge (Art. 385 Abs 3 ZGB), Pflicht der Eltern zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsstellung, **ZVW**, 2002, s. 99 vd; Kurt Affolter Fringeli/ Urs Vogel, Art. 296, N. 75.

254 1 Ocak 2013'te yürürlüğe giren 19 Aralık 2008 tarihli değişiklik metni ve gerekçesi için bkz AS **2011** 725 ; BBl **2006** 7001.

255 İsvMK'nın 398. maddesi şu şekildedir:

"*Kapsamlı kayyımlık, kişinin devamlı olarak ayırt etme gücünü kaybetmeleri nedeniyle özel yardıma muhtaç olmaları halinde kurulur*

Bu kayyımlık ilgilinin kişisel olarak korunmasını, malvarlığının korunmasını ve hukuki konularda bütün olarak korunmasını içerir.

(Kendisine kapsamlı kayyım atanan) kişinin fiil ehliyeti kanunen sona erer."

256 Kapsamlı kayyımlık İsvMK'nın 398. maddesinde "*umfassende Beistandschaft*" olarak geçmektedir. Öğretide bu terimin Türkçe karşılığı olarak "Genel Kayyımlık" ifadesinin kullanılması ile ilgili bkz. Kudret Güven, Medeni, s. 688.

257 Urs Vogel/ Diana Wider, "Das neue Erwachsenenschultzrecht" **ZVW**, 2009/1, s. 74-75. İsvMK'nın uygulama hükümlerinin (SchlT ZGB) 14. maddesinin 2. fıkrasına göre Yetişkinlerin Korunması Kanunu (İsvYKK) çıkmadan önce kısıtlanan kişiler hakkında da İsvYKK derhal uygulanacaktır.

kapsamlı kayyım olarak atanması halinde, Koruma Makamı bir düzenleme ile kayyımın yapmakla yükümlü olduğu bazı hukuki işlemlerden ebeveynleri muaf tutulabilecektir[258].

2) Velayeti Kullanan Taraf

a) Anne ve Baba

Anne ve babalık fiili olarak çocuğun doğumu ile birlikte[259]; hukuken ise soybağının kurulması ile meydana gelir[260]. TMK'nın 282. maddesi, anne ile babanın çocukla olan soybağının kurulmasını farklı düzenlemelere tabi tutmuştur. Maddeye göre, çocuk ile anne arasındaki soybağı doğum ile kurulur[261]. Anne, kanun ile doğrudan doğruya kurulan velayete sahiptir[262]. Annenin evlilik birliği dışında veya içinde çocuk doğurması, onun velayete sahip olması açısından hukuki bir fark yaratmaz.

Baba ile velayetin kurulması için gerekli olan soybağı ise üç farklı şekilde gerçekleşebilir. TMK'nın 282/2 hükmü gereğince bu yollar, anne ile evlilik, tanıma (işlemi veya davası) ve babalık davasıdır[263]. Çocuk ile soybağı kurulsa dahi, evlilik birliğinin var olmadığı hallerde babanın velayeti alabilmesi ancak TMK'nın 337/2 hükmü uyarınca hâkim kararı ile mümkündür, annenin velayete sahip olmadığı durumlarda babanın velayet hakkı kendiliğinden oluşmaz[264].

---

258 Ebeveynlerin muaf olduğu hukuki işlemler İsvMK'nın 420. maddesinde belirtilmiştir. Madde metni şu şekildedir: "*Bir kişinin eşi, kayıtlı yaşam partneri, anne babası, altsoyu, kardeşi, fiili yaşam partneri kayyım olarak atanmış ise, Yetişkinleri Koruma Kurumu koşulları haklı kılıyorsa onları tamamen veya kısmen envanter hazırlama, dönemsel bilgi verme ve hesap verme ile Kurumun onayını alma yükümlülüğünden muaf tutabilir."*

259 Bilge Öztan, Kitap, s. 626.

260 Cem Baygın, s. 261-262; İsmail Dede, s. 24.

261 Bu bağlamda, anne ile soybağının kurulması için doğumun ispatı yeterlidir. Sera Reyhani Yüksel, s. 47.

262 İlknur Serdar, s. 185; Fulya Erlüle, Kitap, s. 142.

Taşıyıcı annelik yoluyla çocuğun doğumu durumunda, doğuran kadın, taşıyıcı anne olduğu için Türk hukukuna göre ancak evlat edinme yöntemi ile yumurta sahibi kadının hukuken anne sayılacağı yönünde bkz. Mehmet Erdem/ Aslı Makaracı Başak, s. 437; Nazlı Hilal Çelik, "Taşıyıcı Annelikte Çocuğun soybağı Sorunu", **HAEHD**, C. 9, S. 21, 2017, s. 28.

263 Ahmet Cemal Ruhi, s. 38.

264 Fulya Erlüle, Kitap, s. 142.

Velayet kural olarak evlilik birliği içinde olan anne ve babaya tanınmış bir hak ve yükümlülük bütünüdür[265]. Bu bağlamda, evlat edinme söz konusu olmadıkça, anne ve baba dışındaki kişilerin velayet hakkı mevcut olmayacaktır. Örneğin çocuğa bizzat baksalar dahi, büyükanne ve büyükbabanın velayet hakkı yoktur[266].

Velayet hakkının kullanılmasında TMK 336. maddesi gereğince eşitlik ilkesi benimsenmiş ve anne ile babanın evlilik birliği devam ettiği sürece velayeti birlikte kullandıkları belirtilmiştir[267].

Anne ve babanın evli olmaması halinde, TMK'nın 337/1 hükmü gereğince, çocuğun velayeti anneye aittir[268]. Annenin küçük, kısıtlı veya ölmüş olması veya kanundan doğan sebeplerle velayetin anneden alınması halinde ise aynı maddenin 2. fıkrası gereğince, velayet babaya verilebileceği gibi, çocuğa vasi de atanabilir. Bu halde dikkat edilen husus, çocuğun yararıdır[269].

Her ne kadar velayet hakkına sahip olmasa da burada, çocukla aynı evde yaşayan üvey anne ve babalardan da bahsetmekte fayda vardır. TMK'nın 338. maddesi gereğince bu kişilerin ergin olmayan çocuklara özen ve ilgi gösterme yükümlülükleri mevcuttur[270]. Çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olan eşe, üvey konumunda olan

---

265 Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, s. 407; Rona Serozan, Çocuk, s. 254; Canan Yılmaz, Velayet, s. 27.

266 Bilge Öztan, Kitap, s. 1085- 1086; Cem Baygın, s. 261; Canan Yılmaz, Velayet, s. 28.

*Yargıtay 2. HD'nin 20.11.2012 tarihli 2012/10309 E. 2012/27627 K. sayılı kararın*da da velayetin anne ve babaya tanınmış bir hak olduğu, mahkeme tarafından gerekli görülmesi halinde velayetin anne ve babadan alınarak çocuğa vasi atanabileceği ancak büyükannenin velayete sahip olamayacağı belirtilmiş, velayetin anne baba dışında üçüncü kişiye tahsisini bozma sebebi saymıştır. Karar için bkz. Ali İhsan Özuğur, **Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları**, Ankara, 2013, s. 839-840. Benzer yönde: Yargıtay 2. HD. 12.01.2015 T. 2014/18285 E. 2015/59 K. sayılı karar (UYAP sistemi)

Anne baba dışındaki çocuk ile yakın ilişkide olan 3. kişilerin çocuk ile kişisel ilişki kurma ve şartları mevcut ise çocuğun vesayetini talep etme hakları mevcuttur. Canan Yılmaz, Velayet, s. 28.

267 Turgut Akıntürk, Derya Ateş, s. 408; Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 359; 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 Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1, 2016, s. 139.

268 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 360.

269 İsmail Dede, s. 40.

270 Üvey anne ve babanın sorumluluğu objektif özen sorumluluğudur. Benzer konumdaki üvey anne ve babanın göstermesi gereken özenin gösterilmesi beklenir. Aksi durumda çocuğun uğradığı zararın tazmin edilmesi gerekir. Bu sorumluluk çocuğun biyolojik anne veya babasının çocuğu gözetme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Anne ve baba, üvey anne ve babanın çocuğa gerekli özeni gösterip

diğer eş yardımcı olmak durumundadır. Nitekim zorunluluk halinde çocuğun ihtiyaçlarının karşılanması için çocuğu temsil de edebilir[271]. Önemle belirtmek gerekir ki üvey anne veya babaların her ne kadar kanundan doğan yükümlülükleri olsa da soybağları olmadığı için çocuğun velayetini almaları kural olarak mümkün değildir. Bu durumun istisnası, çocuğun bu kişilerce evlat edinilmesidir[272].

b) Evlat Edinenler

TMK'nın 314/1 hükmüne göre, evlat edinenin, evlat edinilen çocuk üzerinde velayet hakkı mevcuttur[273]. Bu halde de tıpkı anne ve babanın velayetinde olduğu gibi, doğrudan doğruya kanundan doğan velayet söz konusudur. Ancak evlat edinenin velayet hakkı ancak hâkim kararı ile kazanılır[274]. Evlat edinme ilişkisinin kurulması ile, çocuğun kan bağı bulunan anne ve babasının velayet hakkı ise sona erecektir[275].

Evlat edinilen kişinin ergin olması halinde kural, vesayet ilişkisinin kurulmasıdır. Ancak, evlat edinilenin yararı gerektiriyorsa, vesayet yerine çocuk ile

---

göstermediğini takip etmelidir. Özen göstermeyen üvey anne babanın davranışlarına göz yuman biyolojik anne ve baba, çocuğun uğradığı zararlardan sorumlu olacaklardır. İsmail Dede, s. 42, 44.

271 Turgut Akıntürk, Derya Ateş, s. 410; Canan Yılmaz, Velayet, s. 28.

Üvey anne ve babanın çocuğu temsil yetkisi özel şartlara tabidir. Bu bağlamda, temsil için somut olayda temsilin üvey anne veya baba tarafından gerçekleştirilmesinin zaruri olması ve temsil konusunun çocuğun ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik olması gerekmektedir. Sera Reyhani Yüksel, s. 46.

İsviçre'de de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. İsvMK'nın 299. maddesinde diğer eşin çocuğunu temsil etme yetkisi şu şekilde düzenlenmiştir: "*Eşlerden her biri, diğer eşin kendi çocukları üzerindeki velayet yetkisini uygun bir şekilde kullanılmasında yardımcı olmalı ve koşullar gerektirdiğinde onları (çocukları) temsil etmelidir.*"

272 Fulya Erlüle, Kitap, s. 143. Velayete sahip olabilecek tarafların kanun koyucu tarafından bu kadar sınırlı tutulmasında amaç, velayetin kapsamındaki hakların ve yükümlülüklerin son derece geniş olması ve bu bağlamda bunu kullanacak kişilerin sınırlı tutularak çocuğun korunmasıdır. Sevgi Usta, s. 25.

273 Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, s. 407; İlknur Serdar, s. 159.

Ergin olmayan çocuğun evlat edinilmesi sürecinde öncelikle bir yıllık bakım ve eğitim ilişkisi kurulur. Bu sürede velayet henüz mahkeme kararı ile tahsis edilmediği için, çocuğun biyolojik anne ve babası ile velayet ilişkisi devam etmektedir. Bu dönemde evlat edinme talebinde olan kişi ile koruyucu aileye ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Murat Aydoğdu, **Çağdaş Hukuku Gelişmeler Işığında Evlat Edinme**, Ankara 2010, s. 164. Ayrıca koruyucu aile ilişkisi ile ilgili bkz. Gülçin Elçin Grassinger, s. 151.

274 İsmail Dede, s. 41. Evlat edinenin velayetten kaynaklanan sorumluluğu da mahkeme kararı ile başlayacaktır. Nevhis Deren Yıldırım, **Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Subjektif Sınırları,** İstanbul 1996, s. 565.

275 Fulya Erlüle, Kitap, s. 143; Canan Yılmaz, Velayet, s. 28.

velayet ilişkisinin de kurulmasına karar verilebilir. Bu halde uzatılmış velayet hükümleri uygulanacaktır[276].

B. Velayet Çeşitleri

1) Tek Taraflı Velayet

Tek taraflı velayet, velayetin anne veya babadan birisine bırakıldığı ve velayetten doğan hak, yükümlülük ve temsil yetkisinin diğer tarafın onay/ izin/ icazetine ihtiyaç duymadan kullanıldığı velayet türüdür[277]. Tek taraflı velayetin söz konusu olduğu hallerde, doğal olarak, diğer ebeveynin doğrudan müdahale yetkisi mevcut değildir.

2) Birlikte Velayet

Birlikte velayet[278], evlilik birliği devam ederken ve/veya evlilik birliği dışında anne ve babanın velayetten hak, yükümlülük ve temsil yetkisini müşterek kullanmasını sağlayan velayet türüdür[279].

Bu bağlamda birlikte velayet öğretide, ebeveynlerin, evlilik birliği boşanma ile sona ermiş olsa dahi, velayetten kaynaklanan yükümlülüklerden beraber sorumlu oldukları ve yine velayetten doğan hakları birlikte kullanmaları şeklinde

---

276 Dilşad Keskin, s. 13 vd.

277 İlknur Serdar, s. 162; Nurten İnce, s. 195; Yıldız Abik, s. 46

278 Birlikte velayetin ilk defa ortaya çıktığı Amerika'daki tarihi ve hukuki gelişimi ile ilgili bkz. Meyer Elkin, "Joint Custody: In the Best Interest of the Family", **Joint Custody and Shared Parenting**, Ed: Jay Folberg, The Guilford Press, New York, 1991, s. 11 vd.

Amerika'da birlikte velayet iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi olan, "fiziksel ortak velayet" ebeveynlik planı ile çocuğun anne ve babası ile olabilecek en fazla sürede birlikte vakit geçirdiği velayettir. Ebebeynlerin birbirleri ile yakın mesafede oturmaları ve çocuğun hayatında yüzdesel olarak yakın derecede yer almaları önemlidir. Fiziksel ortak velayet ile ilgili bkz. Patrich Parkinson, **Family Law and the Indissolubility of Parenthood**, USA, Cambridge University Press, 2011, s. 46; Linda Nielsen, "Shared Phsical Custody: Does It Benefit Most Children?", **JAAML**, C. 28, S. 1, 2015, s. 80 vd.

Amerika'daki diğer velayet düzenlemesi ise "yasal ortak velayet" olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu velayet türünde çocuğun yerleşim yeri sabittir, gündelik bakımı tek ebeveyn tarafından gerçekleştirilir. Öte yandan çocuğun yararı çerçevesinde, eğitimi, sağlığı gibi önemli konularda her iki ebeveynin ortak kararına ihtiyaç duyulmaktadır. Janet Johnston / Marsha Kline/ Jeanne Tschann, "Ongoing Postdivorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access", **AJO**, C. 59, S. 4, 1989, s. 576.

279 Yıldız Abik, s. 29; İlknur Serdar, s. 162; Ali Naim İnan, Kitap, s. 125; Sera Reyhani Yüksel, s. 70; Süheyla Kahraman, **Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet**, İstanbul 2019, s. 16.

tanımlanmıştır[280]. Tanıma göre, anne ve baba, çocuk ile ilgili bir karar alırken birbirlerine danışmadan nihai karara varmayacaklardır. Velayetin bölünmezliği ilkesine gereğince, çocuğun kişi varlığı haklarının farklı, mal varlığı haklarının farklı ebeveyn tarafından temsil edilmesi de mümkün değildir[281].

Hayatın olağan akışında, anne ve babanın çocuğa dair her bir işlemde birlikte hareket etmeleri onlardan beklenemez. Evlilik birliği içinde, eşler arasındaki iş bölümü gereğince bir eşin, diğer eşin farazi iradesine dikkat ederek tek başına hareket edebileceği kabul edilmiştir[282]. Öğretide, evlilik birliği içinde geçerli olan bu kuralın, evlilik birliğinin bulunmadığı durumlarda mahkemece birlikte velayete karar verildiğinde de uygulanabileceği ileri sürülmüştür[283].

Kanaatimizce yukarıdaki tanım evlilik birliği içindeki birlikte velayete uymaktadır. Ancak olması gereken hukuk bakımından kabul ettiğimiz, evlilik birliğinin bulunmadığı hallerde mahkeme kararı ile kurulacak birlikte velayet bakımından tanımda katılmadığımız noktalar vardır. Boşanmada veya evlilik birliği dışında doğan çocuk bakımından birlikte velayete karar verilir ise anne ve baba ancak çocuk ile ilgili önemli kararlar alınması noktasında birlikte hareket ederler. Çocuk ile ilgili alınacak diğer kararlarda ise çocuğun fiili olarak yanında bulunan ebeveyn yetkilidir. Bu açıklamaya göre, birlikte velayet tanımımız şu şekildedir: Birlikte velayet, velayetten kaynaklanan hak, yükümlülük ve temsil yetkisinin anne ve baba tarafından evlilik birliği içinde müştereken, evlilik birliğinin bulunmadığı hallerde ise önemli kararlar kapsamında ortak kullanıldığı velayet türüdür.

---

280 İlknur Serdar, s. 162; Süheyla Kahraman, s. 12.

281 Sera Reyhani Yüksel, s. 71.

282 Suat Sarı, s. 89.

283 Sera Reyhani Yüksel, s. 71.

V. VELAYETİN ÖZELLİKLERİ

A. Velayetin Kamu Düzenine İlişkin Olması

Velayet kapsamında anne ve babanın sahip olduğu yetkiler ve bu yetkilerin ifasına yönelik yükümlülüklerin kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilir[284]. Bu noktada amaç, toplumun gelişimi ve düzeni açısından, çocuğun gelişiminin sağlıklı olmasıdır.

"Aile toplumun temelidir" düşüncesi ile velayetin kullanılmasına yönelik devletin gerekli durumlarda kullanacağı koruma tedbirleri mevcuttur[285]. TMK'nın 346 vd maddelerinde ve ÇKK'da[286] özel olarak düzenlenen koruma tedbirleri, hâkimin hem çocuğun hem de toplumun yararına yönelik gerçekleştirdiği işlemler olarak kabul edilir[287].

---

284 Hacı Can/ Ekin Tuna/ Nehir Tuna, s. 12; Ayşe Ziyan, **Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyn Tarafından Temsili**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.57; Harun Bulut, **Aile Hukukunda Velayet (Çocukla Kişisel İlişki Kurulması) ve Nafaka Davaları**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 6.

Velayete ilişkin davalarda resen araştırma ilkesi geçerlidir. Elif Selen Batıgül, **Milletlerarası Aile Hukukunda Velayet ve Çocuğun Korunması,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 42; Ahmet Cemal Ruhi, s. 27. YHGK'nın 06.03.2013 T. 2012/2-794 E. 2013/310 S. Kararında bu ilkeye yer verilmiş, davanın açılmasından sonra ortaya çıkan vakıaların ileri sürülmesinin usule uygun olduğuna karar verilmiştir. (Kazancı İçtihat Bankası). Benzer yönde Yargıtay 2. HD. 04.02.2019 T. 2017/5888 E. 2019/475 K. sayılı karar (UYAP sistemi).

Yargıtay 2. HD 28.11.2021 T. 2012/8598 E. 2012/28547 K. *sayılı karar*ında, velayetin kamu düzenine ilişkin olduğu açıkça belirtmiş, akabinde tek taraflı velayete sahip olan annenin velayetin kaldırılması sonucu doğuracak suç işlemesinin ve hakkında hüküm verilmesinin sonucu olarak, henüz ergin olmayana çocuklar açısından hâkimin velayet düzenlemesine yer vermesi gerekirken vermemesini bozma sebebi saymıştır. Karar için bkz. Ömer Uğur Gençcan, Velayet, s. 81.

285 Bilge Öztan, Kitap, s. 627- 628; Cem Baygın, s. 276; Emine Akyüz, Kitap, s. 210.

286 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu.

287 Sera Reyhani Yüksel, s. 35. Devlet, velayetten kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin anne ve baba tarafından hukuka uygun bir şekilde ve çocuğun yararına kullanılıp kullanılmadığını denetleyecektir. Rona Serozan, Çocuk, s. 159; Yıldız Abik, s. 5-6.

Velayetin kamu düzenine ilişkin olmasının sonucu olarak, velayetten feragat edilemez[288], velayet sözleşme ile sınırlandırılamaz, kanunda belirtilen sebeplerle ancak anne ve babanın velayet hakkı sona erdirilebilir ve velayet devredilemez[289].

Kamu yararı gereğince, anne ve babanın velayet ile ilgili talepleri hâkimi bağlamaz. Örneğin anne ve baba velayetin kendilerinden alınmasını talep etseler dahi ancak hâkim bu talebi ancak çocuğun yararı ölçüsünde dikkate alacaktır[290].

Yargıtay'ın aşağıda belirtilen 2017 tarihli kararından önce, yargı kararlarında boşanma sonrasında birlikte velayetin uygulanması talepleri, velayetin kamu düzenine ilişkin olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir[291]. Söz konusu uygulama *Yargıtay 2. HD'nin 09.02.2016 T. 2016/15771 E. 2017/1737 K. sayılı kararı* ile sona ermiş, birlikte velayet boşanmanın sonuçları kapsamında uygulanabilir hale gelmiştir[292].

B. Velayetin Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Olması

Velayet kapsamındaki haklar, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır[293]. Bu sebeple sağlararası tasarrufla başkasına devredilemeyeceği gibi, ölüme bağlı tasarruflarla da mirasçılara geçmez[294]. Bu haktan feragat edilemez, kişilerarası hukuki işlem ile sınırlandırılması mümkün değildir[295]. Bu sebeple, örneğin çocuğun

---

288 Yargıtay 2. HD 25.12.2013 T. 2013/25289 E. 2013/30741 K. sayılı kararında, velayetin kamu düzenine ilişkin olduğunun altını çizerek, taraflardan birinin velayetten feragat etmesini hâkimi bağlamayacağını önemli olanın çocuğun yararı olduğunu belirtmiştir. (UYAP sistemi)

289 Bilge Öztan, Kitap, s. 1077- 1078; Yıldız Abik, s. 6, Ebru Ceylan, s. 173; Ömer Uğur Gençcan, Velayet, s. 160; Eylem Apaydın, s. 446.

290 Ahmet Cemal Ruhi, **Birlikte Velayet Kurumu ve Birlikte Velayete İlişkin Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, 2019, s. 25.

291 Yargıtay'ın eski uygulamasına örnek olarak Yargıtay 2. HD 19.03.2013 T. 2012/21186 E. 2013/7440 K. sayılı kararı ve Yargıtay 2. HD 10.10.2006 T. 2006/6824 E. 2006/13638 K. sayılı kararı gösterilebilir. (Kazancı İçtihat Bankası)

292 Yargıtay 2. HD 09.02.2016 T. 2016/15771 E. 2017/1737 K. sayılı kararı çalışmamızın 2. bölümünün IV- C-c kısmında açıklanmıştır.

293 Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, s. 248; Sera Reyhani Yüksel, s. 27.

294 İlknur Serdar, s. 160; Sera Reyhani Yüksel, s. 34; Yıldız Abik, s. 13.; Nurten İnce, s. 190.

295 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 408; Mustafa Dural /Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 360; Yıldız Abik, s. 28; Nurten İnce, s. 190.

evlenmesine izin verilmesi gibi kanunen her iki ebeveynin rızasının alınması gereken hallerde yetki belgesi ile tek eşin diğer eş adına da işlem yapması mümkün değildir[296].

Velayetin üçüncü kişiye devri mümkün değildir ancak velayet devri olarak kabul edilmeyen bazı özel durumlarda, velayetten doğan yükümlülüklerin icrası üçüncü bir kişiye bırakılabilir. Bu duruma örnek olarak, anne ve babanın eğitim yükümlülüğünü üstlenen özel öğretmen gösterilebilir[297].

Velayetin kişiye sıkı sıkıya bağlı olmasının bir sonucu da yasal bir sebep bulunmadıkça anne ve babanın velayetinin devam edecek olmasıdır. Çocuğun ergin olması durumu dışında velayet ancak mahkeme kararı ile velayet sona erdirilebilir. Bu hal boşanma durumunda tek taraflı velayete karar verilmesi şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi, TMK'nın 348. hükmü gereğince anne ve/veya babanın velayet hakkının kaldırılması şeklinde de olabilir[298].

C. Velayetin Süreli Olması

TMK'nın 335. hükmü gereğince, anne ve babanın ergin olmayan çocuk üzerinde velayet hakkı vardır ve velayet ancak kanunla sınırlandırılabilir[299]. Madde uyarınca, velayet ergin olmayan çocuk bakımından düzenlenmiştir ve süresiz değildir[300]. Erginlik yaşı olan 18 yaşının dolması ile[301] velayet kanun gereği, kendiliğinden sona erecektir. Kural bu olmakla birlikte, velayet daha önce de sona erebilir. Bu durumlar çocuğun evlenmesi, mahkeme kararı ile ergin kılınmasıdır[302]. Aynı şekilde, velayet altında bulunan çocuğun, velayetinin sona erdirilerek çocuğa vasi atanması da söz konusu olabilir. TMK'nın 348 ve 349. maddelerinde düzenlenen

---

296 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 408- 409.

297 Bilge Öztan, Kitap, s. 365; İlknur Serdar, s. 160.

298 İlknur Serdar, s. 160; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan, s. 342.

299 Selma Baktır Çetiner, Kitap, s. 43. *Yargıtay 2. HD. 04.06.1992 T., 1992/6280 E. 1992/6560 K. sayılı* "dava tarihinde reşit olan çocuk bakımından velinin dava açma yetkisinin bulunmadığı" yönünde kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası

300 Elif Selen Batıgün, s. 44.

301 TMK'nın 11. maddesi gereğince.

302 Selma Baktır Çetiner, Kitap, s. 43.

sebeplerle hâkim, ebeveynlerden birinin velayetini kaldırılabileceği gibi, her iki ebeveynden kaldırılması halinde çocuğa vasi atayacaktır[303].

Kişi ergin olduktan sonra tekrar velayet altına da alınabilir. Bu durum ergin olan kişinin kısıtlanması halinde kendisine vasi atanması yerine velayet hükümlerine tabi olması şeklinde karşımıza çıkar[304]. Bu halde de velayet süresiz değildir, kısıtlılığın kaldırılmasıyla velayet sona erer. Örneğin, hapis cezası sebebi ile kısıtlanan ergin çocuğun, hapis cezasının ifasının tamamlanması halinde anne ve babanın velayeti de kendiliğinden sonlanacaktır[305].

Velayet devam ettiği sürece anne ve babanın çocuğa bakma ve yetiştirme yükümlülüğü, çocuğun da anne babasına gereksinimi vardır. Çocuğun gereksinimi yaş ilerledikçe azalacak, öte yandan onun görüşünün alınması borcu doğacaktır[306].

D. Velayetin Çocuğu Yararına Olması

Velayet ile ilgili temelde üç yarar söz konusudur. Bunlar anne ve babanın yararı, çocuğun yararı ve toplumun yararıdır. Anne ve babanın yararı kendi nesillerinin devamlılığının sağlanması ve çocuğu yetiştirirken duydukları hazdır. Toplumun yararı gelecek nesillerin sağlıklı, üretken ve toplumun yararına hizmet edecek şekilde yetişmelerinin teminidir. En önemlisi çocuğun yararı ise, çocuğun olması gereken en iyi şekilde yetiştirilmesidir[307]. Bu bağlamda, çocuk ile diğer yarar sahiplerinin menfaat çatışması söz konusu olduğunda çocuğun yararı ön planda tutulmalıdır[308].

Çocuğun yararının ön plana alınması neticesinde velayet, anne ve babanın sadece hakkı olmaktan çıkmış, onlar için hak ve yükümlülüğe dönüşmüştür. Nitekim

---

303 Rona Serozan, Çocuk, s. 251.

304 Selma Baktır Çetiner, Kitap, s. 43.

305 Cem Baygın, s. 278; Sera Reyhani Yüksel, s. 33.

306 Sera Reyhani Yüksel, s. 33. TMK'nın 339/3 hükmünde çocuğun görüşünün alınması açık bir ifade ile belirtilmiştir. Emine Akyüz, Kitap, s. 225.

307 Hacı Can/ Ekin Tuna Nehir Tuna, s. 11.

308 Selma Baktır Çetiner, Kitap, s. 33; Sera Reyhani Yüksel, s. 29; Ahmet Cemal Ruhi, s. 29. Yargıtay 2. HD 10.02.2015 T. 2015/334 E. 2015/1277 K. sayılı kararında velayet ile ilgili alınacak kararlarda anne ve babanın isteğinden ziyade çocuğun yararını üstün tutmuştur. Benzer yönde, Yargıtay 2. HD. 21.03.2017 T. 2015/23060 E. 2017/3059 K. sayılı karar. (UYAP sistemi)

mehaz kanunda da "*Ebeveyn Bakımı*" anlamına gelen *elterliche Sorge* kavramı kullanılmaktadır[309]. Velayetin bu özelliği, çocuğun hakkın öznesi olması ve kişiliğinin geliştirilmesi noktasında hem anne babaya hem de devlete yükümlülükler yüklenmesi sonucunu doğurmuştur[310].

Çocuğun yararı hem velayetin bir özelliğini hem de sınırını oluşturmaktadır. Nitekim, çocuğun yararının üstün tutulması hem uluslararası metinlerde hem de Medeni Kanunu'muzda yer almıştır. Örneğin BMÇHDS'nin 3. maddesinde, çocuk ile ilgili tüm işlemlerde çocuğun yararının ön planda olacağı, 18. maddesinde ise çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesinde anne ve babanın sorumluluğu ve sorumluluklarının ifasında çocuğun yararının göz önünde tutulması düzenlenmiştir[311]. BMÇHDS'nin 18. maddesinin Medeni Kanun'daki yansıması TMK'nın 339/1 hükmünde karşımıza çıkmaktadır. Maddeye göre, çocuğun bakımı ve eğitiminde anne ve baba gerekli kararları alırken çocuğun yararına göre hareket edeceklerdir[312].

E. Velayetin Bütün Olması

Velayetin bütünlüğü, velayetten kaynaklanan hak ve borçların anne ve baba arasında zamansal veya görevsel olarak paylaştırılamayacağı kuralını anlatmaktadır[313]. TMK'da da bu kurala uyulmuş ve 336. maddesinde de evliliğin devamı süresince anne ve babanın velayeti birlikte kullanmaları esas kılınmıştır[314].

Görev bakımından paylaşım, velayetten doğan yetkilerin anne ve baba arasında açık veya zımni bir anlaşma ile paylaştırılmasıdır. Bu duruma, çocuğun kişi varlığına giren hak ve borçların anne tarafından, mal varlıklarının ise baba tarafından

309 İsvMK'nın 298. maddesi çalışmamızın 2. Bölümünün II-B-2 kısmında açıklanmıştır.

310 Emine Akyüz, Kitap, s. 223.

311 Ahmet Cemal Ruhi, s. 30.

312 Yargıtay'ın uluslararası sözleşmelere atıfta bulunarak çocuğun yararına dikkat çektiği kararlar için bkz. Yargıtay 2. HD 09.05.2017 T. 2016/607 E. 2017/5682 K. sayılı kararı, Yargıtay 2. HD. 19.04.207 T. 2016/17424 E. 2017/4552 K. sayılı kararı, Yargıtay 2. HD 14.03.2017 T. 2016/9625 E. 2017/2766 K. sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bankası)

313 Sera Reyhani Yüksel, s. 30; Hilal Karaca, s. 26.

314 Ahmet Cemal Ruhi, s. 34.

yönetilmesi örnek verilebilir. Önemle belirtmek gerekir ki, görev bakımından paylaşım Türk hukukunda kabul edilmemiştir[315].

Öğretideki tartışma boşanma ve ayrılık kararında tek taraflı velayete karar verildiğinde anne ve baba arasında yetki paylaşımının yapılıp yapılamayacağı noktasındadır. Buna göre, öğretide birinci görüş[316], olması gereken hukuk bakımından, çocuğun yararı gerektiriyorsa, çocuk mallarının yönetiminin yönetimi daha iyi bir şekilde gerçekleştirebilecek tarafa, çocuğun bakımının ise bakımı daha iyi gerçekleştirebilecek tarafa bırakılabileceğini ileri sürülmüştür[317]. Bu görüş taraftarları AlmMK'nın 1671. maddesine göre çocuğun yararı gerektiriyorsa, hâkimin anne ve baba arasında yetki dağılımı yapabilmesini örnek gösterirler[318].

Öğretideki ikinci görüş ise, TMK'nın 336/3 hükmüne göre, boşanma sonucunda tek taraflı velayete karar verildiğinde velayet kapsamındaki yetkilerin, çocuğun kişi ve malvarlığı bakımından fark etmeksizin velayete sahip tarafça uygulanacağını, bu sebeple yetki paylaşımının mümkün olmadığını savunmaktadır[319]. İkinci görüş, olması gereken hukukta, birlikte velayetin uygulanması durumunda, hâkim onayı ile çocuğun bakımının bir tarafa, çocuğun malvarlığının temsili ve yönetilmesinin ise diğer bir tarafa bırakılabileceğini kabul etmektedir[320].

Kanaatimizce olması gereken hukuk açısından (*de lege ferenda*) velayetten kaynaklı hak ve yetkilerin paylaşımı ancak mahkeme kararı ile (boşanmanın sonuçlarına bağlı olarak veya evlilik birliği dışında doğan çocuk açısından) birlikte velayete karar verilir ise mümkün olmalıdır. Tek taraflı velayette ise velayetin bütünlüğü ilkesi kabul edilmelidir. Zira tek taraflı velayete karar verilmesine neden

---

315 Sevgi Usta, s. 107; İlknur Serdar, s. 162; Ahmet Cemal Ruhi, s. 34.

316 Bu görüş yazarlarından *Baygın*, anlaşmalı boşanmada çocuklar üzerindeki yetki dağılımının, hâkim kararıyla mümkün olabileceğini savunmaktadır. Ayrıntı için bkz. Cem Baygın, s. 280.

317 Selma Baktır Çetiner, Kitap, s. 47-48.

318 Emine Akyüz, Kitap, s. 224. Ancak bu durumun istisnai bir düzenleme olduğu hakkında bkz. Selma Baktır Çetiner, Kitap, s. 48.

319 Sera Reyhani Yüksel, s. 31; Emine Akyüz, Kitap, s. 224.

320 Sera Reyhani Yüksel, s. 32.

olan sebepler, velayetin kapsamının da paylaştırılmasına engel olacaktır. Yine de hâkim çocuğun yararına göre hareket etmelidir.

Birlikte velayetin amacı çocuğun gelişiminde anne ve babanın varlığının devamlılığını sağlamaktır. Bu kapsamda karar verme aşamasında da anne ve babanın ortak yetkisi olmalıdır. Ancak mahkeme kararıyla birlikte velayet düzenlemesine tabi olan çocuğun anne ve babasının, evlilik birliği içindeki anne baba gibi sürekli bir arada bulunmaları, beraber karar almaları onlardan beklenemeyecektir. Yetkilerin anne ve baba arasında paylaştırılması, anne ve baba arasındaki dengenin sağlanması açısından bir çözüm olarak düşünülebilir. Bu şekilde hem anne baba arasındaki sorumluluk alanını belirleyecek hem de çocuk ile ilgili kararların daha hızlı bir şekilde alınmasını sağlayacaktır. Bu paylaşım çocuğun da yararınadır.

Mahkeme kararı ile birlikte velayete karar verilmesi halinde paylaşımın nasıl gerçekleşeceği noktasındaki cevabımız çocuğun kişi-malvarlığı haklarından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin paylaşımından ziyade, çocuk ile ilgili önemli kararların yine anne ve babanın ortak kararı ile alınması ancak diğer hak ve yükümlülüklerin fiili olarak çocuğun yanında bulunan ebeveyne bırakılması yönündedir. Alman ve İsviçre hukuk sisteminde de bu yönde bir sistem benimsenmiştir. Temsil açısından ise çocuğun her iki ebeveyn tarafından temsil edilmesi yerinde olacaktır. Ancak haklı bir sebep olmaksızın çocuğun temsilinden kaçınan ebeveyn açısından hâkim tarafından birine tek başına temsil yetkisi verebilmelidir.

Velayetin bütün olmasından kaynaklı, zamansal olarak da paylaştırılması mümkün değildir[321]. Buna göre, çocuğun velayetinin belli bir yaşa kadar annede, daha sonrasında babada kalacağı kararlaştırılamaz[322]. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda

---

321 Emine Akyüz, Kitap, s. 224.

322 Emine Akyüz, Kitap, s. 209; İsmail Özmen, **Velayet Hukuku Davaları, Çocuk Hakları, Aile ve Çocuk Mahkemeleri**, Ankara, 2013, s. 89. EMK döneminde evlilik birliği dışında doğan çocuk bakımından, 313. maddesinde, mahkeme tarafından re'sen veya annenin talebi ile çocuğun belirli bir yaşa kadar anneye, daha sonra babaya velayetinin verilmesi mümkün iken bu düzenleme TMK'da kaldırılmıştır. Eski düzenleme zamanındaki eleştiriler için bkz. Selma Baktır Çetiner, Kitap, s. 49.

EMK döneminde, öğretide evlilik birliği içinde doğan çocuklar bakımından da çocuğun belirli bir yaşa kadar annesine muhtaç olacağı ve fakat daha sonrasında babaya velayetin verilebileceği düşüncesinden yola çıkılarak, zamansal dağılımın mümkün olması gerektiği ileri sürülmüştür. Görüş için bkz. Şakir

hâkimin velayet düzenlemesinde süre ile sınırlanamayacağını belirtmiş, karar tarihinde eğitim gören çocuğun, eğitim yılı süresi ile sınırlı olarak velayet düzenlemesine gitmesini bozma sebebi saymıştır[323]. Gerçekten de zaman bakımından ayırıcı düzenleme, hem ilerideki şartların önceden kestirilememesi hem de velayette sürekliliğin önem arz etmesi noktasında, çocuğun yararına olmayacaktır[324].

VI. VELAYET HUKUKUNA HÂKİM İLKELER

Velayetin uygulanmasında dikkate alınacak iki temel ilke mevcuttur. Bu iki temel ilke, çocuğun üstün yararının korunması ve çocuğun görüşünün dikkate alınması ilkeleridir[325]. Velayet anne ve babanın hakları, yükümlülükleri ve temsil yetkilerinin bütünüdür ve bu velayetin sınırını, aynı zamanda velayetin iki temel ilkesini oluşturan, çocuğun üstün yararı ve çocuğun görüşünün alınması çizer[326].

Çalışmamızda BMÇHDS'deki ilkeler göz önünde bulundurularak velayete ilişkin ilkeler 4 başlık altında toplanacak ve yukarıda sayılan iki temel ilkenin yanında, ayrım gözetmeme ilkesine ve çocuğun yaşaması ve gelişmesi ilkesine de yer verilecektir.

A. Çocuğun Üstün Yararı İlkesi

Çocuğun üstün yararı kavramı, soyut bir kavramdır. Kavramın yasa koyucu tarafından soyut tutulmasındaki amaç, kavramın sınırlanmasının önüne geçmektir. Gerçekten de çocuğun temel hakları ve temel ihtiyaçlarının zaman içinde değişkenlik gösterecektir. Çocuğun yararı kavramı da bu değişikliklere uyum sağlayacaktır. Öğretide çocuğun üstün yararı, çocuğun mevcut durumunda, kişiliğinin gelişimi açısından en faydalı koşulları sağlayan, çocuğu bedensel, zihinsel, duygusal,

---

Berki, Kitap, s. 11. Ancak eski kanun döneminde dahi Yargıtay uygulamasında velayette zaman bakımından ayrım kabul edilmemiştir. Bkz. Yargıtay 2. HD 04.06.1985 T. 1985/3296 E. 1985/5461 K. sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bankası).

323 Yargıtay 2. HD, 04.06.1985 T. 1985/3296 E. 1985/5461 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

324 Sera Reyhani Yüksel, s. 30.

325 Hülya İmamoğlu, Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması, **AÜHFD**, Y. 2005, S. 2: Ankara, s. 185, (Koruma).

326 Yıldız Abik, s. 37.

entelektüel, hukuksal ve sosyal açıdan koruyan durum olarak tanımlanmıştır[327]. Bu bağlamda çocuğun üstün yararına yönelik eylemler, çocuğun temel hakları ve temel ihtiyaçları merkezinde çocuk için en uygun hareketi seçen eylemlerdir[328].

Çocuğun üstün yararı kavramı ebeveynler tarafından çocuk merkezli düşünme, çocuğun kişiliğine saygı duyma, çocuğun kişiliğinin geliştirilmesi yükümlülüklerini yerine getirme sonuçlarını doğurmaktadır. Anne ve baba, çocuk ile ilgili bir karar alırken, çocuğun üstün yararına göre karar almalıdır. TMK'nın 339. maddesinde de açıkça, ebeveynlerin çocuğun bakımı ve eğitimi hususlarında karar alırken çocuğun yararını göz önünde bulundurmaları gerektiği belirtilmiştir. Akdi durumda hâkimin müdahalesi söz konusu olacaktır[329].

Çocuğun üstün yararı ilkesi, sadece velayetin devamlılığında değil çocuk ile kişisel ilişki kurulması, kişisel ilişkinin sona erdirilmesi, kısıtlanması veya gözetim altında gerçekleştirilmesi hallerinde de kilit rol oynar[330]. Bu ilke, çocuğun kişiliğini önemser, çocuğun menfaatini ebeveynlerin menfaatinin önünde tutar. Çocuğun menfaatinin ilk planda olması çocuğun yararının toplumun yararı ile eşit görülmesinden kaynaklanır[331]. Hâkim karar verirken, çocuğun yaşadığı ortamı, görüşünü, anne ve babası ile olan ilişkilerini, kardeşlerin bir arada kalmalarının önemini, hangi ebeveynin daha iyi bakım yükümlülüğünü gerçekleştireceğini dikkate alır[332].

---

327 Linus Cantieni, s. 20; İlknur Serdar, s. 164; Fulya Erlüle, Kitap, s. 286.
Yargıtay tarafından verilmiş bir kararda da mahkemenin çocuğun üstün yararını belirlerken onun sadece bedensel ve zihinsel yönden değil ahlaki ve toplumsal yönden de gelişiminin gözetilmesine dikkat çekmiştir. Yargıtay 2. HD. 18.09.2018 T. 2016/22821 E. 2018/9412 K. sayılı kararı için bkz. Ömer Uğur Gençcan, **Kişisel İlişki Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 191.

328 Philippe Meier, **KOKES- Praxxisanleitung Kindesschutzrecht mit Mustern**, Dike Verlag AG, Zürich, 2017, s. 5.

329 İlknur Serdar, s. 166.

330 Bu yöndeki düzenleme *ÇKİKDAS'ın* 4. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Bu maddeye göre, çocuğun anne ve babası ile kişisel ilişki kurma hakkı vardır ve ancak kişisel ilişkinin kurulması çocuğun yararını zedeliyorsa engellenebilir. Taraf devletler gerekirse gözetim altında çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını sağlayacaklardır.

331 Yıldız Abik, s. 19

332 Yıldız Abik, s. 16, 32; Emine Akyüz, Kitap, s. 233.
Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, sağlık problemleri sebebi ile sürekli annesinin yanında bulunması gereken çocuk ile ilgili baba ile kişisel ilişki kurulmasını çocuğun üstün yararına aykırı bulmuştur.

BMÇHDS'nin 3. maddesine göre çocukla ilgili gerçekleştirilecek tüm düzenlemelerde çocuğun yararı göz önünde bulundurulacaktır. Anayasamızın 90. maddesi uyarınca sözleşmenin 22184 sayılı RG'de yayımlanması ile sözleşme hükmü iç hukuk kuralı haline gelmiştir. Sözleşmede geçen temel hak ve hürriyetlerin doğrudan doğruya uygulanabilir olmasından yola çıkarak, çocuğun üstün yararı ilkesinin de doğrudan doğruya uygulanacağı kabul edilmektedir[333].

Çocuğun üstün yararı ilkesi yargı mercilerin önünde görülmekte olan davalarda da gözetilmektedir. Şöyle ki, 1996 tarihli ÇHKİAS'ın 9. maddesine göre, çocuğun menfaatinin velayete sahip kişilerle çatışması halinde, mahkemece temsilci veya avukat atanacaktır. Aynı şekilde sözleşmenin 10. maddesinde, velayet hakkına sahip olan kişilerin veya mahkeme tarafından temsilci sıfatı ile atanmış kişilerin menfaatinin çocuğun üstün yararı ile çatışmaması gerektiği düzenlenmiştir[334].

AlmMK ve İsvMK'da da velayet düzenlemelerinde çocuğun üstün yararı ilkesine yer verilmiştir. AlmMK'da evlilik birliği içinde doğmuş çocuk bakımından birlikte velayetin uygulanması esastır. Tek taraflı velayet ancak mahkeme kararı ile mümkündür[335]. AlmMK'nın 1671. maddesine göre, tarafların ayrı yaşamaları veya boşanma durumunda tek taraflı velayete ancak çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa karar verilebilir[336]. Evlilik birliği dışında doğan çocuk bakımından da AlmMK 1626a

---

Yargıtay 2. HD. 12.03.2007 T. 2007/3111 E. 2007/3779 K. sayılı karar için bkz. Ömer Uğur Gençcan, Kişisel İlişki, s. 192.

Yargıtay 2. HD 21.03.2016 T. 2018/3799 E. 2019/3252 K. sayılı kararına göre, ebeveynlerin uzman eşliğinde görüşlerinin alınarak velayetten doğan hak ve yükümlülükleri yerine getirme yeteneğine sahip olup olmadıkları tespit edilmelidir. Çocuğun görüşü ve diğer deliller birlikte değerlendirilerek çocuğun yararına uygun düşen velayet düzenlemesine karar verilmelidir. (UYAP sistemi)

Çocuğun yararı tespit edilirken, sosyal uzmanların dikkat ettiği hususlar şu şekilde örneklendirilebilir: çocuğun görüşü, yaşı, ebeveynlerin çocuğa yönelik geçmiş davranışları, kardeşlerin ayrılmaması, ebeveynlerin çocuğun bakımını üstlenme yeteneklerinin bulunup bulunmadığı, çocuğun alıştığı yaşam ortamının korunması. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz Polat/ Evin Güldoğan, "Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi", **TBBD,** Y. 2015, S. 118, s. 247.

333 Rona Serozan, "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağanı**, Ankara, 2008, (Armağan), s. 52, 65. Uluslararası metinlerdeki hükümlerin doğrudan doğruya uygulanabilirliği şartları ile ilgili bkz. Tekin Akıllıoğlu, s. 14 vd.

334 ÇHKİAS 1 Şubat 2001 T. 24305 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

335 Fulya Erlüle, "Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında Yapılan Revizyonlar ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velayetin Kural Haline Gelmesi", **YÜHFD**, C. 18, 2012/2, s. 562, (Makale).

336 AlmMK'nın 1671. maddesi çalışmamızın 2. Bölümünün II-B-3 kısmında açıklanmıştır.

maddesine göre, aksi ispat edilmedikçe birlikte velayetin çocuğun yararına olduğu kabul edilmektedir[337].

İsvMK'nın 133/2. hükmünde çocuk ile ilgili velayete hükmederken hâkimin çocuğun üstün yararına göre karar vermesi gerektiği düzenlenmiştir[338]. Aynı kanunun 134. maddesinde de velayet düzenlenirken mevcut olan koşulların önemli derecede değişmesi halinde, çocuğun yararı da bunu gerektiriyorsa, velayetin tekrar düzenleneceği belirtilmiştir[339].

B. Çocuğun Görüşünün Dikkate Alınması İlkesi

Korunmaya muhtaç çocuğun, haklarla donatılması, onun kişiliğine saygı duyulması, özerkliğinin kabul edilmesi, dinlenilme hakkını ortaya çıkarmıştır. Anne ve babanın çocuk üzerindeki karar verme yetkisi gerek uluslararası antlaşmalarla gerek ulusal mevzuat hükümlerince sınırlandırılmış, bu şekilde çocuğun görüşünün dikkate alınması bağımsız bir ilke halini almıştır[340] .

Çocuğun görüşünün alınması iki hususta dikkat çeker. Birincisi çocuğun dinlenmesi onun bir birey olarak görüldüğünü ve kişi varlığına önem verildiğini göstermektedir[341]. İkinci önemli nokta ise, çocuğun görüşünün hâkime yol gösterici olacağıdır[342]. Çocuğun görüşünün alınmaması ancak çocuğun yaşının küçük olması ve önemli gerekçelerin mevcut olması hallerinde söz konusu olabilir. Önemle belirtmek gerekir ki, ayırt etme gücüne sahip[343], kendisini ifade edebilen çocuğun dinleyen

---

337 AlmMK'nın 1626a maddesi çalışmamızın 2. Bölümünün II-C kısmında açıklanmıştır

338 Canan Yılmaz, Velayet, s. 23. İsvMK'nın 133/2 hükmü şu şekildedir: *"(Mahkeme) Çocuğun yararı için önemli olan tüm koşulları dikkate alır"*.

339 İsviçre Medeni Kanunu'nun 134. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: "*Ebeveynlerden birinin, çocuğun veya Çocuk Koruma Makamı'nın talebi üzerine, çocuğun yararı gereğince, önemli değişiklikler olması halinde velayet tekrar düzenlenir."*

340 Hülya İmamoğlu, Koruma, s. 185; Sevgi Usta, s. 5; Ahmet Cemal Ruhi, s. 26.

341 Çocuğun uygun şartlar altında dinlenilmesi esastır. Roland Franhauser, s. 104.

342 Gülçin Elçin Grassinger, "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. 1, İstanbul 2010, s. 833, (Armağan); Canan Yılmaz, "Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması", **MHB**, C. 35, S.1, Y. 2015, s. 117, (Kişisel İlişki).

343 Yargıtay vermiş olduğu bir kararda on yaşındaki çocuğun kendisini ifade edebileceğini ve bu sebeple görüşünün dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Karar için bkz. Yargıtay 2. HD 27.03.2012 T. 2011/14155 E. 2012/7222 K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası)

hâkim, çocuğun görüşü ile bağlı değildir[344]. Hâkim çocuk ile ilgili bir karar alırken delilleri serbestçe değerlendirecek ve onun yararına karar verecektir[345].

Çocuğun görüşünün alınması ile ilgili olarak TMK'da iki hüküm bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, TMK'nın 339/3 hükmüdür. Maddeye göre, anne ve baba çocuğun hayatını düzenlerken, önemli konularda çocuğun görüşünü dikkate alırlar. Bu bağlamda çocuk belirli bir olgunluğa erişmiş ise kendisini ilgilendiren konular bakımından görüş bildirme ve karara katılma hakkına sahiptir. Çocuğun bu hakkı, aynı zamanda anne ve babanın yükümlülüğüdür[346]. Öğretide 14 yaşı görüş bildirme hakkının kullanılması açısından gerekli olgunluğa erişildiği yaş olarak kabul edilmektedir[347]. TMK'nın 339. maddesi, anne ve babaya çocuğun görüşünü alınırken çocuğu aydınlatma yükümlülüğü yüklememesi ve görüşünün alınmasını çocuğun olgunluğu ile sınırlı tutması sebepleri ile eleştirilmektedir[348]. Gerçekten de BMÇHDS incelendiğinde, TMK'nın yeterli ayrıntıda olmadığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda anne ve babanın, çocuğun görüşüne başvurmadan önce somut olay üzerinde, çocuğu sebep ve sonuçlarla aydınlatması yükümlülüğünün kanun kapsamına dahil edilmelidir.

TMK'da çocuğun görüşünün dikkate alınması ile ilgili ikinci hüküm ise TMK'nın 450/1 maddesidir. Söz konusu maddeye göre, vasinin önemli işlerde karar almadan önce vesayet altındaki idrak sahibi kişinin görüşünü alması yükümlülüğü

---

344 Gülen Sinem Tek/ Seda Gökçe Turan, s. 240.

345 Bilge Öztan, Kitap, s. 1030; Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 352.

Çocuk ile ilgili karar verilirken onun uzun vadede elde edeceği yarar dikkate alınır. Bu bağlamda çocuğun güncel sübjektif iradesinden ziyade, kendisi yetişkin olsaydı hangi yönde karar vereceği değerlendirilir ve farazi iradesi ortaya konur. Gülçin Elçin Grassinger, Armağan, s. 827; Saibe Oktay Özdemir, "Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenilme Hakkı", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, C. 2, İstanbul 2009, 1235-1236, (Armağan); Ahmet Cemal Ruhi, s. 30.

Çocuğun yararının tespiti amacıyla çocuğun farazi iradesinin ortaya konması ile ilgili bkz. Yargıtay 2. HD. 19.04.2017 T. 2016/45 E. 2017/4595 K. sayılı kararı, Yargıtay 2. HD. 20.03.2017 T. 2017/778 E. 2017/2969 sayılı kararı. (UYAP sistemi).

346 Canan Yılmaz, Velayet, s. 23.

347 Rona Serozan, Çocuk, s. 13.

348 Saibe Oktay Özdemir, Armağan, s. 1224; Rona Serozan, Çocuk, s. 70.

düzenlenmiştir. Vesayet altındaki kişinin çocuk olması halinde, vasi, kendisini ifade edebilen çocuğun görüşüne başvuracaktır[349].

BMÇHDS'nin 12. maddesi, çocuğun görüşünün dikkate alınması ilkesi açısından uluslararası nitelikte önem arz eder. Söz konusu maddeye göre, görüşlerini oluşturma yeteneği olan çocuk kendisini ilgilendiren konularda görüş belirtmeli, görüşü dikkate alınmalı, taraf devletler de bu hususta gereken özeni göstermelidir. Bu bağlamda, adli ve idari kovuşturmalarda çocuğa temsilci atanması veya uygun bir makam yoluyla dinlenmesi sağlanmalıdır. Çocuk Hakları Komitesi'nin 25 Mayıs- 12 Temmuz 2009 tarihinde gerçekleştirdiği oturumda, çocuğun görüşünün alınması, çocuğun katılım hakkı olarak nitelendirilmiştir[350].

1996 tarihli ÇHKİAS çocuğun görüşünün alınması açısından önem arz eden bir diğer sözleşmedir[351]. Şöyle ki, çocuğun özellikle velayet ile ilgili davalarda bilgilendirilmesi ve katılımın sağlanmasını amaçlayan sözleşme, 3. maddesinde yeterli idraka sahip çocuğun görüşünün alınmasını ve 4. maddesi gereğince gerekirse temsilci veya avukat tayin edilmesini öngörmektedir. Sözleşmenin 6. maddesi uyarınca adli merciiler de çocuğun kendisini ifade etmesine imkân tanımalıdır[352].

