

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ DURUMUNDA BİRLİKTE VELÂYET

*Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung. Eine vergleichende
Untersuchung der Rechtslage in der Türkei und in europäischen Ländern*

Dr. Öğr. Üyesi Nurten İNCE¹

Geliş Tarihi: 03.11.2017

Kabul Tarihi: 19.02.2018

ÖZET

Aile ve toplum yapısının değişmesi, kadın ve erkek eşitliğinin gerek yasalar gerekse anayasalarda açıkça düzenlenmesi, çocuk haklarının kabul edilmesi velâyet kavramında değişiklikler yaratmıştır. Ebeveynlerin çocuklarının üzerinde sadece hakkı olmadığı; velâyetin ebeveynlere aynı zamanda yükümlülükler de yüklediği ve çocuğun üstün yararının ön planda tutulması gerektiği kabul edilmektedir. Toplumun en temel yapı taşı olan ailenin eşitlik ilkesine dayandığı ve evlilik birliği devam ettiği sürece eşlerin velâyeti ortak kullanacağı gerek Türk hukukunda gerekse pek çok ülke hukukunda düzenlenmiştir. Son yıllarda özellikle boşanmanın velâyete etkisi ve evlilik birliği içinde doğmamış olan çocukların velâyetinin ortak kullanılıp kullanılmayacağı gibi hususlar tartışılmaya başlanmıştır. Söz konusu bu konu AİHM'ye kadar götürülmüş ve birçok ülkede boşanmanın velâyete etkisiyle evlilik içinde doğmayan çocuğun velâyeti hususunda düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Türk hukukunda ise evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velâyetin ortak kullanılıp kullanılmayacağı hususunda doktrinde tartışmalar olsa da özellikle mahkeme kararlarında velâyet hükümlerinin emredici olduğu ve evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyetin ve bu yöndeki yabancı mahkeme kararlarının kamu düzeni nedeniyle tanınmasının kabul edilmediği görülmektedir.

ZUSAMMENFASSUNG

Änderungen in der Familie und in der Gesellschaft, die in den Verfassungen und in den Gesetzen ausdrücklich verankerte Gleichberechtigung von Mann und Frau sowie die Anerkennung von Kindesrecht haben sich auch auf das Sorgerecht ausgewirkt. Die Geschichte des Sorgerechts hat eine Vielzahl von Normierungen durchlaufen, von denen jede für sich genommen eine eigene Grundsatzentscheidung bei der Gestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses widerspiegelt. Die gesetzliche "Gewalt" wurde später gesetzliche "Sorge" genannt. Es wurde in vielen Ländern anerkannt, dass die Familie die Grundlage der Gesellschaft bildet und auf der Gleichheit von Mann und Frau beruht. Weiterhin wurde in vielen Ländern akzeptiert, dass die Eltern in der Ausübung der elterlichen Sorge während der Ehe gleichberechtigt sind.

Heutzutage werden viele Ehen geschieden oder Paare leben zusammen, ohne eine formelle Ehe einzugehen. Daher wird in vielen Ländern die Beeinflussung des Sorgerechts durch Scheidung-Trennung und in nichtehelichen Lebensgemeinschaften diskutiert. Sorgerecht bei nichtehelichem Leben und Scheidung wurde sogar vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte diskutiert.

¹ Marmara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Başkanı.

Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2017 yılında birlikte velâyetin tanınmasına ilişkin olarak vermiş olduğu karar, boşanmanın velâyete olan etkisini ve velâyetin ortak kullanılıp kullanılmayacağı hususunu tekrar gündeme getirmiştir. Bu çalışmada Almanya, İsviçre gibi ülkelerde boşanmanın birlikte velâyete etkisi incelenerek konunun Türk hukuku açısından nasıl olması gerektiği ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Birlikte velâyet, Boşanmanın velâyete etkisi, Karşılaştırmalı hukuk, Çocuğun üstün yararı.

Der EGMR betonte, dass die Staaten bei Sorgerechtsregelungen und Sorgerechtsentscheidungen Art. 8 und 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention berücksichtigen müssen. Es ist fraglich, ob in der Türkei die Eltern gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung ausüben können.

Schlüsselwörter: Gemeinsames Sorgerecht, Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung, Vergleichendes Recht, Kindeswohl.

I. GİRİŞ

Velâyet, küçüklerin ve istisnai olarak da kısıtlıların bakımını, korunmasını ve çeşitli yönlerden yetiştirilmesini sağlamak amacıyla onların şahıs ve malvarlıkları üzerinde ana ve babanın sahip olduğu görev, yetki ve hakların tümü olarak tanımlanmaktadır.² Velâyet ebeveynlere sadece haklar tanımayıp bir takım yükümlülükler de getirip³ kural olarak sadece anne ve babaya tanınmıştır.⁴ Ama evlat edinme durumunda evlat edinen de bu hakka sahip olur.⁵ Velâyet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup devredilemezdir.⁶ Velâyet, aile hukuku ile ilgili olup velâyet konusunun toplumdaki gelişmelerden bağımsız bir şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir.⁷ Kadın ve erkeğin toplumdaki rollerinin, çocuk ile ebeveyn arasındaki ilişkinin değişmesi, kadın

² OĞUZMAN, Kemal/ DURAL, Mustafa: **Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1998, s. 272; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Türk Özel Hukuku, C. III Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013 s. 339 vd.; AKINTÜRK, Turgut: **Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanunu'na göre uyarlanmış Aile Hukuku**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2003, s. 408; KARACA, Hilal: **Velâyetin Kapsamı ve Hükümleri**, 1. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015. 21 vd.; ÖZTAN, Bilge: **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 1074; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: **Aile Hukuku, 18. Basım**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 406; SEROZAN, Rona: **Çocuk Hukuku**, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 250; YILDIRIM, Abdülkerim: **Türk Aile Hukuku**, 1. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 251; BAYGIN, Cem: **Soybağı Hukuku**, 1. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 259; GENÇCAN, Ömer Uğur: "Ortak velâyet", **İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı**, s. 24; ABİK, Yıldız: "Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı" Prof. Dr. **Şenel Akyol'a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011, s. 13.

³ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 406 vd.; AKINTÜRK, s. 408; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 339 v; ABİK, s. 13.

⁴ ABİK, s. 27.

⁵ ABİK, s. 28; AKINTÜRK, s. 408 vd.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 340.

⁶ DURAL/ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 341; ABİK, s. 28.

⁷ ABİK, s. 13; GEISER, Thomas: "Wann ist Alleinsorge anzuordnen und wie ist diese zu regeln?" **ZKE 2015**, s. 227.

erkek eşitliğinin yasalarca ve anayasalarca kabulü velâyet hakkını etkileyen son derece önemli gelişmelerdir.

Türk hukukunda 2002 yılında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girmiş olup genel gerekçelere göre bu kanunun cinsiyet eşitliğini sağlamak için hazırlandığı görülmektedir.⁸ 1982 Anayasası'nda yapılan değişikliklerle kadın erkek eşitliği perçinlenmiş ve 5170 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle Anayasa'nın 10. maddesinin ikinci fıkrasına "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür*" şeklinde bir eklemede bulunulmuştur.⁹ Yine aynı kanun ile Anayasa'nın 90. maddesine son bir fıkra eklenmiştir.¹⁰ Bu fıkraya göre "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*". Anayasa'nın aileye ilişkin 41. maddesinin birinci fıkrası 4709 sayılı Kanun'la değiştirilmiş olup "*ve eşler arasında eşitliğe dayanır*" ibaresi eklenmiş, madde gerekçesinde düzenlemenin kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik olduğu ifade edilmiştir.¹¹ Türk hukukunda evlilik birliği devam ederken TMK'nin 336. maddesinin 1. fıkrasına göre anne ve baba velâyeti birlikte kullanacaktır. Türk hukukunda evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde velâyetin ortak kullanımına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konu Türk hukukunda tartışmalı olup Yargıtay'ın 2017 yılında¹² birlikte velâyetin tanınmasına ilişkin vermiş olduğu kararla yeniden gündeme gelmiştir.

Bu çalışmanın amacı evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesi halinde birlikte velâyetin diğer ülkelerde nasıl düzenlendiğini ve tartışmalı konuların ele alınması ile Türk hukukunda meydana çıkan tartışmalara ışık tutup,

⁸ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, Sıra S.: 723. Türk Medenî Kanunu'nun genel gerekçesi için bkz. :<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011.pdf>, s. 5.

⁹ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/05/20040522.htm#1>; (erişim 25.06.2017) Madde gerekçesi için bkz: "2003 Katılım Ortaklığı Belgesi'nde, Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşmeler doğrultusunda cinsiyete göre ayırım yapılmaksızın, tüm bireylerin insan haklarından ve temel hürriyetlerden hukuken ve fiilen tam olarak yararlanmasının teminat altına alınması beklentisi yer almaktadır. Öte yandan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 20. maddesinde herkesin kanunlar önünde eşit olduğu vurgulanmıştır. Avrupa Birliği Anayasa Taslağı'na ayrı bir bölümle ilave edilen Temel Haklar Şartı'nın "III. Eşitlik" başlıklı Bölümünün 23 üncü maddesinde, "İstihdam, çalışma ve ücret de dâhil olmak üzere her alanda, erkeklerle kadınlar arasında eşitlik sağlanacaktır." denilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında, yeterli ölçüde temsil edilemeyen cinsiyetin lehine belirli avantajlar sağlayan önlemlerin sürdürülmesinin veya kabul edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı öngörülmektedir.

¹⁰ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/05/20040522.htm#1>. (erişim 25.06.2017).

¹¹ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/10/20011017m1.htm>. (erişim 25.06.2017).

¹² Yargıtay 2. HD E. 2016/15771 K. 2017/1737 T. 20.2.2017 www.kazanci.com

hukukumuzda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda birlikte velâyetin mümkün olup olmadığını ve bu hususta nasıl bir yasal düzenlemenin yapılabileceğini açıklamaktır. Birlikte velâyet hususuna girmeden önce velâyet hakkının gelişimi üzerinde kısaca durmayı uygun görmekteyiz.

II. Tarihsel Olarak Velâyetin Gelişimi

Roma Hukuku'nda ataerkil bir yapı bulunmakta olup tüm aile bireyleri aile babasının egemenliği altında bulunmaktaydı, bu anlamda bir yaş sınırı da bulunmamaktaydı. Her ne kadar velâyet açık bir şekilde düzenlenmemiş olsa da *patria potestas* (*Väterliche Gewalt*) olarak adlandırılan aile babasının ev halkı (karısı çocuğu, torunu gibi) ve eşyalar (köleler de eşya olarak kabul edilmektedir¹³) üzerinde sınırsız bir gücü (hâkimiyeti) bulunmaktaydı.¹⁴ Babanın çocuk üzerindeki bu hakkı çocuğun ergin olmasıyla sona ermemekteydi.¹⁵ Babanın çocuk üzerindeki hakkı ancak baba ölünce, Roma vatandaşlığını kaybedince veya çocuğu evlatlık verdiğinde sona ermekteydi.¹⁶ Kız çocukları ise evlenmekle eşlerinin babalarının hâkimiyeti altına girmektedirler.¹⁷ Bu anlamda velâyet hakkı, mülkiyet ve zilyetlikten daha farklı değildi.¹⁸ Babanın çocuklar üzerindeki hakkı son derece fazlaydı ve çocuklar başka birinin egemenliği (*pater familias'in*) altına girmedikçe baba bu hakkını kullanmaktaydı.¹⁹ Bu hak çocuğunu satmak, öldürmek, evlendirmek ve boşandırmayı da kapsayacak kadar genişti.²⁰ Eğer baba çocuğu ülke dışına satmışsa çocuk üzerindeki hâkimiyeti sona erer, buna karşılık çocuk artık özgür

¹³ WACKE, Andreas: "Elterliche Sorge im Wandel der Jahrtausende- zum Sorgerecht der geschiedenen Mutter nach römischem Recht", **FamRZ 1980**, s. 206; MATTHIENSEN, Stephanie: **Gemeinsame elterliche Sorge in scheidungssoziologischer Perspektive**, Peter lang, Frankfurt am Main, 2004, s. 31 vd.; CANTIENI, Linus: **Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung: Eine empirische Untersuchung (Schriftenreihe zum Familienrecht, 1. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2007, s. 70; HONSELL, Heinrich: Römisches Recht, 8. Auflage Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2015, s. 182; HARKE, Jan Dirk: Römisches Recht, 2. Auflage, C.H Beck, München 2016, s. 293.**

¹⁴ WACKE, FamRZ 1980, s. 206; BELCHAUS, Günter: **Elterliche Sorgerecht, Kommentar zum Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge**, Otto Schmidt, Köln, 1980, s. 21; MECKLING, Sarah: **Die gemeinsame Trennungssorge**, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, s. 25; HONSELL, s. 182.

¹⁵ WACKE, FamRZ 1980, s. 206.

¹⁶ ZIMMER, Angelika: **Das Sorge- und Umgangsrecht im Lichte der Kindschaftsrechtsreform**, Lit Verlag, Münster - Berlin, 2011, s. 56.

¹⁷ KASER, Max: **Das Römische Privatrecht Erster Abschnitt, 2. Auflage**, C.H Beck, München 1971, s. 277; ZIMMER, s. 56.

¹⁸ ZIMMER, s. 56; MECKLING, s. 27.

¹⁹ KASER, s. 60.

²⁰ BAKTIR ÇETİNER, Selma: **Velâyet Hukuku**, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 25; SERDAR, İlknur: "Birlikte Velâyet", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 10, Sayı. 1, 2008, s. 156.

olmadığı için ülkeye geri dönemez ve vatandaşlık hakkını isteyemezdi.²¹ Her ne kadar zamanla ev babasının haklarına bir takım sınırlamalar getirilmiş olursa da -örneğin babanın çocuğunu öldürme hakkının birçok açıdan kısıtlanması- yine de çocuk üzerinde hak ve güç babaya aitti.²²

Kadın hukukta hak sahibi, başka bir deyişle hakların öznesi olarak düzenlenmemiştir. Hatta kadın aile babasının yani kocasının hâkimiyeti altındaydı.²³ Kadın üzerinde kocasının yine sınırsız hakkı vardı, örneğin kadına ailesinden kalan miras kocasının malvarlığına eklenmekteydi.²⁴ Bu nedenle velâyet hakkının kadın tarafından kullanılması gerek evlilik birliği devam ederken gerekse boşanmayla mümkün değildi.²⁵ Boşanma halinde uygulamada buluş yaşına kadar (*pubertas*) çocukların anneye bırakılması ve annenin çocuğun bakımıyla ilgilenmesi çocuk üzerinde egemenlik hakkı olduğu ve velâyetin anneye geçtiği anlamına gelmemekteydi.²⁶ Velâyet yine babada kalmaktaydı. Antik Roma'da boşanma için kusur şartı aranmamakta olup evlilik tarafların karşılıklı anlaşmasıyla son bulmaktaydı; bu nedenle Roma hukukunda boşanan eşin kusurlu olup olmaması velâyet hakkını etkileyen bir durum değildi.²⁷ Kocası ölmüş bir kadının çocuğunu yetiştirme ve onu eğitme hakkına sahip olabilmesi için evlenmemiş olması ve toplumda saygın bir yaşama sahip olması gerekmektedir.²⁸

Zamanla velâyet kurumu/kavramı değişerek çocukla ebeveyn arasında koruma ve güven ilişkisine dönüşmüştür.²⁹ Cermen hukukunda ise babanın çocuk üzerinde *munt* hakkı olup³⁰ bu Roma hukukuna kıyasen daha çok çocuğun yararına olan bir kurumdu. Burada eş ve çocuk, babanın hâkimiyeti altında olsalar da babanın bunlar üzerinde bir mülkiyet hakkı yoktu; anne ve çocuklar özgürlerdi.³¹ Babanın aynı zamanda çocuğu koruma, kayırma ve dışa karşı temsil etme gibi yükümlülüklerinin olduğunu söylemek mümkündür.³²

²¹ WACKE, FamRZ 1980, s. 206.

²² KASER, s. 50 vd; HONSELL, s. 182.

²³ MATTHIESSEN, s. 32.

²⁴ BÜRGE, Alfons: **Römisches Privatrecht, Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung**, WBG (Wissenschaftliche Buchgesellschaft), Darmstadt, 1999, s. 167.

²⁵ MECKLING, s. 25.

²⁶ MATTHIESSEN, s. 32.

²⁷ MATTHIESSEN, s. 32. Özellikle Hristiyanlığın kabul edilmesi ile ailenin sona erdirilemeyeceği ve kutsallığı kabul edilmiş olunup kusur prensibi boşanmada önemli hale gelmiştir. Hatta günümüzde bazı ülkelerde artık boşanmada kusur prensibi aranmamaktadır.

²⁸ MATTHIESSEN, s. 33.

