

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

ORTAK VELAYET

HAZIRLAYAN

CEYDA ACAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. MEHMET ÜNAL

ANKARA - 2021

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 22/6/2021

Öğrencinin Adı, Soyadı: Ceyda Acar

Öğrencinin Numarası: 21910313

Anabilim Dalı: Özel Hukuk Anabilim Dalı

Programı: Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı: Prof. Dr. Mehmet Ünal

Tez Başlığı: Ortak Velayet

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan toplam 94 sayfalık kısmına ilişkin, 22/6/2021 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 11'dir. Uygulanan filtrelemeler:

- 1.Kaynakça hariç
- 2.Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrencinin İmzası:

ONAY

Tarih: 22/06/2021

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad, İmza:

ÖZET

Boşanma sonrası çocuk üzerinde sahip olunan haklarda ve yükümlülüklerde eşitliği, bu yolla da çocuğun üstün yararını sağlama işlevini haiz ortak velayet, günümüzde pek çok hukuk sisteminde yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Tek başına velayet ile kıyaslandığında ortak velayet, ebeveynler arası eşitsizliği ortadan kaldıran ve boşanma sonrası sosyal ve psikolojik açıdan pek çok sorunla karşı karşıya kalan çocuğun sorunlarını asgari düzeye indiren bir velayet modelidir.

Türk Hukuku'nda açık bir düzenlemesi bulunmayan ortak velayet doktrinde, yürürlükte olan bazı uluslararası sözleşmeler ve Türk Medeni Kanunu m. 166/III, 182/II, 336/II ve 336/III hükümleri çerçevesinde uzun yıllardır tartışılmaktadır. Gerek uluslararası sözleşmelerde yer alan maddeler, gerek mevzuatta yer alan velayete ilişkin hükümlerin değerlendirilmesi sonucu ortak velayetin mümkün görülmesi, yargı kararlarında da bu yönde olumlu bir değişim yaşanmasına sebep olmuştur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, ortak velayete ilişkin yabancı mahkeme ilamının tanıma ve tenfizine yönelik verdiği 20.2.2017 tarih, 2016/15771 E., 2017/1737 K. sayılı kararla, ortak velayeti mümkün görmüştür. Bu tarihe kadar ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu gerekçesi ile bu yöndeki yabancı mahkeme kararlarını tanımayı reddeden Yargıtay, bu tutumundan vazgeçmiştir. Verilen kararın ardından pek çok Bölge Adliye Mahkemesi de kararlarında ortak velayeti mümkün görmüştür. Yargı kararlarında tekdüzeliğin sağlanabilmesi için ivedilikle ortak velayet hakkında açık ve ayrıntılı bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ortak velayet, velayet hakkı, boşanma, çocuğun üstün yararı, mukayeseli hukuk

ABSTRACT

Joint custody, which has the function of providing equality in the rights and obligations of the child after the divorce, and in this way, the best interests of the child, has been legalized in many legal systems today. Compared to sole custody, joint custody is a custody model that eliminates inequality between parents and minimizes the problems of the child who faces many social and psychological problems after divorce.

In the joint custody doctrine, which does not have a clear regulation in Turkish Law, some international agreements and Turkish Civil Code art. It has been discussed for many years within the framework of the provisions of 166/III, 182/II, 336/II and 336/III. The fact that joint custody is possible as a result of the evaluation of both the articles in international conventions and the provisions on custody in the legislation has led to a positive change in judicial decisions in this direction. The 2nd Civil Chamber of the Court of Cassation deemed joint custody possible with the decision dated 20.2.2017, numbered 2016/15771 E., 2017/1737 K., regarding the recognition and enforcement of the foreign court decision regarding joint custody. The Court of Cassation, refusing to recognize foreign court decisions in this direction, on the grounds that joint custody is clearly contrary to Turkish public order, has abandoned this stance. After the decision, many Regional Courts of Justice have considered joint custody possible in their decisions. In order to ensure uniformity in judicial decisions, a clear and detailed regulation on joint custody should be made urgently.

Keywords: Joint custody, custody, divorce, best interests of the child, comparative law

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	vii
KAYNAKÇA.....	viii

ORTAK VELAYET

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ, SINIRLARI, TARİHÇESİ, MUKAYESELİ HUKUKTAKİ YERİ VE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ, BENZERİ KURUMLARLA MUKAYESESİ

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLARI.....	1
I. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ.....	1
A. KONUNUN TAKDİMİ.....	1
B. KONUNUN ÖNEMİ.....	3
II. KONUNUN SINIRLARI.....	4
§ 2. ORTAK VELAYETİN TARİHÇESİ, MUKAYESELİ HUKUKTAKİ YERİ VE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ.....	6
I. ORTAK VELAYETİN TARİHÇESİ.....	6
II. ORTAK VELAYETİN MUKAYESELİ HUKUKTAKİ YERİ VE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ.....	8
A. AMERİKAN HUKUKU.....	8
B. FRANSIZ HUKUKU.....	9
C. ALMAN HUKUKU.....	10

D. İSVİÇRE HUKUKU.....	11
§3. BENZERİ KURUMLARLA MUKAYESESİ	14
I. TEK BAŞINA VELAYET İLE MUKAYESESİ.....	14
II. VESAYET İLE MUKAYESESİ.....	15
III. AİLE BAŞKANLIĞI İLE MUKAYESESİ.....	17
IV. KORUYUCU AİLE KURUMU İLE MUKAYESESİ.....	18
V. EVLATLIK İLİŞKİSİ İLE MUKAYESESİ.....	21

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ORTAK VELAYETE İLİŞKİN GELİŞMELER, ORTAK VELAYETİN TANIMI, UNSURLARI, NİTELİĞİ, ÇEŞİTLERİ

§ 4. TÜRK HUKUKUNDA ORTAK VELAYETE İLİŞKİN GELİŞMELER.....	26
I. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE ORTAK VELAYET.....	26
II. ORTAK VELAYETİN MEVZUAT KARŞISINDAKİ DURUMU.....	35
III. YARGI KARARLARINDA ORTAK VELAYET.....	44
§ 5. ORTAK VELAYETİN TANIMI, UNSURLARI VE NİTELİĞİ.....	47
I. TANIMI.....	47
II. UNSURLARI.....	50
A. EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ.....	50
B. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI.....	50
C. ORTAK VELAYETTE GÖNÜLLÜLÜK VEYA RE'SEN KARAR VERME.....	51
D. ÇOCUĞUN GÖRÜŞÜ.....	54
E. UZMAN GÖRÜŞÜ.....	55
F. EBEVEYNLERİN İKAMETGAHI.....	56
III. NİTELİĞİ.....	58

§ 6. ORTAK VELAYETİN ÇEŞİTLERİ.....	61
I. BOŞANMA SONRASI ORTAK VELAYET.....	61
II. EVLİLİK DIŞI DOĞAN ÇOCUĞUN ORTAK VELAYETİ.....	61
İKİNCİ BÖLÜM	
ORTAK VELAYETİN DOĞURDUĞU HÜKÜM VE SONUÇLAR	
§ 7. VELİLER BAKIMINDAN DOĞURDUĞU HÜKÜM VE SONUÇLAR.....	65
I. VELİLERİN BİRBİRİNE KARŞI HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	65
A. VELİLERİN BİRBİRİNE KARŞI HAKLARI.....	65
B. VELİLERİN BİRBİRİNE KARŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	66
§ 8. ÇOCUK BAKIMINDAN DOĞURDUĞU HÜKÜM VE SONUÇLAR.....	69
I. VELİLERİN ÇOCUK ÜZERİNDEKİ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	69
A. VELİLERİN ÇOCUK ÜZERİNDEKİ HAKLARI.....	69
1. AD KOYMA HAKKI.....	69
2. MESLEKİ EĞİTİM VERME HAKKI.....	69
3. DİNİ EĞİTİM VERME HAKKI.....	70
4. TEMSİL HAKKI.....	70
5. MALVARLIĞINI YÖNETME HAKKI.....	71
6. MALLARINI KULLANMA HAKKI.....	72
B. VELİLERİN ÇOCUĞA KARŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	73
1. AD KOYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	73
2. EĞİTİM VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	73
3. MALVARLIĞINI YÖNETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	73
4. İŞTİRAK NAFAKASI ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	74
§9. ORTAK VELAYETİN KÖTÜYE KULLANILMASININ SONUÇLARI.....	76
§10. ORTAK VELAYETİN BAŞLANGICI VE SONA ERMESİ.....	78
I. BAŞLANGICI.....	78
II. SONA ERMESİ.....	80
A. KENDİLİĞİNDEN SONA ERME.....	80

1. ÖLÜM.....	80
2. ERGİNLİK.....	81
3. GAİPLİK.....	82
4. HAPİS CEZASINA MAHKUM EDİLME.....	84
B. MAHKEME KARARI İLE SONA ERME.....	85
SONUÇ.....	90

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Başvuru Numarası
b.	: Baskı
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bknz.	: Bakınız
BMÇHS	: Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
c.	: Cilt
ÇHKİAS	: Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi
ÇKK	: 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu
E.	: Esas Numarası
E.T.	:Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
K.	:Karar Numarası
KAY	:Koruyucu Aile Yönetmeliği
m.	: Madde
MÖHUK	: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
No.	: Numara
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayı
T.	: Tarih
TCK	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Y	: Yargıtay
y.	: Yıl
YİBK	: Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kurulu

KAYNAKÇA(*)(**)

- AKILLIOĞLU, Tekin** :Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995.
- AKINTÜRK, Turgut/**
- ATEŞ KARAMAN, Derya** :Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, Beta Yayıncılık,17.b., Ankara, Şubat 2015.
- AKYÜZ, Emine** : Çocuk Hukuku, (Çocukların Hakları ve Korunması), Pegem Akademi Yayıncılık, 7.b., Ankara, Kasım 2020.
- AKYÜZ, Emine** : Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2000 (AKYÜZ,Güvenlik).
- AKYÜZ, Emine** :Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, Ankara 1983 (AKYÜZ, Ayrılık).
- APAYDIN, Eylem** : Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.9, s.1, 2018, 445-475.

(*) Dipnotlarda geçen eserler yazarların soyadıyla anılmıştır. Birden fazla eserinden yararlanılan yazarların diğer eserlerine yapılan atıflar parantez içinde kısaltılmış olarak gösterilmiştir.

(**) Önünde işaret olmayan rakamlar sayfa numarasını gösterir.

- ARKAN SERİM, Azra** :Boşanma Halinde Ortak Velayet, Legal Hukuk Dergisi, c.14, s.167, 2016, 6075-6088.
- AYBAY, Erdem / ŞEN, Bülent** :Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1-2, Ocak-Şubat 2016, 589-615.
- BAKTIR ÇETİNER, Selma** : Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- BAYGIN, Cem** : Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- BİNGÖL, Ediz** : Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması, İstanbul Barosu Dergisi, c.88, s.2, Mart 2014, 276-312.
- BİRİNCİ UZUN, Tuba** :Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.6, s.1, 2016, 135-166.
- BRINIG, Margaret/
BUCKLEY, F.H.** :Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories, Indiana Law Journal, c.73, s.2, 1998, 393-427.
- BULUT, Harun** : Aile Hukukunda Velayet (Çocukla Kişisel İlişki Kurulması) ve Nafaka Davaları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- CANTIENI, Linus** : Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung: Eine empirische Untersuchung Schriftenreihe zum Familienrecht, 1. Auflage, Stampfli Verlag, Bern, 2007.

- CEYLAN, Ebru** :Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Ocak 2006.
- CEYLAN, Seldağ Güneş** :Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004 (CEYLAN,S.).
- ÇAKIR, Nagehan** : Türk Aile Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Ortak Velayet, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Eylül 2019.
- ÇELİK, Cemil** :Velayetin Kaldırılması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.54, s.1, 2004, 255-309.
- DURAL, Mustafa/**
- ÖĞÜZ, Tufan/**
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper** :Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 4.b., İstanbul, 2011.
- EDİS, Seyfullah** : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. b., Ankara, 1987.
- ELROD, Linda D./**
- DALE, Milfred D.** :Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: The Interests of Children in the Balance, Family Law Quarterly, c.42, s.3, 2008, 381-418.
- ENERGİN, Zümrüt** :Türk Hukukunda Müşterek Velayet Sorunu, İstanbul Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- ERBAY, İsmail** :Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Kanunu'ndaki Velayet Hakkının Kaldırılması

- (TMK. M. 348) Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.3, s.2, 2012, 11-61.
- ERDEM, Mehmet** : Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2.b., Ankara, Şubat 2019.
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 18.b., Ankara, 2015.
- ERLÜLE, Fulya** : Boşanmadan Sonra Birlikte (Ortak) Velayete İlişkin Güncel Gelişmeler, Bursa Barosu Dergisi, c.45, s.114, Aralık 2020, 59-68.
- ERLÜLE, Fulya** :Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.9, s.2, 2018, 259-284 (ERLÜLE, Ziyaret Hakkı).
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin** : Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.
- FOLBERG, Jay/**
- GRAHAM, Marva** :Joint Custody of Children Following Divorce, University of California Law Review, c.12, 1979, 523-581.
- GENÇCAN, Ömer Uğur** : Ortak Velayet, İzmir Barosu Bülten, y.27, 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Mart 2017, 24-30.
- GLOOR, Urs /**
- UMBRİCHT LUKAS, Barbara** : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3.b., Zürich, 2016.

- GRASSINGER, Gülçin Elçin** :Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md. 347, md.348), İstanbul, 2009.
- GRÜNDEL, Matthias** : Gemeinsames Sorgerecht, Lambertus Verlag, Born, 1995.
- GÜNEŞ, Zeynep Naz** :Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velayet, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s.150, Eylül-Ekim 2020, 157-178.
- GÜVEN, Kudret** : Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.4, s.1, Ocak 2018,12-64.
- HATEMİ, Hüseyin/**
- KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu** : Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2. b., İstanbul 2013.
- HELVACI, Serap/**
- ERLÜLE, Fulya** : Medeni Hukuk, Legal Yayıncılık, 3. b., Aralık 2014, İstanbul.
- İCAN ÖZTÜRKMEN, Yeşim** :Hakimin Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Samsun, 2015.
- İNCE, Nurten** :Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, y.9, s.34, Nisan 2018,189-229.

- İŞMEN GAZİOĞLU, Esra** :Gelişim Psikolojisi, Gelişim Psikolojisinde Aile ve Okul Etkileşimi, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2015, 233-260.
- KAHRAMAN, Süheyla** :Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- KARACA, Hilal** :Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2015.
- KASUTO, Mirey** :Boşanmış Ailelerin Çocuklarının Boşanmamış Ailelerin Çocuklarına Göre Öz Saygı ve Ruh Sağlığı Değişkenlerinin İncelenmesi, Işık Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017.
- KAYIHAN Şaban/**
- ÜNLÜTEPE, Mustafa** :Medeni Hukuk Bilgisi, Seçkin Yayıncılık, 4.b., Ankara, Eylül 2017.
- KESKİN, Dilşad** :Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velayet Hakkı (Uzatılmış Velayet), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.9, s.2, Aralık 2014, 27-60.
- KICALIOĞLU, Mustafa** :Ev Başkanının Sorumluluğu (MY. 469), Yargıtay Dergisi, c.31, s.3, Temmuz 2005, 251-292.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** : Aile Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, Ocak 2015.
- KILINÇ, Ayşe Nur** :Türk Hukukunda Koruyucu Aile Sözleşmesi ve Koruyucu Aile ile Çocuk Arasındaki Hukuki İlişkinin Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.28, s.3, 2020, 1217-1261.
- KIRCA, Çiğdem** :Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.50, s.1, 2001, 91-119.

- KİREMİTÇİ, Müge** :Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz** : Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004.
- KÖYLÜ, Mustafa** :Çocukluk Döneminde Dini İnanç Gelişimi ve Din Eğitimi, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, c.45, s.11, 2004, 137-154.
- KURT, Leyla Müjde** :Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.9, s.2, 2018, 157-186.
- MASON, Mary Ann** :The Roller Coaster of Child Custody Law Over the Last Half Century, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, c.24, 2012, 451-466.
- MATTHIESSEN, Stephanie** :Gemeinsame elterliche Sorge in scheidungssoziologischerPerspektive, Peter lang, Frankfurt am Main, 2004.
- MCNEELY, Cynthia A.** :Lagging Behind the Times: Parenthood, Custody and Gender Bias in the Family Court, Florida State University Law Review, c.25, s.4, 1998, 891-956
- MNOOKIN, Robert H.** : Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy, Law and Contemporary Problems, Duke University School of Law, c.39, s.3, 1975, 226-293.
- OĞUZMAN, Kemal/**
- DURAL, Mustafa** :Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 2.b., İstanbul,1998.
- ÖCAL APAYDIN, Bahar** :İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi, Bahçeşehir

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.11, s.145-146,
2016, 631-658.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa/

RUHİ, Ahmet Cemal

: Çocuk Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

ÖZDEMİR, Saibe Oktay

: Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı, Public and Private International Law Bulletin, c.35, s.1, 2016, 29-46.

ÖZLÜ, Hakkı

:Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Adil Yayınevi, Ankara, 2002.

ÖZTAN, Bilge

:Aile Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, 5.b., Ankara, 2004.

ÖZTAN, Bilge

:Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu, Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara, 2006, 251-260, (ÖZTAN, Birlikte Velayet).

ÖZTAN, Bilge/

ÖZTAN, Fırat

:Boşanmada Birlikte Velayet ve Birlikte Velayetin Uygulanmasına İlişkin Modeller, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.5, s.1, Nisan 2020, 2569-2608.

POLAT, Oğuz/

GÜLDOĞAN, Evin

:Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s.118, 2015, 243-254.

RUHİ, Canan/

RUHİ, Ahmet Cemal

:Velayet Hukuku (En Son Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları İle), Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017.

SAYMEN, Ferit Hakkı/

ELBİR, Halid Kemal

: Türk Medeni Hukuku, c.III Aile Hukuku, 2.b., İstanbul, 1960.

SCOOT, Elizabeth S./

DERDEYN, Andre

:Rethinking Joint Custody, Ohio State Law Journal, s.45, 1984, 455-498.

SCOOT, Elizabeth S.

:Pluralism, Parental Preference, and Child Custody, California Law Review, c.80, s.3, 1992, 615-672.

SERDAR, İlknur

: Birlikte Velayet, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.10, s.1, 2008, 155-197.

SEROZAN, Rona

:Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2. b., İstanbul, 2017.

STEEGH, Nancy Ver/

GOULD SALTMAN, Dianna

:Joint Legal Custody Presumptions: a Troubling Legal Shortcut, Family and Conciliation Courts Review, c.52, s.2, 2014, 263-270.

STEEL, Sean

: Having Your Cake and Eating It Too: The Law and Politics of Child Custody in Canada, University of Calgary, Department of Political, A Thesis Submitted To The Faculty Of Graduate Studies In Partial Fulfilment Of The Requirements For The Degree Of Master Of Arts, Calgary, 2001.

- SÜNDERHAUF, Hildegund** :Wechselmodell: Psychologie- Recht Praxis Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung, Springer Fachmedien, Wiesbaden, 2013.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi** : Türk Aile Hukuku, İstanbul,1966.
- TOKAT, Hüseyin** :Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.25, s.2, 2017, 523-575.
- TOKUŞ, Aylin** :Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- TORUN, Fuat** :Ebeveyn Yabancılaştırma Sendromu (Parental Alienation Syndrome), Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar- Current Approaches in Psychiatry, c.3, s.3, 2011, 466-482.
- TURANBOY, K. Nuri** :Anne ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma ve Sarf Etmek Hakkı, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, c.2, Ankara, 2010.
- TUTUMLU, Mehmet Akif** :Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2002.
- USTA SAYITA, Sevgi** : Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi, İstanbul, 1996.
- USTA, Sevgi** : Velayet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ÜNAL, Mehmet** :Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara,1979.

YAŞA, Ceren/

ÖZDEN YILDIRIM, Melis Seray :Ebeveynleri Boşanmış Yetişkin Bireylerin Kişilerarası İlişkilerinde Bağlanma Modelleri ile Ayrılma Kaygısının İlişkisi, Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, c.7, s.4, 2019, 267-278.

YAZICI, Ergün

:Türkiye’de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Bakım Yönteminde Yeni Yaklaşımlar, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, c.4, s.2, 2014, 247-270.

YILMAZ, Canan

:İsviçre Medeni Kanunu’nda 01.01.2017 Tarihli Revizyonla Aile Hukuku Alanında Gerçekleştirilen Temel Değişiklikler, İzmir Medeni Hukuk Günleri- II, Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri, 27-28 Nisan 2018, 15-18 (YILMAZ,C.).

YILMAZ, Hamdi

:İsviçre Çocuk Hukuku, Trabzon, 1995.

YILMAZ, Süleyman/

YILDIRIM, Abdulkerim

:Medeni Hukuk-I (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku- Aile Hukuku), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

YÖRÜKOĞLU, Atalay

:Çocuk Ruh Sağlığı (Çocuğun Kişilik Gelişimi, Eğitimi ve Ruhsal Sorunları), Özgür Yayınları, İstanbul, 2014.

ZEVKLİLER, Aydın/

ACABEY, Beşir/

GÖKYAYLA, K. Emre

:Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, 6.b., Ankara,1999.

ZIMMER, Angelika

:Das Sorge- und Umgangsrecht im Lichte der
Kindschaftsrechtsreform, Lit Verlag, Münster- Berlin,
2011.

İNTERNET KAYNAKLARI

Anayasa Mahkemesi Kararları: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarininkullanilmasinailiskin.pdf,

<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf>,

<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaraIliskinSozlesme.pdf>,

https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/26/AIHS_7.protokol.pdf,

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/>

<https://www.legifrance.gouv.fr>

<https://www.unicef.org/turkey/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>,

İzmir Medeni Hukuk Günleri- II Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri :

https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2018/03/A_LE-HUKUKU-sempozyum-17-nisan-2018.pdf

Lexpera İctihat Bankası: <https://www.lexpera.com.tr/>

Yargıtay Karar Arama: <https://karararama.yargitay.gov.tr>

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ, SINIRLARI, TARİHÇESİ, MUKAYESELİ HUKUKTAKİ YERİ VE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ, BENZERİ KURUMLARLA MUKAYESESİ

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ ve SINIRLARI

I. KONUNUN TAKDİMİ ve ÖNEMİ

A. KONUNUN TAKDİMİ

Bu çalışmanın konusunu “Ortak Velayet” oluşturmaktadır. Velayet konusu, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun İkinci Kitabı olan Aile Hukuku başlığı altında düzenlenmiştir. Ortak velayet ise, mevzuatımızda ayrıca düzenlemesi yapılmamış olmakla beraber, öğretide ve yargı kararlarında sıkça tartışılan bir konu haline gelmiştir. Keza başta mehz İsviçre Medeni Kanunu olmak üzere Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde de ortak velayet uygulaması tartışmalara konu edilmiş ve bugün pek çok ülkede yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Çalışma içinde ortak velayetin yasal olarak düzenlendiği ülke hukukları da incelenmiş, geçmişten günümüze ortak velayetin geldiği nokta detaylı biçimde açıklanmıştır.

Boşanan çiftlerin çocuklarının yaşadığı problemlerin temel sebebi, boşanma sonrası anne ve babaları ile aynı evde yaşamayacak olmalarıdır. Velayeti anne veya babasına bırakılan çocuk diğer ebeveynini mahkeme kararıyla belirlenen gün ve saatte görebilecektir. Haliyle, yanında yaşadığı ebeveyne nazaran öteki ile daha az vakit geçirecektir. Tabi sırf çocukların anne ve babası ile aynı evde yaşamını sürdürmeye devam etmesi, böylelikle bahsedilen problemleri yaşamaması için eşlerin boşanmaması ve adeta bir evliliği sürdürmeye mecbur bırakılması düşünülemez. Ortak velayet modeli, işte tam da bu noktada bir çözüm olarak ortaya çıkmıştır. Birçok ülkenin yasa koyucusu da bu şekilde düşünmüş olacak ki, ortak velayeti yasalaştırmıştır.¹

Türk Hukuku’nda ortak velayet hususundaki tartışmaların temelinde Türk Medeni Kanunu’nun 336. maddesinin III. fıkrası yer almaktadır. Tartışmaların bir kısmı hükmün emredici olup olmadığı konusuna yoğunlaşmakta; diğer kısmı ise, II. fıkra ile III. fıkra

¹ bknz. 8-13.

arasında bir çelişki olup olmadığına yönelmektedir. TMK m. 336/III’ de yer alan; “*velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*” hükmünden, boşanmada velayetin çocuğun bırakıldığı tarafa ait olduğu anlaşılmaktadır. TMK m. 336/II’ de ise “*ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hâkim, velayeti eşlerden birine verebilir*” ifadesi yer almaktadır. Bu fıkradan çıkan sonuç; eşlerin ortak hayata son vermesi veya ayrılması halinde aslolan, evlilik birliği içerisindeki gibi eşlerin velayeti birlikte sürdürmeleridir. Bununla birlikte, velayetin eşlerden birine de bırakılabileceği öngörülmüştür. Buradaki soru şudur: Ortak hayata son verilmesi veya ayrılık hali hangi gerekçe ile boşanmadan farklı değerlendirilmiştir? Ortak hayata son verilmesi veya ayrılık hali söz konusu olduğunda kural eşlerin çocuk üzerindeki birlikte velayetinin devamı; istisna ise, tek başına velayettir. Bu kural ve istisna boşanma sonrası ortak velayet niçin düşünülmemiş, göz ardı edilmiş sorusunu akla getirmektedir.

Ortak velayete ilişkin bir başka tartışma ise, AİHS’e Ek 7 No.’lu Protokol’ün 2016 yılında yürürlüğe girmesinin ardından ortaya çıkmıştır. Bu Protokol’ün “Eşler Arasında Eşitlik” başlıklı 5. maddesi tartışmanın odak noktasıdır. Bir kısım hukukçu², bu maddenin TMK m. 336/III’ü örtülü olarak ilga ettiğini öne sürmüştür. Böylece, ortak velayeti engelleyen hükmün ortadan kalktığı savunulmuştur.

Bunların dışında, ortak velayetin uygulanabilirliğinin olmadığı; uygulanabilirliği kabul edildiğinde ise, ne şekilde uygulanacağı yönünde tartışmalar da mevcuttur. Ortak velayeti uygulanamaz görenler, eşlerin boşanmaları halinde genellikle aynı konutta ikamete devam etmeyecekleri ve bu sebeple, evlilik birliği içerisindeki gibi velayetin ortak kullanılamayacağı fikrine dayanmaktadır. Ne şekilde uygulanacağı konusundaki tartışmalar ise, çocuğun ikametgahına yöneliktir.³

Boşanma sürecinde ve boşanma gerçekleştikten sonra çoğu zaman birbirine karşı öfke duygusu besleyen çiftler, bu öfkeyi diğerine karşı müşterek çocuk üzerinden gidermeye çalışmaktadır. Velayet savaşları olarak tabir edilen durum ise, aslında bu öfkenin en somut görünümüdür. Boşanma sürecinde çocuklarına diğer ebeveyni kötüleyen ve böylece çocuğu boşanma sonrası kendi yanında yaşamaya ikna etmeye çalışan anne veya baba boşanma gerçekleştikten sonra da bu tutuma devam edebilmektedir. Velayet kendisine bırakılan ebeveynin diğer ebeveyn ile çocuğun kişisel ilişki kurmasına engel olmaya çalıştığı, çocuğa yaptığı kötölemeler ile diğer ebeveyne karşı negatif bir tutum sergilemeye yönelttiği çoğunlukla karşılaşılan bir durumdur. Tek başına velayet sahibi anne veya babanın çocuk

² GENÇCAN, 26.

³ WALPER, 106.

üzerinde onun eğitimi, bakımı, mal varlığı gibi konularda tek başına karar mercii, tek el hakkı sahibi olması hem çocuğun hem de velayet sahibi olmayan tarafın aleyhine sonuçlar doğurmaktadır.

B. KONUNUN ÖNEMİ

Her geçen gün boşanan çiftlerin sayısının arttığı yadsınamaz bir gerçektir. Boşanmaların eşler bakımından çeşitli sosyal ve psikolojik sonuçları olmakla birlikte, bu sonuçlar bazen boşanan çiftlerden çok onların müşterek çocuklarını etkilemektedir. Öyle ki, boşanan çiftlerin çocukları hayatının geri kalanında çeşitli uyum problemleri ve daha pek çok psikolojik sorun yaşayabilmekte, kimi zaman evlilik kurumuna karşı oluşan önyargısı nedeniyle hayat boyu evlilikten adeta köşe bucak kaçmaktadır.⁴ Hâlbuki çocukların eşlerin ne anlaşmazlık yaşamasında ne de bu anlaşmazlıkların boşanma noktasına taşınmasında bir etkileri bulunmamaktadır; onlar, bir evlilik içerisinde her zaman en masum ve bu yüzden en korunmaya muhtaç olanlardır.

Tek başına velayet modelinde, ebeveynlerden yalnız biri çocuğun velayetine sahip olur. Bu modelde çocuğu ile ayrı yaşayan ve onunla sadece kişisel ilişki kurabilen ebeveynin çocuğunun hayatından soyutlanması, sanki çocuk sadece velayet sahibi tarafın çocuğuymuş gibi bir durumun oluşması gerek ulusal gerek uluslararası mevzuatta öngörülen “çocuğun üstün yararı” prensibi ile bağdaşmaz. Zira bu durum çocuğun boşanma ile yaşadığı psikolojik durumu daha da çıkmaza sokmakta ve çocuk velayet sahibi olmayan ebeveyni kaybetmiş hissine kapılabilmektedir.⁵

Ebeveynler açısından bakıldığında ise, tek başına velayet modelinde iki ebeveynin birinin sahip olduğu velayet kaldırılır. Bu durum hem velayetten doğan haklarını kullanmasına engel olur hem de çocuk üstündeki yükümlülüklerin tamamının velayet kendisine bırakılan tarafa kalması sonucunu doğurur. Çocuk üstündeki hakları kaybeden ebeveynin bu kaybı; velayet sahibi ebeveynin ise, bir anda çok daha fazla sorumluluk üstlenmesi her ikisi açısından da olumsuz bir sonuç olarak değerlendirilebilir.

Bir çocuğun ebeveynleri ile sağlıklı ve güçlü ilişkiler içinde olması gelecek yaşantısını, karakterini belirleyen en önemli faktördür. Tek başına velayet uygulandığı takdirde çocuğun her iki ebeveyni ile de güçlü ilişkiler kurması pek mümkün görülmemektedir. Zira velayetten yoksun kalan ebeveyni ile ayrı yaşayacağı gibi, onu sadece mahkemece belirlenen sınırlı

⁴ YAŞA/ÖZDEN YILDIRIM, 276.

⁵ BRINIG/BUCKLEY, 392.

sürelerle görebilecek ve bu ebeveyn hayatı hakkındaki kararlarda söz sahibi dahi olmayacaktır. Bu durum, ebeveynin çocuğu, çocuğun da ebeveyni kaybetmiş hissetmesine neden olabilir.

Tek başına velayet sonucu, her biri bir ailenin üyesi olan kişilerden oluşan toplum da zarar görebilir. Bir toplumu meydana getiren kişilerin aile bağları kuvvetli, manevi yönden doyum sağlamış bireyler olması; o toplumun da birbirine bağlı, güçlü bir toplum olmasını sağlar.

Belirtilen tüm sebeplerle, çocuğun boşanmadan en az derecede etkilenmesi sağlanmalıdır. Ortak velayet modeli, bu etkiyi en aza indirme işlevini haizdir. Bu nedenle, önemi büyüktür.

II. KONUNUN SINIRLARI

Bu çalışmada boşanma sonrası ortak velayet konusu incelenmiştir. Evlilik birliği içerisinde eşlerin birlikte yürüttüğü velayet konu dışında kalmaktadır. Boşanma halinde ortak velayet incelemenin özünü oluşturmakla beraber çalışma içerisinde evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların ortak velayeti konusu da ayrı bir başlık altında ele alınmıştır.

Çalışmada ortak velayetin tarihçesi adlı bir başlık bulunmaktadır. Bu başlıkta geçmişten bugüne velayetin ve ortak velayetin geldiği nokta değerlendirilmiştir. Bununla birlikte, 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi içerisinde yer alan velayete ilişkin hükümlere değinilmemiştir.

Çalışma içerisinde yeri geldikçe velayete hakim olan ilkelere değinilmişse de bu ilkeler ayrı bir başlık altında incelenmemiştir. Tek başına velayet modeli ile ortak velayetin çeşitli yönleriyle kıyaslandığı bir başlık bulunmaktadır. Bununla birlikte, tek başına velayet modeli ayrı bir başlık altında ele alınmamıştır. Tek başına velayet modelinde velayetin üzerinde bırakılacağı ebeveynin belirlenmesinde göz önünde bulundurulan kriterler ve velayetin belirli şartlarda değıştırilmesi, konu dışı olduğundan incelenmemiştir.

Ortak velayetle ilişkili görülen uluslararası düzenlemelere çalışma içerisinde yer verilmiş, fakat bu düzenlemeler ayrı başlıklar altında ele alınmamıştır. Ek olarak, Milletlerarası Özel Hukuk alanına giren yabancı mahkemelerce verilen ortak velayete ilişkin kararların tanıma ve tenfiz şartları inceleme dışında kalmaktadır. Bunlardan yalnız Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmama şartından söz edilmiştir.

Ortak velayetin uygulanması ve uygulanmaması hallerine ilişkin sonuçlardan yeri geldikçe bahsedilmiştir. Buna karşın, ortak velayetin sağlayacağı öngörülen faydalar yahut sebep olma ihtimali bulunan zararlar ayrı bir başlıkta ele alınmamıştır.

§2. ORTAK VELAYETİN TARİHÇESİ, MUKAYESELİ HUKUKTAKİ YERİ VE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

I. ORTAK VELAYETİN TARİHÇESİ

Bugüne kadar yapılan velayet düzenlemeleri dört ayrı döneme ayrılarak incelenmiştir. Bu dönemlerin ilkinde, velayet babanın doğal hakkı olarak görülmüş, velayet konusunda ataerkil bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu yaklaşım, 19. yüzyılın sonlarına kadar egemen olmuş, ebeveynler arasında çıkan velayet uyuşmazlıkları babanın çocuğun kanuni velisi olduğu kuralına göre çözülmüştür.⁶ Belirtildiği gibi, ataerkil bir bakış açısının egemen olduğu bu dönemde baba, evin ekonomisinden sorumlu ve kararları alan kişi olarak görülmektedir. Anne ise, çocuk hakkındaki kararları alabilecek yeterlilikte görülmemektedir.⁷ Velayetin anneye verilmesinin neredeyse imkansız olduğu bu dönemde, ancak babaların velayeti yönetme konusunda uygunsuz görülmesi halinde velayet anneye bırakılmaktadır.⁸

19. yüzyılın ortalarından 20. yüzyılın ortalarına kadar süren dönemde ise, duyarlı yıllar doktrini olarak isimlendirilen⁹, velayette annenin öncelikli olarak tercih edildiği bir tavır sergilenmiştir. Bu tutumun temelinde Sanayi Devrimi'nin olduğu düşünülmektedir. Zira gelişen sanayi sonucu iş hayatında aktif rol alan ve evlerinden uzaklaşan babaların yerini, çocuklarıyla ilgilenen anneler almıştır. Annenin çocuk yetiştirme konusundaki rüşdünün ispatı olarak kabul edilen bu durum, yasal düzenlemeler yapılırken göz önüne alınmıştır.¹⁰ Velayette annenin tercih edilmesinde çocuğun yaşının küçüklüğü önemli bir kriter olmakla birlikte, bu dönemde genel olarak tüm yaş gruplarındaki çocukların velayetinde anne tercih edilmiştir. Bunun nedeni, annenin doğuştan anaç bir yapıya sahip olmasıdır. Aynı zamanda anneler, masumluğun ve erdemın simgesi olarak görülmüştür.¹¹ Duyarlı yıllar doktrini, gerek feminist gruplar gerek babalar tarafından eleştirilmiştir. Feminist gruptakiler, velayette anne tercihinı kadınların kariyer yapmaları önünde bir engel olarak görmüştür.¹² Bununla birlikte, anneliği yüceltme adı altında çocukların anneye bağımlı hale getirildiği ve

⁶ KAHRAMAN, 10.

⁷ MCNEELY, 897.

⁸ İCAN ÖZTÜRKMEN, 62.

⁹ KAHRAMAN, 11.

¹⁰ STEEL, 20.

¹¹ MNOOKIN, 235.