BMÇHDS ve ÇHKİAS'ın kabulü akabinde ulusal hukuklarda çocuğun adli ve idari mercii önünde görüşünün alınmasına yönelik düzenlemeler gerçekleştirilmiştir[353]. Bu bağlamda gerek velayetin düzenlenmesi gerekse velayet kendisine bırakılmayan taraf ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasında çocuğun görüşünün alınmasına yönelik TMK'da daha açık düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

TMK'nın 182. maddesi, boşanma ve ayrılığa karar verilmesi durumunda, çocuk ile velayet kendisine bırakılmayan taraf arasında kişisel ilişki kurulmasını

---

349 Gülen Sinem Tek/ Seda Gökçe Turan, s. 239.

350 Gülçin Elçin Grassinger, Armağan, s. 834.

351 ÇHKİAS ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer Uğur Gençcan, Kişisel İlişki, s. 151- 153.

352 ÇHKDAS'ın Türkiye tarafından onaylanması ile ilgili bkz. 1 Şubat 2001 tarihli 24305 sayılı RG.

353 Saibe Oktay Özdemir, Armağan, s. 1220.

düzenlemiştir[354]. Madde uyarınca mahkeme anne ve babayı veya çocuk vesayet altına alınmış ise vesayet makamını dinleyecek, kişisel ilişki düzenlenmesinde çocuğun sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararını esas alacaktır. Uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınmış ve ilke haline gelmiş çocuğun görüşünün alınması ilkesinin TMK'da kişisel ilişki kurulması ile ilgili maddede yer almaması öğretide haklı olarak eleştirilmiştir[355].

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında[356], öğretideki eleştirileri ve Anayasa'nın 90. maddesi gereği, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar ile güvence altına alınan temel hakların Anayasa'nın üstünde olması kuralını dikkate almıştır. Bu bağlamda idrak yeteneğine sahip çocuğun görüşü alınmadan verilmiş olan mahkeme kararlarının bozulmasına hükmetmiştir.

İsviçre Federal Anayasası'nın 29/2 hükmünde dinlenilme hakkı anayasal güvence altına alınmıştır[357]. Çocuğun görüşünün alınması ile ilgili İsvMK'da 2000 ve 2008 yıllarında gerçekleştirilen değişiklikler özel olarak önem arz etmektedir. İsvMK'ya 2000 yılındaki reform ile, 133. maddesine velayetin belirlenmesinde çocuğun dinlenmesine yönelik yeni düzenlemeler; 144. maddesine boşanma davası sırasında çocuğun dinlenilmesi, 146. maddesine boşanma davasında haklı nedenler halinde çocuğun temsili konuları eklenmiştir. Çocuğun görüşünün alınması ile ilgili,

---

354 Sanem Aksoy Dursun, Çocuk ile Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Uygulamadaki Sorunlar, **Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması**, Ed. Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik, Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 185.

355 Rona Serozan, Çocuk, s. 68-69; Saibe Oktay Özdemir, Armağan, s. 1224; Fulya Erlüle, Kitap, s. 52.

356 YHGK, 01.10.2003 tarihinde vermiş olduğu kararda, BMÇHDS'nin 12. maddesine atıfta bulunarak, velayetin tevdiinde, çocuğun görüşünün alınmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin direnme kararının usul ve yasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. *YHGK 01.10.2003 T. 2003/2-513E. 2003/521 K. sayılı kararı* için bkz. Kazancı İçtihat Bankası

Aynı şekilde Yargıtay BMÇHDS'nin 12. maddesi ve ÇHKİAS'ın 3. maddesinde belirtilen çocuğun dinlenilmesi ve görüşünün alınması ilkesine aykırı olarak çocuğun görüşüne başvurmadan karar veren ilk derece mahkemesinin kararını usul ve yasaya aykırı bulmuştur. Karar için bkz. Yargıtay 2. HD 28.06.2004 T. 2004/2791 E. 2004/6081 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası

357 İsviçre Federal Anayasası'nın 29. maddesi şu şekildedir:

"Herkes, mahkemeler ve idari makamlar önündeki işlemlerde eşit ve adil muamele görme ve makul bir süre içinde değerlendirmeye alınma hakkına sahiptir.

Tarafların dinlenilme hakkı vardır.

Gerekli imkanlara sahip olmayan her kişi, hukuki talepleri umutsuz görünmüyorsa, ücretsiz hukuki yardım alma hakkına sahiptir. Haklarının korunması için gerekli olduğu ölçüde, ücretsiz hukuki yardım alma hakkına da sahiptir."

133/2 hükmü önem arz etmektedir[358]. Bu maddeye göre; velayetin tesisi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasında çocuğun yararı esas tutulacak ve ebeveynlerin ortak kanaati ve mümkün olduğunca çocuğun görüşü dikkate alınacaktır.

Eski İsvMK'nın 144/1 hükmünde çocuklar ile ilgili bir karar verilirken ebeveynlerin mahkemece şahsen dinlenilmesi düzenlendikten sonra, ikinci fıkrasında çocukların, yaşları ve başkaca haklı bir sebep aksini gerektirmedikçe, mahkeme veya mahkemece yetkilendirilmiş üçüncü bir kişi tarafından dinleneceği belirtilmiştir. Eski İsvMK'nın 146. maddesinde ise haklı nedenlerin varlığı halinde çocuğa temsilci atanacağı kuralı konmuştur. Haklı nedenler örnekseme yoluyla maddede sayılmıştır. Özellikle velayetin ana veya babadan birine verilmesinde ve kişisel ilişki kurulmasında anne babanın anlaşamaması, vesayet makamının talebi, anne ve babanın anlaştıkları hususların uygulanabilir olmaması haklı neden kabul edilir[359].

İsviçre usul hukukunda 2008 yılında gerçekleştirilen yeknesaklaştırma çalışması ışığında, İsvMK'nın yukarıda açıklanan, 144 ve 146. maddeleri İsviçre Medeni Usul Kanunu'na (İsvMUK) aktarılmış[360], ilgili değişiklikler 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir[361]. İsvMUK'un 297. maddesinde, çocuğu ilgilendiren konularda mahkemenin ebeveynleri şahsen dinleyeceği, gerekli görmesi halinde ise ebeveynleri arabuluculuğa yönlendireceği; çocuğun dinlenilmesi başlıklı 298. maddesinde, çocuğun yaşı veya diğer önemli sebeplerin varlığı hali istisna olmak üzere, çocuğun mahkemece veya mahkeme tarafından görevlendirilmiş üçüncü bir kişi tarafından bizzat dinleneceği, çocuğun dinlenilmesinde sadece hüküm açısından önem arz eden hususların tutanak altına alınacağı ve bu hususta ebeveyn veya mevcut ise

---

358 2000 tarihli İsviçre Boşanma Hukuku Reformu ile değişen Eski İsvMK'nın 133/2 hükmünde hâkimin velayeti düzenlemeden önce mümkün olduğu ölçüde çocuğu dinlemesi gerektiği belirtilmişti. Aynı kural mevcut İsvMK'nın 133/2 hükmünde çocuğun velayetine karar verirken, çocuğun üstün yararının gözetilmesi, tarafların taleplerinin ve (mümkün olduğu ölçüde) çocuğun dinlenmesi gerektiği şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Linus Cantieni, s. 22.

359 Fulya Erlüle, Kitap, s. 50; Saibe Oktay Özdemir, Armağan, s. 1226.

360 İsviçre Federal Mahkemesi, yeknesaklaştırma çalışması öncesinde, çocuğun dinlenmesini doğrudan doğruya BMÇHDS'nin 12. maddesine dayandırmaktaydı. Karar için bkz. BGE 124 III 90, 92.

361 AS 2010 1739; BB1 2006 7221.

kayyımın bilgilendirileceği, birinci fıkra gereğince çocuğun dinlenilmesinin reddi halinde ise ayırt etme gücüne sahip çocuğun itiraz hakkı olduğu belirtilmiştir.

İsvMK'nın 133. maddesinde de hâkimin boşanmanın sonuçları bakımından çocuk hakkında değerlendirme yaparken mümkün ölçüde çocuğun görüşünü alacağı düzenlenmiştir[362].

AlmMK'nın 1671. maddesinde çocuğun görüşünün alınması ilkesinin yansıması net bir şekilde göze çarpmaktadır. Maddeye göre ayrı yaşam veya boşanmada anne ve babanın velayetten doğan yetkilerin bir kısmını veya tamamını ebeveynlerden birine bırakılması yönündeki talepleri varsa, kanun koyucu 14 yaşındaki çocuğun da bu talebe itiraz etmemesini aramıştır. Aile hukukuna ilişkin usul hükümlerinin düzenlendiği FamGH'nin[363] 159. maddesi de çocuğun şahsen dinlenilmesini düzenlemiştir[364]. Maddeye göre, mahkemenin çocuğu şahsen dinlemesi kuraldır. Bu kuralın istisnasını şu dört durum oluşturur: Önemli bir nedenin varlığı, çocuğun açıkça düşüncesini aktaramayacak durumda olması, alınacak kararda çocuğun görüşünün önemli olmaması veya mahkemenin konusunun sadece çocuğun malları ile ilgili olması. Bu hallerde hâkim çocuğu şahsen dinlemekten kaçınabilir ancak kaçınma kararını gerekçelendirmelidir.

C. Ayrım Gözetmeme İlkesi

Ayrımcılık, öğretide, bir hukuk sisteminde, hak ve özgürlükler bakımından, eşit konumda olan kişilere, geçerli bir sebep olmaksızın eşit davranılmaması şeklinde tanımlanmıştır[365]. Her ne kadar *AİHS'in* 14. maddesinde ayrımcılık yasağından bahsedilse de maddede özel bir tanım yapılmamıştır. *AİHM* içtihatlarına göre devlet tarafından gerçekleştirilen işlemlerde davranışlardaki farklılık makul değilse, meşru

---

362 Bahar Öcal Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu'nun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi, **Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan**, **BAÜHFD**, C. 11, S. 145-146, 2016, s. 644; Tuba Birinci Uzun, s. 155.

363 *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit- Aile Meselelerinde ve İhtiyari Yargı Yetkisine İlişkin Konularda Usul Kanunu*

364 FamGH'nin 159/1 hükmü şu şekildedir: "*Mahkeme çocuğu şahsen dinler ve çocuk ile ilgili kişisel izlenim edinir*.

365 Ulaş Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", **AYD**, C. 32, 2015, s. 237.

bir amaçtan yoksunsa veya amaca yönelik araçlar arasında bir orantısızlık mevcut ise ayrımcılıktan bahsedilmektedir[366].

Çalışmamız bakımından ayrım gözetmeme ilkesinin aktarılmasındaki amaç, bu ilkenin özellikle evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından önem arz etmesindendir. Bu bağlamda, Almanya ve İsviçre'de gerçekleştirilen yasal değişikliklerde ve AİHM'nin içtihatlarında[367], ayrımcılık yasağı, çocuğun üstün yararının korunması ve aile birliğinin korunması ilkeleri ile birlikte değerlendirilerek, evlilik birliği sona erdikten sonraki çocuk ile evlilik birliği dışında doğan çocuk arasında bir farklılık olmaması gerektiği belirtilmiştir. Örneğin 2000 ile 2014 yılları arasında yürürlükte olan Eski İsvMK'nın 298. maddesinde annenin rızası olmadan, babanın birlikte velayete başvuramaması hükmü, AİHS'nin aile hayatını koruyan 8. maddesi ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinin ihlali kabul edilmiş, nitekim 2014 tarihli *Velayet Hukuku Revizyonunda* annenin ve babanın birlikte başvurmasından kaynaklanan annenin onayı şartı kaldırılmıştır[368].

D. Çocuğun Yaşaması ve Gelişmesi İlkesi

BMÇHDS'nin 6. maddesinde geçen çocuğun yaşama ve gelişme hakkı, velayet hukuku bakımından da önce anne ve babanın, sonra da devletin göz önünde bulundurması gereken ilkeler arasında yer almaktadır. Buna göre, çocuğun sadece hayatta kalması yetmez, onun maddi manevi haklarının da geliştirilmesi için uygun koşulların sağlanması gereklidir[369].

Çocuğun yaşaması ve gelişmesi ilkesi kapsamında, çocuğun kendi yararı için gerekli her türlü bilgiye ulaşabilmesi, çocuğu yetiştirecek anne ve babaya devlet

366 Ulaş Karan, s. 238.

367 AİHM'de görülen Salguerio Da SilvaMouta- Potekiz davasından burada bahsetmekte fayda vardır. Tarafların anlaşması ile velayeti annede olan ve fakat annenin çocukların bakımını kendi anne ve babasına bıraktığı olayda babanın velayet talebi ilk derece mahkemesince kabul edilmiş, temyiz mahkemesi ise babanın eşcinsel eğilimi sebebi ile ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. AİHM, temyiz mahkemesinin kararının AİHS'nin 8. ve 14. maddelerine aykırılık teşkil ettiğini bu sebeple hak ihlali olduğuna karar vermiştir. Karar için bkz. Onat Çopur/ Serdar Ünver, **AİHM ve Çocuk Hakları Kararları**, Ankara, 2019, s. 19.

368 2014 tarihli revizyon çalışmamızın 2. Bölümünün II-B-2 kısmında açıklanmıştır.

369 Emine Akyüz, Kitap, s. 52; Sevil Lale Kurt, "Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması", **SPÇD**, S. 36, Y. 2016, s. 112; Ömer Uğur Gençcan, Velayet Hukuku, s. 104.

tarafından yeterli desteğin sağlanması, çocuğun sağlığı için gerekli önlemlerin alınması, ücretsiz ve zorunlu eğitimin en az ilköğretim düzeyinde olması, kültürel ve sanatsal etkinliklere çocuğun yönlendirilmesi gibi hak ve yükümlülükler söz konusu olacaktır[370].

Çocuğun gelişimi ilkesi çocukla kişisel ilişki kurulmasında da dikkate alınır. Bu durum aynı zamanda çocuğun yararınadır. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, çocuğun eğitimini aksatmayacak şekilde kişisel ilişki kurulmasına dikkat çekilmiştir[371]. Bunun yanı sıra Yargıtay, çocuğu ile ilgilenmeyen veya uyuşturucu madde etkisiyle çocuğuna zarar veren kişiler ile velayet ilişkisinin kurulmasını bozma sebebi saymıştır[372].

370 Emine Akyüz, Kitap, s. 52-53.

371 Yargıtay 2. HD 22.04.2015 T. 2015/4637 E. 2015/8341 K. sayılı kararı için bkz. Ömer Uğur Gençcan, Velayet Hukuku, s. 167.

372 Yargıtay 2. HD 18.10.2007 T. 2006/12475 E. 2007/13834 K. sayılı kararı. Benzer şekilde, Yargıtay 2. HD 29.11.2007 T. 2006/2744 E. 2007/16693 K. sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bankası).

İKİNCİ BÖLÜM

BİRLİKTE VELAYET DÜZENLEMELERİ, BİRLİKTE VELAYETİN UYGULANMASINDAKİ AMAÇLAR ve BİRLİKTE VELAYETİN TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ

TMK'ya göre evlilik birliği süresince anne ve baba, velayeti birlikte kullanırlar. Boşanma sonrasına birlikte velayetin uygulanmasına yönelik güncel yargı kararları mevcuttur ancak TMK'da açık düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Güncel yargı kararlarını koruyacak bir şekilde kanun değişikliği gerçekleşmeden, mevcut belirsizlik çözümlenmeyecektir.

Evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından TMK'nın 337. maddesi uyarınca anne velayet hakkına sahiptir. Birlikte velayetin evliliğin boşanma ile sona ermesinde yargı kararları kapsamında uygulanması, evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından neden uygulanamayacağı sorusunu doğurmuştur. Bu bölümde, öncelikle evlilik birliğinin bulunup bulunmasına göre velayet düzenlemeleri aktarılacak, akabinde birlikte velayetin uygulanmasındaki amaçlar ve bu yöndeki sosyolojik çalışmalara yer verilecektir. Son olarak Türk hukukunda birlikte velayetin uygulanması sorunu ele alınacak ve görüşümüz belirtilecektir.

I. EVLİLİK BİRLİĞİ İÇİNDE BİRLİKTE VELAYET DÜZENLEMELERİ

A. Anne ve Babanın Evli Olması Halinde Velayet Hükümleri

TMK'da ailenin tanımı yapılmamış öğretide aile, dar anlamda aile, geniş anlamda aile ve en geniş anlamda aile olarak üç grupta aile değerlendirilmiştir[373]. Buna

373 Bilge Öztan, Kitap, s. 3.

göre, dar anlamda aile eşlerden oluşan evlilik birliğini ifade etmektedir ve TMK'nın 188 ile 281. maddeleri arasında düzenlenmektedir[374]. Geniş anlamda aile ise anne ve babanın yanında çocukların da dahil olduğu topluluktur[375]. Geniş aile velayet hükümleri ile bağlantılı olduğu gerekçesi ile "*velayet ailesi*" olarak da adlandırılır ve TMK'nın 335 ile 363. maddeleri arasında yer alır[376]. Dar ve geniş ailede yer alan kişiler ile birlikte, kan veya kayın hısımlığı sıfatı altında veya sözleşme ilişkisi ile beraber yaşayan bireylerinin oluşturduğu topluluk ise en geniş aileyi meydana getirir[377].

TMK'nın 336/1 hükmü gereğince, Türk hukukunda evlilik birliğinin devamı süresince anne ve babanın velayeti birlikte kullanırlar[378]. Çocuğun doğumunda anne

---

374 EMK'da "karı koca" başlığı altında aktarılan dar anlamda aile bakımından başlığın bu şekilde geçmesi, o dönemde öğretide eleştirilmiş ve başlığın "evlilik hukuku" olarak nitelendirilmesinin daha doğru olacağı ifade edilmiştir. Eleştiriler için bkz. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, İstanbul, 1979, s. 5. Nitekim eleştirilerin dikkate alındığı ve TMK'nın ikinci kitabını oluşturan aile hukukunun birinci kısmının başlığının "evlilik hukuku" olarak düzenlendiği görülmektedir.

375 Bilge Öztan, Kitap, s. 4.

376 Sera Reyhani Yüksel, s. 36; Selma Çetiner, Armağan, s. 28.

377 Bilge Öztan, Kitap, s. 4; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, s. 6.

AİHM ise aileyi daha geniş şekilde yorumlamaktadır. Hukuken evlilik bağı bulunmasa dahi, somut olayın koşullarına göre başvurular aile kavramı içerisinde ele alınabilmektedir. Bu hususta genel prensip, davaya konu taraflar arasındaki kişisel ilişkinin yakınlığı ve buna bağlı olarak AİHS'nin 8. maddesi kapsamında korunmasıdır. AİHM'in aile kavramına bağlı olarak yer verdiği korumada esas aldığı kriterlere, başvurucular arasındaki ilişkinin uzunluğu (Başvuru No: 21830/93); birlikte yaşamaları (Başvuru no: 9697/82) varsa çocukları ile olan ilişkileri örnek olarak gösterilebilir. AİHM'nin aile kavramı hakkındaki görüşleri için ayrıca bkz. Özge Yücel Dericiler, "AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması", **VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu Bildiriler,** 13-14 Kasım 2014, İstanbul 2014, s. 373 vd.

378 Bilge Öztan, "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu", **Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan**, Ankara 2006, s. 255, (Armağan), s. 254; Eylem Apaydın, "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği", **İnÜHFD,** C. 9, S, 1, Y. 2018, s. 450; Mehmet Erdem/ Aslı Makaracı Başak, s. 438; Fulya Erlüle, Kitap, s. 143; Bülent Köprülü / Selim Kaneti, s. 249; İlknur Serdar, s. 169; Bilge Öztan, Kitap, s. 1087; Ebru Ceylan, s. 202.

EMK'da, velayet kullanılırken babaya üstünlük verilmiştir. Kanunun 263. maddesine göre, anne ve babanın velayet ile ilgili bir husus üstünde anlaşamamaları durumunda babanın oyu annenin oyundan üstün sayılmıştır. Öğretide bu oy üstünlüğünün, eşlerden birinin diğeri üstünde hüküm kurması amaçlı olmadığı, çocuğun menfaati amacıyla sınırlandırmanın getirildiği belirtilmiştir. Bu görüşe göre, kanun koyucunun küçüğün evlenmesi gibi özel konularda anne ve babanın her ikisinin de rızasını araması bu argümanı destekler niteliktedir. Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, s. 249.

EMK döneminde, babanın kararının çocuğun yararına olmadığını düşünen annenin mahkemeye başvurup başvuramayacağı değerlendirilmiştir. *Berki*'ye göre, annenin talebi olsa dahi, mahkemece bu talep dinlenemez zira annenin bu yönde bir talebine dair kanunda zımni kayıt dahi yoktur. Şakir Berki, Kitap, s. 13.

ve babası evli olmasa dahi, tarafların sonradan evlenmeleri halinde, evlilik birliği devam ettiği sürece, velayet birlikte kullanılacaktır[379]. Bu bağlamda, velayet altında olan bireyin, küçük veya kısıtlanmış ergin olmasının bir önemi bulunmamaktadır[380]. Önemle belirtmek gerekir ki, velayet anne ve babaya ayrı ayrı tanınmış bir hak ve yükümlülüktür ve anne ve babanın diğerine karşı tek başına ve şahsi olarak sorumluluğu esastır[381].

Evlilik birliği içindeki velayet birlikte kullanılırken anne ve babanın birbirlerine danışarak hareket edecekleri ve son kararı beraber verecekleri kabul edilir. Yine de hayatın olağan akışında her adımda, her küçük işlemde, birlikte hareket etmeleri beklenemez. Bu bağlamda, gündelik hayata yönelik işlemler bakımından anne veya babanın, diğer ebeveynin açık veya örtülü rızası ile tek başına çocuğun yararına işlemler gerçekleştirebileceği kabul edilmektedir[382]. Tek başına işlemler gerçekleştirilirken diğer eşin farazi iradesi göz önünde bulundurulmalıdır[383].

Velayetin kapsamındaki hak ve yükümlülüklerin ifasında, anne ve babanın anlaşmazlığa düşmeleri halinde, nasıl bir yol çizileceği, TMK'nın 195. maddesinin kıyasen uygulanması ile çözümlenmektedir[384]. Buna göre, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ifa edilmemesi veya evlilik birliğine dair önemli bir hususta eşlerin anlaşamamaları halinde, hâkimin müdahalesi nasıl mümkünse, velayetten kaynaklanan yükümlülüklerin ifası bakımından da mümkün olmalıdır. Bu kapsamda anne ve babanın anlaşamamaları halinde, hâkimden yardım talep edebilecekleri kabul

---

Anayasamızın 10. ve 41. maddelerinde düzenlenen genel eşitlik ve aile içindeki eşitlik ilkesinin bir yansıması olarak, anne ve baba arasındaki bu ayrımcı kural, çağdaş hukuk düzenleri ile bağdaşmadığı gerekçesiyle TMK'da yer bulmamıştır. Ebru Ceylan, s. 203.

379 Cem Baygın, s. 262; Bilge Öztan, Kitap, s. 1086-1087.

380 Suat Sarı, s. 88.

381 Tuba Birinci Uzun, s. 138; Sevgi Usta, s. 106; Fulya Erlüle, Kitap, s. 143.

382 Ebru Ceylan, s. 203; Canan Yılmaz, Velayet, s. 37.

383 Suat Sarı, s. 89.

384 Cem Baygın, s. 263; Fulya Erlüle, Kitap, s. 145.

edilmektedir[385]. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, tarafların başvurusu üzerine hâkim öncelikle uzlaştırmaya teşvik eder ve gerekirse uzman yardımına başvurur[386].

Türk hukuku uygulamasında hâkim, *Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı* (ASHB) bünyesinde yer alan, *Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlükleri ve Sosyal Hizmet Merkezleri*ndeki uzman kişilerden yardım alabilecektir[387]. Uzlaşmaya varılmaması halinde ise, hâkimin son raddede eşler adına karar verebilmesi mümkündür[388]. Anne ve baba arasındaki uyuşmazlığın, çocuğun yararını tehlikeye sokması ve çocuğun korunması açısından hâkimin müdahalesini gerektirecek hallerin doğması halinde ise TMK'nın 346. maddesi gereğince hâkimin re'sen gerekli önlemleri alır[389]. Bu halde hâkim TMK'nın 347. maddesi gereğince çocuğun anne ve babadan uzaklaştırılarak başka bir aile yanına verilmesine veya devlet kurumuna yerleştirilmesine de karar verebilir.

Velayetten doğan yetkilerin fiili imkânsızlık sebepleri ile tek ebeveyn tarafından kullanılması mümkün olabilir. Bu durum özellikle askerlik, tutukluluk hali gibi hallerde karşımıza çıkar. Diğer ebeveynin görüşü beklenemeyecek aciliyette bir hususta karar alınmasını gerektiriyorsa ve diğer ebeveyne ulaşılamıyorsa velayetten doğan yetkiler, tek ebeveyn tarafından kullanılacaktır[390]. Durumun aciliyet gerektirmemesi halinde ise, diğer ebeveyne ulaşılması ve fikrinin alınması şarttır[391]. Yine de bu durum, velayetin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasından kaynaklı

---

385 Suat Sarı, s. 91; Sera Reyhani Yüksel, s. 49; Cem Baygın, s. 263; Bilge Öztan, Kitap, s. 1087; Yıldız Abik, s. 29; Ali İhsan Özuğur, **Velayet Vesayet Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler,** Ankara, 2010, s. 566.

386 Sevgi Usta, s. 107-109; Gülçin Elçin Grassinger, s. 39.

387 TMK'nın 195. maddesinin karşılığı olan İsvMK'nın 172. maddesinde, Türk mevzuatından farklı olarak, uzman kişiler terimi yerine İsviçre'de uygulamada görevli olan "*Evlilik ve Aile Danışma Bürolarından*" yardım alınması düzenlenmiştir. Bu maddede kastedilen tarafların arabuluculuğa yönlendirilmesidir. Ebru Ceylan, s. 204.

388 Suat Sarı, s. 94.

389 Suat Sarı, s. 93 vd.; Ebru Ceylan, s. 39.

390 Yargıtay'ın bu yöndeki görüşü için bkz. Yargıtay 2. HD 01.12.1980 T. 7442 E., 8596 K. sayılı kararı, **Yargıtay Kararları Dergisi**, S. 3, s. 284

391 Yıldız Abik, s. 31; Emine Akyüz, Kitap, s. 215; Sevgi Usta, s. 27.

olarak, yetki belgesi ile, kanunen her iki ebeveynin de rızasının arandığı hallerde, tek eşin rızasının yeterli olacağı sonucunu doğurmamaktadır[392].

1912 tarihli İsvMK'da, 1 Ocak 1978 tarihli Çocuk hukuku reformunda da 1 Ocak 2000 tarihli Boşanma hukuku revizyonunda da değişmeyen ve hala günümüzde de güncelliğini koruyan kural, evlilik birliği devam ettiği sürece anne ve babanın velayeti birlikte kullanmasıdır[393]. Evlilik birliği içindeki birlikte velayette sadece ebeveyn rollerinde önemli bir değişiklik gerçekleşmiştir. Çocuk hakları reformu ile evlilik birliği içinde babanın üstün oy hakkı kaldırılmış, bu şekilde evlilik birliği içinde eşitlik sağlanmıştır[394].

Çocuk hakları reformu döneminde, İsviçre Medeni Kanunu'nun 297/1 hükmü gereğince, evlilik birliği devam ettiği sürece anne ve baba velayeti birlikte kullanacaklardır. Çocuğun doğumundan sonra evlilik birliğinin kurulmasında da bu kural uygulanacaktır. Evlilik birliğinin devamı sürecinde anne ve babanın velayeti birlikte kullanmaları, anne veya babadan birinin ölmesi, kapsamlı kayyım atanması, çocuğun ergin olması veya velayetin hâkim kararı ile birinden veya ikisinden de kaldırılmasına kadar devam edecektir[395].

Uluslararası hukukta yaşanan gelişmeler İsviçre Medeni Kanunu'nu da etkilemiş, "*elterliche Gewalt* (ebeveyn hakimiyeti)" kavramı, 1 Ocak 2000 tarihli *Boşanma Hukuku Revizyonu* kapsamında, koruma ve bakma anlamını içeren "*elterliche Sorge* (ebeveyn bakımı)" ile değiştirilmiştir. Bu şekilde Almanca konuşan ülkeler ile terim birliği sağlanması amaçlanmıştır[396].

---

392 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 409.

393 Andrea Büchler/ Rolf Vetterli, s. 240; Heinz Hausheer/ Thomas Geiser/ Regina Aebi Müller, s. 408; Ebru Ceylan, s. 202.

394 Emine Akyüz, "Medeni Kanuna Göre Ana Babanın Çocuğu yetiştirme Görevi", **AÜEBFD**, C. 16, S. 1, Y. 1983, s. 520, (Yetiştirme).

395 Heinz Hausheer/ Thomas Geiser/ Regina Aebi Müller, s. 408.

396 Sabrina Poschke, **Das neue Schewizer Scheidungsrecht- Ausgewahlte Aspekte im Rechtsvergleich mit dem Deutchen Scheidungsrecht,** Band 6, Frankfurt am Main- Berlin, 2000, s. 142; Annatina Wirz, s. 4; İngeborg Schwenzer/Tomie Keller, **"Gemeinsame elterliche Sorge- Der (steinige) Scheizer Weg",** Festschrift für Dagmar Coester- Waltjen zum 70. Geburstag, Sonderdruck aus Zwischenbilanz, 2015, s. 236.

1 Temmuz 2014 tarihli velayet hukuku reformu sonrasında, evlilik birliği içinde anne ve babanın velayeti birlikte kullanacakları hükmü İsvMK'nın 296. maddesinde yerini almıştır[397]. 296. maddeye göre, velayet çocuğun yararına hizmet eder ve çocuklar ergin oluncaya kadar anne ve baba tarafından birlikte kullanılır[398].

Alman hukuk düzeninde aile, Federal Alman Anayasası'nın 6. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Federal Alman Anayasası'nın 6. maddesine göre, evlilik ve aile devlet düzenince korunmaktadır, çocukların bakım ve eğitimi anne baba açısından hem hak hem de yükümlülüktür[399].

---

397 İsvMK'nın 296. maddesi şu şekildedir:

"Velayet çocuğun yararınadır.

Ergin olmayan çocuk anne ve babasının velayeti altındadır.

Küçük ve kısıtlı ebeveynin velayet hakkı yoktur. Anne baba ergin olduğunda velayete sahip olur. Kısıtlılığın kaldırılması durumunda Çocuk Koruma Makamı, çocuğun üstün yararı gereği velayet düzenlemesini gerçekleştirecektir."

398 Türk hukukundaki düzenlemeye benzer bir şekilde İsviçre'de de anne ve babanın çocuk ile ilgili gerçekleştirdikleri işlemlerde her zaman beraber hareket etmeleri zorunlu değildir, diğer ebeveynin açık veya örtülü iradesine göre hareket etme kuralı burada da geçerlidir. Çocuk ile ilgili bir hususta diğer ebeveynin açık iradesine karşı tek başına işlem yapan ebeveynin gerçekleştirdiği işlem ancak çocuğun yararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde koruma altındadır. Bu şartların bulunmaması durumunda hâkimin müdahalesi talep edilebilir. Gerçekleştirilen işlem aynı zamanda çocuğun yararını tehlikeye atıyorsa koruma tedbirlerine başvurulabilir. Andrea Büchler/ Rolf Vetterli, s. 240.

399 Alman hukukunda aile kavramı açıklanmamış ancak evlilik, AlmMK'nın 1353. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, evlilik bir ömür boyu devam etmek üzere gerçekleştirilir ve eşlerin bir arada yaşama yükümlülükleri vardır. Çalışmamız açısından önem arz eden husus, AlmMK'nın 1353. maddesinde, 1 Ekim 2017 tarihinde yürürlüğe giren kanun ile gerçekleşen değişik neticesinde, "*herkes için evlilik*" ilkesi ile yola çıkılması ve aynı cinsten evliliklerin Alman hukuku bakımından mümkün kılınmasıdır. (Kanun değişikliği gerekçesi için bkz. Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 52, am 28. Juli 2017, s. 2787-2788.) Bu bağlamda, 1 Ekim 2017 tarihinden sonra, mevcut olan aynı cinsteki kayıtlı hayat ortaklıkları da evliliğe dönüştürülebilecektir.

Her ne kadar evlilikler açısından aynı cinsin evliliği kabul edilse de eşcinsel evliliklerde birlikte velayetin uygulanması bakımından durum farklıdır. Alman hukuku bakımından annelik AlmMK'nın 1591. maddesinde, doğuran kadının ana olduğu kuralı ile düzenlenmiştir. Hangi hallerde çocuğun babası konumunda olunacağı ise AlmMK'nın 1592. maddesinde sayılmıştır. Buna göre doğum sırasında anne ile evli olan, çocuğu tanıyan veya mahkeme kararı ile babalığına karar verilen kişiler olarak baba olarak kabul edilir.

AlmFM önüne gelen bir olayda, eşcinsel evlilik yapan iki kadından biri sperm bankası yolu ile hamile kalmış ve çocuğun doğumunda nüfusa anne olarak kaydedilmiştir. Diğer eş kendisini "ek anne" olarak nüfusa kaydettirmek istemişse de nüfus idaresince bu talebi reddedilmiştir. Kadının itirazı üzerine Bölge Mahkemesi kadının talebini yerinde bulmuştur. Bölge mahkemesinin kararına nüfus müdürlüğü itiraz etmiş ve Yüksek Mahkeme, Bölge Mahkemesi'nin kararını bozmuştur. Karar gerekçesinde talepte bulunan kadının çocuk ile soybağının bulunmadığı belirtilmiştir. Gerekçeye göre, ikinci eş çocuğun ne annesi ne de babasıdır, evlat edinme yolu ile de kurulan bir soybağı olayda mevcut değildir. Kanun koyucunun eşcinsel evlilikleri kabul etmiştir ancak soybağı ile ilgili düzenlemeleri değiştirmemiştir. Başvuran kadın, AlmMK'nın 1592. maddesini dayanak olarak gösterse de bu madde babalığın tesisi ile ilgilidir ve eşcinsel evlilikleri kapsamaz. AlmMK'da anneliği düzenleyen 1591. maddede de tek bir

Alman hukukunda anne ve babanın velayet bakımından hakları ve yükümlülükleri üç ana gelişme neticesinde şekillenmiştir. Birincisi 1979 yılına kadar Almanya'da yer verilen "*elterliche Gewalt* (Ebeveyn hakimiyeti)" kavramının terk edilmesi ve 18.08.1979 tarihli *Ebeveyn Bakımının Yeniden düzenlenmesine İlişkin Kanun Reformu*'nun yürürlüğe girmesi ile "*elterliche Sorge* (Ebeveyn bakımı)" kavramının kullanılmaya başlamasıdır[400]. Reform neticesinde, çocuk ve çocuğun yararı velayette odak noktası haline gelmiştir. Anne ve baba açısından önceden sahip olunan hak kavramı yerini hem hakları hem de yükümlülükleri içeren kavrama bırakmıştır. İkinci ana gelişme Federal Alman Anayasası'nda ve kadın ve erkek eşitliğinin tesisidir. Doğrudan doğruya velayeti etkilemese de, eşitliğin anayasal güvence altına alınması ebeveyn rollerinde de eşitliğin yolunu açmıştır. Üçüncüsü ise evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından kanunda yer alan ayrımcı hükümlerin değiştirilmesidir[401].

Alman hukukunda evlilik birliği içinde doğan çocuklar bakımından önem arz eden değişiklik 16.12.1997 tarihli *Çocuk Hukuku Reformu* ile gerçekleşmiştir. Bu reformdan önce, evlilik birliği içerisinde velayetin babanın oyunun üstün olduğu düzen mevcut iken, *Eşit Haklar Yasası* ile bu düzen kırılmış akabinde, 1 Temmuz 1998 tarihinde yürürlüğe giren *Çocuk Hukuku Reformu* ile evlilik birliği içinde doğmuş/ doğmamış çocuk ayrımı kaldırılmış, çocukların eşit miras payları kabul edilmiştir[402].

Eşit oy hakkına sahip ebeveynlerin velayet ile ilgili konularda fikir ayrılığına düşmeleri halinde mahkemeden yardım talep etmeleri AlmMK'nın 1628. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, çocuk ile ilgili önemli bir konusu

---

annenin varlığı kabul edilmiştir. Yasama organı, özellikle taşıyıcı annelik durumunda yumurta donörünün anneliği olmak üzere, ebeveynlik kanunu kapsamındaki diğer olası anne-çocuk atama biçimlerini kasıtlı olarak hariç tutmuştur. Tüm bu sebeplerle somut olayda kadın eş "ek anne" olarak yazılamayacağı gibi baba hanesine de kayıt olamaz. AlmFM kararı için bkz. BGH 10.10. 2018 tarihli XII ZB 231/18 sayılı kararı (openjur.de)

400 Birgitta Patzhorn, **Das gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung in Kalifornien und Deutschland- ein Rechtsvergleich**, Tübingen 2000, s. 74; Karlheinz Muscheler, **Familienrecht,** 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen GmbH, Müchen, 2017, N. 589, s. 368.

401 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nina Dentloff, "Parental Rights and Responsibilities in Germany" **Family Law Quarterly**, Vol. 39, No. 2, Symposium on Comparative Custody Law, 2005, p. 315-316.

402 Mehmet Beşir Acabey, **Soybağı (Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı),** İzmir, 2002, s. 101 vd.

ebeveynlerin anlaşamaması durumunda, taraflardan birinin talebi üzerine mahkemece anne babadan birinin yetkilendirilmesi mümkündür[403].

B. Ortak Yaşama Ara Verilmesi veya Ayrılık Kararı Verilmesi Halinde Velayet Hükümleri

Evlilik birliğinde ortak yaşama ara verilmesi, TMK'nın 197. maddesinde, birliğin korunması amacıyla düzenlenen tedbirler arasında yer almaktadır[404]. Madde uyarınca, ayrı yaşama hakkı, ortak yaşamdan kaynaklı olarak eşlerin kişiliğinin, ekonomik hayatının, aile huzurunun önemli derecede tehlikeye düşmesi halinde tanınmıştır[405]. Haklı bir nedene dayanarak ortak yaşama ara verilmesi durumunda hâkim, eşlerin birbirlerine yapacakları parasal katkıya, konut ve eşyaların kullanımlarına, malların yönetimlerine ve velayete dair düzenlemeleri gerçekleştirir[406]. Önemle belirtmek gerekir ki, hâkim kararı olmaksızın eşlerin ayrı yaşamaya başlamaları doğrudan doğruya velayeti etkilemeyecektir. Öte yandan ortak yaşama ara verilmesi bir davada konu edildiğinde, hâkim velayet ile ilgili düzenlemelere, tarafların bu yönde talepleri olmasa dahi, karar verecektir. Bu bağlamda birlikte velayetin devamına hükmedilebileceği gibi velayet tek bir tarafa da bırakılabilir[407].

Mahkeme kararı ile ayrılığa karar verilmesi için, boşanma sebeplerinin bulunması ve taraflardan birinin ayrılık veya boşanmaya yönelik bir dava açması gerekmektedir. Hâkim, TMK'nın 170/2 hükmü gereğince ayrılık talebi ile açılan davalarda boşanmaya karar veremez ancak boşanma amacıyla açılan davalarda boşanmaya karar verebileceği gibi, maddenin 3. fıkrası uyarınca, tarafların yeniden bir araya

---

403 İlknur Serdar, s. 163.

404 Fulya Erlüle, Kitap, s. 145; Hüseyin Hatemi, s. 94.

405 Canan Yılmaz, **Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi,** Ankara, 2016, s. 24 vd. (Kitap); Ahmet Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, Ankara, 2019, s. 210; Tuba Birinci Uzun, s. 143; Ebru Ceylan, s. 209.

406 Söz konusu önlemler tedbir nafakası ve konut ile konut eşyasından yararlanma hakkıdır. Ahmet Kılıçoğlu, s. 210.

Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu kararlara örnek olarak bkz. Yargıtay 3. HD. 06.03.2017 T. 2016/13811 E. 2017/2522 K. sayılı kararı; Yargıtay 2. HD: 30.03.2015 T. 2014/21385 E, 2015/5975 sayılı kararı; Yargıtay 3. HD. 20.209.2016 T. 2016/13070 E. 2016/10986 K. sayılı kararı (UYAP sistemi).

407 Cengiz Koçhisarlıoğlu, s. 25; Cem Baygın, s. 265; Bilge Öztan, Kitap, s. 1089.

gelebileceği ihtimalini göz önünde bulundurarak ayrılığa karar verebilir[408]. Bu şekilde taraflara tekrar düşünme imkânı sunulmaktadır[409]. TMK'nın 166. maddesinde düzenlenen anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılıktan kaynaklı boşanma davalarında ise hâkimin ayrılık kararı verme yetkisi yoktur[410].

Ayrılık kararının verilebilmesi için ispatlanmış bir boşanma sebebi olmalıdır[411]. Burada boşanma davası açma hakkı olan tarafa boşanma veya ayrılık davası açma yönünde bir seçme hakkı tanınmaktadır. Ortak hayata ara verilmesinde ise tehlikenin varlığı yeterlidir. TMK'nın 197. maddesinde belirtilen şartların varlığı durumunda hâkim, birliği koruyacak ve tarafların haklarının ihlali tehlikesini de önleyecektir. Önemle belirtmek gerekir ki, hâkimin bu yönde karar verebilmesi için, hakların ihlali tehlikesinin birliğin kendisinden kaynaklanması gerekmektedir[412].

TMK'nın 169. ve 197/4 hükümleri gereğince hâkim velayete dair düzenlemeleri, tarafların çocuğa dair özel bir talebi olmasa dahi gerçekleştirecektir[413]. TMK'nın 336/2 hükmü gereğince hâkim velayeti anne veya babadan birine vererek, tek taraflı velayet tahsis edebilir[414]. Madde metninin zıt anlamından yola çıkarak, hâkimin takdir yetkisi uyarınca, tek taraflı velayete hükmedilebileceği gibi, velayetin anne ve babada devam etmesine de karar verilebileceği öğretide ileri sürülmüştür[415]. Önemle belirtmek gerekir ki, mahkeme kararı ile tek taraflı velayetin kabul edildiği ortak yaşama ara

---

408 Ebru Ceylan, s. 209. Bu düzenleme, usul hukukunun temel ilkelerinden olan, özel hukuk davalarında hâkimin tarafların talepleri ile bağlı olması ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Ahmet Kılıçoğlu, s. 122.

409 Ayrılık süresi TMK'nın 171. maddesi uyarınca bir yıldan üç yıla kadar belirlenebilir. Ayrılık kararının kesinleşmesi ile süre başlayacaktır. Bu süre zarfında tarafların bir araya gelmemeleri halinde süre sonunda taraflardan her biri boşanma davası açılabilir. Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 142-143.

410 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 140; Bilge Öztan, Kitap, s. 708.

411 Canan Yılmaz, Kitap, s. 9.

412 Fulya Erlüle, Kitap, s. 146.

413 Canan Yılmaz, Kitap, s. 163; Bilge Öztan, s. 371; Mustafa Alper Gümüş**, Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK 185-281)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 174.

414 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 408; Fulya Erlüle, Kitap, s. 143, 145.

415 Bilge Öztan, Kitap, s. 1089; Cengiz Koçhisarlıoğlu, s. 25; Sevgi Usta, s. 110; Tuba Birinci Uzun, s. 143; Cem Baygın, s. 265; Mehmet Erdem/ Aslı Makaracı Başak, s. 438; Ebru Ceylan, s. 209.

verilmesi veya ayrılıkta, tarafların tekrar bir araya gelmeleri mahkeme kararını kendiliğinden kaldırmaz. Mahkemece velayetin tekrar tahsisi gereklidir[416].

İsvMK'nın 175. maddesine göre ebeveynler ortak yaşama ara verme kararı aldıklarında kural olarak çocuk üzerindeki birlikte velayetleri devam edecektir. Ancak anne ve baba arasında velayeti ilgilendiren hususlarda uyuşmazlıkların mevcut olduğu durumlar bakımından hâkimin müdahalesi talep edilebilir[417]. Aynı şekilde İsvMK'nın 117. maddesine göre ayrılık kararı alındığında da hâkim çocuk ile ilgili önlemleri alacaktır[418]. İsvMK'nın 298. maddesine göre, hâkim velayet ile ilgili karar verirken çocuk ile kişisel ilişki ve bakım yükümlülüklerine dair hususları da düzenler. Birlikte velayete karar verilecekse alternatif himayenin mümkün olup olmadığı değerlendirilir[419]. Çocuğun yararının gerektiği hallerde tek taraflı velayete karar verebileceği gibi çocuğa vasi de atanabilir[420].

AlmMK'da ebeveynlerin ayrı yaşaması hali velayeti doğrudan etkilemeyecektir. Birlikte velayet devam edecektir. Tarafların tek taraflı velayeti talep etmeleri ise AlmMK'nın 1671. maddesine göre mümkündür[421].

Kanaatimizce ortak yaşama ara verilmesi veya ayrılık halinde evlilik birliği sona ermediği için birlikte velayet de devam etmeli ancak çocuğun yararı tek tarafa velayetin verilmesini gerektiriyorsa hâkim bu yönde hareket etmelidir. Velayetin hangi türüne göre karar verilirse verilsin, kararda, çocuğun maddi ve manevi ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik düzenlemelere yer verilmelidir. Söz konusu düzenlemelerde çocuğun yararı ve görüşü dikkate alınmalı, anne ve babanın çocuk ile olan ilişkisinin devamlılığı amaçlanmalıdır.

---

416 Mehmet Erdem/ Aslı Makaracı Başak, s. 439.

417 Heinz Hausheer/ Thomas Geiser/ Regina Aebi Müller, s. 408.

418 Canan Yılmaz, Kitap, s. 165.

419 Canan Yılmaz, Velayet, s. 19.

420 Andrea Büchler/ Rolf Vetterli, s. 240.
İsvMK'nın 298. maddesi velayet düzenlemeleri açısından genel bir kuraldır. Kurt Affolter-Fringeli/ Urs Vogel, **Die elterliche Sorge / der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB- Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB- Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB, BK- Berner Kommentar,** Herausgeber: Heinz Hausheer/ Hans Peter Walter, Stämpfli Verlag AG, 2016, Art. 298, N. 6.

421 AlmMK'nın 1671. maddesi çalışmamızın 2. Bölümünün II- C kısmında açıklanmıştır.

II. EVLİLİK BİRLİĞİNİN MEVCUT OLMADIĞI HALLERDE VELAYET DÜZENLEMELERİ

1969 yılından sonra Almanya'da ve İsviçre'de velayet hukuku bakımından dikkat çeken noktalar, evlilik birliği içinde doğmuş/doğmamış çocuk ayrımının kaldırılması; evlat edinmenin kolaylaştırılması, velayet kaynaklı otoritenin çocuk haklarıyla sınırlandırılması, evlilik içinde kadın-erkek eşitliğinin kabul edilmesidir. Bu gelişmelere bağlı olarak, velayetin yürütülmesinde ebeveynlerin eşit söz hakkına olması amaçlanmıştır[422]. Toplumdaki değişimler ve aile birliği içindeki gelişim, birlikte velayetin, sadece evlilik birliği içinde değil, evliliğin mevcut olmadığı hallerde de uygulanması gerektiği düşüncesini uyandırmıştır[423].

Eşitlik ilkesinin aileye yansıması, çocuğun yararının üstün tutulması, anne ve babalık hakkının evlilik birliğinden bağımsız olduğu düşüncesinin esas alınması neticesinde birlikte velayet evlilik birliğinin bulunmadığı hallerde de yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Birlikte velayetin kural halinde devam mı edeceği yoksa istisnai olarak mahkeme kararı ile mi uygulanacağı noktası ise ulusal düzenlemelerde farklılık arz etmektedir.

Çalışmamızda, Türk hukukuna ışık tutması açısından, Almanya ve İsviçre'deki düzenlemeler aktarılacaktır. Bu bağlamda yasal gelişmelere yer verilecek, birlikte velayetin uygulanması yönündeki araştırmalar ve görüşler açıklanacaktır. Son olarak Türk Hukukundaki gelişmeler, öğretideki görüşler, görüşümüz aktarılacaktır.

A. Eşlerden Birinin Ölümü veya Gaipliğine Karar Verilmesi veya Eşin Velayet Hakkını Kullanamaz Hale Gelmesi Halinde Velayet

Evlilik birliği içinde doğmuş çocuk bakımından, anne ya da babanın birinin ölümü ya da gaipliğine karar verilmesi halinde[424] TMK'nın 336/3 hükmü gereğince,

---

422 Gelişmelerin tarihsel özeti için bkz. Rona Serozan, Çocuk, s. 24 vd.

423 Sevgi Usta, s. 2.

424 Kişilik, TMK'nın 28. maddesi gereğince sağ doğum ile başlar ve ölümle sona erer. Hayatı sona ermiş olan kişinin bedeninin var olması, ölümün varlığı bakımından herhangi bir soru işareti teşkil etmezken, cesedin bulunmadığı hallerde iki yolla kişinin öldüğü kabul edilir. Bu yollar ölüm karnesi ve gaiplik durumlarıdır.

diğer ebeveyn tek başına velayete kendiliğinden, mahkeme kararına gerek kalmaksızın sahip olur[425]. Bir eşin velayet hakkını kullanamaz hale gelmesi, örneğin anne veya baba hakkında kısıtlılık kararı verilmesi durumunda da aynı kural geçerli olacaktır[426].

Evlilik birliği dışında doğan çocuk bakımından, velayet kendisinde olan tarafın ölümü doğrudan diğer ebeveynin velayete sahip olacağı sonucunu doğurmaz. Aynı durum boşanma sonucunda velayet hakkına sahip olan ebeveyn için de geçerlidir. Bu halde mahkeme kararı ile velayetin tesisi sağlanır[427]. Mahkeme karar verirken çocuğun üstün yararına göre karar verir ve gerekli hallerde çocuğa vasi atar[428].

TMK'nın 31. maddesine göre, kişinin ölümüne kesin olarak bakılan hallerde kaybolması ve cesedinin de bulunamaması durumlarında, örneğin bindiği uçağın okyanusun 34 bin feet yüksekliğinde infilak etmesi ve kimsenin cesedinin bulunmaması halinde, ölümün kesin olarak gerçekleştiği kabul edilir ve o yerin en büyük mülki amirinin kararı ile nüfus kütüğüne ölü kaydı konulur. Kayıt düşülmesi akabinde, olay tarihinden itibaren o kişinin ölümüne bağlı tüm sonuçlar doğar. Serap Helvacı/ Fulya Erlüle, s. 61; Mustafa Dural/ Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s. 26-27; Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler),** İstanbul, 2019, s. 26-29.

Gaipliğe bağlı olarak kişiliğin sona ermesi ise ancak mahkeme kararı ile mümkün olacaktır. TMK'nın 32-35. maddelerinde düzenlenen gaiplik, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya uzun süre kendisinden haber alınamayan kişiler bakımından, ölümü hakkında kuvvetli şüphelerin varlığı halinde söz konusu olabilir. Gaipliği hakkında karar verilecek kimsenin, ölümünün sonuçlarını doğurabilmesi için mahkeme kararının aranması, gaibin ölümüne kesin gözüyle bakılmaması, küçük de olsa yaşama ihtimalinin bulunmasındandır.

Gaiplik halinde ölüm karinesinden farklı olarak, evlilik kendiliğinden sona ermez. Evliliğin sona erdirilmesini isteyen eşin bu halde ya gaiplik kararı ile birlikte ya da açacağı ayrı bir dava ile evliliğin feshini talep etmesi gerekmektedir. Serap Helvacı/ Fulya Erlüle, s. 64; Tuba Birinci Uzun, s. 145; Cem Baygın, s. 269.

425 Mehmet Erdem/ Aslı Makaracı Başak, s. 438; Fulya Erlüle, Kitap, s. 148; Tuba Birinci Uzun, s. 144; Ahmet Cemal Ruhi, s. 39.

426 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 408.

427 Bilge Öztan, Kitap, s. 1095.

Yargıtay 2. HD 02.02.2016 T. 2015/26726 E. 2026/1507 K. sayılı kararına konu olayda velayete sahip anne vefat etmiş, velayet ise mahkeme kararı ile babaya verilmiştir. Ancak ilk derece mahkemesi kararı, TMK'nın 426. maddesi gereğince çocuğun mahkeme önünde kayyım tarafından temsil edilmemiş ve yeterli araştırmanın yapılmamış olması sebebi ile bozulmuştur. Karar için bkz. Canan Ruhi/ Ahmet Cemal Ruhi, s. 722.

İsvMK'nın 297/2. maddesi uyarınca, tek taraflı velayet sahibi ebeveynin ölümü halinde çocuğa veli veya vasi ataması İsvÇKM tarafından gerçekleştirilecektir. Heinz Hausheer/ Thomas Geiser/ Regina Aebi Müller, s. 410.

428 Bilge Öztan, Kitap, s. 1095; Canan Yılmaz, Velayet, s. 31.

İsvMK'nın 297. maddesine göre birlikte velayet devam ederken ebeveynlerden birinin ölümü halinde, velayet sağ olan eşe kalacaktır[429]. Kanun gereği ve kendiliğinden sonuç doğuran bu velayet kuralının aksine, evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından mahkeme veya Çocuk Koruma Makamı'nın kararı gereklidir[430]. Tek taraflı velayete sahip anne veya babanın ölümü halinde de velayet kendiliğinden diğer ebeveyne geçmez. Bu durumda çocuğun yerleşim yerindeki Çocuk Koruma Makamı gerekli incelemeyi yapar, çocuğun yararı uyarınca velayeti sağ kalan ebeveyne tahsis edebileceği gibi, çocuğa kayyım da atayabilir[431].

Birlikte velayete sahip anne ve babadan birinin ölümü halinde, velayetin sağ kalan eşe kalacağı kuralı AlmMK'nın 1680. maddesinde düzenlenmiştir[432]. Buna göre, velayetin tesisinde çocuğun yararı esas alınmaktadır. Karar alınırken idrak sahibi çocuğun görüşüne başvurulacak, gerekirse çocuğa vasi atanacaktır[433].

B. Evlilik Birliğinin Boşanma veya Butlan ile Sona Ermesi Halinde Velayet

1) Türk Hukukundaki Durum

Evlilik birliğinin butlan ile sona ermesi hallerinde öncelikle belirtilmesi gereken husus, TMK'nın 157. maddesi gereğince, butlan kararı verilen evlilikte doğan

---

429 İsviçre Medeni Kanunu'nun 297. maddesi şu şekildedir: *"Anne baba velayeti birlikte kullanır. Anne babadan birinin ölümü halinde velayet sağ kalan ebeveyne geçer. Ebeveynlerden biri ölürse, ebeveynlik sorumluluğu hayatta kalan ebeveyne geçer.*

Velayeti tek taraflı kullanan ebeveyn ölür ise Çocuk Koruma Makamı velayeti sağ kalan ebeveyne bırakabileceği gibi, çocuğun yararı gereği, vasi atanmasına karar verebilir."

430 Kurt Affolter-Fringeli/ Urs Vogel, N. 6.

431 Kurt Affolter-Fringeli/ Urs Vogel, N. 9.

432 AlmMK'nın 1680. maddesi şu şekildedir:

"Velayet ebeveynler tarafından birlikte kullanılıyorsa, ebeveynlerden birinin ölümü halinde velayet sağ kalan eşe aittir.