²⁹ ABİK, s. 12; MECKLING, s. 29; MATTHIESSEN, s. 33.

³⁰ PLANITZ, Hans: **Germanische Rechtsgeschichte**, Verlag Franz Vahlen, 2. Auflage, Berlin, 1941, s. 27; ZIMMER, s. 57; CANTIENI, s. 75.

³¹ PLANITZ, s. 27.

³² SERDAR, s. 156.

İslam hukukunda ise babanın çocuk üzerinde velâyet hakkı varken; annenin ancak belirli koşulların gerçekleşmesiyle vasi olma imkânı vardı. Buna göre; hür, mümeyyiz, reşit ve itimada layık olup haysiyetli bir yaşam süren bir anne ancak babanın velâyeti kullanamadığı durumlarda vasi olarak atanabilmekteydi ve anne bu koşulları taşııyorsa başka biri vasi olarak atanırdı.³³

Zamanla aile yapıları değişmiş, aile kabilelerden ziyade eş ve çocuklardan oluşan bir yapıya dönüşmüştür.³⁴ 18. yüzyılda tarımdan sanayiye geçilmesi aile yapılarının değişmesinde önemli bir rol oynamıştır.³⁵ Tarım toplumlarında iş ve ikametgâh yerleri birbirine yakın olup aileler daha kalabalıkken; sanayileşmeyle birlikte küçülüp zamanla ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişki kanunlarda düzenlenmeye başlamıştır.³⁶ Başlangıçta velâyet hakkı Roma hukuku örneğine uygun bir şekilde toplum yapılarının ataerkil olması nedeniyle babaya tanınmaktaydı ve babanın çocuğu yetiştirmesi, kişisel ve malvarlığı konularında karar alması olarak tanımlanmaktaydı.³⁷ Boşanmayla birlikte genelde yine velâyet babaya bırakılmaktaydı.³⁸

Yukarıda belirttiğimiz gibi çocuk başta egemenlik altındaki bir nesne (eşya) gibi değerlendirilmekteyken, toplum yapısında meydana gelen değişiklikler çocuğun artık babanın malı olmadığı ve korunması gereken bir kişiliğinin olduğu kabul görmeye başlamıştır.³⁹ Kadın haklarının dışında; çocuk hakları konusunda da gelişmeler yaşanmış ve Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra Cenevre'de Milletler Cemiyeti çocuk ticaretini önlemek, çocuk haklarını daha fazla korumak için uluslararası bir konferans düzenlemiş ve bunun sonunda 1924 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi ilan edilmiştir.⁴⁰ İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra insan hakları söylemlerinin artması, anayasa mahkemelerinin kurulması gibi gelişmelerle birlikte çocukların işgücü olarak kullanılmasının engellenmesi, cinsel sömürülerinin önüne geçilmesi için 1924 tarihli Çocuk Bildirgesi'ni de temel alan BM Çocuk Hakları Bildirgesi 1959 yılında yayımlanmıştır ve daha sonra bu bildireler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne dönüştürülmüştür.⁴¹

Çocuk haklarında meydana gelen ilerlemeler, ailelerin küçülmesi, ailedeki rollerin değişmesi, kadınların ev hayatının yanı sıra iş hayatında aktif rol

³³ SERDAR, s. 157.

³⁴ PLANITZ, Hans/ECKHARDT, Karl August: **Deutsche Rechtsgeschichte**, Böhlau Verlag, 4. Auflage, Graz/Köln/Wien 1991, s. 106 vd.

³⁵ MATTHIENSEN, s. 33.

³⁶ ZIMMER, s. 11.

³⁷ ZIMMER, s. 11.

³⁸ KOSTKA, Kerima: "Elterliche Sorge und Umgang bei Trennung und Scheidung - unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des Kindes", **FPR 2005**, s. 89.

³⁹ ABİK, s. 13.

⁴⁰ SERDAR, s. 159.

⁴¹ SERDAR, s. 158.

oynamaya başlaması, feminist hareketler nedeniyle kadının toplum içindeki rolünün değişmesi zamanla en azından evlilik birliği içerisinde velâyette hem anne hem babanın eşit söz hakkına sahip olmasını sağlamıştır.⁴² Ancak bu velâyete ilişkin tüm konularda sorunların giderildiği anlamına gelmemektedir. Evlilik birliğinin sona ermesi durumunda ebeveynlerin velâyeti ortak kullanıp kullanmayacağı hala tartışmalıdır.

III. Birlikte Velâyet Kavramı Ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velâyet

Velâyette çocuğun bağımsız, sorumluluklarının bilincinde bir insan olarak yetişmesini sağlamak asıl amaç olup velâyet, anne ve babaya çocuğun bakımı ve eğitimi, malvarlığının yönetimi, çocuğu kanunen temsili ve çocuğun menfaatlerinin korunması gibi hak ve yükümlülükler yüklemektedir.⁴³ Buna göre ebeveynlerin çocuğa isim koymaları, çocuğun yerleşim yerini belirlemeleri ve çocuğa eğitim vermeleri (genel eğitim yanında mesleki ve dini eğitim verilmesi) velâyet hakkının çocuğun medeni duruma ilişkin ebeveynlere yüklenmiş olduğu hak ve görevleridir.⁴⁴ Bu hak ve görevlerin sınırını da çocuğun menfaati ve katılım hakkı çizer.⁴⁵ Yine hak ehliyetine sahip olan çocuğun edinmiş olduğu malvarlığı varsa bu malvarlığını koruma, yönetme yetki ve göreviyle; bunları kullanma hakkı velâyet hakkına sahip olan kişiye aittir.⁴⁶ Birlikte velâyet; çocuk üzerindeki velâyet hakkına ana babanın müşterek ve eşit bir şekilde sahip olmasıdır. Velâyetin birlikte kullanılması anne ve babanın, çocuğun bakım, eğitim ve öğretimini birlikte yönetecekleri anlamına gelmektedir.⁴⁷ Anne ve baba velâyet hakkı kapsamına giren konularda birbirine danışıp birlikte karar vereceklerdir ve velâyet hakkının sağladığı hak ve yükümlülükler bölünmeyecektir. Örneğin; çocuğun kişisel işlemleri ile bir tarafın; malvarlığı ile ilgili işlemlerde diğer tarafın söz hakkı sahibi olması mümkün değildir.

Velâyetin anne veya babadan sadece birine bırakıldığı durumlarda tek taraf velâyet hakkına sahip olup velâyetin verdiği hak ve yükümlülükleri kullanan taraf diğerine danışmak zorunda değildir.⁴⁸

Evlilik birliği devam ederken eşlerin velâyeti birlikte kullanmaları son derece yaygınken evlilik birliğinin boşanmayla sona erdiği hallerde birlikte velâyetin devam etmesi hususunda pek çok ülkede özellikle son yıllarda yasal

⁴² Bu hususta detaylı bilgi için bkz. MATTHIESSEN, s. 112-156; MÜLLER, Karen: **Die elterliche Sorge im international-privatrechtlichen Kontext aus konsularrechtlicher Sicht**, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016, s. 3 vd.

⁴³ ABİK, s. 36.

⁴⁴ ABİK, s. 29, 37; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 343 vd.

⁴⁵ ABİK, s. 37.

⁴⁶ ABİK, s. 46.

⁴⁷ ABİK, s. 29; SERDAR, s. 162.

⁴⁸ SERDAR, s. 162.

düzenlemeler yapılmıştır.⁴⁹ Boşanma sayılarında meydana gelen artış bu konunun önemini âdete gözler önüne sermektedir.⁵⁰

Öncelikle evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği hallerde birlikte velâyetin olmaması gerektiğini savunanlar olduğu gibi, boşanmadan sonra birlikte velâyetin varlığının son derece önemli olduğunu, bu nedenle bunun kabul edilmesi ve yasalarda düzenlenmesi gerektiğini savunanlar vardır.

1. Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyeti Olumsuz Bulan Görüşler

Birlikte velâyet sadece hukuksal açıdan değil; sosyolojik ve psikolojik açıdan ele alınarak değerlendirilmiş, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda bunun çocuk açısından ne gibi zarar ve faydasının olacağı tartışılmıştır.⁵¹ Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyete ilişkin getirilen eleştiriler şu şekilde açıklanmaktadır: Bağımlılık teorisine göre⁵² çocuk, ihtiyaçlarının giderilmesi için bir kişiye ihtiyaç duyar, genelde çocuklar doğuştan bir tarafa bağılıdır ve bu daha sonra da bu şekilde devam eder. Bu bağımlılık aynı zamanda insanoğlunun sürekliliğini ve gelişimini sağlar. Çocuk kimin velâyet hakkına tabi olduğunu bilmelidir. Bu, çocuğun gelişimi için çok önemlidir.⁵³ Dolayısıyla evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinde çocuğun velâyetinin her iki tarafa verilmesi çocuğun zararına olacaktır.⁵⁴ Çünkü çocuk ayrı yaşamdan dolayı her iki tarafa aynı davranmak istese de bunu başaramayacaktır⁵⁵. Her zaman neden ailesinin eskisi gibi birlikte olmadığını sorgulayacaktır.⁵⁶

⁴⁹ WALPER, Sabina: "Arrangements elterlicher Fürsorge nach der Trennung und Scheidung: Das Wechsel Modell im Licht neuer Daten aus Deutschland", **21. Deutscher Familiengerichtstag vom 21. Bis 24. Oktober 2015 in Brühl**, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2016, s.101. Boşanma istatistikleri için bkz. s. 100; MATTHIENSEN, s. 49.

⁵⁰ GRÜNDEL, Matthias: **Gemeinsames Sorgerecht**, Lambertus Verlag, Born, 1995, s. 19.

⁵¹ MATTHIENSEN, s. 54.

⁵² DITTMANN, Karl: "Sonderfragen zur Regelungen elterliche Gewalt während und nach der Ehescheidung unter Berücksichtigung des neuen Ehescheidungsrechts", **ZBJugR 1977**, s. 191; KLUßMANN; Rudolf W.: "Der Verfassungsgemäße Ausschluss des gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern (§ 1671 Abs.4 S.1)", **FamRZ 1982**, s. 122; LEMPP, Reinhard: "Die Bindung des Kindes und ihre Bedeutung für das Wohl des Kindes gem. - § 1671 BGB", **FAMRZ 1984**, s. 742; KALTENBORN, Karl-Franz: "Das Personalen Beziehungen des Scheidungskindes als sorgerechtsrelevantes Entscheidungskriterium", **FamRZ 1987**, s. 999.

⁵³ KLUßMANN, **FamRZ 1982**, s. 120.

⁵⁴ KALTENBORN, **FamRZ 1987**, s. 999; KLUßMANN; **FamRZ 1982**, s. 120.

⁵⁵ BALLOFF, Rainer/WALTER, Eginhard: "Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall? Einige theoretische und empirische Grundannahmen" **FamRZ 1990**, s. 452; KLUßMANN; **FamRZ 1982**, s. 121.

⁵⁶ BALLOFF/WALTER, **FamRZ 1990**, s. 447; KLUßMANN; **FamRZ 1982**, s. 121.

Zıtlaşan yetiştirme metodunun da çocuk için bir başka sorun teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Tarafların uyuşmazlıkları ve problemleri nedeniyle evliliklerini sona erdirirken; bunların çocuk yetiştirme hususunda anlaşmalarının çok zor ve sorunlu olduğu kabul edilmektedir.⁵⁷ Bu görüşe göre çocuk ebeveyn elinde bir o yana bir bu yana çekilip⁵⁸ az ya da çok farklı yaşamları, hedefleri olan iki taraf arasında kalacaktır; bu da negatif olarak çocuğun uyum yeteneğini etkileyecek ve çocuğun başka bir takım zorluklarla baş etmesinde sıkıntı yaratacaktır. Zaten sorunlu olan çiftlerin boşandıktan sonra velâyeti birlikte kullanmalarının sorunsuz olacağını, çocuğun yararına harekette bulunacaklarını beklemenin mümkün ve doğru olmayacağı belirtilmiştir.⁵⁹

Birlikte velâyete yöneltlen bir diğer eleştiri ise eşlerin birlikte yaşamamalarıdır. Buna göre zaten sorunlu olan çiftler zamanla çocuğa olan ilgilerini kaybedeceklerdir; ayrıca eşler artık boşandıkları ve aynı evde yaşamadıkları için burada tam anlamıyla bir aileden bahsetmek mümkün olmayacaktır.⁶⁰ Çocukla yaşamayan tarafın ya da çocukla daha az ilişki içerisinde olan tarafın çocuk hakkında daha az bilgiye sahip olacağı ve bunun beraberinde sıkıntılar getireceği savunulmuştur.⁶¹

Başka bir eleştiri ise boşanan çiftlerin yeni birlikteliklerinin/evliliklerinin olmasıdır. Her iki tarafın yeni bir eşinin veya partnerinin olması durumunda birlikte velâyetin sorunlara yol açacağı, çocuğa zarar vereceği belirtilmiştir.⁶² Çünkü birlikte velâyet nedeniyle tarafların eski eşleriyle birbirlerini görmesi gerektiği belirtilmiştir. Çocuğun yetiştirilmesinde artık sırf anne ve baba değil, yeni eşlerin/yeni partnerlerin de ister istemez işin içine gireceği ve ikili bir ilişkinin dışında üçüncü kişilerin de çocuğun hayatına müdahalede ve etkide bulunacağı bir durumun ortaya çıkacağı, muhatap alınacak kişilerin çocuk açısından her seferinde değişeceği belirtilmiştir.⁶³

Boşanmadan sonra birlikte velâyetin anayasalarda aileyi koruma altına alan maddeleri etkisizleştireceği ileri sürülmektedir.⁶⁴ Bu görüşe, göre aile toplumun en önemli çekirdeği olup anne ve babadan oluşmaktadır. Evli olmayan çiftlere

⁵⁷ LUTHIN, Horst: **Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung**, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1987, s. 56.

⁵⁸ DITTMANN, ZBljugR 1977, s. 191.

⁵⁹ DITTMANN, ZBljugR 1977, s. 191; LUTHIN, s. 56.

⁶⁰ KLUßMANN; FamRZ 1982, s. 120.

⁶¹ WALPER, s. 106.

⁶² LUTHIN, s. 55; MICHALSKI, LUTZ: "Gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern", **FamRZ 1992**, s. 131; WALPER, s. 103, 106.

⁶³ MICHALSKI, FamRZ 1992, s. 130 vd.

⁶⁴ HOLZHAUER, Heinz: "Verwandschaftliches Elternstellung verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge", **FamRZ 1982**, s. 116; BRUNS, Rudolf: "Elterlichen Sorge. Klarstellungen", **FamRZ 1979**, s. 279 vd. Devletin çocuğu ebeveyn insiyatifine bırakmaması gerektiğine dair düşünceleri için s. 281.

ya da boşanmadan sonrada ebeveynlere, velâyeti birlikte kullanma hakkı verilecekse bu durumda taraflar aile kurmak istemeyeceklerdir ve bu durum uzun vadede aile kurumunu olumsuz etkileyecektir.⁶⁵

2. Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyeti Olumlu Bulan Görüşler

Birlikte velâyete ilişkin doktrinde ileri sürülmüş olumlu görüşler de bulunmaktadır. Bağımlılık teorisine göre çocuğun sadece bir tarafa bağlı olması eleştirilmiştir. Buna göre önemli olan, çocuğun bir tarafı muhatap alması değil; taraflardan birinin dışlanmaması ve çocuğun her iki tarafla da ilişki içinde olmasıdır.⁶⁶ Velâyetin ana babadan birine bırakılması, çocuğun boşanmayla ebeveynlerden birini seçmek zorunda bırakılması anlamına gelmektedir.⁶⁷ Oysaki çocuğun gelişimi ve geleceği düşünülerek sürekli birlikte olunmasa da iki tarafla ilişki içinde olması gerekir. Bu görüş taraftarlarına göre, birlikte velâyet olması durumunda çocuğun bağımlılık duygusunun gelişmeyeceğini ileri sürmek doğru değildir. Çünkü zaten birlikte velâyet olmasaydı bile çocuk diğer tarafla kişisel ilişki kuracaktı ve aynı sıkıntılar bu kişisel ilişkinin kurulmasıyla da ortaya çıkabilecekti. Çocuğun, boşanmanın acısını her iki tarafla olan ortak ilişkiyle daha kolay bir şekilde atlatacağı ve ailesinin sona ermediğini sadece bir takım değişiklikler geçirdiğini daha kolay anlayacağı belirtilmiştir. Birlikte velâyeti olumlu bulanlara göre eşler birbirinden ayrılırlar; ama anne ve baba olmaktan kurtulamazlar.⁶⁸ Eşlerin başka biriyle yaşaması, evlenmesinden dolayı birlikte velâyetin ortadan kaldırılması mantıklı bulunmamıştır.⁶⁹ Çocuğun ilişkisine üçüncü kişilerin müdahale edeceği tehlikesinin sadece birlikte velâyette ortaya çıkacak olumsuz bir durum olmadığı, velâyetin tek bir tarafa bırakılması halinde de bu tarafın başka biriyle yaşayıp, evlenebileceği o halde bu durumun birlikte velâyetten çok daha farklı ve iyi olacağını savunmanın kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Aslında birlikte velâyetin çocuğun sığınacağı bir başka limanının olduğunu bilmesi ve kendini daha güvende hissetmesini sağlayacağı savunulmaktadır. Çünkü çocuk her iki tarafı da kaybetmemiştir ve bir tarafın onun sorunlarını çözemediği, ona yardımcı olmadığı durumlarda

⁶⁵ HOLZHAUER, FamRZ 1982, s. 116; BRUNS, FamRZ 1979, s. 279.