¹² STEEL, 25.

bu durumun anti feminizme hizmet ettiği savunulmuştur.¹³ Babalar ise, velayet ilişkisinin dışında tutulmalarını mahrumiyet olarak görmüşler ve bu tutumun değişmesi gerektiğini savunmuşlardır.¹⁴

Velayet düzenlemelerindeki bir diğer dönem, evlilik birliğinin sona ermesinde kusursuz olan tarafın velayetten doğan yükümlülükleri layıkıyla yerine getirebileceği kabul edilen dönemdir. Bu dönemde çocuğun velayetinin tevdiinde çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinde ehil olan taraf değil; boşanmada kusursuz addedilen tarafın tercih edilmiştir.¹⁵ Kusursuzluğun temel alındığı bu dönem, velayeti elde edebilmek için tarafları yalan beyanda bulunmaya yönelttiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹⁶

Velayet düzenlemelerinde son dönem ise, çocuğun yararının esas alındığı dönemdir. Çocuğun üstün yararını gözeten hâkim, çocuğun madden ve manen ihtiyaçlarının karşılanmasında hangi ebeveynin daha yeterli olduğuna karar verecektir.¹⁷ Kanaatimizce, velayet düzenlemelerine ilişkin belirtilen dönemlerin içinde en doğru kriter bu dönemde belirlenmiştir. Ancak çocuğun yararının esas alındığı bu dönem dahi eleştirilmiştir. Bu eleştirilere gerekçe olarak, hâkimin geçmişteki olayları göz önünde bulundurmamak suretiyle çocuğun yararının hangi ebeveynin velayeti altında bırakılarak tespit edeceği gösterilmiştir. Geçmişteki olaylar göz önüne alınarak gelecek hakkında tahminde bulunmanın doğru olmadığı ifade edilmiştir.¹⁸

Boşanmalarda meydana gelen artış ve geleneksel cinsiyet rollerinde yaşanan değişim sonrası, velayete bakış açısı da değişmiştir. Özellikle 20. yüzyılın ortalarından itibaren çocukları ile daha fazla vakit geçiren, onlarla ilgilenen baba modelinin varlığı, bunun yanı sıra annelerin iş hayatında aktif olarak yer almaları karşısında, ebeveynlerin çocuk yetiştirirken işbirliği halinde olmaları gerekliliği ortaya çıkmıştır.¹⁹ Bu gerekliliğin sonucu olarak, ilk olarak 1957 yılında ABD'nin Kuzey Karolina Eyaletinde, çocuğun yararına olduğu anlaşıldığı takdirde ortak velayete karar verilebileceğine yönelik düzenleme yasalaşmıştır.²⁰ Zaman içerisinde pek çok hukuk sisteminde yer bulan ortak velayet, belirtilen toplumsal gelişmelerin tümünün hukuk üzerindeki yansıması olarak nitelendirilebilir.

¹³ MASON, 456.

¹⁴ SCOTT, 616.

¹⁵ STEEL, 21.

¹⁶ KAHRAMAN, 10.

¹⁷ ELROD/DALE, 392.

¹⁸ SCOTT/DERDEYN, 468.

¹⁹ ÇAKIR, 49.

²⁰ KAHRAMAN, 14.

Gerek TMK gerek 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde eşlerin boşanması halinde velayetin ortak kullanılabilmesine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Türk Hukukunda uzun yıllardır ortak velayetin tartışmaya konu edilmesine sebep olarak TMK m. 166, 182 ve 336'daki düzenlemeler gösterilmektedir. Anılan maddelere ilişkin tartışmalar çalışmanın ilerleyen bölümlerinde aktarılmıştır.²¹

II. ORTAK VELAYETİN MUKAYESELİ HUKUKTAKİ YERİ VE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

A. AMERİKAN HUKUKU

Amerika Birleşik Devletleri ortak velayet hakkında kanuni düzenlemeler yapan ilk ülkedir. 1957 yılında Kuzey Karolina eyaletinde, olayın özelliklerinden ortak velayetin çocuğun üstün yararına hizmet ettiğinin açıkça anlaşılması koşuluyla buna izin veren düzenleme yürürlüğe girmiştir.²² Amerikan Hukukunda velayet konusunda “fiziki velayet” ve “hukuki velayet” olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiştir. Fiziki velayet; çocuğun yanında yaşadığı ebeveynin sahip olduğu velayet şeklidir. Hukuki velayet ise, çocuğun eğitimi, tıbbi bakımı gibi konularda karar alma yetkisi olarak ifade edilmektedir. Bu velayet türlerinin ikisine birden tek bir ebeveyn sahip olabileceği gibi ortak olarak verilmesi de mümkündür. Türk Hukuku uygulamasında olduğu gibi Amerika'da da tek tarafa bırakılan velayet söz konusu olduğunda çocuk velayetin kendisine bırakıldığı veli ile yaşamakta; diğeri ile de görüşme hakkına sahip olmaktadır. Bu halde, velayet sahibi ebeveyn çocuğu ilgilendiren konularda karar verme yetkisine sahip olmaktadır.²³

Çocuğun velayetinin tevdi edilmesi yanında ziyaret hakkı konusunda da çocuğun üstün yararını temele alan ABD'de eyaletler arası farklılık göstermekle beraber, çocuğun ebeveyn ile ilişkisi nazara alınarak karar verilmektedir. Örneğin, Florida, Wisconsin, Minnesota, Oklahoma gibi eyaletlerde çocuğun ebeveyn tarafından şiddet görmesi velayetin bırakılması ve hatta ziyaret hakkına engel olabilmektedir. Belirtilmelidir ki, şiddet konusunda da çeşitli kriterler vardır. Örneğin; Oklahoma'da sadece “açık ve cezalandırılmış” olan şiddet bu kapsamda değerlendirilirken, Minnesota ve Wisconsin'de cezalandırılmış olmasa da “kanıtlanabilen şiddet” velayetin tevdiine engel oluşturmakta yeterli görülmektedir. Louisiana ise, kanaatimizce son derece çağ dışı bir uygulamaya yer

²¹ bknz. 26-35.

²² KAHRAMAN, 14.

²³ GÜVEN, 28-29.

vermiş ve şiddetin vücutta ciddi yaralanmaya sebep olması veya en az iki şiddet olayının kanıtlanması koşulunu velayetin tevdiine engel kabul etmiştir.²⁴ Şiddetin hiçbir türü kabul edilemeyeceği gibi kendini savunma konusunda belki de en aciz varlıklar olan çocuklara uygulanan şiddetin bu tip bir koşulla adeta “bir kereden bir şey olmaz” noktasına getirilmesi katiyen kabul edilemez.

B. FRANSIZ HUKUKU

Fransız Hukuku’nda 80’li yılların sonunda istisna olarak düzenlenen ortak velayet uygulaması, 1993 yılında revizyon sonucunda Fransız Medeni Kanunu m. 287 ile kural halini almıştır. 2002 yılında yine bir değişiklikte bu kez m. 373/2.1’de boşanma veya ayrılık halinde ortak velayet düzenlenmiş, çocuğun yararı gerektiriyorsa velayetin ayrılan ana babadan birine verilebileceği hükme bağlanmıştır.²⁵ Maddenin devamında ziyaret ve birlikte kalma hakkının kullanımının veliler tarafından haklı neden olmadıkça reddedilemeyeceğine yer verilmiştir. Yine bu maddede velayet hakkını kullanmasa bile ana veya babanın, çocuğun bakımını ve eğitimini denetleme hak ve sorumluluğunun devam edeceğine, çocuğun hayatı ile ilgili önemli konularda velayet sahibi olanın diğerini bilgilendirmesi gerektiğine yer verilmiştir.²⁶ Çocuğun yararı gerektiriyorsa velayetin ana veya babadan birine tevdi edilebileceği yönündeki ilk fıkradan çıkan sonuç, ortak velayetin Fransız Hukuku’nda kural olduğudur. Çocuğun yararı aksini gerektiriyorsa, velayet taraflardan birine verilebilmektedir.

C. ALMAN HUKUKU

Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu 03.11.1982 tarihli kararla o tarihe kadar yapılan ortak velayete ilişkin başvurular sonuçlanmış ve ortak velayetin önünde engel olarak görülen Alman Medeni Kanunu’nun 1671. maddesi, Federal Alman Anayasası m.6’ya aykırı görülmüştür. Verilen bu ilke karar sonrası Alman Medeni Kanunu’nda ortak velayet düzenlemesi yapılmıştır. Yapılan düzenleme uyarınca, boşanma ve ayrılık halinde aslolan ortak velayettir. Yani, boşanma halinde müşterek çocuğun velayetinin düzenlenmesine ilişkin ayrı bir karar verilmesine gerek olmaksızın, evlilik birliği devam ediyormuşçasına velayet ortak kullanılır. Mahkemenin velayet hakkında karar vermesine

²⁴GÜVEN, 29.

²⁵İNCE, 203.

²⁶<https://www.legifrance.gouv.fr>, E.T. 21.12.2020.

gerek olmamasının iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ebeveynlerin velayeti birlikte kullanmak istememesidir. Bu halde, ebeveynlerin bu yönde bir talepte bulunmaları gerekmektedir. Talep var ise, mahkemenin velayet hakkında karar vermesi söz konusu olur. Diğer istisna ise, çocuğun yararının tehlikeye düşmesidir. Daima çocuğun yararı üstün tutulduğundan böyle bir halde mahkeme re'sen velayet hakkında bir karar verir.²⁷

Alman Medeni Kanunu m. 1687'de çocuğun yanında yaşadığı velinin günlük hayatın gerektirdiği işlerde karar verme yetkisine yer verilmemiştir. Hayatın olağan akışında boşanan velilerin ayrı yaşamaya başlayacaktır. Bu durumda, ortak velayete konu müşterek çocuk hakkında alınacak her kararın ortak alınmasının güçlüğü bariz olduğundan bu şekilde bir düzenleme önemlidir. Alman Medeni Kanunu'nda kanaatimizce çok önemli bir düzenleme daha yapılmıştır. Bu düzenlemede, istisnai olarak tek başına velayete hükmedildiğinde dahi çocuk hakkındaki önemli kararlarda velayet sahibinin diğer taraf ile uyumlu hareket etmesi gerektiği öngörülmüştür. Çocuğun eğitim alacağı okulun belirlenmesi, bir başka yere taşınma, büyük ameliyatlara karar verme gibi kararlar önemli kararlar arasında gösterilmektedir.²⁸

Alman Hukukunda ortak velayet salt evlilik içinde doğan çocuklar için değil; aynı zamanda, evlilik dışı doğan çocuklar için de mümkündür. Buna göre, evlilik dışı doğan çocuğun ortak velayet altına alınabilmesinin çeşitli yolları vardır ve bu yollar m. 1626/a'da öngörülmüştür. Bunlardan ilki, ana babanın çocuğun velayetini birlikte almak istedikleri yönündeki irade açıklamasıdır. İkincisi, ana babanın birbiriyle evlenmesidir. Sonuncusu ise, aile mahkemesinin ortak velayete hükmetmesidir. Alman Medeni Kanunundaki evlilik dışı doğan çocuğun velayetinin kural olarak anneye ait olduğu ve velayetin baba tarafından üstlenilmesinin anne ölmedikçe yahut velayetten yasaklanmadıkça ancak onun onayı ile mümkün olduğu yönündeki düzenleme Federal Anayasa Mahkemesinin 21.07.2010 tarihli kararı ile Alman Anayasası m. 6/2'ye aykırı bulunmuştur. Anayasanın belirtilen fıkrasında çocukların bakımı ve yetiştirilmesi, ebeveynin doğal hakkı ve en önde gelen yükümlülüğü olarak düzenlenmiştir. AİHM'in de bu yönde karar vermesi üstüne 16.04.2013'te Evli Olmayan Ana Babanın Velayet Hakkının Reformu Hakkında Kanun ile babanın anne onayı olmadan Gençlik Dairesine başvurarak ortak velayet kararı aldirabilmesinin önü açılmıştır. Fakat annenin bu talebe itiraz hakkı bulunmaktadır.²⁹

²⁷ İNCE, 201.

²⁸ GÜVEN, 25.

²⁹ GÜVEN, 22-26.

D. İSVİÇRE HUKUKU

İsviçre Medeni Kanunu mehzaz kanun olması nedeniyle ortak velayet konusunda İsviçre Hukukunda yaşanan gelişmeler ülkemiz bakımından bir hayli önem arz etmektedir. Bu gelişmeleri temelde ikiye ayırmak gerekirse, bu ayrımı 2000 öncesi ve 2000 sonrası olarak yapmak mümkündür.

2000 öncesi dönemde, 01.01.1978’de yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanunu m. 297 ile TMK m. 336 ile tamamen örtüşmektedir. Bilindiği üzere, anılan maddelerde evlilik birliği devam ettiği sürece ana babanın velayeti birlikte kullanacağı, ortak hayata son verilmesi veya eşlerin ayrılması halinde ise hâkimin velayet yetkisini eşlerden birine tek başına verebileceği öngörülmüştür. Maddenin son fıkrasında ise, boşanma halinde velayetin çocuk kendisine bırakılan eşe ait olduğu hükmü yer almaktadır. Çocuğun evlilik dışı ilişkiden doğmuş olması halinde ise, velayetin ne olacağı konusunda gerek İMK m. 298 gerek TMK m. 337 aynı biçimde düzenlenmiştir. Yani, ana baba evli değilse velayetin anneye ait olduğu, fakat annenin küçük, kısıtlı yahut kendisinden velayet hakkı kaldırılmış olması halinde vesayet makamının çocuğa bir vasi tayin edeceği veya çocuğun yararı gerektiriyorsa velayetin babaya verileceği öngörülmüştür.

01.01.2000 tarihinde İMK’da yürürlüğe giren değişiklikle ise, m. 297’nin ilk iki fıkrasında bir değişiklik olmamakla birlikte, boşanma halinde müşterek çocuğun velayetinin ne olacağını düzenleyen son fıkrada bir değişikliğe gidilmiştir. Son fıkra şu şekilde düzenlenmiştir: *“Eşlerden birinin ölümünden sonra velayet yetkisi sağ kalan eşe kalır, boşanma halinde ise mahkeme boşanma hükümlerine göre karar verecektir”*. 2000 yılında yürürlüğe girmek üzere 1998 yılında yapılan değişiklik bununla da sınırlı kalmayıp evlilik dışı çocukların ortak velayetinin mümkün olduğuna dair bir düzenleme de getirilmiştir. Bu düzenleme ile anne ve babanın ortak çocuğun bakımına ilişkin katkıları ve bakım masrafları hususunda anlaşmalarına dair kabul edilebilir ve çocukların yararına olan bir anlaşmayı vesayet makamına sunarak ortak velayet talebinde bulunmaları şartıyla, talebin kabul edileceği öngörülmüştür.³⁰ Görüldüğü üzere, 2000 yılında yürürlüğe giren revizyonla her ne kadar gündeme gelmiş ve düzenlenmişse de, ortak velayet belirli şartların varlığı halinde mümkün görülen istisnai bir uygulama olmaktan öteye gidememiştir. Yani, tek başına velayet kuralı olarak kalmış; ortak velayet istisna olarak uygulanmıştır.³¹

³⁰ GRÜNDEL, 180; ÖCAL APAYDIN, 642.

³¹ CANTIENI, 97.İK

2014 yılında yürürlüğe giren İMK değişikliğinde ise, kuralın ortak velayet olduğuna açıkça öngörülmüş, çeşitli maddelerde bunu kanıtlayan ifadeler yer verilmiştir. Örneğin; m. 296/II’de yer alan çocukların küçük iken ana ve babasının ortak velayeti altında olduğuna yönelik ifade açıkça, ebeveynlerin medeni hali fark etmeksizin, yani gerek evlilik birliği içinde gerek boşanma sonrası çocuğun ortak velayet altında olduğu şeklinde anlaşılmaktadır. Yine m. 298/I’de yer alan “*mahkeme boşanma veya evliliğin korunması tedbiri kapsamında, çocuğun menfaatinin korunması için gerekli ise ana ve babanın velayeti tek başına kullanmasına hükmeder.*” ifadesi lâfzî olarak yorumlandığında ortak velayetin kural olarak benimsendiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde, m. 298a/I’de “*ana ve baba evli değil veya çocuğun babası bilinmiyor veya çocuğun soybağı ilişkisi mahkeme kararı ile belirlenmiş ise, mümkünse karar aşamasında ortak velayete hükmedilir. Bu mümkün değilse ana ve babanın daha sonra birlikte talep etmeleri halinde yine ortak velayet kararı verilir.*” denilmektedir. Bu hüküm ortak velayeti öncelikli olarak benimsemiştir. İsviçre Hukuku’nun bugün geldiği noktada kural ortak velayet, istisna tek başına velayettir. Unutulmamalıdır ki; çocuğun üstün yararını korumayı amaçlayan düzenlemelerin bir gereği olarak çocuğun yararı ebeveynlerden birinin tek başına velayetini gerektirdiği hallerde bunun uygulanması gerekmektedir.³²

İMK’da bir de 01.01.2017’de yürürlüğe giren bir değişiklik daha yapılmıştır. Bu değişiklikle ortak velayetin kural olarak benimsenmesinin ardından sıklıkla tartışılan bir konuya açıklık getirilmiştir. Alternatif himaye (alternierende Obhut) olarak adlandırılan ve İMK m. 298/II’de düzenlenen kavram ortak velayet altındaki çocuğun ebeveynlerinden hangisiyle birlikte yaşayacağı probleminde yol gösterici olmuştur. Belirtilen fıkrada denilmektedir ki, “*birlikte velayet halinde mahkeme, ebeveynlerden birinin veya çocuğun istemi üzerine çocuğun yararı anlamında, alternatif himayenin mümkün olup olmadığını inceler.*” Velayet ile alternatif himaye kavramları birbirinden farklı kavramlardır. Bilindiği üzere, velayet kavramı çocuğun şahıs varlığına ve malvarlığına ilişkin önemli konularda karar verme yetkisi ve görevi olarak tanımlanabilirken; alternatif himaye, ortak velayet altındaki çocuğun ebeveynleri yanında dönüşümlü olarak yaşaması, günün, haftanın yahut ayın belirli bölümlerini sürekli olarak yanında yaşamadığı ebeveyni ile yaşayarak geçirmesi şeklinde tanımlanabilir. Ortak velayet ile amaçlananın çocuğun üstün yararı olması gibi alternatif himaye ile de amaçlanan budur. Ortak velayetin uygulandığı her zaman alternatif himaye de bunun uzantısı olarak uygulanacak diye düşünülmemelidir. Maddede belirtildiği

³² İNCE, 205.

üzere, ebeveynler yahut çocuk tarafından alternatif himaye talep edilmezse veya mahkeme çeşitli sebeplerle alternatif himayenin çocuğun yararına olmadığı kanaatindeyse alternatif himaye uygulanmaz.³³

³³ YILMAZ, C. , 15-16.

§ 3. BENZERİ KURUMLARLA MUKAYESESİ

I. TEK BAŞINA VELAYET İLE MUKAYESESİ

En yalın anlatımla velayet, kural olarak küçüklerin, istisnai olarak kısıtlıların bakım ve korunmasının sağlanması amacıyla, onların şahıs ve malları üzerinde anne ve babanın sahip olduğu yükümlülük ve haklar bütünüdür.³⁴ TMK m. 335 uyarınca, ergin olmayan çocuklar ve kısıtlanan erginler, hâkim vasi atmasına ve dolayısıyla vesayet altına alınmasına hükmetmedikçe, anne ve babalarının velayeti altındadır. Burada kastedilen evlilik birliği süresince anne ve babanın velayeti ortak kullanılacağına dair TMK m. 336/I hükmüdür. Unutulmamalıdır ki, velayet hakkı, salt anne ve/veya babaya tanınmış, onların tekelinde olan bir haktır. Anne ve baba dışındaki kişilerin velayet hakkına sahip olmasına imkan yoktur.³⁵

Türk Hukukundaki düzenleniş biçimiyle boşanma halinde velayet hakkı, çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir (TMK m. 336/I). Bu ise, tek başına velayet adımı verdiğimiz kurumdur. Yine ortak hayata son verilmesi veya ayrılık halinde hâkimin velayeti taraflardan birine tevdi edebileceği yönünde m. 336/II hükmü mevcuttur. Adından da anlaşıldığı üzere, tek başına velayette velayet hakkı sahibi ebeveyn tektir. Diğer ebeveyn ise, çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkını haizdir (TMK m. 323). Velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin hakları yanında yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu yükümlülükler maddi konulara ilişkin olup TMK m. 330 gereğince her ay peşin olarak ödenmesi gereken çocuğun bakım ve eğitim giderlerine katılma nafakası, diğer bir deyişle iştirak nafakası buna örnektir.

Eşlerin boşanmasına hükmedilen aile mahkemesi kararlarında, müşterek çocuğun velayetinin kime bırakılacağına tespit edildiği ve velayet hakkı kendisine bırakılmayan eş lehine belirlenen gün ve saatlerde çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanındığı bilinmektedir. Bu kişisel ilişki kurulurken hem velayet hakkı sahibi ebeveynin sosyal hayatını etkilemeyecek hem de diğer tarafın çocuğu ile kurması gereken sevgi ve şefkat bağına engel olmayacak derecede uygun ve yeterli bir zaman aralığı belirlenmesi önem arz etmektedir.³⁶

Tek başına velayet ile ortak velayetin birçok yönden kıyası mümkündür. Bunlar, benzerlikleri yanında farkları da bulunan iki farklı velayet türüdür. Kıyası manevi yönden yapacak olursak; tek başına velayet, velayet kendisine bırakılan ebeveynin müşterek çocuğa

³⁴ ÖZTAN, 625; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 1117.

³⁵ ÖZTAN, 633.

³⁶ Y2HD, T. 24.12.2020, 2020/6451 E. , 2020/6881 K, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T. 10.01.2021.

ilişkin tüm yükü tek başına sırtladığı, sahip olduğu hakkın yanında pek çok sorumluluğu ve külfeti de içermesi sebebiyle bu sorumluluk altında çoğu zaman ezildiği bir uygulamadır.³⁷ Tek başına velayetin psikolojik açıdan yarattığı sorunlar da vardır. Psikiyatrik literatürde “ebeveyn yabancılaştırma sendromu” şeklinde adlandırılan sendrom, boşanma sonrası yaşanan velayet savaşlarının müşterek çocuk üzerindeki etkilerini konu edinmektedir. Bu sendrom basit bir anlatımla; velayet hakkı sahibi ebeveynin diğer tarafa yönelen sistemli saldırısı, çocuğun gözünde onu kötü göstermesi, bir nevi itibarsızlaştırmasıdır.³⁸ Çekişmeli boşanma davalarında eşlerden birinin bu boşanmayı istememesi sonucu boşanmak isteyen eşi, gerek müşterek çocuk gerek diğer kişiler karşısında suçlaması ve deyim yerindeyse yuvayı yıkan kişinin o olduğunu düşündürmesi, çoğu zaman gerçekte durum tam tersi olsa da, sıkça görülen bir manzaradır. Boşanma gerçekleştiğinde şayet bu boşanmaya şiddetle karşı olan taraf velayet hakkı sahibi olur ise, öfkesini çocuğa da yansıtması, çocuk ile diğer ebeveyn arasında bir duvar örmeye çalışması neredeyse kaçınılmazdır. Diğer yandan, örneğin, zina, terk gibi sebeplerle boşanmayı isteyen eşin de boşansa dahi içinden atmadığı öfke sebebiyle intikam duygusu ile hareket ederek çocuğu diğer ebeveynine karşı etkilemesi mümkündür. Tek başına velayet sahibi olan eşin bahsedilen örneklerdeki gibi hareket etmesi, çocuğun kendisiyle geçirdiği zamanın çokluğu ve sürekli olarak yanında olan ebeveynin kendisi olması sebebiyle çok daha kolaydır.³⁹ Çocuğun ebeveynlerinden birine karşı bu denli etki altında kalması ve onu yok saymaya başlamasının, onun hem bugününü hem geleceğini olumsuz etkileyeceği şüphesizdir. Ortak velayet uygulandığı takdirde ise, ebeveynler çocuğun hayatı hakkındaki kararları tıpkı evlilermiş gibi birlikte almaya devam edeceklerinden zorunlu da olsa bir uzlaşma ortamı sağlanır. Bu uzlaşma ortamında yetişen çocuğun ebeveynlerinin boşanmasını en az hasarla atlatacağını söylenebilir.

II. VESAYET İLE MUKAYESESİ

Vesayet, şahsi ve mali menfaatlerini koruyacak ebeveynleri ölmüş veya bu ebeveynlerin her ikisinden de velayeti alınmış çocukların yahut çeşitli sebeplerle kısıtlanmış ergin kişilerin bakımı, şahsının ve mallarının yönetimi, temsili için Devletçe

³⁷ FOLBERG/GRAHAM, 553.

³⁸ TORUN, 467.

³⁹ TORUN, 471-472.

teşkilatlandırılmış bir kurumdur.⁴⁰ Bu tanımdan hareketle, vesayet in velayetten farklı olarak bir kamu hukuku kurumu olduğunu söylemek gerekir.⁴¹

Vesayet, kural olarak ergin kısıtlıların, istisnai olarak çocukların tıpkı velayetteki gibi şahıslarını ve mallarını koruma amacı güden bir müessesedir. Bununla birlikte, aralarında bazı farklılıklar bulunmaktadır. İlk olarak, velayet altındaki çocukların korunması amacını üstlenen ve aralarında soy bağı bulunan ebeveynleri var iken; vesayet altındaki küçük veya kısıtlıların bu amaç doğrultusunda hareket etmek üzere Devletçe tayin edilen vasileri bulunmaktadır.⁴² Atanan bu vasiler, vesayet altındaki kişinin ebeveyni değildir.

Velayette, veliler ile çocuk arasında bulunan soybağı ilişkisinin gereği olarak veliler çocuğun bakımı, eğitimi ve öğrenimi için gereken giderleri ifa etme sorumluluğu altındadır. Vesayet altındaki kişi ise, bu giderleri kendi kaynaklarından karşılamak zorundadır. Yine velayette velilerin çocuğun mallarını kullanma hakkı var iken; vesayette vasi nin böyle bir hakkı bulunmamaktadır. Bunun diğer bir görünümü olarak, veliler, çocuğun mallarının yönetiminde hesap ve güvence verme yükümü altında değilken; vasiler, vesayet altındaki kişinin mallarının defterini tutmakla ve belirli aralıklarla bir rapor düzenleyerek bu raporu vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesine sunmakla yükümlüdür.⁴³

Vasi, TMK m.462’de belirtilen işlemleri yapabilmek için vesayet makamı olan Sulh Hukuk Mahkemesi’nden; m.463’te belirtilen işlemleri yapabilmek içinse hem vesayet makamından hem de denetim makamı olan Asliye Hukuk Mahkemesi’nden -yani vesayet dairelerinden- izin almak zorundadır. Velilerin çocuğu temsil amacı ile yaptığı işlemlerde böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

TMK m. 21/I gereğince, velayet altındaki çocuğun yerleşim yeri ana ve babasının, ana babasının ortak yerleşim yeri yok ise çocuğun yanına bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. 21. maddenin II. fıkrasında ise, vesayet altındaki kişilerin yerleşim yerinin bağlı oldukları vesayet makamının bulunduğu yer olduğuna hükmedilmiştir. İlerleyen bölümlerde detaylı olarak incelenmiş olan; ortak velayet halinde çocuğun kimin yanında yaşayacağı meselesi m. 21/I kapsamında önem arz etmektedir. Zira ortak velayet uygulandığı halde çocuğun yine tek başına velayetteki gibi tek tarafın yanında yaşaması veya dönüşümlü olarak ebeveynlerinin yanında yaşaması olasılıkları mevcuttur. İkinci olasılık söz konusu

⁴⁰ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 469.

⁴¹ SAYMEN/ELBİR, 505.

⁴² ÖZTAN, 747.

⁴³ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 471.

olduğunda çocuğun yerleşim yeri kabul edilecek yerin neresi olacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Şayet kanun koyucu ilerleyen zamanlarda ortak velayete ilişkin detaylı bir düzenleme yapar ise, bu konunun da açıklığa kavuşturulması mümkün olur.

Son olarak, velayet ve vesayet sona ermeleri yönünden de farklı kurumlardır. Velilerin velayet hakkından feragat etmeleri yahut istifa etmeleri söz konusu değildir. Velayetin mahkeme kararı ile kaldırılması ise, TMK m. 348'de belirtilen durumlar gerçekleştiği takdirde, son çare olarak mümkün görülmüştür.

Aynı maddenin devamında, velayetin her iki ebeveynden de kaldırıldığı takdirde çocuğa vasi atanacağı açıkça düzenlenmiştir. Vesayet halindeyse, vasinin TMK m. 417'de belirtilen hallerde vasilikten kaçınabileceği, m. 418'de belirtilen hallerde ise, yasa gereği vasi olamayacağı düzenlenmiştir.

III. AİLE BAŞKANLIĞI İLE MUKAYESESİ

TMK m. 367'deki tanımdan yola çıkarak aile/ev başkanı; aile halinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluğun sözleşmeye veya örf'e göre belirlenen ve evi yönetme yetkisine sahip olan kimsedir. Aile halinde bir arada yaşayan topluluk, tamamıyla aralarında hısımlık bağı bulunan kişilerden oluşabileceği gibi, aile halinde yaşayan fakat aralarında kan veya kayın hısımlığı olmayan kişilerden de oluşabilir. Aynı evde yaşayan ebeveynler ve onların müşterek çocukları yanında çocuğun bakıcısı, evin hizmetçisi, aşçısının oluşturduğu topluluk buna örnektir. Yine hısımlık yönünden tamamıyla birbirine yabancı, aralarında sözleşmeye dayalı bir ilişki bulunan; bir yatılı okuldaki öğrencilerin oluşturduğu topluluk da aile başkanının otoritesi altında yaşamak koşulunu sağlayarak aile topluluğu özelliği kazanacaktır.⁴⁴ Açıklanan bu yönüyle, velayet hakkına sahip olan veliler ile çocukları arasında bulunması zorunlu olan soybağı ilişkisinin, aile başkanı ile evin üyeleri arasında mevcut olma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Velayetten farklı olarak aile başkanlığı, borçlar hukukuna ilişkin bir kavramdır. Her ne kadar aile başkanının sorumluluğu TMK'da düzenlenmişse de, bu sorumluluğun borçlar hukuku alanına girdiği bilinmektedir.⁴⁵

⁴⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 354.

⁴⁵ EREN, 637.

Velayete tabi olanların küçükler ve bazı hallerde kısıtlanan erginler olduğu daha önce açıkça ifade edilmişti. Yani, kısıtlanmamış olan tam ehliyetli bir erginin velayete tabi olması söz konusu değildir. Fakat tam ehliyetli bir erginin aile başkanlığına tabi olmasının önünde bir engel yoktur. Aksine, aile başkanlığı sisteminde aile şeklinde yaşayan herkes; küçük, kısıtlı, tam ehliyetli tüm bireyler bu sisteme ve başkanın otoritesine tabidir.⁴⁶

Velayet ile aile başkanlığı arasındaki bir diğer fark ise, amaçlarıdır. Velayet hakkı kapsamında korunan küçük ve bazı hallerde ergin kısıtlılar iken; aile başkanlığı sisteminde korunanın üçüncü kişilerdir.⁴⁷ Nitekim TMK m. 369'da aile başkanının aileye mensup küçük, kısıtlı, akıl hastalığı veya zayıflığı bulunan kişinin üçüncü kişilere verdiği zarardan kurtuluş kanıtı getiremediği takdirde sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bahsedilen bu sorumluluğun akit dışı bir olağan sebep sorumluluğu olduğu⁴⁸ ve aile başkanının sorumlu olduğu kişilerin maddede tahdidi olarak sayılan kişiler olduğu, bunların dışındakilerin verdikleri zarardan sorumlu olmadığı⁴⁹ ifade edilmektedir.

Velayet hakkına ve dolayısıyla veli sıfatına sadece çocuğun ana ve/veya babası sahip olabilir. Buna karşılık, bir soybağı ilişkisi aranmaksızın, aile halinde bir arada yaşayan bireyler üzerinde otorite sahibi herkes aile başkanı olabilir. Kan veya kayın hısımlığının bulunmadığı bir aile birliği içerisinde, sözleşmeye göre belirlenen bir özel hukuk tüzel kişinin de aile başkanı olabilmesi mümkündür.⁵⁰ Böyle bir durumda, aile başkanının atayacağı organ yahut kişi tüzel kişi aile başkanının yetkilerini kullanır ve sorumluluklarını yerine getirir.⁵¹ Doğaldır ki, bir tüzel kişinin veli sıfatını haiz olabilme imkanı yoktur.

IV. KORUYUCU AİLE KURUMU İLE MUKAYESESİ

Türkiye, Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ni 09.12.1994 tarihinde onaylayıp 27.01.1995'te yürürlüğe koymuştur. Anayasa m. 90 gereğince iç hukuk kuralımızı halini alan bu sözleşmenin 20. Maddesinin 1. fıkrasında, çocuğun sürekli veya geçici olarak aile ortamından yoksun kalması yahut aile ortamında kalmasının çocuğun üstün yararına aykırı olması durumunda çocuğa devlet tarafından özel koruma ve yardım sağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Devletin haklarında korunma kararı alınan çocuklara sağlayacağı

⁴⁶ ÜNAL, 23.

⁴⁷ ÜNAL, 24-25.

⁴⁸ OĞUZMAN/DURAL, 397.

⁴⁹ ÖZTAN, 727.

⁵⁰ KICALIOĞLU, 259; EREN, 641.

⁵¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 356-357.

bakım alternatif bir bakım olarak öngörölmüş ve koruyucu aile yanına yerleştirmenin dışında evlat edinme veya çocuğun kuruma yerleştirilmesi de bu kapsamda kabul edilmiştir.⁵² Aynı yönde, TMK m. 347/I ve ÇKK m. 5/1-c’de düzenlemeleri mevcuttur. TMK m. 347/I’de “çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir.” hükmü yer almaktadır. ÇKK m. 5’de ise, koruyucu ve destekleyici tedbirler başlığı altında danışmanlık, eğitim, bakım ve sağlık tedbirleri düzenlenmiştir. Buna göre bakım tedbiri, “çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi halinde, çocuğun resmi veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine yönelik tedbir” olarak ifade edilmiştir. Belirtilmelidir ki, bu hallerde ana ve babanın velayet hakkı devam etmekte, sadece çocuğun oturma yerini belirleme hakkı ile çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinde karar verme yetkisi sınırlandırılmaktadır.⁵³

Koruyucu Aile Yönetmelięi⁵⁴ m. 4/1-h’de koruyucu aile, m. 4/1-m’de koruyucu aile sözleşmesi tanımlanmıştır. İlginçtir ki, koruyucu aile “ödeme karşılığı ya da karşılıksız olarak çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini üstlenen, aile ortamında yaşamını sağlayan, ... aile veya kişi” olarak tanımlanmıştır. Böylece tek bir kişinin de koruyucu aile olabileceği belirtilmiştir. Koruyucu aile sözleşmesi ise; “il ve ilçe müdürlükleri ile koruyucu aile arasında imzalanan ve koruyucu ailenin yükümlölüklerini kapsayan mahalli mülki amir onaylı belge” olarak tanımlanmıştır.

Açıklandığı üzere, koruyucu aile ilişkisi sözleşme ile kurulan, yapay bir ilişkidir. Bu sözleşmenin sui generis bir aile hukuku sözleşmesi olarak tanımlanması mümkündür.⁵⁵ Velayet ilişkisi ise, soybağı temelli, doğal bir ilişkidir. Koruyucu aile ilişkisinde evlatlık ilişkisinde olduğu gibi çocuğun ailenin velayeti altına girmesi söz konusu değildir.⁵⁶

Velayet hakkı sahibi ana ve baba için hem bir hak hem de bir yükümlölük olarak düzenlenen çocuğun bakım ve eğitimi, koruyucu ailenin söz konusu olduğu hallerde koruyucu ailenin görevidir. Burada önemle belirtmek gereken bir nokta vardır. O da, koruyucu aile ilişkisinin kurulma sebeplerinden sadece biri ana ve babadan velayetin

⁵² KILINÇ, 1221.

⁵³ GRASSINGER, 141.

⁵⁴ 14.12.2012 tarih ve 28497 sayılı RG

⁵⁵ USTA SAYITA, 77.