*(*AlmMK'nın*)1626a. maddesinin 3. fıkrası veya 1671. maddesi uyarınca velayete tek başına sahip olan ebeveynin ölmesi halinde, mahkeme, çocuğun üstün yararına aykırı olmadıkça, velayeti sağ kalan ebeveyne bırakır.*

Velayetin ebeveynlerden birinden alınması durumunda (bu maddenin) 1. ve 2. fıkra hükümleri uygulanır."

433 Köln Yüksek Bölge Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda tek taraflı velayete sahip annenin ölümünden sonra babanın velayet talebi değerlendirilmiştir. Olayda, annenin hastalığında anne ve çocuk ile ilgilenmeyen baba ile iletişimi kopuk olan idrak yeteneğine sahip 12,5 yaşındaki çocuğun görüşüne danışılmış ve babanın velayet talebi reddedilmiştir. Çocuğun teyzesi vasi olarak atanmıştır. Bkz. OLG Köln 09.01.2012 tarihli II-4 UF 229/11 sayılı kararı (openjur.de)

çocukların evlilik birliği içinde doğmuş çocuklar olarak kabul edileceği ve anne veya baba ile kişisel ilişki kurulması açısından boşanmaya ilişkin hükümlerin bu çocuklar açısından da uygulanacağıdır[434]. Bu nedenle çalışmamızın bu başlıkta aktarılacak boşanma halinde velayetin nasıl düzenleneceği ile ilgili madde hükümleri, evliliğin butlan sebebi ile sona ermesi halinde de geçerli olacaktır.

Türk hukukunda TMK'nın 182/2 ve 336/3 hükümlerinin boşanma sonrasında birlikte velayeti mümkün kılıp kılmadığı, bu maddelerin emredici olup olmadığı noktalarında tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalar uluslararası antlaşmaların Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca iç hukuka etkisi ile şekillenmiştir. Öğretideki tartışmalar çalışmamızın 2. Bölümünün IV-B. başlığında değerlendirileceği için, bu başlık altında sadece TMK'nın 182/2 ve 336/3 maddelerinden genel olarak bahsedilecektir.

TMK'nın 182/2 hükmü, velayet kendisinde olmayan ebeveyn ile çocuk arasındaki kişisel ilişki kurulurken çocuğun yararının üstün tutulduğunu ve kişisel ilişki kurulan ebeveynin çocuğun bakımına katılma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Bu maddede geçen "*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*" kavramı, öğretide velayetin ancak tek tarafa bırakılabileceği yönünde yorumlanmıştır[435]. Öte yandan, öğretideki diğer bir görüş ise, 182/2 hükmünün velayetin tek tarafa verilmesi durumunda uygulama alanını düzenlediğini, maddenin tek tarafa velayetin verilmesini zorunlu kılmadığını ileri sürmüştür[436].

Boşanma sonrasında velayetin tesisinde önem arz eden ikinci düzenleme ise, TMK'nın 336/3 hükmüdür. Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde hükümde geçen *"velayet… boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir"* ibaresinin, tek taraflı velayeti emredici kılıp kılmadığı, hükümde boşluk olup olmadığı tartışılmıştır. Öğretideki birinci görüş, 336/3 hükmünün emredici nitelikte olduğu

---

434 Bilge Öztan, Kitap, s. 636.

435 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 144; Ahmet Kılıçoğlu, s. 150, 498; Hüseyin Hatemi, s. 182; Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 408; Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, s. 197; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, s. 266; Selahattin Sulhi Tekinay, s. 273; Hüseyin Hatemi/ Burcu Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku,** B. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 110

436 Cengiz Koçhisarlıoğlu, s. 104. Diğer görüşler için bkz. Çalışmamızın 2. Bölümünün IV-B ve C-2 başlıkları.

yönündedir ve boşanmada ancak taraflardan birine velayet verilebilir[437]. Bu halde diğer tarafın velayet hak ve yükümlülüğü sona erecektir. Öğretideki, bizim de katıldığımız ikinci görüş ise, hükmün emredici olmadığını, hâkimin takdir yetkisine göre çocuğun üstün yararı gereğince birlikte velayetin de söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir[438].

Öğretideki tartışmalar devam ederken, Yargıtay 2. HD 20.02.2017 T. 2016/15771 E.2017/1737 K. sayılı kararı tartışmalara yeni bir boyut kazandırmıştır[439]. Söz konusu kararda, yabancı ülke vatandaşı olan tarafların kendi ülkelerinde almış oldukları boşanma sonrası birlikte velayetin uygulanmasına yönelik kararın tenfizi ilk defa kamu düzenine aykırı sayılmamıştır[440]. Yargıtay, 2017 tarihli kararı alırken, *11 Numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Numaralı Protokol'ün* 25.03.2016 T. 29664 sayılı RG'de yayımlanması 336/3 hükmünün mülga hale geldiğinin altını çizmiştir. Yargıtay'a göre, protokolün 5. maddesinde evlilik birliği sona erse dahi özel hukuktan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin devam edeceğini düzenleyen madde uyarınca birlikte velayetin boşanmada uygulanabilmesi mümkündür, kamu düzenine aykırılık teşkil etmez.

Her ne kadar Yargıtay tarafından boşanma sonrasında birlikte velayetin uygulanmasına dair kararlar verilse de kanaatimizce, kanunda revizyona gidilerek, uluslararası hukuka uygun bir kanuni düzenleme gerçekleştirilmelidir. Bu şekilde, öğretideki tartışmaların son bulması ve birlikte velayeti konu alan yargı kararlarının yeknesak hale gelmesi mümkün olacaktır.

---

437 Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, s. 197; Hüseyin Hatemi, s. 182; Ömer Uğur Gençcan, Velayet, s. 163-164; Abdülkerim Yıldırım, s. 86, Yazar kitabının 2018 basısında birlikte velayetin uygulanmasının artık mümkün olduğunu belirtmiştir. Bkz. Abdülkerim Yıldırım, **Aile Hukuku**, Ankara, 2018, s. 90-91.

438 Bilge Öztan, Kitap, s. 1090; Cengiz Koçhisarlıoğlu, s. 237; İlknur Serdar, s. 175; Mehmet Erdem, **Aile Hukuku**, Seçkin Kitapevi, B. 1, 2018, s. 171; Sera Reyhani Yüksel, s. 52; Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 313. Yargıtay'ın 2017 kararı sonrası *Akıntürk/ Ateş* görüş değiştirmiş ve birlikte velayetin mümkün olduğunu belirtmiştir. Önceki görüşleri için bkz. Turgut Akıntürk / Derya Ateş, **Aile Hukuku**, B. 17, İstanbul, 2016, s. 310, 308.

439 Kararın tam metni için bkz. Ömer Uğur Gençcan, 2020, s. 312-314.

440 Yargıtay 2. HD 10.10.2006 T. 2006/6824 E. 2006/13638 K. sayılı kararı; Yargıtay 2. HD. 27.12.2004 T. 2004/13947 E. 2004/ 15854 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

2) İsviçre Hukukundaki Durum

İsviçre'de 1978- 2000 yılları arasında birlikte velayeti düzenleyen Eski İsvMK'nın 159/2 ve 297/1 hükümleri beraber değerlendirildiğinde, evlilik birliğinin sona ermesi halinde velayetin anne veya babadan birine verilmesi kuralının yani tek taraflı velayetin geçerli olduğu görülmektedir[441]. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, ebeveynlerin talepleri olması durumunda birlikte velayetin mümkün kılınması yönündeki tavsiye kararı[442] sonrasında, 1988 yılı itibari ile ilk derece mahkemelerinde birlikte velayetin uygulanmasına yönelik kararlar verilmişse de İsvFM'ce bu kararlar kabul görmemiştir. Federal mahkeme 20 Kasım 1997 tarihinde vermiş olduğu kararda, o dönem yürürlükte olan Eski İsvMK'nın 297/3a hükmünün açık bir şekilde tek taraflı velayetin düzenlendiğinden yola çıkarak, birlikte velayetin mümkün olmadığına hükmetmiştir[443].

İsviçre hukukunda birlikte velayet 2014 yılında kural olarak kabul edilmeden önce, öncelikle boşanma hukuku sisteminde değişikliğe gidilmiştir. İsvMK'da 1 Ocak 2000'de yürürlüğe giren boşanma hukukundaki revizyonda bulunan en önemli noktalardan bir tanesi, boşanmada kusur ilkesi terk edilerek evliliğin temelden sarsılmasına dayanan sistemin benimsenmesidir[444]. Boşanma hukukundaki bu temel

---

441 İsvFM'nin 5 Nisan 1983 tarihinde vermiş olduğu kararında, küçük yaştaki çocuklar açısından kural olarak velayetin anneye verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. BGE 109 II 193, 05.04.1983, (bger.ch). Başka bir kararına göre, ancak çocuklar açısından bir risk olması halinde bu kuraldan sapılabileceğini belirtmiştir. BGE 108 II 369, 23.09.1982, (bger.ch). Ancak 1989 tarihli kararında, bu içtihattın geçerliliğinin kalmadığını, en azından artık çok küçük olmayan çocuklar için, her iki ebeveynin de aynı koşullar altında eşit ebeveyn yetkisine ve çocuk yetiştirme konusunda aynı yeteneğe sahip olabileceğini ifade etmiştir. İlgili karar için bkz. BGE 115 II 206, 22.05.1989, (bger.ch)

442 Komite, 28 Şubat 1984 T. 84(4) sayılı kararın 6. maddesinde, anne ve babanın ayrılması durumunda çocuk ile ilgili sorumlulukların paylaştırılması ve müşterek bir şekilde yerine getirilmesi hususlarında üye devletlerin uygun tedbirler almasını tavsiye etmiştir.

443 BGE 125 III 57, 20.11.1997. Kararda o dönemde birlikte velayetin uygulanmasına dair talepte bulunan anne ve babanın talepleri, Eski İsvMK'nın 297/3 hükmünde tek taraflı velayetin benimsenmesi sebebi ile reddedilmiştir. Avrupa ülkelerinde boşanan ebeveynler bakımından birlikte velayetin uygulanması noktasında bir eğilim mevcut olsa da karar tarihinde mahkemeye göre bu eğilim henüz genel değildir. Nitekim yine mahkemeye göre, birlikte velayetin AİHS'nin 8. maddesinin gereği olduğu görüşü de kanıtlanmamıştır. Federal mahkemenin aynı yöndeki kararı için bkz. BGE 117 II 523, 12.12.1991.

444 Sabrina Poschke, s. 22; Saibe Oktay Özdemir, Revizyon, s. 32.

Boşanma şartları İsvMK'nın 111 ile 116. maddeleri arasında düzenlenmiş olup üç durumda boşanmak mümkündür: bunlardan birincisi İsvMK'nın 111. maddesinde düzenlenen anlaşmalı boşanma, ikincisi İsvMK'nın 114. maddesinde düzenlenen fiilen iki yıl ayrı yaşama ve İsvMK'nın 115. maddesinde düzenlenen evlilik birliğinin temelden sarsılmasıdır. İsviçre'de boşanma hukuku revizyonu ile ilgili bkz.

değişikliğin amaçları arasında, anlaşmalı boşanmanın teşvik edilmesi, kadın erkek eşitliğine dikkat çekilmesi ve çocuğun hukuki statüsünde iyileştirmeye gidilmesi yer almaktadır[445].

1 Ocak 2000 tarihli boşanma hukuku revizyonunda velayet konusunda, öncelikle terminoloji sorunu doğmuş, ebeveyn sorumluluğu (*elterliche Verantwortung*)- ebeveyn karar yetkisi (*elterliche Entscheidungsbefugnis*)- ebeveyn bakımı (*elterliche Sorge*) kavramları arasında hangisinin kullanılacağı tartışması neticesinde, Almanca konuşulan hukuk düzenlemeleri ile yeknesak olması açısından ebeveyn bakımı (*elterliche Sorge*) kavramında karar kılınmıştır[446].

Reform uyarınca, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinde birlikte velayetin istisnai olarak da olsa uygulanabilirliği kabul edilmiştir[447]. Eski İsvMK'nın 133. maddesinde 2000 yılında gerçekleştirilen değişikliğe göre, maddenin 3. fıkrasında, üç şartın bir arada olması halinde, hâkim tarafından birlikte velayete karar verilebilir. Buna göre, velayette kural yine velayetin tek tarafa bırakılmasıdır ancak her iki ebeveynin birlikte velayet konusunda uzlaşması[448], birlikte velayetin kapsamına

Serap Helvacı, "İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, Beta Yayıncılık, C. II, İstanbul, 2002, s. 1151-1169.

445 Sabrina Poschke, s. 22.

446 Sabrina Poschke, s. 142; Annatina Wirz, s. 4.

447 Matthias Gründel, **Gemeinsames Sorgerecht**, Lambertus Verlag, Born, 1995, s. 180; Linus Cantieni, s. 97.

448 Sabrina Poschke, s. 149. Bu şartın kanun koyucu tarafından konmasındaki amaç, taraflardan birinin birlikte velayeti istememesine rağmen mahkeme tarafından birlikte velayete karar verilebilen hukuk düzenlerinden ayrılmaktır. Linus Cantieni, s. 99.

ilişkin anlaşmanın varlığı[449] ve birlikte velayetin çocuğun yararına aykırı olmaması[450] şartlarında hâkim birlikte velayete hükmedebilir[451]. Önemle belirtmek gerekir ki, ebeveynler anlaşmış olsalar dahi, hâkim birlikte velayetin çocuğun yararına aykırı olacağı düşünür[452] ve bu hususta haklı nedenler görür ise tarafların taleplerini reddedebilir[453]. Haklı nedenlere örnek olarak, anne ve babanın çocuğun birlikte velayetinin devamı süresince çocuğu yetiştirme yeteneğine sahip olmaması, birlikte velayetin uygulanmasının diğer ebeveyne karşı ileri sürülecek bir silah haline getirilme çabasının hâkimce öngörülmesi gösterilebilir[454]. Aynı şekilde, çocuğun yetiştirilmesinde anne ve babanın görüşleri arasında uçurum olması ve bu görüş farklılıklarının çocuğa yansıması tehlikesinin varlığı halinde de birlikte velayet talebi reddedilecektir.

---

449 Anlaşma kapsamında çocuğun bakımının paylaşımı ve çocuk giderlerinin kimlerce nasıl karşılanacağı belirtilmiş olmalıdır. Önemle belirtmek gerekir ki, anlaşmanın hâkim tarafından uygun görülmesi şarttır. Sabrina Poschke, s. 150; Bettina Gründler, **Die Obsorge nach Scheidung und Trennung der Eltern im europäischen Rechtsvergleich**, Frankfurt am Main, 2002, s. 181

Anlaşmanın varlığının birlikte velayetin uygulanmasında şart olmasının altında yatan sebep, doğabilecek uyuşmazlıkların önüne geçmek ve tarafları uzlaşmaya teşvik etmektir. Bu şekilde, her iki ebeveynin de çocuğun günlük rutininden haberdar olması, sorumluluklarını bilmesi gerçekleşecektir. Linus Cantieni, s. 100.

Birlikte velayetin uygulanmaya başlanmasından sonra, doğal olarak, taraflar, fiili anlaşma ile, revize işlemini gerçekleştirebilirler. Ancak uyuşmazlığın çıkması durumunda, taraflar uzlaşmaya varamazlarsa mahkemece onaylanmış olan anlaşma hükümlerine göre karar verilmesi gerekmektedir. Fulya Erlüle, Kitap, 215.

Ebeveynler arasındaki anlaşmanın nasıl yapılacağı ile ilgili Eski İsvMK'da bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide çocuğun bakımı hakkında özellikle hangi ebeveynde ne zaman kalacağı ve kimin ne kadar bakıma katkı sağlayacağı hususlarında açık ve yazılı düzenlemenin varlığının önemine dikkat çekilmiştir. Linus Cantieni, s. 104.

Taraflar arasındaki bu anlaşmanın şüphesiz ki hem tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına hem de çocuğun ihtiyaçlarına uygun olması gerekmektedir. Bettina Gründler, s. 181.

Öte yandan çocuğun hukuki himayesinin yani yerleşim yerinin belirlenmesi şart değildir. Bu halde, çocuğun yerleşim yeri, çocuğun ağırlıklı olarak kaldığı yer olacaktır. Anne ve baba eşit olarak çocuğa bakıyorsa çocuğun okula devam ettiği yerin oturma yeri olduğu kabul edilmelidir. Bettina Gründler, s. 181.

Hemen belirtmek gerekir ki, ebeveynler anlaşma uyarınca, birlikte velayetin modellerinden birini seçebilirler. Kanun koyucu bu hususta özellikle bir model türünü seçmemiştir. Öte yandan İsviçre'de o dönemde en çok tek yerleşim modelinin tercih edildiği görülmektedir. İsviçre'de model seçimleri hususunda bkz. Linus Cantieni, s. 100.

450 Matthias Gründel, s. 180; Linus Cantieni, s. 180, 182.

451 Sabrina Poschke, s. 23.

452 Çocuğun yararı kavramı hâkim tarafından her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilecek soyut bir kavramdır. Sabrina Poschke, s. 150; Linus Cantieni, s. 105.

453 Bettina Gründler, s. 180.

454 Sabrina Poschke, s. 150.

İsvMK'da 1 Temmuz 2014 tarihli *Velayet Hukuku Reformu* ile, birlikte velayet kural, tek başına velayet ise istisna olarak kabul edilmiştir[455]. Bu halde dahi hâkim birlikte velayetin uygulanması için koşulları değerlendirecektir[456]. Gerekirse çocuğun yararı gereğince tek taraflı velayete karar verebileceği gibi velayetin her iki ebeveynden alınarak çocuğa vasi atanmasına karar verebilir[457]. Bu nedenle öğretide haklı olarak, devletin reforma rağmen velayet üzerinde müdahalesinin devam ettiği ileri sürülmüştür[458].

İsviçre'de 2014 velayet hukuku revizyonunun gündeme gelmesine temel hazırlayan sebepler şunlardır: Evliliğin sona ermesinin hukuki bir değişim olduğu ancak anne ve baba olma olgusunun devam ettiği düşüncesi, birlikte velayetin devamlılığının diğer hukuk sistemlerinde yer edinmesi ve evlilik birliği dışındaki çocuklar bakımından AİHM'nin 2009 tarihinde Almanya aleyhine vermiş olduğu kararın[459] İsviçre'de de yankı uyandırmasıdır. Kararda geçen AİHS'nin 8. maddesinin İsviçre Federal Anayasa'sı ile uyuşup uyuşmadığı değerlendirilmiştir. Değerlendirme sonucunda İsviçre Federal Anayasası'nın ailenin korunmasını amaçlayan 13. maddesi ve temel hakların sınırlandırılmasını düzenleyen 36. maddesi gereğince birlikte velayetin evlilik birliği sona erdikten sonra da devam etmesi gerektiği yönündeki görüş kuvvetlenmiştir.

Sonuç olarak, boşanmada tek taraflı velayete hükmedilmesi aile hayatına saygı gösterilmemesi olarak yorumlanmıştır ki bu yorum, AİHS'nin 8. maddesinde korunan

---

455 Roland Fankhauser/ İngeborg Schwenzer, **Kommentar zum Familienrecht- Scheidung,** 4. Aufgabe, Stämpfli Verlag, 2022, N. 43, s. 18; Urs Gloor/ Jonas Schweighauser, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge- eine Würdigung aus praktischer Sicht, **FamPra.ch**, 2014, S.1, s. 5; Heinz Hausheer/ Thomas Geiser/ Regina Aebi Müller, s. 198; İngeborg Schwenzer/Tomie Keller, s. 241.

İsviçre'de 1 Ocak 2000 yılındaki boşanma hukuku revizyonu ile boşanmada kusur ilkesi kaldırılmış, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velayetin uygulanması istisnai olarak düzenlenmiş, 1 Temmuz 2014 tarihinde gerçekleşen revizyon ile ise birlikte velayet hem evlilik birliği içinde hem de evlilik birliği sona erdikten sonra da ana kural haline gelmiştir. Fulya Erlüle, Kitap, s. 28.

456 Botschaft Elterliche Sorge, BBI 2011 9103.

457 Kurt Affolter-Fringeli/ Urs Vogel, Art. 298, N. 4.

458 Andrea Büchler/ Sandro Clausen, Art 133-134, N. 4; Canan Yılmaz, Velayet, s. 40.

459 AİHM T. 03.12.2009, Başvuru no: 22028/04, Zaunegger- Almanya kararında ve annenin onayı olmadan babanın birlikte velayet talep edememesinin AİHS'nin 8. ve 14. maddelerine aykırı olduğunu ve özellikle ayrımcılık yasağının ihlali olduğunu belirtmiştir.

aile kavramının sadece yasal evlilikler olmasının ötesinde, ayrılmış veya boşanmış çiftlerin de dahil olduğu düşüncesinden yola çıkar. AİHS'nin 8. maddesi, İsviçre Federal Anayasası'nın 13. maddesi ile paralel düzenlemelerdir, bu bağlamda birlikte velayetin boşanma sonrasında devam etmemesinden kaynaklı doğacak durum İsviçre Federal Anayasa'sına aykırılık teşkil eder[460].

İsviçre Federal Anayasasının 36. maddesine göre, temel haklar ancak yasal bir gerekçe ile kamu yararı ve üçüncü kişilerin haklarının korunması amacıyla orantılı bir şekilde sınırlandırılabilir. Bu hüküm AİHS'nin 8. maddesi ile uyumludur[461]. Dolayısıyla ebeveynlerin birlikte velayet hakları ancak çocuğun yararının tehlikeye düşmesi halinde sonlandırılacaktır.

Tüm bu gelişmeler neticesinde, 2014 Velayet Hukuku Revizyonu ile birlikte velayet kural olarak kabul edilmiştir[462]. Burada hemen belirtmek gerekir ki, İsviçre'de her ne kadar birlikte velayet kural olarak kabul edilmişse de evlilik birliğinin sona ermesinde hâkim kararına ihtiyaç duyulmaktadır. Buna göre, boşanma davasına bakan hâkim koşulları ayrıca değerlendirmeli ve ona göre karar vermelidir[463]. Hâkim tarafından velayetin tek taraflı kullanılmasının çocuğun yararına olduğu kanaatinin uyanması halinde birlikte velayet uygulanmayacaktır[464].

İsviçre'de birlikte velayetin evlilik birliği sona erdikten sonra düzenlenmesinin yasal dayanakları, boşanmanın sonuçlarının düzenlendiği hükümlerden biri olan İsvMK'nın 133. maddesi ve velayet düzenlemelerinden biri olan İsvMK'nın 298. maddesidir. İsvMK'nın 133/1 hükmünün 1. bendinde hâkimin çocuğun velayetine

---

460 Martin Widrig, s. 8.

461 Martin Widrig, s. 9.

462 Angelika Zimmer, s. 54; Andrea Büchler/ Luca Maranta, s. 5.
Kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere, birlikte velayetin ebeveynlerin ayrılmış veya boşanmış olduğu durumlarda dahi kural olarak uygulanması, çocuğun yararı açısından en iyi çözüm olarak değerlendirilmektedir. Gerekçe için bkz. 11.070 Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetsbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011.

463 Karl Meyer, **Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen, Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, 15. Auflage, C.H.Beck, März 2017, Nr. 16.

464 Andrea Büchler/ Sandro Clausen, **FamKommentar Scheidung**, B. 1, ZGB, 3. Aufl, Bern, 2017, Art. 298, N.1; Andrea Büchler/ Rolf Vetterli, **Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz**, 3. Auflage, Basel, 2018, s. 240.

karar vereceği belirtilmiştir. Evlilik birliğinin sona erdiği hallerde çocuğun velayeti ile ilgili ana kuralın birlikte velayet, istisnanın ise tek taraflı velayet olduğu kuralı ise İsvMK'nın 298. maddesinden çıkarılmaktadır. İsvMK'nın 298. maddesinde, tarafların birlikte velayeti kural olarak devam ettirmeleri için, çocuğun himayesi, bakım paylaşımı ve çocuk ile kişisel ilişki konusundaki anlaşmış olmaları gerekmektedir. Tarafların anlaşamaması durumunda ise hâkim tarafından düzenleme gerçekleşecektir.

1 Temmuz 2014 tarihli *Velayet Hukuku Reformu* ile birlikte velayetin kural haline gelmesinin yanı sıra, çocuğun himayesi kavramı da yenilenmiştir[465]. İsvMK'nın 133/1 hükmünün 2. bendine göre, boşanma davası neticesinde hâkim ayrıca çocuğun himayesi (*Obhut*)[466] ile ilgili karar vermek durumundadır. Buna göre hâkim, ya çocuğun himayesini tek tarafa verecektir ve İsvMK'nın 273 vd. hükümleri gereğince diğer ebeveyn ile kişisel ilişki kurulacaktır[467] ya da çocuğun himayesini her iki ebeveyne bırakacak ve bakım paylaşımına hükmedecektir[468].

Çocuğun himayesi kavramından kastedilen, çocuğun gündelik yaşamında korunması, bakımı ve yetiştirilmesi adına anne ve/veya babanın sahip olduğu haklar ve yükümlülüklerdir[469]. Bu bağlamda himaye kavramı çocuk ile birlikte yaşayan ebeveyn kavramı ile eşdeğerdir ve yerleşim yeri kavramı dışında bir kavramdır[470]. Öte yandan çocuğun himayesi kavramı, velayetten de farklı kavramlardır. Şöyle ki; velayet çocuğun kişi ve mal varlıkları ile temsili konusundaki geniş yetkileri ifade ederken; himaye, gündelik yaşam içinde çocuğun bakımı anlamında kullanılmaktadır[471].

---

465 Gisela Kilde, **Das Verhaltnis zwischen persönlichem Verkehr, Betreunung und Obhut bei gemeinsamer elterlicher Sorge**, 2015, s. 236.

466 Çocuğun himayesi (*Obhut*) kavramı 2014 tarihli reformdan önce hem çocuğun yerleşim yeri için kullanılan çocuğun hukuki himayesini hem de gündelik bakıma yönelik olan fiili himayesini kapsamaktaydı. 2014 reformu ile birlikte çocuğun yerleşim yerini belirleme hakkı ayrı olarak düzenlenmiştir. Buna göre artık çocuğun himayesinden (*Obhut kavramından*) sadece çocuğun fiili himayesi kastedilmektedir. Gisela Kilde, s. 236; Andrea Büchler/ Sandro Clausen, Art. 133, N. 5; Nino Gloor, "Der Begriff der Obhut", **FamPra- Die Praxis des Familienrechts** (FamPra.ch), 2015, s. 339.

467 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art 298, N. 10.

468 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art 298, N. 4.

469 Canan Yılmaz, "Birlikte Velayet Çerçevesinde Alternatif Himaye", **Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 219, (Makale).

470 Andrea Büchler/ Luca Maranta, s. 7.

471 Fulya Erlüle, Kitap, s. 236; Canan Yılmaz, Makale, s. 228.

İsvMK'ya 1 Ocak 2017 tarihli *Çocuk Nafakasına İlişkin Reform* ile birlikte eklenen İsvMK'nın 298/2ter fıkrası, çocuğun himayesine yeni bir kavram eklemiştir[472]. Alternatif himaye (*alternierende Obhut*) olarak geçen bu himaye türüne göre, çocuğun himayesinin hem anne hem de babaya olabildiğince eşit bir şekilde bırakılması amaçlanmaktadır[473]. Bu şekilde anne ve baba çocuğun bakımı noktasında sorumlulukları paylaşacaklardır[474]. Alternatif himaye halinde, hâkim anne ve babanın çocuğun bakımına ilişkin paylaşımlarını düzenleyecektir[475]. Önemle belirtmek gerekir ki, alternatif himaye anne ve baba tarafından özellikle talep edilmemiş olsa ve hatta taraflardan birisi bu himaye türüne karşı çıksa dahi, hâkim çocuğun yararı gerektirdiği hallerde alternatif himayenin uygulanmasına karar verebilecektir[476]. Hâkimin bu noktada dikkat ettiği husus, alternatif himayenin çocuğun yararı ile çatışmaması ve uygulanmasının fiili olarak mümkün olmasıdır[477].

Alternatif himayede, çocuğuna dönüşümlü olarak bakan her iki ebeveynin onun gündelik yaşantısından haberdar olacak, sorumluluklar paylaşılacak, amaca uygun olarak anne ve baba çocuklarının hayatındaki yerlerini koruyacaklardır[478]. Özellikle evlilik birliği içindeyken anne baba olma olgusunu çocuğa adil bir şekilde yansıtmış ve sorumlulukları adaletli bir şekilde paylaşmış anne babalar açısından düzenin aynı şekilde devam etmesi alternatif himaye ile mümkün olabilecektir[479]. İsviçre'de gerçekleştirilen değişiklik ile evlilik birliğinden mahrum kalan çocuğun, bu durumdan doğan olumsuz etkilere minimum seviyede katlanması ve babanın konumunun güçlendirilmesi hedeflenmektedir[480].

---

472 Reform ile 298. maddeye eklenen fıkra şu şekildedir: "*Birlikte velayet halinde, ebeveynlerden birinin veya çocuğun talebi üzerine mahkeme, çocuğun yararına uygun olacak şekilde alternatif himayenin mümkün olup olmadığını inceler*."

473 Canan Yılmaz, Velayet, s. 19; Bahsedilen eşitlik kavramında zamansal eşitlik şart değildir. Bu noktada kastedilen bakım yükümlülüğündeki eşitliktir. Kurt Affolter-Fringeli/ Urs Vogel, Art. 298, N. 46.

474 Andrea Büchler/ Sandro Clausen, Art. 298, N. 5.

475 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art 298, N. 3.

476 Kurt Affolter-Fringeli/ Urs Vogel, Art. 298, N. 46.

477 Canan Yılmaz, Velayet, s. 20.

478 Anne ve babanın çocuk üzerindeki himayelerinin devam etmesi sebebi ile İsviçre'de alternatif himaye "*ortak himaye*" olarak adlandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Canan Yılmaz, Makale, s. 217-218.

479 Andrea Büchler/ Sandro Clausen, Art. 298, N. 5.

480 Canan Yılmaz, Velayet, s. 20.

Alternatif himayeye karar verilebilmesi için, anne ve babanın beraber hareket etme isteklerinin olması[481], çocuğu yetiştirme kabiliyetlerinin her ikisinde de bulunması[482], doğabilecek uyuşmazlıklarda çözüm yeteneğine sahip olmaları[483], anne babanın yaşam alanlarının yakın olması[484] gerekmektedir. Şayet anne ve baba arasında gerginlik süreklilik arz eden bir durumda ise, taraflar uzlaşmaya yanaşmayan bir karaktere sahipseler, çocuğun yararı ilkesine aykırı düşecek bir şekilde alternatif himayeye karar verilemez[485]. Aynı şekilde, aile içi şiddetin mevcut olduğu haller de alternatif himaye uygun olmayacaktır[486]. Bunun yanı sıra, hâkim çocuğun sosyal ilişkilerinin devamlılığı amacıyla çocuğun görüşünü de alarak hüküm kurmalıdır[487]. Belirtmek gerekir ki, alternatif himayeye uygunluk her somut olayın koşullarına göre ayrı değerlendirilecektir. Hâkim, tarafların karakterleri, yaşanan olaylar çerçevesinde, yaşanabilecek olayları öngörerek hareket edecektir[488].

İsvMK'nın 133/1 hükmünün 3. bendine göre hâkim çocukla kişisel ilişkiyi ve anne babanın çocuk bakımı ile ilgili paylaşımlarını da düzenlemek durumundadır. Hâkim düzenlemesi, velayetin tek taraflı mı bırakılacağı yoksa birlikte velayete mi karar verileceğine; birlikte velayete karar verilmişse çocuğun himayesinin tek tarafa mı yoksa alternatif himaye şeklinde mi düzenleneceğine göre farklılık arz eder[489]. Çocuğun himayesinin veya velayetinin tek tarafa bırakıldığı durumlarda hâkim, İsvMK'nın 273 vd. hükümlerine göre diğer ebeveyn ile kişisel ilişki kurulmasına karar

---

481 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art 298, N. 5. Anne ve babanın evlerinin uzak olması durumunda bu yetenek daha önemli hale gelmektedir. Karar için bkz. BGer, 02.11.2016, 5A_72/2016.

482 Federal Mahkeme kararında açıkça alternatif himaye değerlendirilirken anne ve babanın çocuk yetiştirme becerisine vurgu yapılmış, aynı zamanda çocuk ile ilgili iletişime önem verilmiştir. Karar için bkz. BGer, 29.09.2016, 5A_991/2015.

483 İsvFM tarafından verilen bir kararda, ayrılık öncesinde çocuğa sırayla bakan, çocuğun refahını etkileyecek çatışmaya sahip olmayan anne ve baba açısından alternatif himayenin değerlendirilmemesi bozma sebebi sayılmıştır. Karar için bkz. BGer 19.10.2020, 5A_ 367/2020.

484 Canan Yılmaz, Velayet, s. 20.

485 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art 298, N. 6; Kurt Affolter-Fringeli/ Urs Vogel, Art. 298, N. 46.

486 Andrea Büchler/ Sandro Clausen, Art. 298, N. 9.

487 İsvFM'nin 02.11.2016 T. 5A_72/2016 sayılı kararında geçen "*Çocuğun istekleri kendisi (henüz) bakım düzenlemelerine ilişkin karar verme yeteneğine sahip olmasa bile dikkate alınmayı hak etmektedir.*" ibaresi bu yönden önem arz etmektedir.

488 Andrea Büchler/ Sandro Clausen, Art. 298, N. 7.

489 Andrea Büchler/ Luca Maranta, s. 8.

verecektir[490]. Çocuk ile ilgili birlikte velayet ve alternatif himayenin uygulanmasında da İsvMK'nın 273 vd. hükümleri kıyasen uygulanacak ve bakım yükümlülükleri yine hâkim tarafından düzenlenecektir[491].

Hâkim son olarak İsvMK'nın 133/1 hükmünün 4. bendine göre nafakaya hükmedecektir. Tarafların mali durumları ve çocuğun ihtiyaçlarının yanında nafakaya hükmedilirken bakım paylaşımının da hangi şekilde yapıldığı da göz önünde tutulacaktır[492].

Hâkim tüm bu belirlemeleri yaparken çocuğun üstün yararını göz önünde bulunduracak, kendiliğinden araştırma ilkesi ışığında taraflara gerekirse sorular soracak ve mümkün olduğu ölçüde çocuğun görüşüne başvuracak, gerekli hallerde uzman görüşüne başvuracaktır[493]. İsvFM bir kararında, çocuğun 6 yaşını doldurmuş olmasını görüşünün alınması bakımından yeterli seviyede bulmuştur[494]. Öte yandan başka kararlarında çocuğun 11-12 yaşında ancak duygusal ve mantıksal olgunluğa eriştiğine ve dinlenebileceğine hükmetmiştir[495]. Her olayın koşullarının ayrı ayrı değerlendirilmesi yaş ile ilgili kesin bir sınır çizilememesine sebep olmaktadır. Kararlardaki ortak nokta ise, çocuğun yaşadığı olayları ve anne babasının durumunu idrak yeteneğine haiz olduğunun hakimce kanaat edilmesi durumunda dinlenilmesi gerektiğidir. Yine de hâkim, çocuğun yararı gerekiyorsa, çocuğun görüşü ile bağlı değildir[496]. Çocuğun yaşı büyüdükçe görüşünün dikkate alınması oranı da artacaktır. Çocuğun görüşü açıkça yararına aykırılık teşkil etmiyorsa görüşü uyarınca velayet düzenlemesine gidilmesi uygun olur.

---

490 Andrea Büchler/ Sandro Clausen, Art. 133, N. 8.

491 Kurt Affolter-Fringeli/ Urs Vogel, Art. 298, N. 34.

492 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art 133, N. 8.

493 Andrea Büchler/ Sandro Clausen, Art. 133, N. 16; Kurt Affolter-Fringeli/ Urs Vogel, Art. 298, N. 35-37.

494 BGE 131 III 553, 01.06.2005, 5C_63/2005.

495 BGer 17.10.2014, 5A 719/2013; BGer 14.11.2011, 5A, 793/2010. Mahkeme, 9 yaşındaki çocuğun velayet ile ilgili sorulardan bunalacağı gerekçesi ile dinlenilmemesini hukuka aykırı bulmuştur. Karar için bkz. BGer 28.04.2016, 5A 2/2016

496 Roland Fankhauser/ İngeborg Schwenzer, s. 428.

Son olarak İsvMK'nın 133. maddesi bakımından değerlendirilecek husus, hâkimin ebeveynlerin talepleri ile bağlı olup olmadığı noktasındadır. Buna göre hâkim, çocuk bakımından olguları, karakterlerini, çocuğun ihtiyaçlarını daha iyi bilen ebeveynlerin taleplerini doğal olarak göz önünde bulunduracaktır ancak ebeveynlerin talepleri, çocuğun yararı ile çatışıyorsa, hâkimin çocuğun yararının esas alınacağı yönde bir düzenlemeyi yapması gerekmektedir[497].

3) Alman Hukukundaki Durum

Almanya'da, Anayasa Mahkemesi kararları ve gerçekleştirilen reformlar öncesinde, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda tek taraflı velayetin uygulandığı görülmektedir[498]. Birlikte velayetin evlilik birliğinin sona ermesinden sonra uygulanmasında ilk gelişme, 18 Temmuz 1979 tarihli Velayet Hakkı Kanunu'nun etkisiyle Alman Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararı neticesinde gerçekleşmiştir.

Alman Anayasa Mahkemesi, 03.11.1982 tarihinde AlmMK'nın 1671/4 hükmünün 1. cümlesini iptal etmiş, iptal kararını Federal Alman Anayasası'nın 6. maddesine dayanmıştır. Alman Anayasasının 6. maddesi, aile birliğini koruma amacı taşımaktadır ve haklı bir sebep olmaksızın ebeveynlerin çocuklardan ayrılamayacağını düzenlemektedir[499]. Bu bağlamda evlilik birliği sona erse dahi, aile sona ermemiş, sadece aile yapısı değişmiştir ve velayetin birlikte kullanılmaması ağır bir temel hak ihlali teşkil eder[500]. Karar sonrasında, mahkeme nezdinde, ebeveynlerin organize olma ve iş birliği kurma yetenekleri göz önünde bulundurularak, çocuğun üstün yararı

---

497 Andrea Büchler/ Sandro Clausen, Art. 133, N. 16.

498 Wilfred Schlüter, **BGB-Familienrecht**, 13. Auflage, C.F Müller Verlag, Heidelberg, 2009, s. 244, 247.

499 Stephan Hammer, "Die rechtliche Verbindlichkeit von Elternvereinbarungen", **FamRZ** 2005, s. 1210 vd.

500 BVerfGE 61, 358 vd; Karar için bkz. FamRZ 1982, s. 179 vd; NJW 1983, s. 101 vd. Karar ile ilgili görüşler açısından bkz. Stephanie Matthiessen, s. 52; Dieter Schwab, "Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern - Die Neuregelung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes", **FamRZ 1998**, s. 458.

doğrultusunda birlikte velayet kararları verilmeye başlanmışsa da koşulların net olmaması sebebi ile mahkemelerin çekingen davrandıkları dikkat çekmiştir[501].

BMÇHDS'nin Almanya tarafından 26 Nisan 1990 tarihinde imzalanması ve 5 Nisan 1992 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, sözleşmenin 3. maddesinde düzenlenen çocuğun üstün yararının ilkesi Almanya'da velayet hukukunda temel düşünce haline gelmiştir. Bu kapsamda, ilki 1998, ikincisi 2013 tarihli iki önemli reform gerçekleşmiştir.

AlmMK'daki velayet konusunda gerçekleşen ilk önemli reform, 1 Temmuz 1998 yılında yürürlüğe giren *Çocuk Hakları Reformu*dur[502]. Çocuk Hakları Reformu ile evlilik birliği içinde doğmuş/doğmamış çocuklar arasında ayrım kaldırılmış, çocuklara eşit miras payı hakkı tanınmış, bunun yanı sıra, evlilik birliği dışında doğan çocuklar hakkında ve boşanma sonrasında birlikte velayetin kullanılmasına yönelik düzenlemeler getirilmiştir[503].

AlmMK'nın 1671. maddesinde 1998 yılında yürürlüğe giren reformdan bugüne gerçekleşen evrimler şu şekildedir: 1 Ocak 2002 tarihli değişiklikle madde başlığı eklenmiş, "*ayrı yaşayan ebeveynlerde birlikte velayet*" başlığı yerini almıştır[504]. Maddede görülen esas değişiklik ise 19 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe giren, 16 Nisan 2013 tarihli *Evli Olmayan Anne Babanın Velayetine ilişkin Reformdur*[505]. Bu reform ile AlmMK'nın 1671. maddesine günümüzde yürürlükte olan ikinci ve üçüncü fıkraları eklenmiştir. Bu şekilde evlilik birliği dışında doğan çocuk bakımından AlmMK'nın 1626a maddesi ile 1671 maddelerinin uyumlu olması sağlanmıştır.

---

501 Angelika Zimmer, s. 146; Jutta Limbach, **Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern,** C.H. Müller, Heidelberg, 1988, s. 18.

502 Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz - KindRG) vom 16. Dezember 1997, Bundesgesetzblatt Teil I 1997 Nummer 84 vom 19. Dezember 1997 Seite 2942-2967.

503 Mehmet Beşir Acabey, s. 102.

504 1. Januar 2002, Artt. 1 Abs. 2 S. 3, 9 Abs. 1 S. 3 des Gesetzes vom 26. November 2001

505 19. Mai 2013, Artt. 1 Nr. 4, 7 des Gesetzes vom 16. April 2013. Reform gerekçesi için bkz Bundesgesetzblatt Jahrgang 2013 Teil I Nr. 18, ausgegeben am 19.04.2013, Seite 795 vd.

AlmMK'nın 1671. maddesinde sürekli olarak ayrı yaşama durumunda birlikte velayet ile ilgili düzenleme ilk paragrafta yer almaktadır[506]. Söz konusu hükümde, ayrı yaşama veya boşanmada birlikte velayetin devam ettiği kabul edilmiştir. Bununla beraber, taraflardan birinin istemi, 14 yaşını doldurmuş çocuğun itirazının olmaması[507] ve diğer tarafın kabul etmesi üzerine veya mahkemece tek taraflı velayetin çocuğun yararı için[508] en doğru yol olacağına kanaat getirilir ise[509], velayetin tek tarafa verilmesine karar verilebilir. Burada usul açısından belirtmek gerekir ki, AlmMUK'un 622/2 hükmü gereğince anne ve babanın açacakları boşanma davasında, varsa, ergin olmayan çocukları hakkında mahkemeyi bilgilendirmeleri gerekmektedir.

AlmMK'nın 1671. maddesinde ayrılık hali ve boşanma arasında herhangi ayrıma gidilmemiş, tek bir madde ile çözüm bulunmuştur. Bu kapsamda Alman öğretisinde maddede belirtilen birlikte velayet düzenlemesinin kural mı yoksa istisna hüküm mü oluşturduğu tartışılmıştır. Öğretideki birinci görüş, 1671. maddede belirtilen birlikte velayetin genel kural olduğu yönündedir[510]. Yukarıda belirttiğimiz 1982 tarihli Almanya Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar ile paralel olarak[511], birlikte velayet genel olarak uygulanacak, tek taraflı velayetin kullanılması ancak talep halinde mümkün olacaktır.

AlmMK'nın 1671. maddesinin hukuki niteliği ile ilgili öğretideki ikinci görüş[512], birlikte velayetin uygulanmasının olumsuzluklar yaratacağı düşüncesine dayanmaktadır ve kanun koyucunun birlikte velayetin öncelikle uygulanması yönünde bir amacının bulunmadığını, tek tarafa verilen velayette de çocuğun yararının ön planda olabileceğini ileri sürmektedir.

---

506 Wilfred Schlüter, s. 247 vd.

507 Harald Oelkers, "Das neue Sorgerecht in der Familienrechtlichen Praxis", **FuR 1999**, s. 350.

508 Alman hukukunda velayetin kullanılması açısından 2000'lı yıllarda anne ve babanın yararından çok çocuğun yararı üstün tutulmuştur. Fulya Erlüle, Kitap, s. 214.

509 Angelika Zimmer, s. 182-235.

510 Dieter Schwab, s. 462; Jurgen Rehberg, "Kindeswohl und Kindschaftsrechtsreformgesetz", **FuR 1998**, s. 66; Canan Yılmaz, Velayet, s. 33.

511 Jurgen Rehberg, s. 66.

512 Harald Oelkers, s. 350.

Madde ile ilgili üçüncü görüş ise[513] kanun koyucunun kural- istisna yaratmak gibi bir amacının olmadığını, bu iki velayet çeşidi bakımından öncelik sıralaması yapmadığını, çocuğun yararının üstün tutularak tek taraflı velayete veya birlikte velayete karar verileceğini belirtmiştir. Her ne kadar birlikte velayet, çocuk için son derece yararlı bir yol olsa da ebeveynlerin özel durumları, aralarındaki ilişki birlikte velayetin sağlıklı bir şekilde uygulanıp uygulanmayacağı noktasında önem arz eder. Bu bağlamda birlikte velayet ancak çocuğun yararına ise uygulanmalıdır[514], her zaman birlikte velayetin kural olarak düşünülmesi doğru olmayacaktır[515].

Katıldığımız görüşe göre, Alman hukukunda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi akabinde velayet kural olarak birlikte velayet şeklinde devam edecektir. Birlikte velayetin uygulanması adına ebeveynlerin ayrıca talepte bulunmalarına gerek yoktur. AlmMK'nın 1671. maddesi uyarınca, kural birlikte velayet olup anne ve babanın tek başına velayeti kullanabilmeleri için mahkemece karar alınması gerekmektedir[516].

Çocuk Reformu Kanunu ile 1 Temmuz 1998'den bugüne devam eden kuraldan önce, tek başına velayetin kural olduğu Almanya'da, reform ile birlikte, ayrılık olgusundan bağımsız olarak, birlikte velayetin devam etmesi esastır. Güncel düzenlemeye göre, tek başına velayetin söz konusu olması için, anne veya babadan birinin bu yönde talep etmesi gerekmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki mahkeme sadece talep eden ebeveyn bakımından tek taraflı velayetin ona verilip verilmeyeceğini değerlendirir[517]. Taraflardan birinin talebi halinde, diğer ebeveynin de tek taraflı velayeti kabul etmesi ve 14 yaşından büyük çocuğun bu duruma itiraz etmemiş olması birlikte velayetin sonlandırılmasına neden olacaktır. Ancak bunun için mahkemece tek

---

513 Angelika Zimmer, s. 73.

514 Stefan Motzer, "Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet von Sorgerecht und Umgangsrecht", **FamRZ 2001**, s. 1036.

515 Ludwig Salgo, "Zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung als Regelfall ein Zwischenruf", **FamRZ 1996**, s. 453.

516 Öte yandan birlikte velayetin uygulanması tek başında çocuğun yararına hizmet etmez. Burada çocuğun yararı açısından belirleyici faktör, birlikte velayetin kural olması değil, ebeveynlerin çocuğun yararı doğrultusunda iş birliği yapıp yapmadıklarıdır. Heinz Georg Bamberger/ Herbert Roth/ Wolfgang Hau/ Roman Poseck**, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB Kommentar)**, 4. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2019, Art. 1671, N. 7.1

517 Karlheinz Muscheler, s. 375.

taraflı velayetin uygulanmasının çocuğun yararı açısından en doğru yol olacağı kanaatine varılmalıdır[518].

AlmMK'nın 1671. maddesine göre velayet tesisinde çocuğun yararı esastır. Buna göre tek taraflı velayetin talep edildiği ve hatta diğer ebeveyn tarafından tek taraflı velayetin kabul ettiği hallerde, hâkim tek taraflı velayetin çocuk açısından uygun olmadığını düşünüyorsa birlikte velayetin devam etmesine karar verebilir[519].

Ayrı yaşamakta olan veya boşanmış ebeveynler bakımından, AlmMK birlikte velayeti uygularken, çocuğun fiilen yaşadığı ebeveyn ile diğer ebeveyn arasında yetki esasına dayanan bir ayrım yapar. Buna göre, fiili olarak çocuğun yanında yaşadığı ebeveyn, çocuk ile ilgili günlük yaşama dair kararları tek başına alabilirken, önemli kararlar bakımından diğer ebeveyn ile birlikte hareket etmelidir[520]. Önemli konular ve günlük yaşamda alınması gereken kararlar ayrımı şu şekilde yapılabilir: operasyonlar ve okul seçimi önemli konulardan olup birlikte velayete sahip iki ebeveyn tarafından da ortak karar verilmesi gereken konulardandır. Ancak günlük yaşamda görülen soğuk algınlığı gibi hastalıklar, okul gezisine izin verilmesi ile ilgili veli yazısı gibi durumlar, günlük yaşamda alınması gereken kararlar arasında yer alır ve çocuğun yanında kalmasına karar verilen ebeveyn bu hususlarda tek başına karar verilebilir. Kişisel ilişki kurulan ebeveyn de kişisel ilişki sırasında da çocuğun yemek saati, yatak rutini gibi bakım konularında tek başına yetkili olacaktır.

C. Evlilik Birliği Dışında Doğan Çocuklar Bakımından Velayet

Evlilik birliği dışında doğan çocukların velayetinin kimde olacağı sorusunun yanıtı, TMK'nın 337. maddesinde verilmektedir. Söz konusu maddeye göre, anne ve

---

518 Stephan Wolf/ Deborah Schmuki, "Gemeinsame Elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern in der Schweiz, Deutchland und Österreich" **Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschatflichen Fakultat der Üniversitat Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014**, Bern 2014, s. 162.

Alman hukukunda çocuğun tek taraflı velayetinin çocuğun yararına uygun olup olmadığı noktasındaki denetim, birlikte velayetin kural olarak çocuğun yararına olduğunun kabul edilmesi, birlikte velayetin uygulanmasının çocuğun yararına olmadığı hallerde ise bunun noktaların gerekçelendirilmesi yönündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Stephan Wolf/ Deborah Schmuki, s. 163.

519 Karlheinz Muscheler, s. 376.

520 Karlheinz Muscheler, s. 387.

babanın evli olmaması halinde velayet anneye ait olacak[521], annenin kısıtlanması, ölmesi veya kanundan doğan sebeplerle velayetin kendisinden alınması halinde ise, çocuğun velayeti, mahkeme kararıyla ya babaya verilecek ya da çocuğa bir vasi atanacaktır. Buna göre babanın velayete sahip olması için soybağına sahip olması yeterli olmayıp, annenin velayeti ifa edememesi gerekmektedir[522].

Madde içeriğinden de anlaşıldığı üzere, Türk hukukunda evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından birlikte velayetin uygulanması yönünde bir düzenleme mevcut değildir. Öğretide bu durum haklı olarak eleştirilmiş, anne ve babanın velayet konusunda ortak bir paydada buluşmaları halinde, hâkim kararı ile birlikte velayeti kullanabilecekleri yönünde bir düzenlemenin yapılması gerektiği savunulmuştur[523].

Bu kapsamda, 337. maddede kasıtlı susma mı olduğu yoksa boşluk mu bulunduğu tartışılmıştır. Birinci görüşe göre, TMK'nın 337. maddesinde kasıtlı susma yoktur, aksine bu maddede bir kanun boşluğu mevcuttur[524]. Bu görüşteki yazarlar, hukukumuzda evlilik birliği içinde doğmuş çocuk ile evlilik birliği dışında doğan çocuk arasında eşitlik ilkesi gereğince bir ayrım yapılmaması gerektiğini, nasıl evlilik birliği içinde doğmuş çocuklar açıcından boşanma halinde birlikte velayetin uygulanması, yargı kararları ile de olsa, mümkün ise, aynı şekilde evlilik birliği dışında doğan çocuk açısından da aynı hakkın sağlanmasının doğru olacağını savunmaktadırlar. Bu durum, Anayasa'nın eşitlik ilkesinin yanında, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca iç hukuk kuralı haline gelen, BMÇHDS'nin 2. maddesinde yer alan

---

521 Soybağının anne bakımından doğumla kurulmasından yola çıkarak, velayetin de anne açısından doğrudan doğruya kanundan kaynaklandığı kabul edilmektedir. İlknur Serdar, s. 185; Ebru Ceylan, s. 205.

522 İlknur Serdar, s. 185-186; Bilge Öztan, Kitap, s. 1092; Emine Akyüz, Kitap, s. 228.

523 Mehmet Beşir Acabey, s. 285; Cem Baygın, s. 271; Ebru Ceylan, s. 206.

524 Yazara göre, medeni kanunda evlilik birliği içinde doğan çocuk- evlilik birliği dışında doğan çocuk ayrımının kaldırılması, kanun sistematiği, anne ve babanın velayeti birlikte kullanacağının 335. maddede belirtilmesi, uluslararası sözleşmelerle bunun desteklenmesi, kanun koyucunun birlikte velayeti kabul etmediği düşüncesi ile zıt düşecektir. Bu sebeple burada kasıtlı susma yerine boşluk olduğu düşünülmelidir. İlknur Serdar, s. 189-190. Yazar ile aynı görüşte, Cengiz Koçhisarlıoğlu, s. 229; Kudret Güven, "Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet", **BÜHFD**, C. 4, S. 1, Ocak 2018, s. 47 vd, (Ortak Velayet). *Güven*, tanıma veya babalık davaları akabinde babanın açacağı velayet davası ile birlikte velayeti talep edebileceğini, bu durumun BMÇHDS'nin 3, 7 ve 9. maddelerine uygun olacağını ileri sürmektedir.

çocuklar arasında hiçbir ayrım yapılmaması kuralına uygun olacaktır[525]. Kanun koyucu tarafından açık bir düzenleme yapılıncaya kadar, TMK'nın 1/2 hükmü gereğince hâkim tarafından boşluk doldurulacaktır[526]. Hâkim bu durumda, ebeveynlerin birlikte velayeti talep etmeleri ve birlikte velayetin uygulanmasının çocuğun yararına aykırı olmaması halinde, birlikte velayete karar vermelidir.

Öğretide ikinci görüş, TMK'nın 337. maddesinde herhangi bir boşluk olmadığını, kanun koyucu tarafından bilinçli olarak velayetin tek taraflı olarak anneye bırakıldığını, yorum yoluyla aksine bir sonuca varılamayacağını ileri sürmüştür[527]. Bu görüşe göre, eşitlik ilkesine uygun olarak kanun koyucunun yeni bir düzenleme yapması gerekmektedir. Gerçekleştirilecek düzenlemede, kural olarak velayet anneye ait olmalı ancak anne ve babanın birinin talep etmesi halinde, çocuğun üstün yararı aksini gerektirmiyorsa hâkim tarafından birlikte velayete karar verilmelidir[528].