⁶⁶ MICHALSKI, FamRZ 1992, s. 132 vd.

⁶⁷ Daha çok babanın olmaması ve annenin tek kalması anlamına da geliyor. Bu husustaki verilere göre boşanan çiftlerin çocuklarının % 30 ile % 60 varan oranları babalarıyla sadece yılda bir kez görüşmekte. Detaylı bilgi için CANTIENI, s. 55; FEHMEL, Hans-Werner: "Ist das Verbot des gemeinsamen elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung (§ 1671 Abs. IV. S. 1 BGB) verfassungswidrig?", FamRZ 1980, s. 760.

⁶⁸ MECKLING, s. 611; KALTENBORN, Karl-Franz: "Das Gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung im Spiegel ausländischer Erfahrungen", FamRZ 1983, s. 971.

⁶⁹ MATTHIESEN, s. 58; ELL, Ernst: "Wie ist das mit der "Hauptbezugsperson"?", ZBJugR 1982, s. 82.

diğer tarafın yanında olacağını bilecektir.⁷⁰

Birlikte velâyetin çocukta bağımlılık ve süreklilik problemini doğuracağı eleştirileri de ortak velâyeti olumlu bulanlarca kabul edilmemiştir.⁷¹ Çocukla kişisel ilişki kurulması durumunda bir tarafın -özellikle velâyet kendisine verilmeyen - nafaka yükümlülüğünden kaçacağı; yine velâyet kendisine verilen ama nafaka alamayan tarafın, -çoğunlukla annenin- çalışmak zorunda kalacağı ve böylelikle günün sonunda çocuğun aslında iki taraftan tam olarak beklediği sevgi ve ilgiyi göremeyeceği savunulmaktadır.⁷² Her iki tarafın çocukla daha fazla ilişki kuracağı velâyetin birlikte kullanılması durumunda, etik olarak her iki tarafın çocuğun gelişimi için daha fazla ekonomik yükümlülük altına girmeyi kabul edeceği ve bu durumun çocuk için olumlu olacağı belirtilmiştir.⁷³

Yine birlikte velâyetin ailenin amacı olan güvenli, mutlu, sorumluluğu olan birey yetiştirmeye daha fazla hizmet ettiği savunulmuştur.⁷⁴ Tek taraflı velâyetle kişisel gelişimin olumsuz etkileneceği belirtilmiştir. Bu görüş taraftarlarına göre, bilimsel çalışmalar özellikle 12 yaş altındaki çocuklar için sürekli, sağlıklı bir ilişkinin önemli olduğunu ancak bunun illa da tek bir tarafla kurulmasının gerekmediğini göstermektedir.⁷⁵ O halde birlikte velâyette her iki tarafın farklı yeteneklerinin olması, çocuğa yardımcı olmaya hazır olmaları, eğitimin, sevginin ve güven duygusunun her iki taraftan çocuğa verilmesi; çocuğun gelişimi için son derece önemlidir. Çocuğun tek bir kişinin inisiyatifinde olmamasının önemli olduğu ve çocuğun bir tarafa bağlı olması yerine birden fazla kişi ile güven duygusu içinde olmasının kişisel gelişimini pozitif yönde etkileyeceği kabul edilmiştir.⁷⁶ Boşanmadan sonra birlikte velâyetin olması durumunda tarafların kaybetme, suçluluk duyguları ortadan kalkacağı için çocuğu artık bir araç olarak kullanmayacakları ve eşler arasındaki çatışmanın zamanla azalacağı belirtilmektedir.⁷⁷ İnsanın doğası gereği

⁷⁰ MATTHIESEN, s. 65; MARINOPOULOS, Alisko: **Entscheidungsrecht bei gemeinsamer elterlicher Sorge getrennt lebender Ehegatten in Deutschland und Australien**, Peter lang, Frankfurt am Main, 2003, s. 24; OLLMANN, Rainer: "Das gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung und das KJHG" **FamRZ 1993**, s. 871.

⁷¹ OELKERS, Harald/KARSTEN, Hartwig: "Zehn Jahre gemeinsame Sorge nach der Scheidung", **FamRZ 1993**, s. 19; KALTENBORN, FamRZ 1983, s. 971.

⁷² KROPHOLLER; Jan: "Gemeinsame elterliche Sorge nach der Ehescheidung im deutschen und im ausländischen Recht", **JR 1984**, s. 97; WALPER, s. 102; OELKERS/KARSTEN, FamRZ 1993, s. 19.

⁷³ MICHALSKI, FamRZ 1992, s. 131; OELKERS/KARSTEN, FamRZ 1993, s. 19; MARINOPOULOS, s. 26 vd.

⁷⁴ MARINOPOULOS, s. 24.

⁷⁵ FEHMEL, FamRZ 1980, s.760 vd.; LEMPP, Reinhard: "Die Bindung des Kindes und ihre Bedeutung für das Wohl des Kindes gemäß § 1671 BGB", **FamRZ 1984**, s. 742 vs.

⁷⁶ MARINOPOULOS, s. 24.

⁷⁷ COESTER, Micheal: "Neue Aspekte zur gemeinsamen elterlichen Verantwortung nach der Trennung und Scheidung", **FuR 1991**, s. 72; JOPT, Uwe-Jörg: "Nacheheliche Elternschaft

sosyolojik, psikolojik ve ekonomik bir bütünlük içinde olmak zorunda olduğu ve çocuğun ebeveynleriyle ancak bir bütün olduğu bunun da boşanma halinde ancak birlikte velâyet ile sağlanabileceği savunulmaktadır. Velâyetin tek tarafa bırakılması halinde velâyetin kendisine verilmeyen tarafın çocukla belirli aralıklarla buluşmasının (kişisel ilişki hakkı) bu olumsuzlukları gideremeyeceği ileri sürülmüştür.⁷⁸

Bu görüşü savunanlara göre, eşlerin boşanmış olması demek ebeveynlerin sürekli olarak çocuk için çatışacağı anlamına gelmemektedir; yine boşanma oranlarına bakıldığında çoğunlukla çiftlerin çocuk nedeniyle ayrılmadığı görülmektedir.⁷⁹ Ayrıca birlikte velâyet olması durumunda boşanan çiftlerin zamanla duygularını kontrol altına aldıkları; kinlerini, öfkelerini törpüledikleri ve artık çocuğu birbirlerine karşı kullanmayarak çocuğun menfaatini birlikte korudukları gözlemlenmektedir.⁸⁰

Boşanma halinde birlikte velâyetin devam ettirilmesi gerektiğini savunanlara göre; eşlerin farklı yetiştirme biçimi, yaşam tarzının da her zaman çocuğun aleyhine olduğunu kabul etmek doğru değildir. Çocuk farklılıklardan beslenebilir, kendini geliştirebilir ve her iki tarafla bağlantısı ne kadar iyi olursa boşanmanın etkilerini, boşanmanın travmasını üzerinden o kadar kolay atar.⁸¹ Cinsiyetler arasında farklılıklar olup çocuğun hem anneye hem de babaya ihtiyacı vardır. Düşünce farklılığı, çocuğa zenginlik katan bir olgudur ve bu nedenle yetiştirme metodundaki farklılıklar gerekçe gösterilerek birlikte velâyet ortadan kaldırılmamalıdır.⁸²

IV. Karşılaştırmalı Hukukta Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Birlikte Velâyet

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda velâyet konusu sadece ulusal sınırlar içerisinde kalınarak çözülebilecek bir sorun değildir; hukuki sorunlara özellikle çocukları ilgilendiren sorunlara daha geniş bir perspektiften bakılarak, değişik ülkelerdeki gelişmeler dikkate alınarak çözüm modellerinin getirilmesi son derece önemlidir. Günümüzde farklı milliyetten insanların evlenmesi, farklı ülkelerde yaşaması sıklıkla görülmektedir. Türk hukukunda velâyete ilişkin yapılacak değişikliklerden daha iyi sonuç alabilmek

und Kinderwohl –Plädoyer für das gemeinsame Sorgerecht als anzustrebender Regelfall“, **FamRZ 1987**, s. 884; OELKERS/KARSTEN, **FamRZ 1993**, s. 19; LUTHIN, s. 49.

⁷⁸ WALPER, s. 102.

⁷⁹ LEMPP, **FamRZ 1984**, s. 743; BALLOFF/WALTER, **FamRZ 1990**, s. 448 ve 450; DIECKMEIS, Franz: “Die gemeinsame Sorge- engagiertes Plädoyer. Die Bewältigung der Scheidungskrise, Hilfe durch Gerichte und Jugendämter?“, **ZBIJugR 1989**, s. 58.

⁸⁰ DIECKMEIS, **ZBIJugR 1989**, s. 58.

⁸¹ OELKERS/KARSTEN, **FamRZ 1993**, s. 19.

⁸² JOPT, **FamRZ 1987**, s. 879

için öncelikle birkaç ülkedeki durumun incelenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Özellikle son yıllarda eşitlik ilkesi, çocuğun üstün yararı gibi konuların sıklıkla gündeme gelmesi, ebeveynlerin çocuğu daha çok düşündükleri ve onların bu konuda korunması gereken otonomi/özgürlüklerinin olduğunun kabulü, birlikte velâyetin yukarıda saydığımız olumlu yanlarının dikkate alınması nedeniyle boşanmadan sonra birçok ülkede düzenlendiği görülmektedir.⁸³ Ancak bu ülkelerde birlikte velâyetin boşanma ile birlikte kendiliğinden mi devam edeceği, yoksa ebeveynlerin bu hususta aktif davranışlarda bulunması -örneğin dilekçe vermesi- gerekip gerekmediği ve birlikte velâyete karar verilen durumlarda eşlerin bunu nasıl kullanacağı, tarafların tüm işlerde mi yoksa belirli işlerde mi ortak karar alacağını incelenmesi gerekmektedir; zira taraflar artık aynı evde yaşamamaktadırlar.

1. Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Halinde Birlikte Velâyeti Düzenleyen Ülkeler

Boşanmadan sonra birlikte velâyet Almanya, Avusturya, Belçika, İngiltere, Fransa, Rusya, İspanya, Norveç, Portekiz, İtalya ve İsviçre gibi pek çok ülkede kabul edilmektedir.⁸⁴ Bu düzenlemelerin temelinde eşlerin ayrışmalar bile anne ve baba kalmaya devam edeceği ve çocukla ilgilenmelerini sürdürecekleri, dolayısıyla bunun çocuğun yararına olacağı kabulü yatmaktadır. Ancak birlikte velâyeti kabul eden her ülkede birlikte velâyet kanun uyarınca devam etmemekte olup bazı ülkelerde birlikte velâyeti isteyen ebeveynlerin bu hususta mahkemeden bir talepte bulunması gerekmektedir.⁸⁵

Birlikte velâyetin boşanmadan sonra kanun uyarınca devam ettiği hallerde boşanmanın velâyet hakkı üzerinde hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Bu modele göre eşler boşansalar dahi evlilik birliği devam ederken sahip oldukları birlikte velâyeti kullanmaya devam edeceklerdir. Anne ve babanın birlikte velâyeti kullanabilmeleri için ayrıca bir dilekçe vermelerine gerek yoktur. Bu modelde eğer eşler birlikte velâyeti kullanmak istemiyorlarsa velâyetin bir tarafa verilmesi için talepte bulunmaları gerekir. Mahkeme ancak birlikte velâyetin çocuğun menfaatine açıkça aykırı olduğu durumlarda veya tarafların birlikte velâyetin sona erdirilmesini istemeleri hususunda dilekçelerinin olmasıyla müdahale eder.⁸⁶

Bu modele verilecek en iyi örnek Alman hukukudur. Alma hukukunda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velâyet tek bir tarafa

⁸³ HAMMER, FamRZ 2005, s. 1210.

⁸⁴ CANTIENI, s. 119.

⁸⁵ CANTIENI, s. 123 vd.

⁸⁶ HAMMER, FamRZ 2005, s. 1211.

verilmekteydi.⁸⁷ 1980’li yılların başlarında birçok ebeveyn Federal Alman Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunup boşanma halinde velâyetin birlikte kullanılmasına olanak vermeyen 1671. maddenin 4. fıkrasının (eski versiyonunu) anayasada korunma altına alınan temel haklarına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi 03.11.1982 yılında vermiş olduğu kararda evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesi halinde birlikte velâyet hakkını taraflara tanımayan madde 1671 fıkra 4’ü Anayasa’ya aykırı bulmuştur.⁸⁸ Mahkemeye göre Federal Alman Anayasası’nın aileyi ve ebeveynlerin özgürlüğünü⁸⁹ koruyan 6. maddesi ışığında, ebeveynlere birlikte velâyeti kullanma hakkı tanınmalıdır.⁹⁰ Bu kararın ardından mahkemeler ebeveynlerin isteği, birlikte çalışabilme yeteneğinin bulunmaları halinde ve bunun çocuğun yararına uygun olması şartıyla birlikte velâyete karar vermiştir.⁹¹ Ancak evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyet koşullarının net olmaması mahkemelerin bu hususta daha çekingen davranmasına sebebiyet vermiştir. Birlikte velâyet Alman hukukunda Çocuk Hakları Reformu Kanunu ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin ebeveynlere daha fazla hak veren kararının ardından kabul edilmiş olup Alman Medeni Kanunu’nun 1671. maddesinde düzenlenmiştir.⁹² Bu maddeye göre ayrılık veya boşanma halinde birlikte velâyet devam etmekte olup ancak taraflardan birinin talebiyle sona erebilir. Ebeveynlerden birinin vermiş olduğu bu dilekçe ancak çocuğun yararına⁹³ uyarırsa mahkemece kabul edilir ama 14 yaşını dolduran çocuk velâyetin tek bir tarafa verilmesine itiraz edebilir.⁹⁴ Alman hukukunda boşanmak isteyen çiftler, Alman Medeni Usul Kanunu’nun 622. maddesinin 2. fıkrası uyarınca verecekleri dilekçede ergin olmayan çocukları varsa bu hususu da belirtmelidirler. Böylelikle boşanma dilekçesini alan Aile Mahkemesi durumu Sosyal Hizmetler Kurumu’na bildirerek bu

⁸⁷ SCHLÜTER, Wilfred: **BGB-Familienrecht**, 13. Auflage, C.F Müller Verlag, Heidelberg, 2009, s. 244, 247

⁸⁸ BVerfGE 61, 358= NJW 1983, s. 101.

⁸⁹ HAMMER, FamRZ 2005, s. 1210 vd.

⁹⁰ SCHWAB, Dieter: “Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern - Die Neuregelung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes”, **FamRZ 1998**, s. 458.

⁹¹ ZIMMER, s. 146; LIMBACH, Jutta: **Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern**, C.H. Müller, Heidelberg, 1988, s. 18.

⁹² VON DER HEYDE, Irene: **Internationalrechtliche Studien Beiträge zum Internationalen Privatrecht zum Einheitsrecht und zur Rechtsvergleichung**, Peter lang, Frankfurt am Main, 2004, s. 67; SCHLÜTER, s. 247 vd.

⁹³ Çocuk yararı ve ebeveynlerle ilişkisi hakkında detaylıca bkz. JESTAEDT, Matthias: “Kindesrecht zwischen Elternverantwortung und Staatsverantwortung. Herausforderungen des Eltern-Kind- Verhältnisses aus verfassungsrechtlicher Perspektive“, **21. Deutscher Familiengerichtstag vom 21. Bis 24. Oktober 2015 in Brühl**, Gieseking Verlag, Bielefeld 2016, s. 70; ZIMMER, s. 182-235.

⁹⁴ OELKERS, Harald: “Das neue Sorgerecht in der Familienrechtlichen Praxis“, **FuR 1999**, s. 350.

kurumun ebeveynleri velâyet hakkı ve çocuğun bakımı ile ilgili hususlarda bilgilendirmesini sağlayacaktır.

