

BOŞANMA DURUMUNDA BİRLİKTE (ORTAK) VELÂYET JOINT CUSTODY IN THE CASE OF DIVORCE

DOI: 10.21492/inuhfd.456782

Leyla Müjde KURT*

Özet

TMK. m. 336 f. 3'e göre, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velâyet "*çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*" Bu düzenleme uzun süre boyunca Türk hukukunda boşanma durumunda velâyetin ana veya babadan ancak birine verilebileceği, boşanmadan sonra ana babanın velâyeti birlikte kullanmalarının mümkün olmadığı biçiminde yorumlanmıştır. Bununla birlikte, zamanla pek çok ülkede boşanmadan sonra birlikte velâyete imkân tanıyan yasal değişiklikler yapılması, çeşitli uluslararası hukuk metinlerinde ana babanın boşanmadan sonra da çocuk üzerinde eşit hak ve yükümlülükler sahip olması esasının benimsenmesi, Türk hukukunda da boşanmadan sonra birlikte velâyetin mümkün olup olamayacağı tartışmasını beraberinde getirmiştir. Boşanmanın ardından velâyetin tek başına ana veya babadan birine verilmesinin dayanağı olarak görülen TMK. m. 336 f. 3 hükmünün lâfzının açık olup olmadığı, bu hükmün emredici olup olmadığı, emredici ise isabetli bir düzenleme olup olmadığı, hükümde kanun boşluğu bulunup bulunmadığı meseleleri tartışmalıdır. Yargıtay son içtihatlarında boşanmadan sonra ana babanın çocuk üzerinde birlikte velâyet hakkına sahip olabileceğine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması yönünde kararlar vermeye başlamıştır. Kanun koyucunun boşanmadan sonra velâyet meselesini düzenleyen TMK. m. 336 f. 3 hükmünde tarafı olduğumuz uluslararası andlaşmaları ve çocuğun üstün yararı ilkesini göz önünde tutarak değişiklik yapması ve çocuğun üstün yararının gerektirdiği durumlarda birlikte velâyete imkân tanınması en isabetli çözüm olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Velâyet hakkı, birlikte velâyet, boşanma, çocuğun üstün yararı.

Abstract

According to the Article 336/III of Turkish Civil Code, in the case of divorce, the custody belongs "*to the party who is given the custody.*" This provision is interpreted for a longtime as a proof for the impossibility of joint custody in the case of divorce in Turkish law. However, after a while, in many countries legal revisions that allow for the joint custody have been done and in many international treaties the principle that the parents should have equal rights and obligations towards their child even after the divorce has been adopted. These developments caused the discussion about the possibility of the joint

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı. (E-mail: merkumay@law.ankara.edu.tr) (ORCID: 0000-0002-0155-5054)

Makale Gönderilme Tarihi: 03.09.2018

Article Submitted Date: 03.09.2018

Makale Kabul Tarihi: 27.09.2018

Article Accepted Date: 27.09.2018

custody in the case of divorce in Turkish law. It is controversial whether the wording of the Article 336/III of Turkish Civil Code is clear, whether this provision is mandatory and appropriate, whether there is a lacuna in this provision. The Court of Appeals has begun to recognize the foreign judgements that award joint custody after the divorce in its latest jurisprudence. The legislator should revise the Article 336/III of Turkish Civil Code which regulates the problem of custody after divorce by taking the international treaties signed by Turkey and the principle of the best interests of the child into consideration. The legislator should allow for the joint custody after divorce in cases where the interest of the child requires this solution.

Keywords: The right of custody, joint custody, divorce, the best interests of the child.

GİRİŞ

Velâyet; kanun koyucunun ana babaya, kural olarak küçük, istisnaen de kısıtlı durumdaki çocuklarının şahıs ve malvarlıklarına ilişkin olarak yüklediği yükümlülüklerin ve tanıdığı yetkilerin bütününe kapsayan bir “yüküm-hak”tır¹. Birlikte (ortak) velâyet; en geniş ifadeyle, ana babanın velâyeti eşit yetkilerle ve aralarında uzlaşarak kullanmaları anlamına gelir². Birlikte velâyette ebeveynlerin çocuğun bakımı ve eğitilmesine ilişkin ödevleri aralarında paylaşmaları veya çocuğa birlikte bakmaları zorunlu değildir. Boşanma durumunda birlikte velâyete karar veren hâkim, çocuğun sürekli olarak ebeveynlerden birinin yanında kalmasına veya ebeveynlerin yanında dönüşümlü olarak kalmasına, yanında kalmadığı diğer ebeveyn ile de kişisel ilişki kurmasına

¹ BÜCHLER, Andrea/CLAUSEN, Sandro: “Vierter Titel: Die Ehescheidung und die Ehetrennung/Dritter Abschnitt: Die Scheidungsfolgen Art. 298”, in: Schwenzer, Ingeborg/Fankhauser, Roland (Hrsg.), *CommFam, Scheidung Band I: ZGB/Band II*, 3. Aufl., Bern 2017, Art. 298, N. 27; AFFOLTER-FRINGELI, Kurt/VOGEL, Urs: “Die elterliche Sorge/der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB”, in: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (Hrsg.), *BK-Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, Bern 2016*, Art. 296, N. 5, N. 8; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, M. Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 341-342; ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 1074.

² Birlikte velâyet velâyet hakkının ana ile baba arasında paylaşılması (örneğin, çocuğun bakımının anneye, mallarının yönetiminin babaya bırakılması) anlamına gelmez. Velâyet hakkına ana ve baba her ikisi birden, birbirlerinden bağımsız biçimde sahiptirler. BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 296, N. 17; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1079; SERDAR, İlknur: “Birlikte Velâyet”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.1, 2008, s. 162; İNCE, Nurten: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet”, *TAAD*, 9 (4), Nisan 2018, s. 195.

hükmedebilir³. Birlikte velâyetin özünü, ebeveynlerin çocuğa ilişkin önemli konulardaki kararları beraber vermeleri oluşturur⁴. Örneğin, çocuğun hangi okula gideceği, hangi şehir ve ülkede ikamet edeceği, meslek seçimi konusunda veya dinî inanç konusunda nasıl yönlendirileceği, hasta olduğunda ona hangi tıbbî tedavinin uygulanacağı gibi çocuk için önemli konularda, birlikte velâyette, ebeveynlerden biri tek başına karar veremez; diğer eş ile uzlaşarak karar alınması gerekir⁵.

743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenîsi 1926'da, mehz İsviçre Medenî Kanunu ise 1912 yılında yürürlüğe girmiştir. Boşanma durumunda çocuğun velâyetinin ana veya babadan birine verilmesini esas alan bu kanunların yürürlüğe girmesinden günümüze kadar aile kavramında değişiklikler meydana gelmiştir. 1970'li yıllara kadar benimsenen aile modelinde annenin ev işleri ile uğraşıp çocukların yetiştirilmesini üstlenmesi gerektiği, babanın ise bir işte çalışıp ailenin ekonomik ihtiyaçlarını karşılamakla yükümlü olduğu anlayışı hâkimdi. Bu bakımdan, boşanma halinde çocuğun velâyetinin çoğunlukla anneye bırakılması biçimindeki tek başına velâyet sistemi sorgulanmıyordu. Oysa çocuğun bağımsız bir hak süjesi olarak kabulü, kadının iş hayatına katılımının artması, kadın-erkek eşitliğinin benimsenmesi gibi unsurlar aile anlayışını değişime uğratmış olup, bugün babanın da anne kadar çocuk bakımı ve yetiştirilmesinde aktif rol alması kabul görmektedir. Aile kavramına izafe edilen anlamdaki değişiklik ile paralel olarak, özellikle 1970'li yıllardan sonra boşanma halinde ortak çocuğun velâyetinin ana ve

³ BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 3, N. 5; BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 45; PICHONNAZ, Pascal: "Le droit du divorce en question: problèmes choisis / III. L'autorité parentale conjointe "automatique"", in: Pichonnaz, Pascal/Rumo-Jungo, Alexandra (éd.s), Le droit du divorce: Questions actuelles et besoin de réforme, Symposium en droit de la famille 2007, Genève/Zurich/Bâle 2008, s. 20; KOÇHISARLIOĞLU, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 124; ÖCAL-APAYDIN, Bahar: "İsviçre Medeni Kanununun Velâyete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velâyetin Kural Olarak Benimsenmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 145-146, Eylül-Ekim 2016, s. 651.

⁴ BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 27; BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 296, N. 19.

⁵ Ana babanın çocuk hakkındaki önemli bir konuda uzlaşamaları durumunda sorunun hâkimin yardımına başvurularak çözülmesi gündeme gelir. BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 24; ÖCAL-APAYDIN, s. 651; İNCE, s. 108.

baba tarafından birlikte yürütülüp yürütülemeyeceği meselesi tartışılmaya başlamıştır⁶.

TMK. m. 336 f. 3'te “*Velâyet, (...) boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*” ifadesi yer almaktadır. Boşanma halinde velâyet hakkının hâkimin “*çocuğu kendisine bıraktığı taraf*”a ait olacağını belirten bu hükmünden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bu hüküm, boşanma durumunda hâkimin velâyeti ana veya babadan birine vermesini zorunlu mu kılmaktadır; yoksa hâkimin boşanmaya rağmen çocuğu ana ve babanın birlikte velâyeti altında bırakması mümkün müdür?

Bu çalışmanın amacı, Türk hukukunda boşanma durumunda hâkimin ebeveynlerin ortak çocukları üzerinde velâyet hakkını birlikte kullanmalarına hükmedip hükmedemeyeceğini belirlemek ve şayet birlikte velâyete hükmedebilecek ise birlikte velâyet ile tek başına velâyet arasında tercih yaparken hangi ölçütlere dayanması gerektiğini belirlemektir.

I. BOŞANMA DURUMUNDA BİRLİKTE VELÂYET KONUSUNDA YAŞANAN GELİŞMELERE GENEL BAKIŞ

A. Boşanma Durumunda Birlikte Velâyetin Etkilerini Ortaya Koyan Bilimsel Araştırmalar

1970'lerden itibaren⁷, boşanmadan sonra velâyetin ana ve babaya birlikte verilmesinin olumlu ve olumsuz yönlerini ortaya koymak üzere Batı ülkelerinde çeşitli bilimsel araştırmalar yapılmıştır. Bu araştırmalardan çıkan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

⁶ Aile kavramının ve buna bağlı olarak velâyet modellerinin tarihî gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOTSKA, Kerima: “*Elterliche Sorge und Umgang bei Trennung und Scheidung - unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des Kindes*”, FPR 2005, s.89; İNCE, s. 192 vd.; SERDAR, s. 155 vd.