Öğretide *Serozan*, evlilik birliği içinde doğmayan çocuğun velayetinin sadece anneye bırakılmasının, birlikte velayetin uygulanabilir olmamasının, eşitlik ilkesine, anne baba hakkına, *BMÇHDS'de* geçen anne ve babadan ayrı tutulmama hakkına, çocuğun kişiliğini geliştirme hakkına aykırılık teşkil ettiğini ve Anayasa'ya aykırılık iddiası ile TMK'nın 337. maddesinin Anayasa mahkemesine taşınması gerektiğini ifade etmiştir[529].

Öğretideki görüşleri değerlendirdiğimizde, genel kanaat şu şekildedir: Birlikte velayet evlilik birliğinin varlığı halinde mevcuttur, diğer hallerde açıkça düzenlenmemesi gerekmektedir. Evlilik birliği dışında doğan çocuk bakımından velayetin anneye verilmesi, evlilik birliği dışında doğan çocuk ile evlilik birliği içinde doğmuş çocuk arasında ayrımcılık yasağının ihlalidir. Bu düzenleme sadece çocuk açısından değil, önceden evli olan anne baba ile hiç evlenmemiş anne baba açısından

525 İlknur Serdar, s. 189.

526 İlknur Serdar, s. 192.

527 Tuba Birinci Uzun, s. 162 vd.; Cem Baygın, s. 271.

528 Tuba Birinci Uzun, s. 163.

529 Rona Serozan, Çocuk, s. 255. Evlilik birliği dışında doğan çocuğun anne ve babası tarafından birlikte evlat edinilmesi TMK'nın 306. maddesi bakımından da mümkün değildir. TMK birlikte evlat edinmeyi ancak evli çiftler bakımından mümkün kılmıştır.

da eşitlik ilkesine aykırıdır[530]. Nitekim, BMÇHDS'nin çocuklar arasında evlilik birliği içinde- dışında şeklinde ayrım gözetilmemesini düzenleyen 2. maddesi, çocuğun üstün yararını düzenleyen 3. maddesi, anne ve babayı bilme ve onları tanıma hakkını düzenleyen 7. maddesi, çocuğun yetiştirilmesinde anne ve babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları belirten 18. maddesi de birlikte velayetin evlilik olsun olmasın uygulanabilir olması gerektiğini desteklemektedir.

Evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocuk bakımından birlikte velayetin uygulanamaz oluşu, aynı şekilde AİHS'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı ilkesine de uygun düşmemektedir. Şöyle ki, söz konusu maddede, sözleşmeden kaynaklanan hakların uygulanmasında cinsiyet, doğum gibi herhangi bir sebepten kaynaklı olarak ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. AİHM önünde görülen bir davada[531], kararın verildiği dönemde evli olmayan anne ve babadan doğan çocuk yönünden birlikte velayete karar verilmesinin annenin rızasına bağlı olarak gerçekleşebilmesi *AİHS'nin* 14. maddesinin ihlali olarak nitelendirilmiştir. AİHM tarafından verilen kararların ve BMÇHDS'nin de etkisiyle, Almanya ve İsviçre'de evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından ebeveynlerden birinin talebi ile birlikte velayetin uygulanabildiği görülmektedir.

Kanaatimizce, TMK'nın 337. maddesi velayetin açıkça anneye ait olduğunun belirtilmesi sebebi ile emredici hüküm niteliğindedir. Annenin velayeti kullanamaz duruma gelmesi halinde ancak babanın velayet hakkına mahkeme kararı ile sahip olabilmesi söz konusudur. Bu durum kanun koyucunun evlilik birliği dışında doğan çocuk açısından öncelikle annenin velayetini kabul ettiğini göstermektedir. Kanun düzenlemesi her ne kadar bu şekilde olsa da boşanma sonucunda birlikte velayetin yargı kararları ile uygulanabilir olduğu günümüzde, evlilik birliği içinde doğmuş / doğmamış çocuk ayrımı ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, kanun düzenlemesine gidilerek en azından, anne ve babanın ortak talebi ve çocuğun görüşünün alınarak, çocuğun yararı aksini gerektirmiyorsa birlikte velayete karar verilebilmesi gerekmektedir.

---

530 Fulya Erlüle, Kitap, s. 154 vd.

531 AİHM, Zaunegger- Almanya dosyası, Başvuru No: 22028/04, 03.12.2019 T.

Evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından birlikte velayetin kural olarak mı yoksa istisnai olarak mı düzenleneceği noktasında da evlilik birliği içinde doğmuş çocuk- dışında doğmuş çocuk arasında ayrım yapılmamalıdır. Buna göre, hukukumuzda boşanma sonrasında birlikte velayet medeni kanunda ne şekilde düzenlenecekse, evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından da aynı yönde düzenlemeye gidilmelidir.

Velayet anne ve baba olmanın gerekliliğidir ve sadece evlilik ile bağlantılı olarak düşünülmemelidir. Çocuğun anne ve babası bellidir ve olması gereken hukuk bakımından anne baba olma olgusunun kanunen tanındığı anda (soybağı kurulduğunda) velayete dair yükümlülüklerin de tanınması gerekmektedir. Aksi durum, yani çocuğun anne ve babasını tanıma, onlarla yetişme hakkının evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından uygulanmaması ayrımcılık yasağının en açık örneğini oluşturur. Güncel hukuk düzenlemesinde kanun koyucu evlilik kurumunu korumak isterken evlilik birliği dışında doğan çocukların yaşadığı bu ayrımcılığı göz ardı etmiştir. Sadece evlilik birliği içinde "anne baba" olunmuyorsa, anne baba olmanın sonucu olan velayetin evlilikten ve çocuğun statüsünden bağımsız, çocuğun koruyan hükümlerce düzenlenmesi, velayetin çocuğun bakış açısı ile ele alınması gerekmektedir. Bu gereklilik eşitlik ilkesine de uygun olacaktır. Sonuç olarak hem evlilik birliğinin boşanma veya butlan sona erdiği hem de evlilik birliğinin hiç kurulmadığı hallerde birlikte velayetin mümkün olması çocuğun temel haklarını koruyan, velayeti bağımsızlaştıran bir hukuk düzenini oluşturacaktır.

Bu bağlamda, TMK'da evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından baba ile mahkeme kararıyla soybağının kurulması durumunda, hâkimin re'sen velayet düzenlemesine karar vermesi, idari işlemi olan tanıma ile kurulan soybağında ise, her ilgilinin ve nüfus müdürlüğünce gerçekleştirilecek bildirim akabinde cumhuriyet savcısının re'sen harekete geçerek, velayetin tesisine yönelik dava hakkının olması birlikte velayetin uygulanabilir kılacaktır. Hâkimin birlikte velayeti talep eden anne ve babayı bizzat dinlemesi, çocuğun üstün yararı gereğince birlikte velayete karar verebilmesi, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalara da uygundur.

İsviçre'de 25 Haziran 1976 tarihli *Çocuk Hakları Reformu* ile, evlilik birliği içinde doğmuş- doğmamış çocuk ayrımına miras hukuku açısından son verilmiş ancak velayetin birlikte kullanılması yönünden ayrım devam etmiştir. Evlilik birliği dışında doğan çocuk bakımından İsviçre'de, 2000 yılındaki boşanma hukukundaki revizyonla güncellenen Eski İsvMK'nın 298. maddesine göre, kural olarak annenin velayet hakkı söz konusudur. Babanın velayet hakkı, annenin onayının olup olmadığına göre ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Annenin onayı olmaksızın, babanın velayet hakkı, maddenin 2. fıkrasına göre, ancak annenin küçük veya kısıtlı olması veya ölmesi durumunda, çocuğun yararı bunu gerektiriyor ise ve mahkeme kararı ile mümkündür. Annenin ve dolayısıyla her iki ebeveynin ortak rızası ile hareket edildiğinde ise, Eski İsvMK'nın 298a/1 hükmüne göre, ebeveynlerin aralarında çocuğun giderleri ve paylaşım şekillerine yönelik anlaşmalarının mahkeme tarafından uygun bulunması ve birlikte velayetin uygulanmasının çocuğun yararına olması halinde mahkemece birlikte velayete karar verilebilmektedir[532]. Evlilik birliği dışında doğan çocuk bakımından birlikte velayetin uygulanmasındaki bu ayrım, eşitlik ilkesine, cinsiyet ayrımı yapılmasından ötürü ayrımcılık yasağına aykırı olması sebepleri ile eleştirilmiştir[533].

İsvMK'nın 298a maddesinde 2014 yılında gerçekleşen revizyonla iki noktada iyileştirme yapılmıştır. Bu noktalardan ilki, evlilik birliği dışında doğan çocuk bakımından babanın, annenin rızası olmaksızın birlikte velayet talep edebilmesi, ikincisi ise evlilik birliği sona erdikten sonra birlikte velayetin kural, tek taraflı velayetin ise istisna haline getirilmesidir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, birlikte velayet kendiliğinden uygulanmayacaktır. Uygulanması için ebeveynlerin yazılı olarak bildirimde bulunmaları şarttır[534]. Ortak bildirimde bulunulmadığı hallerde annenin tek taraflı velayeti devam edecektir. Babanın birlikte velayete yönelik

---

532 Fulya Erlüle, Kitap, s. 209.

533 Martin Widrig, Elterliche Sorge- Ein Grundrecht?, **Jusletter**, 23. Juli 2012, s. 6-7.

534 Urs Gloor/ Jonas Schweighauser, s. 3; Peter Tuor/ Bernhard Schnyder/ Jörg Schmid/ Alexandra Jungo, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 14. Aufl. Zürich, 2015, N. 18, s. 507; Andrea Büchler/ Luca Maranta, "Das neue Recht der elterlichen Sorge" **Jusletter 11**, August 2014, s. 3; Bahar Öcal Apaydın, s. 644. Anne ve baba ortak beyanda bulunmadan önce İsvÇKM'den görüş alabilirler. Ebru Ceylan, s. 206.

bildirimi nüfus müdürlüğünde gerçekleşecek tanıma işlemi ile birlikte yapılabileceği gibi, daha sonradan İsvÇKM'ye başvurularak da gerçekleşebilir[535].

Bildirim içeriğinde, birlikte velayete dair tarafların arzularının yanında çocuğun nerede kalacağı (yerleşim yeri), kişisel ilişkinin kapsamı, çocuğun bakımının maddi yönden nasıl giderileceğine yönelik açıklamalar da yer almalıdır[536]. Nafakaya ilişkin hususların *İsvÇKM tarafından* onaylanması gerekmektedir. Gündelik yaşama ilişkin kararlarda çocuğun beraber yaşadığı ebeveyn tek başına karar alabilir aynı şekilde acil hususlar bakımından da tek başına karar verme yetkisi vardır.

Annenin birlikte velayete dair beyanda bulunmaktan çekinmesi halinde, baba, İsvMK'nın 298b hükmü gereğince, çocuğun yerleşim yerindeki *İsvÇKM'ye* başvurularak birlikte velayet talebinde bulunabilir. Aynı şekilde anne ve babanın, çocuğun nerede kimin himayesinde kalacağı, nafaka, kişisel ilişki gibi önemli konularda anlaşmaya varamamaları halinde de İsvÇKM'ye başvurmaları mümkündür. Bakım nafakasında anlaşamama durumunda İsvÇKM dışında arabuluculuk merkezlerine başvurabilecekleri gibi, tedbiren ödemeye yönelik taleple birlikte mahkemeye başvuru hakları saklıdır[537].

Almanya'da evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından Alman Anayasa Mahkemesi'nin 07.05.1991 tarihinde bu yönde vermiş olduğu önemli iptal kararı mevcuttur. Söz konusu kararda[538], evlilik birliğinin hiç var olmadığı, birlikte yaşayan ebeveynlerin birlikte velayet hakkını kullanamamaları Alman Anayasası'nın 6. maddesine aykırı bulunmuştur.

AlmMK'da 1998 tarihli *Çocuk Hukuku Reformu*ndan önceki düzenlemede, evlilik birliği içinde doğmayan çocuklar bakımından, velayetin anneye ait olduğu, babanın ancak evlilik veya evlat edinme yoluyla velayete sahip olacağı düzenlemesi mevcuttur.

---

535 Evlilik birliği dışında doğan çocuk bakımından birlikte velayet tanıma ile gerçekleşiyorsa nüfus müdürlüğüne anne ve babanın birlikte ve şahsen başvurmaları gerekir. Tanımadan sonra gerçekleşen birlikte velayet talebi ise çocuğun bulunduğu yerdeki İsvÇKM'ye sunulur. Bu halde anne ve baba ayrı ayrı da başvurabilir. Ebru Ceylan, s. 207.

536 Kurt Affolter-Fringeli/ Urs Vogel, Art. 298a, N. 5.

537 Peter Tuor/ Bernhard Schnyder/ Jörg Schmid/ Alexandra Jungo, N. 19, s. 507; Ebru Ceylan, s. 207.

538 Karar için bkz. FamRZ 1991, s. 913 vd.

Annenin velayetinin sona ermesi halinde ise babanın ancak vasi olarak atanması söz konusu olabilir[539]. Çocuk Hakları Reformu ile bu durum esnetilmiştir. Çocuk Hakları Reformu ile değişen AlmMK'nın 1626a maddesine göre, anne ve babanın evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından birlikte velayeti kullanabilmeleri için, bu yönde taleplerinin olması veya evlenmeleri gerekmektedir. Her ne kadar daha sonra iptal edilmiş olsa da o dönemdeki düzenleme, annenin rızası olmadan ebeveynlerin birlikte velayete yönelik taleplerinin olamayacağı yönündedir.

Evlilik birliği dışındaki velayette annenin rızası olmadan birlikte velayetin talep edilememesi hükmünün hak ihlaline yol açtığı iddiası ile AİHM önünde görülen 2009 tarihli *Zaunegger- Almanya* davasında söz konusu hükmün AİHS'nin aile hayatına saygıyı düzenleyen 8. maddesine ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesine aykırılık teşkil ettiğine karar verilmesi akabinde, Almanya'da yeni bir revizyon yapılması çalışmaları hız kazanmıştır. Bu bağlamda, Almanya'da 19 Mayıs 2013'te velayet hükümleri yeniden düzenlenmiş, *Evli Olmayan Anne Babanın Velayetine ilişkin Reform Kanunu* yürürlüğe girmiştir.

Reform ile evlilik birliği dışında doğan çocuğun velayetini düzenleyen 1626a/1hükmüne 3. bent eklenmiştir. Bu değişiklik neticesinde evlilik birliği dışında doğan çocuk bakımından, kural halen annenin velayetidir ancak birlikte velayetin kullanılması üç halde mümkün olacaktır. Bunlardan birincisi tarafların birlikte velayet bildiriminde bulunmaları (bent 1), ikincisi tarafların evlenmeleri (bent 2), (reform ile eklenen) üçüncüsü ise ebeveynlerden birisinin mahkemeden birlikte velayeti talep etmesidir (bent 3)[540]. Bu bağlamda birlikte velayetin mahkemeden talebinde annenin rızasının aranması şartı kaldırılmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, hâkim birlikte velayete çocuğun üstün yararını esas alarak karar verir. Kural olarak aksine bir neden sunulmaması veya durumdan anlaşılamaması hallerinde birlikte velayetin uygulanmasının çocuğun üstün yararına uygun olduğu düşüncesi hakimdir[541].

---

539 Karlheinz Muscheler, s. 372.

540 Karlheinz Muscheler, s. 373; Canan Yılmaz, Velayet, s. 33.

541 Karlheinz Muscheler, s. 373. AlmMK'nın 1626b maddesine göre, şarta ve süreye bağlı olarak verilen velayet beyanı geçersizdir.

Alman hukukunda evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından birlikte velayetin ebeveynlerce birlikte talep edilmesinde, yani velayet beyanı işleminde, tarafların aynı anda başvurmaları zorunlu olmadığı gibi herhangi bir şekil şartı da öngörülmemiştir. Taraflar el yazısı ile başvuru yapabilirler, ancak beyanlar noter veya Gençlik Dairesi'nce onaylanmak durumundadır[542]. Tarafların beyanları ve birlikte velayetin gerçekleşmesi Gençlik Dairesi tarafından tutulan defterlere kaydedilir[543].

III. BİRLİKTE VELAYETİN UYGULANMASINDA AMAÇLAR, SOSYOLOJİK ÇALIŞMALAR VE ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER

A. Birlikte Velayetin Uygulanmasında Amaçlar

Evlilik birliği içinde anne ve babası ile yaşayan çocuğun, birliğin sona ermesi ile anne veya babasından ayrı yaşaması neticesinde doğal olarak kısa ve uzun vadede etkileneceği aşikardır. Öte yandan çocukları en çok etkileyen olgunun, anne ve baba arasında yaşanmış çatışmalar olduğu görülmektedir[544].

Çocuğun psikolojik gelişiminin sağlıklı olması için, her iki ebeveynine de ihtiyaç duyduğu, bağlanma figürü bakımından babanın da birinci derece bağlanma figürü olabileceği[545] kabul edilmektedir. Bu bağlamda, birlikte velayetin evlilik birliği sonrasında da mümkün olabilmesi çocuğun sağlıklı gelişimi açısından anne ve babası ile olan ilişkisinin devamlılığını sağlayacaktır. Aynı durum evlilik birliği dışında doğan çocuk açısından da geçerlidir. Bu bağlamda birlikte velayet çocuğun yararı için önemli olan bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır[546].

---

542 OLG Düsseldorf Yüksek Mahkemesi'nin 22 Şubat 2008 tarihli II-8-UF 267/07 sayılı kararı velayet beyanının şekli açısından açıklayıcı bir karardır. Karara konu olayda, velayet beyanı noter huzurunda her iki ebeveyn tarafından gerçekleştirilmiştir. Anne ve baba evlilik birliği olmadan beraber yaşadıkları dönemde şahsen, koşulsuz ve süresiz olarak beyanda bulunmuşlar ve birlikte velayeti kabul etmişlerdir. Tarafların beyanı noter tarafından uygun bulunmuştur. Yüksek mahkeme beyanı hem şekil hem de içerik bakımından incelemiştir. Mahkeme kararına göre beyan şekil bakımından geçerlidir. Beyan içindeki "ayrılık durumunda çocuğun yerleşim yerini anne belirleyecektir" maddesi ise yerleşim yerini belirleme hakkının ancak mahkeme kararı ile ebeveynlerden birine devredilebileceği hükmü gereği geçersiz sayılmıştır. Ancak bu geçersizlik tüm belgeyi geçersiz kılmayacaktır.

543 Karlheinz Muscheler, s. 373.

544 Nilgün Öngider, s. 143-144.

545 Annatina Wirz, s. 36; Linus Cantieni, s. 57; Stephanie Matthiessen, s. 68.

546 Fulya Erlüle, Kitap, s. 106.

Birlikte velayette birinci amaç, kişisel ilişki kurulan ebeveyn ile çocuk arasında ilişkinin devam etmesi, bu sayede olumsuz sonuçların arasında en zarar verici olan[547] diğer ebeveyn ile olan iletişimin azalması riskinin minimuma inmesinin sağlanmasıdır. Bu sayede, çocuklar yaşamlarına daha çabuk uyum sağlayacaktır[548].

Birlikte velayetin ikinci ve kanaatimizce uygulanması yönünden en önemli amacı ise, tek tarafa bırakılan velayetten farklı olarak, anne ve baba rollerinin devamının sağlanması ve bu şekilde çocuğun iyiliğini düşünen anne ve babanın iş birliği içinde olmasıdır[549]. Bu şekilde, anne ve baba arasında "kazanan- kaybeden" olmayacak, çocuğun koz olarak kullanılmasının önüne geçilecektir[550].

Velayetin hak olmasının da yanında bir yükümlülük olduğundan yola çıkarak birlikte velayetin uygulanması ile ulaşılmaya çalışılan üçüncü amaç, anne ve babanın, evlilik birliği olmadan da eşit yükümlülükler çerçevesinde hareket etmesinin sağlanmasıdır. Bu bağlamda, çocuğun doğmasında rol oynayan anne ve babanın, evlilik sona erse veya hiç var olmasa dahi, çocuk üzerindeki haklarının yanı sıra yükümlülüklerinin de devam edecektir[551]. Tek tarafın velayet hak ve yükümlülüklerine sahip olduğu hallerde, bu yükümlülük de tek tarafta olmakta, çocuk ile kişisel ilişki kurulan ve sadece belli günlerde çocuk ile iletişime geçen ebeveynin bu yükümlülüğü çok sınırlı bir şekilde üstlenmektedir.

Bahsedilen tüm amaçlarının ortak noktası, çocuğun yararının üstün tutulmasıdır. Şöyle ki, evlilik birliği olmasa dahi çocuğun anne ve babasıyla sağlıklı iletişimin devam etmesi, anne ve babada çocuğunun iyiliği için iş birliği içinde olmalarının ne kadar önemli olduğu bilincinin var olması, anne ve babanın kazanan-kaybeden rolüne girmemesi çocuğun yararınadır. Tüm bu unsurların bir araya gelmesi, sağlıklı bir çocuk gelişiminin temel taşlarını oluşturur.

---

547 Evren Jülide Koç/ Mahmut Yılmaz, s. 163

548 Linus Cantieni, s. 54; Annatina Wirz, s. 41; Evren Jülide Koç/ Mahmut Yılmaz, s. 162.

549 Annatina Wirz, s. 32; Stephanie Matthiessen, s. 63.

550 Linus Cantieni, s. 63.

551 Fulya Erlüle, Kitap, s. 110.

B. Birlikte Velayet ile İlgili Gerçekleştirilen Sosyolojik Araştırmalar

Bu başlık altında birlikte velayet ile ilgili gerçekleştirilen sosyolojik araştırmalara yer verilmesindeki amaç, birlikte velayeti kural olarak uygulayan İsviçre ve Almanya'da kanun düzenlemelerinin topluma yansımasının nasıl gerçekleştiğinin açıklanmasıdır. Anne ve baba olma olgusunun, evlilik birliği olmasa dahi var olması gerektiği düşüncesi ile birlikte velayetin uygulanmasının sosyolojik olarak bir karşılığının olup olmadığı bu kısımda aktarılmaya çalışılacaktır.

Gerçekleştirilen *Steinmann* araştırmasında, eğitim düzeyi ve çalışma hayatı aynı koşullarda olan, yeni boşanmış veya boşanma arifesinde olan, toplam 24 aile ve bu ailelerin mensubu olan toplam 32 çocuk üzerinde anket çalışması gerçekleştirilmiştir[552]. Çözüm odaklı ve birlikte velayeti kendi arzuları ile seçmiş, birlikte velayette değişimli modeli yani çocuğun belirli aralıklarla, sırayla anne veya babasında kalmasını düzenleyen modeli benimsemiş bu kişiler arasında gerçekleştirilen araştırmanın çocuklar açısından sonuçları önem arz etmektedir. Buna göre, çocuklar özellikle ebeveynlerden birinin maddi durumunun daha zayıf olması halinde, birlikte velayet seçiminden kaynaklı olarak kendilerini sorumlu hissetmektedirler, günlük hayat rutinleri açısından bir sorun yaşamasalar da evlerinin neresi olduğu hususunda kafa karışıklığı yaşamaktadırlar. Anne ve babalarının kendilerini önemsendiklerini bilirler, yine de aile kavramına özlem duyarlar. Araştırmaya katılan çocukların yüzde 80'i anne ve babalarının tekrar bir araya gelmelerini arzu etmektedir.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin 03.11.1982 tarihinde AlmMK'nın 1671/4 c. 1 maddesini iptal etmesi akabinde, ilk derece mahkemelerinin birlikte velayetin boşanma sonrasında uygulanmasına yönelik kararlar verdikleri dikkat çekmiş, bu sebeple 1983-1985 yılları arasında, boşanma davalarında hakimlerin tutumlarının ve gözlemlerinin araştırılması amacıyla *Limbach* araştırılması gerçekleştirilmiştir[553]. O

---

552 Steinmann araştırması ve diğer araştırmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Eva Diederichsen, **Gemeinsames Sorgerecht der Eltern nach Scheidung- sachgerechte Konkretisierung des Kindeswohls,** Regensburg, 1999, s. 178 vd.

553 Limbach araştırması ile ilgili bkz. Linus Cantieni, s. 49 vd.

dönemde henüz yasal bir düzenlemeye kavuşmayan ve mahkeme kararları ile uygulama bulan birlikte velayete dair sayısal verilere ulaşılan araştırmaya göre, boşanma sonrasında birlikte velayet çok az sayıda dosyada uygulanmış, yüzdelik oran %2'yi geçmemiştir. Öte yandan, birlikte velayetin uygulanmasının olumsuz sonuçlara yol açacağını, toplumun belirli bir kısmında uygulanacağı ve bu sebeple eşitlik ilkesine aykırı olduğu noktasında ileri süren argümanı destekler verilere ise bu araştırma kapsamında ulaşılamamıştır.

Almanya'da 1985-1986 yıllarında boşanmış 69 ailede gerçekleştirilen, *Ballof-Walter* araştırmasında, tek taraflı velayetin uygulandığı ve birlikte velayetin uygulandığı aileler karma olarak seçilmiş ve boşanmanın ebeveynlerin sosyal yaşamı üstündeki sonuçları, çocukların bakış açısı, çocukların kişisel ilişki kurulan ebeveyn ile olan görüşme sıklıkları değerlendirilmiştir[554]. Çalışmanın sonucuna göre, çocuklar açısından yine bir ebeveynin tarafında yaşam merkezi kurulmuş durumdadır ancak diğer ebeveyn ile iletişim, tek taraflı velayetin uygulandığı ailelere göre daha yüksektir. Öte yandan birlikte velayetin uygulandığı ilişkilerde çocukların, anne ve babasının barışma hayalleri oranları daha fazladır. Araştırmanın sonucunda dikkat çeken husus, birlikte velayetin tek başına evlilik birliğinin sona ermesinden sonra doğan sorunlara çözüm olmadığı, esas çözümün birbirleri ile iletişim hâlinde olan, birbirlerini tolere edebilen anne ve babada olduğu yönündedir. Bu bağlamda hâkim birlikte velayete karar verirken, tarafların yaklaşımlarına dikkat etmelidir.

Birlikte velayetin bir türü olan dönüşümlü birlikte velayet modelinin etkilerinin araştırıldığı *Wallerstein- Lewis- Blakeslee* araştırması, 25 yıl gibi uzun bir süreyi kapsayan bir araştırma olması açısından önemlidir. 60 aile ve toplam 131 çocuk ile gerçekleştirilen görüşmeler neticesinde elde edilen bulgulara göre, birlikte velayet boşanma sonrasına çocuğun yaşadığı psikolojik sorunların çözümünde tek başına çözüm değildir. Bu halde velayetin modelinden ziyade tarafların tutumları, çocuğun yaşı, cinsiyeti daha belirleyici bir unsurdur[555]. Yine de boşanma sonrasında dönüşümlü birlikte velayet modelin uygulandığı ailelerde, çocukların evlilik birliğinin sona ermesi

554 Ballof- Walter araştırması ile ilgili bkz. Eva Diederichsen, s. 195 vd.

555 Wallerstein- Lewis- Blakeslee araştırması ile ilgili bkz. Linus Cantieni, s. 45 vd.

durumu ile baş etme güçlerinin daha kuvvetli olduğu görülmüştür. Sorunların giderilmesinde, birlikte velayeti gönüllü olarak uygulayan ebeveynlerin daha başarılı oldukları, gönüllü olmayanların ise birlikte velayetin katkısının olmadığı tespit edilmiştir.

Birlikte velayetin sonuçları ile ilgili en kapsamlı çalışma *Maccoby ve Mnookin* araştırması (1990) olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışma boşanma talebinden hemen sonra, boşanma talebinden bir yıl sonra ve boşanma talebinden üç yıl sonra olmak üzere 3 aşamada 880 aile ile gerçekleştirilmiş, ailelerin yaşadıkları tecrübeler analiz edilmiştir[556]. Araştırmanın sonucuna göre, baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkide, çocuğun babada kalması, ne kadar kaldığı ve hangi sıklıkta kaldığı sorularının cevabı babanın maddi imkanları ile orantılıdır. Evlilik birliği sona erdikten sonra, iletişimin yoğun bir şekilde devam ettiği birlikte velayetin sağlıklı bir şekilde uygulandığı hallerde, babanın çocuk ile ilgili kararlarda daha fazla katılımının olduğu, yükümlülüklerinin daha fazla bilincinde olduğu ortaya konmuştur. Gerçekleştirilen araştırmada annelerin yüzde 80'i tek tarafa velayeti savunurken, babaların yarısından fazlası birlikte velayet veya velayetin babaya verilmesini istemektedir.

İsviçre'de evlilik birliğinin sona ermesinden sonra birlikte velayetin hâkim kararı ile uygulanabileceği yönündeki 2000 yılındaki boşanma hukuku revizyonundan sonra, İsviçre Ulusal Araştırma Fonu tarafından desteklenen araştırmaya göre, birlikte velayetin günlük yaşamda uygulanması olumlu sonuçları doğurmuş, çocukların babaları ile daha sık iletişim kurdukları ve nafaka yükümlüsünün daha düzenli nafakayı yatırdığı sonucuna ulaşılmıştır. Öğretide haklı olarak ileri sürüldüğü üzere[557], birlikte velayetin, hâkim kararı ile istisnai olarak uygulandığı 2000'li yılların başında, hâkimin birlikte velayete karar verebilmesi için tarafların iş birliğine hazır olmaları dışında zaten bir seçenekleri yoktur. Bu sebeple, araştırmanın bu sonucundan ziyade birlikte velayetten doğan sorunların tespiti sonuçlarına odaklanmak daha doğru olacaktır.

---

556 Maccoby ve Mnookin araştırması ile ilgili bkz. Eva Diederichsen, s. 192 vd. ; Müge Kiremitçi, s. 87.

557 Linus Cantieni, s. 254;

Araştırmanın anneler ve babalar bakımından sonuçları farklıdır. Anneler bakımından, çocuğun genellikle anne ile yaşadığı düşünüldüğünde, günlük yaşam bakımından karar alma yetkisi kendisinde olan annenin, önemli kararlarda baba ile birlikte hareket etme zorunluluğunun olması, anneyi sınırlanmış hissettirmektedir. Baba bakımından ise birlikte velayetin uygulanması olumlu neticeler doğurmuştur. Şöyle ki, çocukları ile daha kaliteli ve sık iletişim kurabilen babalar bakımından, nafaka yükümlülüklerinin ifası daha gönüllü hale gelmiştir.

Türkiye'de boşanma aşamasındaki tarafların, evlilik birliği sona erdikten sonraki süreçte birlikte velayete bakış açısının aktarılması amacıyla[558], Dr. Müge Kiremitçi tarafından, 2023-2014 yılında İstanbul Anadolu Adliyesi aile mahkemelerinde,18 yaşı altında çocukları bulunan 30 anlaşmalı, 30 çekişmeli boşanma davası taraflarına gönüllülük esasına göre anket sunulmuş, araştırma sonucunda önemli bulgular elde edinilmiştir[559]. Araştırmaya katılanlardan demografik özelliklerine göre değerlendirme yapılmasında, evlilik süresi, çocuğun cinsiyeti, çocuğun yaşı gibi sebeplerle birlikte velayete bakış açılarının değişip değişmediği sorgulanmış, çocuğun yaşı 15-18 aralığında olan ve 20 yılın üstünde evli bulunan çiftlerin birlikte velayete en yatkın olan ebeveynler olduğu sonucuna varılmıştır.

Çocuğa dini eğitim verilmesinde birinci ve ikinci evliliklerini yapanlar, bu konuda ebeveynlerin ortak karar alması gerektiğini büyük bir oranda savunurken, üçüncü evliliklerde bu oran düşmektedir. Yine de genel olarak dini eğitim konusunda tarafların etkili olma arzuları yoğunluktadır.

Birlikte velayete bakış açısının, demografik açıdan yıllara göre değişip değişmeyeceği, evlilik birliği sona erdikten sonra birlikte velayetin Türk hukukunda henüz yeni yeni uygulama alanı bulması ve velayet tercihi konusunda kararsız kalan taraflarca hâkimden talep edilmesi sebepleriyle araştırma konusuna dahil olamamıştır[560].

---

558 Müge Kiremitçi, s. 8.

559 Müge Kiremitçi, s. 86 vd.

560 Müge Kiremitçi, s. 87.

Cinsiyete göre gerçekleştirilen değerlendirmede, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde babaların, annelere oranla daha fazla birlikte velayeti destekledikleri ortaya çıkmıştır[561]. Kanaatimizce babaların bu yönde bir görüş bildirmeleri, Türk hukukunda halen yoğun olarak tek taraflı velayetin anneye verilmesi ve bu durumdan rahatsız olan babaların çocuğun hayatındaki önemli kararlarda rol alma taleplerinin bulunmasıdır.

Sosyokültürel açıdan yapılan değerlendirmede, yurtdışında gerçekleştirilen çalışmalardan farklı olarak, tarafların eğitim düzeyinin birlikte velayete bakış açısında etkili olmadığı ancak çalışmada yüksek tahsilli katılımcıların yüzdesinin düşük (%20) olması sebebi ile bu değerlendirmenin sağlıklı olamayacağı belirtilmiştir[562]. Sosyoekonomik açıdan ise, yurtdışında gerçekleştirilen çalışmalara paralel olarak, ekonomik düzeyi yükseldikçe birlikte velayete olumlu bakış da artmaktadır. Çalışan anneler bakımından, çocuğa dair yükümlülüklerin anne baba arasında eşit bölüştürülmesi gerektiği mantığı ile, çocuğun fiziki ve ruhi sağlığı bakımından baba ile birlikte karar alınması gerektiği, sorumluluğu paylaşmak istedikleri, bu sebeple birlikte velayete sıcak baktıkları anlaşılmaktadır[563].

Boşanma türlerine göre gerçekleştirilen değerlendirmeye göre, anlaşmalı boşanma ile evlilik birliğini sona erdiren taraflar, çekişmeli boşanma taraflarına göre birlikte velayete daha ılımlı bakmaktadırlar. Buna karşın, çocuğun mesleki eğitimi ve ruhsal tedavisi hakkında, boşanmanın türüne bakılmaksızın, anne ve babanın ortak hareket etmesi gerektiği kanaati hakimdir[564].

Ebeveyn tutumlarına göre gerçekleştirilen karşılaştırmada, TMK'nın 336. maddesine aynen katılanların, diğer görüşte olanlara göre çocuklarına karşı daha disiplinli bir tavır sergiledikleri, buna göre tek tarafa velayetin tercih oranı arttıkça, baskı ve disiplin oranının da arttığı ortaya konmuştur. Anne hamileyken boşanma kararı alan taraflarda, çocuğun adını koyma hakkının tek tarafa mı bırakılması yoksa

561 Müge Kiremitçi, s. 87.
562 Müge Kiremitçi, s. 88.
563 Müge Kiremitçi, s. 89.
564 Müge Kiremitçi, s. 89.

birlikte mi karar verilmesi noktasında, tek tarafa bırakmanın daha doğru olacağını düşünenlerin çocuğa karşı daha koruyucu tutumla yaklaştıkları; genel olarak, çocuğun adını koyma hakkı bakımından, birlikte karar alınması dışındaki diğer opsiyonları daha uygun görenlerin, çocuğa karşı daha baskıcı ve disiplinli bir tutuma sahip oldukları tespit edilmiştir[565].

Gerçekleştirilen çalışmanın sonucunda, genel olarak şu kanılara varılmıştır: anlaşmalı boşanma ile evlilik birliğinin sona erdiği, mali durumu daha iyi olan, aile içi demokrasiye güvenen ailelerde, birlikte velayet daha tercih edilebilir konumdadır. Babaların, kanaatimizce mevcut durumdan daha etkili bir şekilde çocuk üzerinde yetki sahibi olabilecekleri düşüncesi ile, birlikte velayete daha sıcak baktıkları gözlemlenmiştir. Annenin çalışması halinde, sorumlulukların paylaşımı noktasından destekle, birlikte velayeti destekledikleri görülmüştür. Genel olarak, çocukların dini ve ahlaki eğitimi, ruh sağlığı konularında birlikte velayetin devamlılığı görüşü ağır basmaktadır[566].

Katılımcılar arasında TMK'nın 336. maddesinin yorumlanmasında, katılımcıların tek taraflı velayete daha yatkın olmaları ve fakat yükümlülükler noktasında birlikte velayet esasına yönelmeleri, velayetin esasında kanundan doğan yükümlülükler yüklediğinin ve bu yasal düzenlemelerin yeterince anlaşılmadığının düşünülmesine sebep olmuştur.

C. Birlikte Velayetin Uygulanmasına Yönelik Görüşler

Evlilik birliğinin mevcut olmadığı hallerde birlikte velayetin uygulanmasının uygun olmayacağının düşünülmesindeki temel, ebeveynlerin tutum ve davranışlarının birlikte velayete uygun olmamasıdır. Genel olarak, boşanma sonrasında eşler birbirini görmek istemez ve iletişimden uzak dururlar. Nitekim evlilik birliğinin sona ermesinden sonra çatışma yaşayan taraflar arasındaki sorunların ana sebeplerinin başında velayetin uygulanması sürecindeki sancılar gelmektedir[567]. Anne ve baba

565 Müge Kiremitçi, s. 93.

566 Müge Kiremitçi, s. 95.

567 Horst Luthin, **Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung**, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1987, s. 56.

evlilik birliğinin sona ermesinden sonra doğal olarak iletişim kurmakta zorlanırlar. Bu bağlamda birlikte velayet olsun veya olmasın sorunlar derinleşmeye devam eder. Evlilik birliğini sona erdirmiş veya hiç kurmamış iki kişinin, çocuğu yetiştirirken zıtlaşmaları kaçınılmazdır[568]. Bu da karşımıza duruma uyum sağlamakta zorlanan, iki ebeveyn arasında gidip gelen[569] çocukları ortaya çıkaracaktır.

Oysa evlilik birliği sona erdikten sonra veya evlilik birliğinin hiç olmadığı hallerde olması gereken, anne ve babanın çocuğun yararı için birlikte hareket etmeye hazır, iletişime açık, diğer eşin yeni bir hayat kurmasını sorun etmeyecek, anlayışlı kişiler olmalarıdır. Çatışma halinde olan anne ve babanın birlikte velayete sahip olmaları, tek başına velayete oranla birlikte velayette daha da derin bir problemlere yol açacaktır.

Durumu çocuk açısından değerlendiren bir görüş, düşüncesini bağlanma kuramına dayanmaktadır. Bu teori, çocuğun genelde tek bir ebeveyne bağlandığını, ihtiyaçlarının karşılanmasını tek bir ebeveynden beklediğini ileri sürer[570].Çocuğun gelişimi açısından, çocuk kime bağlı olduğunu yani velayetin kimde olduğunu bilmelidir. Birlikte velayetin evlilik birliği sonrasında devam etmesi, çocuğun sürekli olarak, neden anne ve babasının bir arada olmadığını sorgulamasına neden olacak, bu arada hem annesine hem de babasına bağlanacak ve onların barışacakları umudunu uzun süre taşıyacak, umudunu yitirdiğinde daha büyük bir hayal kırıklığı yaşayacaktır[571].

Buna göre, birlikte velayetin çocuğun yararına uygun olmadığını düşünen görüşün ileri sürdüğü argümanlardan ilki, tek başına velayet verilse dahi, tarafların anlaşması ile birlikte velayetin fiili olarak uygulanabilir olmasıdır[572]. Tarafların verebilecekleri karar ile fiili olarak birlikte velayetin uygulanacağını ve bu sebeple

---

568 Karl Dittmann, “Sonderfragen zur Regelungen elterliche Gewalt während und nach der Ehescheidung unter Berücksichtigung des neuen Ehescheidungsrechts”, **ZBIJugR** 1977, s. 191; Horst Luthin, s. 56.

569 Karl Dittmann, s. 191.

570 Bağlanma kuramı ile ilgili bilgi için bkz. Reinhard Lempp: "Die Bindung des Kindes und ihre Bedeutung für das Wohl des Kindes gem. - § 1671 BGB", **FamRZ** 1984, s. 742.

571 Christine Burger Sutz, **Die Kinderbelange unter altem und neunem Scheidungsrecht**, Zürich, 1999. s. 184.

572 Coester Waltjens, s. 852.

evlilik birliği sona erdikten sonra gerçekleşecek birlikte velayetin varlığının önem arz etmediğinin düşünülmesi öğretide eleştirilmiştir[573]. Kanaatimizce de fiilen yapılabilecek bir olduğunun hukuken neden düzenlenmeyeceğinin cevabı yoktur nitekim her ne kadar "fiilen" birlikte velayet uygulansa da hukuki bir sorun olduğunda tek taraflı velayete dair kuralların geçerli olacağı aşikardır. Bu da tarafların ilk etapta sahip oldukları amaçla, sonra elde ettikleri sonuç arasında uçurum yaratacaktır. Kuralların en başta, kanun koyucu tarafından gerçekleştirilecek düzenleme ile konulması, hukuk güvenliği açısından elzemdir.

Birlikte velayetin uygulanmasını olumsuz gören görüşlerin ileri sürdüğü ikinci argüman, birlikte velayetin kural olarak düzenlenmesi halinde, toplumda sadece belirli bir eğitim seviyesinde olan kişilerin ancak buna uyum sağlayabileceği noktasındadır[574]. Bu görüş, evlilik birliğinin var olmadığı hallerde kural olarak birlikte velayetin uygulanmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmaktadır. Kanaatimizce durumun eşitlik ilkesi ile bağlantısı yoktur. Şöyle ki, birlikte velayet kural olarak kanun koyucu tarafından düzenlenmesi halinde toplumun ihtiyaçlarına cevap vermeyebilir, ancak sübjektif noktalarda uygulanmasının toplum için yeterli olmaması eşitlik ilkesine aykırılıkla bağdaştırılamaz. Olması gereken hukuk açısından savunduğumuz birlikte velayetin devamlılığı, toplumda hemen olumlu karşılanmayabilir. Bu bağlamda, alternatif olarak, öncelikle istisna kapsamında birlikte velayet düzenlemesinin yapılması, toplumun birlikte velayete uyum sağladığı ölçüde zamanla kural haline getirilmesi bir çözüm olarak sunulabilir.

Olumsuz yönde ileri sürülen üçüncü argüman, Alman Anayasası'nın 6. maddesinden yola çıkmaktadır[575]. Bu görüşe göre, evlilik birliğinin var olmadığı veya sona erdiği hallerde birlikte velayetin uygulanması halinde, evlilik birliğine duyulan saygı azalacak, aile kurumu zarar görecektir. Bu görüşün altında yatan temel, birlikte velayetin uygulanması halinde aile kurulmasının gerek olmayacağının toplumda yer edinmesi endişesidir. Bu görüşe karşı olarak yine Alman Anayasası'nın 6. maddesi ile

---

573 Stephanie Matthiessen, s. 66.

574 Horst Luthin, s. 56.

575 Rudolf Bruns, "Elterlichen Sorge" Klarstellungen, **FamRZ** 1979, 279, 282. (Stephanie Matthiessen, s. 64'den naklen).

cevap verilmiş ve anne ve babanın çocuğa bakma yükümlülüğünün haklı bir neden olmaksızın engellenemeyeceğine vurgu yapılmıştır[576].

Birlikte velayetin uygulanmasın uygun olmayacağı yönünde ileri sürülen dördüncü argüman, birlikte velayet uygulansa da tek taraflı velayette olduğu gibi aynı sorunların ortaya çıkabileceği yönündedir[577]. Buna göre, birlikte velayet gereği belirli konularda anne ve baba beraber karar alsa dahi, çocuğun yanında kaldığı ebeveyn ile ilişkisi yoğun olacakken, diğer ebeveyn ile zamanla zayıflayacaktır. Burada gerçek bir aile gibi evlilik birliği içinde aynı evde kalan anne ve babadan bahsedilemeyeceği için çocukla olan alakanın azalması ve sıkıntıların doğması kaçınılmazdır. Her ne kadar gerçekçi bir düşünce yapısı ile yaklaşılan bu argümanın doğruluk payı olabilecekse de öğretide haklı sebeple aktarıldığı üzere[578], çocuğun üstün yararının daha ön planda tutulduğu birlikte velayette tarafların çözüm odaklı olmaları ve çocuğun yararı için diğer ebeveynin uzaklaşmasını engellemeleri kanaatimizce daha olasıdır.

Olumsuz görüşlerin ileri sürdüğü son argüman, birlikte velayete sahip ebeveynlerin, başka kişiler ile birliktelik yaşamaları ve hatta evlenmeleri halinde, çocuğun yetiştirilmesinde beraber davranması beklenen ebeveynlerin yanında yer alan "etkin" üçüncü kişilerin, çatışmaları, çocuğun eğitimindeki farklı görüşleri daha da derinleştireceğidir[579]. Tek tarafa verilecek velayette de aynı sorunun ortaya çıkabileceğinden beisle, bu görüş öğretide haklı olarak eleştirilmiştir[580].

Yukarıda birlikte velayetin uygulanmasına olumsuz bakan görüşlerden sonra çalışmamızda olumlu görüşlere de yer verilecektir. Genel olarak, birlikte velayetin evlilik birliği olmadan da uygulanmasının olumlu yansıyacağını düşünen görüşler, velayet savaşlarının sona ermesi, velayette kazanan- kaybeden olgularının kalmaması,

---

576 Stephanie Matthiessen, s. 66.

577 Horst Luthin, s. 59.

578 Stephanie Matthiessen, s. 65; Sabina Walper, "Arrangements elterlicher Fürsorge nach der Trennung und Scheidung: Das Wechsel Modell im Licht neuer Daten aus Deutschland", s. 99-145 in **21. Deutscher Familiengerichtstag vom 21. Bis 24. Oktober 2015 in Brühl**, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2016, s. 106.

579 Horst Luthin, s. 55; Lutz Michalski, "Gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern", **FamRZ**, 1992, s. 103.

580 Fulya Erlüle, Kitap, s. 119.

kişisel ilişki kurulan tarafın sorumluluğunun sadece para yönünden değil de çocuğun gelişimine fiili açıdan da destek vermesinin sağlanması[581] bu şekilde zamanla anne-baba davranışlarında gelişen rollere daha uygun bir modelin çocuk bakımından uygulanacağını ileri sürerler.

Evlilik birliğinin sona ermesinden sonra birlikte velayetin mümkün olması gerektiğini savunanların ileri sürdükleri argümanların başında, birlikte velayet ile, çocuğun koz olarak kullanımının sona erecek olması yer almaktadır[582]. Bu şekilde, kişisel ilişki kurulan taraf ile çocuk arasındaki iletişimin engellenmesinin veya çocuğun arada kalmasının önüne geçilebilecek, daha çocuk merkezli bir velayet modeli benimsenecektir. Bu argümanın temelinde, kazanan- kaybeden duygusunun sona ermesi, çocuğun araç olarak kullanılmasının önüne geçileceği ve bu bağlamda çatışmanın azalacağı düşüncesi yatar[583]. Zamanla ebeveynlerin öfkelerini kontrol altına aldıkları, çocuklarının yararlarını birinci plana koydukları gözlemlenmektedir.

Birlikte velayetin uygulanmasının bağlanma kuramı gereğince olumsuzluk yaratacağı, bağlanma duygusunun sekteye uğrayacağı argümanına karşı çıkan ikinci görüş[584], babanın da bağlanma figürü olabileceğinin 1980'lerde gerçekleştirilen araştırmalarla kabul edildiğine dikkat çeker. Bu bağlamda, çocuklar evlilik birliğinin sona ermesi akabinde yaşayacakları travmaları atlatmasında hem annesine hem de babasına ihtiyaç duyarlar[585], taraflardan hiçbirinin dışlanmamalıdır[586]. Toplumda tek taraflı velayet sorgulanmaya, birlikte velayetin uygulanabilir olması ileri sürülmeye başlamıştır. Bu şekilde çocuk, ailesinin hukuki yönden bir değişikliğe gittiğini, ancak sona ermediği, anne ve babalığın devam ettiği[587] düşüncesi ile hayatta ilerler.

---

581 Christine Burger Sutz, s. 183.

582 Annatina Wirz, s. 31.

583 Harald Oelkers/ Hartwig Karsten, "Zehn Jahre gemeinsame Sorge nach der Scheidung", **FamRZ 1993,** s. 19; Horst Luthin, s. 49.

584 Harald Oelkers/ Hartwig Karsten, s. 19; Karl Franz Kaltenborn, "Das Gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung im Spiegel ausländischer Erfahrungen", **FamRZ 1983**, s. 971.

585 Linus Cantieni, s. 57.

586 Lutz Michalski, s. 132; Hans Werner Fehmel, "Ist das Verbot des gemeinsamen elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung verfassungswidrig?", **FamRZ 1980**, s. 760.

587 Sarah Meckling, s. 611; Karl Franz Kaltenborn, s. 971.

Birlikte velayetin uygulanmasını olumlu bulan görüşlere göre, çocuğun tek bir tarafa velayetinin bırakılması zaruri değildir[588]. Hatta tek tarafa bırakılan velayetten farklı olarak, birlikte velayetin uygulanmasında sadece bir tarafa bağlanmayan çocuğun hem annesine hem de babasına güven duyması kişisel gelişimi açısından şüphesiz ki en faydalı olanıdır. Birlikte velayetin devamı halinde, farklı yetiştirmelerle çocuğun karşılaşması onun için olumsuz sonuçlar doğurmaktan ziyade, onun için kişiliğini zenginleştiren bir olgu haline gelebilir. Bu şekilde evlilik birliğinin sona ermesinden doğan travmaları, anne ve babasının da desteği ile daha kolay atlatabilir[589], farklılıklar birlikte velayetin sona ermesi için bir sebep değildir.

Çocuğun hem annesi hem de babası ile daha kaliteli bir vakit sağlamasının yolunu kolaylaştıran birlikte velayetin, çocuğun yetiştirilmesindeki devamlılığı sağlamasının yanında, anne ve baba haricindeki bağlanma figürleri ile de sosyal ilişki kurması çocuğun gelişiminde pozitif anlamda katkı sağlayacaktır. Bu bağlamda, evlilik birliği sona ermiş veya hiç var olmamış hallerde anne ve babanın üçüncü kişilerle olan birlikteliklerinden problem doğabileceğini düşünenler, bu "doğabilecek" problemlerin sadece birlikte velayetin uygulanmasından kaynaklanan bir sorun değil, tek tarafa velayetin verilmesinde de karşılan bir durum olduğunu göz ardı etmektedirler. Anne ve/veya babanın başka kişilerle yeni bir aile birliği kurması, tek başına birlikte velayetin kurulmasına engel olmadığı gibi, tek başına birlikte velayetin sona ermesi için de bir sebep olamaz. Esas olanın çocuğun yararı olduğu düşüncesi ile değişen koşullara göre birlikte velayetin sona erdirilebilmesi düşünülürse de, üçüncü kişilerin anne ve babanın hayatına dahil olmasının kesin olarak birlikte velayetin sona ereceği anlamına gelmemesi gerekmektedir. Nitekim, tek bir bağlanma figüründense, çocuğun sığınabileceği başka limanların varlığını bilmesi, onun psikolojik açıdan daha da güvende hissetmesini sağlayacaktır[590].

Tek tarafa verilen velayet, çocuk ile kişisel ilişki kurulan ebeveyn arasında adeta bir ziyaretçi konumuna düşüldüğü ve zamanla çocuk ile olan ilişkisi tamamen kopma

588 Werner Fehmel, s.760; Reinhard Lempp, s. 742.

589 Harald Oelkers / Hartwig Karsten, s. 19.

590 Stephanie Matthiessen, s. 65.

noktasına geldiği yönleriyle eleştirilmiş[591], bu kişisel ilişkinin çocukta doğan sorunları çözmekte yeterli olmadığı savunulmuştur[592]. Oysa olması gereken, eşitlik ilkesi gereğince, çocuğun hayatı boyunca, evlilik var olsun veya olmasın, anne ve baba sıfatıyla ebeveynlerin çocuğun yanında olmasıdır. Bu bağlamda alternatif bir yöntem olarak, anne ve babaya, evlilik birliği olmadığı hallerde de birlikte velayetin uygulanabilirliği hakkı verilmelidir.

Evlilik birliğinin olmadığı hallerde birlikte velayetin uygulanabilmesinde olumlu sonuçlar doğacağını ileri süren görüşlerin ortaya attığı diğer bir argüman, çocuk ile kişisel ilişki kurulan ebeveynin yasal yükümlülüklerini yetine getirirken daha istekli olacağı yönündedir[593]. Sadece maddi yönden değil, çocuk ile sürekli iletişim halinde olan ebeveyn, maddi manevi ihtiyaçların giderilmesi noktasında daha efektif olacaktır[594]. Böylelikle tek taraflı velayetteki büyük sorunlardan olan, velayet kendisine bırakılan tarafın maddi yönden zor duruma düşmesi neticesinde maddi zorluklara odaklanarak, çocuğu ihmal etmesine sebep olacak faktörlerden bir tanesi devre dışı kalacak, her iki ebeveynin göstermesi gereken manevi desteği sağlıkla görebilecektir[595]. Önemle belirtmek gerekir ki, çocuğun maddi yönden ihtiyaçlarının giderilmesinde ebeveyninin daha istekli olmasında, birlikte velayetin doğrudan kendisinin değil, birlikte velayetin uygulanması sonucunda çocukla daha çok iletişim halinde olunması etkili olmaktadır[596].

Türk öğretisinde, birlikte velayetin evlilik birliği dışında uygulanmasında, tek tarafa verilen velayetten farklı olarak çocuğun fiili duruma uyumu, kişisel ilişki kurulması açısından daha iyi bir yöntem olduğu ileri sürülmüştür. Önemle belirtmek gerekir ki, anne be babanın becerileri, aralarındaki ilişkinin niteliği, velayetin düzenlenme şeklinde önem arz etmektedir. Birlikte velayetin taraflarca gönüllü olarak uygulanması, lokasyon olarak birbirlerine yakın yerlerde oturan anne ve babanın

591 Stephanie Matthiessen, s. 68.

592 Sabina Walper, s. 102.

593 Linus Cantieni, s. 61; Annatina Wirz, s. 49.

594 Stephanie Matthiessen, s. 69; Lutz Michalski, s. 131; Harald Oelkers/ Hartwig Karsten, s. 19.

595 Sabina Walper, s. 102; Harald Oelkers/ Hartwig Karsten, s. 19.

596 Annatina Wirz, s. 51.

varlığı, birbirleri ile iyi iletişim kurma yetenekleri, mali yönden tarafların durumlarının iyi olması, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra birlikte velayetin tercih edilmesinde etkilidir. Birlikte velayetin olumlu bir sonuç doğurma umudu, evliliğin sona ermesinin esasında hukuki bir değişiklik olması ve fakat anne ve babalığın devam etmesi, çocuğun sağlıklı ruhsal gelişimi açısından velayetin birlikte kullanımının devamının esas olması gerekçeleri ile Türk hukukunda da birlikte velayetin taraflarca tercih edilebilecek bir model olarak düzenlenmesi görüşü öğretide yer almıştır[597].