Fransa'da evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyet 1987 yılında istisna olarak kabul edilmişken, 1993 yılında kural haline getirilmiştir.⁹⁵ Başka bir ifadeyle boşanma ile velâyetin anne ve baba tarafından kullanılmasının sona ermeyeceği kabul edilmiştir.⁹⁶ 2002 yılında birlikte velâyete ilişkin hükümlerde değişiklikler yapılmıştır ve birlikte velâyet Fransız Medeni Kanunu'nun 373-2. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir.⁹⁷ Bu maddede boşanmanın, velâyetin ebeveynler tarafından kullanılmasına bir etkisi olmadığı belirtilmekte olup her iki tarafın çocuk üzerinde eşit hak ve yükümlülükleri olduğu ve tarafların birbirinin kararlarına saygı göstermesi gerektiği kabul edilmektedir. Birlikte velâyetin nasıl kullanılacağı hususunda ebeveynlerin anlayamadığı durumlarda 373-2. madde uyarınca tarafların aile mahkemelerine başvurması gerektiği belirtilmiştir.⁹⁸ Fransız Medeni Kanunu'nun 373-2-1. maddesinin 1. fıkrası gereğince ancak çocuğun menfaati gerektiriyorsa mahkemenin velâyeti tek tarafa verebileceği düzenlenmiştir.⁹⁹ Velâyetin tek tarafa verildiği durumlarda velâyet hakkı kendisine verilmeyen tarafın ise çocuğu izleme, denetleme ve çocuğun hayatını ilgilendiren önemli konularda bilgi alma hakkı vardır. Ayrıca velâyet hakkı kendisine verilmeyen tarafın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı vardır.¹⁰⁰

Yukarıda Fransa ve Almanya için anlattığımız bu durum Belçika, İtalya, İsveç ve Hollanda ile İngiltere için de geçerlidir.¹⁰¹

İtalya'da birlikte velâyet kanundan doğmaktadır.¹⁰² Bu sistemde hâkim çocuğun menfaatini dikkate alarak velâyetten doğan hak ve yükümlülükleri

⁹⁵ GRÜNDEL, s. 142, 147; CANTIENI, s. 118 vd.

⁹⁶ GRÜNDEL, s. 142.

⁹⁷ EBER-ARAMPATSI, C.: **Ausländisches Familienrecht Eine Auswahl von Länderdarstellungen Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H. Beck, München, März 2017, Nr. 27; FERRAND, Frederique: **European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities**, Boele-Woelki, Katharina/ Braat, Bente/ Curry-Sumner, Ian (Edt) Intersentia EFL, Antwerp- Oxford. 2005, s. 283.

⁹⁸ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006426578> (Erişim: 06.08.2017).

⁹⁹ FERRAND, s. 283; EBER-ARAMPATSI, Nr. 7.

¹⁰⁰ FERRAND, s. 283; EBER-ARAMPATSI, Nr. 7.

¹⁰¹ BOELE-WOELKI, Katharina/BRAAT, BENTE/CURRY-SUMNER, Ian: **European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities**, Boele-Woelki, Katharina/ Braat, Bente/ Curry-Sumner, Ian (Ed.) Intersentia EFL, Antwerp- Oxford, 2005 s. 275 vd.; CANTIENI, s. 118 vd.

¹⁰² PATTI, Salvatore/BELLISARIO, Elena/ROSSI CARLEO, Liliana: **European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities** Boele-Woelki, Katharina/ Braat, Bente/ Curry-Sumner, Ian (Ed.) Intersentia EFL, Antwerp- Oxford, 2005, s. 287.

bir tarafa verebilir.¹⁰³ Mahkeme maddi ve manevi olarak çocuğun menfaatinin dikkate alacaktır.¹⁰⁴

İsviçre hukukunda başlangıçta boşanmayla birlikte velâyet sona ermekte ve taraflardan biri velâyeti kullanmaktayken yapılan değişiklikler sonunda istisnai olarak boşanma halinde İsviçre Medeni Kanunu'nun 133. maddesindeki koşulların gerçekleştirilmesi ile velâyetin birlikte kullanılabileceği düzenlenmişti.¹⁰⁵ O halde birlikte velâyet için tarafların mahkemeye bir dilekçe ile başvurması ve dilekçelerinde tarafların çocuğun kişisel bakımı, nafakası gibi hususlarda anlaşması beklenmekteydi. Ayrıca birlikte velâyetin çocuğun yararına uygun olması gerekmektedir.¹⁰⁶ Her ne kadar birlikte velâyetin istisna olduğu açıkça belirtilmemiş olsa da doktrinde tarafların dilekçelerine ve koşula bağlı olmasının birlikte velâyetin istisna; tek taraflı velâyetin ise ana kural olarak değerlendirilmesine sebebiyet vermiştir.¹⁰⁷ Almanya'ya karşı açılan Zaunegger¹⁰⁸ ve Avusturya'ya karşı açılan Sporer¹⁰⁹ davalarında AİHM özellikle evli olmayan ebeveynlerde velâyetin annede olmasını ve birlikte velâyetin kullanılmasının iki tarafın ortak dilekçesine bağlı tutulmasını başka bir deyişle annenin, babanın velâyeti kullanmasına ilişkin veto hakkını AİHS'nin 8. ve 14. maddelerine aykırı bulmasının ardından İsviçre'de velâyete ilişkin hükümlerde değişiklikler yapılmıştır.¹¹⁰ 01.07.2014 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olan bu değişikliklerin İsviçre'de evlilik içinde doğmamış olan çocuğun velâyeti ile boşanmadan sonra birlikte velâyete ilişkin hükümleri kapsadığı görülmektedir.¹¹¹ Bu değişikliklerle birlikte artık evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyetin madde 296 fıkra 2 ile 298 fıkra 1 (zıt anlamından/*e contrario*) hükümlerine istinaden devam ettiği

¹⁰³ PATTI/BELLISARIO/ROSSI CARLEO, s. 288.

¹⁰⁴ PATTI/BELLISARIO/ROSSI CARLEO, s. 289.

¹⁰⁵ GRÜNDEL, s. 180; CANTIENI, s. 77-90; GEISER, Thomas: "Besprechung neuerer Entscheidungen auf dem Gebiet des Eherechts", **AJP 2015**, s. 1724.

¹⁰⁶ GRÜNDEL, s. 180, 182; CANTIENI, s. 97-110.

¹⁰⁷ CANTIENI, s. 97.

¹⁰⁸ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22dmdocnumber%22:%5B%22859047%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-96020%22%5D%7D> (Erişim: 08.10.2017).

¹⁰⁹ https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_20110203_AUSL000_000BSW35637_0300000_000/JJT_20110203_AUSL000_000BSW35637_0300000_000.pdf Erişim: 08.10.2017).

¹¹⁰ GEISER, AJP 2015, s. 1724; FELDER, Wilhelm/HAUSHEER, Heinz/ AEBI-MÜLLER, Regina/ DESCH, E. Erica: "Gemeinsame elterliche Sorge und Kindeswohl", **ZBJV 150/2014**, s. 892

¹¹¹ GEISER, AJP 2015, s. 1724; BERTSCH, Nora/MARANTA, Luca: "«Wir ziehen um?!» – wenn Eltern über den Aufenthaltsort des Kindes streiten", **FamPra.ch 2017**, s. 649; HAUSHEER, Heinz: "Gemeinsame elterliche Sorge als Regeltatbestand in der Schweiz", **FamRZ 2014**, s. 1521; ÖCAL APAYDIN, Bahar: "İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 145-146, Eylül-Ekim 2016, s. 642 vd.

görülmektedir.¹¹² Hatta bu değişiklikler yapılırken kanun koyucu artık birlikte velâyetin ana kural olduğu hususunu belirtmiştir.¹¹³ O halde İsviçre’de kanun koyucu pek çok ülkede olduğu gibi ana ve babanın medeni durumuna göre velâyeti düzenlemekten vazgeçmiştir. Birlikte velâyet; evli olan, olmayan ve boşanmış ebeveynlere tanınmıştır.¹¹⁴ Ancak bu durum her zaman istisnasız birlikte velâyet olacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Gerek çocuk haklarına dair uluslararası anlaşmalar gerekse İsviçre Medeni Kanunu’nun velâyete ilişkin maddelerinin ışığında somut olayın değerlendirilmesi gerekir.¹¹⁵ Bu nedenle çocuğun yararı gerektiriyorsa hâkim velâyeti taraflardan birine bırakabilir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin konuya ilişkin yeni kararına bakıldığında¹¹⁶ mahkeme bazı durumlarda yine de velâyetin bir tarafa verilebileceğinden bahsetmiştir. Mahkemeye göre eğer ebeveynler arasında devam eden bir iletişim sorunu ve anlaşmazlık varsa ve bu durum çocuğun menfaatine aykırılık teşkil ediyorsa velâyetin bir tarafa verilmesinden bahsedilebilir. Burada anlaşmazlığın illa belirli bir konuya ilişkin olması gerekmemektedir. Mahkeme ancak uyuşmazlığın önemli ve devam eden konular hakkında olması halinde tek tarafa velâyetin verileceğini belirtmiştir.¹¹⁷ Doktrinde mahkeme tarafından 311. madde dikkate alınarak orda sayılan sebeplerden dolayı velâyetin tek tarafa re’sen verileceği belirtilmiştir. Yani ebeveynlerden birinin tecrübesizliği, hastalığı, yokluğu, şiddete başvurması veya buna benzer sebeplerden dolayı velâyetten doğan yükümlülüğünü yerine getiremeyecek durumda olması halinde veya çocukla gerçekten ilgilenmeyip velâyetten doğan yükümlülüklerini büyük ölçüde ve kusurlu bir şekilde zedelemesi durumunda velâyet tek bir tarafa verilebilir.¹¹⁸

İsveç hukukunda boşanma, birlikte velâyeti ortadan kaldırmamaktadır. Ebeveynlerin istemesi ya da mahkeme tarafından birlikte velâyetin çocuğun yararına olmadığı durumlarda velâyet tek tarafa verilmektedir. Birlikte velâyetin kanun gereği kendiliğinden devam etmesi birlikte velâyetin temel bir kural olduğu şeklinde yorumlanmıştır.¹¹⁹ Ancak ebeveynlerden bir tarafın velâyet yükümlülüklerine aykırı davranması, uyuşturucu madde bağımlısı vs. olması gibi durumlarda ise velâyetin tek bir tarafa verilmesi gündeme

¹¹² GEISER, ZKE 2015, s. 235; MEYER, Nr. 16.

¹¹³ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2014/529.pdf>. (Erişim: 06.10.2017)

¹¹⁴ MEYER, K: Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen, Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H.Beck, März 2017, Nr. 16; HAUSHERR, FamRZ 2014, s. 1521.

¹¹⁵ MEYER, Nr. 16.

¹¹⁶ BGer 5A_923/2014 vom 27.08. 2015 Nr.4. 4, 4.6, 4.7 (Swisslex).

¹¹⁷ BGer 5A_923/2014 vom 27.08. 2015 Nr.4. 4, 4.6, 4.7(Swisslex).

¹¹⁸ MEYER, Nr. 16; GEISER, AJP 2015, s. 1725.

¹¹⁹ MEYER, NR. 16.

gelecektir.¹²⁰

İngiltere’de velâyete ilişkin 1987 Aile Hukuku Reform Yasası ile 1989 tarihli Çocuk Kanunu bulunmaktadır.¹²¹ Buna göre boşanma ile anne ve babanın velâyet hakkını birlikte kullanmaları kendiliğinden sona ermemektedir; çünkü ebeveynlerin özerkliğine ve kararlarına saygı gösterilmesi gerektiği ve bu nedenle boşanmadan sonra velâyete müdahalenin zorunlu olmadığı kabul edilmiştir.¹²² Birlikte velâyeti kullanan ebeveynlerin çocuk için önemli olan hususlarda (ikametgâh, nafaka vs.) anlaşması istenmektedir.¹²³ Buna göre ebeveynlerin çocuğun nerede yaşayacağı (*residence order*), kimle hangi koşullar altında ne kadar görüşeceği (*contact order*), kendisine çocuk bırakılan tarafın izinsizce ikametgâhı değiştirmeyeceği (*prohibited step order*) ve diğer bazı konular üzerinde anlaşmaları ve bu anlaşmanın mahkeme tarafından onaylanması istenmiştir.¹²⁴ İngiltere’de mahkeme ebeveynlerin talebi üzerine veya çocuğun yararına daha uygun ise ebeveynlerin talebi olmadan kendiliğinden çocuğun hangi tarafla yaşayacağına karar verebilmektedir.¹²⁵

Belçika’da birlikte velâyet kanunen devam edip boşanmanın buna bir etkisi olmasa dahi ailelerin İngiltere’de olduğu gibi belirli konular üzerinde anlaşması istenmektedir.¹²⁶ Buna göre çocuğun sağlığı, eğitimi, dini eğitimi, dünya görüşü, boş zamanındaki aktiviteleri hususunda tarafların anlaşması gerekmektedir.¹²⁷ Belçika Medeni Kanunu’nun 302. maddesinde çocuğun menfaatinin belirleyici olduğu vurgulanmıştır.¹²⁸

2001 yılında birlikte velâyeti düzenleyen Avusturya Medeni Kanunu’nun 177. maddesinde başlangıçta İsviçre’de olduğu gibi tarafların birlikte velâyet hususunda bir talepte bulunmaları (Ortak ya da ayrı dilekçelerle), çocuğu ilgilendiren önemli konular üzerinde anlaşmaları ve mahkemenin bu konuları görevi gereği inceleyip, birlikte velâyetin çocuğun yararına olup olmadığını

¹²⁰ FIRSCHING, A.: **Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen, Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H.Beck, München, März 2017, Nr. 16.

¹²¹ GRÜNDEL, s. 195 vd.; CANTIENI, s. 121.

¹²² GRÜNDEL, s. 199; CANTIENI, s. 122.

¹²³ GRÜNDEL, s. 142; CANTIENI, s. 122; WOELKE, A.: **Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen, Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H. Beck, München, März 2017, Nr. 27-32.

¹²⁴ GRÜNDEL, s. 200, 205; WOELKE, Nr. 29, 30.

¹²⁵ WOELKE, Nr. 27-32.

¹²⁶ GRÜNDEL, s. 163.

¹²⁷ GRÜNDEL, s. 163 vd.; HEITMÜLLER, M.: **Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen, Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H. Beck, München, März 2017, Nr. 16.

¹²⁸ HEITMÜLLER, Nr. 16; GRÜNDEL, s. 163 vd.

çocuğu dinleyerek karar vermesi gerektiği düzenlenmişti.¹²⁹ Mahkeme sadece belirli konularda birlikte velâyeti ebeveynlere verip diğer kalan hususlarda tek tarafa verebilmekteydi. Ebeveynlerin çocuğu ilgilendiren hususlarda özellikle ikametgâh hususunda anlaşamamaları halinde veya bunun çocuğun menfaatine uymadığı hallerde mahkeme velâyeti bir tarafa bırakabilme hakkına sahipti. Medeni Kanun'da yapılan değişiklikle boşanma halinde velâyetin akibeti 179. maddede düzenlenmiş olup¹³⁰ artık boşanmanın velâyet üzerinde direk bir etkisi olmadığı kabul edilmektedir. Ancak ebeveynler dilerse velâyet hakkının sadece bir tarafta kalmasına veya belirli konular hakkında karar verme yetkilerinin sadece bir tarafta olmasına karar verebilirler. Birlikte velâyetin kullanılması durumunda çocuğun ikametgâhının neresi olacağı ve özellikle çocukla daha çok kimin ilgileneceği gibi hususların açıklığa kavuşması gerekir. Avusturya hukukunda çocuğun yararı son derece önemli olup velâyette göz önüne alınması gerekir.¹³¹

İspanya'da yapılan değişikliklerle 92. madde uyarınca boşanmanın velâyete bir etkisi olmamaktadır.¹³² Mahkeme birlikte velâyeti ortadan kaldırıp sadece bir tarafa velâyeti verebileceği gibi yine birlikte velâyete rağmen bazı hususlarda karar alma yetkisini bir tarafa bırakabilir. Mahkeme, kardeşler varsa bunların ayrılmamasına dikkat etmelidir.¹³³ Mahkeme çocuğun menfaatini/ yararını dikkate almaktadır ve 12 yaşını doldurmuş çocuğun da dinlenmesi gerekmektedir. Ayrıca 12 yaşını doldurmamış olup karar verebilecek düşüncelerini ifade edecek durumdaysa çocuk mahkeme tarafından dinlenir.¹³⁴

2. Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyeti Düzenleyen Ülkelerde Velâyetin Kullanılması

Yukarıda açıkladığımız üzere birçok ülkede birlikte velâyet düzenlenmiştir ve boşanmadan sonra birlikte velâyetin kullanılması evlilik birliği devam ederken kullanılan birlikte velâyetten bir takım farklılıkları bünyesinde barındırmaktadır. Çünkü artık anne ve baba aynı evde yaşamamaktadır. Burada aile yaşantısında ve yapısında bir takım değişiklikler meydana gelmektedir. Boşanmadan sonra birlikte velâyetin nasıl kullanılması gerektiği hususunda farklı modeller vardır. Hangi tarafın, hangi işleri tek başına yapacağı vs. hususlar bazı ülkelerde farklı

¹²⁹ CANTIENI, s. 124.