⁷ 20. yüzyılda özellikle 70'li yıllara kadar bilimsel çevrelerde çocuğun bağlanma duygusunun güçlendirilmesinin önemine vurgu yapılıyor, boşanma durumunda çocuğun velâyetinin tek bir ebeveyne verilmesinin onun gelişimi için en uygun çözüm olduğu kabul ediliyordu. Bunun hukuk politikasına yansımaları ise, boşanma durumunda çocuğun ihtiyacı olan kararlılık ve devamlılığın velâyetin tek bir ebeveyne -çoğunlukla anneye- verilmesi suretiyle sağlanabileceği anlayışının benimsenmesi olmuştur. Ancak 70'li yıllardan itibaren, boşanan çiftlerin çocukları üzerinde yapılan bilimsel araştırmaların sonuçlarının da etkisiyle bu anlayış eleştirilmeye başlanmıştır. Bu konuda bkz. KOTSKA, s. 90; SCHWENZER, Ingeborg: “*Gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung*”, recht 1998, s. 213.

- Boşanma sonrasında ana babasının birlikte velâyeti altında bırakılan çocukların boşanmanın yol açtığı travmayı ana veya babadan birinin velâyeti altındaki çocuklara nazaran daha rahat atlattıkları, psikolojik açıdan daha iyi durumda oldukları tespit edilmiştir. Zira ebeveynlerinin birlikte velâyeti altında bulunan çocuk, her iki ebeveyni ile de rahat ve devamlı bir temas kurabilmekte; böylece bir ebeveyni kaybettiği hissine kapılmamaktadır⁸.

- Boşanma durumunda ebeveynlerin velâyeti birlikte yürütmeleri, her iki ebeveynine de çocuk ile temas kurma imkânı vermekte, ebeveynlerin çocuğa karşı sorumluluk duygularını güçlendirmektedir⁹. Birlikte velâyet, ebeveynlerden birinin (özellikle, babanın) çocuğun sadece masraflarını karşılayan onunla ilgili önemli meselelere dâhil olamayan bir figür olmaktan çıkmasına, onun da çocuğun yetiştirilmesine aktif olarak katılabilmesine imkân sağlamaktadır¹⁰.

-Velâyet modeli ile ebeveynlerin anlaşmazlık düzeyleri arasında doğrudan bir bağlantı gözlemlenmemektedir. Boşanmadan sonra tek başına velâyetin ebeveynler arasındaki çatışmaları azalttığı veya birlikte velâyetin bu çatışmaları artırdığı yönünde bir genelleme yapılamamaktadır¹¹. Ancak, ebeveynler arasında ileri düzeyde çatışma durumu söz konusu olduğunda, birlikte velâyetin çocuğun yararına olmadığı da tespit edilmiştir. Zira bu durumda çocuğun ana ve babası arasındaki inatlaşma ve güç mücadelelerinin ortasında sıkışıp kalma tehlikesi doğmaktadır¹².

Özetle, yapılan bilimsel araştırmalar, birlikte velâyetin sağlıklı biçimde işleyebileceği şartlar mevcut olduğu takdirde bu velâyet modelinde yetişen çocukların, tek başına velâyet modelinde yetişenlere nazaran psikolojik yönden yeni durumlarına daha iyi uyum

⁸ SCHWENZER, s. 214; KİREMİTÇİ, Müge: Boşanma Sürecinde Müsterek (Ortak) Velâyet ve Toplumsal Bakış Açısı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 22; İNCE, s. 198.

⁹ PICHONNAZ, s. 18-19; PICHONNAZ, Pascal/FOUNTOULAKIS, Christiana: "Droit de la famille, procédure et exécution: un panorama des nouveautés/II. L'autorité parentale conjointe", in: Fountoulakis, Christiana/Pichonnaz, Pascal/Rumo-Jungo, Alexandra (éd.s), Droit de la famille et nouvelle procédure 6e Symposium en droit de la famille, Genève/Zurich/Bâle 2012, s. 17; STAUB, Liselotte/HAUSHEER, Heinz/FELDER, Wilhelm: "Gemeinsame elterliche Sorge-eine psychologische Betrachtungsweise", ZBJV 142/2006, s. 543.

¹⁰ KİREMİTÇİ, s. 22.

¹¹ STAUB/HAUSHEER/FELDER, s. 540; PICHONNAZ, s. 18.

¹² STAUB/HAUSHEER/FELDER, s. 550, 552; KİREMİTÇİ, s. 23.

sağlayabildiklerini ve ebeveynleri ile daha sağlıklı iletişim kurabildiklerini ortaya koymuştur¹³.

B. Avrupa Hukuk Sistemlerinde Boşanma Durumunda Birlikte Velâyetin Kabulü

Avrupa ülkelerinin büyük çoğunluğunda, özellikle 1990'lardan itibaren, boşanma durumunda ebeveynlerin ortak çocukları üzerinde birlikte velâyetlerinin devam etmesi esası kabul edilmeye başlamıştır. Örneğin, İngiltere, İtalya, Fransa, İspanya, İsviçre ve Almanya gibi ülkelerde boşanma durumunda da ana ve babanın velâyet hakkını kural olarak birlikte kullanmaya devam edeceği kabul edilmiştir¹⁴.

İsviçre hukukunda, 2000 yılına kadar, hâkimin boşanma durumunda birlikte velâyete hükmetmesine dayanak oluşturacak bir kanunî düzenleme yoktu. Boşanmada birlikte velâyete ilişkin olarak İsviçre Medenî Kanunu'nda 2000 ve 2014 yıllarında olmak üzere iki defa değişikliğe gidilmiştir. 2000 yılında yürürlüğe giren ilk değişiklik ile İMK. m. 133 hükmünde hâkime, ebeveynlerin birlikte velâyet konusunda ortak talepte bulunmaları, çocuğun bakımına ve masraflarına katılma konularında aralarında anlaşmaları ve birlikte velâyetin çocuğun yararına uygun olması şartlarının gerçekleşmesi halinde boşanma durumunda birlikte velâyete hükmetme yetkisi tanınmıştır. Bu düzenlemede boşanma halinde kural tek başına velâyet, istisna ise birlikte velâyetti. İsviçre hukukunda 2014 yılında yürürlüğe giren değişiklik¹⁵ ile İMK. m. 133 hükmünden hâkimin ancak ebeveynlerin ortak talebi halinde birlikte velâyete hükmedebileceği düzenlemesi kaldırılmış; İMK. m. 298 f. 1'de "*Hâkim, boşanma halinde, şayet çocuğun yararı gerektiriyorsa, ebeveynlerden birine tek başına velâyeti verebilir.*" ifadesine yer verilmiştir. İMK. m. 296 f. 2'ye göre ise "*Çocuk, ergin olana kadar ana*

¹³ SCHWENZER, s. 214; PICHONNAZ/FOUNTOULAKIS, s. 17; KİREMİTÇİ, s. 23, 94; BİRİNCİ-UZUN, Tuba: "Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkiye Birlikte Velâyet Modeli", Hacettepe HFD, 6 (1) 2016, s. 150.

¹⁴ Avrupa ülkelerinde boşanma durumunda birlikte velâyete ilişkin kanunî düzenlemeler hakkında bkz. PICHONNAZ, s. 20 vd.; SCHWENZER, s. 214 vd.; İNCE, s. 201 vd.

¹⁵ Kanun değişikliği için bkz. RO 2014 357. Bu değişikliğin yapılmasında doktrininde birlikte velâyetin kural olarak boşanma durumundan etkilenmemesi gerektiği, çocuğun üstün yararının boşanma durumunda da birlikte velâyetin devam etmesini gerektirdiği yönünde ileri sürülen görüşler etkili olmuştur. Bu yönde eleştiriler için bkz. PICHONNAZ, s. 23 vd.; SCHWENZER, s. 218.

ve babanın birlikte velâyeti altındadır.” İMK m. 296 f. 2ve İMK. m 298 f. 1 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde çıkan sonuç, boşanma durumunda birlikte velâyetin kural, tek başına velâyetin ise ancak çocuğun yararının gerektirdiği hallerde başvuru istisnaî bir durum haline gelmiştir¹⁶. Birlikte velâyet kuralı olmakla birlikte kendiliğinden gerçekleşmemekte, hâkimin her boşanma vakasında tek başına velâyetin çocuğun daha yararına olup olmadığını inceleyerek karar vermesi gerekmektedir¹⁷.

Alman hukukunda da boşanmanın ebeveynlerin velâyete birlikte sahip olmaları üzerinde bir etkisi yoktur (AMK. § 1671). Yani kural boşanmadan sonra da birlikte velâyetin devam etmesidir. Tek başına velâyet ise istisnadır¹⁸. AMK. § 1671 f. 1’e göre, birlikte velâyeti yürüten ebeveynlerden her biri, aile mahkemesinden velâyetin tek başına kendisine verilmesini talep edebilir. Hükme göre, bu talebin kabulü için ya diğer ebeveynin bunu kabul etmesi ve çocuk on dört yaşını tamamlamışsa onun da tek başına velâyete itiraz etmemesi ya da mahkemenin birlikte velâyetin kaldırılmasını çocuğun menfaatine en uygun durum olarak değerlendirmesi gerekir.

¹⁶ FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, s. 893; BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 1; BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 4. İsviçre hukukunda birlikte velâyet konusunda 2014 yılında yapılan değişiklik konusunda bkz. ayrıca ÖCAL-APAYDIN, s. 648-650; İNCE, s. 204-205.

¹⁷ BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 1; BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 9.

¹⁸ AMK. § 1671 f. 4 hükmünün önceki hali boşanma durumunda, birlikte velâyete olanak tanıyan hiçbir istisnaya yer vermeksizin, velâyetin ana veya babadan ancak birine verileceğini öngörmekteydi. Bu nedenle, 1982’de Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu hükmü Alman Anayasası’nın çocukların bakım ve eğitiminin ana babanın doğal hakkı olduğuna ilişkin hükmünü (m. 6 f. 2) ihlâl ettiği gerekçesiyle iptaline kadar boşanmadan sonra birlikte velâyet mümkün değildi. İptal kararı için bkz. BVerG, NJW 1983,101. Boşanma halinde birlikte velâyet kuralı 1997 yılında yapılan çocuk hukuku reformu kapsamında AMK. § 1671 hükmü değiştirilerek kanunda yerini almıştır. Bu konuda bkz. SCHILLING, Roger: “Rechtliche Probleme bei der gemeinsamen Sorge nach Trennung bzw. Scheidung”, NJW 2007, Heft 45, s. 3233-3240, s. 3233; İNCE, s. 202.