IV. EVLİLİK BİRLİĞİNİN MEVCUT OLMADIĞI HALLERDE BİRLİKTE VELAYETİN TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ

A. Genel olarak

Türk hukukunda evlilik birliği içinde TMK'nın 336/1 hükmü gereğince anne ve babanın velayeti birlikte kullanması esastır[598]. Nitekim evlilik birliğinin devam ettiği, birlikte yaşamaya ara verilmesi ve ayrılık durumunda da aynı maddenin 2. fıkrası gereğince, birlikte velayete devam edilmesi veya velayetin tek bir tarafa bırakılması yönünden hâkimin takdir yetkisi olduğu öğretideki ağırlıklı görüşçe kabul edilmektedir[599].

Evlilik birliğinin ölüm ve gaiplik neticesinde mahkeme kararı ile sona erdiği durumlarda ise, velayetin sağ kalan eşe kalacağı yönünde TMK'nın 336/3 hükmünde açık düzenleme bulunmaktadır. Bu bakımdan öğretide tartışma mevcut değildir.

Türk hukuku açısından öğretide tartışmalı olan husus, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi neticesinde evlilik birliği içinde doğmuş çocuklar bakımından Türk Medeni Kanun hükümlerinin uluslararası antlaşmalarla beraber değerlendirilerek birlikte velayetin uygulanmasının mümkün olup olmadığı; evlilik birliğinin dışında

---

597 Müge Kiremitçi, s. 96.

598 Tuba Birinci Uzun, s. 138.

599 Bilge Öztan, Armağan, 253; Sevgi Usta, s. 110; Tuba Birinci Uzun, s. 143. Öğretide *Kılıçoğlu*, evliliğin devam etmesine rağmen, eşler ayrı yaşarken, boşanma davası sırasında, ayrılık kararında hâkimin, velayetin kime verileceği ile ilgili karar vermesi gerektiğini, zira bu hallerde anne ve babanın beraber yaşamadığını belirtmiştir. Yazar tek taraflı velayetin uygulanacağının altını çizmektedir. Ahmet Kılıçoğlu, s. 151.

doğan çocuklar açısından ise, olması gereken hukukta birlikte velayetin düzenlenmesi gerekip gerekmediği noktasındadır.

Evlilik birliği dışında doğan çocuklar ile ilgili olarak çalışmamızın ikinci bölümünün II-C kısmında "*Evlilik Birliği Dışında doğan Çocuklar Bakımından Velayet Hükümleri*" başlığında mevcut hukuki düzenleme ve öğretideki görüşler aktarıldığı için burada tekrar edilmeyecektir. Kısaca aktarmak gerekirse, Türk hukukunda evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından annenin velayeti esastır. Annenin velayetinin ölüm, gaiplik veya mahkeme kararı ile sona ermesi halinde mahkeme kararı ile babaya velayet verilebileceği gibi çocuğa bir vasinin de atanması mümkündür. Görüldüğü üzere, evlilik birliği dışında doğan çocuklar açısından tek taraflı velayet kanun gereği düzenlenmiştir. Kanunun emredici hükmü gereğince, kanun değişikliği olmadan tek taraflı velayetin uygulanmasına devam edilecektir. Kanaatimizce, olması gereken hukukta ise evlilik birliği dışında doğan doğmayan ayrımı yapılmadan, çocuğun yararı aksini gerektirmiyorsa birlikte velayetin uygulanması elzemdir, evlilik birliği dışında doğması çocuğun bu hakkının ondan alınmasına gerekçe oluşturmamalıdır.

Evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği hallerde ise, ki bu hallerin çocuğun hukuki durumu bakımından butlanla evlilik birliğinin sona ermesi halleri kapsadığı da düşünülmelidir[600], öğretide TMK'nın boşanmanın çocuk açısından sonuçlarını düzenleyen 182/2 hükmü[601] ile boşanma halinde velayeti düzenleyen 336/3 hükmünün[602] beraber değerlendirilmesi neticesinde, birlikte velayetin evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda mümkün olup olmadığı, kanun maddelerinin emredici mi yoksa kanun boşluğunun mu olduğu tartışması mevcuttur. Aşağıda birlikte velayetin evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halleri değerlendirilirken,

---

600 TMK'nın 157. maddesi gereğince butlanına karar verilmiş evlilikleri içinde doğan çocuklar evlilik birliği içinde doğmuş sayılırlar. Nitekim çocukların anne ve baba ile olan ilişkileri açısından boşanma hükümleri uygulanır.

601 TMK'nın 182. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir: "*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.*"

602 TMK'nın 336. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir: "*Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*."

TMK'nın hükümlerinin birlikte velayeti yasaklayıcı konumda olup olmadığına göre ayrım yapılacaktır.

Bu bağlamda medeni kanun hükümlerinin emredici olup olmadığı, kanunda yasaklayıcı hükümlerin bulunup bulunmadığı, kanun boşluğunun bulunup bulunmadığı bakış açısıyla kanun hükümlerinin birlikte velayeti kabul edip etmediği tasnifine yer verilmiştir. Burada hemen belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın 2017 tarihli, birlikte velayetin uygulanmasının kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği hususundaki kararı akabinde, uluslararası antlaşmaların Türk hukukuna etkileri kapsamında, birlikte velayetin uygulanması tartışmaları değişime uğramıştır. Medeni kanunun birlikte velayeti kabul etmediğini düşünen yazarlardan uluslararası antlaşmaların Türk hukukuna etkisi kapsamında birlikte velayetin uygulanabilir olduğu yönünde görüş belirten yazarlar mevcuttur.

Önemle belirtmek gerekir ki Türk Hukukunda evlilik birliğinin sona ermesi halinde birlikte velayetin uygulanabilmesi için öncelikle evlilik birliğinin sona ermesinin en büyük payını alan boşanma sebeplerinde değişikliğe gidilmesi gerekmektedir. Öğretide de kusura dayanan boşanma sebeplerinden ayrılarak sadece evlilik birliğinin temelden sarsılmasına dayanan boşanma sebeplerinin TMK'da yer verilmesi gerektiğine ilişkin eleştiriler haklı olarak yer almaktadır[603].

B. Evlilik Birliği Bulunmayan Hallerde Birlikte Velayetin Uygulanmasına Yönelik Görüşler

Birlikte velayetin evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinden sonra uygulanması sosyolojik, psikolojik ve hukuki açıdan öğretide değerlendirilmiş, bu konuda olumlu ve olumsuz görüşler ileri sürülmüştür. Önemle belirtmek gerekir ki, olumlu veya olumsuz olarak ileri sürülen görüşler, sadece boşanma sonrasında değil

603 Saibe Oktay Özdemir, Revizyon, s. 33-34; Haluk Burcuoğlu, Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler, **İÜHFM**, C. 48, S. 1-4, Y. 1983, s. 135. Bu yönde öğretide *Oktay Özdemir*, kusur ilkesine dayanan boşanma sebepleri yerine kanun koyucu tarafından anlaşmalı boşanmanın teşvik edilmesi gerektiğini savunmakta ancak anlaşmalı boşanma halinde tarafların gerçek iradelerini ortaya koyduklarının tespitinin sağlanması amacıyla yeni düzenlemelerin varlığının şart olduğunu belirtmektedir. Yazara göre fiili ayrılıkta ise evlilik birliği temelden sarsılmıştır, fiili ayrılığın ispatı halinde başkaca bir şart aranmaksızın evlilik birliğinin sona erdirilmesine karar verilmelidir. Saibe Oktay Özdemir, Revizyon, s. 33-35.

evlilik birliğinin başka nedenlerle sona erdiği hallerde veya hiç var olmadığı durumda da birlikte velayetin uygulanmasının sebep ve sonuçlarının değerlendirilmesinde kullanılabilir görüşlerdir. Bu sebeple görüşlere yer verirken, boşanma ile sınırlı tutulmadan, aile kurumunun yer almadığı haller bakımından yorumlama yapılacaktır.

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi hallerinde çocuğun velayetinin anne veya babadan birine verileceğini ileri süren birinci görüş, TMK'daki hükümlerin bu konuda açık ve emredici olduğunu ve kanun koyucunun birlikte velayetin uygulanmasının sadece evlilik birliği içinde söz konusu olabileceği yönünde bir düzenlemeyi uygun gördüğünü ileri sürmektedir[604]. Bu görüş yazarlarından *Hatemi*'ye göre, kanun koyucunun tutumu doğrudur, hüküm emredicidir, bu noktada bir kanun boşluğu yoktur hatta olumsuz bir düzenleme mevcuttur. Hali hazırda uyumsuzlukları neticesinde boşanma kararı almış anne ve babanın, boşanma sonrasında da bu uyumsuzluklarını çocuk ile ilgili kararlar üzerinden de devam ettirecekleri aşikâr olup bu durum çocuğu olumsuz etkileyecektir[605]. Her ne kadar yargı kararları ile günümüzde birlikte velayetin uygulandığı görülse de yazar birlikte velayetin çocuğun faydasına olmadığını düşünmektedir[606].

Bu görüşteki yazarlara göre, tek taraflı velayet uygulanacak ve hâkimin bu hususta geniş bir takdir yetkisi olacaktır. Hâkim olanak bulduğu ölçüde anne ve babayı dinleyecek ancak anne ve babanın ortak kanaatleri olsa dahi bu kanaatle bağlı olmayacak, velayet ile ilgili aldığı kararda çocuğun üstün yararını esas alacaktır[607].

---

604 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 144-145; Ahmet Kılıçoğlu, s. 150, 498; Hüseyin Hatemi, s. 182; Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 408; Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, s. 197; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, s. 266; Selahattin Sulhi Tekinay, s. 273; Hüseyin Hatemi/ Burcu Kalkan Oğuztürk, s. 110; Necmettin Feyzi Feyzioğlu, s. 381.

Yargıtay'ın da 2017 tarihli kararı öncesindeki görüş birliği bu şekildedir. Örneğin Yargıtay 2. HD 20.03.2003 T. 3889/2828 numaralı kararında, TMK'nın 336. maddesinde tek taraflı velayetin kabul edildiğini, velayetin kamu düzenine ilişkin olduğundan yola çıkarak boşanma sonrasında birlikte velayetin kabul edildiği yabancı mahkeme kararının tenfizinin reddinin gerektiğini belirtmiştir. (Kazancı) Öğretide, Yargıtay'ın kamu düzenini üstte tutarak birlikte velayet talebinin tenfizini reddetmesi haklı olarak eleştirilmiştir. Görüşe göre, devletler özel hukukunda velayet hükümleri çocuğun yararı ile paralel yorumlanırken, çocuğun yararını gözetmeden doğrudan kamu düzenine aykırılık sebebi ile kararın tenfizinin reddedilmesi isabetli olmamıştır. Eleştiriler için bkz. İlknur Serdar, s. 173, dn. 63.

605 Hüseyin Hatemi/ Burcu Kalkan Oğuztürk, s. 110.

606 Hüseyin Hatemi, s. 182.

607 Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, s. 197-198.

Çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa çocuğun velayeti anne veya babanın hiçbirine verilmeyecek, çocuğa vasi atanacaktır[608].

Öğretide *Kurt*, tartışmalı maddelerden biri olan TMK'nın 336/3 hükmü ile ilgili olarak, kanun koyucu bakımından emredici kural olarak, tek taraflı velayetin düzenlendiğini, çocuğun yararı uyarınca bu modelin uygun görüldüğünü, kanun koyucunun bilinçli bir şekilde düzenlemeyi gerçekleştirdiğinden beisle ihmal sonucunda oluşabilecek örtülü boşluğun söz konusu olamayacağını ileri sürmektedir. Her ne kadar günümüz koşullarınca söz konusu hüküm eleştiriye açık olsa da hüküm açısından örtülü boşluk sebebi ile hâkimin hukuk yaratması ya da hükmün zamanın ihtiyaçlarını karşılamadığı gerekçesiyle *contra legem*- kanun hükmüne aykırı yorum-yapılması mümkün değildir[609]. Madde hükmümün temel hakların ihlali sebepleri ile Anayasa Mahkemesi'ne iptal istemi ile taşınması mümkündür ancak iptal edilinceye kadar Medeni Kanun hükümlerinde tek taraflı velayetin tek kural olduğu gerçeği değişmeyecektir. Yazara göre her ne kadar medeni kanun hükümleri tek taraflı velayeti işaret ediyorsa da, AİHS'nin *Ek 7 numaralı Protokolünün* 5. maddesinin, BMÇHDS'nin 3, 7 ve 18. maddelerinin, AİHS'nin 8. maddesinin Türk hukukundaki velayet hükümleri ile çelişmeleri neticesinde Anayasa'nın 90. maddesi gereğince uluslararası sözleşme hükümleri uygulanacak, çocuğun yararı gereğince birlikte velayetin uygulanması mümkün olacaktır[610]. Önemle belirtmek gerekir ki birlikte velayeti uygulanabilir kılan TMK hükümleri değil, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerdir.

Baygın, TMK'nın 182./2 ve 336/3. maddelerinin tek taraflı velayetin uygulanacağı yönünde izlenim verdiğini belirtmektedir. Ancak yazara göre, ebeveynlerin ortak talepleri halinde hâkim kararı ile istisnai olarak da olsa birlikte velayetin uygulanabilir olması ve bu hususta açık bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir[611].

---

608 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 144-145.

609 Leyla Müjde Kurt, "Boşanma durumunda Birlikte (Ortak) Velayet", **İnÜHFD,** C. 9, S. 2, Y. 2018, s. 172-174.

610 Leyla Müjde Kurt, s. 174.

611 Cem Baygın, s. 268.

Öğretide birlikte velayetin evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde uygulanabilir olduğu görüşü ilk defa *Koçhisarlıoğlu* tarafından ileri sürülmüştür. Yazara göre, anne ve babanın hakkı ve aynı zamanda yükümlülüğü olan velayet, anne ve babadan ayrılamaz, bölünemez. Nitekim doğal bir hak olan ana babalık hakkı ortadan kaldırılamaz, bu hakkın tanınmaması hukukun ihlali teşkil eder[612]. Boşanmadan sonra tek taraflı velayet söz konusu olduğunda anne ve babanın çocuğuna özen gösterme imkânı elinden büyük ölçüde alınmaktadır. Kanun koyucunun amacı çocuğun korunması ise, evlilik birliği içinde nasıl anne ve baba birlikte velayete sahipseler, evlilik birliği boşanma ile sona erdiğinde de ana babalık hakkı devam etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda kanun koyucunun esas amacı olan çocuğun korunmasına hizmet etmeyen tek taraflı velayet yerine, uluslararası hukuk düzenlerinde de kabul edilen birlikte velayet uygulanmalıdır. Hatta birlikte velayetin istisna olarak değil, kural olarak ve hâkim tarafından re'sen hükmedilmesi gerekmektedir[613].

Yazara göre, TMK'nın 182. maddesinde hâkimin takdir yetkisi belirtilmiş olup amaç tek taraflı velayete hükmedilmesi halinde çocuğun nasıl korunacağının aktarılmasıdır. Bu bağlamda maddede sırf tekil anlatımın olması velayetin tek bir tarafa verilmesi gerektirdiği sonucunu doğurmayacaktır[614]. TMK'nın 336/3 hükmü açısından ise yazar, söz konusu hükmün "*boşanmada velayet çocuğun tevdi edildiği kişiye/kişilere aittir*" şeklinde anlaşılması gerektiğini[615], tıpkı 182/2 hükmünde olduğu gibi tekil ifadelerden tek taraflı velayetin tek kural olarak algılanamayacağını, maddede tek taraflı velayetin emredici nitelikte olmadığını, kanun koyucunun esas amacının kanun hükmü ile çatıştığını, bu bağlamda birlikte velayetin uygulanması adına, TMK'nın 1. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, yasadan ayrılan yoruma

---

612 Cengiz Koçhisarlıoğlu, s. 238.

613 Öğretide *Baktır Çetiner* de bu görüşe katılmaktadır. Yazarın görüşüne göre, boşanma sonrasında birlikte velayetin devam etmesi gerekmekte, velayet kapsamındaki, her iki ebeveynin bir arada kullanmasının imkânsız olduğu yetkilerin hâkim tarafından dağılımının gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Çocuk bakımından diğer önemli yetkilerin ise anne ve baba tarafından kullanımına devam edilmelidir. Aksi taktirde bir eşin sadece nafaka ödeyen konumuna düşmesi tehlikesi mevcuttur. Selma Baktır Çetiner, Kitap, s. 109.

614 Cengiz Koçhisarlıoğlu, s. 104; Aynı görüşte Fulya Erlüle, Kitap, s. 284; İlknur Serdar, s. 174.

615 Cengiz Koçhisarlıoğlu, s. 105.

başvurulması gerektiğini belirtmiştir. Bu şekilde birlikte velayetin uygulanması mümkün kılınabilir[616].

Serozan, TMK'nın 336. ve evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından velayeti düzenleyen 337. maddelerinin "eşitlik ilkesi", "anne ve baba olma hakkı", uluslararası sözleşmeler ile korunan "çocuğun anne ve babasından ayrı tutulmama hakkı" ve "çocuğun kişiliğini geliştirme hakkına" aykırılık teşkil ettiği ve bu bağlamda soyut/somut norm denetimi kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne taşınması gerektiğini ileri sürmektedir[617].

Öğretideki *Öztan*, 182. maddenin kanun metninin yoruma açık olduğunu belirtmiş[618], madde metnine göre tek taraflı velayete hükmedilebileceği gibi, tek taraflı velayetin uygulanması halinde hâkime yol gösterme amacıyla maddenin yazıldığının da düşünülebileceğini aktarmıştır[619]. Yorum sonucunda, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda tek taraflı velayete hükmedilmesi kesin kural olarak düşünülmemelidir[620]. Yazar, TMK'nın 336. maddesinin 3. fıkrası açısından da kanun maddesinin emredici olmadığını[621], kanun koyucunun maddeyi düzenlerken kesin bir dille tek taraflı velayeti benimsediği sonucunun çıkarılamayacağını belirtmiştir[622]. Bu bağlamda, kanun düzenlemesi ile birlikte velayetin evliliğin boşanma sonrasında uygulanması hususunun hâkimin takdirine bırakılması en doğru yol olacaktır[623].

---

616 Cengiz Koçhisarlıoğlu, s. 229,239-244; Aynı görüşte İlknur Serdar, s. 184.

617 Rona Serozan, Çocuk, s. 255-256; Rona Serozan, Armağan, s. 772-773.

618 Öğretide *Birinci Uzun* da hükmün açık olmadığı görüşündedir. Yazara göre, hâkim tarafından birlikte velayete veya tek taraflı velayete karar verilirken çocuğun üstün yararına göre karar alınacağı yönünde TMK'nın 336. maddesinin 3. fıkrası yeniden düzenlenmelidir. Tuba Birinci Uzun, s. 163.

619 Bilge Öztan, Armağan, s. 253.

620 Bilge Öztan, Armağan, s. 254. Aynı görüşte, Bülent Şen/ Erdem Aybay, "Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış açısıyla Birlikte Velayet sorunu" **İKÜHFD**, S. 15, S. 1, 2016, s. 5; Ünsal Dönmez/ Taylan Barın, "Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, **TAAD**, Y. 9, S. 35, Temmuz 2018, s. 185; Emine Akyüz, Kitap, s. 234.

621 Bilge Öztan, Armağan, s. 257.

622 Bilge Öztan, Armağan, s. 258; Aynı görüşte, İlknur Serdar, s. 175; Emine Akyüz, Kitap, s. 234; Fulya Erlüle, Kitap, s. 286.

623 Hâkim birlikte velayete karar verirken çocuğun üstün yararına göre karar verecektir. Bu bağlamda hâkimin çocuğun yararına olup olmadığı noktasında bir değerlendirme yapmadan tek taraflı velayete karar vermesi adil sonuçlar doğurmayacaktır. Bilge Öztan, Armağan, s. 256; Emine Akyüz, Kitap, s. 235. Çocuğun üstün yararının birlikte velayetin tesisinde ana kural olacağı ile ilgili aynı görüşte Fulya Erlüle, Kitap, s. 286.

Düzenleme gerçekleşene kadar 336. maddenin 3. fıkrasında, maddenin amacı ile aracın uyuşmadığı gerekçesi ile, örtülü bir boşluk olduğu, bu bağlamda kanun boşluğu hâkim tarafından doldurulmalıdır[624]. Yazar bu anlamda *Koçhisarlıoğlu* ile aynı görüşü paylaşmaktadır.

Birlikte velayetin uygulanması neticesinde, çocuğa sadece maddi yönden destek olan ve fakat çocuğun hayatında olmayan, söz hakkı bulunmayan anne ve babaların mevcudiyeti kalkacak, çocuğa hem maddi hem de manevi olarak destek olan ebeveyn kavramı doğacak, bu şekilde hem çocuk hem de anne baba için daha faydalı bir model benimsenecektir[625]. Bu sebeple, öğretide, çocuğa dair sorumluluklarını yerine getirmeye istekli anne ve babaların birlikte velayetin boşanma sonrasında da devamını talep etmeleri halinde, tarafların psikolojik ve sosyal yaşamlarının araştırılması, mümkün olması halinde çocuğun dinlenmesi akabinde, çocuğun yararı da bunu gerektiriyorsa birlikte velayete karar verilebilmesi yönünde görüş ileri sürülmüştür[626].

Öğretide *Erdem/ Makaracı Başak*, TMK'nın 336. maddesinin 2. fıkrası hakkındaki yorumunda, boşanma durumunda velayetin tesisinde birlikte velayetin uygulanmasına yönelik bir yasağın olmadığını[627], hakimin bu hususta takdir yetkisinin olduğunu,

---

TMK'nın 166. maddesinde düzenlenen anlaşmalı boşanmanın kanun koyucu tarafından Türk hukukunda kabul görmesi ile, tarafların görüşü ile bağlı olunmasa da, onların taleplerini dikkate alarak hem tarafların hukuki durumu hem de müşterek çocukları açısından öngördükleri düzenlemelere öncelik verilir hale gelinmiştir. Bu bağlamda anne ve babanın ortak talepleri olması halinde, çocuğun yararı da aksini gerektirmiyorsa, birlikte velayete neden karar verilmesi gerekmektedir. Bilge Öztan, Armağan, s. 257.

624 Bilge Öztan, Armağan, s. 260. Aynı görüşte, Zeynep Ayza Gülgösteren, "Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet", **ÇÜHFD**, C. 2, S. 2, Ekim 2017, s. 179; Çiğdem Kırca, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (*Teleologische Reduktion*)", **AÜHFD,** Cilt 10, Sayı 1, 2001, s. 95; Fulya Erlüle, Kitap, s. 286. Erlüle, boşluğun doldurulmasının TMK'nın 1. maddesinin 1 ve 2. fıkralarının hakim tarafından uygulanması ile mümkün olduğunu savunmaktadır. Fulya Erlüle, Kitap, s. 294.

625 Emine Akyüz, Kitap, s. 235.

626 Emine Akyüz, Kitap, s. 235; aynı görüşte Sera Reyhani Yüksel, s. 51 vd. *Reyhani Yüksel*'e göre, özellikle şiddet olaylarının olmadığı hallerde, çocuğun baba ile olan ilişkisinin devamlılığının sağlanması adına, birlikte velayetin mümkün kılınması gerekmektedir. Sera Reyhani Yüksel, s. 52.

627 Aynı görüşte, Azra Arkan Serim, "Boşanma Halinde Ortak Velayet", **LHD**, C. 14, S. 167, 2016, s. 6085. Yazar, boşanma sonrasında birlikte velayetin kural, tek taraflı velayetin ise istisnai olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır.

Öğretide *Apaydın*, TMK'nın 336. maddesinin 3. fıkrasında birlikte velayetin açıkça yasaklanmamış olmasını, kanun koyucunun birlikte velayeti bilmediği için gerçek bir boşluk olmasıyla açıklamaktadır. Yazara göre, hâkim TMK'nın 1. maddesinin 1. fıkrası uyarınca boşluğu dolduracaktır. Eylem Apaydın, s. 459.

nitekim A*vrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 7 numaralı Protokolünün* 5. maddesi gereğince, evliliğin sona ermesi durumunda anne ve babanın çocukları ile ilişkilerinde medeni hak ve sorumlulukları açısından eşit oldukları hükmünün Anayasa'nın 90. maddesi gereğince kanun hükmünde sayılmasının ardından, TMK'nın 336. maddesinin 2. fıkrasının aksine bir hüküm ihtiva ettiği düşünülse dahi, bunun artık bir önemimin kalmayacağını belirtmiştir[628]. Bu hususta hâkimin bağlı olduğu tek kriter, çocuğun yararıdır.

C. Yargıtay'ın 2017 Tarihli Boşanma Sonrası Birlikte Velayet Kararı ve Sonrasındaki Gelişmeler

1) Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesinden Sonra Birlikte Velayetin Uygulanabilirliğine Dair Yargı Kararları

a) Evlilik Birliği'nin Boşanma ile Sona Ermesi Durumda Birlikte Velayetin Uygulanabilirliğine Dair Verilen Bölge Adliye Mahkemesi Kararları

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi'nin 10 Mayıs 2017 tarihli 2017/121 E. 2017/601 K. numaralı kararında, idrak sahibi çocuk dinlenmiş, çocuğun velayet tercihinde bulunamadığı görülmüş, anne ve babanın ortak talebi ve birlikte velayetin uygulanmasının çocuğun üstün yararına uygun olduğu kanaati ile birlikte velayete karar verilmiştir. Kararda, çocuğun anne ve babası ile sürekli kalması beklenemediğinden, çocuğun bir ebeveynin yanına yerleştirilmesine, diğer ebeveyn ile kişisel ilişki kurulmasına, önemli kararlar bakımından ise her iki ebeveynin ortak iradeleri ile hareket etmelerine hükmedilmiştir[629].

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin, 26 Nisan 2017 tarihli 2017/578 E. 2017/386 K. numaralı kararında, dosyada çocuğun yararı gereğince, birlikte velayetin uygulanıp uygulanmayacağının araştırılmaması bozma sebebi olarak sayılmıştır[630].

---

628 Mehmet Erdem, s. 171-172; Mehmet Erdem/ Aslı Makaracı Başak, s. 174- 175.

629 Karar için bkz. Eylem Apaydın, s. 463-465.

630 Karar için bkz. Eylem Apaydın s. 465.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi'nin 2 Aralık 2017 tarihli 2017/1132 E. 2017/1471 K. numaralı kararında, birlikte velayetin uygulanmasının gönüllülük esasına dayandığını ve her iki ebeveynin de rızasının arandığını belirtmiş, dosyada annenin tek taraflı velayet talebinin varlığı sebebi ile birlikte velayetin uygulanamayacağına hükmetmiştir[631].

Bölge adliye mahkemeleri kararları değerlendirildiğinde, çocuğun üstün yararının her daim göz önünde tutulduğu, bunun haricinde tarafların ortak taleplerinin olmasının esasında onların birlikte velayetin uygulanmasında gönüllü olduklarının bir işareti olduğu, idrak yeteneğine haiz çocuğun görüşünün alınmasının uygulamadan en çok etkilenecek olan çocuk olacağından dolayı elzem olduğu görülmektedir.

b) Yargıtay'ın 2017 Tarihli İlgili Kararından Önce Verilmiş, Boşanma Akabinde Birlikte Velayetin Uygulanabilirliğine Dair İlk Derece Mahkemesi Kararı

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi akabinde birlikte velayetin uygulanmasında dönüm noktası olan Yargıtay'ın 2017 tarihindeki kararından önce, İzmir 4. Aile Mahkemesi'nin 27.05.2009 tarihli, 2009/448 E.; 2009/470 K. numaralı kararına da burada değinmek gerekmektedir. Söz konusu kararda, anlaşmalı boşanma kapsamında ortak çocukların velayetinin birlikte velayet şeklinde uygulanması taleplerinde bulunan anne ve babanın talebi, tarafların çocuğun üstün yararını göz önünde bulundurabilecek tutumlar sergilemeleri, boşanma sonrasında da bir araya gelecek, karar alabilecek potansiyellerinin hâkim tarafından kanaat edilmesi, çocuğun üstün yararının bunu gerektirmesi gibi sebepler dikkate alınarak birlikte velayete hükmedilmiştir[632]. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, söz konusu kararın temyiz edilmemiş olması neticesinde karara kesinleşmiştir. Kanaatimizce karar Yargıtay'a taşınmış olsa idi, Yargıtay'ın 2009 tarihindeki evlilik birliğinin sona ermesi halinde birlikte velayetin uygulanmasına dair yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve

631 Karar için bkz. Eylem Apaydın, s. 465-466.

632 Karar metni için bkz. İlknur Serdar, s. 171, dn. 59.

tenfizini kamu düzenine aykırılık sebebi ile reddettiği düşünüldüğünde, İzmir 4. Aile Mahkemesi'nin yukarıdaki kararı da bozulacaktır.

Nitekim Yargıtay'ın 2017 yılına kadar vermiş olduğu kararlarda, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi akabinde birlikte velayetin uygulanmasının kamu düzenine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle söz konusu olamayacağını, bu sebeple boşanma sonrasında çocuk bakımından birlikte velayete karar verilen yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizinin reddine karar verildiği görülmektedir[633].

Öğretide, Yargıtay'ın kamu düzenine aykırı görerek, birlikte velayetin boşanma sonrasında uygulanmasını reddetmesi o dönemde de eleştirilmiştir[634]. Özellikle sadece farklı hukuk sistemlerinin varlığından yola çıkılarak, somut olayda değerlendirme yapılmadan tenfiz talebinin reddedilmesi olumsuz karşılanmıştır. Önemle vurgulamak gerekir ki, Yargıtay'ın yerleşik içtihadında evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği hallerde hükmedilen birlikte velayet kararlarının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinin belirtildiği dönemlerde dahi, verilen kararlardaki karşı oy yazılarında, birlikte velayetin uygulanmasının Türk Hukukunun tabiatına aykırı olsa da kamu düzenine açık bir aykırılık teşkil etmediğinin altı çizilmektedir[635].

c) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 20.02.2017 Tarihli, 2016/15771 Esas, 2017/1737 Karar Sayılı Kararı ve Aynı Yöndeki Kararları

Türkiye'nin *11 Numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 Numaralı Protokol*'ün 6684 sayılı

---

633 Yargıtay, 2. HD, 20.03.2003 T., 2003/2818 E. , 2003/3889 K. (Kazancı); Yargıtay, 2. HD,14.07.2008 T. , 11701/10505 sayılı kararında boşanma durumunda tek taraflı velayetin uygulanmasının mümkün olduğu sürece, hakimin tek taraflı velayete karar veresinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Karar için bkz. Ömer Uğur Gençcan, **Velayet Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, (2020), s. 310.

634 Günseli Öztekin Gelgel, "Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 4, S. 8 Güz 2005/2, s. 128; Begüm Süzen, "Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi", **BAÜHFD**, C. 10, S. 133, Eylül 2015, s. 5 vd.

635 Yargıtay 2. H. D. 22.11.2004 tarih 12285/13680 sayılı kararı için bkz. Ömer Uğur Gençcan, 2020, s. 310.

Kanun ile kabul edilmesi ve protokolün 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmesi akabinde Yargıtay'ın görüş değiştirdiği görülmektedir[636].

Türk Hukukunda evlilik birliğinin var olduğu durumların dışında birlikte velayetin uygulanmasında çığır açan karar, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20 Şubat 2017 tarihli 2016/15771 Esas, 2017/1737 Karar numaralı kararıdır[637]. Söz konusu kararda, İngiliz vatandaşı iki kişinin kendi ülkelerinde aldıkları evlilik birliği dışında doğan çocukları bakımından birlikte velayetin uygulanmasına yönelik kararın tenfizi ilk defa Türk kamu düzenine aykırı sayılmamıştır.

Kararda, protokolün 5. maddesinde geçen "*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*." hükmüne yer verdikten sonra Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince, usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde sayılacağı, temel hak ve hürriyetler bakımından, uluslararası antlaşmalar ile ulusal düzenlemenin çatışması halinde uluslararası antlaşmaların uygulanacağı ibaresine atıfta bulunulmuştur.

Akabinde kararda, tenfize konu olan hükmün bağlı olduğu hukukun, Türk hukukundan farklı olmasının veya hükme konu düzenlemenin Türk hukukundaki emredici kurallara aykırı olmasının başlı başına tenfizin reddini gerektirmeyeceği, söz konusu kararın, "*Türk hukukun 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 olarak kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili antlaşmalara, gelişmiş toplulukların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine aykırı olup olmadığının"* araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Tüm bu

636 Fulya Erlüle, Kitap, s. 296. Çalışmamızın devamında "P*rotokol*" olarak adlandırılacaktır.

637 Kararın tam metni için bkz. Ömer Uğur Gençcan, 2020, s. 312-314.

sebeplerle, somut olayda, birlikte velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğunun düşünülemeyeceğine karar verilmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 4 Aralık 2017 tarihli, 2016/186 Esas, 2017/13800 Karar sayılı kararında da aynı gerekçelerle, bu sefer, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi akabinde birlikte velayetin uygulanması yönündeki hükmün tenfizini talep eden iki Türk vatandaşının talepleri kabul edilmiş, birlikte velayet kamu düzenine aykırı sayılmamıştır[638].

Yargıtay'ın söz konusu kararlar ışığında belirlediği kıstasları ise şu şekilde saymak mümkündür[639]: Yargıtay, protokolün 5. maddesine atıfta bulunarak, birlikte velayeti kural, tek taraflı velayeti istisna olarak belirlemiştir. Birlikte velayet, gönüllülük gerektiren bir durumdur, bu bağlamda, tek taraflı velayeti taraflardan biri talep ederse, çekişme doğacağı düşünülmeli ve birlikte velayete hükmedilmemelidir. Öte yandan tarafların her ikisi de birlikte velayet yönünde talep etseler dahi, hâkim tarafların talepleri ile bağlı değildir. Birlikte velayetin uygulanması çocuğun yararına aykırılık teşkil edeceği düşünülüyorsa, tek taraflı velayete karar verilmelidir. Durumun hal ve sonuçlarını idrak etme yeteneğine sahip çocuk dinlenmeli, görüşü alınmalı, istekleri onun yararına aykırılık teşkil etmiyorsa çocuğun görüşü birinci plana alınmalıdır. Hâkim çocuğu bizzat dinleyebileceği gibi, bir uzmanın da dinlemesine karar verebilir. Birlikte velayetin uygulanması konusunda, tarafların sosyal kültürel durumları, bakış açılarının değerlendirilmesi gibi noktalarda, hâkim gerekirse uzmandan görüş alabilir.

---

638 Kararın tam metni için bkz. Ömer Uğur Gençcan, 2020, s. 314-316.
Yargıtay'ın birlikte velayet ile ilgili 2017 tarihli kararından sonra, ilk derece mahkemelerince birlikte velayetin uygulanmasına yönelik kararlar verildiği görülmektedir. Protokol ile TMK'nın 336/3 hükmünün mülga hale geldiğini belirten kararlara örnek olarak Isparta 1. Aile Mahkemesi'nin 06.03.2017 T. 2017/91 E. 2017/77 K. sayılı kararı gösterilebilir. Karar için bkz. İsmail Dede, s. 36, dn. 93 (naklen).

639 Ömer Uğur Gençcan, 2020, s. 316-318.

2) Yargıtay'ın 2017 Tarihli Birlikte Velayet Kararı Sonrası Öğretideki Görüşler

Yargıtay'ın 2017 tarihli kararları bakımından gerçekleştirilen değerlendirmede en çok dikkat çeken isim, kararların verildiği sırada 2. Hukuk Dairesi'nin başkanlığı görevini sürdüren *Gençcan* olmuştur. Yazara göre, evlilik birliğinin sona ermesinde emredici kural olarak düzenlenen tek taraflı velayet kuralı protokolün usulüne uygun olarak kabul edilmesi akabinde örtülü olarak kalkmıştır. Buna göre, birlikte velayet kuraldır. Tek taraflı velayet ise istisna olarak değerlendirilecektir. Çocuğun üstün yararını gerektiren durumlarda ebeveynlerin birlikte velayete evlilik birliği sona erdikten sonra da haiz olmaları mümkün olabilecektir[640].

Öğretide *Apaydın*, protokolün 5. maddesinin eşler arasındaki cinsiyet ayrımcılığını ortadan kaldırmak amaçlı düzenlendiğini, TMK'nın 336 maddesinin 3. fıkrasında anne-baba ayrımı yapılmadığı gerekçesiyle protokolün 5. maddesinin TMK'nın 336. maddesinin 3. fıkrası ile çatışmadığını belirtmektedir[641].

Öğretide *Güven*, protokolün 5. maddesinin mevcut TMK hükümlerini açık veya örtülü bir şekilde ortadan kaldırmadığını, protokolün 5. maddesinin ancak kanun boşluğunu doldurmada veya TMK'daki velayet hükümlerini yorumda yardımcı olacağını ifade etmiştir[642]. Bu bağlamda çocuğun yararı gerektiriyorsa, birlikte velayete hükmedilmesi mümkün kılınmalıdır zira protokolün 5. maddesi cinsiyetçi ayrımcılığın velayete uygulanmasını engeller konumdadır[643].

Öğretide bir diğer görüş ise, Protokol ile BMÇHDS'nin çatışması halinde hangi uluslararası metnin uygulanacağı sorusunun cevabından yola çıkmıştır. Yazarlara

---

640 Ömer Uğur Gençcan, 2020, s. 663 vd; Ömer Uğur Gençcan, Baro Bülteni, s. 26. Aynı Görüşte, Leyla Müjde Kurt, s. 174.

641 Eylem Apaydın, s. 467; Aynı görüşte Fulya Erlüle, Kitap, s. 317. Erlüle'ye göre, çatışmanın varlığı kabul edilse dahi, temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası anlaşmalar kanunun üstünde değil kanun hükmündedir ve uluslararası anlaşmaların yürürlüğe girmesi, ulusal düzenlemeleri mülga kılmaz. Bu halde özel bir norm çatışması bulunur, uluslararası antlaşma hükümleri uygulanır ve ulusal kanun hükümlerinin uygulanmasından imtina edilir. Bu bağlamda yazar, yargı kararlarında geçen, protokolün 5. maddesinin, TMK'nın 336. maddesinin 3. fıkrasını örtülü olarak yürürlükten kaldırdığı ibaresine katılmamaktadır. Fulya Erlüle, Kitap, 318-319.

642 Kudret Güven, Ortak Velayet, s. 38-43.

643 Kudret Güven, Ortak Velayet, s. 43.

göre, sözleşmede geçen çocuğun üstün yararı ilkesi, protokolün 5. maddesinin istisnası olarak değerlendirilmiştir. Bu bağlamda, eğer hakkın süjesinin anne ve baba olduğu kabul edilir ise Protokol, hakkın süjesi çocuk olarak kabul edilir ise BMÇHDS uygulanacaktır. Sonuç olarak yazarlar, hakkın süjesinin çocuk olduğundan, BMÇHDS'nin uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir. Birlikte velayetin evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinde uygulanabilirliği açısından ise yazarlar, olması gereken hukuk bakımından, birlikte velayetin en azından seçimlik bir hak olarak talep edilebilir olması gerektiğini savunmaktadırlar. Buna göre, Protokolün yürürlüğe girmesi, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca birlikte velayetin kural, tek taraflı velayetin ise istisna olduğu sonucunu doğurmayacak, hâkimin bu yönde çocuğun yararına göre iki velayet türü arasında seçim hakkına sahip olmasını sağlayacaktır[644].

D. Görüşümüz

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda birlikte velayete hükmedilip edilemeyeceği tartışmaları, TMK'nın 182 ve 336. maddelerinin yorumlanmasına göre, kanunun tek taraflı velayeti emredici hüküm olarak düzenleyip düzenlemediği, emredici olarak düşünülse dahi, uluslararası sözleşmelerin söz konusu hüküm üzerindeki etkilerinin ne olacağı noktasındadır.

TMK'nın 182. maddesi, boşanma veya ayrılık kararına hükmedilmesi durumunda, anne ve babanın çocuk üzerindeki haklarının nasıl düzenleneceğine ilişkin hâkimin takdir yetkisini aktaran maddedir. Boşanma durumunda birlikte velayete hükmedilmesi ile ilgili olarak, 182. maddenin tartışmalara açılan hükmü 2. fıkrada geçen "*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin…*" ibaresinden kaynaklanmaktadır. Çocuk ile kişisel bir ilişkinin kurulması için, doğal olarak, velayetin taraflardan birine verilmesi gerekmektedir. bu bağlamda, sırf boşanmadan sonra ortaya çıkan durum sebebi ile kişisel ilişki kurulması ile ilgili hükmün var olması, tek taraflı velayetin tek kural olması şeklinde algılanmamalıdır.

644 Ünsal Dönmez/ Taylan Barın, s. 205-207.

TMK'nın 336. maddesinin 3. fıkrasında boşanma sonrasında velayetin "*kendisine bırakılan tarafa*" olduğu ibaresinin emredici hukuk kuralı mı olduğu yoksa yoruma ihtiyaç mı duyduğu noktasında ise, öncelikle velayet hükümleri açısından kanun sistematiğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. TMK'nın 335. maddesinde genel kural olarak ergin olmayan çocuğun anne ve babanın birlikte velayetine tabi olduğu ve ancak yasal zorunluluklar sebebi ile velayetin onlardan alınabileceği belirtilmiştir. Söz konusu maddede, kanun koyucunun madde hükmünde açıkça belirtmemesine rağmen, doğrudan uygulandığı kabul edilen BMÇHDS'nin 3. maddesinde geçen çocuğun üstün yararı ilkesi doğrultusunda hareket ettiği aşikârdır.

Kanun koyucu, TMK'nın 336. maddesinde de çocuğun üstün yararını temel almıştır. Maddede evlilik birliği içinde birlikte velayetin esas olacağı, ortak yaşama ara verilmesi veya ayrılık kararında ise hâkimin taktir yetkisi olduğu kabul edilmelidir. Gerçekten de evlilik birliğinin devam ettiği sürece birlikte velayetin uygulanması esas olmakta, koruyucu önlemler alınması halinde dahi, velayetin kaldırılması hariç olmak üzere, anne ve babanın velayet hak ve yükümlülükleri sürmektedir. Anne ve babanın bir arada yaşamadıkları ortak yaşama ara verilmesi veya ayrılık kararı durumlarında da velayetin tek tarafa verilmesi ancak çocuğun yararına aykırı düşüyorsa söz konusu olmalıdır.

Kanun koyucunun velayette anne ve babanın birlikte kullanımını ana kural olarak kabul etmesi, tarafların bir arada bulunmadığı halde dahi hâkimin sadece gerektiği durumda tek tarafa velayeti tahsis etmesi düzenlemesinin bulunması akabinde, boşanma durumunda birlikte velayetin kesin suretle uygulanmayacağının ileri sürülmesini anlamak zordur. Nitekim kanun koyucunun boşanma sonrasındaki velayet hükümleri ile ilgili düzenlemesi açık değildir, yoruma ihtiyaç duymaktadır. Kanun koyucu açık bir şekilde birlikte velayetin uygulanmasını yasaklar konumda değildir. Şöyle ki, doğal olarak boşanma durumunda taraflar evlilik birliği içinde olduğu gibi bir arada yaşamayacak, hatta kendi düzenlerini kuracaklardır. Ancak unutulmamalıdır ki ayrı düzen kurulması ortak yaşama ara verilmesi veya ayrılık kararı verilmesi durumunda da söz konusudur. Nitekim bu bakış açısı anne ve babanın yönünden bakılan açıya aittir. Velayette esas olan ise çocuğun açısından durumun değerlendirilmesidir.

Çocuğun açısından bakıldığında, evliliğin sona ermesi anne ve baba olma olgusunu değiştirmemektedir. Kanun koyucunun da amacı, çocuğun yararının üstün tutulması ise, birlikte velayetin uygulanmasının evlilik bağı ile zincirlenmemesi, çocuğun yararına aykırı bir durum söz konusu ise ancak anne ve babanın velayetinin birinin veya her ikisinin de son bulmasının gündeme gelmesi gerekmektedir. Bu bağlamda TMK'nın 336. maddesinin 3. fıkrasında geçen boşanma düzenlemesinin amaçsal yoruma dayanarak, "boşanmada ise, *ancak çocuğun üstün yararı bunu gerektiriyorsa*, kendisine bırakılan tarafa aittir" şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Bu bakış açısı, Ek 7 No.lu Protokol'ün 5. maddesinde geçen, evlilik birliği sona erse dahi anne ve babanın hak ve yükümlülüklerinin eşit şekilde devam edeceği kuralının Türk hukukunda yürürlüğe girmesi ile kanun koyucunun evlilik birliği sonrasında yükümlülükleri eşitlemesi amacına ulaşma çabasını da destekler niteliktedir.

Evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından ise, TMK'nın 337. maddesinde açık hüküm yer almaktadır. Maddeye göre, anne ve babanın evli olmaması halinde velayet anneye aittir. Madde düzenlenmesi ve kanun sistematiği incelendiğinde, soybağınının kurulması için dahi ek işlemlere gereksinim duyan babanın, çocuğun velayeti bakımından ikinci planda tutulduğu görülmektedir. Kanun koyucu çocuğun yararını, doğrudan doğruya doğum ile soybağının kurulduğu anne ile velayet hükümlerine tabi olması yolu ile korumaktadır. Bu bağlamda, kanun maddesi yorumlamaya gerek duymaksızın emredici kabul edilmelidir.

Öte yandan, evlilik birliği dışında doğan çocuklar açısından velayet ile ilgili olması gereken hukuk, birlikte velayetin fiili olarak mahkeme kararları ile uygulandığı günümüzde, evlilik birliği içinde doğmuş- doğmayan ayrımı yapılmaksızın birlikte velayetin evlilik birliği dışında doğan çocuk açısından da mümkün olmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda, olması gereken hukuk bakımından, evlilik birliği dışında da birlikte velayetin de kural olarak uygulanması beklenir. Bu yönde bir uygulama BMÇHDS'nin 18. maddesinde geçen ayrımcılık yasağına da uyulması anlamını taşımaktadır. Evlilik birliği dışında doğan çocuk açısından, ancak çocuğun yararına aykırılık teşkil eden şartların varlığında tek taraflı velayetin uygulanması söz konusu olmalıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİRLİKTE VELAYETİN UYGULANMASI, BİRLİKTE VELAYET MODELLERİ VE BİRLİKTE VELAYETİN KAPSAMI

I. BİRLİKTE VELAYETİN UYGULANMASI VE BİRLİKTE VELAYET MODELLERİ

A. Birlikte Velayet Kapsamında Yetkilerin Kullanılması

1) Genel Olarak

Almanya ve İsviçre velayet hukuku sistemlerinde evliliğin sona ermesinde veya evliliğin hiç var olmadığı hallerde dahi, anne ve babalık olgusunun devamlılığına dikkat çekilmiş, bu bağlamda birlikte velayetin kullanımına yönelik yeni düzenlemelere gidilmiştir. Tek tarafa verilen velayetin olumsuz yönlerinden biri anne ve baba arasında sorumluluğun eşit paylaştırılmaması, bir tarafın daha çok yükümlülük altına girmesidir. Bu soruna sunulan en etkili çözüm ise birlikte velayettir. Peki birlikte velayet nasıl uygulanacaktır? Anne ve babanın sorumlulukları nasıl düzenlenecektir? Çocuk ile ilgili kararlar nasıl alınacaktır? Bu sorunun cevabı farklı sistemlerin doğmasına neden olmuştur. Birinci sistemde çocuk ile ilgili durumlar gündelik yaşama ilişkin kararlar- önemli kararlar şeklinde ikiye ayrılmakta ve anne ve babanın önemli kararlarda ortak kanaate varması beklenmekte iken; ikinci sistem çocuğun yerleşim yerine göre anne ve babanın yetkilerini düzenlemiştir.

2) Gündelik Yaşama İlişkin Kararlar- Önemli Kararlar Ayrımına Dayanan Yetki Dağılım Sistemi

Çocuk kendisine bırakılan ebeveynin, çocuğun gündelik yaşamına dair kararlarda tek başına yetkili olduğu ve fakat önemli kararlarda diğer ebeveyn ile

birlikte hareket etme zaruriyetinin bulunduğu sistem[645], birlikte velayetin kural olarak uygulandığı Almanya'da ve İsviçre'de karşımıza çıkmaktadır. Sistemin temel aldığı "Önemli konular" kavramı, ebeveyn iş birliğinin hem düzeyini hem de sınırını belirler[646]. Bu sistemdeki temel amaç, ortak bakım işleyişinin sürekli iletişim kurma zorunluluğu sebebi ile tehlikeye atılmaması ve karşılıklı destek olma potansiyelinin önemsiz konularla yıpratılmamasıdır[647].

AlmMK'nın 1687/1 hükmü, ayrı yaşayan anne ve babanın ortak çocukları ile ilgili önemli kararlarda birlikte hareket etmeleri gerektiğini, öte yandan çocuğun birlikte yaşadığı ebeveynin gündelik yaşamına dair kararları tek başına alabileceğini düzenlemiştir[648]. Buna göre, çocuğun doğal rutininde karşılaşılan ve özellikle çocuğun gelişimi açısından önemli değişiklikler yaratmayan hususlar, gündelik yaşama ilişkin kararlar olarak geçmektedir[649]. Çocuğun günlük beslenmesi, giyim seçimleri gibi rutinler örnek olarak verilebilir[650]. Önemle belirtmek gerekir ki, AlmMK'nın 1686. maddesine göre, sadece önemli kararlarda katılma hakkı bulunsa dahi, gündelik işler bakımından da, çocuğun yararına aykırı olmaması şartıyla, diğer ebeveynin çocuğun kişisel durumu hakkında bilgi talep etme hakkı mevcuttur[651].

---

645 Stephanie Matthiessen, s. 90; Linus Cantieni, s. 127; Stephan Hammer, s. 1211.

646 Sarah Meckling, s. 251.

647 Manfred Hinz, "Die gemeinsame Sorge: Sorgerechtsentscheidungen und ergänzende Normen nach dem neuen Recht", **FPR,** 1999, S. 76, s. 78.

648 Stephanie Matthiessen, s. 90 vd.; Harald Oelkers, s. 355.

649 İlknur Serdar, "Mukayeseli Hukuk Işığında Birlikte Velayetin Kullanılmasının Değerlendirilmesi", **İKÜHFD**, C.19, S. 2, 2020, s. 277, (2020).

AlmMK'nın 1687/1 hükmünün 3. cümlesinde geçen bu tanım, öğretide yeterli derecede kriter sunmaması sebebi ile eleştirilmektedir. Eleştiriler için bkz. Linus Cantieni/ Andrea Büchler /Heidi Simoni, "Die Regelung der elterliche Sorge nach Scheidung de lege ferenda- ein Vorschlag", **FamPra.ch**, 2007, s. 222.

650 Linus Cantieni, s. 127; Diana Eschelbach/ Nina Trunk, "Analyse der Rechtsprechung und Literatur zur gemeinsame elterlichen Sorge", **Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verhierateter Eltern**, Ed. Karin Jurczyk/ Sabine Walper, Springer Verlag, Wiesbaden, 2013, s. 39.

Gündelik yaşama dair kararlar, ebeveynlerin sübjektif bakış açılarından ziyade, objektif kriterlere göre belirlenmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Urs Gloor/ Jonas Schweighauser, s. 15.

651 Bilgi talep eden ebeveynin, meşru bir yararının olması gerektiği ve bu bilgiyi çocuğun yararına aykırı şekilde kullanma amacıyla talep edemeyeceği yönünde bkz. OLG Brandenburg 15.11.2023 tarihli 13 UF 62/23 sayılı karar, (Entscheidungsdatenbank Brandenburg).

Her iki ebeveynin de ortak karar alması gereken önemli konulara, çocuğun gideceği okulun belirlenmesi, önemli bir operasyon geçirmesi, adının değiştirilmesi[652], dininin seçilmesi, yerleşim yerinin, mesleğinin belirlenmesi gibi örnekler verilebilir[653]. Bu konularda, tek tarafın kararı yeterli değildir, her iki ebeveynin ortak kararda buluşması gerekmektedir[654]. Burada önemle belirtmek gerekir ki, AlmMK'nın 1687/1 hükmünden atıfla, 1629/1 hükmünde, yakın tehlike bulunan hallerde, örneğin çocuğa acil olarak müdahale edilmesi gerektiğinde[655], çocuğun yararı gerektiriyorsa her iki ebeveyne de tek başına karar alma yetkisi verilmiştir[656]. Yine 1629/1 hükmünün son cümlesine göre, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, çocuğun yararına tek ebeveyn tarafından gerçekleştirilen işlemlerde diğer ebeveyn derhal bilgilendirilmelidir[657].

Gündelik yaşama dair kararlar- önemli kararlar ayrımında yaşanan sıkıntılardan bir tanesi, bu ayrımın bazı somut olaylarda yapılmasının zor olmasıdır. Örneğin çocuğun aşılarının yaptırılması, ağır antibiyotik kullanımı gibi gri alanların varlığı, taraflar arasında uyuşmazlıkların çıkma riskini doğurur[658]. Bu halde taraflar AlmMK'nın 1628. maddesi uyarınca hâkimin müdahalesini talep edebilir[659]. AlmMK'nın 1687/2 hükmü gereğince, hâkim çocuğun yararı durumu gerektiriyorsa, ebeveynlerin yetkisini sınırlandırabileceği gibi, yetkileri tamamen de elinden alabilir[660].

---

652 Diana Eschelbach/ Nina Trunk, s. 41.

653 Linus Cantieni, s. 109; Stephanie Matthiessen, s. 92.

654 Stephan Wolf/ Deborah Schmuki, s. 164.

655 Stephanie Matthiessen, s. 93; Urs Gloor/ Jonas Schweighauser, s. 15.

656 Stephan Hammer, s. 1211.

657 İlknur Serdar, 2020, s. 275, 282.

658 Çocuğa yapılacak aşılar AlmFM tarafından önemli kararlar arasında sayılmaktadır. Mahkemece verilen bir kararda birlikte velayete sahip ebeveynlerden birinin aşı karşıtı olması halinde, çocuğun üstün yararı esas alınmakta, diğer ebeveyne tam yetki vermektedir. Mahkeme kararında yetkinin belirli aşılar kapsamında verildiği görülmektedir. bkz. BGH, 03.05.2017 tarihli karar- XII ZB 157/16. Bunun aksine, OLG Frankfurt (FamRZ 2011, 47) ve OLG Dresden (FamRZ 2011, 48), standart veya rutin aşıların günlük bakımın bir parçası olduğu ve böylece birlikte velayet durumunda bir ebeveynin tek başına karar verebileceği görüşünü benimsemiştir.

659 Sarah Meckling, s. 266.

660 Bu durumda mahkeme, ebeveyn adına karar vermez. Sadece yetki devrini gerçekleştirir. bkz. BGH, 03.05.2017 tarihli karar- 12 ZB 157/16 (openjur.de); OLG Köln (FamRZ 2005, 644).