¹³⁰ NADEMLEINSKY, M: **Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen, Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H. Beck, München, März 2017, Nr. 17.

¹³¹ NADEMLEINSKY, Nr. 17.

¹³² ADAM, B. M./PERONA FEU, P: **Ausländisches Familienrecht Eine Auswahl von Länderdarstellungen Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H. Beck, München, März 2017, Nr. 20.

¹³³ ADAM/PERONA FEU, Nr. 20.

¹³⁴ ADAM/PERONA FEU, Nr. 20.

düzenlenmiştir. Bazı ülkelerde velâyetin konusuna giren işler; günlük ve önemli işler olarak ayrılmaktadır.¹³⁵ Buna göre, günlük olarak tabir edilen işleri çocuğu yanında bulunduran anne veya baba diğerine sormaksızın yapacaktır.¹³⁶ Ancak önemli olan işlerde ebeveynlerin ortak karar alması gerekmektedir.¹³⁷ Bu model Almanya, Fransa, İsviçre, İtalya, Belçika gibi ülkelerde uygulanmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nun 1687. maddesinde *günlük yaşamda yapılması gereken işler* ibaresinin kullanılarak çocuğun yaşadığı ebeveynin günlük işleri tek başına yapmasına fırsat tanınmıştır.¹³⁸ Çocukla yaşayan tarafın sürekli olarak diğer tarafı arayıp günlük işlemler hakkında soru sormasına gerek yoktur; günlük işler yapılırken ancak çocukla daha az ilişki içinde olan ebeveynin Alman Medeni Kanunu'nun 1686. maddesi uyarınca haklı menfaati varsa çocuğun günlük işleri hakkında bilgi alabilmesi düzenlenmiştir. Özellikle çeşitli sebeplerden dolayı çocukla daha az ilişkisi olan tarafa -örneğin başka bir şehirde yaşayan - 1686. madde uyarınca bilgi verilmesi yerinde olacaktır. Çocuğun yemek saati, günlük okul sorunları, önemli olmayan birtakım tedavileri günlük ihtiyaç kategorisinde değerlendirilmekte olup karşı tarafa danışılmasına gerek yoktur. Bir konunun günlük işlere girip girmediğinin yanıtı objektif olarak değerlendirilmektedir.¹³⁹ Çocuk için önemli olan konularda ise tek tarafın karar vermesi yeterli değildir. Birlikte velâyet uyarınca anne ve babanın bu konuda ortak karar alması gerekmektedir.¹⁴⁰ Önemli işlere örnek olarak; çocuğun gideceği okulun tespit edilmesi, mesleğinin ve dininin seçilmesi veya büyük bir ameliyat olması verilebilir.¹⁴¹ Önemli konular üzerinde tarafların anlaşamaması durumunda ise evlilik birliğindeki gibi tarafların mahkemeye başvurması gerekmektedir. Alman Medeni Kanunu'nun 1687. maddesinin 1. ve 5. fıkraları 1629. maddeye atıf yapmaktadır.¹⁴² O halde önemli işler kategorisine girip de gecikmesinde sakınca olan hallerde bir taraf tek başına karar alabilir.¹⁴³ Gecikmesinde sakınca bulunan haller karşı tarafa bildirildiğinde karşı tarafın itiraz edeceği durumlar olarak anlaşılmamalıdır, daha çok gecikmesi durumunda sağlık veya ekonomik yönden zarar doğuran durumlar olarak algılanmalıdır. Örneğin; çıkılan bir tatilde kaza neticesinde yaralanan çocuğa derhal müdahalede bulunulup ameliyat edilmesi gerekiyorsa bu basit bir tedavi olmayıp önemli

¹³⁵ MATTHIENSEN, s. 90; CANTIENI, s. 127.

¹³⁶ HAMMER, FamRZ 2005, s. 1211.

¹³⁷ MATTHIENSEN, s. 90.

¹³⁸ MATTHIENSEN, s. 90 vd.; OELKERS, FuR 1999, s. 355. Günlük iş ve önemli iş ayrımı ile detaylı bilgi MARINOPOULOS, s. 71-106; GÖTSCHKE, Frank:"Kindschaftsrechtliche Angelegenheiten von alltäglicher oder erheblicher Bedeutung", FuR 2017, s. 418, 421.

¹³⁹ MATTHIENSEN, s. 91.

¹⁴⁰ MATTHIENSEN, s. 91.

¹⁴¹ MATTHIENSEN, s. 92; GÖTSCHKE, FuR 2017, s. 418, 421.

¹⁴² MATTHIENSEN, s. 93.

¹⁴³ HAMMER, FamRZ 2005, s. 1211.

işler kategorisine girmektedir.¹⁴⁴ Kural olarak ortak karar alınması gerekmesine rağmen diğer tarafa ulaşılması, karar verilmesi zaman alacaksa bu durumda çocuğun yanında olan ebeveyn tek başına karar verebilir. Gecikmesinde sakınca olan önemli iş yapıldıktan sonra diğer taraf zaman geçirilmeden durumdan haberdar edilmelidir. Ancak hemen belirtelim ki işlerin; önemli ve günlük işler olarak ayrılmasında sıkıntı yaşanmakta ve bu ayrıma girmeyen gri alanların olduğu savunulmaktadır.¹⁴⁵ Örneğin grip olan bir çocuğun doktora götürülüp ağır antibiyotik kullanmak zorunda olması durumunda bunun gri alana girdiği, günlük olayları aştığı belirtilmektedir.¹⁴⁶

Bazı ülkelerde ise günlük ve önemli iş ayrımından ziyade çocuğun kiminle yaşadığı yani ikametgâhı son derece önem taşımaktadır. Çocukla yaşayan ve asıl ilgilenen kimse tüm işleri kendi başına yaparken diğer tarafın özellikle çocuğu etkileyecek önemli işlere ilişkin kararları mahkeme aracılığıyla denetlenebilecektir. Norveç hukukunda çocuk anne ve babadan biriyle ikamet edeceğinden dolayı çocuğun kaldığı tarafın günlük işleri ve önemli bir takım işleri tek başına yapmasına karar verilmiştir.¹⁴⁷ Buna göre çocuğun günlük işleri dışında çocuğun hangi kreşe gideceğine birlikte yaşadığı taraf karar vermektedir. Ancak çocuğun ülke değiştirmesi durumunda diğer tarafla ortak karar alınması gerekir.¹⁴⁸

3. Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesinde Birlikte Velâyeti Kabul Eden Ülkelerde Çocuğun İkametgâhına İlişkin Modeller

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velâyetin birlikte kullanılması halinde çocuğun nerde yaşayacağı sorusu büyük önem taşımaktadır.

Birlikte velâyet durumunda çocuğun nerde yaşayacağı hususunda alışıl gelmiş olan modeller çocuğun tek tarafla yaşayacağı konut modeli dışında; çocuğun kısmen ana ve babada kaldığı, veya ana ve babanın belirli aralıklarla çocuğun yanında kaldığı modeller vardır.

¹⁴⁴ MATTHIESSEN, s. 93

¹⁴⁵ HAMMER, FamRZ 2005, s. 1211.

¹⁴⁶ GÖTSCHKE, FuR 2017, s. 419 ve 420. Aşu hususunda yapılan tartışmalar için BGH 03.05.2017 XII ZB 157/16 FuR 2017, s. 442. Ayrıca Alman Mahkemeleri tarafından verilen kararlar ve değerlendirmeleri için bkz. GÖTSCHKE, FuR 2017, s. 419 vd.

¹⁴⁷ FRITZE, I.: **Ausländisches Familienrecht Eine Auswahl von Länderdarstellungen Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, RIECK, J (Ed.), 15. Auflage, C.H. Beck, München, März 2017, Nr. 16.

¹⁴⁸ FRITZE, Nr. 16.

a) Tek Konut Modeli (Residans Modeli, Eingliederungsmodell Domizilprinzip)

Bu modelde çocuk hayatını ebeveynlerden biri ile geçirmektedir. Diğer taraf ise çocuğu ziyaret etmektedir.¹⁴⁹ Rezidans modelde çocuk bir tarafla daha çok ilişkide bulunduğu için genellikle günlük işleri; yemek yemesi, okula gitmesi, basit bir gripten dolayı doktora götürülmesi gibi işleri, yanında kaldığı ebeveynin tek başına yapacağından bahsedilmektedir.¹⁵⁰ Ancak olağanüstü hallerde iki tarafın ortak karar alması¹⁵¹ gerekli ama gecikmesinde sakınca olan hallerde gerekli kararları bir tarafın alıp, daha sonra diğer tarafı haberdar etmesi gerekmektedir. Birlikte velâyette çocuğun ikametgâhına ilişkin bu modeli kullanmak isteyenler çocuğun sahip olduğu bir sosyal çevresinin ve sürekli ilişki içinde bulunduğu bir tarafın olmasının faydasından yola çıkarlar.¹⁵² Mahkemelerin genelde çocuğun yararı için bu modele başvurduğu ve çocuğun çoğu kez alıştığı ortamdan ayrılmaması için bu yönde kararlar verildiği savunulmaktadır.¹⁵³

Ancak bu modelin birlikte velâyete rağmen çocukla yaşamayan tarafın zararına olduğu, bir nevi ayrımcılık yapıldığı kabul edilmektedir.¹⁵⁴ Çocukla yaşamayan tarafın çocuğun günlük işleri, ilişkileri ve çocuğu ilgilendiren olaylarda söz sahibi olmamasının çocuktan daha uzak kalması sonucunu doğuracağı savunulmuştur.¹⁵⁵ Bu modelin negatif yönü olarak çocukla yaşamayan tarafın çocukla ilgili kararların alınmasına çok katılamayacağı ve dava açsa bile, alınmış olunan kararların değiştirilmesinde geç kalınacağı ileri sürülmektedir. Dolayısıyla birlikte velâyette çocuğun ikametgâhı taraflardan birinin ikametgâhı olarak kararlaştırılmışsa bu durumun aslında velâyetin tek tarafa verilmesinden farklı olmadığı savunulmuştur.¹⁵⁶ Eşlerin tam olarak anlaşmadığı, birbirilerine güvenmediği ve çocukla kalan tarafın; karar almadan önce diğer tarafın sorularını cevaplamadığı, açıklama yapmadığı durumlarda sağlıklı sonuçlar vermeyecek bir model olarak görülmektedir.¹⁵⁷

¹⁴⁹ ZIMMER, s. 49; MATTHIESSEN, s. 231.

¹⁵⁰ SÜNDERHAUF, Hildegund: **Wechselmodell: Psychologie- Recht Praxis Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung**, Springer Fachmedien, Wiesbaden 2013, s. 80.

¹⁵¹ ZIMMER, s. 50.

¹⁵² OELKERS/KASTEN, FamRZ 1993, s. 20; MATTHIESSEN, s. 232.

¹⁵³ ZIMMER, s. 49; MATTHIESSEN, s. 232; OELKERS/KASTEN, FamRZ 1993, s. 20.

¹⁵⁴ ZIMMER, s. 50.

¹⁵⁵ ZIMMER, s. 50; MATTHIESSEN, s. 232.

¹⁵⁶ HAMMER, Stephan: "Die rechtliche Verbindlichkeit von Elternvereinbarungen", **FamRZ 2005**, s. 1213.

¹⁵⁷ ZIMMER, s. 50.

b) Değişken Model (Wechselmodell)

Bu modelde çocuk hayatının bir kısmını bir tarafla, bir kısmını da diğer tarafla geçirmektedir.¹⁵⁸ Böylelikle hem anne hem baba belirli sürelerle çocuğun bakımı, günlük işleri ve yetişmesi ile ilgilenmektedir.¹⁵⁹ Bu model taraftarlarına göre çocuğun yaşantısını; sağlığı ve gelişimi için illa tek bir yerde geçirmesine gerek yoktur.¹⁶⁰ Bu model Almanya, Avusturalya, Kanada, İsveç, Fransa, Belçika, Hollanda ve Amerika gibi ülkelerde son yıllarda uygulanmakta olup bu modelin olumlu tarafı olarak çocuğun hem anne hem babayla eşit ve sağlıklı bir şekilde devam eden bir ilişkisi olması savunulmaktadır.¹⁶¹ Bu modelle çocuk sadece bir tarafa bırakılıp bu tarafın maddi ve manevi tüm yüklerin altında kalması ve bunun sonunda çocukla daha az vakit geçirmesine engel olunacaktır.¹⁶²

Ancak bu modelde çocuğun sağlıklı, huzurlu olabilmesi ve ebeveynleriyle güzel vakit geçirmesi ana ve babanın birbirleriyle anlaşma yeteneğine bağlıdır.¹⁶³ Başka bir anlatımla gerek anne ve babanın gerekse çocuğun kişiliği son derece önemlidir.¹⁶⁴ Eğer taraflar hala boşanmanın etkilerinden ve kendi sorunlarından kurtulamamışlarsa bu modelde bunu çocuğa yansıtabilirler ve yine çocuk tüm sorunları konuşacak muhatap bir kişi olmadığı için zorluk çekecektir.¹⁶⁵

Bu model için ebeveynlerin boşansalar bile son derece aktif bir şekilde ilişki içinde olması, birbiriyle rahatlıkla iletişim içinde olup konuşabilmeleri, çocuğun yaşı ve ebeveynlerin yakın yerlerde oturmaları son derece önemlidir.¹⁶⁶

Psikologlar bu modeli ne kötü bir model ne iyi bir model olarak değerlendirmektedirler. Bu nedenle bu model birbiriyle anlaşabilen, iletişim

¹⁵⁸ ZIMMER, s. 50.

¹⁵⁹ OELKERS/KASTEN, FamRZ 1993, s. 20; SÜNDERHAUF, s. 80 vd.; KOVARIK, Karel: **Elterliche Sorge- Umgangrecht Ausgewählte Regelungen des deutschen und tschechischen Rechts im Vergleich**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2010, s. 121 vd.

¹⁶⁰ ZIMMER, s. 50; MATTHIESSEN, s. 230.

¹⁶¹ Bu ülkelerde bu modelin kullanılma oranı için bkz. WALPER, s. 108-111; HORNDASCH, Peter: "Das Wechselmodell und seine Folgen", **FuR 2016**, s. 558.

¹⁶² ZIMMER, s. 51; Bu yönde kararlar OLG Dresden, FÜR 2004, s. 619.

¹⁶³ Bu modelin seçimin nelere bağlı olduğuna ilişkin bkz. WALPER, s. 111-115 Koşullar için detaylıca bkz SÜNDERHAUF, s. 89-147; DÖLL, Yves/WANITYEK, Ulrike: "Rechtsprechungsübersicht zum Recht der elterlichen Sorge und des Umgangs" **FamRZ 2017**, s. 1197 Koşulları için ayrıca bkz. BGH 01.02. 2017 XII ZB/ 601/15 FamRZ 2017, s. 532; HORNDASCH, FuR 2016, s. 559.

¹⁶⁴ WALPER, s. 113; MATTHIESSEN, s. 231.

¹⁶⁵ BALLOFF, Rainer: "Die Bedeutung des Vaters für die Entwicklung des Kindes", **FPR 2005**, s. 211.