⁵⁶ YAZICI, 264.

kaldırılmış olmasıdır. Bir başka ifadeyle, koruyucu ailenin bulunduğu her olayda çocuğun ana ve babasının velayet hakkının kaldırılmış olduğu kabulü yanlıştır. Bundan dolayı, çocuğun yararına aykırı düşmedikçe, koruyucu aile çocuğun ana ve babasının bakım ve eğitim konularında aldığı kararı uygulama yükümü vardır.⁵⁷ Eğitim kapsamına dini eğitimin de girdiği bilinmektedir. Koruyucu ailenin çocuğun dini eğitimini belirleme noktasında bir yetkisi bulunmamaktadır.⁵⁸

BMÇHS m. 9/III'e göre, devletler ana ve babasından alınan çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla düzenli kişisel ilişki kurma ve doğrudan teması sürdürme haklarına saygı duymalıdır. Koruyucu aile yanında olan çocuğun istemi ve sosyal inceleme ile uygun bulunması halinde, çocuğun yaşantısını etkilemeyecek aralıklarla ve süreyle, tatil günlerinde olmak kaydıyla yıl içinde en fazla 30 güne kadar ana ve babasına veya yakınlarına çocukla görüşme izni verilebileceği benimsenmiştir. Bu sürenin bitiminde ise, çocuk koruyucu aile birimince alınarak koruyucu aileye yeniden teslim edilecektir.⁵⁹ Bu uygulama, tek başına velayette velayet hakkına sahip olmayan tarafın çocuğu ile kişisel ilişki kurmasına benzetilebilirse de, koruyucu aile söz konusu olduğunda çocuğun anne ve babası yahut yakınları ile kişisel ilişki kurması halinde bunun için bir yıl içinde azami bir süre belirlenmiş olması yönüyle ayrılmaktadır. Zira tek başına velayete hükmeden aile mahkemesince velayet sahibi olmayan ebeveynle çocuk arasında kurulacak kişisel ilişki için belirli günler ve zaman aralığı belirlenmekle beraber, bu sürenin bir üst sınırı bulunmamaktadır. Aynı şekilde, çocuğun koruyucu aile birimince teslim alınması ve anne ve babasına verilmesi, sürenin bitiminde ise yeniden bu birimince alınarak koruyucu aileye teslim edilmesi yönü de bir farklılıktır. Tek başına velayet halinde, kendisine kişisel ilişki kurma hakkı tanınan ebeveyn çocuğu teslim almakta ve sürenin bitiminde çocuğu velayet sahibi eşe teslim etmektedir. Ortak velayete hükmedilmesi halinde ne olacağı ise, yasa koyucunun açık bir ortak velayet düzenlemesi yaptığı takdirde benimseyeceği modele göre şekillenecektir. Uluslararası hukuk doktrinine bakıldığında ortak velayet için iki farklı model benimsendiği ve bunlardan ilkinin; yasal ortak velayet, ikincisinin ise; fiziksel ortak velayet olduğu görülmektedir.⁶⁰ Kanaatimizce, tamamıyla çocuğun üstün yararı gözetilerek uygulamaya konulacak olan ortak velayette yasa koyucunun benimsemesi gereken model; çocuğun hayatı ile ilgili önemli kararlarda yetki ve sorumluluğun eşit olarak paylaşılmasının esas alındığı ve ebeveynliğin

⁵⁷ KILINÇ, 1238.

⁵⁸ GRASSINGER, 36.

⁵⁹ KILINÇ, 1241-1242.

⁶⁰ KAHRAMAN, 20.

tarafların medeni durumundan soyutlanarak ele alınmasının öngörüldüğü⁶¹ yasal velayet modelidir. Yasal ortak velayet modeli benimsendiği takdirde çocuk tıpkı tek başına velayette olduğu gibi ebeveynlerinden biri ile yaşar, diğer ebeveyn ile belirli zamanlarda görüşür. Burada da koruyucu aile birimi gibi bir birim olmaksızın çocuğun ayrı konutlarda ikamet ettiği ebeveyni çocuğu teslim alır ve görüşme sonrası çocuğu birlikte ikamet ettiği ebeveyne teslim eder.

Velayetin sona erme sebeplerinden farklı olarak, koruyucu ailenin iki kişiden oluştuğu hallerde bunlardan birinin ölümünün Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından koruyucu aile sözleşmesinin haklı nedenle feshine imkan verdiği bilinmektedir. KAY uyarınca koruyucu ailenin Türk vatandaşı olması ve Türkiye’de sürekli ikamet eden 25-65 yaş aralığındaki kişiler olması gereği de yine velayet hakkı sahibi olabilmekten farklı olarak aranan koşullardır. Ek olarak, velayet hakkı ile aynı şekilde koruyucu aile sözleşmesi de çocuğun ergin olması ile kendiliğinden sona ererken, çocuk ergin olduktan sonra rızası var ise, ortaöğrenime devam edenler için 20, yükseköğrenime devam edenler için 25 yaşına kadar korunma kararı mahkeme kararı ile uzatılabilmektedir. Bu da iki kurum arasında bir fark oluşturmaktadır.⁶²

V. EVLATLIK İLİŞKİSİ İLE MUKAYESESİ

743 sayılı Medeni Kanun’dan farklı olarak TMK’da evlatlık ilişkisi, sözleşme ile değil; mahkeme kararıyla ve belirli şartlar sağlandığı takdirde kurulan bir soybağı ilişkisi olarak düzenlenmiştir.⁶³ Boşanma halinde velayet hakkında karar veren merciin aile mahkemesi olduğuna göre, ortak velayete de aynı merciin karar vermesi gerekir. Bu yönüyle, ortak velayetin kurulması ile evlatlık ilişkisinin kurulmasının benzerlik gösterdiği görülmektedir.

TMK’da hem küçüklerin hem de erginlerin evlat edinilebilmesine imkan tanınmıştır. Bununla birlikte, küçüklerin evlat edinilmesinde aranan farklı bazı şartlar vardır. Örneğin; TMK m. 305/I gereğince, bir küçüğün evlat edinilebilmesi için en az 1 yıl süreyle evlat edinen tarafından bakılmış ve eğitilmiş olması şarttır. Aynı zamanda, TMK 308/f-1 gereğince, evlat edinilenin evlat edinenden en az 18 yaş küçük olması gerekmektedir. Bahsedilen bu şartlar ortak velayet için aranmamakla beraber bir şart vardır ki o, hem ortak

⁶¹ FOLBERG/GRAHAM, 528; BUCHANAN/JAHRONI, 422.

⁶² KILINÇ, 1245.

⁶³ ÖZDEMİR/RUHI, 585.

velayete karar verilebilmesi hem de evlatlık ilişkisinin kurulabilmesi için olmazsa olmaz şarttır. İşte bu şart; küçüğün yararadır. Gerek ortak velayete hükmedilmesinde gerek evlatlık ilişkisi kurulmasında çocuğun yararının var olup olmadığını belirlemede hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır.

TMK m. 307/II’de istisnaları mevcut olmakla beraber, kural olarak eşler ancak birlikte evlat edinebilirler. Bununla birlikte, evli olmayan kişilerin birlikte evlat edinme imkanı yoktur (TMK m. 306/I). Eşlerin birlikte evlat edinebilmesi için sadece evli olmaları yeterli değildir. Açıkça düzenlendiği üzere, eşlerin birlikte evlat edilebilmeleri için ya bu evlilik en az 5 yıldan beri devam ediyor olmalı, ya da eşler 30 yaşını doldurmuş olmalıdır (TMK m. 306/II). Boşanma sonrası ortak velayete hükmedilebilmesi için evliliğin belli bir süre devam etmiş olması yahut eşlerin belli bir yaşı doldurmuş olmaları şartı çalışmada incelenen ülke hukukların hiçbirinde aranmamaktadır. Mevzuatımızda henüz açıkça düzenlenmemiş olan ortak velayetin yapılması umut edilen düzenlemesinde ise, bu şartların aranıp aranmayacağı bilinmemektedir.

Bir diğer farklılık; çocuğun rızasıdır. TMK m. 308/II gereğince, ayırt etme gücüne sahip çocuğun evlat edinilmesine rıza göstermesi şarttır. Ortak velayete karar verilir iken esas alınacak ölçütün “çocuğun üstün yararı” olduğu bilinmektedir. Hâkim bu konuda takdir hakkına sahip olmakla beraber, tıpkı tek başına velayette velayet hakkına sahip olacak ebeveynin belirlenmesinde olduğu gibi, çocuğun görüşünün alınacağı da şüphesizdir. Fakat ortak velayete karar verilirken, ayırt etme gücüne sahip çocuğun evlat edinilmesinde aranan rıza aranmaz. Henüz ortak velayete ilişkin bir düzenleme yapılmamış olmakla beraber, ortak velayete karar verirken aranması gereken çocuğun rızası değil; çocuğun görüşüdür.⁶⁴

Çocuğun doğumundan en az 6 hafta sonra anne ve babasının göstereceği rıza da evlat edinme için aranan bir diğer şarttır. Peki, boşanma sonrası ortak velayete karar verilmesinde çocuğun anne ve babasının göstereceği rıza gerekli ve yeterli midir? Ortak velayet hususunda ebeveynlerce gösterilen rızanın yeterli olmadığı açıktır. Zira ortak velayet uygulamasının temel amacı, çocuğun üstün yararına hizmet etmesidir. Bu nedenle anne ve baba bu konuda anlaşmalar dahi bu anlaşmanın tek başına bir anlamı yoktur. Anne ve babanın yapacağı anlaşmanın ortak velayete etkisi, yani bu anlaşmanın gerekliliği ise, yapılacak düzenleme ile belirlenecektir. Kanaatimizce, bu anlaşma bir gereklilik olarak düzenlense dahi hâkimi bağlamaması gerekir. Velayetin kamu düzeninden olduğu düşünüldüğünde

⁶⁴ GÜVEN, 46-47.

aslolan, hâkimin bu hususta çocuğun üstün yararını gözetmek suretiyle re'sen karar vermesidir.⁶⁵

Velayet ve dolayısıyla ortak velayet, küçükler ve istisnai hallerde ergin kısıtlılar için söz konusu olduğu halde; TMK m. 313/2-3'de belirtildiği üzere, kısıtlı olmasa dahi bir erginin evlat edinilebilmesi mümkündür. TMK m. 313/2 gereğince; evlat edinilen kişi, evlat edinen tarafından küçükken en az 5 yıl süreyle bakılıp gözetilmiş ve eğitilmiş, aynı zamanda bu evlat edinmeye evlat edinenin altsoyunun açık rızası da varsa bir erginin evlat edinilmesi mümkündür. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, diğer haklı sebeplerin olması ve evlat edinilenin en az 5 yıldan beri evlat edinen ile aile halinde birlikte yaşamakta olması koşuluyla bir erginin evlat edinilebileceği düzenlenmiştir. Bu halde de evlat edinenin altsoyunun bu evlat edinmeye açık rızası aranmaktadır. Görüldüğü üzere, ergin bir kişinin ancak kısıtlı olması halinde velayete tabi olması mümkün iken; kısıtlı olmayan erginin evlat edinilebilmesi, yani evlatlık olabilmesi mümkündür.

Türk Hukukunda evlatlık ilişkisinin kurulması gibi kaldırılması da mahkeme kararı ile olmaktadır. Evlat edinme için gereken rızaların alınmamış olması veya esasa ya da usule ilişkin diğer eksikliklerin bulunması evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının gerekçelerindedir. Evlat edinme için ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının alınmasının şart olduğu daha önce belirtilmiştir. İlâveten, evlat edinilecek küçüğün anne ve babasının rızası, küçük vesayet altında ise, vasi ve vesayet dairelerinin izni ve onayı aranmaktadır. Ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde ise; evlat edinenin altsoyu var ise onun rızası, evlat edinilen kişinin kendisinin, evli ise eşinin rızası da şarttır. Bu rızaların alınmamasının dışında esasa ilişkin sebeplere örnek vermek gerekirse, evlatlığın evlat edinenden en az 18 yaş küçük olmaması, evli olmayan kişilerin her nasılsa birlikte evlat edinmesi, evlat edinme için gereken yaş şartı ve evlilik süresi sağlanmadan evlat edinme işleminin yapılması, evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebeplerinden birkaçıdır. Usule ilişkin sebeplere ise, evlat edinme kararının görevsiz mahkeme tarafından verilmesi, yargılama esnasında evlat edinen ile evlat edinilenin dinlenmemesi ve gereken halde uzman görüşüne başvurulmaması örnek olarak gösterilebilir.⁶⁶ Önemle belirtmek gerekir ki; sadece usule ilişkin olan eksiklikler eğer evlat edinmenin iptali evlatlığın yararını ağır derecede zedeleyecekse, evlat edinme işleminin iptaline sebebiyet vermez. Yine, esasa ilişkin eksikliğin ilişkinin iptalinden önce

⁶⁵ GÜVEN, 44.

⁶⁶ ÖZDEMİR/RUHI, 601.

tamamlanmış olması halinde de iptal söz konusu olmaz.⁶⁷ Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin davada, velayetin kaldırılması davasından farklı olarak hak düşürücü süreye yer verilmiştir. Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin dava, kaldırma sebebinin öğrenilmesinden itibaren 1 yıl ve her halde evlatlık ilişkisinin kurulmasından itibaren 5 yıl içinde açılmalıdır (TMK m. 319).

TMK m. 348’de ise, velayetin kaldırılması sebeplerine yer verilmiştir. Velayetin kaldırılmasına evlatlık ilişkisinin kaldırılmasında olduğu gibi, aile mahkemesinin hükmedeceği açıktır. Maddede belirtilen sebepler; ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebepler nedeniyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi ile ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi gösterememesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklamalarıdır. Bu sebeplerden biri gerçekleştiği takdirde, velayet hakkı ana veya babadan kaldırılabilir gibi, bazı durumlarda her ikisinden de kaldırılabilir. Velayetin iki ebeveyninden de kaldırıldığı olasılıkta çocuğa bir vasi atanacağı aynı madde içinde düzenlenmiştir. Velayetin kaldırılması sebebinin ortadan kalkması halinde ise, ana veya babanın talebi üzerine hâkim velayeti onlara verebileceği gibi, bu konuda re’sen de karar alabilir.⁶⁸

Boşanma sonrası velayetin tek tarafa, yani, ana veya babadan birine verilmesi hallerinde velayet hakkından mahrum kalan diğer tarafın genellikle velayetin değiştirilmesi yönünde dava açma yoluna başvurduğu bilinmektedir. Peki, ortak velayete karar verilmesi halinde ne olacaktır? Velayetin her iki tarafa da ortak olarak verilmesi anlamını taşıyan ortak velayet uygulamasında velayet hakkına tek başına sahip olmak isteyen ebeveynin kanaatimizce, velayetin değiştirilmesi değil; diğer ebeveynin velayet hakkının kaldırılması yoluna başvurması gerekmektedir. Zira velayetin tek tarafa bırakıldığı hallerde açılan velayetin değiştirilmesi davası, velayetin bir ebeveyninden alınarak öteki ebeveyne verilmesi amacını taşır. Velayetin kaldırılması ise, mevzuatımızdaki düzenleniş şekli göz önüne alındığında, velayetin her iki ebeveyn tarafından birlikte kullanıldığı evlilik birliği içerisindeki hal için düzenlenmiştir. Bu iki davanın birbirinden en önemli farkı, velayetin değiştirilmesi için taraflarca mahkemeye pek çok farklı sebep sunulabilir ve kabul görebilir iken; velayetin kaldırılması sebeplerinin kanunda sınırlı olarak sayılmış olmasıdır. Ortak velayet mevzuatımızda açıkça düzenlenmediğinden ortak velayetin kaldırılması için farklı başka şartlar aranıp aranmayacağı henüz açıklığa kavuşmamıştır. Kanaatimizce, bugün için

⁶⁷ ÖZDEMİR/RUHI, 602.

⁶⁸ HELVACI/ERLÜLE, 216.

bu şartların boşanma sonrası ortak velayete hükmedilmesi halinde de geçerli olacağı, yani ortak velayetin de aynı sebeplerle kaldırılabilceği kabul edilebilir.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması halinde, kurulan yapay soybağı ilişkisi o andan itibaren geçerli olacak şekilde, yani, geleceğe etkili olarak bütün hak ve yükümlülükleri ile sona erer. Örneğin; artık evlatlık evlat edinenin mirasçısı değildir, evlat edinen ile evlatlık arasındaki kesin evlenme yasağı artık ortadan kalkmıştır.⁶⁹ Velayetin kaldırılması halinde ise durum farklıdır. Velayetin kaldırıldığı hallerde çocuk ile ebeveyn arasındaki soybağı ilişkisi sona ermez; bu yüzden, birtakım hak ve yükümlülükler velayet hakkından bağımsız olarak devam eder. Örneğin; çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümü, analık ve babalık sıfatından, yani soybağından kaynaklandığından TMK m. 350/I'de açıkça öngörüldüğü üzere, velayet kendisinden kaldırılan ebeveyn tarafından da devam eder.⁷⁰ Velayetin kaldırılmasının çocuğun mallarıyla ilgili sonuçları da vardır. Velayet hakkı kaldırılan ebeveyn, çocuğun malları üzerindeki yönetim ve kullanma hakkını da kaybeder. Bunun istisnası ise, velayetin kaldırılmasının ebeveynin kendi kusurundan ileri gelmemesi halidir. İşte bu halde, çocuk ergin oluncaya dek velayet hakkı kaldırılan ebeveyn onun mallarını kullanma hakkını sürdürür.⁷¹ Bunların yanı sıra, evlatlık ilişkisinden farklı olarak velayet ilişkisinin son bulmasının mirasçılık sıfatına etki etmeyeceği, evlenme yasağını ortadan kaldırmayacağı bilinmektedir.

⁶⁹ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 389.

⁷⁰ ÖZDEMİR/RUHİ, 764.

⁷¹ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 441.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ORTAK VELAYETE İLİŞKİN GELİŞMELER, ORTAK VELAYETİN TANIMI, UNSURLARI, NİTELİĞİ VE ÇEŞİTLERİ

§ 4. TÜRK HUKUKUNDA ORTAK VELAYETE İLİŞKİN GELİŞMELER

I. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE ORTAK VELAYET

Velayete ilişkin ulusal düzenlemelerin 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yapılmış olması dışında, ülkemizin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler de velayete ilişkin bazı önemli hükümler içermektedir.

Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan 11 No'lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 6684 Sayılı Kanun ile onaylanmasının uygun bulunması sonucunda, 25.3.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmesi ve iç hukuk kuralımız halini almasının ortak velayeti mümkün kıldığı yönünde bir görüş bulunmaktadır.⁷² Bu Protokol'ün ortak velayet ile ilişkilendirilen 5. maddesine göre; “*eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir.*” Anayasa m. 90/V gereği, usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bu milletlerarası antlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması ve aynı konudaki bir kanun hükmü ile antlaşma hükmünün çelişmesi halinde, milletlerarası antlaşma hükmü esas alınır. Öne sürülen görüşe göre, Protokol'ün 5. maddesi ile TMK m. 182/II ve 336/III arasında bir çatışma bulunmaktadır. Zira salt velayetin tek tarafa verilmesi ihtimalini düzenleyen ve ortak velayetten söz etmeyen TMK m. 182/II ve 336/III hükümleri, Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinde düzenlenen eşlerin evliliğin sona ermesi halinde kendi aralarında ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde haklar ve sorumluluklar yönünden eşit olmasına aykırıdır. Denilmektedir ki, velayetin tek tarafa bırakılması ebeveynlerin çocuk ile ilişkisinde haklar ve sorumluluklar yönünden açık bir eşitsizlik yaratacağı gibi, velayetin

⁷² ERDEM, 174.

tevdiinde bir ebeveynin ötekine tercih edilmesi yolu ile eşlerin kendi aralarındaki eşitliğe de aykırı olacaktır. Bu sebeple, Ek 7 No'lu Protokol ile TMK'nın boşanma sonrası ortak velayeti engelleyen hükümlerinin zımni olarak kaldırıldığı ve bunun Anayasa'dan kaynaklandığı ifade edilmiştir.⁷³ *GÜVEN* ise, her ne kadar Ek 7 No'lu Protokol bir genel kanun statüsünde olsa da, Medeni Kanun'un halen yürürlüğünü sürdürdüğü düşünüldüğünde ortada bir zımni ilga bulunmadığı; hâkimin çerçeve kanun niteliği taşıyan milletlerarası antlaşma hükümlerine uygun olarak kanun hükümlerini yorumlaması/uygulaması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁴ *GENÇCAN* ve *GÜVEN*, ortak velayetin mümkün olduğunu belirtmekle beraber, uygulama şekline ilişkin fikirler de ortaya koymuşlardır. Bu görüşler arasında benzerliklerin yanı sıra, bazı noktalarda farklar da vardır. Görüşlerinin ayrıldığı ilk nokta, ortak velayetin esas olarak mı istisna olarak mı uygulanacağı konusudur. *GENÇCAN*, ortak velayetin evleviyetle uygulanması gerektiğini; velayetin ebeveynlerden yalnız birine tevdi edilmesinin istisna olması gerektiğini savunmuştur.⁷⁵ *GÜVEN* ise, Protokol'de yer alan 5. maddenin TMK'daki velayet hükümlerini istisna haline getirmeyeceğini, esas veya istisna teşkil etmeden ortak velayet uygulamasının sadece velayete yeni bir tür kattığını öne sürmüştür.⁷⁶ Her ikisi de ortak velayetin eşler açısından gönüllülük esasına dayandığını kabul etse de *GÜVEN* farklı olarak, ebeveynlerin ortak velayeti istemeleri ile çocuğun üstün yararının da buna uygun olduğunun tespiti halinde ortak velayete karar verilebileceği, ebeveynlerden birinin ortak velayeti kabul etmediği halde ise, hâkimin bununla bağlı olduğu ve ortak velayete hükmedemeyeceği görüşündedir.⁷⁷ Yani, hakimin ortak velayetin reddi yönündeki görüş ile mutlak suretle bağlı olduğunu savunmuştur. *GENÇCAN* ise, ebeveynlerin ortak velayet uygulandığında çekişme yaşanacağını düşünüyorlarsa ortak velayeti istemediklerini aile mahkemesine beyan etmeleri gerektiğini ifade etmiş,⁷⁸ ancak hâkimin bununla bağlı olup olmadığı yönünde görüş bildirmemiştir. Ek olarak, ebeveynlerin hür iradeleri ile talep etmedikleri durumda ise, ortak velayet düzenlemesi yapılmasının hukuk barışını, hukuka olan güven ve saygıyı zedeleyebileceğini belirtmiştir.⁷⁹

Ortak velayet ile ilişkili görülen ve onaylayarak iç hukukumuza kazandırdığımız tek uluslararası sözleşme AİHS'e Ek 7 No.'lu Protokol değildir. Birleşmiş Milletler Çocuk

⁷³ *GENÇCAN*, 26.

⁷⁴ *GÜVEN*, 40-41.

⁷⁵ *GENÇCAN*, 27.

⁷⁶ *GÜVEN*, 44; *BİRİNCİ UZUN*, 156; *STEEGH/GOULD SALTMAN*, 265.

⁷⁷ *GÜVEN*, 46.

⁷⁸ *GENÇCAN*, 27.

⁷⁹ *GENÇCAN*, 30.

Haklarına Dair Sözleşmesi⁸⁰, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi⁸¹, Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme de yürürlükte olan düzenlemelerdendir. Üstelik bu Sözleşmeler Ek 7 No.'lu Protokol'den çok daha önce sırasıyla; 1995, 2001, 1986 ve 2003 yıllarında yürürlüğe girmişlerdir.

İncelemeye ilk olarak BMÇHS ile başlayacak olursak, bu sözleşme ülkemizde 9.12.1994 tarihli ve 4058 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve 27.1.1995 tarih ve 22184 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin Anayasa m. 90/V gereği kanun hükmünde olduğu ve iç hukukumuzun bir parçası olduğu bilinmektedir. BMÇHS m. 3/1'de *“kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.”* denilmektedir. Bu ifade ile açıkça mahkemelerin çocuğun yararını esas alacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce, daima vurgulanan çocuğun üstün yararı prensibine uygun olan, TMK m. 348'de yer alan velayetin kaldırılması sebeplerinden birinin, yani anne ve/veya babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerle velayet görevini gereği gibi ifa edememesi yahut ana ve/veya babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması hallerinin ebeveynde mevcut olması ve bunlara ek olarak, ebeveynin yaşam tarzının ortak velayeti yürütmeye elverişli olmaması ve evlilik birliği içerisinde çocuğa karşı tutumunun olumsuz olması gibi durumların haricinde, asıl olan boşanma sonrasında da velayetin ortak yürütülmesidir. Böylece çocuk ebeveynlerinin boşanmasından en az derecede etkilenen, velayetin boşanma sonrası tek tarafa bırakılması sonucunda yaşanan psikolojik ve sosyal problemlerle karşı karşıya kalmayacaktır. Bir çocuğun iç dünyasında ebeveynlerinin boşanmasını hazmetmesi, yetişkinlere nazaran çok daha zordur. Kimi zaman anne ve babasının boşanmasını kendi suçu olarak gören, örneğin, ben bu kadar yaramaz olmasaydım, okulumda başarısız olmasaydım annem ve babam boşanmazdı gibi düşüncelere kapılan çocuk sayısı oldukça fazladır.⁸² Çocuğun kendi iç dünyasında yaşadığı sorunların yanı sıra, ebeveynlerin boşanma sonrası birbirlerinden öç

⁸⁰ 27.1.1995 tarih ve 22184 sayılı RG., Sözleşmenin tam metni için bkz. <https://www.unicef.org/turkey/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>, E.T. 18.12.2020.

⁸¹ 1.2.2001 tarih ve 24305 sayılı RG., Sözleşmenin tam metni için bkz. http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarininkullanilmasinailiskin.pdf, E.T. 18.12.2020.

⁸² İŞMEN GAZİOĞLU, 252-255; KASUTO, 8.

almak için çocuğu kullandıklarına ve çocuğun psikolojisinde büyük hasar yarattıklarına da şahit olunmaktadır. Özellikle velayet hakkı sahibi, çocukla birlikte yaşayan ebeveynin çocuğu etki altında bırakması daha kolaydır. Bazen diğer ebeveyni kötüleyici sözler söyleyerek çocuğu etkilediği ve diğer ebeveyninden soğuttuğu gözlenen velayet sahibi anne veya babanın, bazen de hem yasal hem de etik olmayan bir şekilde çocuğu velayet sahibi olmayan ebeveyn ile görüştürmediği gözlenmektedir. Keza velayetin tek tarafa tevdi edilmesinin doğal karşılanan sonuçlarından biri de; boşanma sonrası velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn ile çocuğun arasındaki ilişkinin bozulması, kimi zaman da tamamıyla kopmasıdır.⁸³ Çocuğun yaşanan boşanmadan en az zararı görmesi, hem bugününü hem de yarınlarını sağlam bir psikoloji ve sosyal uyumla yaşayabilmesi için bulunan en makul çözüm ortak velayettir. Ortak velayet uygulandığı takdirde, ebeveynlerinin boşandığı gerçeği değişirse de, çocuğun hayatı hakkında daha fazla söz sahibi olan ve bu yolla çocuğun hayatında varlığını daha fazla hissettiren ebeveynler sayesinde çocuklar bu boşanmadan asgari seviyede etkilenecektir. Ortak velayet uygulanırken de ebeveynlerin birbirlerine dostça, arkadaşça davranması mümkün olmayabilir. Fakat en azından çocuğun hayatı ile ilgili önemli tüm kararların ortak alınması mecburiyetinden doğan saygı temelli bir ilişkinin gelişeceği şüphesizdir. Kendi hayatı hakkındaki kararların anne ve babası tarafından ortak alındığı bir ortamda yetişen çocuk, gelecekte kuracağı ailede de eşler arası eşitliği ve cinsiyet eşitliğini özümsemiş bir birey olarak, çocuğu hakkında eşi veya eski eşi ile ortaklaşa kararlar alan bir ebeveyn olacaktır. Sağlıklı bir aile ortamında yetişen çocuğun ileride kuracağı ailenin de sağlam temellere dayanacağı unutulmamalıdır. Bu nedenle eski eşler, kişisel hırslarına esir olmadan daima, çocuğun yararı neyi gerektiriyorsa o şekilde hareket etmelidir.

Benzer biçimde, velayete ilişkin Yargıtay kararlarında⁸⁴ da daima vurgulanan “*çocuğun üstün yararı*” ilkesi, ebeveynlerinin boşanması sonrası çocuğun hayatını tümüyle

⁸³ YÖRÜKOĞLU, 267-268.

⁸⁴ “...*Velâyet düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar veren makamındaki kişinin de aynı yönde karar vermesi gerekir; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır. Velâyet kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu nedenle, yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutulması gerekir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi ile Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3 ve 6. maddeleri, iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen çocuklara, kendilerini ilgilendiren davalarda görüşlerini ifade etmeye olanak tanınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde*

etkileyecek velayet sorunu hakkında kılavuz kabul edilmesi gereken bir ilkedir. Nitekim 23.5.2018 ve 21.2.2019 tarihli YHGK kararlarında “*ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Buna göre, velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktadır. Velayet, kamu düzenine ilişkin olup, bu hususta anne ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur.*”⁸⁵ ifadelerine yer verilmiştir. Yine, Anayasa m. 41’de “*her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.*” ve TMK m. 182/II’de “*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur...*” ifadeleri yer almaktadır. Bu ifadelerde çocuğun yararının üstün tutulacağı açık bir biçimde belirtilmiştir.

BMÇHS’de yer alan bir diğer ilgili madde 7. maddedir. Bu maddenin 1. fıkrasında çocuğun mümkün olduğunca anne ve babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olduğuna yer verilmiştir. Buradaki mümkünlükten kasıt anne ve babanın hayatta olması, anne ve babanın bakımının çocuğun üstün yararına aykırı olmamasıdır. Örneğin, anne veya babasının fiziksel/cinsel/duygusal istismarına uğrayan, anne veya babası madde bağımlısı olan bir çocuğun, bu istismarın faili olan yahut madde bağımlılığı olan ebeveyninin velayeti altında bulunması çocuğun üstün yararı ile bağdaşmaz. Böyle bir durumda hâkimin ortak velayet yerine velayeti tek tarafa bırakması olağandır. Zira ortak velayet ile sağlanması amaçlanan, çocuğun ebeveynleri ile boşanmanın etkisini mümkün olan en az derecede hissederek iletişim kurduğu, bu sayede kişisel/ruhsal gelişimini tamamlayıp sağlıklı ve mutlu bir birey olarak hayata hazır hale geleceği zeminin sağlanmasıdır. Verilen örnekteki gibi ebeveynler söz konusu olduğunda boşanma sonrası ortak velayeti sürdürmek hem çocuk hem de diğer ebeveyn açısından adeta eziyet olacağı gibi, ortak velayetten beklenen faydanın elde edilme imkanı da olmaz.

BMÇHS m. 9/1’de ise “*yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun ana babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına*

görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür. Velâyet hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir...” Y2HD, T. 9.3.2021, 2020/6385 E., 2021/2039 K.; Y2HD, T. 9.3.2021, 2021/939 E. , 2021/2071 K. , (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T. 11.3.2021.

⁸⁵ YHGK, T. 23.5.2018, 2017/1567 E. , 2018/1132 K.; YHGK, T. 21.2.2019, 2018/1072 E. , 2019/185 K. , (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T. 14.3.2021.

alırlar...” ifadesi yer almaktadır. Görüldüğü üzere, çocuğun yüksek yararına olduğu yönünde bir karar verilmedikçe, çocuğun ana ve babasından onların rızası dışında ayrılması konusu Taraf Devletlerin güvencesine bırakılmıştır. Bu fıkranın devamında, anne ve babası tarafından kötü muameleye maruz bırakılan, ihmal edilen veya anne ve babanın ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgahının belirlenmesi gereken hallerde yetkili mercilerce ayrılık kararı verilebileceği hükme bağlanmıştır. 7. maddeyi açıklarken değinildiği gibi, kötü muameleye maruz kalan veya ihmal edilen çocuğun velayetinin tek tarafa bırakılması olağandır. Fakat anne ve babanın ayrı yaşaması sebebiyle çocuğun ikametgahını belirlemek için velayetin tek tarafa verilmesi anlaşılammaktadır. Çocuğun ikametgahını belirlemek için neden çocuğun ebeveynlerinden yalnız birine velayet hakkı tanınması gereklidir? Çocuğun ikametgahı tek iken, yani çocuk ebeveynlerinden yalnız biri ile ikamet ederken diğer ebeveyn neden velayet hakkından tümüyle yoksun bırakılmalıdır?

Ortak velayeti kabul ederken çocuğun belirli sürelerle ebeveynlerinin her ikisiyle de yaşamasını öngören bazı ülke hukukları mevcuttur. Örneğin; Almanya, Belçika, Fransa, Kanada, İsveç, Hollanda gibi ülkelerde uygulanan ve değişken model olarak adlandırılan bu modelde, çocuğun hayatı adeta ikiye bölünmüştür. Çocuk hayatının bir kısmını annesi ile bir kısmını da babası ile yaşayarak geçirmektedir.⁸⁶ Artıları olduğu kadar eksileri de bulunan bu modelin bizce eksileri ağır basmaktadır. Her iki ebeveyni ile de farklı zamanlarda birlikte yaşama fikri küçük bir çocuk için başlangıçta eğlenceli gelebilir. Fakat çocuğun kurulu bir düzeni olmadan adeta göçebe hayatı yaşaması doğru değildir. Özellikle anne veya babasının yeniden evlenmesi yahut bir hayat ortaklığına girişmesi söz konusu olduğunda bu durum çocuğun psikolojisini olumsuz yönde etkileyecektir. Kanaatimizce, tek konut modeli olarak adlandırılan, çocuğun ebeveynlerinden biri ile ikamet ettiği ve günlük hayatına ilişkin basit kararları bu ebeveynin aldığı⁸⁷, diğer ebeveynin ziyaret hakkının bulunduğu ve önemli konularda ortaklaşa karar alındığı model⁸⁸ çocuğun üstün yararına daha uygundur. Bundan dolayı, iç hukukumuzda yapılması umulan ortak velayete ilişkin detaylı düzenlemede benimsenmesi gereken model budur. Başlangıç noktasına dönecek olursak, tek konut modeli adında bir modelin var olduğu ve bu modelde çocuğun ebeveynlerinden yalnız biri ile yaşarken ortak velayet altında bulunması mümkünken, sözleşmede yer alan; *“çocuğun anne ve babasının ayrı yaşaması halinde ikametgahının belirlenmesi amacıyla çocuk anne*

⁸⁶ ZIMMER, 50.

⁸⁷ SÜNDERHAUF, 80.

⁸⁸ ZIMMER, 49-50.

babadan ayrılabilir.” hükmü gerekçe gösterilerek çocuğun velayetinin daima tek tarafa verilmesi anlayışının savunulması uygun görülmemektedir.

BMÇHS m. 18/1’de ise, “*taraf devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler...*” ifadesi yer almaktadır Buradaki birlikte sorumluluk ibaresi çok önemlidir. Zira evlilik birliği içerisinde olduğu gibi boşanma sonrasında da ebeveynlerin çocuk üzerinde ortak, eşit derecede sorumluluk taşıması ancak ortak velayet kurumunun uygulanması ile mümkün olur. Velayetin ana veya babaya bırakıldığı durumda ana ve babanın birlikte sorumluluğu değil; velayetin bırakıldığı ebeveynin tek yanlı bir sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Her ne kadar bir yükümlülük olarak kabul edilen, velayet sahibi olmayan ebeveynin çocuğun bakım ve eğitim giderleri için iştirak nafakası adı altında ödeyeceği bir meblağ bulursa da bu nafakanın sorumluluk kavramını tam anlamıyla karşıladığı söylenemez.

Görüldüğü üzere, BMÇHS ortak velayetle ilişkilendirilebilen birden fazla hüküm içermektedir. Belirtilen hükümler doğrultusunda, çocuğun yararına aykırı olmamak şartıyla evlilik birliğinin sona ermesi halinde ortak velayete hükmedilebileceği sonucuna varılmaktadır.⁸⁹ Bu hükmün bir gereği olarak iç hukukumuzda ortak velayet düzenlemesi yapmak, başta BMÇHS’nin 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan çocuğun yararının üstünlüğü ilkesine hizmet eder. Bunun yanı sıra, hem 7. maddenin ilk fıkrasında yer alan çocuğun anne ve babası tarafından bakılmasını hem de 9. maddenin ilk fıkrasında yer alan çocuğun anne ve babasından rıza dışı ayrılmamasını sağlar.

BMÇHS gibi uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzda dahil olarak Anayasa gereği kanun niteliği kazanması çeşitli şekillerde değerlendirilmektedir. Bir görüşe göre, uluslararası sözleşmelerin maddelerinde tercih edilen sözcüklerin türüne göre sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanması yahut tavsiye niteliğinde değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Örneğin; “tanır”, “saygı gösterir”, “sağlar”, “güvenceye alır” sözcüklerini içeren hükümlerin doğrudan uygulanabileceği öngörülmüş iken; “gözetir”, “teşvik eder”, “çaba gösterir/dikkat eder” şeklindeki ifadelerin yer aldığı hükümlerin ise tavsiye niteliğinde olduğu öngörülmüştür.⁹⁰ Anayasa’nın açık hükmü gereği kanun değerinde olan ve hatta temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu durumlarda kanunların üstünde kabul edilen

⁸⁹ KOÇHİSARLIOĞLU, 239; AYBAY/ŞEN, 596.