C. Boşanma Durumunda Birlikte Velâyet İle İlgili Uluslararası Hukuk Metinlerinde Benimsenen Prensipler

1. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Numaralı Protokol

11 numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Numaralı Protokol 1.8.2016 tarihinde yürürlüğe girerek iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Protokolün 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.*” Protokolün eşlerin evliliğin bitmesi halinde çocukları ile olan ilişkilerindeki hak ve sorumluluklar açısından eşit olduklarını belirten 5. maddesi, boşanma halinde ebeveynlerin birlikte velâyete sahip olmalarının kabul edilmesine dayanak teşkil eden bir hükümdür¹⁹.

2. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde mahkemeler tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren tüm faaliyetlerde “çocuğun yararı”nın temel düşünce olacağı belirtilmiştir (m. 3 f. 1). Sözleşmede çocuğun mümkün olduğu ölçüde ana-babası tarafından bakılma hakkına sahip olduğu da belirtilmiştir (m. 7 f. 1). Öte yandan Sözleşmede taraf devletlerin çocuğun yetiştirilmesi bakımından ana ve babanın beraber sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her tür çabayı gösterecekleri hükmüne (m. 18 f. 1) yer verilmiştir. Bu hükümlerden, çocuğun yararına aykırı düşmedikçe, boşanma halinde birlikte velâyete imkân tanınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır²⁰.

3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Tarafı bulunduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre, herkes aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir (m. 8 f. 1). Bu

¹⁹ GENÇCAN, Ömer Uğur: “Ortak Velâyet”, İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Yıl: 27, Mart 2017, s. 26; İNCE, s. 221.

²⁰ SCHWENZER, s. 216; PICHONNAZ/FOUNTOULAKIS, s. 18; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 239; GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza: “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velâyet”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Ekim 2017, s. 175-176; AYBAY, Erdem/ŞEN, Bülent: “Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velâyet Sorunu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1-2, Ocak-Şubat 2016, s. 596.

hakka hem ebeveynlerin, hem de çocukların sahip olduğu, çocuk ile ebeveynleri arasında aile hayatının ana babanın boşanmasından sonra da sürdüğü gerekçeleriyle boşanma sonrasında ebeveynlere birlikte velâyetin tanınması imkânını dışlayan ulusal düzenlemelerin AİHS. m. 8'e aykırı olacağı ileri sürülmektedir²¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,2009 yılında verdiği bir kararda evlilik dışı doğan çocuğun babasının birlikte velâyet talebine ana itiraz ettiği (ebeveynler arasında birlikte velâyet konusunda anlaşma sağlanmadığı) takdirde birlikte velâyetin çocuğun menfaatine uygun olup olmadığı incelenmeksizin bu talebin reddine yol açan Alman hukukundaki düzenlemenin²²AİHS.nin aile hayatının korunmasına ilişkin 8. ve cinsiyet ayrımcılığını yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir²³. AİHM.nin bu kararı boşanma ile ilgili olmamakla birlikte, söz konusu karardan çocuğun yararının hangi velâyet türünde daha iyi sağlanacağına ilişkin tam bir değerlendirme yapılmadan velâyet konusunda karar verilmesinin AİHS. m. 8'e aykırı olacağı sonucu çıkarılmaktadır²⁴.

4. Avrupa Konseyi'nin Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (84) 4 sayılı ve 28.2.1994 tarihli Ebeveyn Sorumluluklarına İlişkin Tavsiye Kararı'nın²⁵ 6. ilkesine göre, ebeveynlerin boşanması halinde velâyet hakkında karar vermeye yetkili merci, gerekli tüm uygun tedbirleri alır; örneğin, ebeveynlerin razı olması halinde birlikte velâyete hükmedebilir. Yetkili merci kararını verirken ebeveynler arasında bir anlaşma varsa, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla bu anlaşmayı dikkate alır. Böylece Konsey, üye devletleri, boşanan ebeveynlerin ortak talepte bulunmaları halinde çocuğu ebeveynlerin birlikte velâyeti altında bırakmaya davet etmektedir²⁶.

²¹ SCHWENZER, s. 215.

²² AMK. § 1626a hükmünün eski halinde, evlilik dışı doğan çocuğun velâyetinin, ebeveynler ortak kararları ile birlikte velâyeti talep etmedikçe veya evlenmedikçe, anaya ait olacağı düzenlemesi yer alıyordu.

²³ AİHM.nin 3.12.2009 tarihli Zaunegger c. Allemagne Kararı (no. 22028/04). <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%3A%22%3A%22FRE%22%2C%22appno%3A%22%3A%2222028%2F04%22%2C%22documentcollectionid%3A%22%3A%22CHAMBER%22%2C%22itemid%3A%22%3A%22001-96059%22%7D> (Erişim Tarihi: 1.6.2018)

²⁴ PICHONNAZ/FOUNTOULAKIS, s. 22.

²⁵ Tavsiye Kararı için bkz. [http://euromedjustice.eu/files/repository/20090707173539_Coe.Rec\(84\)4surlesresponsabilitesparentales.pdf](http://euromedjustice.eu/files/repository/20090707173539_Coe.Rec(84)4surlesresponsabilitesparentales.pdf). (Erişim Tarihi: 1.6.2018).

²⁶ Bu konuda bkz. SCHWENZER, s. 214, dn. 36; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 239; GÜLGÖSTEREN, s. 175.

II. TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA DURUMUNDA HÂKİMİN BİRLİKTE VELÂYETE HÜKMEDİP HÜKMEDEMEYECEĞİ MESELESİ

Türk hukukunda boşanma halinde birlikte velâyetin mümkün olup olmadığı tartışılırken üzerinde durulan iki temel düzenleme vardır. Bunlardan ilki TMK. m. 182 f. 2’de yer alan “*Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun (...) yararları esas tutulur.*” hükmüdür. Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere hükümdeki “*velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesinden birlikte velâyetin mümkün olmadığı sonucu değil, sadece velâyet bir tarafa verilmişse diğer tarafın çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenleneceği sonucu çıkmaktadır²⁷. Asıl tartışma konusu hüküm ise “*Velâyet, (...) boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*” ifadesinin yer aldığı TMK. m. 336 f. 3 hükmüdür. Boşanma durumunda velâyetin “*çocuk kendisine bırakılan tarafa*” ait olacağını düzenleyen bu hükmün boşanma durumunda hâkimin birlikte velâyete karar vermesine engel teşkil edip etmediği konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.

A. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

1. Mevcut Yasal Düzenleme Çerçevesinde Hâkimin Boşanma Durumunda Birlikte Velâyete Hükmedip Hükmedemeyeceği Konusundaki Görüşler

Boşanmada velâyet meselesine ilişkin düzenleme getiren TMK. m.336 f. 3 hükmünün boşanma durumunda birlikte velâyeti mutlak surette dışlayan bir düzenleme olup olmadığı; dışlıyorsa bu düzenlemenin isabetli olup olmadığı konularında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

a. TMK. m. 336 f. 3 Hükmünün Boşanma Durumunda Birlikte Velâyete İzin Vermediği Görüşü

Bazı yazarlara göre, TMK. m. 336 f. 3 hükmü emredici nitelikte olup, boşanma durumunda ancak ana veya babadan birinin velâyete sahip olmasına izin vermekte, birlikte velâyete ise izin vermemektedir. Birlikte

²⁷Bu görüşte: KOÇHİSARLIOĞLU, s. 96; ÖZTAN, Bilge: “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu” (Birlikte Velâyet), in: Arkan, Sabih/Yongalık, Aynur/Şit, Başak (ed.), Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 253-254; APAYDIN, Eylem: “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (1), 2018, s. 460.

velâyet bakımından ortada bir kanun boşluğu değil, menfî bir çözüm vardır²⁸. Ancak bu yazarlar arasında mevcut düzenlemenin isabetli olup olmadığı konusunda görüş birliği yoktur. Hatemi/Kalkan-Oğuztürk'e göre, bu düzenleme isabetlidir. Zira birlikte velâyet, boşanmış eşlerin çocukları üzerinden çekişmelerini devam ettirmelerine yol açabileceğinden çocuğun yararına uygun değildir²⁹. Buna karşılık, TMK. m. 336 f. 3'ün boşanma halinde tek başına velâyeti emrettiğini kabul eden yazarlardan bazıları bu düzenlemeyi isabetli bulmamaktadır. Örneğin, Serozan'a göre, çocuğun üstün yararı gerektirdiği ve ebeveynler bu konuda anlaşabildiği takdirde boşanma durumunda birlikte velâyete imkân tanınması isabetli olur. Boşanmada birlikte velâyete izin vermeyen TMK. m.336 f. 3 hükmü, anayasal teminat altındaki ana baba hakkına, çocuğun kişiliğini geliştirme, ana babadan ayrılmama hakkına ve (velâyet çoğunlukla anaya bırakılacağından) kadın-erkek eşitliği ilkesine aykırıdır. Yazara göre, yapılması gereken, hükmün bu nedenlerden ötürü Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla def'i yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurularak iptal ettirilmesidir³⁰.

b. TMK. m. 336 f. 3 Hükmünün Boşanma Durumunda Birlikte Velâyete Engel Olmadığı Görüşü

Doktrinde bazı yazarlar, TMK. m. 336 f. 3 hükmün hâkimin boşanma halinde çocuğun yararına uygun olduğu takdirde ana ve babanın birlikte velâyetine hükmetmesine engel olmadığı görüşündedirler. Koçhisarlıoğlu'na göre, hükümde kullanılan “*taraf*” terimi bir üslup sorunu ile ilgilidir. Bu ifade, “*taraf veya taraflar*” olarak da anlaşılabilir³¹. Yazara göre, hükmün lâfzının açık olduğu ve açıkça birlikte velâyete izin vermediği kabul edilse dahi, *contra legem* bir yorum ile birlikte velâyete imkân tanınabilmelidir. Zira kanun koyucunun izlediği amaç (ana, baba ve çocuğun meşru menfaatlerinin korunması) ile

²⁸ Bu görüşte: HATEMİ/KALKAN-OĞUZTÜRK, s. 131; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 140; SEROZAN, Soybağı Hukuku, s. 772.

²⁹ HATEMİ, Hüseyin/KALKAN-OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 131-132.

³⁰ SEROZAN, Rona: “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler” (Soybağı Hukuku), Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.772-773.

