

Dr.Öğretim Üyesi Şafak Parlak Börü
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İletişim: sparlak@law.ankara.edu.tr, safakparlak@yahoo.com

ORTAK VELAYET

TMK. md.336/3 uyarınca velayet, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde, çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa aittir. Hakime ortak velayete hükmetme noktasında bir imkan tanımayan bu düzenleme, hükmün getirildiği dönemde yasa koyucunun bugün artık geçerliliğini yitirmiş bir aile kavramı anlayışına sahip olmasından ve boşanma durumunda çocuğun yararının en iyi biçimde tek başına velayet ile sağlanabileceği varsayımını benimsemiş olmasından kaynaklanmıştır. Günümüzde ise bilimsel araştırmalar sağlıklı yürütülebileceği koşullar somut olayda mevcut ise, birlikte velayet modelinin tek başına velayete nazaran müşterek çocuk açısından daha olumlu sonuçlar doğurabileceğini öngörmektedir. Bunun yanında, zaman içerisinde pek çok ülkede boşanmadan sonra ortak velayeti mümkün kılan yasal değişikliklere yer verildiği, bazı uluslararası hukuk metinlerinde ana babanın boşanmadan sonra da müşterek çocuk üzerinde eşit hak ve yükümlülükler sahip olmasını öngören esasların benimsendiği görülmektedir. Bu yöndeki gelişmeler, Türk hukukunda da boşanmadan sonra birlikte velayetin mümkün olup olamayacağı konusunda tartışmaların doğmasına sebep olmuştur. Türk hukukundaki tartışmaların temelinde, TMK md.336/3 hükmünün lafzının açık olup olmaması, hükmün emredici olup olmaması, emredici kabul edildiğinde yerinde bir düzenleme olup olmaması, anılan hükümde kanun boşluğu olup olmaması gibi hususlar yer almaktadır.

Velayet kurumunun temel amacının çocuğun üstün yararı olduğundan hareketle, boşanma sonrası ana babanın velayeti birlikte yürütmelerinin çocuğun yararına olduğu durumlarda, bu imkanın esirgenmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Yasa koyucunun ortak velayeti dışlayan tercihi bilinçli, ancak hele ki günümüz koşullarında yerindeliği sorgulanabilir bir düzenleme olmuştur. Bununla birlikte, anılan hükmün normlar hiyerarşisi çerçevesinde, iç hukukumuzun parçası haline gelmiş uluslararası hukuk metinleriyle bertaraf edilmesi mümkündür: Şöyle ki, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 no.lu Protokol ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi boşanma durumunda ortak velayete hükmedilmesine temel teşkil eden düzenlemeler içermektedir. Bununla birlikte, Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerinde de değişiklik yapılarak, çocuğun yararı bunu gerektiriyorsa, hakime boşanma durumunda ortak velayete hükmetme yetkisinin açıkça tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

JOINT PARENTAL AUTHORITY

The parental authority of the child belongs to one of the spouses (the judge will entrust parental authority on one of the spouses) in case of divorce according to Article 336/3 of Turkish Civil Code. This provision, which does not allow the judge to entrust joint parental authority, is grounded on the lapsed 'family' concept of the legislator and the assumption embraced by the legislator, which accepts the best interests of the child can be protected by sole parental authority. Today's scientific research results provide that the concept of joint parental authority may bear better consequences than the sole parental authority for the purposes of child. Furthermore, we observe in the mean time that numerous countries have accepted legal changes/enacted new provisions regarding joint parental authority and this main principle of joint parental authority (the principle that the parents have equal rights and responsibilities) is also accepted in some of the international legal sources. These developments caused the legal debates in Turkish law examining the possibility of joint parental authority after divorce. Some matters such as the problematics of the clearance of letter of the law (Art.336/3), mandatory nature of the provision, (if accepted as mandatory) appropriateness of the provision, the question of the existence of a legal gap in the provision lie at the core of these discussions.

As we know that the main purpose of parental authority is to protect the best interests of a child, this possibility of joint parental authority should not be denied in the present cases in which the exercise of parental authority by mother and father together is especially to the advantage of the child. The preference of the legislator excluding joint parental authority is conscious, but may be called into question especially in today's context. Nonetheless, this foregoing provision can be eliminated within the framework of the hierarchy of norms by international legal treaties which have become a part of our domestic law: Namely, the United Nations Convention on The Rights of The Child, Protocol no.7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and European Convention on Human Rights include some regulations which serve as a basis for joint parental authority in case of divorce. Still, we think that the discretionary power regarding joint parental authority should be empowered to the judge by legal enactments/changes regarding the cases in which this institution is necessary for the best interests of the child.