⁹⁰ AKILLIOĞLU, 14.

uluslararası sözleşmeler, hükümlerinde yer alan ifadeler kesinlik arz etmeyen, emredici olarak nitelendirilemeyen ifadeler olsa da kanaatimizce, uluslararası sözleşmelerin kanun niteliğini haiz olmaları sebebiyle içerdiği hükümlerin uygulanabilirliği birilerinin tercihinin bırakılmış, tavsiye niteliğinde normlar olarak kabulü mümkün değildir. Nasıl ki emredici olmayan kanun hükümleri kanun olma niteliğinden bir şey kaybetmiyorsa, uluslararası sözleşme hükümleri de kanun kabul edildiğinden aynı durum burada da geçerlidir. Bu nedenle, kesin olmayan ifadeler barındıran uluslararası sözleşme hükümleri tavsiye niteliğinde hükümler olarak kabul edilemez. Uluslararası sözleşmede böyle bir hükmün yer aldığı durumlarda olsa olsa ilgili hükmün doğrudan, aynen uygulanmayacağı fakat mevzuatta o hükümle paralel, aynı amaca hizmet eden bir düzenlemenin yapılacağı kabul edilebilir.

ÇHKİAS de benzer şekilde ortak velayetle ilişkili hükümler içermektedir. Bu sözleşmenin 1. maddesinin 3. fıkrasında, *“bu sözleşmenin amaçları açısından, bir adli merci önündeki, çocukları ilgilendiren davalar, özellikle çocukların ikameti ve çocuklarla şahsi ilişki kurulması gibi velayet sorumluluklarına ilişkin davalardır”* denilerek, sözleşmenin velayete ilişkin davalarla doğrudan ilgili olduğu ifade edilmiştir. Sözleşmenin 3. maddesinde ise, iç hukukta yeterli idrake eriştiği kabul edilen çocukların bir adli merci önündeki kendisini ilgilendiren davalarda bilgi alma, kendisine danışılmak ve görüş ifade etmek, görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçları ve her türlü kararın olası sonuçları hakkında bilgilendirilme hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Yine, 6. maddede adli mercilerce bir karar alınmadan önce idrak sahibi çocuğun görüşüne başvurulacağı ve bu görüşe önem verileceği hükme bağlanmıştır. BMÇHS m. 12’de de aynı şekilde Taraf Devletlerin, idrak yeteneği gelişmiş çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşlerini serbestçe ifade edebilme hakkını tanıyacağı belirtilmiştir.

Onaylayarak iç hukukumuza dahil edilen uluslararası sözleşmelerden biri de Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)⁹¹, 14.10.1985 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşmede konumuzla ilgili olan madde 16. maddedir. Bu maddenin 1. fıkrasının d bendi uyarınca, Taraf Devletlerce, medeni durumları ne olursa olsun, anne ve babaya çocuklarla ilgili konularda aynı hak ve

⁹¹ 14.10.1985 tarih ve 18898 sayılı RG., Sözleşmenin tam metni için bkz. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrımciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf>, E.T. 14.3.2021.

yükümlülükler sahip olma hakkı tanınır. Her koşulda çocukların menfaatine üstünlük tanınacağına burada da yer verilmiştir. Aynı fıkranın f bendinde ise, Taraf Devletlerce, velayet, vasilik, kayımlık ve evlat edinme veya bu kavramların ulusal mevzuattaki benzer kurumlar bakımından anne babaya aynı hak ve yükümlülükler sahip olma ve bu hakları kullanabilmek için gerekli bilgiye, eğitime ve araçlara sahip olma hakkı tanınacağı düzenlenmiştir. 1. fıkranın d bendine bakıldığında, anne ve babanın medeni durumları ne olursa olsun çocuklarla ilgili konularda aynı hak ve yükümlülükler sahip olacakları ifadesinden anlaşılan, evlilik birliği devam ederken olduğu gibi boşanma sonrasında ve hatta evlilik dışı bir çocuk söz konusu olduğunda dahi anne ve baba eşit şekilde hak ve yükümlülük sahip olmalıdır sonucuna erişilmektedir. Tek tarafa velayet tanındığı takdirde, sadece boşanma gerçekleşikten sonra değil evlilik dışı çocuğun velayetinin anneye ait olacağına ilişkin hüküm göz önünde bulundurularak bu halde de, anne ve babanın eşit hak ve yükümlülüğe sahip olma imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, anılan hükümden çıkarılacak sonuç, çocuğun yararının üstün tutulacağı göz ardı edilmeden, ortak velayete olanak tanındığıdır. Bu fıkranın f bendinde ise, düşüncemizi doğrular nitelikte velayet bakımından anne ve babanın aynı hak ve yükümlülükler sahip olması gerektiği açıkça düzenlenmiştir.

AİHS'e Ek 7 No.'lu Protokol'ün 5. maddesiyle düzenlenen eşlerin eşitliğine ilişkin hüküm aslında çok daha öncesinde Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme⁹² ile iç hukukumuzda dahil olmuştur. Bu Sözleşmenin 23. maddesinin 4. fıkrasında “*bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve yükümlülükler sahip olması için gerekli tedbirleri alacaklardır. Evlilik sona erdiğinde, çocuklar için gerekli olan koruyucu hükümler öngörülmesi sağlanacaktır.*” ifadesi yer almaktadır. 21.7.2003 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme'nin içerdiği bu hükümden de tıpkı AİHS'e Ek 7 No.'lu Protokol'de olduğu gibi, eşlerin evliliğin sona ermesi halinde eşit hak ve yükümlülükler sahip olması gerektiği vurgulanmıştır. Ortak velayet uygulamasının evlilik sona erdikten sonra eski eşlerin çocuk üzerinde eşit hak ve yükümlülüğe sahip olması amacına hizmet ettiği düşünüldüğünde, 23. maddenin ortak velayete ilişkin bir düzenleme olduğu söylenebilir.

⁹² 21.7.2003 tarih ve 25175 sayılı RG., Sözleşmenin tam metni için bkz. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaralliskinSozlesme.pdf>, E.T. 14.3.2021.

II. ORTAK VELAYETİN MEVZUAT KARŞISINDAKİ DURUMU

Mevzuatımızda ortak velayet kurumu açıkça düzenlenmemiştir. Buna karşın, velayetin aidiyetine ilişkin mevzuatta yer alan hükümlerin ortak velayete cevaz verip vermediği uzun zamandır öğretilerde tartışma konusudur. Bu tartışmaların bir kısmında ortak velayetin kabul edildiği, benimsendiği; diğer bir kısmında ise, ortak velayetin mevzuatımıza aykırı olduğu, uygulanabilirliğinin de olmadığı gerekçesi ile reddedildiği görülmektedir.

Velayet hakkına kimin veya kimlerin sahip olduğu, kısaca velayetin aidiyeti TMK m. 336 ve 337’de düzenlenmiştir. TMK m. 336/I’de evlilik birliği devamınca anne ve babanın velayeti birlikte kullanacağına yer verilmiştir. TMK m. 336/II’de ise, ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmiş ise, hâkimin velayeti eşlerden birine verebileceği hükmü öngörülmüştür. Bu hükmün lafzından hareketle, ortak hayata son verilmesi yahut ayrılık halinde velayetin kural olarak birlikte kullanılmaya devam edileceği, istisna olarak ise hâkimin takdir hakkı doğrultusunda velayetin eşlerden birine tevdi edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Tartışmaya konu edilen hüküm ise, velayetin boşanma halinde kime ait olacağını düzenleyen TMK m. 336/III hükmüdür. İlgili hükümde, evlilik birliği devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde velayet hakkına sağ kalan eşin sahip olacağı, boşanmada ise velayetin çocuğun bırakıldığı tarafa ait olacağı düzenlenmiştir. Bu hükümle ilgili üç ayrı tartışma konusu bulunmaktadır. Bunlardan ilki; hükmün emredici olmadığıdır. İkincisi; TMK m. 336/III’ün emredici olduğu ve boşanma sonrası ortak velayetin hukukumuzda yeri bulunmadığıdır. Bu görüşü destekler nitelikte TMK m. 182/II gösterilmektedir. Üçüncüsü ise, TMK m. 336/III emredici olsa dahi AİHS Ek 7 No.’lu Protokol⁹³’ün onaylanarak iç hukukumuzda dahil olması sonucu Protokol’ün ilgili maddeyi lağvettiği ve boşanma sonrası ortak velayete olanak verdiğiidir.

TMK m. 336/III’ün emredici bir hüküm olmadığını düşünenler⁹⁴ bu görüşü çeşitli şekillerde gerekçelendirmektedirler. Bu gerekçelerin bir kısmı hükümde örtülü bir boşluk⁹⁵ olduğu ve bu boşluğun doldurulması için yegâne yolun da çocuğun üstün yararı ilkesinin gözetilmesinden geçtiği yönünde iken⁹⁶; diğer kısmı ise, TMK m. 336/II ve III’ün

⁹³ 8.4.2016 tarih ve 29678 sayılı RG., Sözleşmenin tam metni için bkz. https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/26/AIHS_7.protokol.pdf, E.T. 13.1.2021.

⁹⁴ ÖZTAN, Birlikte Velayet, 260; AKYÜZ, 234; BAYGIN, 265-268; ERDEM, 173; BAKTİR ÇETİNER, 108 vd. ; SEROZAN, 162; CEYLAN, 164.

⁹⁵ “Yasada bir hüküm bulunmasına rağmen, hükmün özü ile sözü birbirine uygun değilse veya bir hükmün sözüyle uygulanması açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa “örtülü kanun boşluğu” ndan söz edilir.” ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 110.

⁹⁶ KIRCA, 110; ARKAN SERİM, 6085; ÖZTAN, Birlikte Velayet, 260.

kıyaslanması sonucu kanun koyucunun velayet konusundaki yaklaşımının m. 336/III'ün emredici olmadığı yönünde olduğudur.⁹⁷ Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesinin emrediciliği konusundaki tartışmanın ötesine gidip TMK m. 182'nin kenar başlığını dikkate alarak ortak velayetin mümkün olduğuna dair görüş bildirenler de vardır.⁹⁸ Yine TMK m. 166/III gereğince yapılacak ortak velayet anlaşmasının hâkim tarafından onaylanabilir olduğu da savunulmaktadır.⁹⁹

TMK m. 336/III'te örtülü bir boşluk bulunduğunu düşünenler, hükmün lafzi yorumu sonucu boşanma sonrası velayetin ebeveynlerden yalnız birine bırakılması gerektiği yönünde görüş bildirenlerden farklı olarak; kanun koyucunun amacının sorgulanması, velayet hakkındaki hükümlerin bir bütün olarak ele alınmasının gerekliliği üzerinde durmuştur.¹⁰⁰ Bahsedilen yorum metodunun "objektif yorum metodu" olduğu ve bu metodun TMK m. 1 uyarınca esas olan yorum metodu olduğu belirtilmektedir.¹⁰¹ Yargıtay'ın verdiği 1972 tarihli İçtihatı Birleştirme Kararı'nda da; "*kanunun yorumunda, sözünden çıkan anlam esas alınmakla birlikte, bu anlam kanununun tümünden çıkan anlam ile çelişiyorsa, tümünden çıkan anlam tercih edilmelidir.*"¹⁰² ifadesine yer verilmiştir. Benzer biçimde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca verilen bir kararda da "*gerçekten de TMK'nun 1. maddesi hâkime önüne gelen uyuşmazlığı adil bir şekilde çözmesi için oldukça önemli bir hareket serbestisi tanımaktadır. Hâkim önündeki sorunu kanun hükmünün sözüyle tam olarak çözemiyorsa, o zaman kanunun özüne yani konuluş amacına giderek karar verecektir.*"¹⁰³ denilmektedir.

2000'li yılların başından bu yana ortak velayeti savunan ve TMK m. 336/III'ün emredici nitelikte olmadığını düşünen *KOÇHİSARLIOĞLU*, TMK ve İMK'da yer alan velayete ilişkin hükümleri detaylı bir biçimde irdelenmiştir.¹⁰⁴ Belirtilmelidir ki, ortak velayeti savunurken yalnızca TMK m. 336/III'ün emredici olmadığı yönündeki görüşünü temel almamış; çeşitli gerekçelerle ortak velayetin mümkün olduğunu ve velayet düzenlemeleri ile amaçlanan çocuğun üstün yararının bu yolla sağlanabileceğini savunmuştur.

⁹⁷ *KOÇHİSARLIOĞLU*, 72.

⁹⁸ *APAYDIN*, 460.

⁹⁹ *KOÇHİSARLIOĞLU*, 85; *BAYGIN*, 268 vd.

¹⁰⁰ *SERDAR*, 180 vd.

¹⁰¹ *EDİS*, 191.

¹⁰² *YİBK*, T. 17.4.1972, 8 E. , 8 K., 14209 sayılı RG.

¹⁰³ *YHGK*, T. 14.11.2019, 2017/1009 E. , 2019/1179 K. , (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T. 14.1.2021.

¹⁰⁴ bkz. *KOÇHİSARLIOĞLU*, 3 vd.

Üzerinde durulan ilk mesele şudur: Boşanma sonrası ebeveynlerin aralarında anlaşarak hâkimin velayet hususunda verdiği karardan ayrılabilmeleri mümkün iken neden ortak velayetin hâkim tarafından kararlaştırılmayacağı kabul edilmektedir? Boşanan ebeveynlerin hâkimin kararının aksine fakat yalnızca kendi aralarında sonuç doğuran ortak velayet anlaşması yapma imkanları vardır. Üçüncü kişilere karşı ve hatta bir süre sonra ebeveynlerden birinin anlaşmadan dönmesi halinde birbirlerine karşı dahi hak iddiasında bulunamayacakları bu velayet anlaşmalarının hâkimin vereceği ortak velayet kararı ile bir olmayacağı aşikârdır. Örneğin, velayet hakkının kapsamı içinde yer alan temsil yetkisi, boşanma sonrası hâkimin velayeti tek tarafa bırakmasının sonucu olarak velayet kendisine bırakılan ebeveyne ait olacaktır. Ebeveynlerin kendi aralarında anlaşmaları üçüncü kişiler nezdinde bir anlam ifade etmediğinden çocuğun temsili söz konusu olduğunda sadece hâkimin velayeti tevdi ettiği ebeveynin temsil hak ve yetkisi olacaktır. Keza ebeveynler kendi aralarında velayeti ortak kullanacaklarına dair anlaşsalar ve müşterek çocuk hakkındaki kararları ortaklaşa alma hakkını velayet sahibi ebeveyn diğerine tanımış olsa da, bu anlaşmayı uygulamaktan vazgeçtiğinde diğer ebeveyn hukuki olarak bir hak iddiasında bulunamayacaktır. Özetle, tarafların kendi aralarında anlaşarak velayeti ortak yürütme kararı almaları her zaman mümkün olsa da mahkeme kararı ile velayet sahibi olan ebeveyn her zaman güçlü konumda olan taraf olacak ve bu anlaşmadan bir gün vazgeçtiğinde herhangi bir yaptırıma maruz kalmayacaktır. Bu nedenle yapılması gereken; boşanan ebeveynlerin insafına bırakılmadan boşanma sonrası ortak velayet meselesinin yargı yolu ile çözüme kavuşturulmasıdır.¹⁰⁵

Benzer olarak, anlaşmalı boşanmaya ilişkin hükümler içeren TMK m. 166/III'de *“evlilik en az bir yıl sürmüştür ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur...”* denilmektedir. Burada yer alan çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemenin velayete ilişkin olduğu şüphesizdir. Yani, taraflar velayet hakkında serbestçe bir karar verebilir, fakat boşanmanın gerçekleşmesi için hâkimin bu anlaşmayı uygun bulması şartı

¹⁰⁵ KOÇHİSARLIOĞLU, 62 vd.

aranır. Peki, tarafların bu anlaşmada müşterek çocuğun velayetinin ortak olmasına karar verebilmesinin önünde bir engel var mıdır? Tabii ki yoktur. Fakat unutulmamalıdır ki, boşanmanın gerçekleşebilmesi için tarafların yaptığı bu anlaşmanın hâkim tarafından onaylanması şarttır. Bir an için boşanma sonrası velayetin aidiyetine ilişkin TMK m. 336/III hükmünün emredici bir hüküm olduğu kabul edilirse, hâkimin ortak velayete hükmetme yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, ortak velayetin yer aldığı bir anlaşma metnini de onaylaması mümkün olmayacaktır. Söz konusu halde, onaylanmayan anlaşma metni sonucu boşanamayan çiftlerin mevcudiyeti, hak ihlaline sebep olur. Burada kastedilen hak ihlali, AİHS m. 12’de yer alan evlenme hakkının ihlalidir. Anayasa Mahkemesi’nin 8.9.2020 tarihinde vermiş olduğu bireysel başvuruya ilişkin bir kararda¹⁰⁶ evlilik hakkı Anayasa m. 20’de yer alan özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmiş ve başvurucunun tarafı olduğu boşanma davasında karar verilmesinden itibaren on yedi yıl geçmesine rağmen halen kararın kesinleştirilememesinin Anayasa m. 20 ve m. 41’in ihlali olduğuna hükmedilmiştir. Görüldüğü üzere, boşanma davasında verilen kararın yıllar boyu kesinleşmemiş olması kişinin medeni durumunun değişmemesi ve dolayısıyla yeniden evlenebilmesinin önüne geçtiğinden AİHS’te yer alan evlenme hakkının ve evlenme hakkını kapsamında barındırdığı belirtilen Anayasa m. 20’de yer alan özel hayata saygı hakkının ihlaline sebep olmuştur. Bu karardan yola çıkarak, TMK m. 166 gereği anlaşmalı boşanma yoluna giden çiftlerin çocukları hakkında yaptıkları ortak velayete ilişkin anlaşmanın çocuğun üstün yararına uygun olduğu halde hâkim tarafından onaylanmaması tarafların boşanmasına kanun gereği engel olacak ve bu bağlamda ebeveynlerin yeniden evlenebilmeleri imkanı da doğmayacaktır. Kanaatimizce, belirtilen durum Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu karara uygun olarak evlenme hakkının, yani Anayasa m. 20’nin ihlali olur. Bunun yanı sıra, Anayasa m. 41/I’de yer alan “eşler arasında eşitlik ilkesi” ve m. 41/III’te yer alan “çocukların yüksek yararına aykırı olmadıkça, anne ve babasıyla doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı” da ihlal edilmiş olacaktır.

Ortak velayetin mümkün olduğunun dayanak noktalarından biri de; ebeveynlerin velayeti devretme, velayetten feragat etme hakları bulunmaz iken, velayetin kaldırılması için TMK’da sınırlı sayım yolu ile verilen gerekçelerin de bulunmamasına rağmen nasıl olur da mahkemeler tek tarafa velayeti tevdi edebilirler? Kaldı ki ebeveynler kendi aralarında anlaşarak boşanma sonrası ortak velayete hükmedilmesini talep etmişlerse, bu durumda aksi

¹⁰⁶ AYM, T. 8.9.2020, B. 2017/40199, 21.10.2020 tarih ve 31281 sayılı RG., (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>), E.T. 11.3.2021.

yönde verilen karar ne sözleşme serbestisi prensibi ile ne de çocuğun yararının esas alınması gereği ile bağdaşır.¹⁰⁷

TMK m. 21/I gereğince, ana ve babasının ortak yerleşim yeri olmayan çocuğun yerleşim yeri, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Velayet hakkının çocuğun şahsı bakımından kapsamı içerisinde yer alan çocukla birlikte yaşama hakkı¹⁰⁸ doğaldır ki, velayet hakkının sadece bir parçası, uzantısıdır. Velayet altındaki çocuğun yerleşim yeri dışında daha birçok konuda velinin velayet hakkından doğan hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Boşanma sonrası ortak velayeti çocuğun yararına ve içinde bulunduğumuz zamana uygun bir yenilik olarak gören düşünce, çocuğun yerleşim yerinin yani çocuğun ikamet edip barındırıldığı yerin velayet hakkı sadece bundan ibaretmiş gibi algılanması tartışma konusu yapılmıştır. Ebeveyn yönünden hem bir hak hem de yükümlülük olarak addedilen alıkoyma kavramı, velayete tabi çocuğun velayet hakkına sahip olan ebeveyn ile beraber yaşamasını, barınmasını ifade etmektedir.¹⁰⁹ Burada tartışılan ise, velayet hakkının sadece bir parçasını oluşturan alıkoyma hakkının nasıl olur da velayet alıkoyma hakkından ibaretmiş, velayet alıkoyma hakkının bir parçasıymış gibi algılandığıdır. Ortak velayeti boşanmış ebeveynlerin her ikisinin birden alıkoyma hakkına sahip olamayacağı, zira büyük bir olasılıkla boşanma sonrası ayrı evlerde hayatlarını sürdürecekleri gerekçesiyle mümkün görmeyenler işte tam da bu sebeple eleştirilmektedir. Mademki alıkoyma hakkı velayet hakkının sadece bir parçasıdır, o halde neden velayet hakkı alıkoyma hakkının bir parçasıymış gibi düşülmektedir? Ortak velayeti yasalarında benimsemiş ülkelerin bir kısmında ortak velayet halinde çocukların ebeveynler arasında dönüşümlü olarak yaşadığı bir model benimsense de, bizim de savunduğumuz ve genel olarak uygulanan model; ortak velayet halinde çocuğun yine ebeveynlerinden sadece biri ile yaşadığı, fakat çocuk hakkında alınacak gündelik kararlar dışındaki diğer tüm kararların anne ve babası tarafından ortaklaşa alınmasıdır. Bu halde, çocuğun boşanma sonrası ebeveynlerinin her ikisi ile birden yaşayamayacağı gerekçesi ile ortak velayeti reddedenlerin düşüncesi dayanaktan yoksundur. Kaldı ki, TMK m. 336/II'de düzenlenen; ortak hayata son verilmiş veya ayrılık gerçekleşmişse hâkimin velayeti eşlerden birine tevdi edebileceği hükmünün mefhum-u muhalifinden anlaşılan, ortak hayata son verilmesi veya ayrılık

¹⁰⁷ KOÇHİSARLIOĞLU, 85.

¹⁰⁸ “Velayete sahip olan ana ve baba çocukla birlikte yaşama, çocuğu kendi gözetim ve denetimi altında bulundurma hakkını haizdir. Çocuk açısından da ana ve babası ile birlikte yaşamak temel bir haktır.” ÖZDEMİR/RUHİ, 757.

¹⁰⁹ KOÇHİSARLIOĞLU, 125.

durumunda aslolanın birlikte velayet olduğudur. İstisna ise, hâkimin velayeti eşlerden birine bırakmasıdır. Bu durumda, yani genellikle eşlerin ayrı konutlarda yaşamını sürdürdüğü ortak hayata son verme veya ayrılık halinde aslolan birlikte velayet ise, boşanma halinde de birlikte yaşamayan ebeveynlerin ortak velayete sahip olabilme imkanının düzenlenmiş olması gerekmektedir. Hayatın olağan akışında ayrılık halinde de tıpkı boşanmadaki gibi eşler ayrı konutlarda yaşamaya başlamakta, fiili beraberlikleri genellikle sona ermektedir. Mademki TMK m. 336/II’de ayrılan çiftlerin aynı evde ikamet etmeye devam edip etmemelerini umursamadan kanun koyucu birlikte velayetin kural olduğu bir tutum sergilemiştir, o halde, boşanma halinde ortak velayetin mümkün olamayacağını düşündüren nedir? Başka bir örnekle, evli olmalarına karşın birlikte yaşamayan, kimi zaman ayrı şehirlerde ve hatta ayrı ülkelerde yaşayan çiftlerin azımsanamayacak kadar fazla olduğu günümüzde, sırf evli oldukları için birlikte velayeti sürdüren çiftler var iken, boşanma söz konusu olduğunda ebeveynlerin farklı evlerde yaşayacağını ve bu sebeple ortak velayetin sürdürülme imkanı bulunmadığını düşünmek mantıklı bir gerekçeden yoksundur. Velayet hususunda çocuğun yararının ebeveynlerin yararından üstün tutulduğu, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde ve yüksek mahkeme kararlarında sıklıkla vurgulanan “çocuğun üstün yararı” ilkesinin benimsendiği hukuk sistemimizde, kanunkoyucu çocuğun hangi üstün yararını gözeterek boşanma sonrası ortak velayeti yasaklamıştır? TMK m. 336/III hükmünün emredici olduğunu söylemek boşanma sonrası ortak velayetin yasaklandığını söylemek olduğuna göre, TMK m. 336/II’de herhangi bir fark olmadan ortak velayeti kural kabul eden kanun koyucu hangi gerekçe ile böyle bir tutarsızlık sergileyerek kanunun amacından ayrılmaktadır? ¹¹⁰ İşte bu sorulara cevap olarak ortaya konulan görüş; TTK m. 336/III’ün emredici olmadığıdır.

Öğretide tartışma konusu edilen bir diğer hüküm, hâkimin takdir yetkisi kenar başlıklı TMK m. 182/II hükmüdür. Bu hükümde, “*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.*” ifadesine yer verilmiştir. Burada geçen “velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesi ve maddenin “takdir yetkisi” kenar başlığını taşıması tartışmaların fitilini ateşlemiştir. Ortak velayete sıcak bakan görüşün taraftarları, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş tabiri ile ifade edilmek istenenin velayetin mutlak suretle ebeveynlerden yalnızca birine bırakabileceği olmadığını; ola ki velayet

¹¹⁰ KOÇHİSARLIOĞLU, 120-121.

çocuğun üstün yararına uygun olduğu için yahut diğer ebeveynin şahsında TMK m. 348’te sayılı velayetin kaldırılması sebeplerinden biri bulunduğu için tek tarafa verilir ise, bu durumda velayet kendisine verilmeyen bir eş söz konusu olacağından kastedilenin bu olduğunu savunmaktadır.¹¹¹

TMK m. 182’nin takdir yetkisi kenar başlığında düzenlenmesi ise, ortak velayet noktasında önemli bir yere sahiptir. TMK m. 182/II’de açıkça zikredilen kişisel ilişkinin düzenlenmesinde çocuğun yararının esas alınacağı ifadesi ile maddenin hâkimin takdir yetkisi kenar başlığıyla düzenlenmesi birlikte değerlendirilmiştir. Başta Anayasa m. 41/III olmak üzere, gerek tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerden BMÇHS ve ÇHKİAS’de gerek temyiz merciince verilen kararlarda sıklıkla üzerinde durulan “çocuğun üstün yararı” prensibi, bu kez TMK m. 182/II’de yer almıştır. İlgili maddenin çocuk ile velayet kendisine verilmeyen eş arasındaki kişisel ilişkide çocuğun yararına üstünlük tanınması ve taşıdığı kenar başlığının hâkimin takdir yetkisi olması sebebiyle denilmektedir ki, hâkime açıkça tanınmış olan takdir yetkisi kapsamında hâkimin boşanma sonrası ortak velayete karar verebilmesinin önü açıktır. Mevzuatımızda boşanma sonrası ortak velayeti açıkça yasaklayan bir hüküm bulunmamakla birlikte, boşanma sonrası çocuk ile ebeveyn arasındaki ilişkiyi düzenleyen iki maddeden biri olan m. 182’nin hâkimin takdir yetkisini barındırması bu kanaate varılmasına sebep olmuştur. Sonuç olarak; çocuğun üstün yararı gözetilmek suretiyle hâkimin yasada kendisine açıkça tanınan takdir yetkisini kullanarak boşanma sonrası ortak velayete hükmetmesi mümkündür.¹¹²

Günümüz koşulları ve karşılaştırmalı hukuktaki durum göz önüne alındığında halen savunulmasını anlamlandıramadığımız görüşe göre, Türk Hukuku’nda ortak velayetin yeri yoktur. Bu düşüncede olanların bir kısmı, TMK m. 182/II ve 336/III’ün emredici olduğunu¹¹³ gerekçe gösterse de, farklı gerekçeler ile ortak velayeti reddedenler de bulunmaktadır. Bu hükümlerin emredici olduğu yönündeki görüş ile başlamak gerekirse, TMK m.182/II’deki, “velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesinin maksatlı olarak seçilmiş olduğu ve kanunkoyucunun bu ifadeyi kullanarak ortak velayeti olanaklı görmediği savunulmaktadır.¹¹⁴ Yine TMK m. 336/III’te yer alan “velayet, boşanmada çocuk

¹¹¹ ÖZTAN, 467; SERDAR, 174; KOÇHİSARLIOĞLU, 104; ÖZTAN, Birlikte Velayet, 253-254; APAYDIN, 460; KURT, 166.

¹¹² SERDAR, 184-185.

¹¹³ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, 159; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 310,313; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 137; HELVACI/ERLÜLE, 177; FEYZİOĞLU, 381; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 1038; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 198-199; TEKİNAY, 229.

¹¹⁴ ERBAY, 23

kendisine bırakılan tarafa aittir.” cümlesinde geçen “taraf” sözcüğü kullanılarak yapılan tekil anlatımın boşuna olmadığı ve boşanma sonrası velayetin ancak tek tarafa ait olabileceğine kanıt olduğu öne sürülmüştür.¹¹⁵

Bütün bunların yanında, bir an için Türk Medeni Kanunu’nun boşanma sonrası ortak velayete cevaz verdiği düşünüldüğünde dahi ortak velayetin uygulanamayacağı, birlikte yaşamayan ebeveynlerce ortak velayetin sürdürülebilir olmadığı da öne sürülen düşünceler arasındadır. Zira ortak velayete imkan verildiği takdirde eski eşlerin birbirinden öç alma gayesi ile hareket ederek çocuk hakkında alınacak kararlarda işi yokuşa süreceklere ve ortaklaşa karar alma yolunu tıkayacakları, bu durumun ise; üstün tutulması gereken çocuğun yararını sağlamaktan ziyade çocuğun zararına olacağı düşünülmektedir.¹¹⁶ Anılan nedenle, ortak velayet hususunda yapılması umulan açık düzenlemeye sıcak bakmayan görüş taraftarları mevcut kanunda bir boşluk bulunmadığını, yasakoyucunun ortak velayet konusunda menfi bir çözüm benimsediğini kabul etmektedirler.¹¹⁷

KILIÇOĞLU diğerlerinden farklı olarak açıkça velayete ilişkin hükümlerin emredici olduğu ve ortak velayete imkan bulunmadığını belirtmemiş, bu konuda sessiz kalmıştır. Boşanma sonucunda çocukların durumunun irdelendiği bölümde bu hususla alakalı olabilecek tek yorumu; boşanma veya ayrılığa karar verilirken velayet hakkının da yasa gereği hükme bağlanması gerektiğidir. Buna sebep olarak ise, boşanma veya ayrılığa karar verildiğinde artık ebeveynlerin birlikte yaşamayacak olmalarını göstermiştir.¹¹⁸ Buradan hareketle, ebeveynlerin ayrı konutlarda yaşamını sürdüreceği ifadesi ile kastedilenin; boşanma sonrası velayetin eşlerden yalnız birine bırakılabileceği olduğu söylenebilir. Bu düşüncemizi doğrular nitelikte, velayetin tanımı ve kapsamının incelendiği bölümde açıkça, evlilik birliğinin boşanma ile sonlandığı durumlarda velayetin ana veya babadan birine ait olacağına yer verilmiştir.¹¹⁹

Doktrinde yer alan ortak velayetin mümkün olmadığına ilişkin görüşlerin yanı sıra, Yargıtay’ın da yakın bir tarihe kadar “evlilik birliğinin sona ermesi ile ebeveynlerin velayeti beraberce kullanma olanağı kalmadığı” gerekçesi ile ortak velayete olanak tanımadığı¹²⁰

¹¹⁵ **BAKTİR ÇETİNER**, 48.

¹¹⁶ **BULUT**, 5.

¹¹⁷ **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, 110.

¹¹⁸ **KILIÇOĞLU**, 123.

¹¹⁹ **KILIÇOĞLU**, 623.

¹²⁰ YHGK, T. 24.2.2016, 2014/1047 E. , 2016/171 K.; YHGK, T. 26.2.2016, 2014/1088 E. , 2016/188 K., (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T. 13.3.2021.

hatta bu yöndeki tenfiz taleplerini dahi “Türk kamu düzenine açıkça aykırılık” gerekçesi ile reddettiği bilinmektedir.¹²¹ Yerel mahkeme kararlarının temyizi sonucu verilen Yargıtay kararlarında ortak velayetin mümkün görülmemesi sebebi TMK m. 336/III olarak gösterilmiştir. Bununla birlikte, tenfiz talebi doğrultusunda verilen Yargıtay kararlarında hangi gerekçe ile ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı görüldüğü anlaşılamamaktadır. Keza İngiliz vatandaşı olan tarafların milli hukukunun uygulandığı velayete ilişkin davada verilen Yargıtay kararında “...yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m. 5/1).” denilmiş ve bu sebeple, ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edip etmediğinin sorgulanması gerektiği belirtilmiştir.¹²² Bu kararda, kamu düzenine açıkça aykırılık ifadesinden ne anlamamız gerektiği üzerinde durulmuş ve 2012 yılında verilen Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararı’na atıf yapılmıştır. Bu İçtihatı Birleştirme Kararı’nda, mevzuatımızda yer alan emredici bir hükme aykırılığın tenfize engel oluşturmadığı şu şekilde açıklanmıştır: “esasa uygulanan hukukun Türk Hukukundan farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır.”¹²³ Nihayetinde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin verdiği kararda, TMK m. 336/III emredici kabul edilse dahi, Türk hukukundaki emredici bir hukuk kuralına aykırı olan yabancı hukuk kuralı yahut mahkeme kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeyeceği vurgulanmıştır. Bu kararla Yargıtay’ın yıllar boyu sürdürdüğü tutum bozulmuş, boşanma sonrası ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığı tespit edilmiştir.

İçtihatı Birleştirme Kararlarının bağlayıcı olduğu konusunda şüphe yoktur. Peki, anılan İçtihatı Birleştirme Kararı’ndan ortak velayete ilişkin çıkarılacak sonuçlar nelerdir?

¹²¹ Y2HD, T. 10.10.2006, 2006/6824 E., 2006/13638 K., (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T. 13.3.2021.

¹²² Y2HD, T. 20.2.2017, 2016/15771 E., 2017/1737 K., (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T. 13.3.2021.

¹²³ YİBK, T. 10.2.2012, 2010/1 E., 2012/1 K., 20.9.2012 tarih ve 28417 sayılı RG.

Ortak velayetin Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortaklaşa benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine aykırı olmadığıdır. Zira bahse konu kararda bu kıstaslar teker teker sayılmış ve bu kıstaslara aykırı olan kararın tenfiz edilemeyeceği veya normun uygulanamayacağı, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturacağı belirtilmiştir. Mademki Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin verdiği kararlar boşanma sonrası ortak velayet uygulamasını Türk kamu düzenine açıkça aykırı görmemiştir; o halde, ortak velayet belirtilen kıstaslara aykırı değildir sonucu ortaya çıkmaktadır. Bahse konu İçtihatı Birleştirme Kararı'nın 2012 yılında verildiği göz önüne alındığında, aradan geçen neredeyse on yılda ortak velayetin neden halen açıkça düzenlenmediğini anlamak güçtür. Hem çocuğun üstün yararına hizmet edebilecek nitelikte, hem de Türk hukukunun temel değerlerine, hukuk siyasetine, Türk adap ve ahlak anlayışına ve daha birçok kritere uygun olan ortak velayetin açıkça ve detaylı bir düzenlemesinin yapılmamasının önündeki engel nedir? Vele ki TMK m. 336/III emredici olsun, aslolanın çocuğun üstün yararının sağlanması olduğu bilinirken hangi gerekçe ile bu hususta bir yasa değişikliğine gidilmemektedir? Bu soruların yanıtı henüz bilinmemektedir.