³¹ Yazara göre, “*Velâyet (...), boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan taraf veya taraflara ait olur*” denmesi üslup açısından uygun olmayacağından, kanun koyucu esnek, her çözüme elverişli bir ifade olarak “*taraf*” sözcüğünü kullanmıştır. KOÇHİSARLIOĞLU, s. 105-106.

kullandığı araç (boşanmada velâyetin tek başına anaya veya babaya verilmesi) arasında baştan mevcut veya sonradan meydana gelen durum değişiklikleri nedeniyle bir çatışma meydana geldiği kabul edilmelidir. Hâkim TMK. m. 1 f. 1 gereği, amaç ile araç arasındaki bu çatışmayı düzeltmeli ve gerektiğinde TMK. m. 336 f. 3'ün lâfzına rağmen birlikte velâyete hükmetmelidir³².

Öztan'a göre, TMK. m. 336 f. 3 hükmünde örtülü boşluk vardır. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi yapmaktaki amacı, boşanma halinde çocuğun menfaatlerinin en iyi biçimde korunmasıdır. Fakat bu hüküm boşanma halinde hiçbir şekilde birlikte velâyete izin verilmemesi biçiminde uygulanırsa bu amaca hizmet etmez. Dolayısıyla, hükmün amaca uygun sınırlanması (teleolojik redüksiyon) yoluyla, en azından anlaşmalı boşanmalarda, ebeveynler birlikte velâyeti istiyorlarsa ve bu durum çocuğun menfaatine olacaksa, hâkim birlikte velâyete hükmetmelidir³³.

Apaydın'a göre, kanun koyucu kanunun yapıldığı tarihte boşanma sonrasında birlikte velâyet kurumunun varlığının farkında olmadığı için TMK. m. 336 f. 3'te birlikte velâyet ihtimali düzenlenmemiştir. Boşanma durumunda birlikte velâyet konusunda menfî bir çözüm söz konusu olmayıp, kanun koyucunun bu kurumun varlığını bilmemesinden kaynaklanan gerçek bir boşluk vardır. Hâkim bu gerçek boşluğu TMK. m. 1'e göre doldurarak boşanmadan sonra birlikte velâyete karar verebilir³⁴.

Gençcan'a göre, 11 No.lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün 2016 yılında yürürlüğe girmesi ile birlikte TMK.'nun birlikte velâyeti engelleyen hükümleri örtülü olarak kaldırılmıştır. Zira Anay. m. 90'a göre, yürürlükte olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalar ile kanunlar aynı konuda farklı hükümler içeriyorsa, uluslar arası anlaşma hükümlerine göre karar verilir. Ek 7 No.lu Protokol'ün 5. maddesinde eşlerin evliliğin sona ermesi halinde çocuklarıyla olan ilişkilerinde haklar ve sorumluluklardan eşit biçimde yararlanacakları

³² KOÇHİSARLIOĞLU, s. 243-244. Bu yönde: SERDAR, s. 194.

³³ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1090-1091; ÖZTAN, Birlikte Velâyet, s. 260. Yazar, TMK. m. 336 f. 3 hükmü düzenlenirken, tipik olamayan bir hal olan birlikte velayetin gözden kaçırıldığını, hükümde gerekli istisnaya yer verilmediği için amaca göre sınırlama yolundan yararlanılabileceğini savunmaktadır.

³⁴ APAYDIN, s. 457-459.

düzenlenmekle, boşanma durumunda hâkimin birlikte velâyete hükmedebilme imkânı uluslararası bir andlaşma hükmü çerçevesinde Türk hukukuna girmiş bulunmaktadır³⁵.

İnce'ye göre ise, TMK.nun velâyete ilişkin düzenlemeleri boşanma durumunda birlikte velâyeti yasaklamamaktadır. Çocuk Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol gibi taraf olduğumuz uluslararası andlaşmalar Anay. m. 90 hükmü uyarınca göz önünde tutularak hâkim çocuğun üstün yararına uygun olduğu takdirde boşanma durumunda birlikte velâyete hükmedebilir³⁶.

c. Yeni Düzenlemenin Nasıl Olması Gerektiği Konusundaki Görüşler

Boşanma halinde tek başına velâyetin en uygun çözüm olduğunu, bu bakımdan TMK. m. 336 f. 3 hükmünde değişikliğe gerek olmadığını savunan yazarlar³⁷ bulunmakla birlikte, doktrindeki hâkim görüş³⁸ bu düzenlemenin değiştirilip, boşanma halinde birlikte velâyete imkân tanıyan açık bir kanunî düzenlemenin yapılması gerektiği yönündedir. Ancak yeni bir düzenlemenin gerekliliğini savunan yazarlar arasında tek başına velâyet ile birlikte velâyet arasında kural-istisna ayrımı yapıлып yapılmaması gerektiği, böyle bir ayrım yapılacaksa hangisinin kural, hangisinin istisna olması gerektiği meseleleri tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, olması gereken hukuk açısından, boşanma halinde birlikte velâyet kural, tek başına velâyet ise ebeveynler arasında çözüme kavuşturulamayan anlaşmazlıkların bulunması gibi hallerde başvurulabilecek istisnaî bir durum olmalıdır. Zira boşanma durumunda ana babanın velâyete birlikte sahip olmaları çocuğun üstün yararına daha fazla hizmet ettiği gibi, velâyetin ana baba açısından hak olması ile de uyumludur³⁹. Bir diğer görüşe göre, kural tek başına velâyet olmalı; ancak hâkime istisnaen çocuğun menfaati gerektiriyorsa birlikte velâyete

³⁵ GENÇCAN, s. 26.

³⁶ İNCE, S. 221.

³⁷ Bu görüşte: HATEMİ/KALKAN-OĞUZTÜRK, s. 131-132.

³⁸ Bu görüşte: KOÇHİSARLIOĞLU, s. 86; ÖZTAN, Birlikte Velâyet, s. 260; KÖSEOĞLU, Bilâl/KOCAAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, 2. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2011, s. 444; SERDAR, s. 194; İNCE, s. 220; APAYDIN, s. 449.

³⁹ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 86, 149, 237; SERDAR, s. 194; GENÇCAN, s. 27; APAYDIN, s. 472.

hükmetme konusunda takdir yetkisi de tanınmalıdır⁴⁰. Bir başka görüşe göre, tek başına velâyet ve birlikte velâyet arasında birinin kural diğerinin ise istisna olması gibi bir ayırım yapılmamalıdır. Tüm ailelerin menfaatine olacak tek bir düzenleme yapılamayacağı için, hâkimin çocuğun üstün yararına hangi velâyet modeli en çok hizmet ediyorsa o velâyet modeline hükmedebilmesi esas olmalıdır⁴¹.

B. Yargı Uygulamasındaki Durum

Türk hukukunda boşanmadan sonra birlikte velâyete ilişkin ilk karar, 27.5.2009 tarihinde İzmir 4. Aile Mahkemesi tarafından bir anlaşmalı boşanma davasında, tarafların talebi üzerine ve somut olayda çocuğun yüksek yararının birlikte velâyeti gerektirdiğinden bahisle verilmiştir⁴².

Yargıtay'ın önüne boşanmada birlikte velâyete ilişkin meseleler ya yabancılik unsurlu uyuşmazlıklarda boşanmada birlikte velâyete izin veren yabancı ülke hukukunun uygulanması ya da yabancı mahkemelerin boşanmaya ilişkin verdikleri birlikte velâyet kararlarının tanınmasına ilişkin olarak gelmiştir. Yargıtay 2017 yılına kadarki içtihatlarında velâyetin kamu düzenine ilişkin olduğu ve TMK.'nun velâyete ilişkin düzenlemelerinin (TMK. m. 336'nın) emredici olduğu gerekçesiyle boşanma durumunda birlikte velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması talebini reddetmiştir⁴³. Ancak Yargıtay 20.2.2017 tarihli kararı ile evliliğin devamı durumu dışında (yani evlilik dışında doğum veya boşanma durumlarında) birlikte velâyetin Türk kamu düzenine aykırı olduğu içtihadından dönmüştür. Evlilik dışı doğan

⁴⁰ KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, s. 444. Benzer görüşteki Aybay/Şen'e göre, boşanma durumunda birlikte velâyetin esas kural olarak kabulü toplumumuzun yapısı göz önüne alındığında boşanmanın ardından doğurabileceği olumsuzluklar nedeniyle isabetli olmaz. Bu konuda boşanan ebeveynlere bir seçimlik hak tanınması uygun olur. AYBAY/ŞEN, s. 597.

⁴¹ BİRİNCİ-UZUN, s. 156; İNCE, s. 222. Öztan, boşanmadan sonra birlikte velâyete hükmedilip hükmedilmeyeceğinin tamamen hâkimin takdirine bırakılması gerektiğini savunduğu, bir velâyet modelinin kural, diğerinin istisna olması gerektiğini ifade etmediği için yazarın da bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır. ÖZTAN, Birlikte Velâyet, s. 259.

⁴² İzmir 4. Aile Mahkemesi, E. 448, K. 470, T. 27.5.2009. Karar için bkz. SERDAR, s. 171 dn. 59.

⁴³ Örneğin, Yarg. 2. HD., E.2006/6824, K. 2006/13638, T. 10.10.2006; Yarg. 2. HD., E. 2012/21186, K. 2013/7440, T. 19.3.2013. (<https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi: 1.6.2018).

çocuğun babasının birlikte velâyet talebinin söz konusu olduğu ve İngiliz hukukunun uygulanmasının gerektiği bu olayda Yargıtay, İngiliz hukukundaki birlikte velâyet düzenlemesinin Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olduğunun söylenemeyeceğini ifade ederek ilk derece mahkemesinin verdiği birlikte velâyet talebinin Türk kamu düzenine aykırılığı nedeniyle reddi kararını bozmuştur⁴⁴.

Yargıtay daha sonraki bir kararında da boşanma durumunda birlikte velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tanınmasının reddine ilişkin ilk derece mahkemesi kararını boşanmadan sonra birlikte velâyetin Türk kamu düzenine “açıkça” aykırılık teşkil ettiğinden söz edilemeyeceği gerekçesi ile bozmuştur. Yargıtay söz konusu kararda boşanma konusunda birlikte velâyete ilişkin iç hukuktaki düzenlemelerimizi tespit ederken, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No.lu Protokol’ün 5. maddesine atıf yapmış ve Anay. m. 90 f. son gereği aynı konuda kanunlarla farklı düzenleme içermeleri halinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma hükümlerinin uygulanacağına işaret etmiştir⁴⁵.

Yargıtay’ın yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verdiği ancak Türk hukuku bakımından da boşanma durumunda birlikte velâyetin kabul edilebileceğine işaret ettiği bu kararlarından sonra ilk derece mahkemeleri de ebeveynlerin ortak talebi üzerine birlikte velâyete hükmetmeye başlamıştır⁴⁶.