İsviçre hukukunda birlikte velayet kapsamındaki yetkilerin kullanılması, Alman Hukuku'na benzer bir şekilde önemli kararlar- gündelik yaşama dair kararlar çerçevesinde şekillenir. İsvMK'nın 301/1 hükmüne göre, tek başına yapabilecekleri işlemler hariç olmak üzere, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinde anne ve baba çocuğun yararını göz önünde bulundurarak, beraber hareket ederler. Sürekli olarak aynı evde yaşamayan ebeveynlerin çocuk ile ilgili her kararı alırken bir araya gelmeleri de hayatın olağan akışına aykırı olacaktır. Bu sebeple İsvMK'nın 301/1 hükmüne 1 Temmuz 2014'te yürürlüğe girmek üzere 21 Haziran 2013'te, anne ve babanın tek başına alabilecekleri kararlar ile ilgili yeni bir hüküm eklenmiştir[661](İsviçre Medeni Kanun'u 301/1bis).

İsvMK'nın 301/1bis hükmünde, günlük yaşama dair kararlarda, acil olarak alınması gereken önemli kararlarda[662] veya diğer ebeveyne ulaşılmaya çalışıldığı halde ulaşılamayan önemli kararlarda fiilen bakmakla sorumlu olan ebeveynin tek başına karar alma yetkisi düzenlenmiştir. Bu kapsamda, "fiili olarak bakan ebeveyn" kavramında velayetin kimde olduğu veya birlikte velayet uygulanıyor ise alternatif

---

Mahkemece verilen bu yetkilendirmenin sadece anne baba arasındaki iç ilişki açısından değil, üçüncü kişilere karşı çocuğu tek başına temsil etme yönünden de sonuç doğuracağı hakkında bkz. Dieter Schwab, s. 467; Hildegund Sunderhauf, **Wechselmodell: Psychologie- Recht- Praxis, Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung**, Springer Verlag, Wiesbaden, 2013, s. 490-491.

Mainz Yerel Mahkemesince verilen bir kararda, Covid 19 döneminde çocuğun maske takmasına ve derslere katılım amacıyla covid testi yaptırmasına ilişkin tek başına yetkili olmayı talep eden annenin talebi değerlendirilmiştir. Olayda, anne ve baba 2020 yılında boşanmıştır ve çocuklar anne ile yaşamaktadır. Dördüncü sınıfa giden kızlarının okuldaki eğitimine yüz yüze devam edebilmesi için düzenli olarak covid testi yaptırması gerekmektedir. Annenin iddiasına göre, baba, covid testlerinin çocuklara zarar verdiği gerekçesi ile teste izin vermemektedir. Bunun üzerine anne tek başına karar verme yetkisi talep etmiştir. Mahkemece, durum BGB 1629 kapsamında değerlendirilmiş ancak annenin babanın tavrı ile ilgili yeterli derecede kanıt sunamadığına kanaat getirilmiştir. Bu sebeple (usulden) annenin talebi reddedilmiştir. Öte yandan mahkeme, babanın anneye attığı, test yapılması halinde anne ile ilgili yasal işlem başlatacağını beyan ettiği mesajların varlığını göz önünde bulundurmuş ve yargılama masraflarının hakkaniyet gereğince babaya yükletilmesine karar vermiştir. Karar için bkz. AG Mainz, 04.05.2021 tarihli karar- 34 F 126/21 (openjur.de).

661 Kanun değişikliği metni ve gerekçesi için bkz. AS 2014 357; BBl 2011 9077.

662 Acil işlere örnek olarak çocuğun apandisinin patlaması sebebi ile ameliyata alınması gösterilebilir.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Ebeveynin tek başına karar vermek amacıyla işi geciktirmesi ve "acil iş" durumuna getirmesi hukuken korunmaz. Bu halde hakkın kötüye kullanımı söz konusudur ve tek başına karar verme yetkisi doğmaz. Andreas Bücher, "Elterliche Sorge in schweizerichen und internationalen Kontext", **Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Familien und migrationsrechtliche Aspekte, 7. Symposium zum Familienrecht 2013**, Schulthess Verlag, Zürich- Basel- Genf, 2013, s. 51.

himayenin söz konusu olup olmadığı önemsizdir[663]. Örneğin, çocuğun velayetin tek tarafa verildiği durumlarda, o sırada kişisel ilişki kurulan ebeveynin yanında olan çocuğun günlük bakımı ile ilgili, fiili olarak yanında bulunan ebeveyn tek başına karar alabilecektir[664].

Ebeveynin tek başına karar alabileceği durumlardan biri olan, diğer eşe ulaşılmaya çalışıldığı halde ulaşılamaması sonucu tek ebeveyn tarafından alınan kararların bu noktada detaylandırılması gerekmektedir. Diğer ebeveyne ulaşılamama durumu, gerekli özenin gösterilmesine rağmen ulaşamama olarak anlaşılmalıdır[665]. Teknolojik olarak iletişimin son derece geliştiği çağımızda bu sorunun yaşanma ihtimali oldukça düşüktür[666]. Bu bağlamda mesajlarına, e-postalara cevap veremeyen, telefonuna bakmayan, iletişimi reddeden[667] ya da adresini ve telefonunu değiştirip haberdar etmeyen ebeveyne karşı, çocuğun yararı gereğince, ancak ertelenemeyecek seviyede acilen karar verilmesi gereken önemli durumlarda, tek başına karar verme yetkisi kabul edilmelidir[668].

Çocuğun gündelik yaşamına dair kararların tek bir ebeveyn tarafından verilmesini uygun gören bu sistemin amacı, evlilik birliği sona eren kişilerin sürekli

---

663 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art. 301, N. 3b.

Değişimli modelin uygulandığı birlikte velayette çocuğun günlük rutininin radikal bir şekilde değişmemesi önemlidir. Şöyle ki, çocuğun annesi ile kaldığı dönemdeki eğitimi ile babasında kaldığı dönemdeki eğitimi arasında ciddi farklılıkların mevcudiyeti, onun gelişimi açısından olumsuzluk yaratacaktır. Bu bağlamda anne ve babanın asgari düzeyde anlaşmaları ve çocuğun gündelik işlerinde (örneğin temizliği, ders çalışma saatleri, kahvaltısı gibi) ortak kurallar koymaları önemlidir. İlknur Serdar, 2020, s. 280-281. Değişimli model, çalışmamızın 3. Bölümünün I- B- 3 kısmında açıklanmaktadır.

664 Regina Aebi Müller, "Elterliche Sorge Betreuungsrecht- Betreuungspflicht- Aufenthaltsbestimmungsrecht", **Elterliche Sorge, Betreuungsunterhalt, Vorsorgeausgleich und weitere Herausforderungen, 9. Symposium zum Familienrecht 2017**, Schulthess Verlag, Zürich- Basel- Genf- 2018, s. 39.

665 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art. 301, N. 3a; Peter Tuor/ Bernhard Schnyder/ Jörg Schmid/ Alexandra Jungo, N. 31 s. 513.

Ulaşamamaya konu olan karar, İsvMK 301/1bis b.1 hükmünde belirtilen acil karardan farklıdır. Burada diğer ebeveynin rızasının beklenmesi çocuğa doğrudan zarar vermez, yine de rıza beklenmeden kararın uygulanması çocuğun durumunu kolaylaştıracaktır. Bu sebeple tek başına karar alınması çocuğun yararına olacaktır.

666 Gisela Kilde, s. 238.

667 Andreas Büchler, s. 51; Gisela Kilde, s. 239.

668 Ulaşamama durumu, diğer ebeveynin bilinçli olarak ulaşılmak istememesinden kaynaklanabileceği gibi, yoğun bakımda veya hapishanede olması gibi elinde olmayan sebeplerden de ortaya çıkabilir. Bu durumda da tek başına karar verme yetkisi doğacaktır. İlknur Serdar, 2020, s. 283.

bir arada olma zaruriyetini onlarda hissettirmemektir. Buna karşılık, önemli hususlar bakımından her iki ebeveynin de kararının alınmasının zorunlu olması, çocuğun gelişiminde hem annenin hem de babanın sorumluluğunu bilmelerini ve çocuğun hayatında yer almalarını sağlayacaktır.

Önemli kararlarda, anne ve baba ortak bir karara varamazlarsa çocuğun korunmasını düzenleyen İsvMK'nın 307 vd. maddeleri uygulanacaktır. Genel hükümlere başvurulmasının sebebi önemli kararlardaki uyuşmazlıklar bakımından İsvMK'da özel bir hüküm bulunmamasıdır[669]. Burada önem arz eden husus, uyuşmazlığın, çocuğun yararına aykırı olacak derece bir boyuta ulaşmasıdır[670]. Örneğin, çocuğun okuyacağı okula karar verilememesi sorununda kayıt zamanının geçme tehlikesi var ise, İsvMK'nın 307 vd. hükümlerinden yararlanılır. İsvMK md 307, aynı kanunun 302. maddesini temel almaktadır.

İsvMK'nın 302. hükmü, çocuğun korunmasında anne ve babanın görevini aktarmaktadır. Madde uyarınca, anne ve baba, çocuğun eğitilmesi, yetenekleri ve eğilimleri doğrultusunda onun gelişime hizmet etmeli, mesleki açıdan onu teşvik etmeli, onu korumalıdır. Aynı maddenin 3. fıkrası, anne ve babanın devlet kurumları ile iş birliği içinde olmasını düzenlemiştir. İsvMK'nın 307. maddesi uyarınca çocuk koruma makamı tarafından alınacak tedbirlere uyum, öncesinde koruma makamına başvuru veya gerektiğinde makamın kararına itiraz edilmesi, esasında çocuğun yararı gereğince anne ve babanın devlet kurumları ile birlikte çalışma yükümlüğünden kaynaklıdır.

İsvMK'nın 307. hükmüne göre, çocuk koruma makamı, mümkünse çocuğu dinler, kararını ebeveynlere bildirir[671], gerekli gördüğü hallerde çocuğa kayyım

---

669 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art. 301, N. 3g.
Bu durumun istisnası çocuğun yerleşim yeri ile ilgili anne ve babanın anlaşamaması halinde uygulanan ZGB 301a maddesidir. İlknur Serdar, 2020, s. 293.

670 Regina Aebi Müller, s. 49.

671 İsvÇKM'nin uygulayabileceği tedbirler, anne ve babanın uyarılması, talimat verilmesi, ailenin denetlenmesi ve gerekirse çocuğa kayyım atanmasıdır. Stephan Wolf/ Yannick Minnig, **Familienrecht**, Basel, 2021, s. 281.

atayabilir[672]. Makam, önlemlerin yeterli derecede çözüme hizmet etmeyeceği noktasında ancak 308/3 hükmüne göre, velayetin kayyım yoluyla sınırlandırılmasına karar verebilir[673].

Birlikte velayette anne ve babanın yetkileri kapsamında bulunan bir diğer husus, çocuğun yerleşim yeridir. Tek tarafa velayetin bırakıldığı hallerde çocuğun yerleşim yeri velayet hakkı sahibi ve çocuğu himayesinde bulunduran ebeveynin yerleşim yeridir[674]. 2014 reformu ile İsvMK'ya eklenen 301a maddesinde göre, birlikte velayet, çocuğun yerleşim yerini belirleme hakkını da içermektedir[675]. Bu bağlamda birlikte velayetin söz konusu olduğu hallerde, ebeveynlerden birisinin tek başına çocuğun yerleşim yerini, kural olarak, belirleme hakkı yoktur[676], yerleşim yerini değiştirmek isteyen ebeveyn diğer ebeveynin rızasını almak durumundadır. Rıza bakımından bir şekil şartı aranmamıştır ancak ispat bakımından rızanın yazılı olarak alınması kolaylık sağlayacaktır[677].

Aynı maddenin 2. fıkrasında, çocuğun yerleşim yerinin yurtdışına taşınması veya yurt dışı olmasa dahi diğer ebeveyn ile olan ilişkisini önemli ölçüde etkilemesi halinde, yerleşim yeri değişikliğinin diğer ebeveynin rızasına veya mahkeme ya da İsvÇKM'nin onayına tabi olduğu açıkça belirtilmiştir[678].

---

672 İsviçre'de koruma önlemleri arasında geçen çocuğa kayyım atanması önlemi Türk hukukunda açıkça belirtilmese de hâkimin çocuğun korunması amacıyla her türlü önlemi alabileceğini düzenleyen TMK'nın 346. maddesi karşısında, öğretide çocuğa kayyım da atanabileceği ileri sürülmüştür. Görüş için bkz. Bilge Öztan, Kitap, s. 1145; Sevgi Usta, s. 448; Cem Baygın, s. 331.

673 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art. 301, N. 3i; Stephan Wolf/ Yannick Minnig, s. 282.

674 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art. 301a, N. 7.

675 İsviçre'de çocuğun himayesi kavramı, 2014 reformu öncesinde çocuğun himaye hakkı (*Obhutsrecht*) ve fiili himaye (*faktische Obhut*) kavramlarını bir arada barındırırken, reform ile bu kavramlar ayrılmış, çocuğun himaye hakkı, çocuğun yerleşim yerini belirleme hakkına dönüşmüştür. *Obhut* kavramı ise sadece fiili himaye olarak kullanılmaya devam edecektir. Obhut kavramı ile ilgili karar için bkz BGE 147 III 121, 5A_139/2020, 26.11.2020.

676 İsvFM'in 1 Haziran 2010 tarihli kararı 2014 reformu öncesinde himaye hakkının içeriği bakımından önemli bir karardır. Buna göre, fiili himaye ve himaye hakkı arasında bir ayrım yapılmaz ve genellikle "*obhut*" kavramı kullanılır. *Obhut* kavramına yerleşim yerini belirleme, gündelik bakım, eğitim ve yetiştirme kavramlarının hapsi dahildir. Bu bağlamda tek taraflı velayet hakkına sahip olan ebeveyn çocukları ile yurt dışına taşınabilecektir ancak çocuğun yararının tehlikeye atan hallerin varlığı durumunda, mahkemece yurtdışına taşında yasağı yönünde bir talimat verilebilir. Karar için bkz. BGE 136 III 353 5D_171/2009, 01.06.2020.

677 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art. 301a, N. 11.

678 Peter Tuor/ Bernhard Schnyder/ Jörg Schmid/ Alexandra Jungo, N. 35, s. 515.

Çocuğun yerleşim yeri diğer ebeveynin rızası olmadan değiştirilir ise, durum İsvÇKM'ya bildirilir. Bu halde makam, öncelikle tarafları uzlaşmaya çağırır. Uzlaşmanın gerçekleşmemesi durumunda ise makam veya itiraz halinde mahkeme yerleşim yerine karar verecektir[679].

İsvÇKM tarafından yerleşim yeri değişikliğinin çocuğun yararı ilkesi ile çatışıp çatışmadığı değerlendirilir[680]. Buna göre, uygun görmesi halinde çocuğun yerleşim yerinin değişikliğine karar verilir. Önemle belirmek gerekir ki, İsvFM kararlarında, birlikte velayetin varlığının ebeveynleri velayet hapishanesine çevirmeyeceği ilkesi mevcuttur. Çocuğun yararı gereğince yerleşim yerinin değişmemesi kararı verilebilir ancak gerekli düzenlemeler neticesinde çocuk için en doğru yolun bulunabileceği esas ise, çocuğun yararına aykırılık yoksa çocuğun yerleşim yerinin değişmesinde bir çekince olmamalıdır[681].

3) Çocuğun Yerleşim Yerini Esas Alan Yetki Dağılım Sistemi

Birlikte velayetin uygulanmasında çocuğun nerede kalacağının taraflarca kararlaştırılması ve hâkimin de bu anlaşmayı onaylaması durumunda, çocuğun yerleşim yerini esas alan yetki dağılım sistemini benimseyen ülkelerde, çocuk ile ilgili karar verme yetkisini kural olarak çocuğun yerleşim yerinde birlikte yaşayan ebeveyne verilmesi uygun görülmektedir. Öte yandan çocuğun gelişimi açısından önem arz eden sınırlı sayıdaki hususlarda ikameti paylaşan ebeveyn tek başına hareket edemeyecektir. Bu sistemi uygulayan örnek ülkelerin başında İngiltere gelmektedir[682].

---

679 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art. 301a, N. 13.

680 Diana Eschelbach/ Nina Trunk, s. 38.

681 BGE 142 III 481, 5A_450/2015, 11.03.2016. Kararda açıkça, taşınma halinde kişisel ilişkinin daha az olacağı ve ebeveynlerin daha fazla çaba göstermesi gerekeceği ancak bu durumun tek başına yerleşim yerinin değiştirilmesi kararının reddine yol açmayacağı belirtilmiştir. Buna göre, yurt dışına taşınan annenin, yeni yaşam yeri ile çocuğun yeni koşulları İsviçre'deki koşullarından kötü durumda değildir. Somut olayda çocuklara öncelikle annenin bakmaya hazır olduğu ve mahkemece taşınma sonrasında baba ile kişisel ilişkinin nasıl olacağına dair uygun bir düzenlemenin yapılmış olduğu sebeplerine dayanarak çocuğun yeni yerleşim yerinin, annenin çocuk ile birlikte taşındığı, Graz şehri olması federal yasaya uygundur.

682 İngiltere dışında bu sistem Norveç, Polonya ve İspanya'da da görülmektedir. Bu ülkelerdeki düzenlemeler için bkz. Kristen Scheiwe, "Zwischen Autonomie und Kooperationzwang- Die Ausübung der gemeinsamen elterliche Sorge getrennt lebender Eltern im Rechtsvergleich" **Neunte Schweiser Familienrechtstage 18-19 Januar 2018 im Basel**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2018, s. 46 vd.

İngiliz hukukunda, boşanma halinde birlikte velayet kural olarak devam etmektedir ancak boşanmak için çocuğun hangi ebeveyn ile kalacağı ve diğer ebeveyn ile kuracağı kişisel ilişki düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bu bağlamda çocuk ile birlikte yaşayan ebeveyne kanundaki istisnai durumlar dışında sınırsız bir yetki verilmektedir. Çocuk ile birlikte yaşayan ebeveynin diğer ebeveynin de onayını alması gereken haller sınırlı sayıdadır. Diğer ebeveynin karara dahil olacağı durumlara örnek olarak çocuğun evlatlık verilmesi, adının değiştirilmesi verilebilir[683]. Burada önemle belirtilmesi gereken husus, kişisel ilişki kurulmuş ebeveynin gerekli hallerde hâkimin müdahalesini talep etme hakkının her daim mevcut olmasıdır. Nitekim çocuk için önemli olan hususlarda anne ve babanın anlaşamaması veya anne ve babanın anlaşmış olsalar da kararlaştırılan durumun çocuğun yararı ile çatışması halinde hâkimin müdahalesi mümkündür.

Bu sistem, çocuğun yanında yaşamayan ebeveyn ile olan ilişkisini sınırlaması sebebi ile kanaatimizce birlikte velayetin amaçlarına uymamaktadır. Nitekim fiili olarak anne ve baba çocuğun bakımını birlikte gerçekleştirmiyorlar ise tek tarafa verilen velayetten farkının neredeyse olmadığı görülmektedir.

B. Birlikte Velayet Modelleri

1) Genel Olarak

Toplum ve aile yapısında meydana gelen değişiklikler velâyetin düzenlenişini de etkilemiştir. Türk Hukukunda da kabul edildiği üzere, velâyet sadece anne ve babanın hakkı değil, aynı zamanda yükümlülüğüdür. Birçok hukuk sisteminde, çocuk için her zaman en iyisinin düşünülmesi, anne baba arasındaki ayrımcılık yasağı ve çocuğun büyürken her iki ebeveynine olan ihtiyacı göz önünde tutularak, birlikte velâyetin evlilik birliği sona erdikten sonra da devam ettirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

---

683 Kristen Scheiwe, s. 46.
Norveç hukukunda da benzer bir şekilde çocuğun yerleşim yerinde onunla birlikte yaşayan ebeveynin geniş bir yetkisi mevcuttur. Norveç hukuk sistemine göre, diğer ebeveynin sadece çocuğun yurtdışına çıkarılması halinde rızasının aranması noktasında birlikte velayetten kaynaklı hakları bulunmaktadır. Fulya Erlüle, Kitap, s. 191. Ayrıca bkz. Mia Hakovirta/ Christina Skinner, "Shared Physical Custody and Child Maintenance Arrangements: A Comparative Analysis of 13 Countries Using a Model Family Approach", **Shared Physical Custody**, (Ed.: L. Bernardi /D. Mortelmans), 2021, s. 312.

Başlangıçta evlilik birliğinin sona ermesi durumlarında velayetin tek tarafça kullanılmasına imkân veren Almanya ve İsviçre gibi pek çok ülke, artık boşanmanın velayete bir etkisi olmadığını sadece ailenin durumunu değiştirdiğini kabul etmektedir. Önceleri, tarafların talebi ve hâkim kararı ile birlikte velayeti istisna olarak düzenleyen İsviçre gibi ülkeler dahi kanunlarında revizyona gitmiş ve kural olarak birlikte velayetin uygulanmasını esas almışlardır.

Bu bağlamda evlilik birliğinin mevcut olmadığı durumlarda birlikte velayet uygulanacaksa, çocuğun nerde, nasıl yaşayacağı sorusu büyük önem taşımaktadır. Bu halde üç tane modelden bahsedilir: çocuğun tek tarafla yaşayacağı konut (rezidans/ merkez) modeli; çocuğun kısmen ana ve babada kaldığı (dönüşümlü) model, veya ana ve babanın belirli aralıklarla çocuğun yanında kaldığı (yuva) model.

Hiç şüphesiz ki, ailenin ekonomik durumu, ebeveynlerin birlikte çalışma yetenekleri, çocuğun karakteri gibi sebeplerle aşağıda açıklanacak olan modellerden karma bir model oluşturulması ve çocuğun günlük yaşantısının nasıl olacağının ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi mümkündür[684].

İsviçre'de 2000 tarihli boşanma hukuku revizyonundan sonra, birlikte velayetin istisnai olarak düzenlendiği dönemde, tek yerleşim modeli daha çok tercih edilirken, 1 Temmuz 2014 tarihinde birlikte velayetin kural haline gelmesi ve 1 Ocak 2017 tarihli Çocuk Nafakasına İlişkin Revizyonun gerçekleşmesi akabinde alternatif himaye kavramı devreye girmiştir. Kısaca belirtmek gerekir ise, alternatif himaye, çocuk himayesinin hem anne hem de babaya bırakılması, hâkimin çocuğun bakımının paylaşımını gerçekleştirmesidir. Bu bağlamda, alternatif himayeden bahsettiğimizde, anne ve babanın eşit düzeyde fiili katkısının bulunduğu değişimli model ve yuva modeli daha ön plana çıkmaktadır[685].

684 Stephanie Matthiessen, s. 232.

685 Fulya Erlüle, Kitap, s. 186-187.

2) Tek Yerleşim Modeli (Rezidans Modeli- *Eingliederungsmodell*)

Tek yerleşim modelinde çocuğun anne veya babasının bir tanesinin yanında sürekli olarak ikamet eder[686], diğer ebeveyn ise geniş yorumlanan ziyaret hakkına sahiptir[687]. Birlikte velayette bu modelin kullanılmasında amaç, çocuğun yerleşik düzeninin bozulmamasıdır[688].

Çocuğun sürekli olarak yanında kaldığı ebeveyn, çocuğun günlük ihtiyaçlarının karşılanmasında, bakımında, yetiştirilmesinde hem fiili olarak görev alan hem de karar veren taraftadır[689]. Diğer ebeveyn bakımından ise, ziyaretçi olmanın ötesinde önemli kararlar alınmasında sürece dahil olma[690] ve önemli hususlarda bilgi talep etme hakkı mevcuttur. Bu bağlamda gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de karar veren ebeveynin diğer ebeveyne haber verme yükümlülüğü söz konusudur.

Tek yerleşim modelinin eleştirildiği noktalardan bir tanesi, çocuğun tek bir ebeveyn ile kalması neticesinde, bir ebeveyn ile yoğun ilişki içinde olması ve fakat birlikte velayetin amaçlarından biri olan her iki ebeveyne ihtiyaç duyması ihtiyacının karşılanması noktasında tek yerleşim modelinin yetersiz olmasıdır[691]. Hatta bu bağlamda diğer ebeveyne ayrımcılık yapıldığı iddia edilir[692], diğer ebeveyn her ne kadar önemli kararlar almada söz sahibi olsa da çocuktan fiili olarak uzak kalmaktadır[693]. Önemli kararlarda olması gerekene zıt şekilde, çocuğun fiili olarak yanında bulunan ebeveyn diğer ebeveyne danışmadan karar alırsa, kanuna aykırı davranış sebebi ile iptal kararı alınma talebinde bulunulsa dahi, karar kesinleşinceye kadar geç kalınmış olması tehlikesi her zaman vardır, bu model söz konusu tehlikenin doğması riskini destekler niteliktedir. Dolayısıyla çocuğun ikametgâhının bir

686 Christine Burger Sutz, s. 186; Annatina Wirz, s. 28; Stephanie Matthiessen, s. 231; Linus Cantieni, s. 103.

687 Stephanie Matthiessen, s. 231; Canan Yılmaz, Makale, s. 221.

688 Stephanie Matthiessen, s. 232; Angelika Zimmer, s. 49.

689 Hildegund Sünderhauf, s. 80.

690 Angelika Zimmer, s. 50

691 Stephanie Matthiessen, s. 231-232.

692 Angelika Zimmer, s. 50.

693 Stephanie Matthiessen, s. 232.

ebeveynin ikametgâhı olarak belirlendiği birlikte velayet modelinde tek tarafa velayet hakkının verildiği velayetten farklı olmadığı savunulmuştur[694].

Bu modele yönelik ikinci eleştiri ise, kadın hakları örgütleri tarafından ileri sürülmüştür. Buna göre, özellikle çocuğun yaşının küçük olduğu hallerde, tek taraflı velayetin anneye verildiği durumlarda, anne nasıl tüm sorumluluğu üstleniyorsa, tek yerleşim modelinde de aynı uygulama devam edecektir. Hatta anne bu halde, çocuk ile ilgili fiili sorumluluğu üstlenirken, tek taraflı velayetteki yetkilerini de kaybedecek, hukuki açıdan çocuk ile ilgili konularda karar verme yetkisinde azalma olacaktır[695].

Burada önemle belirtmek gerekir ki, İsviçre'de birlikte velayetin tarafların talebi ve mahkeme kararı ile istisnai olarak uygulandığı dönemde, bu modelin uygulanması üstün tutulmuştur.

3) Değişimli Model (Değişken Model- Dönüşümlü Model- *Wechselmodell*)

Değişimli model türünde, çocuğun anne ve babasının evlerinde kendisine ait bir odası ve düzeni mevcut olup tarafların anlaşması neticesinde çocuğun belirli aralıklarla[696] iki ev arasında gidip gelmesi söz konusudur[697]. Değişimli modelde, çocuğun bakımından sorumlu olan kişi, o sırada çocuk hangi ebeveynin yanında bulunuyorsa, o kişidir.

Bu modelin artı noktası, çocuğun iki ebeveyni ile de sıkı bir şekilde ilişki içinde olması ve ebeveynlerin de çocuğun ihtiyaçları, mental durumu gibi konularda çocuğu takip edebilmelerinin kolay olmasıdır[698]. Bu modelin uygulanmasındaki amaç, her iki ebeveynin de çocuk ile sağlıklı bir ilişki kurmasından yola çıkılarak onun gelişimine katkıda bulunmasıdır. Bunun yanı sıra, modelin uygulanması ile ebeveynler üzerindeki yük de eşit şekilde dağılacaktır[699].

---

694 Stephan Hammer, s. 1213.

695 Linus Cantieni, s. 102-203.

696 Değişim günlük- haftalık- aylık şeklinde düzenlenebilir. Canan Yılmaz, Makale, s. 221.

697 Christine Burger Sutz, s. 186; Annatina Wirz, s. 28.

698 Harald Oelkers / Hartwig Karsten, s. 20; Hildegund Sünderhauf, s. 80 vd.

699 Angelika Zimmer, s. 51.

Modelin uygulanmasında önem arz eden husus, anne ve babanın kendi aralarındaki iletişimde sağlıklı olmaları[700] ve evlilik birliğinin sona ermesinden doğabilecek sorunları çocuk kendisi ile yaşamaya geldiğinde ona yansıtmayacak karakterde olmalarıdır[701]. Anne ve baba arasında çelişen kararların söz konusu olması halinde, sadece önemli kararlarda uyuşmazlık çıktığında değil günlük kararlar bakımından da mahkemeden yardım talep edilebileceği düşünülse de velayetin yetki dağılımı gereğince bu talep kabul edilmeyecektir. Sonuç olarak çocuk arada kalacaktır[702]. İşte bu sebeple tüm velayet modellerinde olduğu gibi bu modelde de anne ve babanın uyumu çok önemlidir. Ebeveynlerin iletişimin yanında, çocuğun yaş itibari ile iki ayrı evde kalabiliyor olması, çocuğun karakteri de modelin uygulanması açısından önemlidir[703].

Değişimli modeli uygulayan anne ve babanın evlerinin birbirine uzaklığı da önem arz etmektedir zira mesafenin kısa olduğu durumlarda çocuğun daha kısa periyodlarla ev değiştirdiği, mesafenin uzak olduğu durumlarda ise değişiklik yapma aralığının arttığının ve hatta gerekli hallerde okul dönemi boyunca bir tarafta bulunan çocuğun yaz döneminde diğer tarafta bulunması gibi yollara başvurulduğu da görülmektedir[704].

Değişimli modelin eleştirildiği nokta ise, çocuğun belirli aralıklarla da olsa, sürekli ev değişikliğini gerçekleştirmesi sebebi ile kendisini nereye ait hissedeceğini bilememesi tehlikesidir. Bu sebeple çocuk adaptasyon süresince zorluk yaşayacaktır[705]. Bu sebeple yukarıda da belirttiğimiz üzere, çocuğun uyumlu bir kişilik yapısının bulunması halinde bu modelin uygulanabilir olabileceği kabul edilebilir.

---

700 Sabina Walper, s. 111 vd.; Hildegund Sünderhauf, s. 205. Almanya'da bu model yönünden bir araştırma yapılmadığına dair bkz. Angelika Zimmer, s. 51, 53; Stephanie Matthiessen, s. 231.

701 Nurten İnce, s. 211.

702 Angelika Zimmer, s. 51.

703 Sabina Walper, s. 135; Stephanie Matthiessen, s. 231.

704 Stephanie Matthiessen, s. 231.

705 Christine Burger Sutz, s. 186.

4) Yuva Modeli (*Nestmodell*)

Yuva modelinde, çocuğun fiili olarak yaşadığı ev sabit kalmakta ancak anne ve babanın sırayla çocuğun ikametgâhına gelip çocukla ilgilenmekte, onunla kalmaktadır[706]. Çocuğun merkez alınması ve düzeninin hiçbir şekilde değişmemesi yönleriyle bu modelin artı yönleri olsa da, anne ve babanın ayrı, çocuğun kaldığı ev ayrı olmak üzere toplam en az üç yaşam alanından bahsedilmektedir ve bu yönüyle ekonomik açıdan zorlayıcı olması sebebi ile bu model eleştirilmektedir[707]. Bunun yanı sıra, anne veya babanın yeniden evlenmesi veya başka sebeplerle kendi düzenini oluşturmak zorunda olması halinde, yuva modelinin uygulanması yeni kurulan aile açısından da oldukça güç bir durum yaratacaktır[708]. Tüm bu nedenlerle, hukuken yuva modeli mümkün olsa da uygulamada rastlanılması çok zordur.

II. BİRLİKTE VELAYETİN KAPSAMI

Velayetin, küçüklerin ve kısıtlanmış erginlerin gerek kişiliklerine gerekse mallarına yönelik özen gösterme ve çocuğun temsili hususlarında kanunun anne ve babaya yüklediği yükümlülükler ve yükümlülüklerin ifası amacıyla anne babaya tanınan haklar olduğunu bir kere daha belirterek; velayetin kapsamının çocuğun kişi varlığı ve malvarlığı olmak üzere iki ana başlık altında incelenecek akabinde çocuğun temsili konusu anlatılacaktır. Velayetin kapsamının bu çalışma dahilinde aktarılmasındaki amaç, evlilik birliğinin bulunmadığı durumlarda birlikte velayetin uygulanması halinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin sınırlarının çizilmesidir.

Önemle belirtmek gerekir ki, evlilik birliğinin bulunmadığı hallerde birlikte velayetin uygulandığında, çocuğun adının konulması, meslek eğitiminin seçimi, TMK'nın 12. maddesi gereğince ergin kılınmasında rızanın verilmesi, çocuğun nişanlanmasında ve evlenmesinde velinin rızasına ilişkin konuların önemli kararlar niteliğinde değerlendirilmeli ve tıpkı evlilik birliği içinde olduğu gibi anne ve babanın ortak kanaatinin olması gerekmektedir. Anne ve babanın ortak rızasının olmadığı

---

706 Annatina Wirz, s. 28; Stephanie Matthiesssen, s. 232; Harald Oelkers / Hartwig Karsten, s. 20; Angelika Zimmer, s. 53; Canan Yılmaz, Makale, s. 221.

707 Sabina Walper, s. 107.

708 Christine Burger Sutz, s. 186; Annatina Wirz, s. 28; Linus Cantieni, s. 103.

durumlarda, TMK'nın 346. maddesi gereğince hâkimin müdahalesinin talebi mümkün olabilecektir.

A. Çocuğun Kişi Varlığı Bakımından Kapsamı

1) Çocuğun Üzerinde Anne ve Babanın Egemenlik Hakkı

TMK'da kastedilen egemenlik, TMK'nın 335/1 ve 339/4 hükümlerinin beraber değerlendirilmesi neticesinde belirlenir. Buna göre, çocuk yasal bir sebep olmaksızın anne ve babadan alınamaz. Aynı şekilde, çocuk anne ve babasına karşı yükümlülüğü gereğince onların izni olmaksızın evi terk edemez[709]. Zamanaşımına uğramaksızın anne ve baba her zaman üçüncü kişilerden çocuğun kendilerine teslim edilmesini talep edebilir[710]. Üçüncü kişi, ancak bir mahkeme kararı mevcut ise, örneğin çocuk ve üçüncü kişi arasında kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiş ise, çocuğu geri vermekten çekinebilir, aksi takdirde çocuğu anne ve babasına teslim etmek durumundadır[711].

Anne ve babanın sahip olduğu egemenlik hakkı, çocuk üzerinde sınırsız, baskıcı bir güç kullanılması sonucu doğurmamaktadır. Anne ve baba, çocuğun kişiliğini korumalı, onu topluma kazandırmaya çalışmalıdır[712]. Aksi taktirde oluşacak durum, ulusal ve uluslararası hukukta korunan çocuğun menfaati ile çatışacak, TMK'nın 346 vd. hükümleri uyarınca çocuk ile ilgili koruma tedbirlerine başvurulacaktır[713].

Birlikte velayetin evlilik birliği dışında uygulandığı hallerde, anne ve babanın egemenlik hakkı hâkimin belirlediği kurallar dahilinde belirlenmelidir. Birlikte velayetin tahsis edilmesi diğer ebeveynin çocuk ile olan ilişkisinde kurallar olmayacağı anlamına gelmez. Taraflar, birlikte velayet modeline göre, çocuk

---

709 İsvMK'nın 301/3 hükmünde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu maddeye göre, çocuk anne ve babasının izni olmadan evden ayrılamaz. Yasal bir sebep olmaksızın çocuk anne ve babasından alıkonulamaz.

710 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 410; Selma Baktır Çetiner, Kitap, s. 54; Sera Reyhani Yüksel, s. 85.

711 Şakir Berki, "Türk Medeni Kanunu'nda Küçüklerin Ehliyeti", **AÜHFD**, 1967, S. 1-4, C. 24, s. 140; Serdar Çelikel, **Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları**, Ankara, 2012, s. 38-39.

712 Serdar Çelikel, s. 39; Hülya İmamoğlu, Koruma, s. 191-193.

713 İlgili hükümler çalışmamızın 3. Bölümünün II- A- 6 başlığında aktarılmıştır.

üzerindeki himayenin düzenlenişine göre kabul ettikleri kurallara uymak durumundadırlar. Çocuğun yararı ile egemenlik sahibi ebeveynin yararlarının çatışması halinde ise çocuğun yararı üstün tutulmalıdır. Örneğin fiili hakimiyetinde bulunan çocuğu, haklı bir sebep olmaksızın diğer ebeveyni ile görüştürmeyen, iletişim kurmasını engelleyen ebeveynin bu davranışı karşısında hâkimin müdahalesi talep edilebilir. Egemenlik hakkının kötüye kullanılması hali bu bakımdan birlikte velayetin sonlandırılması nedenlerinden birini oluşturacaktır.

2) Çocuğun Adı

Çocuğun adı, mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bir kişilik hakkıdır. Bu bağlamda koruması, TMK'nın kişiliğin korunmasına dair hükümleri kapsamındadır[714]. Çocuğa isim koyma hakkının velayet ile bağlantılı olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Öğretideki birinci görüş, velayet ilişkisinden bağımsız olarak anne ve babanın çocuğun adını belirleyebileceklerini ileri sürmektedir[715]. İkinci görüş ise, kanun sistematiğinden yola çıkarak çocuğun adının belirlenmesini velayet hakkına bağlamaktadır. Nitekim öz anne ve babası ile soybağı devam ettiği halde TMK 314/3 hükmü gereğince, evlat edinilen çocuğun adının evlat edinen kişi tarafından değiştirilebilmesi de aynı mantıkta düzenlenmiş bir hükümdür[716].

Evlilik birliği içinde doğmuş çocuğun soyadı TMK'nın 321. maddesi gereğince aile soyadıdır[717]. Türk hukukunda çocuğun soyadı ile ilgili iki problem dikkat çekmektedir. Birincisi 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinde geçen, boşanma durumunda dahi çocuğun babanın soyadında kalacağı hükmünün Anayasa mahkemesi kararı[718] ile iptal edilmesi üzerine ortaya çıkmıştır. 2015 yılında Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya konu olan olayda, boşanma sonrasında tek taraflı

---

714 Bedia Güleş, "Çocuğa İsim Verme Hakkının Kime Ait Olduğu Sorunu", **KaÜHFD**, C. 1, S. 1, 2016, s. 215; Burcu Özcan Büyüktanır, **Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması**, Ankara, 2019, s. 162.

715 Bilge Öztan, Kitap, s. 1111; Yıldız Abik, s. 46.

716 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 411; Bedia Güleş, s. 218-219; Sera Reyhani Yüksel, s. 88.

717 Hüseyin Hatemi, s. 179; Yıldız Abik, **Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 55 (Soyadı); Ece Baş Süzel/ Gökçe Kurtulan, "Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi", **BÜHFD**, C.10, S. 135-136, İstanbul 2015, s. 80.

718 Anayasa Mah. 08.12.2011 T. 2010/119 E. 2011/165 K. sayılı kararında söz konusu düzenlemenin eşitlik ilkesine ve velayetin amacına aykırı olduğuna hükmetmiştir.

velayet sahibi annenin, yaşadığı zorluklar sebebi ile çocuğuna kendi soyadını verme talebini değerlendirmiştir. Anayasa mahkemesi, Yargıtay'ın uyuşmazlık ile uyumlu olmayan TMK 321 hükmünü uygulamasını belirlilik ilkesine aykırı bulmuştur. Karar gerekçesinde eşitlik ilkesi ve çocuğun yararı ilkesi temel alınmış, annenin talebinin ilk derece mahkemesi ve Yargıtay tarafından reddedilmesini hak ihlali saymıştır.

Öğretide, Anayasa mahkemesinin yukarıda belirtilen iptal kararı neticesinde oluşsan hukuki boşluğun hâkim tarafından TMK'nın 1. maddesi uyarınca doldurulması gerektiği ileri sürülmüştür[719]. Şüphesiz ki çocuk ile ilgili karar alınırken çocuğun yararının göz önünde bulundurulacaktır[720].

Açıklanması gereken ikinci problem ise evlilik birliği dışında doğan çocuğun soyadına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi'nce TMK'nın 321. maddesinde geçen "evli değilse ananın…" ibaresi *07.10.2009 tarih 27369 sayılı RG'de yayımlanan 02.07.2009 T, 2005/114 E. , 2009/105 K. sayılı kararı* ile iptal edilmiş, bu bağlamda bir hukuk boşluğu doğmuştur. Hukuk boşluğu, yasal düzenleme gerçekleşinceye kadar, TMK madde 1 gereğince hâkim tarafından doldurulacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin kararı neticesinde Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun (NHK) 28/4 hükmünde düzenlenen, tanıma veya babalık davası ile soybağı kurulan çocuğun babanın hanesine babanın adı ve soyadı ile nakledileceği düzenlemesinin TMK'nın 321. maddesini değiştirip değiştirmeyeceği tartışması son bulmuştur. Yine de öğretide iptal kararının neticesinde bilinmezliğin doğması eleştirilmiştir. Bu bağlamda *Hatemi,* iptal kararının velayet kendisine verilmiş annenin çocuğa kendi soyadını vermesi sonucunu doğurmadığını ancak çocuğun yararı gereğince, annenin çocuğun soyadını değiştirme talebinde bulunabileceğini ileri sürmüştür[721]. Öğretideki bir diğer görüş ise, evlilik birliği içinde doğan/ doğmayan çocuk ayrımının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden yola çıkarak, evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından da TMK'nın 1. maddesi gereğince kanun boşluğunun hâkim tarafından doldurulması gerektiğini, çocuğun

719 Ece Baş Süzel/ Gökçe Kurtulan, s. 85.

720 Tek taraflı velayete sahip annenin kendi soyadını çocuğuna vermesinin hukuka uygun olduğu yönünde bkz. Yargıtay 2. HD. 20.04.2022 T. 2022/1859 E. 2022/3821 K. sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bankası).

721 Hüseyin Hatemi, s. 180.

yararınaysa tek taraflı velayete sahip annenin kendi soyadını çocuğa verebileceğini ifade etmiştir[722].

Çocuğun ön adı TMK'nın 339/5 hükmü uyarınca anne ve babası tarafından konur ve bu hususta ebeveynlerin eşit söz hakkı vardır[723]. Anne ve babanın çocuğun ön ismi hakkında anlaşamamaları halinde TMK'nın 195. maddesi gereğince mahkemeye başvurmaları gerekmektedir. Hâkim bu hususta tarafları öncelikle sulh olmaya teşvik eder, sulh olunmaması durumunda taraflardan birine yetki verebilir[724].

Birlikte velayet yetkileri kapsamında çocuğun adı önemli kararlardandır. Bu bağlamda çocuğun adının konulması, değiştirilmesi hususlarında anne ve babanın ortak karar almaları gerekmektedir. Anne ve babanın anlaşamaması halinde taraflar hâkimin müdahalesini talep edebilir.

3) Çocuğun Yerleşim Yeri

Öğretide yerleşim yeri kavramı, bir kişinin hayat faaliyetlerinin ve ilişkilerinin merkezi olan yer şeklinde tanımlanmıştır[725]. Çocuğun yerleşim yeri, TMK'nın 21. maddesi gereğince, evlilik birliği içinde anne ve babasının yerleşim yeri, anne ve babanın ortak yerleşim yerlerinin bulunmaması halinde ise kendisine velayet tevdii edilmiş tarafın yerleşim yeridir[726]. TMK'nın 347. maddesi gereğince çocuğun tedbiren

---

722 Ece Baş Süzel/ Gökçe Kurtulan, s. 87.

723 İlknur Serdar, s. 162; Selma Baktır Çetiner, Kitap, s. 55; Bilge Öztan, Kitap, 1111; Sera Reyhani Yüksel, s. 87.

724 Hilal Karaca, s. 30. Öğretide *Akıntürk* hâkimin, son raddede, anne ve baba yerine çocuğun adını koyabilme yetkisinin olduğunu ileri sürmektedir. Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 411. Bu görüşe karşı görüş, isim koyma hakkının kişilik hakkı olduğu gerekçesiyle hâkimin ancak arabuluculuk görevini gerçekleştirebileceğini ileri sürmektedir. Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 188; Sera Reyhani Yüksel, s. 87.

725 Serap Helvacı/ Fulya Erlüle, **Medeni Hukuk (Medeni Hukuka Giriş- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku),** Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 81; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, **Türk Medeni Kanunu'na Göre Yerleşim Yeri**, İstanbul 2009, s. 4-5.

726 Selma Baktır Çetiner, Kitap, s. 54; Cem Baygın, s. 283. Çocuğun yerleşim yerini seçme hakkı yoktur. Kanundan doğan bir yerleşim yerine sahip olacaktır. Serap Helvacı/ Fulya Erlüle, s.83.

Velayeti babasında olan çocuk hakkında açılan davada yetkili mahkemenin tespiti ile ilgili bkz. Yargıtay 2. HD, 13.07.2010. T. 2010/3083 E. 2010/14098 K. sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bankası)

Anne ve babanın ortak yerleşim yerinin yoksa ve çocuğun velayeti anne ve babadan birine bırakılmamış ise, çocuğun fiilen yanında bulunduğu ebeveynin yerleşim yeri çocuğun yerleşim yeridir. Çocuk fiilen üçüncü bir kişinin yanında kalıyorsa da fiili olarak oturduğu yer yerleşim yeri kabul edilmelidir. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, s. 81; Sera Reyhani Yüksel, s. 91-92.

alınıp bir aile veya kuruma yerleştirilmesi durumunda ise her ne kadar anne ve babanın velayeti devam etse de, çocuğun yerleşim yeri değişmektedir[727]. Çocuğun vesayet altına alınması halinde, yerleşim yeri, bağlı olunan vesayet makamının bulunduğu yerdir[728].

Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe[729] göre, henüz ergin olmamış ama ailenin izni ile anne babasının yaşadığı yerde yaşamayan, yerleşim yeri başka yerde olan ve orada çalışan çocuğun yerleşim yeri kendisinin seçmiş olduğu yerleşim yeri kabul edilmelidir.

Çocuğun yerleşim yeri, İsvMK'nın 25. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metnine göre, anne ve babanın ortak bir yerleşim yeri çocuğun da yerleşim yeridir. Anne ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa çocuğun fiili olarak yanında bulunduğu ebeveynin yerleşim yeri çocuğun yerleşim olacaktır. Diğer hallerde, çocuğun bulunduğu yer, çocuğun yerleşim yeri kabul edilir.

İsviçre'de evlilik birliğinin sona erdiği ve fakat birlikte velayete hükmedildiği çocuklar bakımından yerleşim yeri, İsvMK'nın 301a maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre çocuğun yerleşim yerinin değiştirilmesi için anne ve babanın birlikte karar vermeleri gerekmektedir. Çocuğun yerleşim yerinin yurt dışı olarak değiştirilmesi veya yerleşim yeri değişikliğinin diğer ebeveynin yetki kullanımı veya kişisel ilişkisini önemli ölçüde etkilemesi durumunda diğer ebeveynin rızası alınmalıdır. Rıza gösterilmemesi halinde ancak mahkemenin veya çocuk koruma makamının kararı ile yer değişikliği yapılabilir[730].

---

727 Tuba Birinci Uzun, s. 145.

728 Kendisine vasi atanmış çocuğun yerleşim yeri ancak vesayet makamının izni ile değiştirilebilir. Serap Helvacı/ Fulya Erlüle, s.83.

729 Ferit Hakkı Saymen/ Halid Kemal Elbir, s. 371; Haluk Tandoğan, **Aile Hukuku Ders Notları**, Ankara, 1965, s. 179; Aydın Zevkliler/ Beşir Acabey/ Emre Gökyayla, s. 922; Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, s. 412.

730 Ayrıntılı bilgi için bkz. Çalışmamızın 3. Bölümünün I-A-2 kısmı.

4) Çocuğun Yetiştirilmesi ve Eğitimi

Velayet devam ettiği sürece, anne ve babanın çocuğun eğitimi ve gelişimini belirleme hakkı onların kişilik hakları arasında yer alır. Ancak bu hakkın anne ve babanın değil, çocuğun yararına kullanımı esastır[731].

TMK'nın 340. maddesi gereğince, evlilik birliği içinde çocuğun meslek sahibi olması yönünde yol gösterilmesi, desteklenmesi, çocuğun terbiyesi anne ve babanın kanundan doğan yükümlülükleri arasındadır. Bu noktada çocuğun eğitilmesi, onun kişiliğinin oluşması aynı zamanda velayetin ana işlevini de oluşturur[732]. Çocuğun eğitilmesi kavramı, çocuğun mesleki eğitiminin yanında TMK'nın 341. maddesinde özel olarak düzenlenmiş dini eğitimini de kapsar[733]. Bedensel ve zihinsel engelli çocuklar bakımından, çocukların yetenek ve eğilimleri ön planda tutularak, onlara özel eğitimin verilmesi esastır.

Meslek eğitimi verme yükümlülüğü kapsamında, çocuk, anne ve babası tarafından, istediği meslek yerine başka bir meslek seçmeye zorlanamaz. Bu halde çocuğun TMK'nın 346. maddesi gereğince hâkime başvurma ve gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkı saklıdır[734].

Çocuğun dini eğitimi bakımından ise, TMK'nın 341. maddesinin 1. fıkrasına göre, anne ve babanın çocuğun dinini belirleme hakkı ve çocuğa dini eğitim verme yükümlülüğü söz konusudur. Dini eğitimin iki unsuru mevcuttur, birinci unsur dinin seçilmesi, ikincisi ile seçilmiş dine uygun olarak eğitimin verilmesidir[735]. Anne ve baba arasında anlaşmazlık olması halinde TMK'nın 195. maddesi kıyasen uygulanır ve hâkimin müdahalesi talep edilir[736]. Çocuğun taraflardan birine velayetinin verilmesi

---

731 Canan Yılmaz, Velayet, s. 24.

732 Bilge Öztan, Kitap, s. 1112.

733 İlknur Serdar, s. 161. Dini eğitim verilmesi hususunda öğretide bir görüş anne ve babanın dini eğitim vermede serbest olduğunu, bu konuda dilerlerse dini bir eğitim vermeden çocuğu yetiştirebileceklerini ileri sürmektedir. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Ali Naim İnan, Kitap, s. 129; Emine Akyüz, Koruma, s. 47; Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, s. 249.

734 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 413.

735 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 361; İlknur Serdar, s. 161; Cem Baygın, s. 289.

736 Benzer madde AlmMK'nın 1628. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, çocuk için önemli kararların alınımında ebeveynler arasındaki uyuşmazlığın mevcudiyeti halinde mahkemeden yardım talep

durumunda ise, velayete sahip olan taraf, çocuğun dinini belirleme hakkını tek başına kullanabilir[737]. Her durumda, çocuğun ergin olması, anne ve babanın, çocuğun dinini belirleme hakkını sona erdirir. TMK'nın 341. maddesinin son fıkrasına göre, çocuk ergin olduğu zaman kendi dinini belirleme hakkına sahip olur. Nitekim ergin olan kişinin TMK'nın 335. maddesinin 2. fıkrası gereğince velayet altına alınması halinde de anne ve babanın dini eğitim verme yetkisi mevcut değildir[738].

Anne ve babanın, çocuğun yetiştirilmesinde ve eğitiminde sahip olduğu hakların karşısında, çocuğun anne ve babasının sözünü dinleme yükümlülüğü mevcuttur[739]. Öğretide haklı olarak, çocuğun anne ve babasını dinleme yükümlülüğünün sınırının, onun yararına olacak hususlarda olduğu, hukuka ve ahlaka aykırı hususlar açısından ise çocuğun karşı çıkabileceği ve hatta TMK'nın 346. maddesi gereğince hâkimin müdahalesini talep edebileceği belirtilmiştir[740].

EMK döneminde, 267. maddede düzenlenen ve çocuğa öğüt vermekten başlayarak, gerekirse onu dövmeye kadar anne ve babaya hak veren uslandırma hakkı TMK'da haklı olarak kaldırılmıştır[741]. Yine de çocuğun söz dinleme yükümlülüğüne dair yaptırımların hiç var olmadığını söylemek mümkün değildir. TMK'nın 347. maddesinde, çocuğun aile yanında sürekli itaatsizlik halinde bulunması ve bu durumun anne veya baba açısından çekilmez hale gelmesi durumunda, çocuğun başka bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi imkânı düzenlenmiştir[742]. Gerçekten de çocuğa şiddet uygulanmadan, esasında onu koruyan bir şekilde, devletin koruması altında, hem çocuğun hem de anne ve babanın huzurunun tahsisinin gerçekleşmesi en akılcı yol olacaktır.

Çocuğun anne ve babasının sözünü dinleme yükümlülüğü İsvMK'nın 302. maddesinde düzenlenmiş olup tıpkı Türk Hukukunda olduğu gibi, bu yükümlülüğün

---

edilebilir. Hâkimin bu halde velayet hakkının kullanımını ebeveynlerden birine bırakması imkânı mevcuttur.

737 Bilge Öztan, Kitap, 1114; Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 414.

738 Mehmet Erdem/ Aslı Makaracı Başak, s. 436.

739 Cem Baygın, s. 292.

740 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 414.

741 Serdar Çelikel, s. 46.

742 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 415.

sınırı çocuğun yararı noktasındadır. Bu bağlamda çocuğun, evlilik birliği içinde veya evlilik birliği sona erse dahi velayet kendisine verilen taraf veya tarafların sözünü dinlemesi, kişilik haklarına aykırı talepler veya başkaca yararına aykırı istekler hariç olmak üzere, baki konumdadır[743]. Öte yandan aynı şekilde anne ve babanın da çocuğu küçük düşürücü, onun yararına aykırı olacak derece cezalar veya talimatlar vermesi de yasaktır.

AlmMK'nın 1631. maddesinde de velayetin bakımı ve yetiştirilmesinin anne ve babanın hak ve yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde, şiddet, psikolojik ve fiziksel zarar yaratıcı, çocuğun aşağılayıcı tedbirler dışında bakım ve eğitim görme hakkı sabittir[744]. Aynı kanunun 1631a maddesi gereğince, tıpkı Türk Hukukunda olduğu gibi, anne ve babanın çocuğun eğilimine ve uygunluğuna göre eğitim ve mesleğe yönlendirme yükümlülükleri mevcuttur[745].

5) Çocuk ile Ebeveynleri Arasındaki Hukuki İşlemler

Çocuğun anne ve babasıyla veya çocuğun bir üçüncü kişiyle gerçekleştirecekleri işlemler bakımından TMK'nın 345. maddesi belirli şartların oluşması halinde çocuğa kayyım atanmasını ve hâkim onayının zaruriyetini düzenlemiştir.

Çocuk ile anne ve/veya baba arasında gerçekleştirilecek işlemlerde, anne ve babanın menfaati ile çocuğun menfaatinin çatışması durumunda, ilgili kişilerin talebi veya re'sen kayyım atamak durumundadır. Bu halde çocuk kayyım tarafından temsil edilir. Aynı şekilde çocuk ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiden doğrudan doğruya anne ve/veya babanın menfaati mevcutsa da temsil kayyımı ataması gerçekleştirilecektir[746].

---

743 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, **Basler Kommentar zum Schweizerichen Privarrecht, Zivilgesetzbuch I, Art 1-456 ZGB**, 5. Aufl, Basel- Genf- München 2014, Art 301, N. 7.

744 https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__1631.html.