III. YARGI KARARLARINDA ORTAK VELAYET

Öncelikle, ortak velayet konusunda Türk Hukukunda verilmiş ilk karar olan 27.5.2009 tarihli ilk derece mahkemesi kararına değinmek isteriz. İzmir 4. Aile Mahkemesince verilen bu karar¹²⁴, verildiği tarih itibariyle ilginç bir karardır. Son dönemde ortak velayet yönünde verilen BAM ve Yargıtay kararlarının neredeyse 10 yıl öncesinde verilen bu karar, taraflarca temyiz edilmeden kesinleşmiştir. Yargıtay'ın o dönemlerde yabancı mahkemeler tarafından ortak velayet konusunda verilen kararların tenfizini dahi Türk kamu düzenine aykırı bularak reddettiği göz önünde bulundurulduğunda, şayet bu karar temyiz edilse idi Yargıtay'ın kararı bozacağında şüphe yoktur. İlgili karar şu şekildedir: *"...çocuk için ideal olanı her iki ebeveynin de çocukla ilgili kararlara aktif katılması, çocuğun sınırlama olmaksızın istediği kadar her iki ebeveyni de görebilmesidir. Boşanma sonrasında en sık görülen negatif durum, eski eşlerin çocuk bakımı ve görüşmeler hususunda çatışmalarıdır. Çatışmaları çocuk üzerinden devam ettirerek birbirlerini cezalandırma, öfkelerini aktarma yolu olarak çocuğu*

¹²⁴ İzmir 4. Aile Mahkemesi, T. 27.5.2009, 2009/448 E., 2009/470 K.

kullanma ortaya çıkabilmektedir. Çocuk velayeti ile ilgili düzenleme ne olursa olsun, çocuğun ihtiyaçları her zaman birinci planda kalmalıdır. ... çifti ile yapılan görüşmede, her iki tarafın da çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurabilecek, boşanma sonrasında da müşterek çocuk ile ilgili olarak bir araya gelerek karar alabilecek istek ve bilince sahip oldukları, çocukla ilgili alınacak kararlarda işbirliği içinde bulunabilecekleri izlenimi edinilmiştir. Yapılan değerlendirmeler sonucunda, tarafların ortak velayet uygulamasına yönelik istek, bilinç ve gerekli motivasyona sahip oldukları, tarafların küçüğün psiko-sosyal gelişimini göz önünde bulundurarak küçüğün diğer ebeveyni ile olan iletişim ve paylaşımını destekleyici tutum içerisinde buldukları izleniminin edinilmesi ile müşterek çocuğun alıştığı yaşam düzeninin sağlanması durumunda ortak velayetin taraflarca kullanılacağı kanısına varılmıştır.”¹²⁵

Gerekçelerine tamamıyla katıldığımız bu karardan çıkarılması gereken bazı sonuçlar vardır. İlk olarak, çocuk ile ilgili kararlarda üstün olanın daima çocuğun yararı olduğudur. Bir diğer sonuç, daha önce de değindiğimiz üzere, velayetin kaldırılması sebeplerinden biri veya evlilik henüz devam ederken çocuğa karşı sistematik olarak sergilenen olumsuz bir tutum olmadığı müddetçe çocuğun yararına olan; her iki ebeveyni ile de dilediğince vakit geçirebileceği, hakkındaki kararların uzlaşa ortamında ortaklaşa alındığı, ebeveynlerinin eksikliği hissetmeden büyüyüp gelişebileceği velayet modelidir. Bu velayet modeli ise, ortak velayettir. Son olarak, hâkim ortak velayete hükmederken hem ebeveynlerin bu konuda istekli olmasını hem de ortak velayeti yürütebilecek kişisel niteliklerin varlığını göz önünde bulundurmıştır. Yani ne tek başına ebeveynlerin talebi ne de herhangi bir talep olmadan salt ebeveynlerin ortak velayeti yürütme kabiliyetleri olduğu izleniminin oluşması sebebiyle ortak velayete hükmedilmiştir.

Türk Hukuku yönünden ortak velayete ilişkin kararların tanıma ve tenfizinde adeta milat kabul edilen Yargıtay 2. Hukuk Dairesince verilen karar¹²⁶ ile temyiz mercii uzun yıllardır sürdürdüğü olumsuz tutumundan vazgeçmiştir. Ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığı gerekçesi ile ilk derece mahkemesi kararını bozmuş, ortak velayeti mümkün görmüştür. Anılan davada taraflar İngiliz vatandaşı olup MÖHUK'un uygulanması sonucunda bu yönde bir karar verilmiştir. Tarafların Türk vatandaşı olduğu boşanma davalarında ortak velayete hükmedilmesi de ilk derece ve BAM kararları ile

¹²⁵ ENERJİN, 39-40.

¹²⁶ Y2HD, T. 20.2.2017, 2016/15771 E. 2017/1737 K. , (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T. 20.12.2020.

yaygınlaşmaya başlamıştır. Örneğin, Gaziantep BAM 2. Hukuk Dairesi verdiği bir kararla¹²⁷, çekişmeli bir boşanma davasında, Ek 7 No. Protokole atıf yaparak ortak velayete geçit vermiştir. Yine Ankara BAM tarafından verilen kararda¹²⁸ Ek 7 No. Protokol ile TMK hükümlerinin zımnen ilga olduğundan bahisle, çocuğun güvenliği ve üstün yararı açısından da dava dosyasında aksi yönde bir iddia ve delil olmadığından ortak velayete karar verilmiş, çocuğun hayatıyla ilgili konularda ebeveynlerin ortak hareket etmesine, çocuğun annenin yanında yaşamasına hükmedilmiştir. Ortak velayeti mümkün görmekte beraber çeşitli sebeplerle davada ortak velayeti uygulayamayan BAM kararları da mevcuttur. Örneğin, Ankara BAM 2. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu kararda¹²⁹ her ne kadar ortak velayet mümkün görülse de ebeveynlerin ortak velayet konusunda hemfikir olmaması, annenin tek başına velayet istemesi ve bu durumun gönüllülük esası ile bağdaşmaması gerekçe gösterilerek babanın ortak velayet talebi reddedilmiştir. Benzer biçimde, Antalya BAM 2. Hukuk Dairesi kararında¹³⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2017 tarih, 2016/15771 E. 2017/ 1737 K. sayılı kararına atıfta bulunarak ortak velayeti mümkün kabul etmiş, ancak ortak velayetin çocuğun üstün yararına hizmet etmesi koşulu olayda sağlanmadığından davacının talebini reddetmiştir.¹³¹

¹²⁷ Gaziantep BAM 2. HD, T. 13.10.2017, 2017/1008 E. 2017/1266 K.

¹²⁸ Ankara BAM 1. HD, T. 10.05.2017, 2017/121 E. 2017/601 K.

¹²⁹ Ankara BAM 2. HD, T. 05.12.2017, 2017/1132 E. 2017/1471 K.

¹³⁰ Antalya BAM 2. HD, T. 13.07.2018, 2018/619 E. 2018/1025 K.

¹³¹ ÇAKIR, 121-122.

§ 5. ORTAK VELAYETİN TANIMI, UNSURLARI VE NİTELİĞİ

I. ORTAK VELAYETİN TANIMI

Ortak velayet; bir bütün halindeki velayetin ebeveynler tarafından eş zamanlı olarak ve birlikte, eşit şekilde kullanılması olarak tanımlanmıştır.¹³² Bir başka deyişle, ortak velayet; velayet hakkının anne ve baba tarafından eşit yetkilerle ve uzlaşma suretiyle kullanılmasıdır.¹³³ Ortak velayet, velayetten doğan hak ve yükümlerin ebeveynlerin boşanmasının ardından bölünmeden kullanıldığı bir model olarak da tanımlanabilir.¹³⁴ Yine ebeveynlerin medeni halinden bağımsız olarak çocuk üzerindeki hak ve yükümlülüklerin eşit olarak paylaşıldığı bir kurum olarak tanımlanması mümkündür.¹³⁵ Kanaatimizce, ortak velayet; boşanma sonrası velayetten doğan hakların ortak kullanılması ve yükümlülüklerin birlikte üstlenilmesi yoluyla çocuğun üstün yararına hizmet eden bir velayet modelidir. Bu model ile amaçlanan, boşanma sanki gerçekleşmemiş ve evlilik birliği sona ermemişçesine her iki ebeveynin de deyim yerindeyse taşın altına elini sokarak müşterek çocuğun boşanma olgusundan asgari ölçüde etkilenmesini sağlamaktır. Ebeveynlerin haklardan eşit derecede yararlanacağı ve yükümlülüklere eşit şekilde katlanacağını söylemek çok gerçekçi değildir. Ortak velayet düzenlemesinde belirlenen ikamet modeli bu eşitliğin ne derece olacağını belirler. Kanaatimizce çocuğun psikolojisinin zarar görmemesi için ikametinin dönüşümlü olduğu, yani ebeveynlerinin her ikisi ile de yaşama olanağı bulunan bir modelin tercih edilmemesi gerekmektedir. Ebeveynlerinin evleri arasında mekik dokuyarak geçen bir çocukluğun ardından birey olan kişinin aidiyet eksikliği, bağlanma problemi gibi birtakım sorunlarla karşı karşıya kalmaması için bu modelin tercih edilmemesi yerinde olur. Keza ebeveynlerin boşanmanın ardından yeni bir hayat arkadaşı, eş edinmiş olmaları ve hatta o kişilerden çocukları olması halinde çocuk açısından durum daha da zorlaşacaktır. Her iki evde de kendisine yabancı insanlar olması ihtimali karşısında, evler arası mekik dokumak sadece çocuğun yaşadığı çevrenin, ev düzeninin sürekli değişmesinin yarattığı sorunları değil; kafa karışıklığı, kıskançlık ve öfke duygularını da beraberinde getirebilir.¹³⁶ Anılan sebeplerle, çocuğun yararına en uygun olduğunu düşündüğümüz model, boşanmanın

¹³² APAYDIN, 447.

¹³³ KURT, 158.

¹³⁴ İNCE, 195.

¹³⁵ ÇAKIR, 50.

¹³⁶ ÖZTAN/ÖZTAN, 2597.

ardından çocuğun ebeveynlerinden biri ile beraber yaşadığı, diğeri ile sıklıkla görüştüğü ve bağlarının yeter düzeyde kuvvetli kalacağı tek konut modelidir.

Başlangıç noktamıza dönersek, ebeveynlerin hak ve yükümlülüklerde eşitliğinin tam anlamıyla bir eşitlik olamayacağını, çocuğun ikametini ile ilgili belirlenen modele göre bu eşitliğin ne ölçüde gerçek olabileceğinin belirleneceğini ifade etmiştik. Kanaatimizce çocuk için en uygun olan ikamet modeli tek konut modeli olsa da bu modelin hak ve yükümlülüklerde eşitliği sağlayamayacağı görülmektedir. Zira tek konut modelinde çocuğun yanında yaşadığı ebeveynin çocukla daha fazla vakit geçireceği ve sorumluluk üstleneceği açıktır. Bunun yanında, çocukla ilgili günlük kararların alınmasında yanında yaşadığı ebeveyn yetkili olacağından, çocuk üzerindeki hakları kullanmada da ister istemez bir eşitsizlik söz konusu olur. Ancak unutulmamalıdır ki, ortak velayetin hizmet ettiği amaç, çocuğun yararınıdır. Bu yüzden, çocuğun üstün yararı gözetilerek ortak velayete hükmedilmişse, ebeveynlerin hak ve yükümlülükler yönünden eşit olup olmadığı meselesi bir teferruattan ibarettir.

Mevzuatımızda yapılması ümit edilen düzenleme ile ortak velayette tek konut modeli uygulandığı takdirde, çocuk hakkında alınacak kararların kim veya kimler tarafından alınacağı önemli bir meseledir. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, örneğin; Almanya, Fransa, İtalya, Belçika gibi ülkelerde, çocuğun birlikte yaşadığı ebeveyn çocuk hakkındaki günlük hayata ilişkin, önemsiz addedilen kararları tek başına alır.¹³⁷ Bu kararlara örnek olarak; çocuğun hangi saatte uyuyacağı, hangi saat aralığında oyun oynayacağı, rutin tıbbi müdahaleler verilebilir.¹³⁸ Buna karşın, önemli kabul edilen, çocuğun ameliyat olması, eğitim göreceği kurumun belirlenmesi, dininin seçilmesi vb.¹³⁹ ebeveynlerin ortaklaşa, birbirine danıştıktan sonra almaları gereken kararlardır. Bu kararlar, ileride değişmesi çok zor veya imkansız olan kararlar olduğundan çocuğun hayatı için oldukça önemlidir.¹⁴⁰ Çocuğun günlük hayatına ilişkin basit kararların yanında ikamet ettiği ebeveynce alınması yerinde bir çözümdür. Zira bu kararların diğer ebeveyne danışarak alınması hayatın olağan akışına uygun olmayacağı gibi karar verme sürecini de uzatacağından, çocuğun menfaatlerinin zedelenmesine sebep olabilir.

¹³⁷ SÜNDERHAUF, 8.

¹³⁸ GLOOR/UMBRICHT LUKAS, 525.

¹³⁹ MATTHIESSEN, 92.

¹⁴⁰ SÜNDERHAUF, 81.

Bu açıklamalardan sonra akla gelen bazı sorular vardır. Örneğin; çocuğun normal zamanda yanında ikamet etmediği ebeveyni ile kalırken günlük hayata ilişkin kararları kim verecektir? Mesela çocuk o gece saat kaçta uyuyacaktır? O gününü nasıl geçirecektir? Bu soruların cevabını verecek olan taraf; çocuğun geçici süre ile yanında kaldığı ebeveynidir.¹⁴¹ Akla gelen bir diğer soru, çocuğun hayatına ilişkin önemli ve acil, gecikmesinde sakınca olan bir karar söz konusu iken ebeveynlerden birine ulaşılamaması halinde ne olacaktır. Örneğin; acil bir cerrahi müdahale, ameliyat için ortak karar vermeleri gerektiği halde ebeveynlerden birine ulaşamıyor ve her geçen saniye çocuğun aleyhine işliyorsa ne yapılacaktır? Bu halde mevcut bulunan ebeveynin karar vereceği ancak bu kararın gecikmeksizin diğer ebeveyne bildirileceği savunulmaktadır.¹⁴²

Çocuk hakkında alınacak kararlar konusuna ilişkin akla gelen bir diğer konu, ortak alınması gereken önemli kararlar söz konusu olduğunda, ebeveynler ortak bir paydada buluşamıyorsa ne olacaktır. Yani ortak karar alınması gereken bir durum var fakat ebeveynler ortak bir karara varamıyorsa ne olacaktır? Mevaz İsviçre Medeni Kanunu bu konuda bize yol göstermektedir. İMK m. 307 vd.'da düzenlenen çocuğu koruyucu önlemlerin, ortak velayetten doğan yetkiler kullanılırken ebeveynler arasında uyumsuzluk çıkması halinde devreye girecek normlar olduğu kabul edilmiştir. Bu önlemler, çocuğun yararının zedelenmesini önler. Çocuğun yararının zedelenmesi söz konusu olduğunda devreye giren bu normlar, hâkime müdahale yetkisi tanımaktadır.¹⁴³ Benzer şekilde Türk Hukukunda da ortak velayete hükmedildiğinde, çocuk hakkında ortak karar alınacak bir konuda ebeveynlerce bu kararın alınamamasının bir sonucu olarak çocuğun yararının zarar göreceğinin şüphesiz olduğundan hareketle, çocuğun korunması başlığı altında düzenlenen TMK m. 346 devreye girmelidir. İlgili madde “*çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.*” hükmünü içermektedir. Dolayısıyla, çocuk hakkındaki önemli kararların ortak alınması esasını benimseyen ortak velayet uygulamasında, ebeveynlerin ortak almaları gereken kararda müşterek paydada birleşememesi halinde duruma hâkim müdahale edecek ve bu kararın alınmasını

¹⁴¹ ÖZTAN/ÖZTAN, 2590.

¹⁴² İNCE, 209.

¹⁴³ ERLÜLE, 64.

sağlayacaktır. Hâkimin bu konuda izleyeceği yol anne ve babanın yerine geçerek karar almak değil; kararın alınabilmesi gayesiyle ebeveynleri uzlaştırmaktır.¹⁴⁴

Evlilik birliği içerisinde velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılmasının evlilik birliğinin unsurlarından görülmesi ve bu sebeple anne ve babanın çocuk hakkında alacakları kararda uzlaşamaması halinde TMK m. 195'in uygulanacağını düşünenler vardır.¹⁴⁵ Zira TMK m. 195'de evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlık yaşanması halinde bu hükmün devreye gireceği öngörülmektedir. Fakat ortak velayet uygulanırken ebeveynlerin çocuk hakkındaki bir kararda uzlaşamaması söz konusu olduğunda; ebeveynlerin boşanmış olduğu, ortada bir evlilik birliği kalmadığı gerçeği karşısında bu hükmün uygulanamayacağı açıktır. Belirtilen hüküm, evlilik birliği içerisinde eşlerin müşterek çocukları hakkında alınacak bir kararda uzlaşamamaları haline ilişkin bulunmaktadır. Açıklanan nedenlerle, ortak velayet halinde, ebeveynlerin ortak karar alması gereken bir konu olduğunda müşterek bir paydada buluşulamıyorsa uygulanması gereken hükmün TMK m. 346 olduğu kanaatindeyiz.

II. ORTAK VELAYETİN UNSURLARI

A. EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ

Ortak velayet kavramından söz edebilmek için, müşterek çocuğun anne ve babasının evliliklerini boşanma yoluyla sonlandırmış olmaları gerekmektedir. Karşılaştırmalı hukukta evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde olduğu gibi, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar için de ortak velayetin uygulandığı hukuk sistemleri mevcuttur.¹⁴⁶ Çalışmanın özünü boşanma sonrası ortak velayet oluşturmaktadır. Bu nedenle, evliliğin boşanma ile sona ermiş olması ortak velayet için ilk unsurdur.

B. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI

Şüphesiz ortak velayetin en önemli unsuru; çocuğun üstün yararının bunu gerektirmesidir. Çocuğun üstün yararı kavramının tam olarak tanımlanması mümkün olmasa da dava konusu her olayda ayrı ayrı irdelenmesi gereken, çocuğun yaşı, cinsiyeti, ailesi ile

¹⁴⁴ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 436.

¹⁴⁵ KARACA, 62; USTA, 107.

¹⁴⁶ bkz. § 6-II.

ilişkileri gibi kriterlere göre değişen bir kavram olduğu bilinmektedir.¹⁴⁷ Çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, ahlaki, kültürel, hukuki ve ekonomik bakımlardan sağlıklı, özgür, sevgi dolu bir ortamda gelişmesi, kollanması çocuğun yüksek yararına uygun olmalıdır.¹⁴⁸ İstisnaları olmakla beraber, ortak velayetin çocuğun üstün yararına en uygun model olduğu, bugün pek çok ülkede kabul görmektedir. Somut olayda ortak velayete hükmedilmesi çocuğun üstün yararına uygun değil ise, velayetin tek tarafa verilmesi gerekmektedir. Çünkü çocuk hakkında alınacak her kararda yahut çocuğu ilgilendiren her türlü konuda yararının üstünlüğünün gözetilmesi gereken, çocuktur. Ülkemizde yürürlükte olan uluslararası sözleşmelerde çocuğun yararının üstünlüğüne yer verildiği gibi; yüksek mahkemenin kararlarında da¹⁴⁹ daima vurgulanmaktadır. Bu üstünlük öyle bir noktadadır ki; çocuğu dünyaya getiren anne ve babasının dahi çocuğun hayatında söz sahibi olabilme, onun adına kararlar alabilme yetkisine bir sınır koyan, zedelendiği takdirde hâkimin duruma müdahalesini meşru kılan bir kavramdır. Ortak velayete ilişkin bir karar verilirken incelenmesi gereken ilk unsur olan çocuğun üstün yararı mevcut olmadığı takdirde, geriye kalan tüm unsurlar sağlansa dahi ortak velayete karar verilemez. Zira ortak velayet adındaki modelin varoluş amacı çocuğun üstün yararına hizmettir. Çocuğun menfaatleri boşanan ebeveynlerin her ikisine de velayet hakkı tanındığı takdirde zarar göreceksen, bu halde artık ortak velayet gündeme gelmeyecektir.

C. ORTAK VELAYETTE GÖNÜLLÜLÜK VEYA RE'SEN KARAR VERME

Ortak velayetle ilgili tartışılan konulardan bir diğeri ise, boşanan ebeveynlerin bu velayet modeline ilişkin talepte bulunmaları, gönüllü olmaları halinde mi re'sen mi ortak velayete hükmedileceğidir. Hukukçuların bir kısmı¹⁵⁰ ortak velayete ancak anne ve babanın bu yönde bir talebi olması halinde karar verilebileceğini, ortak velayet kararı verilebilmesinin gönüllülük esasına tabi tutulduğunu öne sürmüştür. Ancak ebeveynler

¹⁴⁷ KARACA, 83.

¹⁴⁸ AKYÜZ, 54.

¹⁴⁹ “...Kuşkusuz velayet kendisinde bulunan anne veya babanın, çocukla ilgili yapacağı her türlü iş ve işlemde çocuğun üstün yararını koruması gerektiği tartışmasızdır. Çocuğun üstün yararı, çocuğu ilgilendiren her işte göz önüne alınması zorunlu olan ve belirli bir somut olayda çocuk için en iyisinin ne olduğunu belirlemede dikkate alınan bir ölçüt bir kılavuzdur. Çocuğun üstün yararı çocuğun haklarını garanti altına alan bir işlev de üstlenmektedir (... .. Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1 Sayı 2, Aralık 2013, s. 117-137). Esasın da çocuğun üstün yararına gereken önemin verilmesi, yalnızca çocuğun ya da ana babanın değil, toplumun da menfaatinedir. Çünkü çocuğun sosyal, kültürel, fiziksel ve psikolojik yönden olumlu gelişimi, ileride toplumda zararlı davranışlarının ortaya çıkmasını da engelleyecektir (... , Velayet Hukuku, ... 2000 s.33)...” Y2HD, T. 11.3.2021, 2021/1042 E., 2021/2206 K.,(<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T. 2.4.2021.

¹⁵⁰ GÜVEN, 45; ÖZDEMİR, 39;

talepte bulunsa dahi, ortak velayet çocuğun yararına uygun düşmüyorsa hâkimin bu yönde bir karar alması söz konusu olmayacaktır. Bizim de görüşlerine katıldığımız bir kısım hukukçuya¹⁵¹ göreyse, çocuğun üstün yararına uygun düştüğü sürece, ebeveynlerin bu yönde bir talebi olmasa dahi hâkim ortak velayete hükmedebilir. Bu görüşün altında yatan düşünce, ortak velayetin ebeveynlerin çıkarlarına değil; çocuğun çıkarlarına hizmet etmesidir. Bu sebeple, ortak velayete hükmedildiği takdirde çocuğun menfaatleri zedelenmeyecekse, ebeveynlerin iradelerinin ortak velayet lehine olması aranmamalıdır.

Boşanmaların daima anlaşmalı boşanma kategorisinde bulunmadığı, çekişmeli boşanma olarak değerlendirilen bir kategorinin de mevcut olduğu düşünüldüğünde, tarafların ortak velayete dair uzlaşısı içinde olması her zaman mümkün olmaz. Elbette anlaşmalı bir boşanmada da ebeveynlerden biri velayetin birtakım külfetlerini üstlenmekten kaçınarak diğer tarafın velayet hakkına sahip olması yönünde bir anlaşma protokolü imzalayabilir. Yani, anlaşmalı boşanmada ebeveynlerin isteğinin daima ortak velayete yönelik olacağını düşünmek bir yanılıdır. Ancak çekişmeli boşanmalarda taraflardan birinin boşanmayı istememesi söz konusu olduğundan ve bu eşin, elindeki en büyük koz olan çocuğu kullanarak çoğu zaman diğer tarafı boşanmaktan bile vazgeçirebildiği bilinmekteyken ortak velayete razı olması, her iki tarafın ortak velayet noktasında uyuşması çok daha düşük bir olasılık olarak görünmektedir. Kanaatimizce, boşanma sonrası ortak velayete hükmedebilmek için hem anne ve babanın bu yönde gönüllü olmasının hem de hâkimin çocuğun yararını gözeterek alacağı kararın bu yönde olmasının aranması özellikle çekişmeli boşanmalarda ortak velayet yolunu çoğunlukla tıkayacaktır. Zira genel olarak sancılı geçen çekişmeli boşanma davalarında hele ki ortada çocuk da varsa, taraflardan biri hatta bazen ikisi de çocuğu bu boşanmada diğerine karşı bir intikam aracı olarak kullanabilmektedir. Böyle bir durumda da ikisinin birden veli sıfatını haiz olmasını sağlayan ortak velayet kurumuna sıcak bakmak yerine tarafların çocuğun velayetini almak ve bu sayede de karşı tarafı bir nevi cezalandırmak yolunu seçmesi olasıdır. Yapılması gereken, hâkimin her bir davada ortak velayetin çocuğun üstün yararına hizmet edip etmediğini inceledikten sonra vardığı kanıya göre ortak velayete yahut tek taraflı velayete hükmetmesidir. Burada çocuğun üstün yararını gözetirken göz önünde bulundurulacak kriterler, ebeveynlerden yalnız birine velayet hakkı tanınırken değerlendirilen kriterlerden farklı değildir. Örneğin; velayetin yalnızca bir tarafa tanındığı durumda ebeveynlerden birinin sürdürdüğü yaşantı gereği müşterek çocuğun velayeti almasına engel bir durum var

¹⁵¹ BİNGÖL, 304; KURT, 177; SERDAR, 185; KOÇHİSARLIOĞLU, 239.

ise, bu ebeveyn ortak velayet kapsamında da velayet hakkına sahip olmamalıdır. Yine bir ebeveynin şahsında velayetin kaldırılması sebeplerinden biri doğmuş ise, o ebeveyne ortak velayet hakkı da tanınmamalıdır.

GÜVEN, hâkimin ebeveynlerin ortak velayetin reddi yönündeki iradeleri ile bağlı olduğunu, aksi yönde karar verilmesinin amaçlanan faydayı sağlamayacağını öne sürmüştür.¹⁵² Öncelikle, anne ve babanın ortak velayet konusunda iradelerinin uyuşmaması halinde ortak velayetten beklenen faydanın sağlanmayacağı fikri kanaatimizce içeriğinde ön yargı barındırmaktadır. Ortak velayet mevzuatımızda henüz açık bir düzenlemesi yapılmamış olan, ülkemiz insanına yabancı bir velayet modelidir. Bu nedenle içeriğinin bilinmesi, bilinse dahi özümsemesi epey bir zaman alacaktır. Dolayısıyla henüz ne olduğunu, faydasının mı zararının mı çok olduğunu hukukçuların dahi tam anlamıyla kavrayamadığı ortak velayet uygulamasını, hakkında edindikleri kulaktan dolma bilgilere inanarak reddeden ebeveynler düşünüldüğünde, sırf bunu reddetmeleri sebebiyle çocukların her iki ebeveyni ile bağlarının kuvvetli şekilde devam edeceği bir velayet modelinden mahrum kalacağı görülmektedir. Öte yandan, ortak velayetin içeriği hakkında gerçekten bilgi sahibi olan ebeveynlerin başlangıçta mesafeli yaklaşarak reddettikleri ortak velayete yargıç tarafından hükmedildiği takdirde ortak velayeti yürütemeyeceği kabulü de bir ön yargı içermektedir. Bunu gönülden istemeseler de bu yönde karar verildiği takdirde bilinçli ebeveynlerin yapacağı şey, ortak velayeti en iyi şekilde yürüterek çocukları için üst düzey yararın sağlanmasına gayret etmektir. Yani ebeveynler ortak velayeti istemese de ortak velayete hükmedildiği takdirde bundan yarar sağlanması mümkündür. Çocuğun üstün yararını gözetmesi gereken yargıcın ebeveynlerin keyfine göre hareket etmesi, çocuğun geleceğini ebeveynlerin bencilce alabilme ihtimali olan bir karara bırakması doğru değildir. Nasıl ki, tek tarafa velayet hakkı tanınır iken ebeveynlerin kendi aralarında anlaşıp anlaşmaması bir anlam ifade etmiyor; çocuğun yararına göre yargıç velayeti taraflardan birine bırakıyor hatta bazen çocuğa vasi tayin edebiliyor ise, ebeveynlerin ortak velayet için istekli olup olmamaları da önem arz etmemelidir. Hâkim mevcut davada edindiği kanaat doğrultusunda ve önceliği çocuğun üstün yararına tanımak suretiyle re'sen karar vermelidir.¹⁵³

¹⁵² *GÜVEN*, 46.

¹⁵³ *SERDAR*, 185.

Ebeveynlerin birbiriyle ileri düzeyde çatışma halinde olması durumunda ortak velayetten beklenen faydanın sağlanamayacağı yönündeki görüşten hareketle, ebeveynlerin ortak velayeti reddettikleri durumda da beklenen faydanın sağlanamayacağı düşünülemez. İki durum birbirinden oldukça farklıdır. Çatışma halinde dahi ileri düzey bir çatışmanın arandığı, bu ileri düzey çatışmanın çocuğun, anne ve babasının güç mücadeleleri ortasında tabir-i caizse kapana kısılmasına sebep olacağı ve bu nedenle böyle bir çatışma mevcutsa ortak velayetin uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır.¹⁵⁴ Ancak ebeveynlerin ortak velayeti istememesi için çok büyük bir çatışma halinde olmaları gerekmediği gibi ortada herhangi bir çatışma dahi yokken ebeveynler, ortak karar alma sürecini yaşamak istemediğinden veya diğer taraf ile tek taraflı velayete nazaran daha fazla sürelerle muhatap olmamak için ortak velayeti reddedebilir. Kısacası, ebeveynler birbirleriyle ileri düzey bir çatışma içerisinde ise, ortak velayetten beklenen faydanın sağlanamayacağı öngörüsü doğru kabul edilebilir. Ancak salt ebeveynlerin ortak velayeti istememeleri, olumlu bakmamaları sebebiyle ortak velayete hükmedilse dahi bundan bir fayda sağlanamayacağı öngörüsü tarafımızca doğru görülmemektedir.

D. ÇOCUĞUN GÖRÜŞÜ

Ortak velayetin bir diğer unsuru; çocuğun görüşüdür. Bilindiği üzere, TMK'da hâkimin velayete karar verirken çocuğun görüşünü alacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak uygulamaya bakıldığında, Aile Mahkemesi'nde yargılama yapılırken çocuğun görüşünün de alındığı, hangi ebeveyni ile yaşamak istediğinin sorulduğu, bu beyanın dikkatli bir biçimde irdelenerek herhangi bir etki veya baskı sonucu bu beyanda bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Daima çocuğun isteği doğrultusunda karar alınmasa da idrak çağındaki çocuğun görüşünün velayetin tevdiinde önem arz ettiğini söylemek mümkündür.¹⁵⁵ Ortak velayet düzenlemesi yapılırken, çocuğun görüşünün de alınacağına mevzuatta açıkça yer verilmesi, yasalaşması önemlidir. Konunun muhatabının doğrudan çocuk olması ve öncelikle gözetilenin de onun üstün yararı olduğu düşünüldüğünde, hâkimin velayetin tevdi hususunda takdir hakkını kullanırken çocuğun görüşünü alıyor olması teamülüne güvenmek yerine bir kanun maddesinde bunun düzenlenmesi yerinde olacaktır. Böylece yürürlükte olan BMÇHS m. 12 ile ÇHKİAS m. 3 ve 6'ya uygun olarak, iç hukukta yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen çocukların kendilerini ilgilendiren davalarda

¹⁵⁴ KİREMİTÇİ, 23.

¹⁵⁵ YHGK, T. 16.3.2012, 2011/2-884 E. , 2012/197 K., (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 30.3.2021.

görüşlerini ifade etmesi mevzuatımızda da düzenlenmiş, çocuğun görüşünün alınması bir güvenceye bağlanmış olacaktır.

Konuyla ilgili karşılaştırmalı hukuktan örnek vermek gerekirse, boşanma sonrası ortak velayetin kural; tek tarafa velayetin bırakılmasının ise istisna olduğu Alman Medeni Kanunu m. 1671/I' e göre, ebeveynlerden biri velayetin yalnızca kendisine verilmesini istiyor ise, çocuğun üstün yararının buna uygun olması ve diğer ebeveynin itiraz etmemesinin dışında, on dört tamamlamış olmak kaydıyla çocuğun da buna itiraz etmemesi aranmaktadır.¹⁵⁶ Yani, çocuğun ortak velayeti istemesi halinde velayetin ebeveynlerden yalnız birine tevdi edilmesi mümkün olmaz. Buradaki on dört yaşın tamamlanmış olmasını, Alman Hukukunda çocuğun yeterli idrake ulaşmış kabul edildiği yaş olarak anlamak gerektiği açıktır. Alman Hukukunda, idrak sahibi olan çocuğun görüşünün alınmasının zorunlu olduğunun düzenlendiği görülmektedir. Çocuğun itirazının mevcut olmaması tek başına yeterli olmasa da çocuğun itirazı olduğu takdirde tek taraflı velayete hükmedilemeyeceği anlaşılmaktadır.

E. UZMAN GÖRÜŞÜ

Ortak velayetin başka bir unsuru olarak uzman görüşü gösterilebilir. Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair 4738 Sayılı Kanun ile kurulan Aile Mahkemelerinde uzman bulundurma zorunluluğu, bu Kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede yapılan görev tanımında, davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapıp sonuç bildirmek, aynı zamanda, mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunarak istenilen konularla ilgili çalışma yapmak ve görüş bildirmek sayılmıştır. Uzman sıfatını taşıyanların psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı meslek gruplarından olabilecekleri de aynı maddede belirtilmiştir.

Aile mahkemelerinde uzman bulundurma zorunluluğunun olması, bu mahkemelerde yapılan yargılamanın konusunun hassasiyeti ve öneminden ileri gelmektedir. Bu mahkemelerde yapılan yargılama genel olarak boşanmaya ve onun sonucu olarak velayet hakkına ilişkin olduğundan, toplumu meydana getiren ailelerin dağılma süreci de mahkemelerce ayrı bir titizlikle irdelenmektedir. Aile mahkemesi bünyesinde yer alan

¹⁵⁶ GÜNEŞ, 161.

pedagoglara en fazla ihtiyaç duyulacak yargılama konusunun velayet olduğu şüphesizdir. Zira çocuğun üstün menfaatinin nasıl karar almayı gerektirdiğini, örneğin; tek tarafa velayet hakkı tanınacaksa velayet sahibinin hangi ebeveyn olmasının gerektiğini, ortak velayete hükmetme imkanı bulunuyorsa, bunun çocuğun yararına, psiko-sosyal durumuna uygun olup olmadığını analiz edebilecek en iyi kişi bir pedagoğdur. Olması gereken, hakimin gerek tek tarafa velayetin bırakılmasına, gerek ortak velayete karar verirken mutlaka uzman görüşünü de alması gerektiğini, bu görüşün bağlayıcı olmamak üzere karar aşamasında dikkate alınacağını belirten bir düzenleme yapılmasıdır. Ortak velayette olduğu kadar velayetin ebeveynlerden yalnız birine tevdi edilmesinde de uzman görüşü mühimdir. Zira hem tek tarafa velayetin bırakılmasında hem de ortak velayette tek konut modeli benimsendiği takdirde, çocuğun ebeveynlerinden hangisi ile yaşamasının yararına olduğu bir uzman tarafından değerlendirilmelidir. Ayrıca çocuğun hangi velayet modeli ile daha sağlıklı bir ortamda büyüme ve gelişme imkanına sahip olacağı vb. konularda hâkimin vereceği karara en iyi yol gösterici, çocuk psikolojisi alanında eğitim almış olan pedagoğdur.¹⁵⁷

Velayetin tevdi yönünde karar vermek için sadece çocuğun değil; anne ve babanın psikolojik durumunun da saptanması gereklidir. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Yargılama Usullerine Dair Kanun uyarınca Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilen psikolog, sosyal çalışmacı gibi uzman bilirkişiler bu saptamayı yapmakla mükelleftir. Yapılan saptama sonucunda hâkim, hem çocuk hem de ebeveynlerin psikolojileri hakkında bilgi sahibi olur. Böylece velayete ilişkin verilen kararda salt müşterek çocuğun değil; ebeveynlerin de menfaatleri gözetilmiş olur.¹⁵⁸

F. EBEVEYNLERİN İKAMETGAHI

Ortak velayet kurumunun hitap ettiği asıl kitlenin velayetten doğan yükümlülük ve yetkilerini aynı sosyal çevrede, aynı şehirde bulunarak kullanma olanağına sahip olan ebeveynler olduğunu düşünenler, ortak velayetten beklenen yararın ancak çocuk ancak anne ve babası ile istikrarlı bir biçimde görüşebilirse sağlanabileceğini, çocuğun ebeveynlerine ihtiyaç duyduğu her an tıpkı evlilik birliği devam ediyormuş gibi görüşebilmesi gerektiğini savunmuştur.¹⁵⁹ Kanaatimizce, bu görüş doğru değildir. Zira bu görüşten çıkan sonuç,

¹⁵⁷ POLAT/GÜLDOĞAN, 253.

¹⁵⁸ AKYÜZ, Ayrılık, 68.