⁴⁴Yarg. 2. HD., E. 2016/15771, K. 2017/1737, T. 20.2.2017: (<https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi: 1.6.2018).

⁴⁵Yarg. 2. HD., E. 2016/18674, K. 2017/13800, T.4.12.2017: *(...) iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velâyet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir.*” (<https://legalbank.net/>, Erişim Tarihi: 1.6.2018).

⁴⁶ Yargıtay’ın içtihat değişikliğinden sonra Bölge Adliye Mahkemeleri’nin boşanma durumunda ebeveynlerin ortak talebi üzerine birlikte velâyete hükmedilebileceği yönünde verdikleri karar örnekleri için bkz. APAYDIN, s. 463-466.

C. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

1. Mevcut Yasal Düzenleme Çerçevesinde Hâkimin Boşanma Durumunda Birlikte Velâyete Hükmedip Hükmedemeyeceği Açısından

Kanaatimizce, TMK. m. 336 f. 3 hükmünde yer alan “*Velâyet, (...) boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” ifadesinde hükmün lâfzı açık olup, boşanma halinde hâkimin ancak ana veya babadan birinin tek başına velâyete sahip olmasına hükmedebileceği yönündedir. Hükümde yer alan “*tarafa*” ifadesi, “*tarafa veya taraflara*” biçiminde anlaşılmaya elverişli bir ifade değildir. Kanun koyucu bu hükümde boşanma durumunda birlikte velâyet bakımından menfî bir çözüm getirmiştir. Velâyetin boşanma durumunda çocuğun kendisine bırakıldığı “*tarafa*” ait olacağı ifadesinin zıt anlamından çıkan sonuç, bu hüküm çerçevesinde hâkimin velâyeti her iki tarafa birden bırakamayacağıdır.

Yürürlükteki Medenî Kanunumuz, 22.11.2001 tarihinde kabul edilmiş olup, o tarihte mehz İsviçre Medenî Kanunu’nda boşanmada velâyet durumuna ilişkin değişiklik yapılmış ve birlikte velâyet imkânı İMK. m. 133 hükmü ile tanınmış durumdaydı. Şu halde TMK. m. 336 f. 3 hükmünde boşanmada velâyetin çocuk kendisine bırakılan “*tarafa*” ait olduğunu belirtmekle yetinen kanun koyucunun boşanma durumunda birlikte velâyet kurumundan haberdar olmadığı, bu imkâna kanunda yer verip vermemek konusunda bir tercihte bulunmadığı söylenemez. Bu bakımdan, doktrinde ileri sürülen görüşlerden kanun koyucu kanun hükmünü düzenlediği sırada boşanmada birlikte velâyet kurumundan haberdar olmadığı için birlikte velâyet konusunda “gerçek/açık boşluk” bulunduğu görüşüne katılmıyoruz⁴⁷.

Bir kanun hükmü yorumlanırken, yorumun yapıldığı yer ve zamandaki şartların ve ihtiyaçların da göz önünde tutulması gerekmele birlikte, bu imkân kanun hükmü ile sınırlıdır. Şu halde, zamanın ihtiyaçlarından bahisle kanun hükmüne aykırı (*contra legem*) bir yorum yapılarak kanun hükmü düzeltilemez⁴⁸. Günümüz şartları ve ihtiyaçları

⁴⁷ Kanun koyucunun bu kurumun varlığından haberdar olmaması durumu 1926’da kabul edilen 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenîsi bakımından düşünülebilirse de, 2001 yılında kabul edilen 4721 sayılı yürürlükteki Medenî Kanunumuz bakımından böyle bir durum söz konusu olamaz.

⁴⁸ OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 76-77.

bakımından boşanma durumunda birlikte velâyetin -sağlıklı yürütülmesinin şartları mevcut olmak kaydıyla-, tek başına velâyete nazaran çocuğun yararına daha fazla hizmet ettiği görüşüne katılıyoruz. Ancak boşanma durumunda velâyetin bir tarafa bırakılacağını açıkça belirten TMK. m. 336 f. 3 hükmünü zamana uydurmak amacıyla “kanuna aykırı (*contra legem*) bir yorum”la hükmün birlikte velâyete de imkân verdiği sonucuna varmak kanaatimizce mümkün değildir.

TMK. m. 336 f. 3 hükmünde “örtülü boşluk” bulunup bulunmadığına gelince, örtülü kanun boşluğu; kanunda somut olaya uygulanacak bir kuralın bulunduğu, ancak kuralın yanlışlıkla fazla geniş tutulduğu, kanun koyucunun gerekli istisnaları getirmeyi savsakladığı veya unuttuğu durumlarda söz konusudur⁴⁹. Şu halde, örtülü boşluk ancak yanlışlıkla, ihmal veya unutmaya ile olur. Oysa kanun koyucunun TMK. m. 336 f. 3 hükmünde boşanmada tek başına velâyet esasını getirirken bilinçsiz, unutmadan kaynaklanan bir tutumu yoktur. Hükmün amacının boşanma sonrasında da velâyet kurumu aracılığıyla “çocuğun üstün yararının sağlanması” olduğu doğrudur. Ancak kanaatimizce kanun koyucu da zaten çocuğun üstün yararının boşanan çiftlerden birinin tek başına velâyeti yürütmesi ile gerçekleşeceği inancından hareketle, bilinçli olarak birlikte velâyet imkânını dışlamıştır. Bu tercih, artık eskimiş bulunan bir aile kavramı anlayışını esas almaktadır. Kanun koyucunun 2001 yılında kabul ettiği TMK.’nda yaptığı bu tercih, kadın-erkek rollerinin değiştiği, babaların da çocuğun yetiştirilmesine katılmak istedikleri, eşlerin boşandıktan sonra çocuklar için medenî ilişkiler sürdürebilmelerinin de mümkün olduğu gibi hususları dikkate almadığı için isabetsizdir. Bu durumda kanun hükmünün beğenilmezliğinden söz edilebilirse de, hükümde boşluk bulunduğundan bahisle hâkimin kendini kanun koyucu yerine koyarak kanun hükmünü düzeltmesi yargının yasama alanına müdahalesi olup, hukuk güvenliğini tehdit eder⁵⁰.

Kanaatimizce, mevcut hukukî düzenleme bakımından, TMK. m. 336 f. 3 hükmünde boşanma durumunda birlikte velâyet açısından açık

⁴⁹ SEROZAN, Rona: Medenî Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku (Medenî Hukuk), 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 157. Yazar, örtülü boşluklar için “*Tipik olayı düşünen yasa koyucu, atipik olayı düşünmemiştir; bu atipik olay için eklenmesi gerekli dışlayıcı ayrığı eklemeyi savsaklamıştır.*” ifadesini kullanmaktadır.

⁵⁰ Tatmin edici ve ihtiyaçlara uygun bulunmayan bir kanun hükmünü değiştirmenin hâkimin değil, kanun koyucunun görevi olduğu konusunda bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 104-105.

veya örtülü boşluk bulunduğu ya da *contra legem* bir yorum yapılabileceği kabul edilerek birlikte velâyete imkân tanınmaz. Biz, sorunun bu isabetiz hüküm normlar hiyerarşisi çerçevesinde bertaraf edilerek çözülebileceği görüşüne katılıyoruz. İç hukukumuzun parçası haline gelmiş olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalardan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 numaralı Protokolün 5. maddesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3., 7. ve 18. maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi boşanma halinde ebeveynlerin velâyete birlikte sahip olmalarına dayanak teşkil edebilecek hükümler içermektedir⁵¹. Velâyet hakkı temel bir hak olup, boşanma durumunda birlikte velâyet ihtimalini tümüyle dışlayan TMK. m. 336 f. 3 hükmü söz konusu uluslararası andlaşma hükümlerinden ayrıldığından Anay. m. 90 f. son gereği boşanmada velâyet konusu bakımından, TMK.'nun bu hükmü değil, belirttiğimiz uluslararası andlaşma hükümleri uygulanmalıdır. Bu itibarla Türk hukukunda da boşanma durumunda hâkim birlikte velâyete – çocuğun yararı bunu gerektirdiği ölçüde- hükmedebilir.

Boşanma durumunda birlikte velâyete izin vermeyen TMK. m. 336 f. 3 hükmünün, Serozan'ın işaret ettiği üzere⁵², Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılarak iptal ettirilmesi de düşünülebilir. Gerçekten de söz konusu hükmün (çocuğun hem ana, hem baba tarafından birlikte yetiştirilme hakkı bulunduğu düşünüldüğünde) çocuğun manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin Anay. m. 17'ye, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını düzenleyen Anay. m. 20'ye, (velâyetin çoğunlukla anaya bırakıldığı dikkate alındığında) kadın-erkek eşitliğini düzenleyen Anay. m. 41'e aykırı olduğu ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce TMK. m. 336 f. 3 hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden de normlar hiyerarşisi çerçevesinde uluslararası andlaşma hükümleri esas alınarak bu hükmün uygulanması engellenebilir durumdadır.

2. Yeni Düzenlemenin Nasıl Olması Gerektiği Açısından

Boşanma durumunda hâkimin birlikte velâyete karar verip veremeyeceği tartışmasını sona erdirmek bakımından en esaslı çözüm kuşkusuz kanun koyucunun TMK.'nda acilen değişiklik yaparak hâkime birlikte velâyete hükmetme imkânını kanunla açıkça tanıması olacaktır. Biz yapılması gereken yasal değişiklikte birlikte velâyet ile tek başına

⁵¹ Bkz. yukarıda I. C.

⁵² SEROZAN, Soybağı Hukuku, s. 773.

velâyet arasında kural-istisna ayrımı yapılmaması gerektiği görüşüne⁵³ katılıyoruz. Boşanma durumunda birlikte velâyet, sağlıklı bir biçimde yürütülmesinin şartları mevcut olmak kaydıyla (özellikle ebeveynlerin aralarında şiddetli bir çatışma ortamının bulunmaması ve birbirleri ile iletişim sağlayabilmeleri, aile içi şiddetin de söz konusu olmaması durumunda), tek başına velâyete nazaran çocuğun daha fazla menfaatindedir. Ancak boşanmaların çoğunda birlikte velâyete hükmedilmesi gerektiği, yalnızca istisnâî durumlarda tek başına velâyete hükmedilebileceği peşinen söylenemez. Çocuğun üstün yararına hangi velâyet modelinin hizmet edeceği ancak her somut olayda olayın tüm şartları değerlendirilerek tespit edilebilir. Kanaatimizce, yapılacak yeni kanunî düzenlemede velâyet modelleri arasında kural-istisna ilişkisi getirilerek hâkimin bu konudaki takdir yetkisi sınırlandırılmamalıdır. Kuşkusuz, velâyet hakkı ana babanın tabii ve temel bir hakkı olduğundan ve boşanma durumunda tek başına velâyete karar verilmesi velâyet kendisine bırakılmayan ebeveynin bu hakkını ortadan kaldıracığından, tek başına velâyete kolayca, gelişigüzel hükmedilmemeli; bu konuda titiz davranılmalıdır⁵⁴. Ancak bu tespit de kanunda velâyet türleri arasında kural-istisna ilişkisi ihdas edilmesini gerektirmez.

Kanunî düzenlemeler yapılırken her ülkenin kendi sosyo-kültürel şartlarının da göz önünde tutulması gerekir. Birlikte velâyetin sağlıklı biçimde işleyişine engel olabilecek faktörlerden aile içi şiddet (özellikle kadının şiddet gördüğü için eşinden boşanması) ve kültürel faktörlerden dolayı ebeveynlerin boşanma sonrası çatışmayı sonlandıramama ve çocukları için olsa dahi birbirleri ile asgarî medenî ilişki kuramama olguları ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilir. Bu bakımdan, çoğu Avrupa ülkesinin kanunlarında boşanma durumunda birlikte velâyetin kural, tek başına velâyetin ise istisna olarak düzenlenmiş olması Türk hukuku açısından da aynı sonuca varılmasını gerektirmez. Türk hukukunda getirilecek yeni düzenleme açısından vardığımız sonuç, boşanma durumunda birlikte velâyet ile tek başına velâyet arasında kural-istisna ilişkisi kurmak gerekmeksizin, somut olayda birlikte velâyetin sağlıklı işleminin şartlarının mevcut olduğu durumlarda bu imkânı anadan, babadan ve özellikle çocuktan esirgememek gerektiğidir.

⁵³ Bu görüş için bkz. yukarıda II. A. 2.

⁵⁴ Bu konuda bkz. BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 9; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 183 vd.

Boşanma durumunda velâyet meselesini düzenleyen TMK. m. 182 ve m. 336 hükümlerinde değişiklik yapılarak bu hükümlere “çocuğun yararı” ölçütünün eklenmesi isabetli olacaktır. TMK. m. 182 f. 1 hükmünün;

“Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, anayı, babayı, ayırt etme gücü bulunduğu takdirde çocuğu ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, çocuğun yararı için önemli olan tüm hal ve şartları dikkate alarak ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.” biçiminde değiştirilmesini öneriyoruz.

TMK. m. 336 f. 3 hükmünün ise;

“Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada hâkim, çocuğun yararına göre velâyeti ana ve babanın her ikisine veya ana ya da babadan birine verir; ana ve babadan hiçbiri velâyet görevini yerine getirebilecek durumda değilse, çocuğa vasi atar.” biçiminde değiştirilmesini öneriyoruz.

III. TÜRK HUKUKUNDA HÂKİMİN BOŞANMA DURUMUNDA VELÂYET MODELİNİ BELİRLEMESİ ve BİRLİKTE VELÂYETİN SINIRLARI

A. Hâkimin Boşanma Durumunda Velâyet Modelini Nasıl Belirleyeceği

TMK. m. 336 f. 3 hükmünün boşanma durumunda birlikte velâyeti dışlayan düzenlemesinin ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin birlikte velâyete imkân tanıyan hükümleri ile bertaraf edilerek, hukuk düzenimizin mevcut halinde de hâkimin boşanma durumunda birlikte velâyete hükmedebileceğini tespit ettik. Boşanma durumunda uygulanacak velâyet modeli belirlenirken ananın, babanın, çocuğun menfaatleri çatışabilir. Bu menfaatler arasında hâkimin üstün tutacağı menfaat çocuğunki olmalıdır⁵⁵. Hâkim çocuğun yararını en üst düzeyde sağlayacak velâyet modeli hangisi ise ona hükmetmelidir. Çocuğun yararı kavramı, somut olayın şartları içinde, çocuğun duygusal, zihni, bedensel,

⁵⁵ BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 34; ÖZTAN, Bilge/ÖZTAN, Fırat: “Boşanmada Velâyetin Tevdii”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (2), Ekim 2016, s. 481 vd.; İNCE, s. 218.

sosyal kişiliğinin en üst düzeyde gelişimini sağlayacak koşullar bütününe sağlanmasını ifade eder⁵⁶.

Her boşanma davasında hâkim tarafların ergin olmayan ortak çocuğu varsa çocuğun tâbi olacağı velâyet modeli hakkında re'sen karar vermelidir (TMK. m. 182 f. 1). Hâkim, çocuğun yararı ölçütünü temel almak suretiyle, ebeveynlerin ve -ayırt etme gücü varsa- çocuğun velâyet konusundaki tercihlerini dinlemeli; somut olayın tüm şartlarını değerlendirerek velâyet modelini belirlemelidir. Somut olayın şartları çerçevesinde hâkim özellikle ana ve babanın her birinin çocuğa bakma ve onu yetiştirme yeteneklerini, her bir ebeveynin çocuk ile arasındaki kişisel ilişkinin mevcut durumunu, ana ve babanın kendi aralarında iletişim kurma istek ve yeteneklerini göz önünde bulundurmalıdır⁵⁷.

Hâkimin birlikte velâyete karar verebilmesi için boşanan ebeveynlerin bu konuda anlaşmaları ve ortak talepte bulunmaları şartı aranmamalıdır⁵⁸. Bir tarafın velâyeti tek başına yürütmek istemesi, birlikte velâyete hükmedilmesine engel olmamalıdır. Velâyet bakımından esas olan çocuğun yararı olduğundan, gayret ettiklerinde çocuk için medenî bir ilişki düzeyi tutturabilecek bilinç ve yetenekteki ebeveynler bakımından hâkim re'sen birlikte velâyet kararı verebilmelidir.

Hâkim boşanma durumunda ana ve babanın velâyete birlikte sahip olmalarına hükmettiği takdirde, çocuğun yararını temel ölçüt kabul etmek kaydıyla, ana, baba ve çocuğun taleplerini de göz önünde bulundurarak, onun hangi ebeveynle birlikte yaşayacağı konusunda söz konusu olabilecek farklı modellerden birine de karar vermelidir⁵⁹.

⁵⁶ BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 15; ÖZTAN/ÖZTAN, s. 482. Yargıtay kararlarında da velâyet konusu düzenlenirken gözetilecek temel ilkenin çocuğun üstün yararı olduğu ifade edilmektedir. Örneğin bkz. Yarg. 2. HD., E. 2016/12054, K. 2016/11763, T. 16.06.2016 : “Velâyet düzenlemesi yapılırken göz önünde tutulması gereken temel ilke çocuğun "üstün yararı"(...) dır. Çocuğun üstün yararı belirlenirken: onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlakî ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir.” (<https://legalbank.net/>, Erişim Tarihi: 1.6.2018).

⁵⁷ Hâkimin boşanmadan sonra tek başına velâyete mi, birlikte velâyete mi hükmedeceği konusunda yararlanacağı ölçütler konusunda bkz. ayrıca BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 34.

⁵⁸ Hâkimin boşanmadan sonra ebeveynlerin bu yönde bir talebi olmasa da birlikte velâyete re'sen karar verebileceği görüşünde: KOÇHİSARLIOĞLU, s. 239; SERDAR, s. 185.

⁵⁹ Çocuğun ebeveynlerden biri ile beraber yaşadığı birlikte velâyet modeli ile çocuğun dönüşümlü olarak belirli süreleri ananın, belirli süreleri babanın yanında yaşayarak

B. Boşanmada Birlikte Velâyete Hükmedilmemesi Gereken Haller

Yapılan bilimsel araştırmalara göre, birlikte velâyetin sağlıklı biçimde yürütülebilmesi boşanan ebeveynler arasında şiddetli bir çatışma ortamının bulunmaması, ebeveynlerin sağlıklı iletişim kurabilecek durumda olmaları, her iki ebeveynin de velâyeti yürütebilecek yetenekte olması gibi şartların bir araya gelmesi ile mümkündür⁶⁰. Hâkimin ne zaman -çocuğun yararına olmadığı gerekçesiyle- birlikte velâyetle hükmetmemesi gerektiğinin tespit edilmesi bakımından hali hazırda boşanma durumunda birlikte velâyet kurumunu uygulamakta olan İsviçre hukukunda benimsenen ölçütlerin Türk hukuku bakımından da yol gösterici olacağı kanaatindeyiz. Aşağıda sayılan nedenler bulunduğunda, hâkimin tek başına velâyetle karar vermesi veya her iki ebeveyn de velâyet hakkını kullanmaya elverişsiz ise çocuğa vasi ataması isabetli olur.

1. Velâyetin Kaldırılması Nedenlerinin Bulunması

TMK. m. 348 hükmü “*deneyimsizlik, hastalık, başka bir yerde bulunma veya benzeri sebeplerden biriyle velâyet görevini gereği gibi yerine getirememeyi*” ya da “*çocuğa yeterli ilgiyi göstermeme veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklamayı*” velâyetin kaldırılması nedeni olarak düzenlemiştir. Örneğin, ebeveynin çocukla hiç ilgilenmemesi, ona zaman ayırmaması, çocuğa cinsel tacizde bulunması veya şiddet uygulaması, alkol veya uyuşturucu bağımlılığı ya da şiddet eğilimi nedeniyle velâyet görevini yerine getiremeyecek durumda olması velâyet hakkının o ebeveyninden kaldırılması için neden teşkil eder⁶¹. Velâyetin kaldırılması nedeni teşkil eden hususlardan biri boşanan ebeveynlerden her ikisi bakımından mevcutsa, hâkim velâyet hakkını onlardan alıp çocuğa vasi tayin etmelidir. Buna karşılık, velâyetin kaldırılması nedeni boşanan ebeveynlerden sadece biri bakımından mevcut olup da diğer ebeveyn velâyeti yürütebilecek durumda ise hâkim, diğer ebeveynin velâyeti tek başına yürütmesine hükmetmelidir. Zira

geçirdiği birlikte velâyet modelleri hakkında bkz. BÜCHLER/CLAUSEN, Art.298, N. 5 vd.; İNCE, s. 210 vd.

⁶⁰ STAUB/HAUSHEER/FELDER, s. 552; KİREMİTÇİ, s. 24.

⁶¹ Örnekler için bkz. ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1154; İNCE, s. 222.

çocuğun eğitimi ve bakımı ile gerektiği gibi ilgilenemeyecek bir kişinin velâyete dâhil edilmesi çocuğun yararına olmaz⁶².

Belirtmek gerekir ki, ebeveynlerden biri TMK. m. 348 hükmünde velâyetin kaldırılması nedeni olarak sayılanlar dışında bir nedenle de çocuğun sorumluluğunu üstlenemeyecek durumda olabilir. Bu tür durumlarda da hâkimin velâyeti tek başına diğer ebeveyne vermesi gündeme gelir⁶³. Örneğin, ebeveynlerden biri tutarsız bir kişilik yapısı sergileyerek çocuktaki güven duygusunu zedeliyorsa onun velâyete katılmamasında çocuğun yararı bulunduğu sonucuna varılabilir.

2. Ebeveynler Arasında Sürekli Çatışma Durumunun Bulunması

Ebeveynler arasında sürekli, ciddi ve kronik hale gelmiş olan bir anlaşmazlık, çatışma durumunun bulunması, velâyetin tek başına ebeveynlerden birine bırakılmasını haklı kılabılır. Bunun için birlikte velâyetin çocuğun menfaatlerine önemli zararlar vereceği somut olgulara dayalı olarak tespit edilmiş olmalıdır. Ebeveynler arasındaki çatışma ortamı, özellikle ebeveynlerin uzlaşmasının gerekli olduğu çocuk için önemli konularda gerekli kararlarının alınamamasına veya velâyetin yerine getirilmesindeki ödev ve sorumlulukların zamanında farkına varılamamasına ya da çocuğa çok fazla yüklenilip sıkıntı verilmesine yol açacak mahiyette ise, tek başına velâyete hükmedilmesi çocuğun yararına olur⁶⁴.

⁶² BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 19; BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 16.

⁶³ Bir ebeveynde TMK. m. 348 (İMK. m. 311) hükmünde değinilen velâyetin kaldırılması nedenleri kadar ağır olmayan başka nedenlerin bulunmasının da boşanma sonrası velâyetin tek başına diğer ebeveyne verilmesine yol açabileceği konusunda bkz. FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, s. 902; BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 16; BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 22.

⁶⁴ FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, s. 896; BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 24 (Bu yazarlar, tek başına velâyete hükmedilebilmesi için boşanan ebeveynlerin velâyetin önemli konularındaki uyuşmazlıklarını yapıcı biçimde ve mahkeme önüne gitmeksizin çözemeyecek durumda olduklarına ilişkin haklı bir kaygının olması gerektiğini ifade etmektedirler.); BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 23. Boşanma durumunda birlikte velâyetin sağlıklı işleyebilmesi için ebeveynler arasında çözüme kavuşturulamayan anlaşmazlıklar bulunmaması, varsa aralarındaki çatışmanın sonlanmış olması gerektiği, aksi takdirde tek başına velâyetin tercih edilmesi gerektiği konusunda bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, s. 86; KİREMİTÇİ, s. 24.

Ebeveynler arasında her ailede yaşanabilecek olan, boşanma durumunda sıklıkla görülebilen münferit tartışmalar veya görüş ayrılıkları velâyetin bir tarafa verilmesi için yeterli değildir. Keza, ebeveynlerin sadece çocuğun yetiştirilmesi konusunda farklı görüşlere sahip olmaları da tek başına velâyete hükmetmek için yeterli bir neden teşkil etmez⁶⁵.

3. Ebeveynlerin Birbirleri İle İşbirliğinde Bulunma ve İletişim Kurma İstek veya Yeteneklerinin Bulunmaması

Boşanan ebeveynlerin çocuk üzerinde birlikte velâyeti sağlıklı biçimde yürütebilmeleri için asgarî düzeyde de olsa birbirleriyle işbirliğinde bulunabilmeleri ve iletişim kurabilmeleri gerekir. Zira işbirliği ve iletişim imkânının bulunmaması özellikle çocuğun yetiştirilmesi bakımından önemli olan meseleler bakımından (örneğin, çocuğun hangi okula gideceği, okulla ilgili sorunlarının nasıl çözüleceği, meslek seçimi, hastalandığında tıbbî tedavisinin nasıl sağlanacağı vb.) ortak bir karar alınmamasına yol açar. Ebeveynlerin birbirleriyle işbirliğinde bulunma ve iletişim kurma istek ve/veya kabiliyetlerinin yokluğu nedeniyle tek başına velâyete hükmedebilmek için bu eksikliğin kronik bir hal almış olması ve çocuğun yararını olumsuz biçimde etkilemesi gerekir⁶⁶.

Karşılıklı işbirliği ve iletişim konusundaki sürekli tıkanıklık her iki tarafın bu konudaki isteksizliğinden veya yeteneksizliğinden değil de, bir tarafın bilinçli bir biçimde diğer ebeveyn ile işbirliğinde bulunmayı ve iletişim kurmayı reddetmesinden kaynaklanıyorsa, durum nasıl ele alınmalıdır? Bu durumda tek başına velâyetin işbirliğinde ve iletişimde bulunmayı engelleyen tarafa değil, buna hazır olan tarafa tevdi edilmesi gerektiği akla gelebilir. Zira tek başına velâyet işbirliğini ve iletişimi

⁶⁵ BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 19; BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 23. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ebeveynler arasında süregelen anlaşmazlığın birlikte velâyete engel olabilmesi için çatışma düzeyinin ağır olması gerektiğine ilişkin bir kararı için bkz. BGE 141 III 472 (479).

⁶⁶ BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 24; BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 27 vd.; FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, s. 897-898. Boşanan ebeveynler arasında işbirliği istek ve yeteneğinin bulunmamasının velâyetin ebeveynlerden birine tevdiini haklı kılabileceği yönünde bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 10.6.2009 tarihli 5A_170/2009 sayılı kararı. (Karar için bkz. <https://www.swisslex.ch/Doc/ShowDocView/Ofd38a70-Off3-4420-8c74-f2da693c55f2?hitPos=1&source=find-redirect-from-single-hit&SP=2|eapyyk>, Erişim Tarihi: 1.6.2018). Birlikte velâyetin sağlıklı yürütülebilmesi için gerekli en önemli şartlardan birinin ebeveynlerin birbirleriyle iletişim kurabilmeleri olduğu konusunda bkz. KİREMİTÇİ, s. 24.

engelleyen tarafa bırakılırsa, bu ebeveyn, velâyet hakkını kullanmanın gereklerine aykırı davrandığı halde, adeta ödüllendirilmiş olur⁶⁷. Oysa İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında velâyetin tevdiinin ebeveynlerden birinin kusuru ile veya işbirliğinde bulunmak istemeyen ebeveyni cezalandırmak ile ilgili bir mesele olmadığını, bu konuda tek ölçütün çocuğun yararı olduğunu belirterek, somut olayın şartları içinde çocuğun yararı öyle gerektirdiği için tek başına velâyeti işbirliğinde bulunmaktan kaçınan ebeveyne bırakmıştır⁶⁸. Kanaatimizce de bu karar isabetlidir. Zira sırf işbirliğinde bulunmaktan kaçınan ebeveyni cezalandırmak için çocuğun yararı feda edilemez. Tek başına velâyete karar verilecek ise, velâyetin hangi tarafa bırakılacağı konusunda ölçüt çocuğun yararı olmalıdır.

Kural olarak boşanan ebeveynlerden çocuk ile ilgili önemli meseleler bakımından işbirliğinde bulunmaya ve iletişime açık olmaları beklenir. Bu noktada aile içi şiddet sorunu üzerinde de durulmalıdır. Ebeveynlerden birinin diğerinin şiddetine maruz kalmış olduğu durumlarda, şiddet mağduru ebeveyninden boşandığı kişi ile işbirliğinde bulunmasının ve iletişim kurmasının beklenmesi adil ve haklı bir beklenti olmaz. Bu nedenle, bu tür durumlarda, ebeveynler arasında işbirliği yeteneğinin ve işbirliğine istekliliğinin bulunmaması nedeniyle tek başına velâyete hükmedilmesi yerinde olur⁶⁹.

4. Ebeveynlerin Ortak İsteklerinin Velâyetin Taraflardan Birine Verilmesi Yönünde Olması

Boşanma durumunda ebeveynler velâyetin içlerinden biri tarafından tek başına yürütülmesi konusunda aralarında anlaşıp bu konuda hâkimden talepte bulunurlarsa, hâkim tarafların bu anlaşmaları ile bağlı mıdır? Doktrinde velâyetin bir “yüküm-hak” olduğuna, bu itibarla bundan kolayca vazgeçilememesi gerektiğine işaret edilmektedir⁷⁰. Kanaatimizce

⁶⁷ Bu sorun hakkında bkz. BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 24; BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 30, 31.

⁶⁸ İsviçre Federal Mahkemesi, söz konusu kararında, somut olayda işbirliğini engellemeyen taraf çocuk ile ilgilenebilecek, ona bakabilecek durumda olmadığından, birlikte velâyet de mahkemenin sürekli müdahalelerini gerektirerek çocuğa zarar vereceğinden, çocuğun yararını esas alarak onun işbirliğini engelleyen tarafın tek başına velâyeti altında olmasına karar vermiştir. BGE 142 III 197 E.3.7.

⁶⁹ Bu görüşte: BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 32; FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, s. 810.

⁷⁰ BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 33.

de bu konuda velâyetin kamu düzenini ilgilendiren, ebeveynlerin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir konu olduğu göz önünde tutularak sonuca ulaşılmalıdır. Anlaşmalı boşanmalarda dahi eşlerin ortak çocuklarının velâyetine ilişkin yaptığı düzenleme ancak hâkim bunu uygun bulursa uygulanabilmektedir⁷¹. Bu bakımdan, hâkimin tarafların vardığı tek başına velâyete ilişkin böyle bir anlaşmayı dikkate alması gerekmele birlikte, nihayetinde hâkim sadece tek başına velâyet çocuğun yararına uygunsa bu tür velâyete hükmetmelidir. Ancak ebeveynlerden biri daha ilk baştan çocuğun yetiştirilme ve bakım sorumluluğunu üstlenmeyi ısrarla istemiyorsa, birlikte velâyetin çoğunlukla çocuğun yararına olmayacağı da gözden uzak tutulmamalıdır⁷². Zira her ne kadar kişi velâyet sorumluluğundan serbestçe vazgeçemez ise de, çocuğa bakmamakta ve onu eğitmemekte ısrarcı olan kişiye bunu zorla yaptırmak fiilen mümkün olmayacaktır⁷³.

SONUÇ

1- Boşanma durumunda birlikte velâyet modelinin-sağlıklı yürütülebileceği şartlar mevcut olduğu takdirde- tek başına velâyet modeline nazaran çocuk açısından daha olumlu olduğu bilimsel araştırmalar ile tespit edilmiştir. Velâyet kurumunun temel amacının çocuğun yararına hizmet etmek olduğu göz önünde tutulduğunda, boşanma sonrası ana babanın velâyeti birlikte yürütmelerinin çocuğun yararına olduğu durumlarda bu imkân ana, babadan ve özellikle çocuktan esirgenmemelidir.

2- TMK. m. 336 f. 3 hükmünün boşanma durumunda velâyetin “*çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa*” ait olacağını ifade eden ve hâkime

⁷¹ Ortak çocuğu bulunan eşlerin anlaşmalı boşanabilmeleri için çocukların durumu konusunda bir düzenleme yapmaları ve bu düzenlemenin hâkim tarafından uygun bulunması gereklidir (TMK. m. 166 f. 3/ İMK. m. 111 f. 1). Şu halde anlaşmalı boşanmalarda ebeveynler velâyetin içlerinden biri tarafından tek başına yürütülmesi konusunda anlaşmışlarsa, hâkim, ancak bu durum çocuğun yararını tehlikeye düşürmüyorsa, bu anlaşmaya uygun olarak velâyeti tevdi eder. BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 27; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 698.

⁷² BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 33; BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 28.

⁷³ Ebeveynlerin çocuğun bakımı ve eğitimi için gerekli giderleri karşılama yükümlülükleri ise, velâyet hakkına sahip olmalarına bağlı olmayan ve cebren icrası mümkün olan bir yükümlülüktür (TMK. m. 327 f. 1). Ebeveyn istesin, istemesin bu masraflara katılmak zorunda kalacaktır.

boşanma durumunda ana ve babanın velâyeti birlikte yürütmesine hükmetme imkânını tanımayan düzenlemesinin temelinde kanun koyucunun bugün artık geçerliliğini yitirmiş olan bir aile kavramı anlayışını ve boşanma durumunda çocuğun yararının tek başına velâyet ile –daha ziyade de velâyetin anaya bırakılması ile- en iyi biçimde sağlanabileceği varsayımını benimsemiş olması yatmaktadır. Yürürlükteki Medenî Kanun’unuzun kabul edildiği 2001 yılında, mehoz İsviçre Medenî Kanunu’nda boşanma durumunda birlikte velâyete imkân veren açık düzenleme yapılmış durumdayken, kanun koyucunun TMK. m. 336 f. 3 hükmünde bu imkânı tanımamış olması, bu kurumdan haberdar olmamasından veya hükmün münhasıran tek başına velâyeti öngören lâfzına gerekli istisna getirmeyi unutmış olmasından kaynaklanmış olamaz. Bu durum kanun koyucunun boşanma durumunda birlikte velâyet konusunda bilinçli olarak menfî bir çözüm getirmek istemiş olduğunu ortaya koymaktadır. Boşanma durumunda birlikte velâyete imkân tanımayan TMK. m. 336 f. 3 hükmünde açık veya örtülü bir kanun boşluğu söz konusu değildir. Kanun koyucunun birlikte velâyeti mutlak biçimde dışlayan tercihi bilinçli, fakat isabetsiz bir tercih olmuştur.

3- Boşanmada velâyet meselesini düzenleyen ve birlikte velâyete imkân tanımayan TMK. m. 336 f. 3 hükmü, normlar hiyerarşisi ile bertaraf edilebilir. Zira iç hukukumuzun parçası haline gelmiş olan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 numaralı Protokol, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi boşanma durumunda birlikte velâyete hükmedilmesine dayanak teşkil eden hükümler içermektedir. Anay. m. 90 f. son uyarınca boşanmada birlikte velâyet meselesi bakımından TMK. m. 336 f. 3 hükmü değil, aynı konuda farklı düzenleme getiren söz konusu uluslararası andlaşma hükümleri esas alınacağından, Türk hâkimi hukuk düzenimizin mevcut halinde de boşanma durumunda çocuğun yararına ise birlikte velâyete hükmedebilir.

4- Boşanma durumunda hâkimin birlikte velâyete mi, yoksa ana veya babadan birinin tek başına velâyet hakkını kullanmasına mı hükmedeceği konusunda belirleyici ölçüt çocuğun üstün yararınıdır. Hâkim, her somut olayın tüm şartlarını dikkate alarak hangi velâyet modelinin çocuğun daha fazla yararına olduğuna karar vermelidir. Bu bakımdan hâkim, ebeveynlerin ve çocuğun velâyet modeli konusundaki tercihlerini, ebeveynlerin her birinin çocuğa bakma ve onu yetiştirme becerilerini, çocuk ile mevcut ilişkilerinin durumunu, birbirleri ile işbirliğinde

bulunma ve iletişim kurma yeteneklerinin bulunup bulunmadığı gibi hususları göz önüne bulundurulmalıdır.

5- Velâyet kamu düzenine ilişkin bir mesele olup temel amaç çocuğun yararına hizmet etmek olduğundan, taraflar gayret gösterdiklerinde birlikte velâyeti yürütebilecek kapasitede iseler hâkim ana babanın ortak talebi olmadan da birlikte velâyete karar verebilmelidir. Boşanmadan sonra birlikte velâyetin sağlıklı biçimde işleyebilmesi için ana babanın çocuk ile ilgili meselelerde işbirliğinde bulunabilecek, iletişim kurabilecek durumda olmaları ve her ikisinin de velâyet sorumluluğunu üstlenebilecek niteliklere sahip olması gerekir. Bu nedenle, ebeveynlerden en az biri bakımından velâyetin kaldırılması nedenlerinden biri varsa birlikte velâyete hükmedilmemelidir. Keza, ebeveynlerin arasında kronik hale gelmiş yoğun bir çatışma durumu varsa veya birbirleri ile işbirliğinde bulunma ve iletişim kurma yetenekleri bulunmuyorsa ya da aile içi şiddet gibi sorunlar söz konusu ise, hâkim bu durumlarda da birlikte velâyete hükmetmemelidir.

6- Türk Medenî Kanunu'nun boşanmada velâyet meselesini düzenleyen hükümlerinde değişiklik yapılarak hâkime boşanma durumunda çocuğun yararı gerektiriyorsa birlikte velâyete hükmetme yetkisi açıkça tanınmalıdır. Yapılacak kanun değişikliğinde boşanma durumunda birlikte velâyet ile tek başına velâyet modelleri arasında kuralistisna ilişkisi getirilerek hâkimin takdir yetkisi sınırlanmamalı; velâyet modelinin tespiti konusunda belirleyici ölçüt çocuğun yararı olmalıdır.

KAYNAKÇA

- AFFOLTER-FRINGELI, Kurt/VOGEL, Urs: “Die elterliche Sorge/der Kinderschutz, Art. 296-317 ZGB”, in: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (Hrsg.), BK-Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, Bern 2016.
- APAYDIN, Eylem: “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (1), 2018, s. 445-475.
- AYBAY, Erdem/ŞEN, Bülent: “Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velâyet Sorunu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1-2, Ocak-Şubat 2016, s. 589-615.
- BİRİNCİ-UZUN, Tuba: “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, Hacettepe HFD, 6 (1) 2016, s. 135-166.
- BÜCHLER, Andrea/CLAUSEN, Sandro: “Vierter Titel: Die Ehescheidung und die Ehetrennung/Dritter Abschnitt: Die Scheidungsfolgen Art. 298”, in:

- Schwenzer, Ingeborg/Fankhauser, Roland (Hrsg.), CommFam, Scheidung Band I: ZGB/Band II, 3. Aufl., Bern 2017, s. 403-444.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, M. Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- FELDER, Wilhelm/HAUSHEER, Heinz/AEBI-MÜLLER, Regina/DESCH, Erica: "Gemeinsame elterliche Sorge und Kindeswohl", ZBJV 150/2014, s. 892-916.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: "Ortak Velâyet", İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Yıl: 27, Mart 2017, s. 24-30.
- GÜLGÖSTEREN, Zeynep Aya: "Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velâyet", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Ekim 2017, s. 157-180.
- HATEMÎ, Hüseyin/KALKAN-OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- İNCE, Nurten: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet", TAAD, 9 (4), Nisan 2018, s. 189-229.
- KİREMİTÇİ, Müge: Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velâyet ve Toplumsal Bakış Açısı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- KOTSKA, Kerima: "Elterliche Sorge und Umgang bei Trennung und Scheidung - unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des Kindes", FPR 2005, s. 89-95.
- KÖSEOĞLU, Bilâl/KOCAAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, 2. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2011.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- ÖCAL-APAYDIN, Bahar: "İsviçre Medeni Kanununun Velâyete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velâyetin Kural Olarak Benimsenmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 145-146, Eylül-Ekim 2016, s. 631-658.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- ÖZTAN, Bilge: "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu" (Birlikte Velâyet), in: Arkan, Sabih/Yongalık, Aynur/Şit, Başak (ed.), Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 251-260.
- ÖZTAN, Bilge/ÖZTAN, Fırat: "Boşanmada Velâyetin Tevdi", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (2), Ekim 2016, s. 473-495.
- PICHONNAZ, Pascal: "Le droit du divorce en question: problèmes choisis / III. L'autorité parentale conjointe "automatique"", in: Pichonnaz, Pascal/Rumo-Jungo, Alexandra (éd.s), Le droit du divorce: Questions actuelles et besoin de réforme, Symposium en droit de la famille 2007, Genève/Zurich/Bâle 2008, s. 14-26.
- PICHONNAZ, Pascal/FOUNTOULAKIS, Christiana: "Droit de la famille, procédure et exécution: un panorama des nouveautés/II. L'autorité parentale conjointe", in: Fountoulakis, Christiana/Pichonnaz, Pascal/Rumo-

- Jungo, Alexandra (éd.s), Droit de la famille et nouvelle procédure 6e Symposium en droit de la famille, Genève/Zurich/Bâle 2012, s. 13-36.
- SCHILLING, Roger: “Rechtliche Probleme bei der gemeinsamen Sorge nach Trennung bzw. Scheidung”, NJW 2007, Heft 45, s. 3233-3240.
- SCHWENZER, Ingeborg: “Gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung”, recht 1998, s. 212-218.
- SERDAR, İlnur: “Birlikte Velâyet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2008, s. 155-197.
- SEROZAN, Rona: Medenî Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku (Medenî Hukuk), 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- SEROZAN, Rona: “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler” (Soybağı Hukuku), Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 759-777.
- STAUB, Liselotte/HAUSHEER, Heinz/FELDER, Wilhelm: “Gemeinsame elterliche Sorge-eine psychologische Betrachtungsweise”, ZBJV 142/2006, s. 537-552.