745 https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__1631a.html .

746 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 419.

Çocuğun menfaati ile anne babanın menfaatinin çatışması hali İsvMK'nın 306/2 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, anne ve baba işlem yapmaktan kısıtlanmış (fiil ehliyeti sınırlanmış) veya çocuk ile bir menfaat çatışmasına girmiş ise İsvÇKM çocuğa bir kayyım atayacak veya konuyu

Anne ve/veya baba veya üçüncü kişi ile gerçekleştirilen hukuki işlemde, çocuk borç altına girmiyorsa, örneğin anne veya babanın çocuğa bir bağışta bulunması söz konusu ise, öğretide baskın görüş, çocuğa bu halde kayyım atanmasının gerekli olmadığı yönündedir[747]. TMK'nın 345. maddesinin amacı çocuğun korunması olup bu sebeple kayyım atanmasına gerek duyulmaksızın çocuk ile anne baba arasında çocuğu borç altına sokmayan işlemlerde kayyım atanmasına gerek duyulmamalıdır.

6) Çocuğun Kişi Varlığı Bakımından Korunması

Anne ve babanın velayetten doğan borçlarını ifa etmelerinde ihlal söz konusu olduğunda, kanun koyucunun çocuğu koruduğu görülmektedir. TMK'nın 346. maddesinde de belirtildiği üzere, çocuğun menfaatinin tehlikeye düştüğü noktalarda hâkimin gerekli tedbirleri alma ödevi söz konusu olacaktır[748].

TMK'nın 346. maddesinin madde metninde genel bir kural konulmuştur. Madde metninin lafzından söz konusu maddenin çocuğun hem kişi varlığı haklarını hem de mal varlığı haklarını koruduğu yönünde bir anlam çıkarılabilirse de, TMK'nın 360. maddesi ve devamında çocuğun mal varlığı haklarının korunması ile ilgili olarak özel hükümlerin bulunması sebebi ile, 346. maddesinin çocuğun kişi varlığı haklarının korunmasına yönelik koruma maddesi olduğu kabul edilmelidir.

346. maddede koruma yöntemleri özel olarak sayılmamış, hâkime bu hususta geniş bir takdir yetkisi verilmiştir[749]. Burada önemli olan husus, çocuğun menfaatlerinin tehlikeye düştüğü noktasında, hâkimin "uygun" önlemleri almasıdır. Bu bağlamda, hâkim orantılı ölçüde önlemlere başvurmalıdır. Tehlikeye düşme olgusu yeterli olup,

---

kendisi düzenleyecektir. Örneğin anne ve babanın ölümü neticesinde diğer ebeveyni ile miras şirketi ortağı olan çocuğa kayyım atanması bu sebepledir. Maddenin 3. fıkrasında ise, menfaat çatışmasında sağ kalan anne veya babanın çocuk üzerindeki temsil yetkisinin kendiliğinden son ereceği belirtilmiştir. Temsilin sona ermesi etkili bir koruma yöntemi olarak yorumlanmıştır. Bu bağlamda İsvMK'nın 306/2 ve 3 hükümlerine benzer bir şekilde TMK'da da düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Kudret Güven, Medeni, s. 517-518.

747 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 420; Selahattin Sulhi Tekinay, s. 497; Kemal Oğuzman/ Mustafa Dural, s. 297; Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, s. 252.

748 Sera Reyhani Yüksel, s. 98.

749 Canan Ruhi/ Ahmet Cemal Ruhi, s. 69.

tehlikeye düşülmesinde anne ve babanın kusuru aranmaz[750]. Hâkimden önlem alınması talebini çocuğun korunmasında maddi manevi yararı bulunan herkes gerçekleştirebilir hatta bizzat çocuğun da talep hakkı mevcuttur[751].

Çocuğun menfaatinin ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü hallere, çocuğun yeterince beslenmemesi, eğitim hakkının ihlal edilmesi, maddi manevi şiddet, çocuğun yakın akrabaları ile görüştürülmemesi örnek verilebilir. Bu hallerde hâkim uygun gördüğü ölçüde, anne ve babaya yükümlülüklerini hatırlatmak, uyarılarda bulunmak, tehlikenin devam etmesi halinde kanundan doğan sonuçları ihtar etmek gibi kanundan doğan yetkiye ve hatta yükümlülüğe sahiptir[752].

Anne ve babanın yükümlülüklerinin ihlali durumunda çocuğun ağır zarara uğraması halinde, hâkimin 346. maddede belirtilen önlemlerin ötesinde, çocuğu ailenin yanından alarak, başka bir ailenin yanına veya bir devlet kurumuna yerleştirmesi yetkisi TMK'nın 374. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, çocuk ailenin yanından alınsa dahi, anne ve babanın velayeti devam etmektedir[753].

Çocuğun ağır zarar görmesine örnek olarak, çocuğun suça sürüklenmeye teşvik edilmesi, eğitim hakkının elinden alınarak çalıştırılması, hastalık sebebi ile hastanede tedavi görmesi gereken çocuğun tedavi ettirilmemesi gösterilebilir[754]. Bu hallerde çocuğun kendi kazandığı geliri varsa, giderler buradan karşılanır, ancak kural olarak giderleri karşılama yükümlülüğü anne ve babaya aittir[755]. Anne ve babanın giderleri karşılayacak gücü mevcut değilse, devletçe giderlerin karşılanması söz konusu olur.

Çocuğun korunmasına yönelik, TMK'nın 346 ve 347. maddelerindeki tedbirler yetersiz kalır veya tedbirlerin yetersiz kalacağı hâkim tarafından takdir edilir ise son

---

750 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 436; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, s. 384; Haluk Tandoğan, s. 193; Ferit Hakkı Saymen/ Halid Kemal Elbir, s. 392; Samim Gönensay, Medeni Hukuk Cilt II Aile Hukuku, Kısım 2: Nesep, Velayet, Vesayet, İstanbul 1940, s. 62.

751 Samim Gönensay, s. 62; Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, s. 256; Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 436.

752 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 436-437.

753 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 437.

754 Canan Ruhi/ Ahmet Cemal Ruhi, s. 71.

755 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 438; Gülçin Elçin Grassinger, s. 159.

çare olarak, velayetin anne ve/veya babadan alınmasına karar verilebilir. TMK'nın 348. maddesinde kaldırılma sebepleri, velayet görevinin olması gereken şekilde yerine getirilmemesi veya anne ve babanın ilgisizliği, ağır ihmalkarlığıdır.

Anne ve babanın velayetten doğan yükümlülüklerini olması gereken şekilde yerine getirmemeleri, anne ve babanın deneyimsizliğinden, hastalığından, özürlü olmalarından veya başka bir yerde bulunmalarından kaynaklanabilir. Kanunda geçen "benzer durumlar" ifadesinden yola çıkarak, ihmal sebeplerinin sınırlı sayıda olmadığı, somut olayın koşullarına göre hâkime takdir yetkisinin tanındığı öğretide haklı olarak belirtilmiştir[756]. Örnek olarak, anne ve babanın kısıtlanması veya ayırt etme gücünü kaybetmeleri gösterilebilir.

Anne ve babanın her ihmalkarlığı velayetin kaldırılması için yeterli değildir. İhmalkarlık seviyesi o kadar yüksek olmalıdır ki, çocuğun hayatını, geleceğini, varlığını sona erdirme tehlikesi ağır basmalıdır. Çocuğun eğitim hakkının elinden alınarak zorla suç işlettirilmesi, hayati tehlikesi bulunan çocuğun tedavi hakkının elinden alınması, çocuğun uyuşturucuya alıştırılması veya alışmasını engellemeye yönelik bir davranışta bulunulmadığı gibi anne ve babanın umurunda dahi olmaması, velayetin kaldırılmasına yönelik kararın alınmasına sebep örnekler olarak verilebilir[757].

Velayetin kaldırılması anne ve babanın her ikisinden de olabileceği gibi, tek bir anne veya babadan da olabilir. Her iki ebeveynden velayetin alınması halinde TMK'nın 348. maddesinin 2. fıkrası gereğince çocuğa vasi atanır. Anne veya babanın birinden velayetin alınması halinde ise, diğer ebeveynin velayet hakkı devam edecektir.

---

756 Gülçin Elçin Grassinger, s. 49.

757 Burada hemen belirtilmesi gereken, boşanmış anne ve babanın yeniden başkaları ile evlenmesi halinde velayetin sona erip ermeyeceğinin düzenlendiği TMK'nın 349. maddesidir. Evlilik birliğinin sona erdirilmesi halinde tek taraflı velayete karar verilmiş ve velayet hakkı sahibi taraf yeniden evlenmiş ise, bu durum doğrudan velayet hakkının o ebeveynden alınması sonucunu doğurmaz ancak durumun gereği çocuğun yararı velayetin o ebeveynden alınıp diğer ebeveyne verilmesini gerektiriyorsa, hâkim geniş takdir yetkisine göre, velayet değişikliğine gidecektir. Diğer ebeveynin velayeti kullanmasında hukuki yönden sakınca görülüyor ise, çocuğa vasi atanacaktır. Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 440.

Velayet hakkı her ne kadar anne ve/veya babadan alınmış olsa dahi, ebeveynlerin çocuğun ihtiyaçlarını giderme masraflarına katılma yükümlülüğü devam etmektedir. Bu yükümlülüğü yerine getirebilecek mali gücü olmayan anne ve babalar açısından, giderlerin devletçe karşılanması söz konusudur.

Son olarak belirtilmesi gereken önemli bir hüküm, velayetin kendisinden alınmasına sebep olacak davranışlarda bulunan anne ve babanın, karar sonrasında doğacak çocukları bakımından da velayet hakkının doğmayacak olmasını düzenleyen TMK'nın 348. maddesinin 3. fıkrasıdır. Bu halde ileride doğacak çocuklar açısından da vasi ataması gerçekleşecektir. Daha sona doğan çocuklar ve velayetin kaldırılması neticesinde vasi atanan çocuklar bakımından, bu durum, koşulların değişmesi halinde, hâkimin re'sen veya ebeveynlerin talepleri üzerinde velayetin ebeveynlere iadesi gerçekleşeceği zamana kadar devam edecektir[758].

B. Çocuğun Malvarlığı Bakımından Velayetin Kapsamı

1) Çocuk Mallarının Yönetim Hakkı ve Yükümlülüğü

TMK'nın 352. maddesi gereğince evlilik birliği devam ettiği sürece, anne ve baba çocuğun mallarını yönetme hakkına sahiptirler, maddenin açıkça belirttiği üzere yönetme durumu aynı zamanda yükümlülük de teşkil etmektedir[759]. Yönetim velayete sıkı sıkıya bağlıdır, bu bağlamda anne ve baba hak-yükümlülükten feragat edemeyecekleri gibi, yönetimin devri de söz konusu olamaz[760]. Velayetin anne veya babadan birine tek taraflı verilmesi halinde ise, velayete sahip olan tarafın yönetim hak- yükümlülüğü devam eder, diğer tarafın hakkı ve sorumluluğu kalkacaktır[761].

Yönetim hak-yükümlülüğü kapsamında, malların kiralarının toplanması gibi olağan yönetim işlemleri olduğu gibi, gerektiğinde onları satmak gibi tasarruf işlemleri

---

758 Ahmet M. Kılıçoğlu, s. 517.

759 Hacı Can/ Ekin Tuna/ Nehir Tuna, s. 154; Bilge Öztan, Kitap, s. 1158; Serdar Çelikel, s. 51. Ayrıca bkz. Yargıtay 2. HD. 24.05. 2002 T. 2002/5872 E. 2002/6944 K. sayılı kararı.

760 Sera Reyhani Yüksel, s. 104; Emine Akyüz, Kitap, s. 235; Cem Baygın, s. 385.

761 Sera Reyhani Yüksel, s. 104.

de yer alır[762]. Yönetim süresince anne ve babanın çocuğa hesap vermek zorunlulukları, vasilerin durumundan farklı olarak, söz konusu değildir. Aynı şekilde işlemlerden doğabilecek zararlara yönelik kural olarak güvence verme zaruriyetleri de yoktur[763].

Yönetim süresince anne ve babanın çocuk mallarını çocuğun yararı doğrultusunda kullanmak durumundadırlar. TMK'nın 363 maddesi uyarınca, yönetimde anne ve babanın sorumluluğu vekilin sorumluluğu kapsamında değerlendirilir. Nitekim anne ve baba yararına gerçekleştirilecek işlemlerde, TMK'nın 345. maddesi gereğince kayyım atanması ve hâkimin onay vermesi gerekmektedir[764].

Çocuk mallarının yönetimi iki şekilde sona erecektir. Bunlardan birincisi velayetin sona ermesi, ikincisi ise hâkim tarafından malların korunması amaçlı kayyım atanmasıdır[765].

Velayete sıkı sıkıya bağlı bir hak ve yükümlülük olan çocuğun mallarının yönetilmesi, velayetin sona ermesi ile kendiliğinden sona erecektir. Burada kastedilen durum, evlilik birliğinin sona ermesi halinde tek tarafa velayet verilmesini kapsadığı gibi, TMK'nın 348. maddesinde belirtilen sebeplerle velayetin anne ve babadan alınması halinde de uygulanacaktır[766].

Anne veya babanın, velayetin tek tarafa verilmesi durumunda, tek başına çocuk mallarını yönetmesinden doğabilecek tehlikenin önlenmesi amacıyla, TMK'nın 353. maddesinde velayete sahip olan ebeveynin çocuğun mallarını gösteren defteri hâkime sunması ve gerçekleştirilen önemli değişiklikleri hâkime bildirmesi zaruriyeti düzenlenmiştir[767]. Bu bağlamda velayet sahibinin yönetimde yeterince özen

---

762 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, s. 376; Haluk Tandoğan, s. 186; Ferit Hakkı Saymen/ Halid Kemal Elbir, s. 378; Samim Gönensay, s. 73.

763 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 421-422.

764 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 422.

765 Sera Reyhani Yüksel, s. 106.

766 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 366.

767 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 423; Emine Akyüz, Kitap, s. 237; Yıldız Abik, Koruma, s. 48.

göstermemesi durumunda, hâkim, TMK'nın 360. maddesinin 2. fıkrası gereğince malların tevdi edilmesine veya yöneticiden güvence verilmesine karar verebilir.

Yönetimin sona ereceği ikinci durum ise, çocuk mallarının tehlikeye düşmesidir. Burada önemle belirtilmesi gereken husus, hâkimin TMK'nın 361. maddesi gereğince çocuk mallarının kayyım tarafından yönetilmesine karar verebilmesi için, hâkimin başkaca alabileceği bir önlemin kalmamış olması gerekmektedir. Bu bağlamda hâkimin öncelikle güvence talep etmesi, güvencenin de yetersiz kalması halinde malların yönetimini kayyıma devretmesi daha doğru olacaktır[768].

Yönetimin sona ermesi durumunda, çocuk mallarının iadesi ve malların kapsamı açısından hesap verme yükümlülükleri doğacaktır. Buna göre, çocuğun olağan erginlik yaşı, evlenme veya ergin kılınma gibi yollarda erginliğe ulaşması halinde mallar çocuğa, velayetin hâkim kararı ile kaldırılması neticesinde çocuğa vasi atanmışsa vasiye; yine hâkim kararı ile yönetim anne ve babadan alınarak çocuğa kayyım atanmışsa kayyıma devredilir[769].

Anne ve baba çocuk mallarının yönetiminde vekil gibi sorumludur. Ancak TMK'nın 363. maddesinde bu sorumluluk yumuşatılmıştır. Bu bağlamda anne ve babanın yönetimi açısından iki kural mevcuttur: Birinci kural anne ve babanın yönetimi boyunca dürüstlük kuralına uygun olarak gerçekleştirilen işlemlerde ellerinde kalanları çocuğa devredecekleridir[770]. Aksi açıdan baktığımızda kanaatimizce, dürüstlük kuralına aykırı olarak gerçekleştirdikleri, örneğin kendi menfaatleri için kullandıkları mallar açısından Türk Borçlar Kanunu'nun 502 vd maddelerinde düzenlenen vekilin sorumluluğu kapsamında değerlendirme yapılacaktır. "*Türk Medeni Kanunu'nun Velayet Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğün"* 7. maddesinden kaynaklanan yetkiye dayanarak, vesayet makamı tarafından eksik olan veya zarar gören mallar açısından anne ve babaya karşı dava açılması vasi veya kayyımdan istenecektir. Anne ve babanın

768 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 423-424.

769 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 368.

770 Bilge Öztan, Kitap, s. 1174.

yönetimdeki sorumluluklarındaki ikinci kural ise, çocuk ve aile için yapılan harcamalarda, kanuna uygun şekilde davranan anne ve babadan tazminat talep edilemeyeceğidir[771].

Çalışmamız açısından önem arz ettiği için burada hemen belirtmek gerekir ki, kanaatimizce, velayetin evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından ve evlilik birliği sona erdikten sonra birlikte velayetin söz konusu olacağı hallerde, ebeveynler arasında gerçekleştirilmiş ve mahkemece onaylanmış anlaşma gereğince, çocuk mallarının olağan yönetimi fiili bakımını üstlenen ebeveyn tarafından gerçekleştirilmeli ancak tasarruf işlemleri bakımından her iki ebeveynin onayı gerekmelidir.

2) Çocuk Mallarının Gelirlerinin Sarf Edilmesi (Harcanması)

Anne ve babanın yönetiminin hak olmasının da ötesinde aynı zamanda bir yükümlülük olması neticesinde, TMK'nın 327. maddesi gereğince, çocuğun ihtiyaçlarının anne ve baba tarafından karşılanması esastır. Ancak ailenin ekonomik hali, durumun gerekliliğine göre, varsa çocuk mallarının gelirlerinin anne ve baba tarafından gerekli görülmesi halinde kullanılmasını zaruri kılabilir.

TMK'nın 355. maddesine göre çocuk mallarından gelir elde edilmesi halinde, bu gelirler öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için harcanır. Çocuk için harcanması akabinde gelirlerden bir miktar kalırsa, hakkaniyet içinde aile ihtiyaçlarının giderilmesi mümkündür. Burada kanun koyucu tarafından konulan kıstas hakkaniyet ölçüsüdür. O zaman çocuk mallarının gelirleri bakımından, öncelik yine çocukta olacak, aile giderleri ancak çocuğun ihtiyaçlarının giderilmesinden arta kalan gelir olur ise, çocuk mallarından elde edilen gelirlerden hakkaniyet ölçüsünde karşılanacaktır. Hakkaniyeti aşan ölçüde aile giderlerinin çocuk mallarından elde edilen gelirlerden karşılanması halinde hâkimin müdahalesi söz konusu olacaktır[772]. Aynı maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre ise, çocuğun giderlerinin

771 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 426.

772 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 428; Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 367.

karşılanması ve hakkaniyet ölçüsünde aile giderlerinin karşılanması akabinde kalan gelirler ise çocuk mallarına dâhil olacaktır.

Çocuk mallarının gelirlerinin kullanımı, AlmMK'nın 1649. maddesinde düzenlenmiş olup, söz konusu maddeye göre, çocuğun mal varlığından elde edilen gelir çocuğun yararı için kullanılmak durumundadır. Gelirlerin yetersiz kalması durumunda, çocuğun kendi çalışması ile elde edilen gelirler ve kanunca izin verilen bağımsız işletmenin yürütülmesinden elde edilen gelirler kullanılabilir. Gelirlerin çocuğun giderlerinden fazla olması halinde ise artan gelir, aile içindeki varlık ve kazanç durumları göz önünde bulundurularak dürüst davranmak koşulu ile aile geçimine veya çocuğun küçük kardeşlerine harcanabilir[773].

3) Çocuk Mallarının Kısmen Sarf Edilmesi (Harcanması)

Çocuğun ihtiyaçlarının karşılanması noktasında TMK'nın 356. maddesinde, çocuğun olağan ihtiyaçlarının karşılanması ve olağanüstü ihtiyaçlarının karşılanması ayrımına gidildiği görülmektedir. Buna göre, çocuğun olağan bakım ihtiyaçlarının kullanılmasında, çocuğa sermaye biçiminde gerçekleştirilen ödemeler, gördüğü zararlar karşılığında elde ettiği tazminatlar, ikramiyeler, sosyal güvenlik kurumlarınca gerçekleştirilen ödemeler kısmen kullanılabilir. Kanun koyucunun "benzeri edimler" ibaresi ile sınırlayıcı biçimde bir sayım yapmadığı anlaşılmaktadır. Anne ve baba, olağan bakım ihtiyaçları bakımından, hâkim kararı olmaksızın, doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan yetkileri ile birinci fıkrada belirtilen çocuk mallarını, çocuğun bakımı ile sınırlı olmak üzere, kısmen kullanabileceklerdir[774].

Çocuğun bakımı yanında, harcama yapılacak alanın genişletilerek, yetiştirilmesi ve eğitimi için harcama yapma yetkisi veren ikinci fıkra ise, zorunluluk halinde, birinci fıkrada geçen malların yeterli olmaması durumunda, anne ve babanın hâkim kararı ile çocuğun diğer mallarının da satılmasını talep etmesine olanak

773 https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__1649.html .

774 Ahmet M. Kılıçoğlu, s. 522.

sağlamaktadır. Diğer mallara örnek olarak, çocuğa üçüncü bir kişi tarafından bağışlanmış bir taşınmaz gösterilebilir[775].

Önemle belirtmek gerekir ki, TMK'nın 356. maddesinin uygulanmasında, genel kural olarak yine çocuğun ihtiyaçlarının anne ve babanın kendi gelirleri ile giderilmesidir, ancak ihtiyaç halinde çocuğun malları kullanılacaktır.

4) Çocuğun Serbest Malları

Anne ve babanın yönetim hak – yükümlülüğü ve kullanma hakkı olmayan malları çocuğun serbest malları olarak geçer. Serbest malların belirlenmesinde amaç, ergin olmadan çocuğun hayata hazırlanmasının ve deneyim kazanmasının gerçekleşmesidir[776].

Çocuk için yapılmış kazandırmalar kural olarak anne ve babanın yönetiminde olmasına rağmen, bu durumun istisnası olan birinci serbest mal türü TMK'nın 357. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, karşılıksız kazandırmalardan faiz getiren yatırım ve tasarruf hesapları kanun gereği, diğer karşılıksız kazandırmalar ise kazandırma gerçekleştiren kişinin açıkça anne ve babanın yönetim hakkını kullanmaması şartıyla kazandırmada bulunması halinde çocuğun serbest malları sayılır. Anne ve babanın bu karşılıksız kazandırmalardan elde edilen gelirleri de kendi menfaatine kullanması, kullanma haklarının olmaması sebepleri ile söz konusu olamaz[777].

Yönetimi anne ve babada olmayan bir diğer çocuğun serbest malı saklı paylarda görülebilir. Önemle belirtmek gerekir ki, saklı payın çocuğun serbest malı olarak değerlendirilebilmesi için, miras bırakanın yapacağı ölüme bağlı tasarrufla, anne ve babanın bu malları yönetiminden ayrık tutması gerekmektedir. Miras bırakanın, anne ve babanın özenli bir şekilde yönetemeyeceğinden[778], ölüme bağlı tasarrufa konu saklı payın yönetimini üçüncü bir kişiye bırakması da mümkündür. Bu

775 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 430.
776 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 367.
777 Ahmet M. Kılıçoğlu, s. 525.
778 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 431.

halde miras bırakanın yönetim ile yetkilendirilmiş üçüncü kişinin sulh hukuk hâkimine belirli dönemlerde hesap vermesini öngörme hakkı saklıdır.

Çocuğun üçüncü serbest malı türü, TMK'nın 359. maddesinin 1. fıkrasında geçen bir meslek veya sanat ifası için anne baba tarafından çocuğa bırakılan mallardır. Bu malların çocuğa bırakılmasındaki amaç onun hayata hazırlanması ve deneyim kazanmasıdır, malların bırakılması ile bu mallar üzerindeki yönetim ve kullanma hakkı çocuğa ait olur, anne ve babanın yönetme hak-yükümlülüğü sona erer[779].

Son olarak serbest mallar arasında sayılacak mal türü, çocuğun anne ve babasının rızası ile kendi kazancını kazanması durumunda elde ettiği gelirlerdir. Bu mallar üzerinde de çocuğun yönetme ve kullanma hakkı bulunmaktadır. Ancak dışarda çalışmasına izin verilen çocuk anne ve babası ile aile konutunu paylaşıyorsa, TMK'nın 359. maddesinin 1. fıkrası gereğince anne ve babanın çocuktan, çocuğun bakımı için kullanılmak üzere, uygun bir miktarda katkıda bulunması talep hakkı saklıdır[780].

5) Çocuk Mallarının Korunması

Çocuğun malvarlığının korunması noktasında, hâkimin müdahale etmesini gerektiren durumların söz konusu olması halinde, çocuğun zarar görmesinin engellenmesi amacıyla, anne babadan güvence talep edilebileceği gibi, yönetimin anne ve babadan alınıp kayyıma atanmasına karar verilebilir. Nitekim TMK'da bazı işlemler bakımından hâkimin onayının gerektiği, bazı işlemlerin ise gerçekleştirilmesinin yasak olduğu da düzenlenmiştir.

Çocuk mallarının yönetilmesinde anne ve baba tarafından yeterli özenin gösterilmemesi durumundan hâkimin gerekli önlemleri alabilmesi TMK'nın 352. ve 360. maddelerinde belirtilmiştir. Hâkim bu durumda anne ve babaya uyarılarda bulunabileceği gibi, takdirine göre buyruklarda da bulunabilir[781].

779 Ahmet M. Kılıçoğlu, s. 525-526.

780 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 432.

781 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 371.

Malların yönetimi bakımından belirli zamanlarda bilgi ve hesap verilmesi durumunda, TMK'nın 360. maddesinin 2. fıkrası gereğince, verilen hesapların yeterli görülmemesi durumunda hâkimin anne ve babadan güvence göstermesine karar verebilmesi de mümkündür. Güvence, ayni örneğin rehin veya şahsi örneğin kefalet şeklinde düzenlenebilir[782].

Çocuk mallarının, annenin ve babanın kötü yönetimi sebebi ile tehlikeye düşmesi halinde alınabilecek diğer önlemler yetersiz olacaksa hâkim malların yönetiminin kayyıma devredilmesine karar verebilir. Aynı şekilde malların gelirlerinin kanuna uygun bir şekilde harcanmadığından kuşku duyması durumunda da malların yönetimin kayyıma devredilmesi TMK'nın 361. maddesinin 3. fıkrası gereğince mümkün olacaktır[783].

Çocuk mallarının korunmasına yönelik diğer bir önlem, anne ve babanın yönetiminin ellerinden alınması veya velayetin sona ermesi durumunda, ergin çocuğa, atanan vasiye veya kayyıma hesap verme yükümlülükleridir. Bu halde TMK'nın 362. maddesi gereğince, anne ve baba hesap çıkarmak ve bu belgeleri çocuğa, vasiye veya kayyıma teslim etmek durumundadırlar[784].

Çocuk mallarının yönetiminde bazı işlemler kanun gereği hâkimin onayı ile mümkün olabilecektir. TMK'nın 345. maddesi gereğince, çocuğun anne ve babası ile veya üçüncü bir kişi ile gerçekleştireceği hukuki işlemlerde çocuğun borç altına girmesi hallerinde, işlemin geçerli olabilmesi için kayyım atanması ve hâkimin onay vermesi gerekmektedir. Koruma önlemi niteliğinde olan bu hüküm, hâkimin takdir yetkisi ile çocuğun zarar görmeyeceğinden emin olması halinde onaylamasıyla hukuki işlemin hüküm ifade etmesini sağlar. Hâkimin onay vermesine kadar hukuki işlem sadece işlemin karşı tarafını bağlamaktadır[785].

Çocuk mallarının yönetiminde bazı işlemlerin ise kanun gereğince gerçekleştirilmesi yasaklanmıştır. TMK'nın 449. maddesine göre, kefil olmak, vakıf

---

782 Bilge Öztan, Kitap, s. 1196.

783 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 433; Bilge Öztan, Kitap, s. 1197.

784 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 371.

785 Bilge Öztan, Kitap, s. 1198.

kurmak, önemli bağışlarda bulunmak yasaklanmış olup velayette temsil ile aynı şekilde uygulanacak, anne ve babanın bu işlemleri çocuk adına veya çocuğun mallarıyla gerçekleştirilmesi kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır[786].

C. Anne ve Babanın Çocuğu Temsil Yetkisi

Velayetten doğan hakların ve yükümlülüklerin ifasında anne ve babanın eşit haklara ve yükümlülüklere sahip olmasından kaynaklı olarak, evlilik birliği içerisinde, anne ve babanın çocuğun temsili konusunda da eşit konumda olduğunu belirtmek gerekir[787]. TMK'nın 342. maddesine göre, anne ve baba kural olarak çocuk adına gerçekleştirecekleri işlemlerde hâkimin iznini dahi almaları gerekmeyecektir[788]. Ancak fiili olarak anne ve babanın her zaman yan yana, birlikte hareket etmeleri hayatın olağan akışına uymayacaktır.

Çocuğun üstün yararı gereğince, özellikle sağlık açısından aciliyet arz eden hususlarda, diğer ebeveynin izninin beklenmesi geri dönülemez zararların doğmasına sebep veriyorsa anne veya babanın tek başına karar verebilir[789]. Bunun yanı sıra, TMK'nın 342. maddesine dayanarak, eşler arasındaki iş bölümü gereğince belirli konularda, eşin diğer eşin açık veya örtülü rızası ile velayeti kullanabileceği öngörülmektedir[790]. Özellikle günlük yaşamda çocuğun bakımı ile ilgili konularda diğer eşin rızasının olduğu kabul edilmektedir. Diğer eşin rızasının olduğu varsayımıyla gerçekleştirilen işlemler bakımından, TMK'nın 342. maddesinin 2. fıkrasında iyi niyetli üçüncü kişileri koruyan hüküm önem arz etmektedir. Diğer eşin rıza göstermediğini bilmeyen ve bilemeyecek konumda olan kişilerin, anne veya babanın diğer eşin rızasını alarak çocuk adına işlem yaptığını varsayabilecekleri kabul edilmiştir[791]. Esasında işleme rıza göstermeyen diğer eş, olaya konu işlemin geçersizliğini ileri sürüyorsa, üçüncü kişinin iyi niyetli olmadığını ispat etmelidir.

---

786 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 434- 435.

787 İlknur Serdar, s. 162; Bilge Öztan, Kitap, s. 1119.

788 Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, s. 512; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, s. 371; Sera Reyhani Yüksel, s. 99.

789 Fulya Erlüle, Kitap, s. 144.

790 Suat Sarı, s. 89; Tuba Birinci Uzun, s. 140 vd.

791 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 416; Ahmet Kılıçoğlu, s. 507.

Kendisine vasi atanmış kişiler adına, vasi tarafından vesayet ve denetim makamından izin alınması gereken bazı işlemlerde, aynı kuralların ergin kısıtlı ve velayete tabi olan çocuklar bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir. TMK'nın 342. maddesinin 3. fıkrasında geçen vesayet makamının iznine bağlı olan durumlar dışındaki temsil hükümlerinin velayetteki temsile uygulanabileceği kuralı ışığında, TMK madde 462 ve 463'te belirtilen durumların veliyi bağlamadığı ve velinin mahkeme iznine gerek kalmaksızın çocuk adına hukuki işlemlerde bulunabilecekleri kabul edilmektedir[792]. Gerçekleştirdikleri hukuki işlemlerin neticesinde, TMK'nın 343. maddesinin 3. fıkrası gereğince, anne ve babanın çocuk adına yaptıkları işlemler çocuğu bağlamakta ve hüküm ve sonuçlarını çocuk malları üzerinde doğurmaktadır.

Çocuğun karşılıksız kazanmaları kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları bakımından, TMK'nın 16. maddesinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Bu maddeye göre, ayırt etme gücüne sahip çocuk karşılıksız kazanmalar veya kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı açısından, anne ve babasının izni olmaksızın tek başına işlem yapabilir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı bazı haklarda kanunen sınırlama getirilmiş, anne ve babanın iznine ihtiyaç duyulmuştur. Bu haklara nişanlanma, evlenme ve tanıma örnek verilebilir[793].

Anne ve babanın çocuk adına hiç gerçekleştiremeyecekleri işlemler ise, TMK'nın 449. maddesi ile 342. maddesinin 2. fıkrasının birlikte değerlendirilmesi neticesinde, çocuk adına kefil olmak, çocuk adına vakıf açmak ve çocuk adına önemli bağışlarda bulunmaktır[794].

Çocuğun mahkeme önünde temsilinde kural olarak anne ve babanın temsil yetkisi vardır. Bu kuralın istisnası ayırt etme gücüne sahip çocuğun TMK'nın 359. maddesinin 1. fıkrası uyarınca kendi kazancı ve bir meslek ve sanat için kendisine

---

792 Mehmet Erdem/ Aslı Makaracı Başak, s. 436; Selma Çetiner, Armağan, s. 42; Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 362.

793 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 418.

794 Turgut Akıntürk / Derya Ateş, s. 418.

bırakılan malları ile ilgili görülmekte olan davalarda bizzat kendisini temsil edebilecek olmasıdır[795].

İsviçre Hukukunda çocuğun temsili İsvMK'nın 304. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, anne ve baba velayet sorumlulukları ölçüsünde çocuğu temsil yetkisine sahiptirler. Buna göre birlikte velayete karar verilmiş ise, mahkemece başka bir düzenleme yapılmadıysa, anne ve babanın çocuğu birlikte temsil etmesi beklenir. Anne ve babanın çocuk adına üçüncü kişilerle gerçekleştirdikleri işlemler açısından Türk hukukundaki düzenlemeye benzer hüküm İsvMK'nın 304. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Bu fıkra uyarınca, çocuğa bakan anne veya babanın günlük meselelerde tek başına karar verme yetkisi bulunmaktadır. Aynı şekilde meselenin acil olması veya diğer ebeveyne ulaşmak makul bir zorluğa sebep oluyorsa da diğer ebeveyne danışılmadan karar alınabilir[796]. Söz konusu madde hükmüne göre, iyiniyetli üçüncü kişiler ebeveynlerden birisi ile gerçekleştirdikleri işlemlerde diğer ebeveynin de rızasının olduğunu karine olarak kabul edebilirler[797].

AlmMK'nın 1629. maddesinde çocuğun anne ve baba tarafından temsili düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, anne ve baba çocuğu birlikte temsil ederler[798]. Mahkemece tek taraflı velayete karar verilmesi halinde velayet sahibi ebeveyn çocuğun temsilinde tek başına yetkilidir. Aynı kural AlmMK'nın 1628. maddesi uyarınca tek ebeveyne karar verme yetkisi verilmesi halinde de geçerlidir. Velayete sahip olmasa dahi, yakın tehlike durumunda, çocuğun yararı gereğince diğer ebeveynin işlem başlatma yetkisi mevcuttur. Ancak bu durumda velayet sahibi ebeveyni bilgilendirmesi gerekmektedir.

---

795 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 368.

796 Ebru Ceylan, s. 203.

797 Linus Cantieni, s. 108.

798 Alman hukukunda ebeveynlerin çocuk adına üçüncü kişilerle gerçekleştirdikleri işlemlerde diğer ebeveynin rızasının bulunduğu karinesi düzenlenmemiştir. Bu bağlamda, yasal temsilci sıfatı ile ebeveynin gerçekleştirdiği işlemlerde üçüncü kişinin iyiniyeti korunmaz. Bu durum her iki ebeveynin imzasının arandığı, çocuk adına banka hesabının açılması, pasaport başvurusu gibi işlemlerde problemlerin doğmasına sebep olmakta, bu yönüyle öğretide eleştirilmektedir. Eleştiriler için bkz. Kristen Scheiwe, s. 49.

III. İSTİSNA OLARAK TEK TARAFLI VELAYETE KARAR VERİLMESİ

A. Genel Olarak

Evlilik birliği sonrasında birlikte velayetin kural olarak uygulanması Alman ve İsviçre hukuklarında söz konusuyken, istisnai hallerde tek tarafa velayetin verilmesi de mümkündür ancak önemle belirtmek gerekir ki, tek tarafa velayetin verilebilmesi için hâkim hükmüne ihtiyaç duyulmasının yanı sıra, hâkimin birlikte velayetin uygulanmasının neden çocuğun yararına aykırı olduğu yönünde kararını gerekçelendirmesi de gerekmektedir. Bu hususta belirtilmesi gereken bir diğer husus, aşağıda belirtilen kriterlerin sadece tek taraflı velayete karar verilirken değil, koşullardaki değişiklikler nedeniyle velayetin tekrar düzenlenmesinde de kullanılacağıdır[799].

İsvMK'nın 133. ve 298. maddeleri beraber değerlendirildiğinde, kural olarak evlilik birliği sona erdikten sonra birlikte velayet devam edecekse de, hakim, ebeveynlerin ortak taleplerini, mümkünse çocuğun görüşünü dikkate alarak, taraflar arasındaki koşullar gereğince birlikte velayete hükmedebilir. Önemle belirtmek gerekir ki hâkim birlikte velayete karar verirken çocuğun yararını üstün tutacaktır. Bu noktada hâkimin bakacağı husus, esasında birlikte velayetin uygulanmasının çocuğun yararına olup olmadığı değil, birlikte velayetin kural olarak uygulanacağını kabul ederek, ancak uygulanmasının çocuğun yararına aykırı olması durumunda, bunu gerekçelendirmesi ve tek taraflı velayete o zaman karar vermesidir[800].

İsvFM'nin 2015 tarihli kararında[801] anne baba arasında iletişim sorununun varlığı ve birlikte velayetin uygulanmasının çocuğun yararına aykırı olması durumları sebebi

---

799 İsviçre Federal Mahkemesi'nin velayetin tekrar tesisinde belirttiği kriterler, aile koşullarında önemli değişikliklerin olması ve çocuğun yararı uyarınca yeni bir düzenlemenin yapılması gerektiğidir. Mevcut düzende devam edilmesi çocuğun refahını ciddi şekilde tehlikeye atma tehlikesi doğuracaktır. Paylaşımın kararlaştırıldığı zamandaki temel koşulların artık mevcut olmaması, çocuğun yararı da bunu gerektiriyorsa, velayetin tek taraflı tesisini haklı gösterebilir. Anne ve babanın işbirliği yapma istekleri ve yeteneklerinin artık var olmaması da kriterler arasındadır. Bu bağlamda değişiklik yapılması yönünde çocuğun yararı gereğince zaruriyet doğuran durumun her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Karar için bkz. BGE 5A_170/2009, 10.06.2009 (swisslex)

800 Andrea Büchler/ Luca Maranta, s. 13; Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art 298, N. 23.

801 BGer 27.08. 2015 ,5A_923/2014 kararında birlikte velayet kurulduktan sonra anne ve babanın sürekli çatışma halinde olması, babanın maddi bakım yükümlülüğünü ihmal etmesi, çocuğun bu durumdan

ile tek taraflı velayeti kabul edilmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, tek tarafa velayetin verilmesi için, uyuşmazlık önemli ve devamlılık arz eden hususlar bakımından mevcut olmalı ve çocuğun huzurunu tehlikeye atmalıdır.

AlmMK'nın 1671. maddesinin 1. fıkrasında da çocuğun yararı kavramının tek taraflı velayetteki rolü İsviçre ile benzer şekilde düzenlenmiştir. Alman hukukundaki evlilik birliği sona erdikten sonra birlikte velayetin uygulanmasının İsviçre'den farkı, Almanya'da kendiliğinden birlikte velayetin devam etmesi söz konusu iken, İsviçre'de kural olarak birlikte velayet devam edecekse de hâkimin değerlendirmesine ihtiyaç duyulmasıdır. AlmMK'nın 1671. madde metnine göre, velayetin tek tarafa bırakılmasının talep edilmesi durumunda diğer ebeveyn kabul etmese dahi, tek taraflı velayetin düzenlenmesi çocuğun yararına uygun olacaksa birlikte velayet sonlandırılacaktır[802].

Evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından, ancak anne ve babanın talepleri ve hâkimin çocuğun yararına uygun olması halinde kabul etmesi durumunda birlikte velayet düzenlenebilmektedir. Birlikte velayete karar verilirken aşağıda belirtilen kriterler değerlendirilmekte, çocuğun yararı birlikte velayetin uygulanması haklı görmüyorsa tek taraflı velayet uygulanmaktadır.

B. Tek Taraflı Velayete Hükmedilmesi İçin Gerekli Ölçütler

1) Velayetin Kaldırılması Nedenlerinden Birinin Varlığı

İsvMK'nın 311. maddesinde düzenlenen velayetin kaldırılması sebeplerinin varlığı halinde, en başta birlikte velayetin uygulanmasının çocuğun yararına aykırı olacağı ve tek taraflı velayete karar verileceği kabul edilmektedir[803].

---

olumsuz etkilenmesi birlikte velayetin sona erdirilmesini gerekli kılmıştır. "*Ciddi ve devam eden ebeveyn çatışması, özellikle de iletişim ve işbirliği yapma konusundaki isteksizlik ve bunun beş yaşındaki kız çocuğu üzerinde olumsuz etkileri göz önüne alındığında, ortak ebeveyn velayetinin temeli artık mevcut değildir*." ibaresi birlikte velayetin sona ermesi yönünden açıklayıcı bir metindir. (karar için bkz. https://www.bger.ch).

802 Stephan Wolf/ Deborah Schmuki, s. 162-163.

803 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art 298, N. 23; Karl Meyer, Nr. 16.

İsvMK'nın 311. maddesine göre, ebeveynlerin deneyimsizlik, hastalık, sakatlık, aile içi şiddet göstermesi vb. sebeplerle velayetten kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmemeleri (objektif yetersizlik) veya çocuğa yönelik yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmeleri (sübjektif yetersizlik) hallerinde, diğer koruma tedbirlerinin yetersiz kalacağı kanaati mahkemece oluşmuş ise, velayetin anne ve/veya babadan alınması[804]; anne ile babanın ikisinden de alınması halinde çocuğa vasi atanması söz konusu olacaktır[805]. Önemle belirtmek gerekir ki anne ve babanın ağır ihmali halinde velayetin kaldırılması için ihlalin süreklilik arz etmesi gerekmektedir[806].

2) Ebeveynler Arasında Önemli ve Sürekli Bir Şekilde Çatışmanın Olması

Evlilik birliğinin sona ermesinden sonra birlikte velayet yerine tek taraflı velayetin hüküm altına alınacağı kriterlerden bir tanesi ebeveynler arasında sürekli bir şekilde çatışma olması ve kronikleşen çatışmanın çocuğun yararına uymayan koşulları yaratmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, evlilik birliğinin sona ermesinin doğal bir çatışma ortamı yaratacağı, her çatışmada tek taraflı velayetin kurulmasına zemin oluşmayacağı[807], ancak çocuğun psikolojik ve sosyal gelişimini tehlikeye atan düzeye varan çatışmanın olması halinde, çocuğun üstün yararına aykırılık söz konusu oluyorsa birlikte velayetin uygulanmasının zarar doğuracağı kabul edilmektedir. Görüldüğü üzere, ebeveynler arasındaki çatışma kuramı dar yorumlanmaktadır[808].

Önemle belirtmek gerekir ki, ebeveynler arasında süreklilik arz eden çatışma tek taraflı velayete karar verilirken mevcut olmalı ve birlikte velayetin uygulanmasının

804 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art 298, N. 13-14.

805 Andrea Büchler/ Sandro Clausen, Art. 298, N. 15-16.

806 İsviçre Federal mahkemesi verdiği bir kararda, annelerini öldüren babanın uzun süre hapis cezası alması halinde hem işlediği fiil hem de cezanın kendisi açısından uzun süreli velayetten doğan yükümlülükleri ihlali sonucunu doğuracağını, babanın çocukları ile görüş günlerinde görüşmesinin velayet hakkını kullanma yeteneğine sahip olduğunu göstermeyeceğini bu sebeplerle Kanton Mahkemesi'nin velayetin kaldırılması yönündeki kararının orantılı olduğunu belirtmiştir. Karar için bkz. BGE 119 II 9, 05.03.1993, (Bger.ch).

807 Bger, 26.11.2015, 5A_186/2016.

808 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art 298, N. 20.

olumsuz sonuçlanacağı, tek taraflı velayetin uygulanmasının ise çocuğun yararına olacağı kanaatine zemin hazırlamalıdır[809].

3) Ebeveynler Arasında İletişim Eksikliği ve Koordineli Çalışma Yeteneğinin Olmaması

Evlilik birliğinin sona ermesi akabinde birlikte velayetin uygulanabilir olması açısından önem arz eden bir diğer husus, anne ve babanın, çıkması muhtemel sorunlar açısından, çözüme odaklanarak, iletişim kurabilecek ve gerekli hallerde koordineli olarak çalışabilecek karakterlere sahip olmasıdır[810]. Her ne kadar İsvMK'nın 301. maddesinin 1bis fıkrasında tek başına alınabilecek kararlar ve 301a maddesinde anne ve babanın anlaşamaması durumundan mahkeme veya çocuk koruma makamınca alınabilecek tedbirlerin mevcudiyetinden bahsedilse de[811], sürekli olarak doğan anlaşmazlığın yetkili makamların önüne taşınması birlikte velayetin amacına aykırı düşecektir. Bu bağlamda, birlikte velayetin uygulanması halinde iletişim yoksunluğu ve çözüme odaklanmayan ebeveynlerin varlığının hâkim tarafından çocuğun yararın aykırılık teşkil edeceğinin kanaat edilmesi durumunda tek taraflı velayete hükmedilmelidir.

4) Ebeveynlerin Tek Taraflı Velayetin Uygulanması Yönündeki Taleplerinin Varlığı

Evlilik birliğinin sona ermesi akabinde birlikte velayet yerine tarafların birinin veya her ikisinin de velayetin tek tarafa verilmesi yönünde bir taleplerinin olması kural olarak hâkimi bu yönde bir sorguya itecekse de, hakimin talep ile bağlı olmaması esastır[812]. Birlikte velayetin uygulanmasında tarafların istekli olmaları doğal olarak önem arz etmektedir ancak sırf tek taraflı velayetin talep edilmesi başlı başına birlikte velayetin uygulanmasını engellememelidir. Velayetin hak olmasının yanında bir yükümlülük de ihtiva etmesi, bu bağlamda tarafların kolaylıkla bu yükümlülükten

---

809 Andrea Büchler/ Sandro Clausen, Art. 298, N. 19-20.

810 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art 298, N. 5.

811 Tedbirler ile ilgili bkz. Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art. 301, N. 3a; Peter Tuor/ Bernhard Schnyder/ Jörg Schmid/ Alexandra Jungo, N. 31 s. 513.

812 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art 298, N. 17.

kurtulamayacakları özellikle birlikte velayetin kural olarak uygulandığı İsviçre ve Almanya bakımından kanun koyucunun amacı ile çatışacaktır.

Bu noktada hâkim tarafından birlikte velayetin uygulanmasının, mümkünse çocuğun da görüşünün alınması ile, çocuğun üstün yararına aykırı olup olmadığı noktasında değerlendirme yapılması esastır[813]. Çocuğun yararına uymayan hallerde tek taraflı velayetin uygulanması kaçınılmazdır.

5) Tek Taraflı Velayet Düzenlemesinde Kullanılabilecek Diğer Ölçütler

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi akabinde tek taraflı velayetin uygulanmasında yukarıda sayılan kriterlerin hepsinin ortak noktası esasında çocuğun yararının üstün tutulmasıdır. İsvFM kararlarında da velayetin tahsisi ile ilgili olarak verilen tüm kararlarda çocuğun üstün yararının esas alındığı dikkatimizi çekmiştir. İsvFMnce verilen bir kararda[814], sağlık sorunları olan ve düzenli terapi gören çocuğun velayetine sahip anneye karşı baba tarafından velayetin değiştirilmesi konusunda açılan davada, tam zamanlı çalışan babanın çocuğun özel durumu ile ilgilenmesinin mümkün olamayacağını, bu bağlamda cinsiyet ayrımının söz konusu olmadığını, çocuğun üstün yararı gereğince velayetin annede kalması gerektiğine hükmetmiştir.

Mahkemece belirtilen diğer kriterlere örnek olarak, ebeveynlerden birinin çocuğun yetiştirilmesi kabiliyetinin eksik olması[815], çocuğun diğer ebeveyn ile ilişkisini engellemesi veya ilişkinin başlangıçtan itibaren yetersiz görülmesi[816] gösterilebilir. İsvFM'nin 1989 tarihli bir kararında üç kardeşin velayetlerinin, ikisinin anneye, bir tanesinin babaya verildiği dosyada, annenin uzağa taşınmasına rağmen, kardeşlerin kural olarak birbirinden ayrılmamasının esas alınacağı, kardeşlerin birbirleri ile olan iletişimlerinin kopmamasının onların yararına olacağı ve bu sebeple üçüncü çocuğun

813 Andrea Büchler/ Sandro Clausen, Art. 298, N. 33.

814 BGE 136 I 178, 5A_798/2009, 04.03.2010, (bger.ch).

815 BGE 5A_170/2009, 10.06.2009 (swisslex)

816 BGE 115 II 206, 22.05.1989, (bger.ch).

velayetinin de anneye verilmesi yönündeki kararı tek taraflı velayete hükmedildiği hallerde mahkemenin bakış açısını gösteren önemli kararlardan[817] biridir.

Önemle belirtmek gerekir ki, İsviçre'de boşanmada kusur ilkesinin kaldırılmasından yola çıkarak, aile içi şiddet olgularının varlığı haricinde, anne baba arasında ilgisizlik gibi sebeplerle boşanmaya karar verilmesi, çocukların velayeti bakımından önem arz etmemekte, çocukların anne ve babaları ile olan ilişkileri bağımsız olarak değerlendirilmektedir[818].

C. Velayetin Tek Tarafa Verilmesinin Sonuçları

Tek taraflı velayetin söz konusu olduğu hallerde, çocuğun yararı aksini gerektirmiyorsa, diğer ebeveyn ile kişisel ilişki kurulmasına karar verilecektir[819]. TMK'nın 323 vd maddelerinde düzenlenen kişisel ilişki kurulması öğretide velayete bağlı olmayan hükümleri arasında değerlendirilmiştir[820]. Ebeveynlere birbirinden

---

817 BGE 115 II 317, 04.07.1989, (bger.ch).

818 Fulya Erlüle, Kitap, s. 266.

819 Kişisel ilişki kurulma hakkı, velayet kendisine verilmeyen ebeveynin yanı sıra, TMK 348 gereğince velayet kendisinden alınan veya 347. maddesi gereğince velayete sahip olmakla birlikte çocuğu kendisinden alınarak kuruma yerleştirilen anne ve babanın da sahip olduğu bir haktır. Bunun yanında, ortak yaşama ara verilmesi halinde veya boşanma davası devam ederken alınacak geçici tedbirler kapsamında da çocuk ile kişisel ilişki kurulması yönünde karar verilebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cem Baygın, s. 107-108; Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 351-352; Bilge Öztan, Kitap, s. 1026.

Çocuk ile kişisel ilişki hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır. Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2. HD 18.09.2014 T. 2014/16422 E. 2014/17702 K. sayılı karar. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, çocuk ile kişisel ilişki kurulmamasını bozma sebebi saymıştır. Karar için bkz. Yargıtay 2. HD 25.06.2014 T. 2014/3530 E. 2014/14469 K. sayılı karar. (Kazancı İçtihat Bankası)

820 Gülen Sinem Tek/ Seda Gökçe Turan, s. 221. Kişisel ilişki kurulması hakkı, anne ve babanın kişilik haklarındandır. Bu hak sayesinde, çocuğun günlük yaşamından haberdar olma, gelişimine katkıda bulunma imkânı tanınmıştır. Emine Akyüz, Kitap, s. 204; Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 352; Fulya Erlüle, Çocukla Kişisel İlişki Kuruması, **MÜHFD**, S. 16, S. 3-4; Y. 2010, s. 219, (Kişisel İlişki); Bilge Öztan, Kitap, s. 1027.

Yargıtay 2. HD 16.01.2012 T. 2011/2722 E. 2012/204 K. Tarihli kararında da velayetin kaldırılmasının, anne ve babanın çocuk ile kişisel ilişki kurmasını engellemeyeceğini belirtmiştir. Karar için bkz. Ömer Uğur Gençcan, Kişisel İlişki, s. 173.

TMK'nın 323. maddesinde çocuğun üstün yararından bahsedilmemesi öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Bu bağlamda 339. maddede geçen velayetin kapsamında önemli konularda çocuğun görüşünün alınması kuralının 323. maddeye kıyasen uygulanması gerekir. Fulya Erlüle, Kişisel İlişki, s. 225.

bağımsız olarak tanınmış bu hak, anne baba ve çocuk[821] bakımından kişilik hakkıdır ve bu sebeple devredilemez, haktan feragat edilemez[822]. Kişisel ilişki kurulmasındaki amaç, velayet kendisinde olmayan ebeveyn ile çocuk arasındaki bağlantının kopmaması, çocuğun kimliğinin oluşturulmasında diğer ebeveynin katkısının ihmal edilmemesidir[823].

Kişisel ilişki kurulurken idrak sahibi çocuğun görüşünün alınması gerekmektedir[824]. Çocuğun velayet kendisinde olmayan ebeveyn ile kişisel ilişki kurmak istememesi halinde, hâkim, çocuğun bu görüşünün altında yatan sebepleri araştırmak durumundadır[825]. Çocuğun psikolojik baskı altında kişisel ilişkiden kaçınıp kaçınmadığı[826] veya kişisel ilişki kurmaktan kaçındığı ebeveynden şiddet görüp görmediği önem arz eder. Her durumda çocuğun yararı üstün tutulmalı[827], karar

---

821 TMK'nın 323. maddesinde anne ve babadan bahsedilse de BMÇHDS'nin 9/3 maddesi gereğince bu hak çocuk açısından da kabul edilmiştir. Bu bağlamda TMK 323 hükmünün çocuğu da kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Sanem Aksoy Dursun, s. 184

Kişisel ilişki kurma hakkının çocuk bakımından da hak olduğu yönünde bkz. Yargıtay 2. HD 24.09.2014 T, 2014/11568 E. 2014/18315 K. sayılı kararı. Ömer Uğur Gençcan, Kişisel İlişki, s. 179.

822 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 352; İlknur Serdar, Kişisel İlişki, s. 740; Arzu Genç Arıdemir, Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu, Çocuk Hakları Çalışmaları- I,Edt. Evgen Gülçin Elçin, Arzu Genç Arıdemir, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 149; Cyril Hegnauer, **Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerichen Privatrecht, Das Familienrecht ,** 2. Ab., Die Verwandtschaft, Teilband 1: Die Entstedung des Kinderverhältnisses, Art 252-269c ZGB, Bern, 1984, ZGB Art 273 N. 53.

Yargıtay'ın kişisel ilişki kurma hakkından feragat edilemeyeceği yönündeki kararı için bkz. Yargıtay 2. HD 01.10.2007 T. 2007/11832 E., 2007/13018 K. sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bankası).