¹⁶⁶ BALLOFF/WALTER, FamRZ 1990, s. 450; WALPER, s. 135; ZIMMER, s. 52; MATTHIESSEN, s. 231; HORNDASCH, FuR 2016, s. 559.

içinde olan ve aynı sosyal yeteneklere sahip olanlar ebeveynler için uygundur.¹⁶⁷

Çocuğun sürekli olarak yer değiştirmesi ve kendini bir sosyal çevreye ait hissetmemesi bu modelin negatif yanı olarak gösterilmektedir.¹⁶⁸ Rezidans modelinde çocuk bir tarafta kaldığı için, bu taraf onun işleriyle daha çok ilgilenmektedir. Bu modelde tarafların birbiriyle çelişen kararlar alması zorluklar doğurur.¹⁶⁹ Örneğin baba çocuğu bir savunma sporuna veya bir spor derneğine gitmesine teşvik ederken anne bu spor dalıyla uğraşmasını veya bu derneğe gitmesini istemeyebilir. Ailelerin çocuk için çok önemli olmayan böyle günlük işlerde anlaşamamaları durumunda olağanüstü işlerde olduğu gibi tarafların aile mahkemesine başvurması gerekliliği savunulmuştur.¹⁷⁰ Ancak bunun birlikte velâyetin kullanımına kısıtlamalar getirdiği ve kabul edilmeyeceği belirtilmiştir.¹⁷¹

c) Yuva Modeli (Netzmodell)

Bu modelde çocuk oturduğu evi değiştirmeyip ebeveynler evlerini değiştirmektedir ve çocuğun sabit sosyal bir çevresi bulunmaktadır.¹⁷² Bu modelde üç konuta ihtiyaç vardır.¹⁷³ Çocuğun yaşadığı ev sabit olup buna yuva da denilmektedir ve ebeveynlerden her biri belirli aralıklarla buraya gelmekte ve çocukla yaşamaktadırlar. Belirlenen süre bittiğinde ise bir taraf gidip diğer taraf gelmektedir. Bu modelde ailelerin ekonomik durumu büyük rol oynamaktadır¹⁷⁴ ve yuva modeli değişken modelin aslında zararlarını ortadan kaldırdığı için isabetli bulunmaktadır. Ancak mahkemelerin aileleri böyle bir modele zorlamalarının ebeveynlerin temel haklarının zedelenmesi olarak görülmektedir.¹⁷⁵

4. Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Birlikte Velâyetin Ana Kural Olup Olmadığı Tartışmaları

Birlikte velâyetin düzenlendiği pek çok ülkede birlikte velâyetin genel mi istisna mı olduğu tartışmaları yapılmıştır. Örneğin İsviçre’de birlikte velâyet başlangıçta anne ve babanın talebiyle olabilirken bu daha sonra değişmiş ve

¹⁶⁷ SÜNDERHAUF, s. 205; BALLOFF/WALTER, FamRZ 1990, s. 451 vd Almanya’da çok fazla araştırma yapılmadığına dair bkz. ZIMMER, s. 51 ve 53; DÖLL/WANITYEK, FamRZ 2017, s. 1197.

¹⁶⁸ MATTHIESSEN, s. 231.

¹⁶⁹ ZIMMER, s. 51.

¹⁷⁰ KAISER, Dagmar: "Gemeinsame elterliche Sorge und Wechselmodell", FPR 2008, s. 145; ZIMMER, s. 51.

¹⁷¹ ZIMMER, s. 51.

¹⁷² OELKERS/KASTEN, FamRZ 1993, s. 20; ZIMMER, s. 53; MATTHIESSEN, s. 232.

¹⁷³ WALPER, s. 107; ZIMMER, s. 53.

¹⁷⁴ WALPER, s. 107.

¹⁷⁵ ZIMMER, s. 54.

boşanmanın birlikte velâyete etki etmediği, birlikte velâyetin devam edeceği, bu nedenle ana kural olduğu kabul edilmiştir.¹⁷⁶

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra Alman Medeni Kanunu'nun 1671. maddesinde reform yapılmış ve buna göre boşanma ve ayrılma durumunda her iki taraf birlikte velâyete sahip olabilecektir. Ancak taraflardan biri tek başına velâyeti kullanmak istiyorsa bu hususta bir talepte bulunması gerekmektedir. 1671. maddede ayrılma ve boşanma halinde birlikte velâyet düzenlendiği için genel bir hüküm mü yoksa istisna mı olduğu tartışmaları yapılmıştır.

Doktrinde bir görüş ve bazı mahkeme kararlarına göre 1671. madde birlikte velâyeti genel bir kural olarak düzenlemiştir.¹⁷⁷ Buna göre birlikte velâyet boşanmadan ve ayrılmadan etkilenmeyecektir; tek tarafa velâyetin verilmesi ancak taraflardan birinin istemesi halinde mahkeme kararıyla gerçekleşecektir. Bu da zaten Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1982 tarihinde vermiş olduğu karara uygundur.¹⁷⁸ Dolayısıyla birlikte velâyet bu görüşe göre genel kuraldır. Kanımızca bu görüş taraftarları yukarıda saydığımız birlikte velâyetin yararlarını dikkate alarak ve maddenin düzenlenmesinden yola çıkarak birlikte velâyetin ana kural olduğunu savunmaktadırlar.

Karşı görüş taraftarları ise kanun koyucunun birlikte velâyeti düzenlerken amacının genel bir norm yaratmak olmadığını hatta kanun koyucunun birlikte velâyetin öncelikli uygulanacağı gibi bir algı yaratmak istemediğini madde gerekçesinde¹⁷⁹ bu durumun açıkça kaleme aldığını belirtmektedirler.¹⁸⁰ Birlikte velâyet çocuğun yararına olabileceği gibi, tek taraflı velâyetin de çocuğun yararına olacağı saptanmıştır. Birlikte velâyetin zararlı yönlerini dikkate alan bu görüşe göre velâyetin tek tarafa verilmesi ana kuraldır.

¹⁷⁶ ZIMMER, s. 54.

¹⁷⁷ SCHWAB, FamRZ 1998, s. 462; REHBERG, Jürgen: "Kindeswohl und Kindschaftsrechtsreformgesetz", **FuR 1998**, s. 66; SARRES, Ernst: "Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall - Verlagerung bei Streitigkeiten auf das Umgangsrecht?", **FPR 2008**, s. 132; HEINKE, Sabine: "Gemeinsame Sorge um jeden Preis?", **FF 2002**, s. 54; OLG Nürnberg, FamRZ 1999, s. 1160; AG Chemnitz, FamRZ 1999, s. 322; OLG Dresden, FamRZ 2000, s. 110; OLG Hamm, FamRZ 1999, s. 1598.

¹⁷⁸ REHBERG, FuR 1998, s. 66.

¹⁷⁹ BT-Drucks. 13/ 4899, s. 63 ve 99.

¹⁸⁰ BORN, Winfried: "Gemeinsames Sorgerecht: Ende der „modernen Zeiten“? Besprechung von BGH, Urteil v. 29.9.1999- XII ZB 3/99-", FamRZ 1999, 1646", **FamRZ 2000**, s. 399; OELKERS, Harald: "Gründe für die Sorgerechtsübertragung auf einen Elternteil" **FPR 1999**, s. 135; OELKERS, Harald: "Das neue Sorgerecht in der Familienrechtlichen Praxis", **FuR 1999**, s. 350; OLG Hamm, FamRZ 2000, s. 1041; OLG Köln, FamRZ 2001, s. 183; OLG Brandenbrug, FamRZ 2002, s. 568; OLG Frankfurt, FamRZ 2002, s. 187.

Üçüncü bir görüşe göre boşanmadan sonra gerek tek gerekse birlikte velâyet eşit olarak değerlendirilip birinin genel, diğerinin istisna olduğu sonucuna varılamaz.¹⁸¹ Bu görüş taraftarlarına göre de kanun koyucu, madde gerekçesinde birlikte velâyete öncelik tanımadığını açık bir şekilde belirtmiştir. Boşanmanın ve ayrılığın etkilerini ortadan kaldırmak ve çocuğun her iki tarafla ilişkisini geliştirmek için birlikte velâyet son derece yararlıdır ama bundan prensip olarak birlikte velâyetin her zaman çocuğun yararına olduğu gibi bir sonuca varılamaz.¹⁸² Birbirleriyle iletişim içinde olmayan ve birlikte velâyeti kullanabilecek nitelikte ebeveynlerin olmaması halinde birlikte velâyetin ana kural olduğunu savunmak doğru olmayacaktır.¹⁸³ O halde kanun koyucu boşanmanın velâyete etkisi olmadığını belirterek ebeveynlerin özerklikleri ve karar vermelerine öncelik tanımış, diğer taraftan velâyet nasıl kullanılırsa kullanılsın bunun mutlaka çocuğun faydasına olması gerektiğinin altını çizmiştir.¹⁸⁴ Yine Alman Yargıtay'ı da vermiş olduğu 1999 tarihli kararında evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda birlikte velâyetin ana kural, tek taraflı velâyetin ise başvurulması gereken son çare olarak (*ultima ratio*) değerlendirilmesinin doğru olmadığını kabul etmiştir.¹⁸⁵ Mahkemeye göre kanun koyucunun böyle bir amacı da yoktur. Amaç velâyet hususunda ebeveynlere daha fazla söz hakkı tanımaktır, ancak bu gerçekleştirilirken çocuğun yararına hizmet edecek en uygun seçenek kabul edilmelidir. Eşlerin çocukla ilgili konularda anlaşamamaları, ortak karar verememeleri durumunda velâyet tek tarafa bırakılmalıdır.¹⁸⁶ Federal Alman Anayasa Mahkemesi 18.12.2003 tarihli kararında 1671. maddenin ayrılık veya boşanma halinde

¹⁸¹ TAUCHE, Almut: "Kindschaftsrecht und Elternvereinbarung. Ist die Forderung nach der Elternvereinbarungen bei Trennung und Scheidung eine unverhältnismäßige Einmischung des Staates?", **FuR 1996**, s. 215; ZIMMER, s. 151; MATTHIESSEN, s.73; OELKERS, FuR 1999, s. 350; OLG Dresden FamRZ 1999, s. 1156; OLG Frankfurt, FamRZ 1999, s. 392.

¹⁸² HEILIGER, Anita: "Zur Problematik einer Konzeption nahehehlicher gemeinsamer elterlicher Sorge als Regelfall im Kontext einer geplanten Reform des Kindschaftsrechts", **FamRZ 1992**, s. 1011; Heiliger birlikte velayetin daha çok erkekler/babalar tarafından istendiğine dikkat çekmektedir. İstatistikler genelde tek taraflı velayetin anneye verildiğini göstermektedir. Ancak annenin de çoğu zaman çocuğu korumak için tek taraflı bir velayeti seçtiğini görülmektedir. O halde önce cinsiyetler arasındaki farklılıkların da ortadan kaldırılması gerekir. BALLOFF/WALTER, FamRZ 1990, s. 453 vd., LIMBACH, 16, 45, 75 ve 81 vd.

¹⁸³ SALGO, Ludwig: "Zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung als Regelfall ein Zwischenruf", **FamRZ 1996**, s. 453 vd.

¹⁸⁴ OELKERS, Harald: "Anmerkung zum BGH-Beschluss vom 29.9.199", **MDR 2000**, s. 32; BORN, FamRZ 2000, s. 398; SITTING, Christine/STÖRR, Andre: "Das Ende einer Reform? Anmerkung zum Beschluss vom 29.9.1999 XII ZB 3/99", **FuR 2000**, s. 200; MOTZER, Stefan: "Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet von Sorgerecht und Umgangsrecht", **FamRZ 2001**, s. 1036; HAMMER, FamRZ 2005, s. 1212.

¹⁸⁵ Detaylı bilgi için: LIEBTHAL, Julia: **Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern nach der Reform des Kindschaftsrechts**, Peter Lang, Frankfurt Am Main, 2004, s. 62-65.

¹⁸⁶ BGH FamRZ 1999, s. 1674.

birlikte velâyetin kullanılmasına öncelik tanımadığını ve mahkemelerin genelde birlikte velâyete karar vermesinin temelinde somut olayın özellikleri dikkate alınarak bu seçeneğin çocuğun yararına daha çok hizmet ettiği olgusunun yattığını belirtmiştir.¹⁸⁷

V. Türk Hukuku'nda Boşanmadan Sonra Birlikte Velâyet

Türk hukukunda 2002 yılında yürürlüğe girmiş olan Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesinin birinci fıkrasına göre *“Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar”* ancak aynı maddenin 3. fıkrasına göre *“velâyet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.”* Yine TMK'nin 182. maddesine göre *velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulacağı ve bu eşin çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorunda olacağı* belirtilmiştir .

Bu düzenlemelerden yola çıkılarak Türk hukukunda boşanmadan sonra birlikte velâyetin olup olmayacağı hususunda doktrinde değişik görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, kanun koyucu evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda birlikte velâyeti kabul etmemiş olup bunu 336. maddede açıkça düzenlemiştir.¹⁸⁸ Bu madde uyarınca velâyet kendisine verilen taraf bu hakka tek başına sahiptir. Bu görüşe göre zaten anlaşamayıp ayrılmış olan eşler boşanmadan sonra da anlaşmazlıklara devam edeceklerdir. Bu nedenle çocuğa ilişkin önemli kararların alınmasında birbirleriyle anlaşamayan ve sürekli çekişen ebeveynlerin olması çocuğu olumsuz etkileyeceğinden birlikte velâyetin düzenlenmemiş¹⁸⁹ olması son derece isabetli bulunmuştur.

Doktrinde sırf 336. madde ile 182. maddenin kaleme alınışından yola çıkılarak Türk hukukunda birlikte velâyetin düzenlenmediği, kanun koyucunun boşanmadan sonra velâyet hakkını sadece tek tarafa tanıdığı savunulmasının doğru olmayacağı belirtilmiştir.¹⁹⁰ Bu görüşe göre, 182. maddenin kenar başlığı dikkate alındığında *hâkimin takdir* yetkisinden bahsedilmiştir. Sırf madde içinde kanun koyucunun tekil bir anlatım kullanmasından yani taraf kelimesinden yola çıkılarak Türk hukukunda birlikte velâyetin kabul edilmediği sonucuna

¹⁸⁷ BverfGE, 2004, s. 23.

¹⁸⁸ HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 110 DURAL/ÖĞÜZ, s. 141; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 310.

¹⁸⁹ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 110.

¹⁹⁰ ÖZTAN, s. 256; AKYÜZ, Emine: **Çocuk Hukuku. Çocukların Hakları ve Korunması**, Pegem Akademi, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, 2015, s. 233.

varılmasının doğru olmadığı belirtilmiştir.¹⁹¹ Bu görüş taraftarlarına göre, bu maddeler sadece hâkimin takdir yetkisini kullanarak velâyetin çocuğun menfaatine uygun olması durumunda, velâyeti taraflardan birine vereceğini göstermektedir.¹⁹² Bu görüşe göre, söz konusu maddeler birlikte velâyeti yasakladıkları gibi anne ve babanın talebinin olması ve bunun çocuğun menfaatine aykırı olmaması halinde birlikte velâyet Türk hukukunda da kabul edilmelidir.¹⁹³ Türk hukukunda 182. maddenin mehaz İsviçre Kanunu'ndan farklı olarak yoruma açık bir şekilde kaleme alındığı belirtilmiştir.¹⁹⁴ Velâyeti düzenleyen 336. ve 182. maddelerin emredici bir nitelikte olmadığı savunulmaktadır.¹⁹⁵

Yine doktrinde velâyete ilişkin hükümlerden 336. maddede örtülü bir boşluk olduğu,¹⁹⁶ amacı ve lafzının birbiriyle çeliştiği ve birlikte velâyete ilişkin düzenlemeye maddede açıkça yer verilmediği belirtilmiştir.¹⁹⁷ Doktrinde 336. maddenin çocuğun yararı dikkate alınarak yapılmış bir düzenleme olduğu, dolayısıyla çocuğun yararı gözetilmeksizin somut olaya bakılmaksızın boşanma halinde velâyetin tek tarafa verileceğinin kabulünün adil sonuçlar doğurmayacağı belirtilmiştir.¹⁹⁸ Aile yapısının değiştiği günümüzde anlaşmalı boşanma ile tarafların birçok hususta (nafaka, çocukla kişisel ilişki) kendi aralarında anlaşmalarına imkân verilirken birlikte velâyetin kabul edilmeyeceğinin ileri sürülmesinin doğru olmayacağı savunulmuştur.¹⁹⁹ Doktrinde birlikte velâyetin çocuğun yararına aykırı olmadıkça reddedilmemesi gerektiği ve 166. maddenin de bunu destekler nitelikte olduğu belirtilmiştir.²⁰⁰ Zira 166. maddede tarafların anlaşmalı boşanma halinde çocuğun durumu (velâyeti) hakkında anlaşmaları gerektiği düzenlenmiş olup hâkimin, tarafların anlaşmasıyla bağlı olmasa dahi bu anlaşmaya öncelik vermesinin isabetli olacağı vurgulanmıştır.²⁰¹

¹⁹¹ KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: **Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması**, 1. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 106.

¹⁹² AKYÜZ, s. 233.

¹⁹³ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 104; AKYÜZ, s. 233.

¹⁹⁴ ÖZTAN, Bilge: "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu", **Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan** 1. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 253.

¹⁹⁵ ÖZTAN, s. 255.

¹⁹⁶ ÖZTAN, s. 252; KIRCA, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", **AÜHF** 2001, Cilt 10, Sayı 1, s. 95.

¹⁹⁷ ÖZTAN, s. 260.

¹⁹⁸ ÖZTAN, s. 256; AKYÜZ, s. 233.

¹⁹⁹ ÖZTAN, s. 257.

²⁰⁰ ÖZTAN, s. 257; BAYGIN, s. 268 vd.

²⁰¹ BAYGIN, 2010, s. 268 vd.

Doktrinde boşanma ile birlikte anne ve babanın çocuğa gerek maddi gerekse manevi sorumluluğunun devam edeceği ve boşanma ile birlikte tarafların birlikte velâyeti kullanmak istemeleri halinde buna izin verilmesi gerektiği, birlikte velâyetin kullanımı zor olsa bile gerek çocuk gerekse ebeveynler için faydalı olacağı savunulmuştur.²⁰² Aksi halde çocuğa sadece nafaka ödeyen ama çocuğun eğitimi, yetişmesi hakkında söz sahibi olmayan bir anne veya babanın olacağı belirtilmiştir.²⁰³ Bu nedenle kanun koyucunun 336. maddeyi yeniden düzenlemesi teklif edilmiş²⁰⁴ ve yeniden düzenleme yapılanaya kadar 182. ve 336. maddelerin TMK'nin 1. hükmü kapsamında yorumlanarak örtülü boşluğun doldurulması ve Türk hukukunda birlikte velâyetin kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur.²⁰⁵

Yine doktrinde 336. maddenin hukukumuzda birlikte velâyete izin vermediği ama Türkiye'nin de taraf olduğu anlaşmalar çerçevesinde değerlendirildiğinde BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocuğun menfaatinin ön planda tutulması ve çocuğun ebeveynlerden ayrı tutulmaması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda 336. maddenin Anayasa'ya ve eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülerek iptal edilmesinin mümkün olduğu savunulmuştur.²⁰⁶

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar dikkate alınarak en azından ebeveynlerin istemesi durumunda birlikte velâyetin istisnai olarak tanınması gerektiği, aksi bir tutumun çocuğun "devletin mi, ana babanın mı olduğu" tartışmalarını beraberinde getireceği ileri sürülmüştür.²⁰⁷ Ayrıca çocuğun sırf yanında kaldığı taraf dikkate alınarak ona tek taraflı velâyetin verilmesi ve bunun çocuğun menfaatine daha fazla hizmet edeceğinin söylenmesi bir varsayım olarak nitelendirilmiştir. Oysaki velâyete sahip olmayan tarafın da çocuğa karşı hala sorumlulukları vardır.²⁰⁸ Bu durumda, birlikte velâyete sıcak bakılmaması sorunun yalnızca mekân sınırlamasından kaynaklı bir takıntı olduğu belirtilmiştir.²⁰⁹

²⁰² AKYÜZ, s. 233; BAKTİR ÇETİNER, s. 91. ÖZTAN, s. 258 vd; ÖZDAMAR, Demet: **CEDAW Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokol'ün İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 431; CEYLAN, Ebru: **Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, 164.

²⁰³ BAKTİR ÇETİNER, s. 91. Yazara göre asıl olan birlikte Velâyetin olmasıdır, s. 109.

²⁰⁴ ÖZTAN, s. 260.

²⁰⁵ SERDAR, s. 176, 184; ÖZTAN, s. 259 vd.

²⁰⁶ SEROZAN, s. 255 vd.

²⁰⁷ AKYÜZ, s. 233.

²⁰⁸ AKYÜZ, s. 234.

²⁰⁹ BİRİNCİ UZUN, Tuba: "Türk Medeni Kanunu'na göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 6 (1), 2016, s. 149.

O halde Türk hukukunda birlikte velâyetin ana kural olduğunu/olması gerektiğini savunanlar olduğu²¹⁰ gibi birlikte velâyetin istisna olması gerektiğini, boşanmadan sonra birlikte velâyetin olmaması gerektiğini savunanlar²¹¹ ve birlikte velâyetin ana ve istisnai kural gibi ayrımlara tabi tutulmaksızın hâkimin takdir yetkisini dikkate alarak çocuğun menfaatine²¹² hangisi uyarsa o şekilde karar verilmesinin doğru olacağını savunan görüşler bulunmaktadır.²¹³ Zira çocuğun menfaati ilkesinin velâyete hâkim bir ilke olduğu ve bu ilke sayesinde çocuğun bir hak süjesi olarak görülüp kişiliğine saygı gösterilmesi sağlanır. Anne ve babanın velâyet hakkı ile çocuğun menfaatinin çatışması durumunda çocuğun menfaatinin uygulanması sadece çocuğun yararına olmayıp toplumun da yararındır.²¹⁴ Hâkim; çocuğun menfaatine uygun karar verirken çocuğun yaşadığı ve alışmış olduğu ortam, ebeveynlerin eğitcilik yetenekleri, ebeveynlerin çocuğa şahsen bakma olanakları, çocuğun isteği, çocuğun ebeveynleri olan ilişkilerini, kardeşlerin mümkün mertebede bir arada kalması gibi pek çok hususu dikkate almalıdır.²¹⁵

Türk hukukunda mahkeme kararlarına bakıldığında Yargıtay'ın birlikte velâyeti kamu düzenine ilişkin bir konu olarak ve velâyete ilişkin hukuki düzenlemeleri emredici olarak değerlendirdiği; bu nedenle birlikte velâyete dair verilmiş olan yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizini kabul etmediği görülmektedir.²¹⁶ Ancak İzmir 4. Aile Mahkemesi 27.05.2009 tarihinde vermiş olduğu bir kararda 166. maddenin 3. fıkrası gereğince anlaşmalı boşanan ve birlikte velâyeti kullanmak isteyen ebeveynlere uzman görüşü alarak birlikte velâyeti tevdi etmiştir. Buna göre *“çocuk için ideal olanı her iki ebeveynin de çocukla ilgili kararlara aktif katılması, çocuğun sınırlama olmaksızın istediği kadar her iki ebeveyni de görebilmesidir.”*²¹⁷ *Boşanma sonrasında en sık görülen negatif durum, eski eşlerin çocuk bakımı ve görüşmeler konusunda çatışmalarıdır. Çatışmaları çocuk üzerinden devam ettirerek birbirlerini cezalandırma, öfkelerini aktarma yolu olarak çocuğu*

²¹⁰ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 237; SERDAR, s. 194.

²¹¹ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 110.

²¹² Mehaz İsviçre Kanunu'dan 301. Madde ise çocuğun yararı Kindeswohl olarak geçmektedir. Bu hususta bkz. ABİK, s. 19. Çocuğun yüksek yarar ve tanımı için bkz. AKYÜZ, s. 49

²¹³ ABİK, s. 19 vd; AKYÜZ, s. 224, 233 vd; POLAT, Oğuz/GÜLDOĞAN, Evin: “Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velâyetin Saptanmasındaki Önemi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı.118, 2015, s. 253-25; ŞİMŞEK, Canan: **Türk Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2012, s. 96; BİRİNCİ UZUN, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 (1), 2016, s. 159 ve 163; KARACA, s. 80 vd.

²¹⁴ ABİK, s. 19

²¹⁵ ABİK, s. 16, 32; AKYÜZ, s. 233.

²¹⁶ GENÇCAN, s. 25 vd.

²¹⁷ Karar için bkz. 27.05. 2009 T. 2009/448 E. 2009/470 K.

kullanma ortaya çıkabilmektedir. Çocuk velâyeti ile ilgili düzenleme ne olursa olsun, çocuğun ihtiyaçları her zaman birinci planda gelmelidir. ... 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 iş birliği içinde bulunabilecekleri izlenimi edinilmiştir. Yapılan değerlendirmeler sonucunda, tarafların birlikte velâyet 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 birlikte velâyetin taraflarca kullanılabilmesi kanısına varılmış.”

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 20.02.2017 tarihli kararında²¹⁸ İngiliz hukukunda evlilik birliğinin boşanmayla sonra ermesine rağmen verilmiş olan birlikte velâyet kararlarının tanınması ve tenfizini artık kamu düzenine aykırı olarak görmemiştir. Bu kararda “Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan 11 numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 numaralı Protokol, 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete’de²¹⁹ yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve bu protokolün iç hukukumuzun bir parçası olduğu” belirtilmiştir. Bu kararda Ek 7 numaralı Protokol’ün 5. maddesine atıfta bulunularak “bu maddenin eşlere, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşitlik tanındığı” vurgulanmış yine “Anayasa’nın 90. maddesine göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacağı ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere dair milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi sebebiyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacağı” belirtilmiştir. Yargıtay 2. Dairesi hâkimi Gençcan’a göre bu gelişmeler karşısında Türk Medeni Kanunu’nun velâyete ilişkin düzenlemeleri örtülü olarak ortadan kalkmış olup Türkiye’nin taraf olduğu BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin çocuğun yararına vurgu yapan 12 ile 3. maddesi dikkate alınarak²²⁰ hukukumuzda da birlikte velâyet kabul edilmelidir.²²¹

²¹⁸ T.C. YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ E. 2016/15771 K. 2017/1737 T. 20.2.2017 (www. Kazancı. com)

²¹⁹ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160325-1.pdf>.

²²⁰ GENÇCAN, s. 27.

²²¹ GENÇCAN, s. 26.

VI. Sonuç Ve Öneriler

Toplum ve aile yapısında meydana gelen değişiklikler velâyet konusunu etkilemiştir. Velâyet sadece anne ve babanın çocuk üzerindeki hakkı değil, aynı zamanda yükümlülüğüdür. Birçok hukuk sisteminde ebeveynlerin çocuğu için her zaman en iyisini düşüneceği, eşitlik ilkesi ve çocuğun her iki tarafa olan ihtiyacı göz önüne alınarak birlikte velâyetin boşanmadan sonra da devam ettirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Başlangıçta evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesi halinde velâyeti tek tarafa bırakan Almanya, İsviçre ve Fransa gibi pek çok ülkede artık boşanmanın velâyete bir etkisi olmadığı kabul edilmiştir. Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyeti ebeveynlerin dilekçesine bağlı tutan ülkeler ise- örneğin İsviçre- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ışığında bu düzenlemelerinden vazgeçmişlerdir. Birlikte velâyeti düzenleyen ülkeler dikkate alındığında günümüzde artık çocuğun tek bir tarafla ikametgâhının yansırsa; değişik ikametgâh modellerinin gündeme geldiği görülmektedir.

Türk hukukunda da boşanmadan sonra velâyetin ebeveynler tarafından birlikte kullanılması kanımızca gereklidir. Yukarıda belirtildiği gibi birlikte velâyetin çocuk açısından pek çok faydaları bulunmaktadır. Çocuğun iki tarafa olan ihtiyacının giderilmesi, boşanmanın olumsuz etkilerinin daha kolay bir şekilde atlatılması, çocuğa yabancı olan bir ana veya babanın yaratılmaması için birlikte velâyet son derece önemlidir. Türk hukukunda uzun yıllar doktrinde boşanma halinde birlikte velâyeti kullanmaya engel olacak hukuki düzenlemelerin olmadığı, velâyeti düzenleyen hükümlerin birlikte velâyete cevaz verecek şekilde yorumlanabileceği belirtilse de mahkemelerin tutumları aksi yönde olmuştur. Birlikte velâyete hüküm eden ender kararlar bulunmakta olup hatta Yargıtay tarafından birlikte velâyete ilişkin olan yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bile kabul edilmemekteydi. Ancak 2017 yılında Yargıtay Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan 11 numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 numaralı Protokol'ün 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmesiyle iç hukukumuzun bir parçası olduğunu ve Anayasa'mızın 90. maddenin 5. fıkrası uyarınca artık birlikte velâyete ilişkin mahkeme kararlarının tanınmasının ve tenfizinin mümkün olacağını belirtmiştir. Yargıtay uygulamalarının belirleyici olduğu dikkate alındığında ilk derece mahkemelerinin uygulama birliğini sağlamada gerekli özeni gösterecekleri beklenebilir.

Yargıtay'ın bu kararı olumlu bir gelişme olmakla birlikte biz evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyetin tüm tartışmaları ortadan kaldıracak bir şekilde kanununda düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Mahkemelerin birlikte velâyet hususunda açık yasal düzenlemeler olmaması

halinde çekingен davranabileceğini ve bunun uygulamada büyük değişiklikler yaratmayacağını düşünmekteyiz. Nitekim Almanya’da Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velâyetin ebeveynlere tanınmış yasal bir hak olduğunu belirtmesine rağmen, uygulamada değişiklikler olmamış ve bu durum karşısında yasal düzenleme yapılmıştır. Ayrıca Türkiye’de mahkemeler tarafından normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan Anayasa’nın 90. maddesi dikkate alınmalıyken uygulamada mahkemelerin Anayasa’da yer alan bu normu maalesef dikkate almadıkları görülmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi kadının soyadına ilişkin 2011 tarihli davada, ilk derece mahkemeleri tarafından 90. maddeye vurgu yapılmasına rağmen bu maddeyi hiç dikkate almadan kadının soyadına ilişkin düzenlemelerin Anayasa’ya aykırı olup olmadığına karar vermiştir.²²² Yine aynı konuda Yargıtay Hukuk Dairesi’nin de Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru kararına kadar bu maddeyi dikkate almadığı görülmektedir.²²³ Elbette ki bir hukuk devletinde mahkemelerin 90. maddeyi göz ardı edebilme ihtimalleri bir argüman olarak ileri sürülmemelidir. Ancak uygulamada içtihat birliğinin sağlanması, hukuk devletine olan inancın ortadan kalkmaması, evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesi halinde birlikte velâyete ilişkin tereddütlerin ve sorunların ortadan kaldırılması için birlikte velâyetin kanunda açıkça düzenlenmesi son derece önemlidir. Söz konusu yasal düzenleme yapılmıyca kadar mahkemelerin Anayasa’mızın 90. maddesi uyarınca iç hukukumuzun bir parçası olan gerek Çocuk Hakları Sözleşmesi gerekse 11 numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 numaralı Protokol ışığında ve doktrinde belirtildiği gibi TMK’nin velâyete ilişkin düzenlemelerinin birlikte velâyeti yasaklamamasından yola çıkarak karar vermeleri gerekmektedir. Velâyet hakkını birlikte kullanmak isteyen ebeveynlerin bu isteği dikkate alınarak, gerekli araştırmalar yapıp çocuğun dinlenmesi ve çocuğun üstün yararına uygun olması şartıyla birlikte velâyete karar verilmelidir.

Yukarıda açıkladığımız gibi birlikte velâyetin düzenlendiği ülkelerde bunun düzenlenme biçiminden yola çıkılarak birlikte velâyetin istisna mı yoksa ana kural mı olduğu tartışmaları yapılmıştır. Biz Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin 18.12.2003 tarihli kararında belirttiği gibi birlikte velâyetin ana kural, velâyetin tek tarafa verilmesinin istisna olduğu gibi bir ayırım yapılmasının doğru olmadığı kanaatindeyiz. Türkiye’de de doktrinde birlikte velâyetin kabul edilmesi halinde bunun istisna mı yoksa ana kural mı

²²² Esas Sayısı: 2009/85 Karar Sayısı: 2011/49 Karar Günü: 10.3.2011; <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/10/20111021-8.htm>. (erişim 25.06.2017).

²²³ Anayasa’nın 90. Maddesini dikkate alan kararları: T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2014/2-889, K. 2015/2011 T. 30.9.2015 www.kazanci.com. (erişim 25.06.2016); YHD, 02.03.2016, E. 2015/24244, K. 2016/3893.

olacağı tartışmaları yapılabilir ancak kanımızca böyle bir konuyu tartışmak, birlikte velâyet genel veya istisna bir kuraldır demek doğru olmayacaktır. Velâyet hakkının birlikte kullanılmasına ilişkin mahkemeler tarafından karar verilmeden önce konunun sadece hukuki açıdan ele alınmaması gerektiği yapılan araştırmalarda ortaya konmuştur. Velâyet hakkının eşlerin kişilik haklarından olduğu, istisnai hallerde kaldırılabilirdiği hususları önemli olmasına rağmen aile içi şiddet, boşanma sebebi gibi pek çok hususun dikkate alınması gerekir. Çocuğu ilgilendiren uluslararası anlaşmalar ve çocuk haklarında meydana gelen gelişmeler dikkate alındığında amacın çocuğun üstün yararı ve korunması olacağı açıktır. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocuğun üstün/ yüksek yararından bahsedilmiş ve kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, bu üstün yararın dikkate alınması gerektiği 3. maddede belirtilmiştir.²²⁴ O halde somut olay değerlendirilmediği yapılarak birlikte velâyete karar verilirken verilmeyeceğinin dikkate alınması gerekir. Birlikte velâyetin düzenlendiği birçok ülkede olduğu gibi, çocuğun yararı gerektiriyorsa örneğin ebeveynlerin anlaşmalarının mümkün olmadığı durumlarda, ebeveynlerden birinin alkol veya uyuşturucu madde kullanması, şiddete eğilimin olması gibi hallerde birlikte velâyet yerine çocuğun velâyeti tek tarafa bırakılabilir. Birlikte velâyetin düzenlenmesi halinde ne olursa olsun birlikte velâyet olmalıdır gibi bir düşünce doğru değildir. Birlikte velâyete karar verilebilmesi için ebeveynlerin gönüllü olması, velâyeti birlikte kullanacak karakterde olmaları son derece önemlidir. Almanya'da son yıllarda özellikle dile getirilen ana ve babanın özerkliklerinin olması, devletin aileye çok fazla müdahale etmemesi olgusuna biraz çekingen yaklaşmaktayız. Kanımızca velâyet hususunda mahkemeler ebeveynler istemese dahi çocuğun yararı gerektiriyorsa kanunda birlikte velâyet düzenlenmesine rağmen tek tarafa velâyeti bırakabilir. Velâyet hususunda mahkemeler karar verirken uzmanlardan (psikologlardan) yardım almalıdırlar.

Birlikte velayetin düzenlenmesi durumunda Türk hukukunda velâyetin kaldırılmasını düzenleyen 348. maddede değişiklik yapılarak çocuğun yararı gerekiyorsa velâyetin tek tarafa verilmesini ebeveynlerden birinin isteyebileceği gibi mahkemenin de çocuğun üstün yararını dikkate alarak velâyetin tek tarafa bırakılmasına re'sen karar verebileceği düzenlenmelidir.

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde coğrafi istikrara veya ikametgâh istikrarına vurgu yapan tek merkez modeli ve bunun sonunda çocuğun velâyetinin tek tarafa verildiği anlayış birçok ülkede terk edilmiştir. İkametgâha ilişkin tek konut modelinin dışında değişken model, yuva modeli gibi farklı modeller artık kabul edilmektedir.

²²⁴ https://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html.

Kanımızca evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda birlikte velâyetin nasıl kullanılacağına açıklığa kavuşturulması son derece isabetli olacaktır. Alman hukukunda olduğu gibi günlük ve olağanüstü iş ayrımı yapılarak günlük işlerde ebeveynlerden her birinin diğerine sormaksızın bu işlemleri tek başına yapmasına olanak tanınıp önemli işlerde -çocuğun gideceği okul seçimi, din seçimi, önemli tedaviler, uzun süre yurt dışında kalıp kalmayacağı vs.- ise tarafların birlikte karar almaları doğru olacaktır. Önemli iş kategorisinde olup gecikmesinde sakınca olunan hallerde ebeveynlerden her birinin bu kararı alabileceği ancak vakit geçirmeksizin diğer tarafa bildireceği gibi hususların kanunda düzenlenmesi gereklidir.

Karşılaştırmalı hukukta meydana gelen değişiklikler, taraf olunan uluslararası anlaşmalar dikkate alındığında evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesi halinde birlikte velâyetin hukukumuzda da düzenlenmesi gerekir. Ancak sadece birlikte velâyetin düzenlenmesi yeterli olmayıp, bunun nasıl kullanılacağı, koşulları, mahkemelerin rolü, bu düzenlemenin genel mi istisna mı olduğu, birlikte velâyet halinde çocuğun soyadına etkisi²²⁵ gibi birçok hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu hususlar düzenlenirken çocuğun üstün yararı her zaman dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

ABİK, Yıldız:“ Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı“ **Prof. Dr. Şenel Akyol’a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011.

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ: Derya, **Aile Hukuku**, 18. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

AKINTÜRK, Turgut: **Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanunu’na göre uyarlanmış Aile Hukuku**, 8. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

AKYÜZ, Emine: **Çocuk Hukuku. Çocukların Hakları ve Korunması**, Pegem Akademi, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, 2015.

BAKTİR ÇETİNER, Selma: **Velâyet Hukuku**, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

²²⁵ ZEYİN, Zafer: “Fünfzehn Jahre Türkisches Zivilgesetzbuch. Ein Bericht über die Praxis im Familienrecht“ **NZFam 2016**, s. 452. Velâyet hakkına bağlı olarak çocuğun soyadının değişeceğine ilişkin mahkeme kararları da birlikte velâyetin kabul edilmesi halinde yeniden tartışılır olacaktır. Zeytin çocuğun soyadı/adına ilişkin hususlarda velâyetin değil, biyolojik kökenin önemli olduğunu ve buna göre düzenlemelerin yapılması gerektiğini belirtmiştir.

BALLOFF, Rainer/ WALTER, Eginhard: "Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall? Einige theoretische und empirische Grundannahme", **FamRZ 1990**, s. 445-454.

BALLOFF, Rainer: "Die Bedeutung des Vaters für die Entwicklung des Kindes" **FPR 2005**, s. 210-213.

BAYGIN, Cem: **Soybağı Hukuku**, 1. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

BELCHAUS, Günter: **Elterliche Sorgerecht, Kommentar zum Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge**, Otto Schmidt, Köln, 1980.

BERTSCHI, Nora/MARANTA, Luca: "Wir ziehen um?!" – wenn Eltern über den Aufenthaltsort des Kindes streiten", **FamPra.ch 2017**, s. 649-674.

BİRİNCİ UZUN, Tuba: "Türk Medeni Kanunu'na göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, **6 (1)**, **2016**, s. 135-166.

BOELE-WOELKI, Katharina/ BRAAT, Bente/ CURRY-SUMNER, Lan (Ed.): **European Family Law in Action Volume III Parental Responsibilities** Intersentia EFL, Antwerp- Oxford, 2005.

BORN, Winfried: "Gemeinsames Sorgerecht: Ende der „modernen Zeiten“? Besprechung von BGH, Urteil v. 29. 9. 1999- XII ZB 3/99-, **FamRZ 1999**, 1646", **FamRZ 2000**, s. 396-399.

BRUNS, Rudolf: "Elterlichen Sorge. Klarstellungen", **FamRZ 1979**, s. 279-282.

BÜRGE, Alfons: **Römisches Privatrecht, Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung**, WBG (Wissenschaftliche Buchgesellschaft), Darmstadt, 1999.

CANTIENI, Linus: **Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung: Eine empirische Untersuchung Schriftenreihe zum Familienrecht**, 1. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2007.

CEYLAN, Ebru: **Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.

COESTER, Micheal: "Neue Aspekte zur gemeinsamen elterlichen Verantwortung nach der Trennung und Scheidung", **FuR 1991**, s. 70-74.

DIECKMEIS, Franz: "Die gemeinsame Sorge- engagierte Plädoyer. Die Bewältigung der Scheidungskrise, Hilfe durch Gerichte und Jugendämter?", **ZBIJugR 1989**, s. 57-60.

DITTMANN, Karl: "Sonderfragen zur Regelungen elterliche Gewalt während und nach der Ehescheidung unter Berücksichtigung des neuen Ehescheidungsrechts", **ZBIJugR 1977**, s. 187-199.

DÖLL, Yves/WANITYEK, Ulrike: "Rechtsprechungsübersicht zum Recht der elterlichen Sorge und des Umgangs" **FamRZ 2017**, s. 1195-1206.

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Türk Özel Hukuku, C. III Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013.

ELL, Ernst: "Wie ist das mit der "Hauptbezugsperson"?", **ZBIJugR 1982**, s. 76-82.

FEHMEL, Hans-Werner: "Ist das Verbot des gemeinsamen elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung (§ 1671 Abs. IV. S. 1 BGB) verfassungswidrig?" **FamRZ 1980**, s. 758-761.

FELDER, Wilhelm/HAUSHEER, Heinz/ AEBI-MÜLLER, Regina/ DESCH, E. Erica: "Gemeinsame elterliche Sorge und Kindeswohl", **ZBJV 150/2014**, s. 892-916.

FURSTENBERG, Frank F./CHERLIN, Andrew J.: **Geteilten Familien (Divided Families)**, Harvard University Press, Cambridge mass& London England, 1991.

GENÇCAN, Ömer Uğur: "Ortak velâyet", **İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı**, s. 24-30.

GEISER, Thomas: "Besprechung neuerer Entscheidungen auf dem Gebiet des Eherechts", **AJP 2015**, s. 1719-1726.

GEISER, Thomas: "Wann ist Alleinsorge anzuordnen und wie ist diese zu regeln?" **ZKE 2015**, s. 226-244.

GRÜNDEL, Matthias: **Gemeinsames Sorgerecht**, Lambertus Verlag, Born, 1995.

GRÜNDLER Bettina: **Die Obsorge nach der Scheidung und Trennung der Eltern im europäischen Rechtsvergleich**, Peter lang, Frankfurt am Main, 2002.

GÖTSCHKE, Frank: "Kindschaftsrechtliche Angelegenheiten von alltäglicher oder erheblicher Bedeutung", **FuR 2017**, s. 418-423.

HAMMER, Stephan: "Die rechtliche Verbindlichkeit von Elternvereinbarungen", **FamRZ 2005**, s. 1209-1217.

HARKE, Jan Dirk: **Römisches Recht 2. Auflage**, C. H. Beck, München, 2016.

HAUSHERR, Heinz: "Gemeinsame elterliche Sorge als Regeltatbestand in der Schweiz", **FamRZ 2014**, s. 1520-1523.

HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: **Aile Hukuku**, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

HEILIGER, Anita: "Zur Problematik einer Konzeption nahehelicher gemeinsamer elterlicher Sorge als Regelfall im Kontext einer geplanten Reform des Kindschaftsrechts", **FamRZ 1992**, s. 1006-1013.

HEINKE, Sabine: "Gemeinsame Sorge um jeden Preis?", **FF 2002**, s. 54-58

HOLZHAUER, Heinz: "Verwandtschaftliches Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge", **FamRZ 1982**, s. 109-118.

HONSELL, Heinrich: **Römisches Recht**, 8. Auflage, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2015.

HORNDASCH, Peter: "Das Wechselmodell und seine Folgen" **FuR 2016**, s. 558-564

JESTAEDT, Matthias: "Kindesrecht zwischen Elternverantwortung und Staatsverantwortung. Herausforderungen des Eltern-Kind-Verhältnisses aus verfassungsrechtlicher Perspektive" s. 65-98 in **21. Deutscher Familiengerichtstag vom 21. Bis 24. Oktober 2015 in Brühl**, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2016.

JOPT, Uwe-Jörg: "Nacheheliche Elternschaft und Kinderwohl –Plädoyer für das gemeinsame Sorgerecht als anzustrebender Regelfall", **FamRZ 1987**, s. 875-885.

KAISER, Dagmar: "Gemeinsame elterliche Sorge und Wechselmodell", **FPR 2008**, s. 143-148.

KALTENBORN, Karl-Franz: "Das Personalen Beziehungen des Scheidungskindes als sorgerechtsrelevantes Entscheidungskriterium", **FamRZ 1987**, s. 990-1000.

KALTENBORN, Karl-Franz: "Das Gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung im Spiegel ausländischer Erfahrungen", **FamRZ 1983**, s. 964-971.

KARACA, Hilal, **Velâyetin Kapsamı ve Hükümleri**, 1. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

KASER, Max: **Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt 2. Auflage**, C.H Beck, München, 1971.

KIRCA, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", **AÜHFD 2001, Cilt. 10, Sayı.1**, s. 91-119.

KLUßMANN; Rudolf: "Der Verfassungsgemäße Ausschluss des gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern (§ 1671 Abs.4 S.1)", **FamRZ 1982**, s. 118-122.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: **Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması**, 1. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

KOSTKA, Kerima: "Elterliche Sorge und Umgang bei Trennung und Scheidung - unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des Kindes", **FPR 2005**, s. 89-95.

KOVARIK, Karel: **Elterliche Sorge- Umgangsrecht Ausgewählte Regelungen des deutschen und tschechischen Rechts im Vergleich**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2010.

KROPHOLLER, Jan: "Gemeinsame elterliche Sorge nach der Ehescheidung im deutschen und im ausländischen Recht", **JR 1984**, s. 89-97.

LEMPPE, Reinhard: "Die Bindung des Kindes und ihre Bedeutung für das Wohl des Kindes gemäß § 1671 BGB", **FamRZ 1984**, s. 741-744.

LIEBTHAL, Julia, **Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern nach der Reform des Kindschaftsrechts**, 1. Auflage, Peter Lang International Academic Publishers, Frankfurt am Main, 2004.

LIMBACH, Jutta: **Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern - Eine Rechtstatsachenstudie**, Bundesanzeiger, Köln, 1989.

LUTHIN Horst: **Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung**, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1987.

MARINOPOULOS, Alisko: **Entscheidungsrecht bei gemeinsamer elterlicher Sorge getrennt lebender Ehegatten in Deutschland und Australien**, Peter lang, Frankfurt am Main, 2003.

MATTHIESSEN, Stephanie: **Gemeinsame elterliche Sorge in scheidungssoziologischer Perspektive**, Peter lang, Frankfurt am Main, 2004.

MECKLING, Sarah: **Die gemeinsame Trennungssorge**, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

MICHALSKI, LUTZ: "Gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern", **FamRZ 1992**, s. 128-137.

MOTZER, Stefan: "Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet von Sorgerecht und Umgangsrecht", **FamRZ 2001**, s. 1034-1044.

MÜLLER, Karen: **Die elterliche Sorge im international-privatrechtlichen Kontext aus konsularrechtlicher Sicht**, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016.

OELKERS, Harald/KARSTEN, Hartwig: "Zehn Jahre gemeinsame Sorge nach der Scheidung", **FamRZ 1993**, s. 18-21.

OELKERS, Harald: "Das neue Sorgerecht in der Familienrechtlichen Praxis", **FuR 1999**, s. 349-355.

OELKERS, Harald: "Anmerkung zum BGH-Beschluss vom 29.9.1999", **MDR 2000**, s. 32- 33.

OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa: **Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1998.

OLLMANN, Rainer: "Das gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung und das KJHG" **FamRZ 1993**, s. 869-874.

ÖCAL APAYDIN, Bahar: "**İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi**", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 145-146, Eylül-Ekim 2016, s. 631-658.

ÖZDAMAR, Demet: **CEDAW Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokol'ün İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

ÖZTAN, Bilge, "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu", **Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan**, 1. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 249-260.

ÖZTAN, Bilge: **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

PLANITZ, Hans/ECKHARDT, Karl August: **Deutsche Rechtsgeschichte**, Böhlau Verlag, 4. Auflage, Graz/Köln/Wien, 1991.

PLANITZ, Hans: **Germanische Rechtsgeschichte**, Verlag Franz Vahlen, 2. Auflage, Berlin, 1941.

POLAT, Oğuz/GÜLDOĞAN, Evin: "Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velâyetin Saptanmasındaki Önemi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı.118, 2015, s. 243-254.

REHBERG, Jorgen: "Kindeswohl und Kindschaftsrechtsreformgesetz", **FuR 1998**, s. 65-69.

RIECK, J. (Ed.): **Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen, Ausländisches Familienrecht für alle wichtigen Staaten**, 15. Auflage, C.H. Beck, München, März 2017.

SALGO, Ludwig: "Zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung als Regelfall- ein Zwischenruf", **FamRZ 1996**, s. 449-454.

SARRES, Ernst: "Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall - Verlagerung bei Streitigkeiten auf das Umgangsrecht?", **FPR 2008**, s. 131-135.

SCHWAB, Dieter: "Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern - Die Neuregelung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes", **FamRZ 1998**, s. 457-472.

SERDAR, İlknur: "Birlikte Velâyet", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.10, Sayı.1, 2008, s. 155-197.

SEROZAN, Rona, **Çocuk Hukuku**, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

SITTING, Christine/STÖRR, Andre: "Das Ende einer Reform? Anmerkung zum Beschluss vom 29.9.1999 XII ZB 3/99 (FuR 2000,88= FamRZ 1999, 1646)", **FuR 2000**, s. 199-201.

SCHLÜTER, Wilfred: **BGB-Familienrecht**, 13. Auflage, C.F Müller Verlag, Heidelberg, 2009.

SÜNDERHAUF, Hildegund: **Wechselmodell: Psychologie- Recht Praxis Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung**, Springer Fachmedien, Wiesbaden, 2013.

ŞİMŞEK, Canan: **Türk Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2012.

TAUCHE, Almut: "Kindschaftsrecht und Elternvereinbarung. Ist die Forderung nach der Elternvereinbarung bei Trennung und Scheidung eine unverhältnismäßige Einmischung des Staates", **FuR 1996**, s. 213-222.

VON DER HEYDE, Irene: **Internationalrechtliche Studien Beiträge zum Internationalen Privatrecht zum Einheitsrecht und zur Rechtsvergleichung**, Peter lang, Frankfurt am Main, 2004.

WACKE, Andreas: "Elterliche Sorge im Wandel der Jahrtausende- zum Sorgerecht der geschiedenen Mutter nach römischem Recht", **FamRZ 1980**, s. 205-210.

WALPER, Sabina: "Arrangements elterlicher Fürsorge nach der Trennung und Scheidung: Das Wechsel Modell im Licht neuer Daten aus Deutschland", s. 99-145 in **21. Deutscher Familiengerichtstag vom 21. Bis 24. Oktober 2015 in Brühl**, Giesecking Verlag, Bielefeld, 2016.

YILDIRIM, Abdulkirim: **Türk Aile Hukuku**, 1. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.

ZEYTİN, Zafer: "Fünfzehn Jahre Türkisches Zivilgesetzbuch. Ein Bericht über die Praxis im Familienrecht", **NZFam 2016**, s. 450-454.

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