¹⁵⁹ GÜVEN, 50.

ebeveynlerin aynı şehirde yahut aynı ülkede yaşamaması halinde ortak velayete hükmedilmemesi gerektirir. Her ne kadar TMK m. 183'te ana veya babanın başka bir yere gitmesi gibi bir olgunun zorunlu kılması halinde hâkimin re'sen yahut ana veya babanın talebi üzerine boşanan ebeveynlerin çocukla ilişkileri konusunda gerekli önlemleri alacağı düzenlenmişse de bu hükümden ayrı şehirlerde olan ebeveynlere ortak velayet hakkı tanınamayacağı sonucuna varılamaz. Öncelikle, ilgili maddenin velayetin tek tarafa bırakılması olasılığı dışında bir olasılık gözetilmeden düzenlenmiş olduğu belirtilmelidir. Bu olasılıkta da velayet hakkına sahip olan ebeveynin bir başka şehre taşınması halinde çocuğun okulunun, arkadaşlarının, sosyal çevresinin değişmemesi düşüncesi ile mevcut düzenini korumaya yönelik velayetin değiştirilmesi kararı verilebilmesi; böyle bir değişime gerek görülmesi dahi farklı şehirlerde yaşayan ve biri velayet sahibi olan, diğeri olmayan iki ayrı ebeveynin varlığı söz konusu olduğundan, çocukla kurulan kişisel ilişkinin yeniden ele alınması olağandır. Oysa ortak velayete hükmedildiği bir durumda, ebeveynlerin her ikisi birden velayet hakkına sahip olacağından artık velayetin değiştirilmesi değil; olsa olsa velayetin kaldırılması söz konusu olur. Velayetin kaldırılması ise TMK m. 348'de düzenlenmiştir. Bu maddede sınırlı sayma yoluyla belirtilen velayetin kaldırılması sebeplerinden biri de ana ve/veya babanın başka bir yerde bulunması, bundan ötürü velayet görevini gereği gibi yerine getirememesidir. Bu maddeye ilişkin iki noktanın altını çizmekte fayda vardır. İlki, velayet hakkına sahip ebeveynin farklı bir yerde yaşamasının velayetin kaldırılması için tek başına yeterli olmadığı, bu durumun velayet görevini layıkıyla yerine getirememesine sebep olmasının gerektirir. O halde, ortak velayetin kaldırılması için ebeveynlerin ayrı şehirlerde yaşamaları yeterli değildir. Ayrı şehirlerde yaşamaları ebeveynlerin ortak velayeti layıkıyla sürdürmesine engel ise, ancak o zaman velayetin kaldırılması gündeme gelecektir. Üzerinde durulacak diğer nokta ise, yine TMK m. 348'de açıkça yer aldığı üzere, velayetin kaldırılmasının bir son çare olarak, çocuğun korunması için diğer önlemlerden sonuç alınamaz veya bu önlemlerin yetersiz kalacağı başından belli olursa düşünüldüğüdür. Bu husus maddede açıkça ifade edilmiştir. Yani ebeveynlerin ayrı şehirlerde yaşamalarının ortak velayetin kaldırılması için yeterli olmadığı gibi, ebeveynlik görevinin bu sebeple layıkıyla yerine getirilemiyor olması da yeterli değildir. Şayet bu şekilde ortak velayetten çocuğun sağlanması gereken fayda sağlanamıyorsa ve başkaca yapılacak bir şey yoksa ancak o zaman ortak velayetin kaldırılması ve velayetin tek tarafa bırakılmasının düşünülmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, salt anne ve babanın ayrı şehirde yaşamadığı gerekçesi ile ortak velayet reddedilemez. Günümüz koşullarında seyahat etme imkanının gelişmişliği ve bu seyahatlerde geçen sürenin azaldığı düşünüldüğünde, ayrı

şehirlerde yaşayan çocuk ve ebeveyninin sıkça bir araya gelmesi de mümkündür. Ayrıca, çocuk hakkındaki kararları ortak alacak ebeveynlerin bir araya gelebilmesi sadece şehirler arası seyahat ederek değil; gelişen teknoloji sayesinde iletişim araçları ile de mümkündür. Günümüzde hemen herkes kullandığı cep telefonu ile görüntülü görüşme yapabilmektedir. Görüntülü görüşme imkanı sayesinde farklı şehirlerdeki ebeveynlerin çocukları hakkında bir karar alacakken yan yanalmış gibi yüz yüze diyalog kurabilme imkanları vardır. Çocukların boşanmalardan en az zararı görmesi ve ebeveynleri ile bağlarının kopmadan, tıpkı boşanma öncesi gibi devam etmesi amacıyla getirilen bir velayet modeli olan ortak velayetin beklenen faydayı sağlaması için ebeveynlerin aynı şehirde olması gerekmez. Farklı şehirdeki ebeveyn ile çocuğun sıkça görüşebilmesi ve çocuk hakkındaki kararların ebeveynlerce ortak alınması sağlandığı müddetçe ortak velayetin işlevini yerine getireceğinden kuşku yoktur.

III. ORTAK VELAYETİN NİTELİKLERİ

Ortak velayetin niteliklerine geçmeden önce, velayetin niteliklerinden söz etmek yerinde olur. Burada belirtilen niteliklerin ortak velayet için de geçerli olduğu unutulmamalıdır.

Velayet kavramı, ebeveynlerin, çocukları ve istisnai durumlarda ergin çocukları üstündeki hak ve yükümlülükleri toplamını ifade etmektedir. Bu tanımdan hareketle, velayetin hem bir hak hem de bir yükümlülük olduğu anlaşılmaktadır.¹⁶⁰

Bir diğer nitelik olarak, velayetin mutlak hak kategorisine dahil olması gösterilebilir. Bilindiği üzere mutlak haklar, ihlali halinde herkese karşı ileri sürülebilen haklardır.

Velayetin şahsa sıkı sıkıya bağlı ve feragati mümkün olmayan bir hak olması da bir diğer niteliğini oluşturur. Velayet hakkından çocuğun rızası olsa dahi feragat edilemeyeceği ve hatta bu hak kapsamına giren herhangi bir ödevden dahi feragatin mümkün olmadığı bilinmektedir.¹⁶¹ Bu durumun bir istisnası bulunmaktadır. Bu istisnai durum çocuğun mallarını kullanma ve onlardan yararlanma hakkıyla ilgilidir. Buna göre, çocuğun mallarını yönetme hakkının aksine, veliler bu malları kullanma ve bunlardan yararlanma hakkından feragat edebilirler. Velayet hakkından feragat mümkün olmadığı gibi, bu yetkinin

¹⁶⁰ YHGK, T. 17.1.2019, 2017/2-2066 E., 2019/15 K., (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 4.3.2021.

¹⁶¹ KARACA, 26.

kendilerinden alınmasını da isteyemez ve bu yetkiyi devredemezler.¹⁶² Bu konuda bir noktayı açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Belirli şartların mevcudiyeti halinde, TMK m. 166/III uyarınca eşlerin kendi aralarında bir protokol hazırlayıp bunu mahkemeye sunarak boşanma imkanları vardır. Boşanmanın gerçekleşebilmesi için protokol hâkim tarafından onaylanmalıdır. Böylece protokol icra edilebilir hale gelir. Bu protokolde çocuğun velayetinin anne veya babadan birinde kalacağı düzenlenebilir. Protokol onaylandığı takdirde, eşlerden biri çocuğun velayetinden kendi rızasıyla vazgeçmiş olur. Ebeveynlerin velayetten feragat edememesi, kendilerinden alınmasını isteyememesi ve devredememesi evlilik birliği içerisindeki durumu ifade eder. Yani anlaşmalı boşanma protokolü ile eşlerden birinin velayeti diğerine bırakmak istemesi veya bunu kabul etmesi mümkündür. Bu durum, velayetten feragat etmek veya velayeti devretmek olarak görülmemektedir.

Velayetin bir diğer niteliği, bölünemez olmasıdır. Bölünmezlikten kasıt, velayetin içerdiği bir kısım hakların bir ebeveynce; diğer bir kısım hakların ise, diğer ebeveynce kullanılamayacağıdır.¹⁶³ Velayetten doğan hakların, çocuğun yararına uygun olmak şartıyla ebeveynler arasında bölüştürülebileceğini savunanlar da vardır.¹⁶⁴ Belirtilmelidir ki, ortak velayet uygulaması velayetten doğan hakların bölüştürülmesi anlamına gelmez. Ortak velayet uygulandığı takdirde hak ve yükümlülükler eşit olacağından, bir kısım hakkın bir ebeveynce; diğer bir hakların ise, öteki ebeveynce kullanılması gibi bir durum söz konusu olmaz. Hak ve yükümlülükler tıpkı evlilik devam ediyormuş gibi anne ve babanın eşit şekilde yerine getirmesine bırakılmıştır.¹⁶⁵

Velayetin bilinen diğer nitelikleri ise, kamu düzeninden ve süreye tabi olmasıdır. Toplumların ailelerin birleşmesi ile meydana gelmesi ve bir ailenin en küçük üyesinin de çocuk olmasından ötürü, bir çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal ve sosyal anlamda sağlıklı gelişmesinde kamusal yarar bulunmaktadır. Bundan dolayı, velayeti düzenleyen kurallar kamu düzeninden kabul edilmektedir.¹⁶⁶ Velayetin süreye tabi olması ise, çocuğun ergin olduğu vakit velayete tabii olmaktan çıkması anlamına gelir.

Belirtilenlere ek olarak, ortak velayetin kendine özgü bir niteliği daha bulunmaktadır. Bu nitelik, ortak velayetin mevzuatımızda ne şekilde düzenleneceğine göre şekillenecektir.

¹⁶² TOKUŞ, 26.

¹⁶³ AKYÜZ, 224.

¹⁶⁴ BAYGIN, 6.

¹⁶⁵ BAKTİR ÇETİNER, 48.

¹⁶⁶ AKYÜZ, 225.

Bu nitelik; ortak velayetin kural mı, istisna mı olacaktır. Ortak velayet kural olarak benimsendiği takdirde eşler boşandıktan sonra velayeti ortak kullanılmaya devam edecekler, asıl olan bu uygulama olacaktır. Bu halde, anne veya babanın şahsında velayetin kaldırılması sebeplerinden biri mevcut değilse, keza ortak velayet uygulaması çocuğun yararına aykırı değilse, ortak velayet uygulanacaktır. Ortak velayet istisna olarak düzenlendiği takdirde ise, kural tek başına velayet olacaktır. Bundan dolayı, mevzuatta ortak velayetin uygulanma koşulları olarak belirlenen anne ve babanın talebi, anne ve babanın aynı şehirde ikamet ediyor olmaları gibi koşulların tümü sağlandığı takdirde, çocuğun yararı da bunu gerektiriyorsa ortak velayet uygulanacaktır. Ortak velayetin kural yahut istisna olarak değil; sadece yasal velayet modellerinden biri olduğuna dair düzenleme yapılması gerektiğini savunanlar ¹⁶⁷ olsa da kanaatimizce, ortak velayetin kural olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Hâkimin bu kuraldan ayrılabilmesinin en doğal yolu, çocuğun yararının buna uygun olmamasıdır. Bunun dışında, evlilik birliği içerisinde çocuğa yönelik fiziksel, cinsel, ruhsal istismarda bulunan bir ebeveyne velayet tanınmasının çocuğun yararına hizmet etmeyeceği açık olduğundan, bu halde de ortak velayete hükmedilemeyeceği düzenlenmelidir. ¹⁶⁸ Yine velayetin kaldırılması sebeplerinden birinin mevcudiyeti söz konusu ise o ebeveyne velayet hakkı tanınmamalıdır. İlâveten, ortak velayete hükmedildiği takdirde zaman içinde meydana gelen ve velayetin değiştirilmesine sebep olarak görülebilen olaylar sonucunda ortak velayet uygulamasına son verilip velayetin tek tarafa tanınacağı da yapılacak düzenlemede hükme bağlanmalıdır. Her ne kadar öncelik çocuğun yararı ise de, ebeveynlerin ortak velayeti sürdürme imkanının bulunmadığı açık ve kesin bir biçimde hâkim tarafından tespit ediliyorsa, bu halde ortak velayetin uygulanmaması gerekmektedir. Ortak velayetin kural veya istisna olarak düzenlenmesinin uygun olmayacağını, her aile için uygun olan velayet modelinin farklı olduğunu ve hâkimin önüne gelen somut olayda çocuğun yararının hangi model ile sağlanabileceğini tespit etmesi gerektiğini düşünenler vardır. Bu gerekçe ile ortak velayetin kural veya istisna olarak düzenlenmesi ilişkisi anlaşılammaktadır. Zira ortak velayet kural olarak düzenlense dahi hâkimin somut olayda ortak velayetten çocuğun yararına bir sonuç doğmayacağını öngörmesi ve bu kuralı uygulamaması mümkündür. Yapılacak düzenlemeyle ortak velayetin hangi hallerde kural kabul edilen ortak velayetin uygulanmayacağı belirlenir ise, ortada bir sorun kalmaz.

¹⁶⁷ GÜVEN, 44; BİRİNCİ UZUN, 156.

¹⁶⁸ ÖZTAN/ÖZTAN, 2585.

§ 6. ORTAK VELAYETİN ÇEŞİTLERİ

I. BOŞANMA SONRASI ORTAK VELAYET

Burada söz konusu olan, çocuğun evlilik birliği içerisinde doğması ve evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velayet uygulanmasıdır. Çalışmanın özünü oluşturan ortak velayet çeşidi budur. Türk Hukukunda bugüne kadar ortak velayete ilişkin sarih bir düzenleme yapılmamıştır. İlk olarak İzmir 4. Aile Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar¹⁶⁹ ile yargı tarafından kabul edilen boşanma sonrası ortak velayetin Yargıtay'ın son dönemde vermiş olduğu tanıma-tenfiz kararında¹⁷⁰ kamu düzenine açıkça aykırı olmadığı kabul edilmiş, yine son dönemdeki BAM kararlarıyla¹⁷¹ varlığı iyiden iyiye kanıksanmıştır. Ortak velayet, tüm çocukların olmasa da büyük çoğunluğunun yararına olduğu kabul edilen, eşit hak ve sorumluluk prensibini yaşatmaya çalışan bir velayet modelidir. Yapılacak açık bir düzenleme ile detayları belirlenecek ortak velayet, TMK m. 166/III, m. 182/II ve m. 336/III ekseninde uzun yıllardır tartışılmaktadır. Taraftarı olduğu kadar, belirtilen hükümlerin ortak velayeti olanaksız kıldığını düşünenler de vardır. Bu maddelere yönelik tartışmalar, ortak velayet hakkında hukukçuların görüşü ve bizim bu görüşlere katılma/katılmama gerekçelerimiz önceki kısımlarda aktarılmıştır.¹⁷²

II. EVLİLİK DIŞI DOĞAN ÇOCUĞUN ORTAK VELAYETİ

Mevzuatımızda evlilik dışı doğan çocukların velayetine ilişkin düzenleme TMK m. 337'de yapılmıştır. Bu madde uyarınca, anne ve babası evli olmayan çocukların velayeti anneye aittir. Annenin küçük, kısıtlı, ölmüş veya velayetinin kaldırılmış olduğu hallerde hâkim, çocuğun yararını dikkate alarak ya vasi atar ya da velayeti babaya bırakır. Açıkça düzenlendiği üzere, evlilik dışı çocuğun velayeti normal koşullarda anneye aittir. Ortak velayete ilişkin yapılması beklenen düzenlemenin, uluslararası sözleşmeler ve iç hukuk bağlamında eşitlik ilkesini zedelememek adına evlilik dışı çocukları da kapsar şekilde olması gerektiği savunulmaktadır.¹⁷³ Zira ortak velayetin yasal olarak düzenlendiği ülkelerin büyük kısmında yasalar, ortak velayetin evlilik dışı çocuklar bakımından uygulanmasına da geçit vermektedir.

¹⁶⁹ bknz. 44-45.

¹⁷⁰ bknz. 43.

¹⁷¹ bknz. 46.

¹⁷² bknz. §4-II.

¹⁷³ BİRİNCİ UZUN, 163.

Anne ile çocuğun aralarındaki soybağı ilişkisinin doğumla kurulduğu bilinmektedir. Evlilik birliği mevcut olmadığında, çocuğun biyolojik babası ile soybağı TMK m. 282/II uyarınca; babanın anne ile evliliği, tanıma yahut hâkimin babalığa hükmetmesi ile kurulur. TMK m. 337 uyarınca evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayetinin anneye ait olduğu ve ancak aynı maddenin II. fıkrasında sayılan şartlar mevcut olduğunda velayetin babaya verilebileceği belirtilmiştir. Doğaldır ki, velayetin babaya verilebilmesi için çocuk ile aralarında soybağı ilişkisi kurulmuş olan bir baba gerekmektedir. Bu soybağı ilişkisinin kurulmuş olması velayetin belli şartlar altında babaya verilmesini sağlar. Yani, baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin mevcudiyeti doğrudan evlilik dışı çocuğun velayetine babanın da sahip olabileceği anlamına gelmez; belli şartlarda velayetin babaya verilebilmesinin yolunu açar.

Ortak velayet konusundaki tartışmalarda yalnız evlilik birliği içinde doğan çocuklar değil; evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar da ele alınmaktadır. Ortak velayeti yasalaştıran ülkelerin bir kısmında sadece evlilik birliği içerisinde doğan çocuklar için değil; aynı zamanda, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar için de ortak velayet uygulaması kabul edilmiştir. Örneğin; İtalya'da 2006 yılında yapılan revizyon ile ortak velayetin hem evlilik içinde doğan ve ebeveynleri boşanmış olan hem de evlilik dışı doğan çocuklar söz konusu olduğunda uygulanabileceği yasalaşmıştır. Evlilik dışı çocuklar için ortak velayetin uygulanabilmesi iki koşula bağlanmıştır. Bunlardan ilki; çocuğun ebeveynlerinin her ikisiyle de soybağı ilişkisinin kurulmuş olmasıdır. İkincisi ise, anne ve babanın birlikte yaşamasıdır. Kanaatimizce, evlilik dışı ilişkiden doğan bir çocuğun babasının hukuki olarak tespiti ancak aralarında soybağı ilişkisinin kurulması ile mümkün olduğundan, ortak velayet için soybağı ilişkisinin kurulmuş olmasının aranması doğaldır. Ancak bir diğer şart olan anne ve babanın birlikte yaşamasının ortak velayete hükmedebilmek için aranan bir şart olması anlaşılammaktadır. Zira çocuk evlilik birliği içerisinde doğsa dahi anne ve babaların boşanma sonrasında aynı evde yaşamaya devam etmesi oldukça düşük bir olasılıktır. Nasıl ki başta İtalya olmak üzere pek çok ülkede uygulanan ortak velayette eşlerin boşanma sonrası aynı konutta yaşaması şartı aranmıyorsa, evlilik dışı bir çocuk söz konusu olduğunda da anne ve babanın aynı konutta yaşaması aranmamalıdır. Ezcümle, yapılan bu ayrımın makul bir gerekçesinin olmadığını düşünmekteyiz.

Evlilik dışı çocukların ortak velayete tabi tutulmasına imkan veren bir başka hukuk düzeni ise, İsviçre Hukukudur. İsviçre Hukukunda 2014 yılında yürürlüğe giren değişiklik ortak velayeti istisna olmaktan çıkarıp kural haline dönüştürdüğü gibi, evlilik dışı çocukların

da ortak velayete tabi olabilmesini sağlamıştır. İtalya'dan farklı olarak İsviçre'de evlilik dışı çocukların ortak velayete tabi olabilmesi için anne ve babanın bunu talep etmeleri, çocukların güvenle yetiştirilmesi ve bakım masraflarının paylaşılması kabul edilebilir bir anlaşma metni sunmaları ve çocuğun yararının da buna uygun olması gerekir. Bu şartlarda ortak velayete hükmedilebileceği öngörülmüştür.¹⁷⁴ Yine Alman Hukukunda evlilik dışı çocukların anne ve babalarının sonradan evlenmesi veya ortak velayeti talep etmeleri halinde ortak velayetin uygulanması mümkündür. Önceleri bu talebin anne ve baba tarafından birlikte yapılması gerektiği düzenlenmişken; 2010 yılında verilen Federal Almanya Anayasa Mahkemesi kararıyla¹⁷⁵, kural olarak anneye ait olan evlilik dışı çocuğun velayetinin birlikte kullanılabilmesi için tarafların ortak talepte bulunmaları gerekliliğinin babanın velayet hakkını ölçsüz biçimde sınırlandırdığına hükmedilmiştir. Zira velayet üzerinde adeta tekel hak sahibi olan anne istemezse, baba velayete sahip olamayacaktır. Verilen kararın ardından Alman Medeni Kanunu m. 1626'da yapılan revizyonla, tarafların her birinin mahkemeye başvurarak ortak velayete hükmedilmesi yönünde talepte bulunabileceği düzenlenmiştir.¹⁷⁶

Tarafı olduğumuz BMÇHS m. 2'deki taraf devletlerin, Sözleşme ile tanınan haklardan yararlanmada çocuğun kendisinin veya ailesinin ırkı, rengi, cinsiyeti, dili, siyasi veya başka düşünceleri, ulusal, etnik ve sosyal kökeni, mülkiyeti, sakatlığı, doğuşu ve diğer statüleri nedeniyle hiçbir ayırım yaratmayacağına ilişkin hüküm, evlilik içi çocuk ile evlilik dışı çocuk arasında yaratılan ayırımı hukuk dışı kılmaktadır. Keza önceki Medeni Kanunumuzun sahih ve gayri sahih nesep ayırımı yapan, evlilik dışı doğan gayri sahih nesepli çocukların miras hakkına yönelik ayırıştırıcı 443. maddesi, eşitlik ilkesine aykırı bulunarak 1987 yılında verilen Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiştir.¹⁷⁷ Gerek Anayasamızda yer alan eşitlik ilkesi gerek BMÇHS m. 2 çocuklar arasında bir ayırım yapılamayacağına yönelik iken, kanunkoyucunun TMK m. 337'yi düzenleme amacının kadına üstünlük sağlamak veya evlilik dışı ilişki yaşayan erkeği cezalandırmak, hem anne ile baba hem de evlilik içi çocuklarla evlilik dışı çocuklar arasında eşitsizlik yaratmak olmadığı açıktır. Bu nedenle, yapılacak ortak velayet düzenlemesinde evlilik dışı çocuklara da ortak velayet altına alınabilme imkanının tanınması gerekmektedir.¹⁷⁸ Üstelik anne ve babanın birlikte yaşaması yahut sonradan evlenmesi koşullarının değil; çocuk ile baba arasında soybağının kurulmuş

¹⁷⁴ GÜVEN, 19.

¹⁷⁵ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 21 Juli 2010–1 BvR 420/09–Rn. (1-78), <https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/>, E.T. 3.4.2021.

¹⁷⁶ HAUSCHILD, 149.

¹⁷⁷ AYM, T. 11.9.1987, E. 1, K. 18, RG. 29.3.1988, s. 19769.

¹⁷⁸ USTA, 124; SEROZAN, 255.

olması, ortak velayetin çocuğun yararına olması ve anne veya babanın ortak velayet talebinde bulunması koşullarının sağlanması gerekmektedir. Velayetin kaldırılması sebeplerinin mevcut olması halinde ortak velayete hükmedilemeyeceği de unutulmamalıdır. Bunun yanı sıra, ebeveynler arasında ciddi derecede bir anlaşmazlığın olduğunun ve bunun ortak velayet uygulamasından çocuğun yarar sağlamasının önüne geçeceğinin tespiti halinde de ortak velayetin uygulanmaması gerektiğinin altı çizilmelidir. Sonuç olarak, belirtilen şartların sağlanması halinde evlilik dışı çocuklar lehine tanınacak ortak velayet, hem evlilik birliği içinde doğan çocuklarla evlilik dışı çocuklar arasındaki eşitsizliği ortadan kaldıracak, hem de ebeveynlerin medeni halinin sorumlusu değil mağduru olan çocuğun yaşadığı mağduriyet giderilebilecektir.

Bazı hukukçular¹⁷⁹, evlilik dışı birliktelikten doğan çocukların ortak velayete tabi olabilmesine izin verildiğinde bu durumun toplumu evlilik dışı ilişkiye sevk edecek olduğunu öne sürmüştür. Yapılacak düzenleme aslında evlilik dışı ilişkiye sevk etmek yerine, bunu engelleme işlevini haizdir. Bir çocuğun sorumluluğunu almak istemeyen erkek, ilişkinin evlilik dışı olmasına güvenerek ortadan kaybolabilir. Fakat ortak velayet hakkı evlilik dışı birliktelikten doğan çocuklara da tanınırsa, istemese de sorumluluk almak zorunda kalabilecek erkek bu tarz bir birliktelikten kaçınabilir.¹⁸⁰ Kimsenin kimseye ahlak bekçiliği yapamayacağı, kanunen yasaklanmamış olan her türlü ilişkinin özgürce yaşanabileceği unutulmamalıdır. İnsanların yaşadığı ilişki tarzının kimseyi ilgilendirmemesi gerektiğini düşünmekle beraber, bu açıklamayı yapma zaruretimiz hasıl olmuştur.

¹⁷⁹ ÇELİK, 260; YILMAZ, 9 vd.

¹⁸⁰ YILMAZ, 11.

İKİNCİ BÖLÜM

ORTAK VELAYETİN DOĞURDUĞU HÜKÜM VE SONUÇLAR

Ş7. VELİLER BAKIMINDAN DOĞURDUĞU HÜKÜM VE SONUÇLAR

I. VELİLERİN BİRBİRİNE KARŞI HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. VELİLERİN BİRBİRİNE KARŞI HAKLARI

Velayetin boşanma sonrası tek tarafa bırakıldığı hallerde, çocuğun velayet sahibi ebeveyni ile ikamet ettiği ve mahkemenin verdiği kararda belirtilen gün ve saatlerde diğer ebeveyni ile kişisel ilişki adı altında görüşme gerçekleştireceği bilinmektedir. Kişisel ilişki olarak adlandırılan bu görüşmenin çocuğun üstün yararına uygun olarak düzenlenmesi, karşılıklı duygu ve düşünce aktarımı yolu ile sevgi bağının devamına yönelik olması gerekir.¹⁸¹ Kişisel ilişki kurulmasının dayanağı başta Anayasa m. 41/III¹⁸²,dür. Bir diğer dayanak, TMK m. 182/I¹⁸³ ve 323¹⁸⁴,dür. Medeni Kanunumuz olağanüstü hallerde çocuğun sadece anne veya babasına değil; yararına uygun düştüğü ölçüde diğer kişilere de kişisel ilişki kurma hakkının tanınabileceğini düzenlemiştir (TMK m. 325/I). Kişisel ilişki tanınabilecek üçüncü kişilerin özellikle hısımlar olduğu da aynı maddede belirtilmiştir.

Velayete ilişkin davalarda kişisel ilişki kurulmasına yönelik bir karar da verildiği, bu kararın verilmemesi, yeterli sürelerle kişisel ilişki kurulmaması veya kararın muğlak olması halinin temyiz merciince bozma veya düzelterek onama kararlarının verilmesine sebep olduğu bilinmektedir.¹⁸⁵ Kişisel ilişki kurulmasına ilişkin verilen karara bu denli önem atfedilmesinin sebebi, özellikle velayetin tek tarafa verilmesi halinde çocuk ile velayet sahibi olmayan ebeveyn arasındaki bağın zayıflamasının mümkün olduğunca önüne geçmektir. Velayetin tek tarafa bırakılması halinde bu bağın zayıflamama olasılığı oldukça düşüktür. Her ne kadar kişisel ilişki adı altında belirlenen zamanlarda velayet sahibi olmayan ebeveyn ile çocuğun görüşmesi imkanı varsa da bu sürenin yetersiz kalacağı şüphesizdir. Gerek

¹⁸¹ RUHİ/RUHİ, 95.

¹⁸² “Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.”

¹⁸³ “Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasiinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.”

¹⁸⁴ “Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.”

¹⁸⁵ bknz. Y2HD, T. 16.3.2021, 2021/712 E., 2021/2287 K., (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 6.4.2021.

ebeveynin anne veya babalık duygusunun tatmini açısından gerekse çocuğun o ebeveyn manen duyduğu ihtiyacın tatmini açısından sınırlı sürelerle geçirilen vakit daima yetersiz kalır.

Sadece tek başına velayet modelinde değil; ortak velayet modelinde de çocukla ebeveyn arasında kişisel ilişki kurulması yer almaktadır. Aradaki fark ise, tek başına velayet modelinde kişisel ilişki kurma hakkının tanındığı ebeveyn velayet hakkına sahip değil iken; ortak velayette kişisel ilişki kurma hakkını haiz ebeveyn de velayet hakkı sahibidir. Ziyaret hakkı olarak da ifade edilen¹⁸⁶ kişisel ilişki kurma hakkı sahibi, ortak velayette çocuğun ikamet edeceği konut modeline bağlı olarak değişir. Çocuğun birlikte yaşadığı ebeveynin sabit olduğu tek konut modelinde, ziyaret hakkı sahibi ebeveyn de daima aynı kişidir. Buna karşın, değişken model olarak adlandırılan¹⁸⁷ konut modeli tercih edildiğinde, hayatının bir bölümünü bir ebeveyni ile diğer bölümünü öteki ebeveyni ile geçiren bir çocuk söz konusu olduğundan, ziyaret hakkı sahibi de dönem dönem değişir.

Çocukla kişisel ilişki kurulması, ebeveyn yönünden bir hak olarak nitelendirilmektedir. Ebeveynlerin sahip olduğu bu hak, AİHS m. 8¹⁸⁸,de düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında görülmektedir.¹⁸⁹ Bu hak yalnızca tek başına velayet uygulanırken velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn için değil; ortak velayet altındaki çocuğun ebeveyni açısından da bir haktır. Bu hak, bir ebeveynin diğer ebeveyne yöneltebileceği bir talep içerir. Hem tek başına velayet uygulanırken velayet hakkı sahibi ebeveyni yöneltebilir; hem de ortak velayet halinde çocuk ile birlikte ikamet eden ebeveyni yöneltebilir. Bu yönüyle, ortak velayet modelinde çocukla ebeveyn arasındaki kişisel ilişkinin, velilerin birbirine karşı hakları olarak değerlendirilmesi gerekir.

B. VELİLERİN BİRBİRİNE KARŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Çocuk ile kişisel ilişki kurmanın ebeveyn yönünden bir hak olduğu bir önceki başlıkta izah edilmiştir. Bu hakkın kendisine yöneltildiği ebeveynlerden bir kısmının, diğer ebeveynin hakkını kullanmasına engel olduğuna rastlanmaktadır. Böyle bir durumda hem

¹⁸⁶ ÖZTAN, 469.

¹⁸⁷ İNCE, 211.

¹⁸⁸ “Herkes; özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”

¹⁸⁹ ERLÜLE, Ziyaret Hakkı, 262.

hakkını kullanmaktan alıkonan ebeveynin hem de çocuğun mağduriyeti söz konusu olur. Basın yoluyla kamuoyuna yansıyan bu tarz durumlarda, ebeveynin hakkını kullanabilmek için icra yoluna başvurduğu bilinmektedir.¹⁹⁰ Kişisel ilişki kurma hakkının sadece tek başına velayette değil; ortak velayette de var olduğu belirtilmişti. Tek başına velayette velayet hakkını haiz ebeveynin, ortak velayette ise, her iki ebeveynin de çocuğun diğeri ile kuracağı kişisel ilişkiyi engellememesi gerekmektedir. TMK m. 324'te ifade edildiği üzere, anne veya babadan her biri, diğerrinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten kaçınmakla yükümlüdür. Bu, bir ebeveynin diğerrine karşı belki de en büyük yükümlülüğüdür. Kişisel ilişkiyi zedelemek şöyle dursun, aksine özellikle tek başına velayette velayet sahibinin mahkeme tarafından belirlenen kişisel ilişki sürelerine uymaksızın, görüşme sürelerini mümkün olduğunca esnek tutması gerekmektedir. Tabi karşı tarafın da kendisine tanınan bu hoşgörüyü suiistimal etmemesi, velayet sahibi ebeveynin hayatına evlilik devam ediyormuşçasına dahil olmak amacıyla kullanmaması gerekir. Bu hoşgörü ortamının sağlanması çoğunlukla mümkün olmasa da sağlanabildiği takdirde büyük bir sorun olan “icralık çocuk” sorununun da aşılması mümkün görünmektedir.

Yine ortak velayet modelinde de her ikisinin de veli sıfatını haiz olduğu ebeveynlerin kişisel ilişkiyi zedelememe yükümü vardır. Ortak velayete ilişkin bir düzenleme yapıldığında durumun netlik kazanacağı bilinmekle beraber her iki ebeveynin de velayet hakkına sahip olduğu düşünüldüğünde, kişisel ilişki sürelerinin çok daha esnek olacağı kanaatindeyiz.

Ortak velayetin kural olarak düzenlendiği Fransız Medeni Kanunu'nda, velayetin tek tarafa bırakılması halinde velayet sahibi olmayan ebeveynin çocuğun hayatını ilgilendiren önemli konularda bilgi sahibi olma hakkı vardır.¹⁹¹ Alman Medeni Kanunu ise, ortak velayet uygulanırken çocuğun yanında ikamet etmediği ebeveynin haklı menfaati söz konusuysa çocuğun günlük işleri hakkında bilgi alabileceğini düzenlemiştir.¹⁹² Bu durumda, bilgi alma hakkının muhatabı bakımından bilgilendirme yükümlülüğünün var olduğu söylenebilir. Hak sahibi de hakkın yöneltildiği muhatap da daima ebeveynidir. Buna karşın, tek başına velayette hak sahibi veli sıfatını haiz değil iken; ortak velayette hak sahibi de muhatap da velidir. Çeşitli ülke hukuklarında düzenlenen ortak velayette günlük işler ve önemli işler şeklinde bir ayırım olup önemli işlerde ortak karar alınacağı hususunda fikir birliği

¹⁹⁰ ERLÜLE, Ziyaret Hakkı, 264-265.

¹⁹¹ İNCE, 203.

¹⁹² İNCE, 208.

bulunmaktadır.¹⁹³ Bundan dolayı, ortak velayette bilgilendirme yükümlülüğü gereği bilgi alma hakkı sahibinin bilgilendirileceği konuların günlük iş kategorisinde olduğu söylenebilir. Zira ortak karar alınan bir konuya ebeveynlerin her ikisi de vakıf olacağından, bilgilendirme yapılması gerekmemektedir.

¹⁹³ MATTHIESSEN, 90.

§ 8. ÇOCUK BAKIMINDAN DOĞURDUĞU HÜKÜM VE SONUÇLAR

I. VELİLERİN ÇOCUK ÜZERİNDEKİ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. VELİLERİN ÇOCUK ÜZERİNDEKİ HAKLARI

1. AD KOYMA HAKKI

Hayata gözlerini açtıktan sonra bir çocuk hakkında tesis edilen ilk işlem, adının konması ve nüfus kütüğüne kaydettirilmesidir. Ad koyma Türk Medeni Kanunu'nun 339. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca, çocuğun annesi ve babası çocuğa ad koyma hak ve yetkisine sahiptir. Maddenin velayetin kapsamı başlığı altında düzenlenmesi göz önüne alındığında, ad koyma yetkisine ancak velayet sahibi anne ve/veya babanın sahip olduğu düşünülmektedir.¹⁹⁴ Evlilik birliği içerisinde anne ve baba velayeti birlikte kullandığından bu konuda müşterek bir yetkileri vardır. Fakat ebeveynlerin hiç evlenmemiş, çocuk doğmadan önce veya doğduktan hemen sonra boşanmış olma ihtimalleri de mevcuttur. Bu ihtimallerde eğer çocuğun velayeti tek tarafta ise, çocuğa ad koyma hakkına da bu kişi sahip olur.¹⁹⁵ Ortak velayet uygulandığında ise, bu hak iki ebeveyn tarafından ortak kullanılır.

2. MESLEKİ EĞİTİM VERME HAKKI

Çocuğun ayakları yere sağlam basan bir birey olması yolunda atılacak en önemli adım; anne ve babanın imkanlarının elverdiği ölçüde çocuğun nitelikli bir eğitim almasının sağlanmasıdır. Çocuğun eğitim göreceği okul, hangi dilde eğitim göreceği vb. eğitime ilişkin hususlar çocuğun yararına öncelik verilerek anne ve baba tarafından kararlaştırılır. Bu karar verilirken çocukların eğilimlerini, yeteneklerini dikkate almak gerektiği kuşkusuzdur. Bu şekilde çocuğun yararı doğrultusunda hareket edilmiş olur. Çocuğun yararına öncelik verilmesi gerektiği TMK m. 339/I'de açıkça düzenlenmiştir. Ayırt etme gücüne sahip çocuğun eğitimi, sosyal yaşamının düzenlenmesi gibi konularda görüşünün alınması gerektiği savunulmaktadır. Bu sayede, kendi hayatı konusunda söz sahibi olma fırsatı yakalayan çocuğun daha özgüvenli bir birey olarak topluma katılımı sağlanmış olur.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Aksi yönde düşünce için bkz. SAYMEN/ELBİR, 370-371.

¹⁹⁵ HELVACI/ERLÜLE, 215.,

¹⁹⁶ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, 161.

3. DİNİ EĞİTİM VERME HAKKI

Mesleki eğitimin yanı sıra, eğitimin bir de dini yönü bulunmaktadır. Çocuğun dini eğitimini belirleme hakkının anne ve babaya ait olduğu TMK m. 341’de düzenlenmiştir. Tabii çocuk ergin olduktan sonra istediği dini seçme özgürlüğü vardır. Ergin oluncaya dek, anne ve baba çocuğa kendi seçtikleri dini ve onun kurallarını öğretmekte serbesttir. Bu serbestinin sınırını çocuğun kişilik haklarının ihlali oluşturur.¹⁹⁷ Ayrıca bu eğitimin baskıcı, çocuğun psikolojisini olumsuz yönde etkileyecek bir eğitim olmaması gerekmektedir.¹⁹⁸ Çocuğa dini eğitim verilmesinin bir yükümlülük olduğunu, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde TMK m. 346 uyarınca hâkimin gerekli önlemleri alacağını düşünenler vardır.¹⁹⁹ Kanaatimizce, velayet hakkını haiz ebeveyn/ebeveynlerin çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı bulunduğunu ifade eden hüküm bu eğitimin verilmesinin zorunlu olduğu anlamını taşımaz. Bu ebeveynlerin herhangi bir dine mensup olma zorunluluğu bulunmadığı gibi; çocuklarına herhangi bir dini eğitim vermemeleri de bir ödevin ihlali olarak kabul edilemez.²⁰⁰

Dini eğitimin belirlenmesinin velayet hakkı kapsamında olması nedeniyle, anne veya babadan yalnız birinin velayete sahip olduğu hallerde bu eğitimin nasıl olacağına velayet sahibi ebeveynin karar vereceği savunulmaktadır.²⁰¹ Ortak velayette iki ebeveyn de veli sıfatı taşıdığından, bu eğitimi birlikte belirleme hakkına sahiplerdir. Bu ebeveynlerin mensubu olduğu din veya mezhebin farklı olması ve aralarında bir anlaşmazlık çıkması durumunda, hâkimin müdahalesine başvurulması gerektiğini düşünmekteyiz.

4. TEMSİL HAKKI

Anne ve babanın velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuğu temsil edeceği TMK m. 342/I’de düzenlenmiştir. Bu temsil yetkisi ile çocuk adına hukuki işlemler yapan ebeveynler, fiil ehliyeti bulunmayan çocuğu haklara ve borçlara ehil konuma getirir. Ayırt etme gücüne sahip çocuğun, bu işlemler açısından görüş ve düşüncesinin alınması gereklidir. Velayetin birlikte kullanıldığı halde temsil yetkisinin de birlikte kullanılacağı görüşü hakimdir.²⁰² Buradan hareketle, ortak velayette ebeveynlerin temsil yetkisini birlikte

¹⁹⁷ GRASSINGER, 36.

¹⁹⁸ KÖYLÜ, 147-148.

¹⁹⁹ AKYÜZ, Güvenlik, 253.

²⁰⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 330.

²⁰¹ AKYÜZ, Ayrılık, 493; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 413.

²⁰² HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, 164.

kullanacakları söylenebilir. TMK m. 342/II düzenlemesinin yetkinin birlikte kullanılacağına kanıtı olduğu düşünülebilir. Zira ilgili maddede, iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması amacıyla, eşlerden her birinin diğerinin rızası ile işlem yaptığının varsayılabilirliği düzenlenmiştir. Bu da demektir ki, eşlerin çocuğu temsilen işlem yaparken diğerinin rızasına ihtiyacı vardır.

Ortak velayet uygulanırken ebeveynlerin boşanmış bulunduğundan, eşlerin birbirinin rızasını alarak işlem yaptığı karinesinin bu durumda geçerli olup olmayacağı bilinmemektedir. Kanaatimizce, her ne kadar üçüncü kişileri koruma amacıyla böyle bir hüküm getirilmişse de boşanmış ebeveynlerden birinin rızasının diğerinin rızasının varlığına karine kabul edilmesi doğru olmaz. Evlilik birliği içerisinde eşlerin birbirinin rızalarından haberdar olmaları olağandır. Buna karşın, boşanma gerçekleşip ebeveynler ayrı konutlarda ikamete başladığında, birbirlerinin çocuk hakkındaki konularda düşüncesini, rızasını bilme olasılığı düşüktür. Ebeveynlerden biri anılan hükmü suiistimal ederek diğerinin rızası olmadığı halde çocuk hakkındaki bir işlemi tek başına yapmaya yeltenebilir. Dolayısıyla, iyiniyetli üçüncü kişilerin bir ebeveynin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayma hakkı bulunmamalıdır. Ortak velayet mevzuatımızda açıkça düzenlendiğinde çocuğun temsiline ilişkin hükmün; *“Ortak velayet altındaki çocuğu temsilen yapılan işlemlerde, iyiniyetli üçüncü kişiler ebeveynlerin boşandığını bilmiyor veya bilme imkanı bulunmuyorsa, her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler.”* şeklinde düzenlenmesi yerinde olur.

Belirtmek gerekir ki, temsil yetkisi kullanılarak yapılan işlemlerin sonuçları ve maddi sorumluluğu çocuğa aittir. Çocuğun kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken temsilinin söz konusu olmadığı, bu hakları bizzat kullanacağı da unutulmamalıdır.²⁰³

5. MALVARLIĞINI YÖNETME HAKKI

Türk Medeni Kanunu'nun velayet başlığını taşıyan yedinci ayırımında, velayetin çocuğun malvarlığı üzerindeki kapsamı düzenlenmiştir. Öncelikle, çocuğun malvarlığının nelerden oluştuğuna değinmek gerekir. Bu varlık kimi zaman çocuğun maruz kaldığı haksız fiilin sonucu ödenen tazminat, kimi zaman çocuğa yapılan bağıştır. Ek olarak, çocuğa bir miras bırakılması veya çocuğun el emeği ile bir kazanç elde etmesi de mümkündür.²⁰⁴ Bu

²⁰³ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 418.

²⁰⁴ OĞUZMAN/DURAL, 282-283.

başlıktaki ilk madde olan TMK m. 352’de; anne ve babanın, velayetleri devam ettiği müddetçe çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Bu hakkın velayetten doğan bir hak olduğu hem TMK m. 352’de hem de TMK m. 362²⁰⁵’de açıkça yer almıştır. Bunun sonucu olarak, evlilik birliği sürerken anne ve babanın birlikte kullandığı bu hakkın; ortak velayette de birlikte kullanılacağı söylenebilir. Bir diğer ifadeyle, boşanma sonrası velayetin tek tarafa verilmesi veya ebeveynlerden birinden velayetin kaldırılması durumunda, velayet sahibi olan ebeveyn bu hakkı tek başına kullanır.²⁰⁶

Anne ve babanın yönetim hakkını kullanırken kendi çıkarlarını değil; çocuğun çıkarlarını gözetmesi gerekir. TMK m. 363/I’de açıkça, ebeveynlerin çocuğun mallarının geri verilmesinden bir vekil gibi sorumlu olduğu öngörülmüştür. Öte yandan, anne ve baba velayet hakkını haiz olsalar dahi çocuğun mallarının tehlikeye düşmesi başka şekilde önlenemiyorsa hâkimin yönetimi bir kayyıma devredebileceği TMK m. 361/I’de düzenlenmiştir. Belirtildiği üzere, yasakoyucu malların yönetiminin kayyıma bırakılmasını son çare olarak görmüştür.

Yönetim hakkının kapsamına nelerin girdiği de önemlidir. Yönetim hakkının, malvarlığına ilişkin tüm hukuki işlemleri yapabilme yetkisini verdiği öngörülmüştür.²⁰⁷ Örneğin; çocuğun taşınmazının kiraya verilmesi, çocuk adına hisse alım-satımı yapılması yönetim hakkının kapsamı içerisinde bulunmaktadır.²⁰⁸

6. MALLARINI KULLANMA HAKKI

Çocuğun mallarının yönetiminden farklı olarak bu malları kullanmak, kendi kusuruyla kaldırılmadıkça velayeti kaldırılan anne veya babanın dahi hakkıdır.²⁰⁹ Bu malların öncelikli kullanım alanı, velayetin gereği olarak çocuğun ihtiyaçlarıdır. Hakkaniyete uygun olarak ailenin ihtiyaçları için de çocuğun mallarının kullanılması mümkündür.²¹⁰ Anne ve baba bu haktan çocuğun lehine olmak kaydıyla feragat edebilir.²¹¹

²⁰⁵ “Ana ve baba, velayetleri veya yönetim hakları sona erince, çocuğun mallarını, hesabıyla birlikte ergin çocuğa, vasisine veya kayyıma devrederler.”

²⁰⁶ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 421.

²⁰⁷ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, 165.

²⁰⁸ AKYÜZ, Güvenlik, 259.

²⁰⁹ TURANBOY, 2125.

²¹⁰ TURANBOY, 2132.

²¹¹ BAKTİR ÇETİNER, 85.

Çocuk mallarından bir gelir elde edilme ihtimali de vardır. TMK m. 355 uyarınca, bu gelir öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için; hakkaniyete uyduğu ölçüde de aile ihtiyaçları için sarf edilebilir. Gelirin artan kısmı ise, çocuk mallarına dahil olur. Örneğin; asgari ücretle geçimini sağlayan ve oturduğu evin kirasını ödemekte zorlanan baba, anneannesini tarafından çocuğa bağışlanan tarlanın mahsulünden elde edilen gelikle, önce çocuğun ihtiyaçlarını karşılayıp artan miktarla evin kirasını ödeyebilir. Ancak elde edilen gelir çocuğun o ayki dersane ücretini ancak karşılıyorsa, baba bu gelir ile ev kirasını ödeyemez.²¹² Yani, öncelik daima çocuğun ihtiyaçlarıdır.

B. VELİLERİN ÇOCUĞA KARŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. AD KOYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bir önceki başlıkta velilerin çocuğa karşı hakları olarak belirtilenlerin büyük bir kısmı hem hak hem de yükümlülüktür. Velilerin çocuk üzerindeki hakları sıralamasına uyararak, çocuğa bir ad konması hem bir hak hem de bir yükümlülük olarak görülmektedir.²¹³

2. EĞİTİM VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Velilerin sahip olduğu bir diğer hak, çocuğun eğitimine ilişkindir. Çocuğun eğitimine ilişkin kararları alma hakkına sahip veliler aynı zamanda, çocuğu eğitime yükümlülüğü altındadır.²¹⁴ Bu eğitim; genel eğitim, mesleki eğitim ve dini eğitimi kapsar. Genel eğitim, çocuğun hayata hazırlanması amacıyla anne ve baba tarafından verilen, terbiye ve ahlak kuralları ile toplumsal kuralları ifade eder. Mesleki ve dini eğitimin içeriği daha önce açıklanmıştır. Çocuğun eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamayacağı Anayasa m. 42'de açıkça ifade edilmiştir.

3. MALVARLIĞINI YÖNETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Anne ve babanın velayetleri devam ettiği müddetçe çocuğun mallarını yönetmesi, bir hak ve yükümlülüktür. Bunun bir yükümlülük olduğu ve yerine getirilmemesi halinde hâkimin müdahale edeceği TMK m. 352/II'de açıkça öngörülmüştür. Velayet ana ve babaya birlikte ait ise, yönetimden doğan sorumluluğunun her ikisine ait olduğu belirtilmiştir.²¹⁵

²¹² KILIÇOĞLU, 652.

²¹³ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, 161; ÖZTAN, 653.

²¹⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 330.

²¹⁵ KILIÇOĞLU, 649.

Evlilik birliği içerisinde olduğu gibi ortak velayette de velayet ana ve babaya birlikte ait olduğundan, çocuğun mallarının yönetimi ortak velayette ebeveynlerin ortak sorumluluğudur. Anne ve baba bu yükümlülüğü yerine getirirken vasiden farklı olarak, güvence ve hesap vermezler. Bu demek değildir ki, anne ve baba bu yükümlülüğü yerine getirirken dilediği gibi hareket etmekte özgürdür. Anne ve baba çocuğun mallarını yönetirken çocuğun çıkarını gözetmek ve tedbirli bir yönetici gibi davranmak mecburiyetindedir. Keza TMK m. 363/I'de çocuğa malları teslim edilirken anne ve babanın bir vekil gibi sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Yönetim hakkının iyi kullanılmaması yükümlülüğün layıkıyla yerine getirilmemesinin bir sonucu olarak, hâkimin yönetimi anne ve babadan alıp bir kayyıma verebileceği belirtilmiştir.²¹⁶

Boşanma sonrası velayetin tek tarafa bırakıldığı hallerde, velayet kendisine bırakılan ebeveynin bir yükümlülüğü doğar. Bu ebeveyn, mahkemeye çocuğun malvarlığını gösteren bir defter sunmak, o tarihe kadar çocuğun malvarlığında meydana gelen önemli değişiklikleri bildirmekle yükümlüdür. TMK m. 353'te düzenlenen bu hükmün amacı, velayet hak ve yükümü sona eren ebeveynin sorumluluğunun ve velayet kendisine bırakılan ebeveynin devir alarak bundan sonra sorumlu olduğu malvarlığının tespitini sağlamaktır.²¹⁷

4. İşTIRAK NAFKASI ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TMK m. 182/II uyarınca, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılma zorunluluğu vardır. İştirak nafakası olarak bilinen bu nafaka, veli olma sıfatının değil; ebeveyn olma sıfatının bir gereğidir. Bu nafakanın düzenleniş amacı, boşanma sonrası velayetin tek tarafa bırakıldığı hallerde, velayet sahibi ebeveynin çocuğun tüm masraflarını tek başına stlenmemesidir. Zira boşanma gerekleşiş evlilik birliği sona erse de ocuk daima her iki ebeveynin çocuğu kalmaya devam eder. Bu durumda, kendisine velayet hakkı tanınmayan ebeveynin sorumluluklarının sona ermemesi doğaldır. Öyle ki, çocuğun her iki ebeveyninden de velayetin kaldırıldığı halde dahi bu yükümlülüğün sona ermeyeceği TMK m. 350'de düzenlenmiştir. Belirtilmelidir ki, velayetin eşlerden yalnız birine bırakıldığı hallerde bu eş çocuğa yalnız bakıp gözetmekle değil, eğitim ve bakım masraflarına katlanmakla da yükümlüdür. Yani

²¹⁶ AKINTÜRK/ATEş KARAMAN, 422.

²¹⁷ KILIçOğLU, 650.

çocuk lehine hükmedilen iştirak nafakası velinin bu masraflarla sorumlu tutulmadığı anlamı taşımaz.²¹⁸

Boşanma davası sürerken ara kararlarla hükmedilen tedbir nafakası; boşanma kararı kesinleştğinde iştirak nafakası adını alır. Tarafların ekonomik ve sosyal durumu ile günün ekonomik koşulları dikkate alınarak nafaka miktarı tayin edilir.²¹⁹ İştirak nafakasına hükmedilmesi için talebe ihtiyaç yoktur, re'sen karar verilir. Şayet çocuk ergin olmasına rağmen eğitimi devam etmiyorsa, kural olarak ancak çocuk ergin oluncaya dek çocuk lehine iştirak nafakası ödenir.²²⁰

Ortak velayet uygulandığı takdirde çocuk lehine iştirak nafakasına hükmedilmesinin söz konusu olmayacağı kanaatindeyiz. Zira ortak velayet uygulandığında boşanma sonrası velayet hakkı elinden alınan bir ebeveyn bulunmaz. Dolayısıyla, velayet kendisine tevdi edilmeyen ebeveynin boşanma sonrası çocuğun bakım ve eğitimine ilişkin masraflara katılması durumu da gerçekleşmez. Her iki ebeveyn de velayet hakkını elinde bulundurduğundan, tıpkı evlilik birliği içerisinde olduğu gibi çocuğa ilişkin masrafları da birlikte üstleneceklerdir.

²¹⁸ **TUTUMLU**, 489.

²¹⁹ **Y2HD**, T. 24.2.2021, 2020/5561 E., 2021/1630 K., (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T. 6.4.2021.

²²⁰ **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, 141.

§9. ORTAK VELAYETİN KÖTÜYE KULLANILMASININ SONUÇLARI

Boşanma davasına ilişkin yargılamada çiftlerin müşterek bir çocuğu var ise, onun velayetine ilişkin bir karar alınmasının da zorunlu olduğu daha önce ifade edilmiştir. Mevzuatımızda ortak velayete ilişkin yapılmış bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın, ortak velayete hükmedilmesi ihtimali söz konusu olduğunda hâkimin hangi unsurları göz önünde bulundurması gerektiğine dair görüşler çalışma içerisinde aktarılmıştır.

Anne veya babanın ortak velayet hususunda talepte bulunmaları gerekip gerekmediği, yani hâkimin re'sen ortak velayete hükmedip hükmedemeyeceği bilinmemektedir. Şayet anne ve baba ortak velayete ilişkin bir talepte bulunmuşlarsa, bu talebin onların gerçek iradesini mi yansıttığı, yoksa bu talebin ardında gizlenen farklı bir amacın mı olduğu hâkim tarafından titizlikle incelenmelidir. Böyle bir talep yokken hâkim re'sen ortak velayete hükmedecekse, ebeveynlerin ortak velayeti kötüye kullanmayacağı kanaatinin oluşmuş olması gerekir. Ebeveynlerin ortak velayete yönelik taleplerinin gerçek iradelerini yansıtmaması ve bu iradenin çocuğun yararına yönelmiş olması aranmalıdır. Örneğin; çocuğa yapılan bir bağıştan fayda sağlamak amacıyla çocuğu velayeti altında bulundurma isteği, çocuğun yararına uygun bir istek değildir. Eğer ebeveynler ortak velayet talebinde bulunmamış ise, hâkimin re'sen karar vermesi için aranan koşullardan biri de, ebeveynlerin bu velayeti kötüye kullanmayacağı kanaatinin oluşmasıdır.²²¹

Her ne kadar ortak velayete hükmedilirken ebeveynlerin gerçek iradeleri çocuğun yararını sağlamak amacıyla velayeti ortak kullanmak olsa da sonradan bu durumun değişmesi mümkündür. Örneğin; başlangıçta ortak velayeti çocuğun yararına olacak şekilde ve diğer ebeveynle uyum içerisinde yürüten ebeveyn, diğer ebeveynin evlenmeye karar vermesi ile bir anda değişebilir. Karşı tarafın hayatına birinin girmesini kiskanabilir, çocuk üzerinden onu cezalandırmaya kalkabilir. Ne de olsa ortak velayette çocuğun hayatına ilişkin kararların önemli bir kısmı ortak alınır. Yaşadığı kıskançlık duygusu nedeniyle ortak alınması gereken kararlar konusunda zorluk çıkarması, karar alma sürecine zarar vermesi mümkündür. Bunun dışında, çocuk ile bir arada yaşamasa dahi tek başına velayet halinde sahip olunan kişisel ilişki süresinden çok daha fazlasına sahip olduğundan, çocukla geçirdiği zamanlarda diğer ebeveyni kötülemesi, çocuğu onun aleyhinde etkilemesi mümkündür. Kanaatimizce, verilen örneklerde ortak velayetin kötüye kullanılması hali söz konusudur.

²²¹ GÜVEN, 55.

Ortak velayetin kötüye kullanılması halinde ebeveynin ne gibi bir yaptırımla karşılaşacağı belli değildir. Bu konuda akıl yürüttüğümüzde ise, velayetin kaldırılmasının gündeme gelebileceği düşünülmektedir. Bilindiği üzere, boşanma sonrası velayetin tek tarafa bırakıldığı hallerde velayetin değiştirilmesi gündeme gelebilmektedir. Velayetin değiştirilmesi isminden anlaşıldığı üzere, belli şartların mevcudiyeti halinde velayetin ebeveynlerin birinden alınıp diğerine verilmesidir. Oysa ortak velayette her iki ebeveyn de velayete sahiptir. Bu nedenle ortak velayette velayetin değiştirilmesi değil; olsa olsa kaldırılması söz konusu olur. Velayetin kaldırılması, TMK m. 348’de düzenlenmiştir. Bu maddede velayetin kaldırılmasının son çare olduğu, çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz veya yetersiz oldukları önceden anlaşılmışsa bu yola başvurulabileceği öngörülmüştür. Velayetin kaldırılması sebepleri ilgili maddede iki kategoriye ayrılmıştır. Bunlardan ilki; ana ve babanın hastalığı, deneyimsizliği, başka yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesidir. Benzeri sebeplerden biriyle ifadesinin kullanılmış olması bunun sınırlı sayım olmadığı anlamına gelir. Fakat velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi ifadesinden anlaşılan; kendi iradesi dışında, istemeden görevini yerine getiremediğidir. İkinci kategori ise, anne ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklamasıdır. Bu ifadelerden, ebeveynin kendi ihmali ile velayetin kaldırılmasına sebep olduğu anlaşılmaktadır. Ortak velayette ebeveynin/ebeveynlerin bu velayet modelini kötüye kullanması ile ne anlaşıldığı bir örnek üzerinden açıklanmıştır. Kötüye kullanma fiilinin irade ile gerçekleşeceği açıktır. Bu halde velayetin kötüye kullanılması, velayetin kaldırılmasına sebep olarak gösterilen ilk kategoriye giremez. İkinci kategoride bahsedilen sebepler de velayetin kötüye kullanılması olarak görülemez. Zira anne ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması ortak velayetin kötüye kullanımı olarak değerlendirilemez. Bunlar yalnızca ebeveynin velayeti layıkıyla sürdürmeye ehil olmadığını gösterir. Bir hakkın kötüye kullanıldığı yorumunu yapabilmek için bu hakkın amacı dışında kullanımı, suiistimal edilmesi söz konusu olmalıdır. Ortak velayet hakkının kötüye kullanıldığı sonucuna ulaşabilmek için de aynı şey geçerlidir. O halde, ortak velayetin mevzuatta yer almasıyla birlikte velayetin kaldırılmasına ilişkin maddenin de revizyona uğraması gerekir. Maddenin yeni halinde, ebeveynlerin ortak velayeti çocuğun yararına değil; kendi çıkarları için, amacı dışında kullandığının tespiti halinde velayet hakkından mahrum bırakılacakları düzenlenmelidir. Böyle bir durumda ortak velayet uygulaması sona erer ve velayet diğer ebeveyn tarafından kullanılmaya devam edilir.

§ 10. ORTAK VELAYETİN BAŞLANGICI VE SONA ERMESİ

I. BAŞLANGICI

Ortak velayetin başlangıcının ne şekilde olacağı yapılacak düzenleme sonucunda belirlenecektir. Karşılaştırmalı hukukta bu konuya dair iki farklı bakış açısı vardır. Bunlardan ilki; boşanma sonrası ortak velayetin yasa gereği, herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın uygulanmasıdır. Bu durumda, boşanmanın velayete herhangi bir etkisi olmadığı, velayetin ebeveynlerin statüsünden bağımsız algılandığı sonucuna varılmaktadır. Örneğin; ortak velayetin kural olarak uygulandığı Alman Hukuku'nda durum böyledir. Alman Hukuku'na göre boşanma sonrası velayet aynen evlilik birliğinde olduğu gibi ortak kullanılır, bunun için herhangi bir mahkeme kararı gerekmez. Ancak ebeveynlerden biri velayeti tek başına kullanmak istiyorsa, bu taleple mahkemeye başvurması gerekir.²²² Ortak velayetin nasıl uygulanmaya başlayacağına ilişkin bir diğer çözüm ise, ortak velayete mahkeme kararı ile hükmedilmesidir. Avusturya Hukuku'nda önceleri ortak velayet talep eden ebeveynlerin mahkemeye bir dilekçe sunmaları gerekirken²²³ yapılan değişiklik sonrası boşanmanın ebeveynlerce birlikte kullanılan velayete etki etmeyeceği düzenlenmiştir.²²⁴ Belçika ve İngiltere Hukuklarında ise, boşanmanın ortak kullanılan velayete doğrudan bir etkisi olduğu kabul edilmese bile anne ve babanın çocuğun sağlığı, eğitimi, boş zamanını nasıl geçireceği konularında anlaşmış olmaları mahkeme tarafından gözetilmektedir.²²⁵

Ortak velayetin başlangıcında iki farklı modelin olduğu açıklanmıştır. Kanaatimizce, mevzuatımızda yapılacak değişiklikle benimsenmesi gereken, boşanmanın velayete etki etmediği modeldir. Bu modelde, eşlerin bir dilekçe ile ortak velayeti talep etmeleri aranmaz. Ancak boşanma davası sırasında eşler velayeti tek başına kullanmak istediklerini beyan ederse, mahkemenin çocuğun yararını göz önünde bulundurarak bir karar vermesi gerekir.

Ortak velayette gönüllülüğün aranmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu yüzden, velayeti tek başına kullanmak isteyen ebeveynin talebi doğrudan ortak velayete engel olmamalı, hâkim, çocuğun yararı neyi gerektiriyorsa o doğrultuda karar vermelidir. Böyle bir talep olmaz ve çocuğun üstün yararı ortak velayeti gerektiriyorsa, boşanma sonrası

²²² BİRİNCİ UZUN, 155.

²²³ CANTIENI, 124.

²²⁴ İNCE, 207.

²²⁵ GRÜNDEL, 163.

velayetin kullanımı evlilik birliği sona ermemiş gibi devam eder. Fakat çocuğun hangi ebeveyn ile yaşayacağı ve kişisel ilişki sũrelerine mahkeme kararında yer verilmelidir.

Ortak velayetin çocuğun yararına olduğu ve velayetin kaldırılması sebeplerinden birinin veya başka bir sebebin ortak velayetin uygulanmasına engel olmadığı durumda, mahkeme kural olarak ortak velayete hũkmetmelidir. Bunun için tarafların bir talepte bulunması aranmamalıdır. Ortak velayete engel olabilecek sebepleri sınırlı sayım yoluyla belirtmenin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Bu sebeplere birkaç örnek vermek gerekirse; evlilik sũrerken ebeveynlerden birinin çocuğa fiziksel, duygusal veya cinsel istismar uyguladığının bilinmesi, ebeveynlerden birinin madde bağımlılığı bulunması ilk akla gelenlerdir. Sayılan hallerde ortak velayetin yũrũtũlmesinin çocuğa bir yararı olmayacağı açıktır. Ancak velayetin kaldırılması sebepleri dũřũnũldũđũnde, örneğin; ebeveynlerden birinin hastalığı sebebiyle velayetten doğan yũkũmlũlũkleri layıkıyla yerine getiremeyeceği dũřũncesiyle ortak velayete hũkmedilmemiřse, koşullar değiştiğinde yeni bir karar alınabilir. Bu örnekten iyileşen ve yũkũmlũlũkleri üstlenmeye hazır olan ebeveyn mahkemeye başvurarak ortak velayet talebinde bulunabilir. Zira velayet hakkında verilen kararlar maddi anlamda kesin hũkũm teşkil etmez.²²⁶ Koşulların değişmesi halinde boşanan ebeveynlerin velayetin değiştirilmesi talebiyle mahkemeye başvurabildiği bilinmektedir. Keza TMK m. 351'de velayetin kaldırılması sebebinin ortadan kalkması halinde talep üzerine veya re'sen velayetin geri verileceği dũzenlenmiřtir. Böyle bir durumda, ortak velayete boşanma davasıyla birlikte değil; sonradan hũkmedilmiř olur. Ortak velayetin başlangıcına ilişkin bir diğer olasılık da budur.

TMK m. 337 uyarınca evlilik dışı çocukların velayeti, maddede belirtilen istisnalar haricinde anneye aittir. Bu hũkũmde bir kanun boşluğu olduğunu dũřũnenler, sadece evlilik birliği içinde doğan çocuklar için değil; evlilik dışı çocuklar için de ortak velayet uygulamasını mũmkũn görmektedir.²²⁷ Evlilik dışı ocuk ile babası arasında tanıma veya babalık davası ile soybağı ilişkisi kurulması mũmkũndür. Evlilik dışı ocuk tanındığı takdirde, babanın ocuk ve anneye karşı velayet talepli bir dava aması ve bu davanın TMK m. 1 hũkmũ uyarınca kabul edilmesi gerektiği ne sũrũlmũřtir. Bir başka ihtimal, tanıma sonrası anne ve babanın mahkemeye birlikte başvurarak ortak velayeti talep etmeleridir. şayet ocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisi babalık davasıyla kuruluyorsa, bu davada

²²⁶ GENÇCAN, 29.

²²⁷ SERDAR, 194.

veya daha sonra açılacak bir dava ile ortak velayet talep edilebilir. Bu taleplerin kabulü, çocuğun yararının buna uygun olmasına bağlıdır.²²⁸

II. SONA ERMESİ

A. KENDİLİĞİNDEN SONA ERME

1. ÖLÜM

Evlilik birliği içerisinde eşlerden biri öldüğünde velayetin sağ kalan eş tarafından tek başına kullanılmaya devam edeceği TMK m. 336/III'ün gereğidir. Buna karşın, boşanma sebebiyle velayetin eşlerden birine bırakıldığı durumda velayetin bırakıldığı ebeveynin ölümü aynı sonucu doğurmaz. Burada bir velayet boşluğu oluşmuş olur. Velayet kendisinde olmayan ebeveyn sağ ise, velayeti üstlenmek için fiili veya hukuki bir engeli olmamak kaydıyla velayetin bu ebeveyne tevdi isabetli görülmektedir. Böyle bir engel var ise, velayet altında olmayan her küçüğün vesayet altına alınması gerektiğinden çocuğa vasi atanır.²²⁹ Sağ kalan ebeveynin velayet hakkına sahip olabilmesi için fiili veya hukuki bir engel bulunmaması gerekli olsa da yeterli değildir. Çocuğun yararına uygun olanın bu olduğu ve sağ kalan ebeveynin velayeti layıkıyla yürütebileceği kanaatinin mahkemede oluşması gerekmektedir. Bu koşullar da sağlanıyorsa, çocuğun bir vasinin vesayeti altında olmasındansa ebeveyninin velayeti altında bulunması çocuğun yararınadır.²³⁰

Çocuğun her iki ebeveyninin de ölmüş olması halinde, çocuğa bir vasi atanması TMK m. 404/I gereğince zorunludur.

Evlilik dışı ilişkiden doğan ve yasa gereği annesinin velayeti altında bulunan çocuğun velayetinin annesinin vefatı sonrası doğrudan babasına geçmeyeceği TMK m. 337/II'de açıkça ifade edilmiştir. Böyle bir durumda, çocuğun yararına uygun olan vasi atanması ise, vasi atanır; çocuğun velayetinin babaya geçmesi yararına olacaksa buna karar verilir.

Ortak velayetin sona erme yollarından en tabii olanı ölümdür. Velayetin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olma niteliği, devrini yahut mirasçılara intikalini engeller.²³¹ Bu nedenle, anne veya babanın ölümü ortak velayeti sona erdirir. Bu durumda, herhangi bir karar

²²⁸ GÜVEN, 48.

²²⁹ Y2HD, T. 8.10.2015, 2015/13861 E., 2015/17857 K., (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 5.4.2021.

²³⁰ Y8HD, T. 13.9.2017, 2017/2446 E., 2017/10594 K., (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 5.4.2021.

²³¹ ÖZTAN, 638.

aranmaksızın, çocuğun velayetini tek başına sağ kalan ebeveyn kullanmaya devam eder. Sadece anne veya babanın değil; çocuğun ölümü de ortak velayetin sona erme sebeplerindedir.²³² Çocuk öldüğünde velayetten doğan hak ve yükümlülükler tümüyle sona ermez. Çocuğun nereye gömüleceği, organ bağıışı gibi konularda anne ve baba yetkilidir. Çocuğun ölüsüne saygı yükümlülüğü de bu kapsamda görülmektedir.²³³

2. ERGİNLİK

TMK m. 335/I²³⁴ hükmünden dolayı olarak çıkarılan, çocuğun ergin oluncaya dek velayet altında olduğudur. Normal şartlarda on sekiz yaşın doldurulması ile kazanılan erginliğe, evlenme (TMK m.11) veya yargı kararı ile (TMK m.12) daha erken ulaşılması mümkündür. Bu durumlardan birinin varlığı halinde de, velayet ve dolayısıyla ortak velayet sona erer.

TMK m. 124 gereğince, evlenebilmek için on yedi yaşın doldurulmuş olması gerekir. Ancak olağanüstü bir hal söz konusuysa, on altı yaşın doldurulmuş olması ve hâkimin izin vermesi koşuluyla evlenilebilir. Evlenmenin sonucu olarak kişi on sekiz yaşını doldurmamasına rağmen kanun gereği ergin kabul edilir. Bu evliliğin boşanma ile sona ermesi yahut geçersizliğine karar verilmesi kazanılan erginliği etkilemez.²³⁵ Yargı kararı ile erginliğin kazanılabilmesi içinse, yaş dışında bazı şartlar aranmaktadır. Burada aranan yaş şartı, on beş yaşın doldurulmasıdır. Bunun dışında, küçüğün bizzat ergin kılınmayı istemesi, velayet hakkını haiz ebeveynin veya ebeveynlerin rıza göstermesi, küçük vesayet altındaysa vesayet dairelerinin izni gerekmektedir. Bu şartlar sağlanıyor ve talep çocuğun yararına uygun bulunuyorsa küçük mahkemece ergin kılınır.²³⁶

Normal şartlarda ergin oluncaya dek velayet altında olan çocukların, erginliğin kazanılmasının ardından haklarında kısıtlama kararı alınabilmesi mümkündür. TMK m. 405-408'de kişinin hangi hallerde kısıtlanacağı ifade edilmiştir. TMK m. 335/II'de hâkimin vasi atamasına gerek görmediği hallerde kısıtlanan ergin kişilerin velayet altına alınacağı belirtilmiştir. Buradan çıkarılan sonuç, velayet altına alınmanın kural; vesayet altına alınmanın istisna olduğudur. Kısıtlanan kişi velayet altına alındığında, velayete ilişkin

²³² ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 1128.

²³³ ÖZTAN, 639.

²³⁴ "Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınmaz."

²³⁵ HELVACI/ERLÜLE, 66.

²³⁶ HELVACI/ERLÜLE, 67.

hükümlere tabi olur.²³⁷ Dolayısıyla, erginliğe ulaşmanın velayeti sona erdireceği kuralının istisnası, kişinin kısıtlanarak velayet altına alınmasıdır.

3. GAİPLİK

Ortak velayet modelinin benimsendiği somut bir olayda, ebeveynlerden birinin veya her ikisinin birden gaipliğine hükmedildiği halde bu durumun ortak velayeti nasıl etkileyeceğinin tespiti için, gaiplik hakkındaki mevzuat hükümlerine bakmakta yarar vardır.

Gaiplik; bir kişinin ölüm tehlikesi altında kaybolması yahut kendisinden uzunca bir süredir haber alınamaması halinde ölümüne dair kuvvetli bir şüphe varsa, ilk durum için en az 1 yıl; ikinci durum içinse en az 5 yıl süre geçmesinin ardından hakları bu ölüme bağlı olanların mahkemeye başvurarak alacakları karar sonucunda kişiliğin mahkeme kararı ile son bulmasıdır. Bir kişinin ölümüne dair kuvvetli şüphe olması ile ölümüne kesin gözle bakılması iki farklı sonuç doğurur. Birinci durumda kişinin gaipliğine karar verilebilir iken; ikinci durumda buna gerek yoktur. Zira TMK m. 31 gereği, bir kişinin ölümüne kesin gözle bakılıyor fakat cesedi bulunamıyorsa o kişinin ölmüş olduğuna dair karine vardır.²³⁸ Gaipliğine karar verilen, yani ölmüş kabul edilen kişinin bu statüsünden doğan bazı sonuçlar vardır. Örneğin; gaiplik başvurusunda bulunan eş, bu başvuruyla birlikte veya ayrıca açacağı dava ile evliliğin feshini de isteyebilir. Aksi halde, gaipliğine karar verilen kişinin evliliği hukuken devam eder. Bir başka örnek, gaibin mirasına ilişkindir. Hakkında gaiplik kararı verilen kişinin terekesi, karşılığında güvence göstermeleri şartıyla mirasçılarına geçer. Belli bir müddet mirasçılar terekeye sadece geçici olarak zilyettir.²³⁹

Gaipliğin velayet üzerinde de etkileri vardır. Malum olduğu üzere, velayet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bundan dolayı, bu haktan feragat etmek de bu hakkı bir başkasına devretmek de mümkün değildir. Anne veya babanın ölümü halinde bu kişinin velayet hakkının sona ereceği açıktır. Hakkında gaiplik kararı verilen kişinin de ölmüş kabul edildiği düşünüldüğünde, burada da velayetin ve dolayısıyla ortak velayetin sona ereceğini söylemek mümkündür.²⁴⁰ Bazı hukukçular²⁴¹, eşlerden birinin gaipliğine karar verilmiş olmasının velayetin diğer eş kalması için yeterli olmadığını, diğer eş evliliğin feshi yönünde

²³⁷ KILIÇOĞLU, 622.

²³⁸ YILMAZ/YILDIRIM, 114.

²³⁹ KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, 163.

²⁴⁰ CEYLAN, S., 145; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 422; USTA, 130.

²⁴¹ ÖZLÜ, 67.

bir talepte bulunmadıkça evlilik devam edeceğinden, çocuğun evlilik birliği içerisindeki ebeveynlerinin birlikte velayeti altında olma statüsünü koruduğunu öne sürmüşlerdir.

Her iki ebeveynin birden gaipliğine karar verilmesi halinde ise, tıpkı anne ve babası hayatta olmayan çocuklar gibi, çocuk vesayet altına alınır. Evlilik birliği içerisinde anne veya babanın yalnız birinin gaipliğine karar verildiğinde, velayet hakkının diğer ebeveyn tarafından kullanılacağı bilinmektedir. Buna karşılık, çocuğun evlilik dışı bir çocuk olması ve normal şartlarda velayet hakkına tek başına sahip olan annenin gaipliğine karar verilmesi halinde, velayet doğrudan babaya geçmez.²⁴² Buradaki sonuç, eşlerin boşanması ve velayet hakkının tek tarafa verilmesi halinde, velayet sahibi eşin gaipliğine hükmedilmesinde de geçerlidir.

Gaipliğine karar verilen kişi bir gün geri dönerse ne olacaktır? Bu halde, velayet hakkının sona ermediği kabul edilmiştir. Ancak bu kabul evlilik birliği devam ederken anne veya babanın gaipliğine karar verilmesi haline yöneliktir. Evlilik dışı çocuk söz konusu olduğunda ise, iki ihtimal vardır. İlki, annenin gaipliğine karar verilmesi ardından velayetin babaya tanınmasıdır. Bu durumda, sonradan ortaya çıkan annenin velayet hakkını yeniden kazanacağı ileri sürülmektedir. İkinci ihtimal ise, annenin gaipliğine karar verilmesinin ardından çocuğa vasi atanmasıdır. Bu durumda, annenin dönüşünün ardından vesayetin ortadan kalkacağı ve çocuğun tekrar annenin velayeti altına gireceği savunulmaktadır.²⁴³

Bizi esas ilgilendiren kısım ise, boşanma sonrası ortak velayet altında bulunan çocuğun ebeveynlerinden birinin veya her ikisinin gaipliğine karar verildiğinde ne olacaktır. Ortak velayeti kullanan ebeveynlerden yalnız birinin gaipliğine hükmedilmesinin, evlilik birliği içerisinde eşlerden birinin gaipliğine karar verilmesi durumu ile aynı olduğu söylenebilir. Nasıl ki evlilik birliği süresince yasal olarak hem anne hem de babanın velayeti altında bulunan çocuğun ebeveynlerinden birinin gaipliğine karar verildiğinde diğer ebeveyn velayet hakkına tek başına sahip oluyorsa, boşanma sonrası ortak velayet altındaki çocuğun ebeveynlerinden birinin gaipliğine hükmedildiğinde de geride kalan ebeveyn velayet hakkına tek başına sahip olacaktır. Buraya kadar hiçbir sorun yoktur. Peki, gaipliğine karar verilen ebeveynin bir müddet sonra yaşadığına ilişkin bir veri elde edildiğinde ne olacaktır? Gaip kişi kimi zaman yaşadığı yere geri dönerken, kimi zaman da bir telefon yahut mektupla yaşadığına dair bilgi edinilmesi mümkündür. Kanaatimizce, evlilik birliği devam ederken

²⁴² USTA, 129-130.

²⁴³ TOKAT, 563.

eşlerden birinin gaipliğine karar verildiği ve kalan eşin evliliği feshetmediği durumda yaşadığı anlaşılana eş geri döndüğünde velayet hakkına yeniden sahip oluyorsa; evliymiş gibi ortak velayeti sürdüren ebeveynlerden birinin gaipliğine karar verildiği ve daha sonra yaşadığı ortaya çıktığında da, ortak velayet bir işleme gerek kalmaksızın sürmelidir. Diğer ihtimalde, yani ortak velayeti kullanan her iki ebeveynin de gaipliğine karar verildiğinde ise, çocuğa bir vasi atanacağı şüphesizdir. Bu ebeveynlerden biri veya her ikisi bir gün geri dönerse, velayet hakkına yeniden onlar sahip olur.²⁴⁴

4. HAPİS CEZASINA MAHKUM EDİLME

Ebeveynlerden biri yahut her ikisinin de mahkumiyet cezası alması halinde, bu kişilerin sahip oldukları velayet hakkına ne olacağı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kasten işlediği bir suç nedeniyle hapis cezasına mahkum edilen kişi, cezanın infazı tamamlanıncaya dek sahip olduğu velayet hakkından TCK m. 53/1-c uyarınca yoksun kalır. Bu yoksunluğun sınırlı bir süreyle olduğu, infaz tamamlanınca sona ereceği maddenin devamında açıkça öngörülmüştür. Hükümün lafzından anlaşıldığı üzere, kişinin velayet hakkından yoksun bırakılması için salt mahkumiyet cezası alması yeterli değildir. Öncelikle, herhangi bir cezaya mahkum edilmenin velayet hakkını etkilemeyeceği belirtilmiştir. Örneğin; kişi adli para cezasına mahkum edilirse, velayet hakkı bu mahkumiyetten etkilenmez. Zira hükümde ifade edilen yoksunluğun gerekçesi, hapis cezasına mahkum edilmiş olmaktır. Bundan çıkarılan bir diğer sonuç, kişinin hapis cezasına mahkum olmasının da tek başına yeterli olmadığıdır. Hapis cezasına mahkumiyet sonucunu doğuran suçun, kasten işlenmiş bir suç olması aranmaktadır. Örneğin; katıldığı bir trafik kazasında karşı tarafın ölümüne sebebiyet veren kişinin, bu kazaya basit veya bilinçli taksirle sebep olduğu şüphesizdir. Dolayısıyla bu kişi hapis cezasına mahkum edilse dahi kasten işlediği bir suç olmadığından velayet hakkından yoksun kalmaz. İlaveten, TCK m. 53'ün 3. fıkrası uyarınca, hapis cezası ertelenen veya denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz edilen yahut koşullu salıverilen kişi, kendi altsoyu üzerindeki velayet hakkından yoksun bırakılamaz. Yine aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler de TCK m. 53/1'de sayılan hak yoksunluklarına, dolayısıyla velayet hakkından yoksunluğa da maruz bırakılamaz. Suçun kasten işlenmiş olması, yaptırımının hapis cezası olması, bu cezanın ertelenmemesi yahut denetimli serbestlikle infaz edilmemesi, hükümlünün koşullu salıverilmeden yararlanmaması şartlarının tümü

²⁴⁴ TOKAT, 564.

mevcut ise, velayet hakkından yoksunluk söz konusu olur. Bu yoksunluğun kaynağı Türk Ceza Kanunu'dur. Bu nedenle, ceza mahkemesince veya aile mahkemesince kişinin velayet hakkından yoksun bırakılacağı yönünde karar verilmesine gerek yoktur.²⁴⁵

Yapılan açıklamalar ortak velayet için de geçerlidir. Yani, anne veya babanın kasten işlediği bir suç dolayısıyla hapis cezasına mahkum edilmesi halinde yasa gereği velayetten ve dolayısıyla ortak velayetten de yoksun kalacağı açıktır. Bu halde, velayet ebeveynlerden yalnız biri tarafından kullanılır. Kişiye verilen hapis cezası infaz edildiğinde ne olacaktır? Evlilik birliği içerisinde birlikte yürütülen velayetin mahkum olan eşin özgür kalması ile yeniden birlikte yürütüldüğü, kişinin velayet hakkından yoksunluğunun sona erdiği bilinmektedir. Öyleyse, ortak velayeti yürüten ebeveyn de hapis cezasının infazının tamamlandığı andan itibaren ortak velayeti sürdürmeye devam eder. Ancak işlenen suçun çocuğa karşı yaralama, cinsel istismar gibi bir suç olması halinde bu suça maruz kalan çocuğun o ebeveynin velayeti altında bulunması yararına olmayacağından, ortak velayetin devam etmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Benzer şekilde, bu türden davranışları evlilik birliği içerisinde gözlenen ebeveyn lehine ortak velayet hakkı tanınması mümkün olmamalıdır. Ayrıca eski eş velayeti tek başına yürütmek istiyorsa cezanın infazının tamamlanmasının ardından bu yönde bir taleple mahkemeye başvurabilir. Kasten işlediği bir suç nedeniyle hapis cezasına mahkum olmuş ebeveynin yasalara aykırı tutumu ve barındırdığı suç işleme potansiyeli gerekçe gösterilerek, bu ebeveynin velayet hakkına sahip olmasının çocuğun yararına olmayacağı, ortak velayet dolayısıyla çocuk hakkında birlikte alınan bazı kararlar olması ve bu kişinin bu kararlara dahil olmasının sonuçlarının çocuk üstünde negatif bir etki yaratacağı iddia edilebilir. Tabii verilen bu örnek sadece bir faraziyedir. Mahkemenin böyle bir durumda ne yönde karar vereceği bilinmemekle beraber, kanaatimizce, bahse konu ebeveynin işlediği suçun nev'i de verilecek kararda önem arz eder.

B. MAHKEME KARARI İLE SONA ERME

Velayetin mahkeme kararıyla sona ermesi denildiğinde ilk akla gelen, boşanma sonucu velayetin tek tarafa verilmesi, böylece ebeveynlerden birinin velayet hakkını kaybetmesidir. Ortak velayetin mahkeme kararı ile sona ermesi ise, velayetin kaldırılması yolu ile olur.

²⁴⁵ BAYGIN, 356.

Velayetin kaldırılması yoluna son çare olarak başvurulacağı mevzuatımızda açıkça öngörülmüştür. Bunun altında yatan sebep, velayet kurumunun hem çocuk açısından hem de ebeveynler açısından öneminin büyüklüğüdür.²⁴⁶ Çocuk açısından bakıldığında, anne ve babası ile büyümesi istisnalar haricinde her zaman yararındadır. Anne ve babasının velayeti altındaki bir çocukla vesayet altındaki bir çocuk kıyaslandığında şanslı görülen daima velayet altındaki çocuktur. Yuva sıcaklığının çocuğa hissettirdiklerinin Devlet tarafından görevlendirilen kişi veya kurumlarca sağlanabilmesi neredeyse olanaksızdır. Ebeveynler açısından bakıldığında ise, dünyaya gelişine vesile oldukları canlarından bir parçanın somut ve güçlü bir neden olmadan onların elinden alınması hem hukuk dışı hem de acımasızcadır. Bu nedenle velayetin kaldırılması, çocuğun korunması için diğer önlemlerden sonuç alınmaz veya bu önlemlerin yetersiz kalacağı başından belliyse başvuru bir yoldur.

Her ne kadar kural olarak velayetin kaldırılmasının mevcut ve doğacak tüm çocuklar için geçerli olduğu düzenlenmişse de kanaatimizce, bu çözüm yerinde değildir. Velayetin kaldırılma amacı ebeveynleri cezalandırmak değil; çocuğun yararının sağlanmasıdır. Mevcut tüm çocuklar için şartların aynı olduğu düşünülse dahi şartların değişmesi her zaman mümkündür. Örneğin; hastalığı veya deneyimsizliği nedeniyle velayetten doğan yükümlülüklerini yerine getiremeyen bir anneden velayetin kaldırılması mümkündür. Bu anne yeniden bir çocuk doğurduğu vakit hastalığının veya deneyimsizliğinin halen sürdüğünü peşinen kabul etmek doğru değildir. Bu süreçte anne iyileşmiş, deneyim kazanmış olabilir. Koşulların değişmesi halinde re'sen yahut talep üzerine velayetin geri verileceği düzenlenmişse de bunun için bir mahkeme kararı gerekir. Bu kararın alınması süreci düşünüldüğünde, velayetin kaldırılmasının doğacak çocuklar yönünden etkisini kural değil istisna olarak düzenlemek yerinde bir çözüm olur.

Velayetin kaldırılması sebeplerinden kanunda ilk olarak sayılan, ebeveynlerin deneyimsizliğidir. Bu deneyimsizliğin sonucunda anne ve babanın velayet görevini layıkıyla yerine getirememesi gerekir. Anne ve babanın çocuğa karşı aşırı baskıcı bir tutum sergilemesi veya aksine çocuğu çok fazla serbest bırakarak şımartması deneyimsizliğe örnek olarak gösterilmiştir.²⁴⁷ Anne ve baba tarafından bu tür davranışların sergilenmesi tek başına yeterli değildir. Maddede ifade edildiği üzere, ebeveyn/ebeveynlerin deneyimsizliği çocuğun bakımı, eğitimi vb. yükümlülüklerin yerine getirilmesinde yetersiz kalmasına sebep

²⁴⁶ AKYÜZ, Güvenlik, 282.

²⁴⁷ AKYÜZ, Güvenlik, 284.

olmalıdır.²⁴⁸ Bu deneyimsizliğin zaman içerisinde giderilebilmesi mümkündür. Bu sebeple, ebeveynlere önce bir fırsat tanınması, diğer önleyici tedbirlerin uygulanması gerekmektedir. Doğrudan velayeti kaldırma yoluna gidilmemesinin isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Kanunda gösterilen bir diğer sebep, anne ve babanın hastalığıdır. Bu hastalığın geçici değil, sürekli bir hastalık olmasının gerektiği açıktır.²⁴⁹ Zira böyle bir önlemin geçici bir hastalık için alınması maddenin amacından sapmak olur. Bu hastalık fiziksel bir hastalık olabileceği gibi, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı da olabilir.²⁵⁰

Anne ve/veya babanın deneyimsizliği veya hastalığının ortak velayetin sona ermesi için de birer sebep olduğunu düşünmekteyiz. Ancak velayetin kaldırılmasının diğer önlemlerden bir sonuç alınamaması halinde, son çare olarak uygulanacağı kuralı burada da geçerlidir. Bu nedenle, anılan sebeplerin mevcudiyeti ve velayetin layığıyla yürütülmesine engel olması halinde öncelikle diğer önlemlere başvurulur. Bu önlem, anne ve babaya nasıl davranmaları gerektiği konusunda bilgi vermek olabileceği gibi, çocuğun bir aile yanına yahut kuruma yerleştirilmesi de olabilir.²⁵¹ Eğer bu önlemlerden bir sonuç alınmazsa, o halde velayetin kaldırılmasına karar verilebilir.

Anne ve/veya babanın sürekli olarak başka yerde bulunması nedeniyle velayetten doğan yükümlülüklerini layığıyla yerine getirememesi de TMK m. 348'te velayetin kaldırılmasına sebep olarak düzenlenmiştir. İlgili madde evlilik birliği devam ederken anne ve/veya babanın sürekli olarak başka yerde bulunması ihtimali düşünülerek düzenlenmiştir. Bu hükmün ortak velayete uyarlanması doğru olmaz. Yani, çocuğun yanında yaşamadığı ebeveynin bir başka şehir veya ülkede sürekli olarak kalması halinde ortak velayet uygulanmaması gerektiği düşünülmemelidir. Öncelikle, maddede açıkça ifade edildiği üzere ebeveynin sürekli olarak başka yerde bulunması yeterli değildir. Bu yüzden velayetten doğan yükümlülüklerini gereğince yerine getirememesi şarttır. Böyle bir hal yok ise, velayetin kaldırılması gündeme gelmez.²⁵² Buradan hareketle, farklı şehir veya ülkede bulunan ebeveynin çocuk üzerinde ortak velayete sahip olamayacağı söylenemez. Ebeveyn sürekli olarak başka bir yerde bulursa dahi günümüz koşullarında sıklıkla çocuğunun yanına gelmesi, velayetten doğan görevlerini ifa etmesi mümkündür. İkinci olarak, ortak velayet

²⁴⁸ ÖZTAN, 643.

²⁴⁹ ÖZLÜ, 80.

²⁵⁰ AKYÜZ, Güvenlik, 284-285.

²⁵¹ HELVACI/ERLÜLE, 215-216.

²⁵² ÖZLÜ, 86.

uygulanırken ebeveynlerin boşanmış oldukları göz önünde bulundurulduğunda, bu kişinin farklı bir şehir veya ülkede yaşamına devam etmesi olasıdır. Evlilik birliği içerisinde ise, eşlerden birinin sürekli olarak farklı bir yerde bulunması nadir rastlanabilir bir durumdur. Boşanmış ebeveynlerin aynı şehir veya ülkede yaşamını sürdürmesinin aranması, aksi halde ortak velayete hükmedilmemesi bu velayet modelinin uygulanabilirliğini oldukça azaltır. Bu nedenle, ortak velayet düzenlemesi yapıldıktan sonra ilgili hükmün evlilik birliği içerisinde birlikte kullanılan velayet açısından geçerli olduğunun belirtilmesi uygun olur.

Açıkladığımız sebeplerin benzerlerinin de velayetten doğan yükümlülüklerin layıkıyla yerine getirilememesi sonucunu doğurduğu takdirde velayetin kaldırılmasına yol açabileceği düzenlenmiştir. Bu sebeplere örnek olarak; anne veya babanın alkol bağımlılığı yahut madde bağımlılığı bulunması gösterilmiştir. Yine ebeveynlerin engelli bireyler olmasının da velayetin kaldırılmasına sebep olabileceği belirtilmiştir. Anne ve babanın yoksul, yardıma muhtaç kimseler olmaları velayetin kaldırılması için bir sebep değilken, çalışmaktan kaçınmalarının velayetin kaldırılmasına sebep olabileceği düşünülmektedir.²⁵³

Anne ve/veya babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi, yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması da velayetin kaldırılması başlığında gösterilen sebeplerdendir. Ebeveynlerin ilgisiz ve ihmalkâr tutumunun velayetin kaldırılmasına sebep olabilmesi için, bu davranışlarında kusurlu olmaları aranmaktadır.²⁵⁴ İlgisiz ve ihmal içeren davranışların TMK m. 348'in 1. bendinde sayılan velayetin kaldırılması sebeplerinden farkı, kusurdur. Bu davranışlara pek çok örnek verilebilir. Örneğin; anne ve babanın ihmali sonucu başıboş kalan ve kötü alışkanlıklar edinen bir çocuk üzerindeki velayetin kaldırılması mümkündür. Benzer şekilde, çocuğun hasta olduğunu bilmelerine rağmen bu hastalığı tedavi ettirmeyerek çocuğu ölüme terk etmeleri de bir sebeptir. Yine çocuğu okula göndermeyerek eğitimine engel olan ebeveynlerin de sahip oldukları velayet hakkından yoksun bırakılmaları doğal karşılanmalıdır.²⁵⁵ Verilen örneklerdeki davranışların veya benzerlerinin sergilenmesi halinde, velayet anne ve/veya babadan kaldırılabilir. Ortak velayet açısından bakıldığında ise, bu davranışların varlığı ortak velayeti sona erdirebilir. Hatta evlilik birliği içerisinde çocuğa karşı bu yönde davranışları olan bir ebeveyn var ise, ortak velayetin baştan uygulanmaması gerekir.

²⁵³ ÖZTAN, 643.

²⁵⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 338.

²⁵⁵ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 439.

Velayetin kaldırılmasını gerektiren sebebin sonradan ortadan kalkması durumunda velayetin ebeveynlere geri verileceği TMK m. 351/II'de düzenlenmiştir. Önceki Medeni Kanun'da velayetin kaldırılmasının üzerinden 1 yıl geçmedikçe ebeveynlerin yeniden velayeti elde edemeyeceği yönündeki hüküm TMK'da yer almamaktadır. Yani, herhangi bir süreye tabi olmaksızın sebebin ortadan kalkmasından itibaren her zaman velayetin iadesi mümkündür. Sebeplerin ortadan kalkmasına örnek olarak; madde bağımlısı ebeveynin tedavi olması ve kötü alışkanlıklarından kurtulması gösterilebilir. Ancak öyle bazı davranışlar vardır ki, bu davranışların düzelmesi pek mümkün değildir.²⁵⁶ Örneğin; çocuğuna cinsel istismarda bulunmuş ve bu sebeple velayeti kaldırılmış bir ebeveynin sonradan düzelmesi gibi bir ihtimal söz konusu olamaz. Bu türden bir davranışın geri dönüşü olmadığını ve bu ebeveynin velayet hakkının hiçbir zaman iade edilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

²⁵⁶ KARACA, 171.

SONUÇ

Ortak velayet, ilk olarak 1957 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin Kuzey Karolina Eyaletinde yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Bugün neredeyse tüm hukuk sistemlerinde kural veya istisna olarak düzenlemesi mevcuttur. İstisnaları olmakla birlikte ortak velayetin çocuğun yararına en uygun velayet modeli olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle çalışmada boşanma sonrası ortak velayet modeli ve Türk Hukuku'ndaki yeri ele alınmıştır.

Ortak velayetin Türk Hukuku'ndaki yeri başta 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu olmak üzere, 01.08.2016 tarihinde ülkemizde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No.'lu Protokol, BMÇHS ve ÇHKİAS, yargı kararları ve öğretideki tartışmalar çerçevesinde incelenmiştir.

Boşanma sonrası birbirine düşmanca tavır takınan ebeveynlerin söz konusu olduğu bir ortamda, müşterek çocuğun hayatı hakkında eşit derecede söz sahibi olabilmeyi sağlayan ortak velayetin uygulanması son derece güçtür. Her geçen gün toplumların gelişmişlik düzeyinin biraz daha arttığı ve artık ebeveynlerin deyim yerindeyse kanlı bıçaklı değil; medeni bir biçimde, dostça ayrıldığı inancından yola çıkılarak günümüzde pek çok hukuk sisteminde ortak velayet yasalaşmıştır. Ne yazık ki kanun koyucumuz bu hususta çağın gerisinde kalmış, konuyu ayrıntılı bir biçimde düzenlemek bir yana ortak velayeti Türk Medeni Kanunu'nda açıkça kabul dahi etmemiştir. Bununla birlikte, ortak velayet uzun yıllardır öğretide tartışılmaktadır.

Mevzuatımızda açık bir düzenlemesi olmayan ortak velayet hakkındaki tartışmaların bir kısmı; boşanma sonrası velayeti düzenleyen TMK m. 336/III'ün emredici olup olmadığı ve AİHS'e Ek 7 No.'lu Protokol'ün bu hükmü örtülü olarak ilga edip etmediği yer almaktadır. Bazı hukukçular, TMK m. 336/III'ün emredici bir hüküm olmadığını ve ortak velayete karar verilebileceğini düşünmektedir. Temyiz merciinden geçmeden kesinleşen İzmir 4. Aile Mahkemesince verilen 2009/448 E., 2009/470 K. sayılı karar Türk Hukuku'nda ortak velayete ilişkin verilen ilk karardır. Tarafların Türk vatandaşı olduğu ve anlaşmalı boşanmanın söz konusu olduğu bu davada ortak velayete hükmedilmesi TMK m. 336/III'ün emredici olmadığı yönünde değerlendirilmektedir. Bazı hukukçular ise, TMK m. 336/III'ün emredici olduğunu ancak sonraki tarihte yürürlüğe giren AİHS'e Ek 7 No.'lu Protokol'ün 5. maddesinin bu hükmü örtülü olarak ilga ettiğini savunmaktadır. Hükmün emredici olduğunu savunanlar, TMK m. 182/II'de yer alan "velayetin kullanılması kendisine

verilmeyen eş” ifadesinin görüşlerini kanıtlar nitelikte olduğunu öne sürmüştür. Neredeyse 20 yıl önce ortak velayet konusunu incelemiş olan *KOÇHİSARLIOĞLU* ise, TMK m. 336/II ve III hükümleri arasında çelişki bulunduğunu öne sürmüştür. TMK m. 336/II uyarınca, ortak hayata son verilmesi veya ayrılık hali söz konusu olduğunda aslolan ortak velayettir. Bu hallerde de eşlerin ayrı konutlarda ikamet etmeye başlayacağı göz önüne alındığında, TMK m. 336/III’ün emredici olduğunun düşünülmemesi gerektiğini savunmuştur. Kanun koyucunun amacının iki hüküm arasında farklılık göstermesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir.

Tartışmaların bir diğer odak noktası ise, Yargıtay 2. Hukuk Dairesince verilen 20.02.2017 tarih, 2016/15771 E. 2017/1737 K. sayılı karardır. Daha önceleri ortak velayete ilişkin alınan kararların tanınması ve tenfizini Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu gerekçesiyle reddeden temyiz mercii, bu kararla ortak velayeti kabul etmiştir. Bu karar, ortak velayete ilişkin tartışmaların fitilini iyice ateşlemiştir. Ortak velayet Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmiyorsa açık bir düzenlemesinin yapılmasının önünde de engel olmadığı görüşü oluşmuştur.

Ortak velayet, evlilik birliğinin boşanma ile sonlanmasına rağmen ebeveynlerin çocuk üzerindeki haklarını birlikte kullanmaya ve çocuğa karşı yükümlülüklerini birlikte üstlenmeye devam ettikleri bir velayet modelidir. Ortak velayetin unsurlarından ilki ve en önemlisi, çocuğun yararidir. Çocuğun yararı tek tarafa velayetin bırakılmasını gerektiriyorsa, bu halde ortak velayet modeli gündeme gelmez. Çocuğun yararının hangi velayet modelini gerektirdiğini tespit edecek olan hâkim, bu tespiti yaparken çocuğun ve bir uzmanın görüşüne başvurmalıdır. Buradaki uzman, çocuk psikolojisi ile ilgilenen pedagoğdur. Bu görüşler alınmadan ortak velayete hükmedilmesi yahut hükmedilmemesi uygun değildir. Velayet müessesesinin bizzat konusunu oluşturduğu ve amacın onun yararını sağlamak olduğu düşünüldüğünde, çocuğun görüşünün alınması bir zorunluluktur. Uzman kişi ise, çocuğun gerçek iradesi ile mi yoksa bir baskı altında mı görüşünü açıkladığını tespit eder. Bunun yanı sıra, çocuğun anlatımlarından yola çıkarak evlilik birliği içerisinde ebeveynlerin çocuğa karşı davranışlarının nasıl olduğunu tespit eder. Böylelikle, ebeveynlerin ortak velayeti yürütmeye ehil olup olmadıkları ortaya çıkar. Örneğin; çocuğa karşı fiziksel veya cinsel bir istismarda bulunulduğu pedagoğ tarafından tespit edilen ebeveyn ortak velayete sahip olamayacaktır. Ortak velayete ilişkin yapılacak düzenlemede çocuğun ve bir uzmanın görüşünün alınmasının zorunluluk olarak düzenlenmesi şarttır.

Kanaatimizce, hâkimin ortak velayete karar verilebilmesi için ebeveynlerin bu yönde bir talebini araması doğru olmaz. Nitekim eşlerden birinin boşanmak istemediği çekişmeli boşanma davalarında çocuk bir koz olarak kullanılabilir. Boşanmak istemeyen tarafın velayet hakkını elde ettiği takdirde diğerinin çocukla kişisel ilişki kurmasına engel olduğu, bu yolla ondan intikam aldığı sıkça şahit olunan bir durumdur. Bu nedenle, çekişmeli boşanmalarda eşlerin ortak velayet yönünde gönüllü olması pek mümkün görülmemektedir. Ortak velayet için gönüllük esas alınır ise, çocuğun yararına olsa dahi hâkim re'sen ortak velayete hükmedemez. Yapılacak düzenlemede, somut olayda ortak velayetin çocuğun yararına olduğu ve velayetin kaldırılması sebeplerinden birinin bulunmadığı tespit edilirse hâkimin re'sen ortak velayete hükmedebilmesine olanak verilmelidir.

Tek başına velayet ile kıyaslandığında, ortak velayet çoğunlukla çocuğun yararına daha uygun bir velayet modelidir. Bu modelin daima çocuğun yararına olduğunu öne sürememe nedenimiz; velayetin kaldırılması sebeplerinden birini şahsında barındıran veya evlilik içerisinde çocuğa karşı fiziksel, psikolojik veya cinsel istismarda bulunan ebeveyne ortak velayet tanınmasının çocuğun yararına olmamasıdır. Bu nedenle, hâkimin her dosyada titizlikle inceleme yapması ve çocuğun yararına en uygun modeli belirlemesi gerekir.

Ortak velayete ilişkin öğretideki bir diğer tartışma ise, bir düzenleme yapıldığı takdirde ortak velayetin kural olarak mı, istisna olarak mı kabul edileceğidir. Hukukçuların bir kısmı, ortak velayetin kural veya istisna olmasını değil; tek başına velayete ek yeni bir velayet modeli olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünmektedir. Bu düşünceye gerekçe olarak, tüm çocukların yararına uygun olarak nitelendirilebilecek tek bir velayet modeli olmadığı öne sürülmüştür. Kanaatimizce, ortak velayetin kural olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Modern hukuk sistemlerinde tek başına velayet, ortak velayetin çocuğun üstün menfaatine aykırı olması veya velayetin kaldırılması sebeplerinin var olması nedeniyle uygulanamama hallerine özgü, istisna olması gereken bir uygulamadır.

Çalışmanın özü itibarıyla boşanma sonrası ortak velayet üzerinde durulsa da pek çok hukuk sisteminde evlilik dışı birliktelik açısından da ortak velayet yasaldır. Böylelikle ebeveynlerin statüsü bir çocuğun hayatını etkilemez, çocuklar arası eşitsizlik yaşanmaz. Türk Hukuku'nda yapılacak düzenlemede evlilik dışı birliktelikten doğan çocuklar için de ortak velayet mümkün kılınmalıdır. Anne veya babanın bu yöndeki talebiyle mahkemeye başvurması halinde, ortak velayetin çocuğun yararına olduğu ve velayetin kaldırılması

sebeplerinden birinin somut olayda var olmadığı kanaati elde edilirse ortak velayete hükmedilmelidir.

Karşılaştırmalı hukukta ortak velayette çocuğun ikametine ilişkin farklı modeller mevcuttur. Tek konut modeli olarak adlandırılan modelde çocuk ebeveynlerden yalnız biri ile ikamet edecek, diğer ebeveyn ziyaret hakkına sahip olacaktır. Değişken model olarak isimlendiren konut modelinde ise, çocuk yaşantısının bir bölümünü ebeveynlerinden biriyle; diğer kısmını diğer ebeveyni ile sürdürür. Bu konut modellerin her ikisinde de çocuktan daima veya geçici süreyle ayrı yaşayan bir ebeveyn vardır. Bu nedenle, tek başına velayet modelinde olduğu gibi bu ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması gerekir. Tek başına velayet modelinden farklı olarak; ortak velayette kişisel ilişki hakkının süre yönünden daha geniş tutulması gerektiğini düşünmekteyiz.

Ortak velayet uygulandığı takdirde hem veliler hem de çocuk açısından birtakım hüküm ve sonuçlar doğuracaktır. Belirtilen kişisel ilişkinin sağlıklı yürütülebilmesi, velilerin birbirine karşı yükümlülüğüdür. Tek konut modelinde çocuğun sürekli olarak yanında kaldığı ebeveyn; değişken konut modelinde ise, ebeveynlerin her ikisinin de çocukla birlikte yaşadığı dönemde diğer ebeveyne karşı çocukla kuracağı kişisel ilişki yönünden kolaylık sağlaması gerekmektedir. Bu kolaylık kimi zaman mahkemece belirlenen sürelerle ebeveynle çocuğun görüşmesine engel olmamak iken; kimi zaman bu süreleri esnetmek suretiyle ebeveynin çocukla geçireceği zamanı arttırmaktır.

Ortak velayette ebeveynlerin çocuk üstünde sahip olduğu velayetten doğan hakların kullanımı ortaktır. Bu hakların en bilinenleri çocuğa isim koymak, çocuğun mesleki ve dini eğitimi konusunda karar vermek, çocuğu temsil etmek, çocuğun malvarlığını yönetmek ve mallarını kullanmaktır. Bu haklardan bir kısmı aynı zamanda yükümlülüktür.

Ortak velayetin başlangıcı konusunda iki farklı yaklaşım ele alınmıştır. Bunlardan ilki, boşanmanın velayete herhangi bir etkisi bulunmadığı ve bu konuda bir karar alınmasına gerek olmaksızın boşanma sonrası velayetin ortak kullanımına devam edileceğidir. İkinci ise, tarafların talebi doğrultusunda velayetin ortak kullanılmasına karar verilmesidir. Sona ermesi ise, kendiliğinden sona erme ve mahkeme kararı ile sona erme olarak ikiye ayrılmıştır. Kendiliğinden sona erme; ölüm, gaiplik, erginlik ve hapis cezasına mahkum edilme alt başlıklarında incelenmiştir. Mahkeme kararı ile sona erme ise, velayetin kaldırılması durumudur.

Ebeveynlerin taşıdığı anne ve baba sıfatları boşanma ile sona ermez. Boşanma sonrası tek başına velayet modeli uygulandığında, velayet sahibi ebeveynin üstlendiği yükümlülükler bir anda önemli ölçüde artmaktadır. Diğer yandan, velayetten yoksun bırakılan ebeveyn çocuk üstünde hak iddia edemez bir konuma gelmektedir. Böylece, yükümlülüklerin tamamen omuzlarında olduğu; hakların da tabir-i caizse tekelinde bulunduğu tek bir ebeveyn ortaya çıkmaktadır. Bu durumun ebeveynler arasında eşitsizlik yarattığı düşünülmektedir.

Çocuk açısından bakıldığında ise, sebebi olmadığı bir boşanma sonucunda en büyük yarayı o almaktadır. Bir yandan, ebeveynlerinin boşanmasını kendi içinde anlamlandırmaya ve kabullenmeye çalışırken; diğer yandan, velayet sahibi olmayan ebeveyninden mahrum kalmaktadır. Bu mahrumiyetin mahkemece belirlenen kısıtlı sürelerle kurulacak kişisel ilişki ile giderilemez boyutta olduğu açıktır. Anne ve babasına en çok ihtiyaç duyduğu erişkinlik öncesi dönemde ebeveynleri arasında seçim yapmak zorunda bırakılması ve diğerini sınırlı sürelerle görebilmesi çocuğun gelecek yaşantısını etkiler. Sınırlı sürelerle görebildiği ebeveyninin hayatında yarattığı boşluğu yanlış arkadaşlıklar ile doldurmaya çalışabilir. Anne veya baba figürünün eksikliği özgüvenli bir birey olmasını, doğru kararlar almasını engelleyebilir.

Ortak velayet düzenlemesi ile çocuk üzerinde her iki ebeveynin de hak ve yükümlülüklerine sahip olması sağlanabilir. Boşanmış olsalar da ebeveynlik vasıflarını sürdüren anne ve babanın bu vasıftan doğan hak ve yükümlülükleri birlikte yürütmesi adil olmalıdır. Nasıl ki evlilik içerisinde eşler müşterek çocuk üzerinde birlikte velayete sahipse bunun boşanma sonrasında da devam etmesi gereklidir. Pek çok hukuk sisteminde uzun yıllardır var olan ortak velayetin Türk Hukuku'nda halen yasal bir zemine oturtulmamış olması büyük bir eksikliklerdir. Bu konuda açık ve detaylı bir düzenlemenin ivedilikle yapılması gerekmektedir. Böylelikle, uzun zamandır tartışılan ortak velayet hakkındaki yargı kararlarında yeknesaklık sağlanır. Zira yakın geçmişte verilen BAM kararlarının bir kısmında ortak velayet mümkün görülmüştür. Ancak mevzuatımızda bu kararların dayandırılabilmesi için açık bir hüküm mevcut değildir.

Kanaatimizce, yapılacak düzenlemede ortak velayetin kural olarak benimsenmesi ve bu kuralın hangi şartlarda uygulanmayacağı belirtilmesi gerekir. İlâveten, ortak velayette hangi kararların ortak alınacağı ve çocuğun ikametine ilişkin konut modellerinden hangisinin benimseneceğinin düzenlenmesi de şarttır.