823 Emine Akyüz, Kitap, s. 204; Bilge Öztan, Kitap, s. 1026; İlknur Serdar, Kişisel İlişki Kurma Hakkı, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, **DEÜHFD**, C. 9, Özel Sayı, Y. 2007, s. 740, (Kişisel İlişki).

Kişisel ilişki kurma hakkı ile ilgili, anne ve babanın ilişkide uyması gereken kurallar mevcuttur. Bu kurallar sebebi ile kişisel ilişki kurma hakkı öğretide "yüküm-hak" olarak nitelendirilmektedir. Sanem Aksoy Dursun, s. 184.

824 Yargıtay, idrak sahibi çocuğun görüşünün alınması gerekirken alınmamasını bozma sebebi saymıştır. Her ne kadar ilk derece mahkemesi, kişisel ilişkinin kurulmasının çocuğun ruhsal sağlığını tehlikeye sokacağını gerekçe gösterse de, çocuğun görüşünün alınmaması yeterli derede araştırma yapılmadığını göstermektedir. Karar için bkz. Yargıtay 2. HD 16.05.2012 T. 2011/18671 E. 2012/13326 K. sayılı kararı. Ömer Uğur Gençcan, Kişisel İlişki, s. 183.

825 Gül Doğan, Çocuk ile Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı, **Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı,** İstanbul 2007, s. 531.

826 Çocuğun ebeveyne yabancılaşma sendromu altındayken kişisel ilişkiden kaçınması durumunda, ayırt etme gücüne sahip olmadığının kabul edilmesi gerekmektedir. Bu halde çocuğun mevcut iradesinden ziyade, onun yararına hizmet eden farazi iradesi tespit edilmelidir. Sendroma sahip çocuğu zorlayarak kişisel ilişki kurulması, durumu daha da vahim bir duruma getirebilir. Bu halde öncelikle çocuğun terapiye yönlendirilmesi önerilmektedir. İlknur Serdar, Kişisel İlişki, s. 771-772.

827 YHGK vermiş olduğu bir kararda, toplanan deliller ışığında ve bilirkişi raporunda çocuk ile kişisel ilişki kurulmasının çocuğun yararına aykırı olduğu anlaşılmasına rağmen mahkemenin kişisel ilişkiye karar

alınırken uzman görüşüne başvurulmalı[828] ve gerekirse taraflar terapiye yönlendirilerek kabinde uzman eşliğinde kişisel ilişki tahsis edilmelidir.

TMK'nın 324. maddesinde hâkimin hangi hallerde kişisel ilişki hakkını reddedebileceği veya sınırlayabileceği açıklanmıştır. Belirtmek gerekir ki maddede geçen "diğer önemli sebepler" ifadesinden, hâkimin söz konusu sebeplerle sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır. Maddeye göre kişisel ilişkinin, çocuğun huzurunu tehlikeye sokması, kişisel ilişki kurulan ebeveynin diğer ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkiye zarar vermesi veya çocuğun eğitimi ve yetiştirilmesine yönelik yükümlülüklerinden kaçınması hallerinde hâkim, kişisel ilişki hakkını kaldırabileceği gibi talebin reddine karar verebilir[829]. Bu halde üstün tutulan menfaat çocuğun yararıdır[830].

İsviçre hukuku bakımından çocuk ile kişisel ilişki İsvMK'nın 273 vd. hükümlerine göre tahsis edilir[831]. Aynı şekilde, çocuğun bakımı ve ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla, ebeveynin maddi durumu, ödeme gücü dikkate alınarak İsvMK'nın 276 vd. hükümlerince bakım nafakasının da belirlenmesi gerekmektedir[832].

---

vermesini bozma sebebi saymıştır. YHGK 26.11.2008 T. 2008/2-709 E. 2008/712 K. sayılı karar için bkz Kazancı İçtihat Bankası.

828 Çocuk ile kişisel ilişki kurulurken uzman görüşünden yardım alınması ile ilgili bkz. Yargıtay 2. HD. 29.04.2004 T. 2004/4429 E. 2004/5598 K. ve Yargıtay 2. HD. 09.06.2004 T. 2004/6531 E. 2004/7508 K. Tarihli kararları. Ömer Uğur Gençcan, Kişisel İlişki, s. 187.

829 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 354; Ömer Uğur Gençcan, Kişisel İlişki, s. 184.

830 Cem Baygın, s. 110; Gülçin Elçin Grassinger, s. 64-65; Bilge Öztan, Kitap, s. 1034; Rona Serozan, Çocuk, s. 242.

831 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art 298, N. 18 vd.

832 Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Art 298, N. 12 vd.T

SONUÇ

Tarihsel süreç içinde değişen çocuğun konumu, anne ve babanın haklarının ve yükümlülüklerinin de sınırlarını, velayetin kapsamını, velayette anne baba açısından ilerleyen bakış açısının çocuğun bakış açısına çevirmiş, bu bağlamda çocuğun merkez olduğu, yararının korunduğu, görüşünün alındığı hukuk düzenleri gelişmiştir.

Bu bağlamda öncelikle uygulamada artan boşanma oranlarından yola çıkılarak, boşanma neticesinde çocuğun nasıl etkilendiği yönünde araştırmalar yapılmıştır. Görülmüştür ki, tek taraflı velayetin uygulanması çocuğun tek bir ebeveyn ile sıkı ilişki kurarken, diğer ebeveynden git gide uzaklaşmasına, kişisel ilişki kuran ebeveynin zamanla sadece nafaka ödeyen konumuna düşmesine yol açmakta, bu durum çocuğun gelişimini olumsuz etkilemekte, gelecekte kuracağı ilişkilerde de bu etkileri yansıtmaktadır. Tek taraflı velayetin bu denli olumsuz etkiler doğurmasında ana nedenler, kurulmasından uygulanmasına kadar anne baba arasındaki çatışmanın velayet savaşlarına dönüşmesi, çocuğun anne baba arasında silah olarak kullanılması, çocuğun fiili olarak yanında olan ebeveynin diğer ebeveyne karşı çocuğu yabancılaştırması, çocuk ile ilgili tüm kararların tek bir ebeveyn tarafından alınıyor olmasından kaynaklı olarak ebeveynler arasındaki iletişimin tamamen kopması noktasındadır.

Boşanmanın olumsuz etkilerinin nasıl azaltılabileceği üzerine düşünülürken esas sorunun boşanmanın kendisinden çok, boşanma aşamasındaki tarafların tutumu olduğu ileri sürülmüş ve çocuğun büyürken bağlanma kuramı kapsamında sadece anneye değil babaya da bağlanabileceği yönünde araştırmaların ortaya çıkması, birlikte velayetin boşanma sonrasında da uygulanabileceği fikrini doğurmuştur.

Hukuk düzenlerinde genel olarak anne ve babanın davranışlarının esas alındığı ve ilk etapta istisnai olarak birlikte velayetin düzenlendiği görülmüştür. Bu bağlamda, Birlikte velayetin boşanma sonrasında uygulanabilirliği, çocuğun üstün yararı, anne ve babanın bu konuda istekli olmaları, iletişim becerilerinin kuvvetli olması, çocuğun her şeyin önünde tutmaları hallerinde mümkün olabilecektir.

Boşanma sonrasında birlikte velayetin uygulanabilir olması, evlilik birliği içinde doğmuş çocuğa tanınan ve anne babasıyla yetişme hakkına dayanan bu hakkın evlilik birliği dışında doğmuş çocuk bakımından da uygulanabilir olması zaruriyetini doğurmuştur. Zira modern hukuk düzenlerine, evlilik içinde doğan çocuk- evlilik dışında doğan çocuk arasında ayrımcılık yapılmaması kuralı Anayasalar ile garanti altına alınmaktadır.

Birlikte velayet, belirtilen bu bakış açısıyla, sadece evlilik birliği içinde değil, evliliğin hiç var olmadığı evlilik birliği dışında doğan çocuklar ve evliliğin var olduğu ama boşanma veya butlanla son bulduğu hallerde de uygulanabilir hale gelmiştir. Bu gelişmenin ana noktası, hiç tartışmasız ki çocuğun üstün yararıdır.

Birlikte velayetin kural olarak mı yoksa istisna olarak mı, doğrudan doğruya mı yoksa hâkim hükmüyle mi uygulanacağı hukuk düzenleri arasında farklılıklara sahip olsa da, hepsinde ortak bir görüş vardır: çocuğun mümkün olduğu ölçüde anne ve babası ile iletişimde olması, gelişimini en sağlıklı şekilde tamamlaması için kanun koyucu tarafından korunması. Bu bağlamda öğretide varılmasına odaklanılan amaç da, kanun koyucunun düzenlediği velayet ile ilgili hükümlerin hukuki niteliğinin tespiti, gerekirse kanun koyucunun amacının belirlenmesi ve olması gereken hukuka nasıl ulaşılacağının yol haritasının çizilmesidir.

Türk hukuk sisteminde birlikte velayet, kanun koyucu tarafından evlilik birliğinin devam ettiği süre boyunca kabul edilmiş, ortak yaşama ara verilmesi ve ayrılık durumunda ise hâkim tek taraflı velayete hükmedebilir düzenlemesine yer verilmiştir. Kanaatimizce bu halde evlilik birliğinin devam ettiği düşüncesine dayanarak, ancak çocuğun yararı gerektiriyorsa tek taraflı velayete karar verilebilmelidir. Boşanma halinde ve evlilik birliğinin hiç var olmadığı durumda birlikte velayetin uygulanıp uygulanamayacağı ise öğretide tartışılmıştır. Tartışmalar, boşanma sonrasında birlikte velayet bakımından TMK'nın 182. maddesinin 2. fıkrası ve 336. maddesinin 3. fıkrası; evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından ise 337. maddesi üzerinden ilerlemiştir. Tartışmalar devam ederken, *11 Numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 Numaralı Protokol*'ün 6684 sayılı Kanun ile kabul edilmesi ile Yargıtay'ın

birlikte velayetin uygulanmasının kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği şeklindeki kararı neticesinde uluslararası sözleşmelerin Türk hukukuna etkileri ile birlikte velayetin uygulanması tartışmaları birleşmiş, yeni bir boyut kazanmıştır.

TMK'nın 182. ve 336. maddelerindeki tartışmaların ana noktası boşanma halinde tek taraflı velayetin emredici mi olduğu yoksa maddede kanun boşluğunun mu bulunduğudur.

Kanaatimizce TMK'nın 182. maddesinin 2. fıkrası boşanma sonucunda velayete tabi çocukların anne ve babası ile olan ilişkisinin düzenlenmesi hususunda hâkimin taktir yetkisinin kapsamını ve sınırlarını aktarmaktadır. Bu bağlamda ikinci fıkrada, tek taraflı velayete hükmedilmesi durumunda çocuk ile kişisel ilişki kurulan ebeveyn arasındaki ilişki tekil anlatımla ifade edilmiştir. Bu sebeple söz konusu madde bakımından evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği durumda birlikte velayeti yasaklayıcı bir hüküm mevcut değildir.

TMK'nın 336. maddesinin 3. fıkrasında geçen "*boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*" ibaresinin açık hüküm olmaması karşısında, maddenin kanun içindeki sistematiğini, kanun koyucunun amacını değerlendirmeden, hükümden birlikte velayeti yasaklayan bir hükmün olup olmadığını değerlendirmek doğru olmaz. Önemle belirtmek gerekir ki, maddede özellikle yazmasa dahi, genel ilke olarak çocuğun üstün yararı ilkesi her daim bu maddenin yorumlanmasında da göz önünde tutulmalıdır. Kanun koyucunun evlilik birliğinin devamında esas olarak ve hatta ortak yaşama ara verilmesi ayrılık durumunda taktir yetkisine bağlı olarak birlikte velayetin devamına karar verebildiği bir hukuk düzeninde kanun koyucunun anne ve babanın velayeti birlikte yürütmelerini çocuğun üstün yararına uygun gördüğü aşikardır. Bu bağlamda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi akabinde de kanun koyucunun çocuğun üstün yararına göre hareket etmesi beklenir. Bir an için kanun metninden tek taraflı velayetin esas olduğu düşünülse dahi, amaçsal yorum ile hareket edildiğinde, kanun metninin "çocuğun yararı gerektiriyorsa tek taraflı velayetin uygulanacağı" şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

11 Numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 Numaralı Protokol'ün kanun koyucu tarafından kabulü, protokolün 5. maddesinde düzenlenen anne ve babanın evlilik birliği sona erdikten sonra da özel hukuktan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerinin devam edeceği ibaresinin de kabul gördüğünü, bu bağlamda amaçsal yorum ile elde ettiğimiz çocuğun yararı gerektiriyorsa tek taraflı velayetin uygulanacağı yorumuna da hizmet ettiği kabul edilmelidir.

Tüm bu açıklamalar neticesinde TMK'nın 336. maddesinin aşağıdaki şekilde düzenlenmesi kanaatimizce gereklidir:

"*Madde 336:*

Evlilik birliği devam ettiği sürece anne ve baba velayeti birlikte kullanırlar.

Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmiş ise hâkim, birlikte velayetin devamına karar verebileceği gibi, çocuğun yararı gerektiriyorsa tek taraflı velayete de hükmedebilir.

Velayet, anne ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalan eşe aittir. Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda, anne ve babanın velayetten kaynaklanan hakları ve yükümlülükleri devam eder. Hâkim bu halde çocuğun fiilen hangi ebeveynin yanında, ne kadar süreyle kalacağına, ebeveynlerin çocuk bakımından maddi katkılarına re'sen karar verir. Durumun gerekli kıldığı hallerde hâkim tek taraflı velayete hükmedebilir.

Hâkim velayet ile ilgili hüküm kurarken, tarafları ve çocuğu dinler, çocuğun üstün yararı ilkesi doğrultusunda karar verir."

Evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından ise, TMK'nın 337. maddesinin emredici nitelikte olup olmadığı tartışılmıştır. Kanaatimizce evlilik birliğinin hiç kurulmadığı bir durumda kanun koyucunun doğrudan anneyi işaret ederek kaleme aldığı, anne ile doğrudan doğruya kanundan doğan soybağı mevcutken baba ile ek işlem ile soybağının kurulduğu hukuk sisteminde, olması gereken hukuka uymasa da kanun koyucunun emredici olarak tek taraflı velayeti kabul ettiği

anlaşılmaktadır. Yine de kanun düzenlemesinin çocuğun yararına olup olmadığı, karşılaştırmalı hukuktaki ve Türk hukukundaki evlilik birliği içinde doğmuş çocuklar üzerindeki gelişmeler izinde, evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından hangi yönde düzenlemelerin gerçekleştirilmesi gerektiğinin üzerinde durulması lazımdır.

Kanaatimizce TMK'nın 337. maddesi uyarınca evli olmayan ebeveynler bakımından velayetin doğrudan anneye verilmesi ve tek taraflı velayetin tahsisi, eşitlik ilkesine, evlilik birliği içinde doğan- doğmayan çocuklar açısından ayrımcılığa, çocuğun anne ve babasını tanıma hakkına, anne ve babanın çocuğuna eşit yükümlülüklerinin bulunması ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından birlikte velayetin uygulanabilmesi, mahkeme kararı ile soybağının kurulduğu davalarda söz konusu olabilecektir. Bu halde akıllara gelen soru şudur: mahkeme kararı olmadan, idari işlem ile gerçekleştirilebilinen "tanıma" ile soybağı kurulduğunda, birlikte velayetin kural olarak uygulanabileceğini kabul edersek, hâkim nasıl harekete geçecektir? Bu bağlamda akla gelen tek çözüm, tüm ilgililerin doğrudan, ki ilgililerden kastedilen anne baba ve çocuktur ve cumhuriyet savcısının nüfus memurunun yapacağı bildirim ile ya da re'sen dava açarak çocuk ile ilgili velayet yönünden karar verilme talebi haklarının kanun koyucu tarafından düzenlenmesidir. Esasımız çocuğun yararı ise, evlilik birliği içinde doğsun doğmasın, anne ve babası ile yetişme hakkının ona sağlanması, velayetten kaynaklı haklarını talep edebilir olması gerekmektedir ve ancak çocuğun yararına aykırı bir durum doğacak ise veya baba ile soybağının kurulmadığı taktirde tek taraflı velayete karar verilmesi söz konusu olmalıdır.

Bu bağlamda TMK'nın 337. maddesinin şu şekilde düzenlenmesi gerekmektedir:

"Madde 337:

Anne ve baba evli değilse baba ile soybağı kuruluncaya kadar velayet anneye aittir.

Baba ile soybağının mahkemece kurulması halinde, hâkim tarafından re'sen; soybağının idari işlem ile kurulması halinde ilgililerin veya cumhuriyet savcısının talebi üzerine mahkemece çocuk ile anne baba arasında velayete hükmedilir.

Evlilik birliği dışında doğan çocuk ile ilgili velayet tahsisinde, Türk Medeni Kanunu'nun boşanmada velayetin kurulması ile ilgili hükümleri kıyasen uygulanır.

Hâkim velayet ile ilgili hüküm kurarken, tarafları ve çocuğu dinler, çocuğun üstün yararı ilkesi doğrultusunda karar verir."

KAYNAKÇA

ABİK, Yıldız: "Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı", **Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan**, Filiz Kitapevi, 2011, İstanbul, s. 1-74.

ABİK, Yıldız: **Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, (Soyadı).

ACABEY, Mehmet Beşir: **Soybağı (Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı)**, İzmir, 2002.

ACAR, Hakan / ASLAN, Cihan: "Çağdaş Çocuk Koruma sisteminde Ailenin Konumu", **Çocuğa Yönelik Şiddet ve Çocuğun Korunması**, B. 1, Altan Matbaası, İstanbul, Mart 2015.

AEBI MÜLLER, Regina: "Elterliche Sorge Betreuungsrecht- Betreuungspflicht- Aufenthaltsbestimmungsrecht", **Elterliche Sorge, Betreuungsunterhalt, Vorsorgeausgleich und weitere Herausforderungen, 9. Symposium zum Familienrecht 2017,** Schulthess Verlag, Zürich- Basel- Genf- 2018, s. 29-67.

AFFOLTER-FRİNGELİ, Kurt/ VOGEL, Urs: Die elterliche Sorge / der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB- Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB- Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB, **BK- Berner Kommentar,** Herausgeber: Heinz Hausheer/ Hans Peter Walter, Stämpfli Verlag AG, 2016.

AKILLIOĞLU, Tekin: **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, Ankara, 1995.

AKINCI, Şahin: **Roma Hukuku Dersleri**, Sayram Yayınları, Konya, 2020.

AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: **Aile Hukuku,** B. 17, İstanbul, 2016.

AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, İkinci Cilt, B. 22, İstanbul, 2020.

AKSOY DURSUN, Sanem: "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Uygulamadaki Sorunlar", **Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması**, Edt. Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik, Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 183- 198.

AKTAN, Coşkun Can: "Patalojik Paternalizm", **Paternalizm**, Editör: Coşkun Can Aktan, SOBİAD Hukuk ve İktisat Araştırmaları Merkezi Yayınları, İzmir, 2021, s. 68-103.

AKYÜZ, Emine: **Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması**, Genişletilmiş 7. Baskı, Pegem Akademi, 2020, Ankara (Kitap).

AKYÜZ, Emine: "Medeni Kanun'a Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması", **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara, 1983, (Koruma).

AKYÜZ, Emine: "Velayet ve Çocuğun Korunması", **Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 111-157, (Armağan).

AMATO, Paul: "The Consequences of Divorce for Adults and Children", **Journal of Marriage and the Family**, S. 62, 2000, s. 1269-1287.

ANSAY, Sabri Şakir: **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2. Bası, 1954, Ankara.

APAYDIN, Eylem: "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği", **İnÜHFD,** C. 9, S, 1, Y. 2018, s. 445- 476.

ARİÈS, Philippe: **Centuries of Childhood, A Social History of Family Life**, Çev. Robert Baldick, New York: Alfred A. Knopf, 1962.

ARKAN SERİM, Azra: "Boşanma Halinde Ortak Velayet", **LHD**, C. 14, S. 167, 2016, s. 6075-6088.

AYBAY, Rona: **Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Aralık 2006, Ankara, (İnsan Hakları).

AYBAY, Rona: "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 70, 2007, s. 187-213, (Anayasa).

AYDIN, İyanet: "Paternalizm Kavramı, Ögeleri ve Türleri", **Paternalizm**, Editör: Coşkun Can Aktan, SOBİAD Hukuk ve İktisat Araştırmaları Merkezi Yayınları, İzmir, 2021, s. 7-31.

AYDIN, Mehmet Akif: **Osmanlı Aile Hukuku**, Klasik Yayınları, B. 2, İstanbul, 2017.

AYDOĞDU, Murat: **Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme**, Ankara 2010.

AYİTER, Kudret: **Roma Hukuku Dersleri- Aile Hukuku**, Ankara, 1960.

BAKTIR ÇETİNER, Selma: **Velayet Hukuku**, 1. Basım, Yetkin Kitapevi, Ankara, 2000, (Kitap).

BAMBERGER, Heinz Georg/ ROTH, Herbert/ HAU, Wolfgang/ POSECK, Roman: **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB Kommentar),** 4. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2019.

BARDAKOĞLU, Ali: **Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, C. 17, İstanbul, 2008.

BAŞ SÜZEL, Ece / KURTULAN, Gökçe: "Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi", **BÜHFD**, C.10, S. 135-136, İstanbul 2015, s. 77-90.

BAŞLAR, Kemal: "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine", **Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, MHB,** Özel Sayı, İstanbul, 2004, s. 279-336.

BAŞOĞLU, Başak: "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", **İnÜHFD**, C. 8, S.1, 2017, s. 351-378.

BATIGÜN, Elif Selen: **Milletlerarası Aile Hukukunda Velayet ve Çocuğun Korunma**sı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

BAYGIN, Cem: **Soybağı Hukuku**, On İki Levha Yayınevi, B. 1, İstanbul, 2010.

BELGİN, Derya: "Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 66, S. 4, Güz 2008, s. 110-113.

BERKİ, Şakir: "Roma'da Aile Hukuku", **AÜHKD**, S.1, C. 14, Ankara, 1963, s. 111-121.

BERKİ, Şakir: Türk Medeni Kanunu'nda Küçüklerin Ehliyeti, **AÜHFD**, 1967, S. 1-4, C. 24, s. 125-150.

BERKİ, Şakir: **Türk Medeni Kanunu'nda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü,** Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1970, (Kitap).

BERKİ, Şakir: **Medeni Hukuk, Umumi Esaslar, Şahıs ve Aile Hukuku**, Ankara, 1961, (Medeni).

BİLİCİ, Ali Baz: "Boşanma Sürecinin Çocuklar Üzerinde Psiko-Sosyal Etkileri, **Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, s. 79-110.

BİLİR, Faruk: "Anayasa'nın 90. maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 1, Y. 2005, s. 77-109.

BİRİNCİ UZUN, Tuba: "Türk Medeni Kanunu'na göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1, 2016, s. 135-166.

BOWLBY, John: "The Making and Breaking of Affectional Bonds, Aetiology and Psychopathology in the Light of Attachment Theory", **The British Journal of Psychology**, Vol. 130, Y. 1977, s. 201-210.

BOWLBY, John: **Attachment and Loss**, Vol 1: Attachment (Second Edition), New York: Basic Books, 1982.

BRETHERTON, Inge : "The Origins of Attachment Theory: John Bowlby and Mary Ainsworth", **Developmental Psychology**, Vol. 28, 1992, s. 759-775.

BUCHER, Andreas: "Elterliche Sorge in schweizerischen und internationalen Kontext", **Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Familien und migrationsrechtliche Aspekte, 7. Symposium zum Familienrecht 2013**, Schulthess Verlag, Zürich- Basel- Genf, 2013, s. 37-84.

BUCHLER, Andrea / CLAUSEN, Sandro: **FamKommentar Scheidung**, B. 1, ZGB, 3. Aufl, Bern, 2017.

BUCHLER, Andrea / MARANTA, Luca : "Das neue Recht der elterlichen Sorge" **Jusletter** 11, August 2014.

BULUT, Harun: **Aile Hukukunda Velayet (Çocukla Kişisel İlişki Kurulması) ve Nafaka Davaları**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.

BUMİN, Kürşat: **Batı'da Devlet ve Çocuk**, Alan yayınları, İstanbul, 1983.

BURCUOĞLU, Haluk: "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", **İÜHFM**, C. 48, S. 1-4, Y. 1983, s. 113-140.

BÜCHLER, Andrea/ VETTERLİ, Rolf: **Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz**, 3. Auflage, Basel, 2018.

CANSEL, Erol: "Velayet Hakkı ve Kötüye Kullanılması Sebebi ile Kaldırılması", **AÜFH Ellinci Yıl Armağanı,** C 1, Ankara, 1977, s. 137- 149.

CANTIENI, Linus: **Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung: Eine empirische Untersuchung (Schriftenreihe zum Familienrecht),** 1. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2007.

CANTİENİ, Linus/ BUCHLER, Andrea / SİMONİ, Heidi : "Die Regelung der elterliche Sorge nach Scheidung de lege ferenda- ein Vorschlag", **FamPra.ch**, 2007, s. 207-227.

CEYLAN, Ebru: **Türk ve İsviçre Hukukunda Velayet Hakkı ve Hukuki Sonuçları**, Leges Yayınları, İstanbul, 2019.

ÇELİK, Edip: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, S. 1-3, 1988, s. 47-56.

ÇELİK, Nazlı Hilal: "Taşıyıcı Annelikte Çocuğun Soybağı Sorunu", **HAEHD**, C. 9, S. 21, 2017, s. 25-50.

ÇELİKEL, Serdar: **Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları**, Ankara, 2012.

ÇETİNER, Selma: "Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği", **Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, 2017, s. 25-46, (Armağan).

ÇİÇEKLİ, Bülent: **Avrupa Sosyal Şartı- Temel Rehber**, Seçkin Yayıncılık, B.1, Ankara, 2001.

ÇOPUR, Onat / ÜNVER, Serdar: **AİHM ve Çocuk Hakları Kararları**, Ankara, 2019.

DEDE, İsmail: **Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2019.

DEMİREL, Aykut Can / BAYMAN, Hüseyin: "Bağlanma Kuramı ve Sosyal Hizmet", **Uluslararası Anadolu Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 7, S. 3, Y. 2023, s. 682-692.

DENTLOFF, Nina: "Parental Rights and Responsibilities in Germany", **Family Law Quarterly,** Vol. 39, No. 2, Symposium on Comparative Custody Law, 2005, p. 315-337.

DEREN YILDIRIM, Nevhis: **Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Subjektif Sınırları,** İstanbul 1996.

DİEDERİCHSEN, Eva: **Gemeinsames Sorgerecht der Eltern nach Scheidung-sachgerechte Konkretisierung des Kindeswohls,** Regensburg, 1999.

DİTTMANN, Karl: "Sonderfragen zur Regelungen elterliche Gewalt während und nach der Ehescheidung unter Berücksichtigung des neuen Ehescheidungsrechts", **ZBIJugR**, 1977, s. 187-199.

DOĞAN, Gül: "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı", **Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul 2007, s. 529-535.

DÖNMEZ, Ünsal / BARIN, Taylan: "Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu", **TAAD**, Y. 9, S. 35, Temmuz 2018, s. 175-210.

DUBY, Georges. **Ortaçağ insanları ve Kültürü**, Çev: Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitapevi, Ankara, 1990.

DURAL, Mustafa /ÖĞÜZ, Tufan: **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013,

DURAL, Mustafa /ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Türk Özel Hukuku, C. III Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2020.

DURMUŞ, Emine / SUMBAS, Ezgi / HAYLI, Rüstem Göktürk / ÇOK, Ramazan. "Çocukluktan Yetişkinliğe Baba Kavramı", **Ulakbilge Dergisi**, S. 57, Şubat 2021, s. 174-191.

ELAL, Çağla: "Roma Hukuku'nda Hak Ehliyeti Çerçevesinde Çocuk", **Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s. 77-92.

ELKİN, Meyer: "Joint Custody: In the Best Interest of the Family", **Joint Custody and Shared Parenting,** Ed: Jay Folberg, The Guilford Press, New York, 1991.

Emine Akyüz, : "Medeni Kanuna Göre Ana Babanın Çocuğu Yetiştirme Görevi", **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi,** C. 16, S. 1, Y. 1983, s. 511-529, (Yetiştirme).

ERBAY, Celal: **İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi**, Rağbet Yayınları, İstanbul, 1998.

ERDEM, Mehmet: **Aile Hukuku**, Seçkin Kitapevi, B. 1, İstanbul, 2018.

ERDEM, Mehmet / MAKARACI BAŞAK, Aslı: **Aile Hukuku**, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2022.

ERDOĞAN, Gülnur: "Avrupa Sosyal Şartı ve gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 77, Ankara 2008, s. 123-165.

ERDOĞMUŞ, Belgin / TAHİROĞLU, Bülent: **Roma Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2020.

ERGÜL, Ozan: "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlararası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir", **Yıldırım Uler'e Armağan,** Lefkoşa, 2014.

ERLÜLE, Fulya: "Çocukla Kişisel İlişki Kuruması", **MÜHFD**, S. 16, S. 3-4; Y. 2010, s. 217-248, (Kişisel İlişki).

ERLÜLE, Fulya: "Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında Yapılan Revizyonlar ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velayetin Kural Haline Gelmesi", **YÜHFD**, C. 18, 2012/2, s. 555-576, (Makale).

ERLÜLE, Fulya: **İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, (Kitap).

ESCHELBACH, Diana / TRUNK, Nina: "Analyse der Rechtsprechung und Literatur zur gemeinsame elterlichen Sorge", **Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verhierateter Eltern,** Ed. Karin Jurczyk/ Sabine Walper, Springer Verlag, Wiesbaden, 2013.

FANKHAUSER, Roland: "Aile Krizinde Çocuğun Hakları", Çev.: Bilge Öztan, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 65, S. 4, 2007, s. 99-106.

FANKHAUSER, Roland / SCHWENZER, İngeborg: **Kommentar zum Familienrecht- Scheidung,** 4. Aufgabe, Stämpfli Verlag, 2022.

FEHMEL, Hans Werner: "Ist das Verbot des gemeinsamen elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung verfassungswidrig?", **FamRZ**, 1980, s. 758-761.

FEYZİOĞLU, Necmettin Feyzi: **Aile Hukuku**, İstanbul, 1979.

FORTIN, Jane: **Children's Rights and Developing Law**, 3. Press, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

FOX HARDING, Lorraine: **Perspectives in Child Care Policy**, 2nd Edition, Longman, London and Newyork, 1996.

FRANKLIN, Bob: **Çocuk Hakları**, Derleyen: Bob Franklin, Çeviren: Alev Türker, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1993.

FURSTENBERG JR., Frank: "History and Current Status of Divorce in the United States", **The Future of Children**, 1994, S. 4 (1), s. 19-43.

GARDNER, Richard: "Recent Trends in Divorce and Custody Litigation", **Academy Forum**, Volume 29, Number 2, Summer 1985, p. 3-7.

GEMALMAZ, Mehmet Semih: **Devlet, Birey ve Özgürlük**, 3. Basım, Legal Yayınları, İstanbul, 2016.

GENÇ ARIDEMİR, Arzu: "Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu", **Çocuk Hakları Çalışmaları- I,** Edt. Evgen Gülçin Elçin, Arzu Genç Arıdemir, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

GENÇCAN Ömer Uğur: **Velayet Hukuku –Yargıtay Uygulaması-,** Yetkin Yayıncılık, 2015, Ankara, (Velayet).

GENÇCAN, Ömer Uğur: **Kişisel İlişki Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

GENÇCAN, Ömer Uğur: "Ortak Velâyet", **İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı**, s. 24-32, (Baro Bülteni).

GENÇCAN, Ömer Uğur: **Velayet Hukuku,** Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, (Kısaltma: 2020).

GENÇCAN, Ömer Uğur: **Öğreti ve Uygulamada Boşanma, Tazminat, Nafaka, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar ve İlgili Mevzuat**, C. 1, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000.

GENİŞ, Mert / TOKER, Bengü / ŞAKİROĞLU, Mehmet: "Boşanmanın Çocuklara Etkisi, Çocuğa Söylenmesi ve Ebeveyn Yabancılaşması: Derleme Çalışması", **Adnan Menderes Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi**, Y. 2019, S. 3 (3), s. 190-199.

GLOOR, Nino: "Der Begriff der Obhut", **FamPra- Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch)**, 2015

GÖNENÇ, Fulya İlçin: **Roma Hukukunda Kadın**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

GÖNENSAY, Samim: **Medeni Hukuk Cilt II Aile Hukuku**, Kısım 2: Nesep, Velayet, Vesayet, İstanbul 1940.

GÖREN, Zafer: "Çocukların Temel Haklarının Anayasal Garantisi", 10. Yıla Armağan, **İTİCÜ Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 11, S. 22, Güz 2002/2, s. 45-105.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı**, İnsan Hakları Derneği Yayınları, 25. Yıl, C. 9, Ankara, 1987.

GRASSINGER, Gülçin Elçin: "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar" **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Cilt 1, On iki Levha Yayınevi, 2010, İstanbul, s. 823-846, (Armağan).

GRASSİNGER, Gülçin Elçin: **Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2009.

GRÜNDEL, Matthias: **Gemeinsames Sorgerecht**, Lambertus Verlag, Born, 1995

GRÜNDLER, Bettina: **Die Obsorge nach Scheidung und Trennung der Eltern im europäischen Rechtsvergleich**, Frankfurt am Main, 2002.

GÜLEŞ, Bedia: "Çocuğa İsim Verme Hakkının Kime Ait Olduğu Sorunu", **KaÜHFD,** C. 1, S. 1, 2016, s. 213-224.

GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza: "Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet", **ÇÜHFD,** C. 2, S. 2, Ekim 2017, s. 157-180.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK 185-281),** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ: **Roma Hukukundan Günümüze Velayet- Vesayet Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2004, Ankara.

GÜRSEL, Nurettin: "Velayet Hakkı ve Vazifeleri", Adalet Dergisi, S. 4, **Adalet Bakanlığı Yayını,** Ankara, 1949, s. 431-456.

GÜVEN, Kudret: **İsviçre Medeni Kanunun'daki Son Gelişmeler**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2023, (Medeni).

GÜVEN, Kudret: "Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet", **BÜHFD,** C. 4, S. 1, Ocak 2018, s. 11-64, (Ortak Velayet).

HAEFELİ, Christoph: "Unterstellung des entmündigten Kindes unter die parterliche Sorge (Art. 385 Abs 3 ZGB), Pflicht der Eltern zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsstellung", **ZVW**, 2002, s. 99-106.

HAKOVIRTA, Mia/ SKINNER, Christina: "Shared Physical Custody and Child Maintenance Arrangements: A Comparative Analysis of 13 Countries Using a Model Family Approach", **Shared Physical Custody**, (Ed.: L. Bernardi /D. Mortelmans), 2021, s. 309- 331.

HAMMER, Stephan: "Die rechtliche Verbindlichkeit von Elternvereinbarungen", **FamRZ** 2005, s. 1209-1217.

HARKE, Jan Dir: **Römisches Recht**, 2. Auflage, C.H Beck, München, 2016.

HATEMİ, Hüseyin: **Aile Hukuku,** 12 Levha Yayıncılık, 8. Bası, İstanbul, 2020.

HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona: **Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993.

HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN OĞUZTÜRK Burcu : **Aile Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

HEGNAUER, Cyril: **Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerichen Privatrecht, Das Familienrecht** , 2. Ab., Die Verwandtschaft, Teilband 1: Die Entstedung des Kinderverhältnisses, Art 252-269c ZGB, Bern, 1984.

Heinz HAUSHEER/ Thomas GEİSER/ AEBI-MÜLLER, Regina: **Das Familienrecht des Schweizerichen Zivilgezetzbuches,** Auf. 6, Bern, 2018.

HELVACI, Serap: **Gerçek Kişiler**, B. 8, İstanbul, 2017.

HELVACI, Serap: "İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, Beta Yayıncılık, C. II, İstanbul, 2002, s. 1151-1169.

HELVACI, Serap/ ERLÜLE, Fulya: **Medeni Hukuk- Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku,** Legal Yayıncılık, 5. B., İstanbul, 2023.

HİNZ, Manfred: "Die gemeinsame Sorge: Sorgerechtsentscheidungen und ergänzende Normen nach dem neuen Recht", **FPR**, 1999, S. 76, S. 76-80.

HONSELL, Heinrich: **Römisches Recht**, 8. Auflage Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2015.

İMAMOĞLU, Hülya: "Yeni Medeni Kanun'daki Düzenleme ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi", **AÜHFD**, C, 54, S. 1, s. 165-190, (Tedip).

İMAMOĞLU, Hülya: "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması", **AÜHFD**, C. 54 S. 2, 2005, Ankara, s. 183-218, (Koruma).

İNAN, Ali Naim: **Çocuk Hukuku**, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayını,1968, İstanbul, (Kitap).

İNAN, Ali Naim: "Çocuğun ve Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Mevzuatımızda Yetersizlik ve Giderilme Çabaları", **Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan**, Ankara, 1972, (Armağan).

İNAN, Ali Naim: "Medeni Hukukta Velayet, Vesayet ve Kayyumluk", Çocuk Hukuku ve Çocuk Yargılanması Hukuku Semineri, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 69, S. 1-2-3, İstanbul, 1995, s. 72-77, (Seminer).

İNCE, Nurten: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğini Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet", **TAAD**, Yıl 9, Sayı: 34, Nisan 2018, s. 189- 229.

JOHNSTON, Janet/ KLINE, Marsha / TSCHANN, Jeanne: "Ongoing Postdivorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access", **AJO**, C. 59, S. 4, 1989, s. 576-592.

KABOĞLU, İbrahim: **Çocuklar ve Anayasa**, İstanbul, 2018.

KAHRAMAN, Süheyla: **Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet**, İstanbul 2019.

KALTENBORN, Karl Franz: "Das Gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung im Spiegel ausländischer Erfahrungen", **FamRZ**, 1983, s. 990-1000.

KARACA, HİLAL: **Velâyetin Kapsamı ve Hükümleri**, 1. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: **Roma Hukuku: Tarihi Giriş, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması**, 18. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2020.

KARAN, Ulaş: "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", **AYD**, C. 32, 2015, s. 235-306.

KASER, Max: **Das Römische Privatrecht**, Erster Abschnitt 2. Aufgabe, C. H. Beck, München, 1971.

KAYA, Kamil / TAN EREN, Gizem: "Boşanma ve Erken Boşanmaların Artık Nedenleri", **Sosyal Beşeri ve İdari Bilimler Dergisi**, Y. 3, S. 9, s. 708-728.

KAYAK, Sevgi: "Roma Hukukunda Aile Kurumu", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 8, C. 2, 2018, s. 249-302.

KESKİN, Dilşad: "Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velayet Hakkı (Uzatılmış Velayet), **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, Y. 2014, s. 27-60.

KIRCA, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", **AÜHFD**, Cilt 10, Sayı 1, 2001, s. 91-119.

KİLDE, Gisela: "Das Verhältnis zwischen persönlichem Verkehr, Betreunung und Obhut bei gemeinsamer elterlicher Sorge", **Recht 2015**, 2015/4, s. 235-242.

KİREMİTÇİ, Müge: **Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı**, Legal Yayıncılık, 2015, İstanbul.

KOÇ, Evren Jülide/ YILMAZ, Mahmut: **Boşanma ve Çocuk -Evlilik Biter Ebeveynlik Sürer,** Herdem Kitap, B. 1, Ankara, 2016.

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

KOSTKA, Kerima: "Elterliche Sorge und Umgang bei Trennung und Scheidung- unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des Kindes", **FPR** 2009, s. 89-95.

KÖPRÜLÜ, Bülent/ KANETİ, Selim: **Aile Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3388, İstanbul, 1986.

KURT, Leyla Müjde: "Boşanma durumunda Birlikte (Ortak) Velayet", **İnÜHFD,** C. 9, S. 2, Y. 2018, s. 157-186.

KURT, Sevil Lale: "Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması", **SPÇD**, S. 36, Y. 2016, s. 99-127.

LEMPP, Reinhard: "Die Bindung des Kindes und ihre Bedeutung für das Wohl des Kindes gem. - § 1671 BGB", **FamRZ**, 1984, s. 741-744.

LİMBACH, Jutta: **Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern**, C.H. Müller, Heidelberg, 1988.

LUTHİN, Horst: **Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung**, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1987.

MATTHIESSEN, Stephanie: **Gemeinsame elterliche Sorge in scheidungssoziologischer Perspektive**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004.

MECKLING, Sarah: **Die gemeinsame Trennungssorge**, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

MEYER, Karl: **Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen, Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, 15. Auflage, C.H.Beck, März 2017.

MILL, John Stuart**: Özgürlük Üstüne**, Çeviren: Mehmet Osman Dostel, Sadeleştiren: Ömer Çaha, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003.

MİCHALSKİ, Lutz: "Gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern", **FamRZ,** 1992, s. 128-137.

MOTZER, Stefan: "Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet von Sorgerecht und Umgangsrecht", **FamRZ,** 2001, s. 1034-1044.

MUSCHELER, Karlheinz: **Familienrecht,** Verlag Franz Vahlen, 4. Aufgabe, München, 2017.

OELKERS, Harald: "Das neue Sorgerecht in der Familienrechtlichen Praxis", **FuR** 199, s. 349-355,

OELKERS, Harald / KARSTEN, Hartwig: "Zehn Jahre gemeinsame Sorge nach der cheidung", **FamRZ,** 1993, s. 18-21.

OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler),** İstanbul, 2019.

OĞUZMAN, Kemal /DURAL, Mustafa: **Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1998.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: "Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenilme Hakkı", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, Cilt II, Vedat Kitapçılık, 2009, İstanbul, s. 1219- 1242, (Armağan).

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", **MHB**, C. 35, S. 1, Y. 2015, s. 29-46, (Revizyon).

ONUR, Bekir: **Çocuk, Tarih ve Toplum**, İmge Kitapevi, İstanbul, 2007, (Çocuk).

ONUR, Bekir: **Türkiye'de Çocukluğun Tarihi**, İmge Kitapevi, İstanbul, 2005.

ORHUN, Murat: "Hitit Aile Hukuku ve Eski Hukuk Dönemi Roma Aile Hukuku" **Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S. 5, 2010, s. 35-55.

ÖCAL APAYDIN, Bahar: "İsviçre Medeni Kanunu'nun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak

Benimsenmesi", **Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, BAÜHFD**, C. 11, S. 145-146, 2016, s. 631- 658.

ÖNGİDER, Nilgün: "Boşanmanın Çocuk Üzerindeki Etkileri", **Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar Dergisi**, C. 5, S. 2, 2013, s. 140-161.

ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 1992.

ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu: **Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması**, Ankara, 2019.

ÖZMEN, İsmail: **Velayet Hukuku Davaları, Çocuk Hakları, Aile ve Çocuk Mahkemeleri**, Ankara, 2013.

ÖZTAN, Bilge: **Aile Hukuku**, Turhan Yayınevi, 6. Basım, Ankara, Ekim 2015, (Kitap).

ÖZTAN, Bilge: "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu", **Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan**, Ankara 2006, s. 249-260, (Armağan).

ÖZTEKİN GELGEL, Güseli: "Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 4, S. 8 Güz 2005/2, s. 119- 148.

ÖZUĞUR, Ali İhsan: **Velayet Vesayet Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler**, Ankara, 2010.

ÖZUĞUR, Ali İhsan: **Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları**, Ankara, 2013.

PATZHORN, Birgitta: **Das gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung in Kalifornien und Deutschland- ein Rechtsvergleich**, Tübingen, 2000.

PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri**, Ankara, 2003.

PLANITZ, Hans: **Germanische Rechtsgeschichte**, Verlag Franz Vahlen, 2. Auflage, Berlin, 1941.

PLANITZ, Hans/ECKHARDT, Karl August : **Deutsche Rechtsgeschichte**, Böhlau Verlag, 4. Auflage, Graz/Köln/Wien, 1991.

PLESCİA, Joseph: "Roma Hukukunda Boni Mores Doktrini", Çev. Diler Tamer Güven, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2000, s. 925-962.

POLAT, Oğuz / Güldoğan, Evin: "Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi", **TBBD**, Y. 2015, S. 118, s. 243-254.

POSCHKE, Sabrina**: Das neue Schewizer Scheidungsrecht- Ausgewahlte Aspekte im Rechtsvergleich mit dem Deutchen Scheidungsrecht**, Band 6, Frankfurt am Main- Berlin, 2000

PUGLIESE, Giovanni: "Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış", Çev. Ziya Umur, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 22, S. 1-4, 1957, s. 339-349.

REHBERG, Jurgen: "Kindeswohl und Kindschaftsrechtsreformgesetz", **FuR,** 1998, s. 65-69.

RUHİ, Ahmet Cemal: **Birlikte Velayet Kurumu ve Birlikte Velayete İlişkin Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, 2019.

RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal : **Velayet Hukuku (En Son bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları ile),** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017

SALGO, Ludwig: "Zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung als Regelfall ein Zwischenruf", **FamRZ**, 1996, s. 449- 454.

SARI, Suat: "Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması", **Legal Hukuk Dergisi**, İstanbul, Ocak 2007, S. 49, s. 83-94.

SAYMEN, Ferit Hakkı /ELBİR Halid Kemal: **Türk Medeni Hukuku**, C. 3, Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1960.

SCHEİWE, Kristen: "Zwischen Autonomie und Kooperationzwang- Die Ausübung der gemeinsamen elterliche Sorge getrennt lebender Eltern im Rechtsvergleich" **Neunte Schweiser Familienrechtstage 18-19 Januar 2018 im Basel**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2018, s. 39-58.

SCHLÜTER, Wilfred: **BGB-Familienrecht**, 13. Auflage, C.F Müller Verlag, Heidelberg, 2009.

SCHWAB, Dieter: "Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern- Die Neuregelung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes", **FamRZ**, 1998, s. 457- 472.

SCHWENZER, Ingeborg/ COTTIER, Michelle: **Basler Kommentar zum Schweizerichen Privarrecht,** Zivilgesetzbuch I, Art 1-456 ZGB, 5. Aufl, Basel-Genf- München, 2014.

SCHWENZER, İngeborg/ KELLER, Tomie: "Gemeinsame elterliche Sorge- Der (steinige) Scheizer Weg", **Festschrift für Dagmar Coester- Waltjen zum 70. Geburstag**, Sonderdruck aus Zwischenbilanz, 2015.

SERDAR, İlknur: "Mukayeseli Hukuk Işığında Birlikte Velayetin Kullanılmasının Değerlendirilmesi"**, İKÜHFD**, C.19, S. 2, 2020, s. 267-307, (2020).

SERDAR, İlknur: "Kişisel İlişki Kurma Hakkı", **Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, DEÜHFD**, C. 9, Özel Sayı, Y. 2007, s. 740, (Kişisel İlişki), s. 739-781.

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

SERİM, Gökçe: **Roma İmparatorluk Döneminde Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler**, Lykeidon Yayınları, Ankara, 2012.

SEROZAN, Rona: **Çocuk Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2017, (Çocuk).

SEROZAN, Rona: Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağanı**, Ankara, 2008, s. 759-777, (Armağan).

SOYSAL, Mümtaz: "Anayasa'ya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", **Anayasa Yargısı Dergisi**, S. 3, Ankara, 1987, s. 171-190

SÜNDERHAUF, Hildegund: **Wechselmodell: Psychologie- Recht Praxis Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung**, Springer Verlag, Wiesbaden, 2013.

SÜNDERHAUF, Hildegund / WİDRİG, Martin: "EGMR anerkennt "Parental Alienation"", **Sui Generis**, 2020, s. 491-501.

SÜZEN, Begüm: "Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi", **BAÜHFD**, C. 10, S. 133, Eylül 2015, s. 27-52.

ŞEN, Bülent: "Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu", **Çocuk ve Şiddet: Toplumsal Şiddetin Cenderesinde Çocuklar**, C. 1, Şiddetin Mağduru Olarak Çocuklar, Edt.: Hasan Büker, İstanbul 2014.

ŞEN, Bülent/ AYBAY, Erdem: "Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet sorunu", **İKÜHFD**, S. 15, S. 1, 2016, s. 589-615.

T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı: **Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması** (TBNA 2014), Araştırma ve Politika Serisi 23, Editör: Mustafa Turgut, B. 1, İstanbul, 2015.

T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı: **Türkiye Aile Yapısı Araştırması (2011)**, Araştırma ve Sosyal Politika Serisi 04, Editör: Mustafa Turgut, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Ankara, 2014.

T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı: **Türkiye Aile Yapısı Araştırması (2016)**, Araştırma ve Politika Serisi 66, B. 1, Ankara, 2019.

T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü: **Boşanma Nedenleri Araştırması**, Ankara, Mart 2009.

TANDOĞAN, Haluk: **Aile Hukuku Ders Notları**, Ankara, 1965.

TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: **1982 Anayasası'na göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul 2001.

TANRIBİLİR, Feriha Bilge: **Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları,** Ankara, 2011.

TARAR, Canan: "İslam Hukukundaki Hidane Müessesesinin Günümüz Uygulaması ile Mukayesesi", **Kadın Araştırmaları Dergisi**, C. 4, S. 1, 2018, s. 77-102.

TEK, Gülen Sinem/ TURAN, Seda Gökçe: "Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu ve Hukuki Değerlendirilmesi", **Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması**, Edt.: Aslı Makaracı Başak/ Seda Öktem Çevik/ Gülen Sinem Tek, Seçkin Kitapevi, Ankara 2021, s. 221-248.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: **Türk Aile Hukuku,** Filiz Kitapevi, B. 7, İstanbul, 1990.

TEPECİ, Kamil: **Nesep Hukuku- Ana Baba, Evlat Hakları,** C. 2, Doğuş Matbaası, Ankara, 1944.

TORUN, Fuat: "Ebeveyn Yabancılaşma Sendromu", **Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar**, C. 3, S.3, Y. 2011, s. 469, (2011).

TORUN, Fuat: **Çekişmeli Boşanmalarda ve Velayet Savaşlarında Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu**, Psikonet Yayınları, B. 2, İstanbul, 2017, (2017)

TUOR, Peter/ SCHNYDER, Bernhard/ SCHMID, Jörg/ JUNGO, Alexandra: **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Schulthess,** Zürich- Basel- Genf, 2015.

ULUCAN, Devrim: "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Özel S., İzmir, 2013, s. 369-383.

Urs GLOOR/ Jonas SCHWEİGHAUSER: "Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge- eine Würdigung aus praktischer Sicht", **FamPra.ch**, 2014, S.1, s. 1-25.

USTA, Sevgi: **Velayet Hukuku**, Oniki Levha Yayınevi, 1. Baskı, 2016, İstanbul.

ÜÇOK, Coşkun: "Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1-2, s. 292-321.

ÜMİT ATILGAN, Eylem: **Mekândan Mekâna: Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyeti İlişkisi,** Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2007.

VAN BUEREN, Geraldine: **The International Law on the Rights of the Child**, Martinus Nijhoff Publishers, The E.Hague, 1998.

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: **Türk Medeni Kanunu'na Göre Yerleşim Yeri**, İstanbul 2009.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, Nurgök Matbaası, B. 5, İstanbul, 1965.

VOGEL, Urs / WİDER, Diana: "Das neue Erwachsenenschultzrecht", **ZVW**, 2009/1, s. 74-83.

VON TUHR, Andreas : **Der allegemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, in Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft**, Abteilung, 1. Teil I. Band, Leipzig 1910.

WALPER, Sabina: "Arrangements elterlicher Fürsorge nach der Trennung und Scheidung: Das Wechsel Modell im Licht neuer Daten aus Deutschland", **21. Deutscher Familiengerichtstag vom 21. Bis 24. Oktober 2015 in Brühl**, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2016, s. 99-145.

WİDRİG, Martin: "Elterliche Sorge- Ein Grundrecht?", **Jusletter**, 23. Juli 2012.

WİRZ, Annatina: **Gemeinsame elterliche Gewalt geschiedener und nicht verheirateter Eltern: Unter Berüchsichtigung des deutschen, französischen, englischen und schweizerischen Rechts**, Basel- Frankfurt am Main, 1995.

WOLF, Stephan / MINNIG, Yannick: **Familienrecht**, Basel, 2021.

WOLF, Stephan / SCHMUKİ, Deborah: "Gemeinsame Elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern in der Schweiz, Deutchland und Österreich", **Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschatflichen Fakultat der Üniversitat Bern für den Schweizerischen Juristentag** 2014, Bern 2014.

YAVUZ, Cevdet / ERLÜLE, Fulya / TOPUZ, Murat: **Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)**, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

YERLİKAYA, Ünal: "İslam Hukukunda Evlilik Birliği Dışı Doğan Çocuğun Velayeti/ Hukuki Temsili", **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, S. 11, 2008, s. 93-112

YILDIRIM, Abdulkerim: **Türk Aile Hukuku,** 1. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.

YILDIRIM, Abdulkerim: **Aile Hukuku**, Ankara, 2018.

YILMAZ, Canan: "Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması", **MHB**, C. 35, S.1, Y. 2015, s. 103-141, (Kişisel İlişki).

YILMAZ, Canan: "Birlikte Velayet Çerçevesinde Alternatif Himaye", **Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 213-240, (Makale).

YILMAZ, Canan: **Velayet Hukuku (Özellikle İsviçre Medeni Kanunu'ndaki 01.07.2014 Tarihli "Velayet Hukuku Revizyonu" ile 01.01.2017 Tarihli "Çocuk Nafakası Revizyonu" Kapsamında),** Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, (Velayet).

YILMAZ, Canan: **Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi**, Ankara, 2016, (Kitap)

YILMAZOĞLU, Yunus Emre / PERDECİOĞLU, İsmail Emrah: **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.

YÜCEL DERİCİLER, Özge: AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması, **VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu Bildiriler,** 13-14 Kasım 2014, İstanbul, 2014.

YÜKSEL, Sera Reyhani: **Velayet Hakları ve Anayasal Sınırları**, Legal Yayınları, İstanbul, 2020.

ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, Mehmet Beşir / GÖKYAYLA, Emre: **Medeni Hukuk**, Seçkin Yayıncılık, B. 6, Ankara, 2000.

ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/ HAVUTÇU, Ayşe / ACABEY, Beşir/ GÜRPINAR, Damla: **Yeni Medeni Kanunu'na Göre Medeni Hukuk**, 10. Basım, Turhan Kitapevi, Ankara 2018.

ZIMMER, Angelika: **Das Sorge- und Umgangsrecht im Lichte der Kindschaftsrechtsreform**, Lit Verlag, Münster Berlin, 2011.

ZİYAN, Ayşe: **Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyn Tarafından Temsili**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	:	T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü	:	SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı:		Elif Merve Subaşı
Tez Başlığı	:	Türk Hukukunda Birlikte Velayet
Savunma Tarihi	:	24 / 07 / 2024
Danışman	:	Prof. Dr. Hüseyin Murat Develioğlu

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı İmza

Prof. Dr. Hüseyin Murat Develioğlu

Prof. Dr. Mehmet Erdem

Prof. Dr. İpek Sağlam

Prof. Dr. Aslı Makaracı

Prof. Dr. Sezer Çabri

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü