

ALMANYA VE İSVİÇRE ÖRNEKLERİYLE TÜRK HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

JOINT CUSTODY IN TURKISH LAW WITH GERMANY AND SWITZERLAND EXAMPLES

Zeynep Naz GÜNEŞ*

Özet: Bu çalışmada, evlilik birliği dışında doğan çocuklar ve boşanma sonrası için Türk hukukunda son yıllarda çokça tartışılan birlikte velayet incelenmiştir. Sırasıyla 2013 ve 2014 yıllarında birlikte velayeti kural ve tek başına velayeti istisna hale getiren Avrupa ülkelerinden Almanya ve İsviçre düzenlemeleri örnek alınarak, bu ülkelerin hukuki düzenlemelerinin tarihsel gelişim süreçleri incelenmiş ve Türk hukukundaki gelişmeler ile karşılaştırılmıştır. Türk hukuk doktrini hâkim görüş olarak, özellikle boşanmadan sonra, birlikte velayetin uygulamasını desteklemekle birlikte aksi görüşler de mevcuttur. Konu hakkındaki tartışmalar, Türk yargısında ilk olarak 2009 yılında ilk derece mahkemesi ile verilen bir karara istinaden ivme kazanmış olup, Yargıtay da bu süreçte 2017 yılında verdiği kararıyla, birlikte velayet lehine içtihat değişikliğine gitmiştir.

Anahtar Kelimeler: Velayet, Birlikte Velayet, Tek Başına Velayet, Boşanma, Çocukun Üstün Yararı

Abstract: In this study, joint custody is analysed for the children born out of wedlock and after divorce which has been widely discussed in Turkish law in recent years. In the years 2013 and 2014, the historical development processes of the legal regulations of these countries were examined and compared with the developments in Turkish law, taking into consideration the German and Swiss regulations of European countries which made joint custody as a rule and sole custody as an exception. Although the Turkish legal doctrine supports the joint custody practice as a dominant view, especially after the divorce, there are also other opinions. The discussions on the issue gained a momentum in the Turkish judiciary in 2009 due to the decision of the first-instance court and the decision of Supreme Court of Appeals which is made a change in case-law in favor of joint custody in 2017 with its decision.

Keywords: Parental Custody, Joint Custody, Sole Custody, Divorce, the Best Interests of The Child

* Arş. Gör, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, zeynepnaz.gunes@ufuk.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4348-4175, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.01.2020, Kabul Tarihi: 24.01.2020

I. GİRİŞ

Genel olarak toplumun en küçük yapı taşı olarak tanımlanan aile, yüzyıllardır gerek hukuk gerek sosyoloji, ekonomi, psikoloji, politika gibi birçok bilim alanının araştırma konusu olmuş ve olmaya da devam etmektedir. Aile kavramının şekillenmesinde ve değişikliklere uğramasında kadın ve erkek arasındaki ilişkilerin yanı sıra ebeveynler ve çocuklar arasında ilişkiler de önemli bir rol oynamıştır. Hukuki olarak ebeveynler ve çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen velayet de anılan bilim alanlarında yaşanan gelişim ve dönüşümlerden etkilenmiştir. Başlangıçta sadece baba lehine tanınan bu hak, zamanla kadına da tanınmıştır. İç hukukumuzdaki düzenlemelere bakıldığında 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde evlilik birliği süresince anne ve babanın velayet hakkına birlikte sahip olduğu ancak anlaşmazlık olması halinde babanın oyuna üstünlük tanınacağına hükmettiği görülmektedir. Benzer düzenlemeye 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmemiş ve kadın - erkek eşitliği açısından olumlu bir düzenleme yapılmıştır. Ancak özellikle Avrupa ülkelerinin hukuklarında uzun yıllar boyunca tartışılan ve gerek yargı kararları gerek doktrin tartışmalarıyla karara bağlanan, buna paralel olarak da kanun değişiklikleri gerçekleştirilen özellikle evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi hali başta olmak üzere, evlilik birliği içinde doğmayan çocukları da kapsayacak şekilde birlikte velayet tartışmaları Türk Hukukunda devam etmektedir. Yargıtay'ın içtihat değişikliğine giderek birlikte velayet lehine vermiş olduğu kararlar ile artık uygulamada bu doğrultuda hüküm kurulan karar sayısı artmakla birlikte, TMK'nın ilgili hükümlerinde henüz herhangi bir yasal değişiklik gerçekleştirilmemiştir.

Anne babadan ziyade çocuk için olan velayet hükümlerinin uygulanmasında temel anlayış çocuğun üstün yararı olarak kabul edilmektedir.¹ Nitekim Avrupa ülkelerinin birlikte velayete ilişkin yasal düzenlemelerinin tarihsel gelişiminde bu anlayışın esas alındığı görülmektedir. Bu çalışmada, Türk Hukukunda birlikte velayete ilişkin tartışmalar, yargı kararlarındaki gelişmeler ve uluslararası düzenlemeler de dikkate alınarak Almanya ve İsviçre hukuk düzenlemeleri ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Bu nedenle de Türk Hukukundaki düzenleme ve gelişmelerden önce sırasıyla Almanya ve İsviçre hukuklarındaki düzenlemeler ve yargı kararları değerlendirilmiştir.

¹ Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 1076.

II. ALMAN HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

A. Genel Olarak

Yirminci yüzyılın başına kadar aile ilişkileri düzeninde baba ile eşit konumda bulunmayan ve bir eş olarak velayet hakkı salt kendisine tanınmış olan babaya yani kocasına bağlı olan kadın, toplumsal olarak temellenen rollere göre çocukların bakımından ve yetiştirilmesinden sorumlu olup yirminci yüzyılın ortasına kadar bu görevi her zaman eşinin/babanın gözetimi ve talimatları altında sürdürmüştür.² Daha sonra kadının yani annenin, yasal olarak güç sahibi baba ile eşit konumda hak ve yetki sahibi olmasına imkan tanınmasıyla velayetin güç ve egemenlik olarak algılanmasından vazgeçilmesine, çocuğun kişiliğine vurgu yapılmasına, buna bağlı olarak da geçmişten günümüze velayetin baba merkezli bir ilişkiden ziyade sırasıyla ebeveyn merkezli ve son olarak da çocuk merkezli bir kurum olması sonucunu doğurmuştur.³ Bu tarihsel gelişimin bir diğer sonucu ise dilimize “ebeveyn otoritesi” olarak tercüme edilebilecek olan “*elterliche Gewalt*” kavramının, “ebeveyn sorumluluğu” anlamındaki “*elterliche Sorge*” olarak ifade edilmeye başlanmasıdır.⁴

Alman Medeni Kanunu’ndaki (BGB) birlikte velayete ilişkin düzenlemelerin başlangıcı, aslında Federal Almanya Anayasa Mahkemesi’nin 1982 tarihli kararında,⁵ boşanmış ebeveynlerin, birlikte velayet için istekli olmaları ve bunun çocuğun yararı için de uygun olmasına rağmen, müşterek çocuklarının birlikte velayet kapsamına alınmamasının Almanya Anayasası md. 6/2 uyarınca velayet hakkının ihlali olarak kabul edilmesine dayanmaktadır. Anayasa’nın anılan

² Elisabeth Koch, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB: Band IV: Familienrecht. 1297-1921 (Ed.: Joachim Rückert/Mathias Schmoeckel/Reinhard Zimmermann), Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, Art. 1671, 1684 N. 96.

³ Koch, Art. 1671, 1684 N. 96.

⁴ Gerek İsviçre gerek Alman Medeni Kanunu’nda revizyon dönemlerinden önce velayete ilişkin olarak “*elterliche Gewalt*” kavramı kullanılmakta ancak “*Gewalt*” kelimesinin otorite ve güç anlamları nedeniyle bu kavram eleştirilmekteydi. Revizyon ile velayete ilişkin hükümlerde yapılan değişikliklerde, terminolojiye yönelik olarak da değişiklik yapılmış ve bakım anlamına gelen “*Sorge*” kelimesi tercih edilerek “*elterliche Sorge*” kavramı kullanılmaya başlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Fulya Erlüle; İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 95.

⁵ BVerfG 03. November 1982 – 1 BvL 25/80, MDR 1983, 108-109. (Erişim T.: 15.07.2019, <https://www.juris.de/perma?d=jzs-MDR-1983-02-0108-1-R-04>)

fıkrasında, çocuğun bakımının ve eğitiminin ebeveynlerin doğal hakkı ve öncelikli görevi olduğu düzenlenmiş, akabinde de ebeveynlerin bu konudaki işlem ve eylemlerinin Devlet tarafından izlendiği belirtilmiştir.

Daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 03.12.2009 tarihli kararına uygun olarak Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, 2010 yılında BGB 1626a düzenlemesinin Almanya Anayasası md. 6/2 ile bağdaşmadığına hükmetmiştir.⁶ Mahkeme, babanın evlilik dışı çocuğunun bakımına katılması için anneden izin almak zorunda olmasını Anayasa'nın anılan maddesi uyarınca babanın temel hakkının ihlali olduğuna hükmetmiştir.⁷ Nitekim evlilik dışı çocuklar için ana ve babanın birlikte velayet hakkını haiz olabilmesinin, evli olmayan babaların, annenin bu konuda rızasını alması zorunluluğuna bağlanmış olması, evli olan babalara kıyasen velayet hakkı bağlamında babalar arasında "evli olan ve olmayan baba" ayrımı yaratması sebebiyle eleştirilmiştir.⁸

19 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe giren Velayete İlişkin Değişiklik Yasası'ndan önce⁹ evli olmayan ebeveynler için velayet hakkı anneye aitti ancak ebeveynlerin müşterek çocuklarının velayetini birlikte kullanmak istemeleri halinde bunun için ortak bir irade açıklamasında bulunmaları ya da birbirleriyle evlenmeleri gerekmektedir.¹⁰ Başka bir deyişle, annenin rızası olmadan, evli olmayan babanın birlikte velayet hakkını elde etmesi mümkün değildi.¹¹ Boşanmış ebeveynler için ise, mahkeme tarafında verilen ayrılık ya da boşanma kararının ebeveyn-

⁶ Poncelet, *Juris PraxisKommentar BGB – Band 4 Familienrecht*, 7. Auflage, Online Kommentar inklusiv e-Book, § 1671 BGB, Art. 1671 N. 1. (Erişim T.: 15.07.2019, www.juris.de); Heike Hennemann; *Münchener Kommentar zum BGB Band 8- Familienrecht II* §§ 1589-1921, 7. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2017, Art. 1671 N. 1. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Erlüle, s. 167, dn 99; Öcal Apaydın Bahar, "İsviçre Medeni Kanunu'nun Velayete ilişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11 S. 145-146, 2016, s. 639.

⁷ Hennemann, Art. 1671 N. 1.

⁸ Erlüle, s. 225.

⁹ *Kindschaftsänderungsgesetz (Kindschafts- und Namenrechtsgesetz 2012)*

¹⁰ Stephan Wolf/ Deborah Schmuki; "Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern in der Schweiz, Deutschland und Österreich", *Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014*, Bern 2014, s. 161.

¹¹ Wolf/Schmuki, s. 161.

lerin velayet haklarını etkilemediği ve birlikte velayet hakkını haiz olmaya devam ettikleri kabul edilmiştir.¹²

B. 19 Mayıs 2013 Velayete İlişkin Değişiklik Yasası ve Sonrası

19 Mayıs 2013 tarihinde Almanya’da Velayete İlişkin Değişiklik Yasası’nın yürürlüğe girmesiyle de § 1626a BGB uyarınca, çocuğun doğumu anında evli olmayan anne ve babanın, birlikte velayet hakkına sahip olabilmeleri için başvurabilecekleri üç yol bulunmaktadır.¹³ Ebeveynler, birlikte velayeti haiz olmak istedikleri yönünde beyanda bulunabilecekleri gibi birbirleriyle evlenmeleri halinde de velayeti birlikte kullanabileceklerdir. Bunun dışında son olarak, kanunda yapılan değişikliğin tanıdığı imkân istinaden, ebeveynlerden birisinin, aile mahkemesine başvurmasıyla mahkeme tarafından da, diğer ebeveynin karşı çıkmasına rağmen, birlikte velayete hükmedilebilmesi mümkündür. Mahkeme, birlikte velayete hükmederken § 1626a II uyarınca çocuğun üstün yararını (*Kindeswohl*) esas alacaktır. Çocuğun üstün yararı açısından yapılacak olan bu denetime “çocuğun yararına ilişkin olumsuz denetim” (*negative Kindeswohlprüfung*) denilmektedir.¹⁴

§ 1671 BGB hükmü ise ebeveynlerin geçici olmayacak şekilde ayrı yaşamaları halinde ve boşanma davası sırasında da, birlikte velayetin söz konusu olduğu durumlarda, her bir tarafın aile mahkemesine başvurarak velayetin sadece kendisine verilmesini talep edebileceği düzenlenmektedir. İlk fıkrada anılan bu duruma göre tek başına velayetin söz konusu olabilmesi için çocuk 14 yaşını doldurmuş olmalı, diğer ebeveyn başvuruya itiraz etmemeli ve birlikte velayetin sona erdirilerek, velayetin salt başvuruda bulunan tarafa bırakılması çocuğun yüksek yararına uygun olmalıdır.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi 2018 yılında verdiği bir kararda,¹⁵ 15 ve 17 yaşlarındaki iki oğlunun birlikte velayetini sonlandırmak için talepte bulunan babanın başvurusunu; çocukların ilk dere-

¹² Wolf/Schumki, s. 162; Erlüle, s. 165.

¹³ Güven Kudret, “Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4 S. 1, Ankara 2018, s. 22-23.

¹⁴ Wolf/Schumki, s. 163; Erlüle, s. 169.

¹⁵ BVerfG 22. März 2018- 1 BvR 399/18. (Erişim T.: 29.10.2019, <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/731464/>)

ce mahkemesine yaptıkları açıklamalar doğrultusunda, babalarıyla bir yıldan fazla süredir iletişimde olmamaları ve görüşmek istememeleri, anneleriyle yaşamaları, ebeveynler arası herhangi bir iletişim ve fikir birliğinin bulunmaması ve bunlara ek olarak başvurucunun herhangi bir anayasal hakkının ihlalinin söz konusu olmaması gerekçeleriyle reddetmiştir. Kararda ayrıca, birlikte velayet için vazgeçilmez bir ön koşul olarak, ebeveynler arasında işbirliği yeteneği ve hazırlığının mevcut olması aranmış, tarafların ilişkileri göz önünde bulundurularak birlikte velayetin devamına zorlamanın da çocuğun üstün yararına uygun olmadığı belirtilmiştir. Velayetin tek başına anneye bırakılması, yukarıdaki açıklamalar ışığında babanın velayet hakkının Alman Anayasası md. 6/2 uyarınca ihlali olmadığına hükmedilmiştir.

Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise velayetin yalnızca annede bulunduğu hallerde, babanın velayete katılma ya da doğrudan kendisine devredilmesi için aile mahkemesine başvurması hali düzenlenmiştir. Bu durumda da tek başına velayet kararı ancak talebe annenin rızasının olması, çocuğun 14 yaşını doldurması veya menfaatiyle çelişmemesi halinde mümkündür.¹⁶ Buna alternatif olarak da, velayetin babaya verilmesinin çocuğun üstün yararına olduğu kabul ediliyorsa ve birlikte velayetin söz konusu olması mümkün değilse, annenin rızası aranmaksızın, baba tek başına velayet hakkını haiz olur.¹⁷ Böylece baba ilk defa, annenin rızası olmaksızın, tek başına velayet ya da velayete katılmak imkanı elde etmiştir. Başka bir deyişle, Alman Anayasası md. 6/2, babanın velayet hakkı için yeterli ve annenin velayet hakkına bağlı olmadığı için, getirilen yasal değişiklik, annenin, babanın tek başına velayet talebini veto hakkını sona erdirmiştir.¹⁸

III. İSVİÇRE HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

A. Genel Olarak

İsviçre’de çocuk haklarına ilişkin olarak 25 Haziran 1976’da yapılan revizyon ile evlilik dışı ilişkiden meydana gelen çocuk ile evlilik birliği içinde meydana gelen çocuk arasında eşitlik sağlanmıştır, ancak bu eşitlik sadece çocuğun statüsü ve miras hukukuna ilişkin olup

¹⁶ Güven, s. 23.

¹⁷ Wolf/Schumki, s. 164; Poncelet, Art. 1671 N. 82.

¹⁸ Hennemann, Art. 1671 N. 149.

velayet hakkını kapsamamaktadır.¹⁹ Başka bir deyişle, evli olan ebeveynler velayet hakkını birlikte kullanırken, evli olmayan ebeveynler için ise tek başına velayet uygulaması devam etti ve velayet anneye bırakıldı. Evli olmayan ebeveynler için birlikte velayet kurumunun gündeme gelmesi 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanun'unun boşanmaya ilişkin hükümlerinde yapılan revizyona kadar mümkün olmamıştır. Başka bir deyişle, boşanma halinde velayetin tek başına kullanılması kural olup ancak, eski İsviçre Medeni Kanun'u md. 298a uyarınca, anne ve babanın birlikte velayete ilişkin ortak iradelerinin ve çocuğun bakımı, masraflarının paylaşılması ile bunlara katkıları gibi hususları karara bağladıklarını gösteren bir anlaşmanın mevcut olması halinde birlikte velayete mahkeme tarafından karar verilebilecektir.²⁰

Yapılan revizyona rağmen getirilen yeni hükümlerin; evli olan ve olmayan babalar arasında ayrımcılığa neden olması, velayetin tesisinde ebeveynlerin medeni durumlarının ölçüt alınması ve esasen ebeveyn sorumluluğunun, çocuğun, ebeveynlerinin medeni durumu sebebiyle herhangi bir dezavantajlı durumda kalmayacak şekilde düzenlenmesi gereklerinden hareket edilerek 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren ve boşanma ile ayrılık sonrasında velayeti düzenleyen revizyon projesinin ikinci bölümü olarak adlandırılan yeni yasal düzenlemeler uygulanmaya başlamıştır.²¹

2014 yılında yürürlüğe giren yeni düzenlemelere kadar, birlikte velayet uygulaması evlenmemiş ya da boşanmış ebeveynler için istisnai bir uygulama niteliği taşımakta, mahkemeler tarafından birlikte velayete karar verilebilmesi için birden çok şartın bir arada bulunması gerekirdi ki bu da diğer Avrupa ülkelerindeki uygulamalarla kıyaslandığında oldukça eski, çağın gerekliliklerinden uzak olarak yorumlanmaktadır.²²

¹⁹ Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, s. 9082.

²⁰ Ingeborg Schwenzer/Tomie Keller, "Recent Developments in Swiss Family Law", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Y. 35 S. 1, 2015, s. 21; Erlüle; s. 170; Wolf/Schumki, s. 157; Güven, s.14; Öcal Apaydın, s. 642.

²¹ Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, s. 534.

²² Büchler Andrea/Maranta Luca, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter 11. August 2014, Rz. 2. (Erisim T.: 15.07.2019, <https://www.ius.uzh.ch/dam/>

B. 2014 Yılı Velayet Hukuku Revizyonu ve Sonrası

2014 yılının temmuz ayında yürürlüğe giren yeni yasal düzenlemenin ise iki önemli sebebi bulunmaktadır: Birincisi, evli olmayan babaların yasal ayrımcılığını ortadan kaldırmak ve ikincisi de birlikte velayet kurumunu bir kural haline getirmektir.²³ İsviçre Medeni Kanunu'nun 296. maddesinin ikinci fıkrasında birlikte velayetin kural, tek başına velayetin ise istisna olduğunu açıkça düzenlemiştir.

Buna ilişkin olarak Federal İsviçre Mahkemesi bir kararında²⁴ " ... çocuklar, reşit olmadıkları sürece, baba ve annenin ortak ebeveyn bakımı altındadır. Bununla birlikte, boşanma davasında, çocuğun çıkarlarını korumak için gerekli olması halinde, mahkeme, ebeveyne tek başına velayet sorumluluğunu verir. Bu nedenle, kural olarak birlikte velayet ilkesini oluşturur. Bu, reşit olmayan çocukların refahının, ebeveynlerin birlikte velayeti birlikte kulanılması durumunda en iyi şekilde hizmet ettiği varsayımına dayanır. Bu ilkedен, yalnızca istisnai olarak çocuğun çıkarlarını daha iyi koruduğu başka bir çözüm için sapılmalıdır. Tek başına velayete karar vermek ve velayeti tek bir ebeveyne tahsis etmek bu nedenle sınırlı bir istisna kalmalıdır. Ebeveynlerin ciddi bir kalıcı çatışma içinde olmaları veya çocuklarla iletişim kuramamaları durumunda bu istisna düşünülebilir..." diyerek kuralın birlikte velayet uygulaması olduğunu açıkça vurgulamıştır. Anılan fıkra göre, çocuklar erginlik yaşına gelene kadar annelerinin ve babalarının birlikte velayeti altında olacaklardır. Boşanma halinde ise 298. maddeye göre boşanma ve evlilik birliğini korumaya yönelik işlemlerde mahkeme, çocuğun yüksek yararının gerektirmesi²⁵ halinde, velayeti ebeveynlerden yalnızca birine bırakabilir.²⁶

jcr:9875436a-173e-4a82-ab859e1a414ebb4b/Buechler_Maranta_DasneueRechtderelaterlichenSorge.pdf)

²³ Buechler/ Maranta, Rz. 1.

²⁴ BGE 5A_468/2017, 18. Dezember 2017 (Erişim T.: 18.07.2019, <https://www.bger.ch>)

²⁵ "... Birlikte velayet şimdi kural olmasına ve ilke olarak, çocuğun ikamet ettiği yeri belirleme hakkını içermesine rağmen bu mutlaka alternatif bir velayetin oluşturulmasını gerektirmez... İçtihat hukukuna göre, çocuğun refahı, çocuk hakkının en yüksek değeridir. Bu nedenle, ebeveyn-çocuk ilişkisinin düzenlenmesi için her zaman belirleyici faktör olurken, ebeveynlerin çıkarları ve istekleri arka planda oturmak zorundadır..." BGE 5A_991/2015, 29. September 2016 (Erişim T.: 18.07.2019, <https://www.bger.ch>)

²⁶ "...Söz konusu hükme göre, boşanma ya da evlilik birliğini korunmasına ilişkin işlemlerde, çocuğun çıkarlarının korunmasının gerektirmesi halinde mahkeme, velayeti tek bir ebeveyne bırakabilir... Bu, reşit olmayan çocuğun çıkarlarına, en

İsviçre Medeni Kanunu'nda 1 Temmuz 2014'te yürürlüğe giren ve velayete ilişkin hükümlerde yapılan değişikliklere göre değinilmesi gereken bir diğer düzenleme de 133. madde olup burada; mahkemenin, annenin ve babanın hak ve yükümlülüklerini, ebeveyn-çocuk ilişkisinin hukuki sonuçlarını dikkate alarak, özellikle de ebeveyn bakımı, çocuğun himayesi, çocukla kişisel ilişki kurulması ve bakım masraflarına katkıda bulunulması ile nafaka hususlarını karara bağlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu madde bağlamında çocuğun yararı ölçütü soyut bir ölçüt olarak kabul edilmekte ve her somut olaya göre yukarıda belirtilen hususlar değerlendirilmektedir.²⁷

Tüm bu düzenlemeler, annenin ve babanın velayet hakkından sadece evlilik birliği süresince değil, bilakis evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinden sonra da eşit şekilde yararlanmaları gerektiğini belirterek tek başına velayetten ziyade, birlikte velayet uygulamasını desteklemektedir. Düzenlemelerin son cümlesinde yer alan ve taraf devletlere getirilen sorumluluk ile çocuğun yararının en önemli amaç olduğu görülmektedir.

Bu madde bağlamında, İsviçre Medeni Kanunu'nun 133. maddesinin orijinal metninde²⁸ yer alan ve "çocuğun himayesi" anlamına gelen "*Obhut*" kelimesinden de bahsetmek gerekir. 2014 revizyonundan önce bu ifade ile çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi ve yerleştirilmesi gibi aynı zamanda, çocuğun günlük yaşamı, bakımı ve eğitimi

çok ebeveynlerin birlikte velayeti üstlenmesi durumunda hizmet ettiği varsayımına dayanır. 2014'ten beri yürürlükte olan yeni velayet hükümlerine ve buna bağlı olarak birlikte velayet kuralından ancak, çocuğun çıkarlarını koruyan başka bir çözüm ortaya çıktığında sapılabilir..." BGE 5A_346/2016, 29. Juni 2017 (Erişim T.: 28.10.2019, <https://www.bger.ch>)

²⁷ Öcal Apaydın, s. 649.

²⁸ Art. 133 F. Kinder/I. Elternrechte und -pflichten

F. Kinder

I. Elternrechte und -pflichten

1 Das Gericht regelt die Elternrechte und -pflichten nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses. Insbesondere regelt es:

1.die elterliche Sorge;

2.die Obhut;

3.den persönlichen Verkehr (Art. 273) oder die Betreuungsanteile; und

4.den Unterhaltsbeitrag.

2 Es beachtet alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände. Es berücksichtigt einen gemeinsamen Antrag der Eltern und, soweit tunlich, die Meinung des Kindes.

3 Es kann den Unterhaltsbeitrag über den Eintritt der Volljährigkeit hinaus festlegen.

ile ilgili sorumluluklar da kastedilmektedir.²⁹ Birden çok durumu ifade eden bu çok yönlü üst kavram, 2014 revizyonu ile birlikte, içerdiği durumlar birbirinden ayrılmak suretiyle sadeleştirilmiştir.³⁰ Hukuki himaye olarak ifade edilen çocuğun yerleşim yeri, “*Obhut*” kavramından ayrılarak, sadece, fiili himaye (*faktische Obhut*) olarak adlandırılan çocuğun günlük yaşamı, bakımı ve eğitimi kastedilecek şekilde düzenlenmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre çocuğun fiili himayesi, sadece çocukla birlikte aynı evde yaşayan ebeveyne aittir.³¹

IV. TÜRK HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

A. Velayet Kavramı

Velayet, TMK’da açık bir şekilde tanımlanmamakla birlikte, md. 335 uyarınca kural olarak küçük ve bazen de kısıtlı ancak ergin çocukların gerek şahıs gerek malvarlıklarının bakım ve korumasının sağlanması, malvarlıklarının kullanılması ve yönetilmesi ile onların temsil edilmesi için kanun koyucu tarafından, bu kişilerin anne ve babalarına yüklenen yükümlülüklerin ve hakların tümüne denir.³² Velayet, kişiye sıkı sıkıya bağlı olması sebebiyle devredilemeyen, miras yoluyla inti-

²⁹ Büchler/Maranta, Rz. 12.

³⁰ Erlüle, s. 235.

³¹ Büchler/Maranta, Rz. 12.

³² Ali Naim İnan, Türk Medeni Kanunu, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 277; Öztan, s. 1074; Emine Akyüz, Çocuk Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2018, s. 222; Ömer Uğur Gençcan, “Ortak Velayet”, İzmir Barosu Bülten – 8 Mart 2017 Özel Sayısı, 2017, s. 24; Turgut Akıntürk/ Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku - İkinci Cilt, Yenilenmiş 18. Bası, Beta Yayıncılık, 2016, s. 406; Leyla Müjde Kurt; “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9 S. 2, 2018, s. 158; Eylem Apaydın, “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, *İNÜHFD*, C.9 S.1, 2018, s.446; Ediz Bingöl, “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88 S. 2, 2014, s. 279; Bahar Öcal Apaydın, “İsviçre Medeni Kanununun Velayete ilişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11 S. 145-146, 2016, s. 633; Özge Uzun Kazmacı, “Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6 S. 1, 2018, s. 172; Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt: III - Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2018, s. 351; Azra Arkan Serim, “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14 S. 167, 2016, s. 6077-6078; Ünsal Dönmez/Taylan Barın, “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, *TAAD*, Y. 9 S. 35, 2018, s. 179; İlknur Serdar, “Birlikte Velayet”, *DEÜHFD*, C. 10 S. 1, 2008, s. 159.

kal etmeyen, feragat edilemeyen ve hukuki işlemle de sınırlandırılması mümkün olmayan; anneye ve babaya tanıdığı yetkilerin yanı sıra bir o kadar da yükümlülük getiren bir haktır.³³ Hatta bu özelliği nedeniyle “yüküm-hak” (*Pflichtrecht*) olarak da ifade edilmektedir.³⁴

B. Türk Medeni Kanunu’ndaki Velayete İlişkin Düzenlemeler ve Birlikte Velayete İlişkin Tartışmalar

Kanun koyucu velayet hakkını, 336. maddenin ilk fıkrasında, evlilik devam ettiği sürece anne ve babanın birlikte, anne ve baba evli değilse de sadece annenin haiz olmasını kabul etmiştir. Anne ve babanın evlilik birliği devam ederken velayet “birlikte” kullanması ile kastedilen, anne ve babanın her birinin birbirlerinden bağımsız velayet hakları olması ve buna bağlı olarak da tek başlarına ve şahsen sorumluluklarının doğmasıdır.³⁵ İkinci fıkrada da ortak hayata son verilmesi veya ayrılık hâli gerçekleşmesi durumlarına ilişkin olarak hâkime, velayeti eşlerden birine vermesi için takdir yetkisi getirmiştir.

Anılan maddenin ilk iki fıkrasındaki düzenlemeler doktrinde, üçüncü fıkraya nazaran, tartışmalı olmayıp asıl görüş ayrılıkları yaşanan husus evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde, anne ve babanın velayet hakkını birlikte kullanıp kullanamayacağına ilişkindir. Bu konuda TMK’da açık bir hüküm bulunmaması, sadece TMK md. 336/3’te “*Velayet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” düzenlemesine yer verilmesi sebebiyle birlikte velayete cevaz verip vermediği ise doktrindeki tartışmanın çerçevesini oluşturmaktadır.

Tartışmalar TMK md. 336/3 ile TMK md. 182/2’nin birlikte değerlendirilmesi ekseninde devam etmektedir. TMK md. 182/2 uyarınca, velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş, çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulacak; ayrıca, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine de gücü oranında katılacaktır. Doktrinde bir görüş, TMK md. 336/3 ve TMK md. 182/2 düzenlemelerinin emredici nitelikte

³³ Erlüle, s. 94-95; Öztan, s. 1078; Arkan Serim, s. 6078.

³⁴ Emine Akyüz, “Velayet ve Çocuğun Korunması”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınları, 2009, s. 114; Erlüle, s. 93; Kurt, s. 158; Ünsal/Barın, s. 179.

³⁵ Dural/ Ögüz/Gümüş, s. 353; Erlüle, s. 143.

olduğunu, düzenlemede boşluk bulunmadığını, hâkimin takdir yetkisinin söz konusu olmadığını, müşterek çocuğa ilişkin olarak ancak boşanma ile evlilik birliği sona eren anne ya da babadan sadece birine velayet hakkı tanınabileceğini ve diğer ebeveyn ile çocuk arasında ise kişisel ilişki kurulması gerektiğini kabul etmektedir.³⁶

Nitekim uygulamada da boşanma sonrasında müşterek çocuğa ilişkin ebeveynlerin birlikte velayeti haiz olup olmayacağına ilişkin tartışmaları, 27.5.2009 tarihinde bir anlaşmalı boşanma davasında, tarafların talebi ve somut olayda çocuğun yüksek yararının gerektirmesi üzerine birlikte velâyet kararı tesis eden İzmir 4. Aile Mahkemesi başlatmıştır.³⁷ Bu ana kadar Türk yargısında, gerek ilk derece mahkemeleri gerek Yargıtay nezdinde, birlikte velayet uygulaması değerlendirilmemiş ya da değerlendirilmekle birlikte olumlu yönde bir karara bağlanmamıştır.³⁸ Hatta velayete ilişkin düzenlemelerin kamu düzeninden olması sebebiyle, yurt dışında birlikte velayete ilişkin verilen yabancı mahkeme kararlarının ülkemizde tanınması ve tenfizi için açılan davalarda, bunun TMK md. 336'nın ve buna bağlı olarak kamu düzeninin ihlali olacağı gerekçesiyle, talepler reddedilmiştir.³⁹

Yargıtay'ın yaklaşımı da ilk derece mahkemelerinden çok farklı olmayıp, 2. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2017 tarih ve E.2016/15771, K.2017/1737 sayılı kararına kadar boşanma halinde birlikte velayet uygulaması lehine karar verilmemiştir. Anılan kararda⁴⁰, evlilik dışı doğan müşterek çocuk için davacı babanın birlikte velayet tesis edilmesi talebiyle temyiz ettiği uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesi tarafından, birlikte velayet uygulamasının milli hukuklarına göre mümkün olmasına rağmen Türk hukukunda birlikte velayetin kamu düzenine aykırı olması sebebiyle bu talep reddedilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise, aşağıda detaylı olarak açıklandığı üzere, ülkemizin taraf olduğu uluslararası antlaşmalara ve anayasal düzenlemelere atıf yapmış ve akabinde de "kamu düzeni" kavramını tartışarak birlikte velayete "...

³⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 313; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 352 vd.; Kılıçoğlu, s. 623.

³⁷ Kurt, s. 170; Erlüle, s. 294.

³⁸ Bingöl, s. 288.

³⁹ Apaydın, s. 461.

⁴⁰ www.karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ (Erişim T.: 17.10.2019).

Türk kamu düzenine ‘açıkça’ aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. O halde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velayete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek “ortak velayet” istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekir...” ifadeleriyle yeşil ışık yakmıştır.

Doktrindeki bir diğer görüş ise TMK’nın anılan maddelerinin emredici nitelikte olmadığını ve Türk Hukuku için de birlikte velayet uygulamasının mümkün olduğunu ve hatta olması gerektiğini savunmaktadır.⁴¹ Bu görüşü savunan yazarlardan Öztan,⁴² TMK md. 336/3’ten bir istisna boşluğu bulunduğunu, fıkra ile amaçlananın, taraf olduğumuz uluslararası antlaşmalara da uygun olarak, çocuğun üstün yararını korumak olduğunu, bu nedenle de birlikte velayetin uygulanmasına Kanun’un izin vermediğini söylemenin mümkün olmadığını; maddenin amaca uygun yorumla sınırlandırılarak, en azından anlaşmalı boşanmalar başta olmak üzere ve eğer ki anne ve baba birlikte velayeti yürütebilecek durumda ise, birlikte velayetin müşterek çocuk için tesisinin mümkün olduğunu belirtmektedir.⁴³

Yasanın birlikte velayete izin vermemesine karşın gerek evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde gerek evlilik dışı ilişkilerde doğan çocukların velayetine ilişkin olarak salt taraflardan birine bırakılması ki genelde çocuğun yaşı ve ihtiyaçları dikkate alınarak anne hak sahibi olur, Kıt’a Avrupası hukuk sisteminin uygulandığı Almanya, İsviçre gibi diğer ülkelerle karşılaştırıldığında evli olan ve olmayan babalar arasında bir ayrıma neden olduğu gibi aynı zamanda evlilik kurumundan bağımsız olan velayetin evliliğe bağlı bir kurum haline getirilmesi sonucunu doğurmaktadır.⁴⁴

⁴¹ Güven, s. 62; Arkan Serim, s. 6085; Birinci Uzun, s. 163-164; Uzun Kazmacı, s. 180; Bingöl, s. 304.

⁴² Öztan, s. 1090-1091.

⁴³ Kırca da örtülü boşlukların amaca uygun sınırlama yoluyla giderilmesinin sınırlarına İsviçre’de birlikte velayet konusundaki tartışmalara ve kanun değişikliklerine değinerek örneklenmiştir. Çiğdem Kırca, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama”, *AÜHFD*, C. 50 S. 1, 2001, s. 110-111.

⁴⁴ Erlüle, s. 154 vd.

Serozan⁴⁵ da yasal düzenlemenin mevcut halinin, Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve taraf olduğumuz başta Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi olmak üzere uluslararası antlaşmalarla getirilen "çocuğun üstün yararı" ilkesinin ihlali anlamına geldiğini, TMK md. 336 düzenlemesinin Anayasaya aykırılığının def'i yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşınması gerektiğini belirtmiştir.

Kurt⁴⁶ ise TMK md. 336/3 düzenlemesinin lafzının açık olduğunu, hükümde boşluk bulunmadığını, boşanma halinde birlikte velayete hükmedilemeyeceğini, ancak günümüz şartları ve ihtiyaçları doğrultusunda tek başına velayete nazaran birlikte velayetin çocuğun üstün yararına daha çok hizmet ettiğini; buna karşılık, tartışmaların normlar hiyerarşisi çerçevesinde birlikte velayete hükmedilmesi lehine sona erdirilebileceğini savunmaktadır.

Akyüz⁴⁷ ve diğer birçok yazar da, ulusal yasal düzenlemelerin yanı sıra taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeleri ve çocuğun yüksek yararı ilkesini de esas alarak bu konuda değerlendirmelerde bulunmuştur. Nitekim Anayasa md. 90/5 "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*" düzenlemesiyle aslında TMK md. 336/3 için yapılan evliliğin sona ermesinden sonra annenin ve babanın müşterek çocuk için birlikte velayeti haiz olup olamayacakları tartışmaları Türkiye'nin taraf olduğu ve 01.08.2016'da yürürlüğe giren 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 Numaralı Protokol'ün "eşler arası eşitlik" başlıklı 5. maddesi gereği "*eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir*" düzenlemesiyle aslında bir cevap niteliği taşımaktadır. Anne ve babanın evlilik birliği sona erdik-

⁴⁵ Rona Serozan, "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, 2008, 759-777.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kurt, s. 174.

⁴⁷ Akyüz, Çocuk, s. 231 vd.

ten sonra özel hukuk niteliği taşıdığı aşikâr olan ve bir hak-yüküm olarak nitelendirilen velayet hakkı hususunda eşit oldukları açıkça düzenlenmiştir. 5. madde aynı zamanda AİHS'nin "ayrımcılık yasağı" başlıklı 14. maddesinin eşler bakımından somutlaşmış bir halidir.⁴⁸

Anılan Protokol haricinde yine Türkiye'nin taraf olduğu 2184 sayılı ve 27 Ocak 1995 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7. ve 18. maddelerinde sırasıyla her çocuğun, anne ve babası tarafından bakılma hakkına sahip olduğu gibi; yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında da anne ve babanın birlikte sorumluluk taşıdığı ve sorumluluğun ilk olarak onlara, annenin ve/veya babanın velayet hakkına sahip olmaması halinde ise vasilere düştüğü belirtilmiştir.

Son olarak taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 Numaralı Protokol'de de *"eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez"* hükmüne yer verilmiştir.

Doktrinde yaşanan 11 No'lu Protokol ile Değişik 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi ile TMK md. 336/3 arasındaki ilişkiye ilişkin tartışmalara değinmeden önce Anayasa md. 90/5 ile getirilen usulüne uygun yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çatışması halinde milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağına ilişkin düzenlemenin çözümlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin TMK md. 187 kapsamında kadının soyadına ilişkin vermiş olduğu bir bireysel kararda⁴⁹ konuya ilişkin olarak *"...Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası*

⁴⁸ Güven, s. 43; Dönmez/Barın, s. 198. AİHM de 03.02.2011 tarih ve 35637/03 başvuru numaralı Sporer-Avusturya kararında baba, evlilik dışı doğan çocuğunun velayetini, çocuğunun annesi ile birlikte kullanmayı talep etmiştir. Evlilik birliği içinde doğan çocuklar ya da evlilik birliğinin ayrılma veya boşanma ile sona erdiği hallerde babaların, anne ile birlikte velayet hakkını haiz olurlar; evlilik birliği dışında doğan çocuklar için kural olarak velayet salt anneye verilmesi ve babanın ancak çocuğun annenin velayetinde kalmasının çocuk için sakıncalı olduğu hallerde velayeti tek başına kullanabilmesi AİHM tarafından evli olan, olmayan ve boşanmış babalar arasında ayrımcılık yapmak olarak yorumlanmıştır. (<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-103234>, Erişim T.: 22.10.2019)

⁴⁹ AYM 19.12.2013 tarih ve 2013/2187 sayılı bireysel başvuru kararı (Erişim T.: 20.10.2019, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2187?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=2187>)

uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır...” yorumunu yapmıştır. Bu görüşe rağmen doktrinde bir başka görüş Anayasa md. 90/5 düzenlemesinde yer alan “*esas alınır*” ifadesi ile özel bir çatışma kuralı öngörüldüğünü, kanunlar ile çatışma halinde olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara öncelik verileceğini, başka bir deyişle, bir uluslararası antlaşmanın, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olsa da bir kanunun varlığına son vermesinin mümkün olmadığını savunmaktadır.⁵⁰

Konuya ilişkin olarak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olsun ya da olmasın kanun hükmünde kabul edilen milletlerarası sözleşmeler ile kanunlar arasında normlar hiyerarşisi bağlamında bir değerlendirme yapılamayacağı zira iki düzenlemenin de eşdeğer olduğu, 90. maddenin son fıkrasındaki son cümlede yer alan ve sadece birbiriyle çatışan iki farklı hukuki düzenlemeden hangisinin esas alınacağı hususuna çözüm getirildiği ve bunun yorum ilkelerine ilişkin olduğu, normlar hiyerarşisi tartışmasının dışında kaldığı da görüşler arasında belirtilmektedir.⁵¹

Anayasa Hukuku alanında yapılan bu tartışma, birlikte velayet için 11 No’lu Protokol ile Değişik 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesi ile TMK md. 336/3 arasındaki ilişki olarak somutlaşmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin anılan kararındaki açıklamalara göre, Protokol md. 5 ile TMK md. 336/3 zımni olarak ilga edilmiştir ve 5. maddenin uygulanmasıyla Türk hukukunda birlikte velayete hükmedilmesi mümkün-

⁵⁰ Rona Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *TBB Dergisi*, S. 70, 2007, s. 206; Ozan Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Antlaşmalar Kanun Hükmündedir”, Yıldırım Uler’e Armağan, Lefkoşa 2014, s. 74; Yahya Berkol Gülgeç, “Normlar Hiyerarşisi”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 164. Farklı görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz.: Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 232-233.; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019, s. 716 vd.; Mesut Gülmez, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, *TBB Dergisi*, S. 54, 2004, s. 156.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Dönmez/Barın, s. 195 vd.

dür; ikinci görüş doğrultusunda, sonuç bağlamında, yine Protokol'ün 5. maddesi uygulama bulmakta ancak bu, TMK md. 336/3 düzenlemesinin varlığını ortadan kaldırdığı anlamına gelmemektedir.⁵²

Konunun hukuki boyutunun yanı sıra, çocuk ve çocukluk kavramlarının salt hukuki nitelik taşımayıp aynı zamanda sosyoloji, tarih, tıp, psikoloji gibi birden çok bilim dalını ilgilendirmesi sebebiyle birlikte velayete ilişkin çok yönlü olarak değerlendirmeler yapılmış; çocuğun ebeveynlerinin aralarındaki anlaşmazlıkları müşterek çocuklarına yansıtmamak ve onun fiziksel ve ruhsal sağlığı, bakımı, gelişimi ve eğitimi için en uygun kararı alma ve birlikte hareket etme hususlarında hemfikir olmaları halinde anne ya da babanın tek başına velayet hakkını haiz olmasındansa velayet hakkını birlikte kullanmalarının çocuk için daha sağlıklı olacağı belirtilmiştir.⁵³

C. Değerlendirme

Yukarıdaki açıklamalardan sonra kanaatimizce de 11 No'lu Protokol ile Değişik 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin, birlikte velayete ilişkin tartışmalara neden olan TMK md. 336/3 düzenlemesini ilga ettiğini söylemek güçtür. Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında getirilen değişiklik ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olsun ya da olmasın usulüne uygun yürürlüğe konmuş tüm uluslararası antlaşmaların kanun niteliğinde, onunla eşdeğer hükümde olduğu belirtilmiş; akabinde kanun hükmünde sayılan uluslararası antlaşmalar arasında ayırım yapılmış ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ile kanunlar arasında bir ihtilaf söz konusu olursa, genel kanun-özel kanun (*lex specialis derogat legi generali*) ve önceki kanun-sonraki kanun (*lex posterior derogat legi priori*) ilkelerine başvurmaksızın, getirdiği doğrudan özel bir çatışma kuralının devreye girmesiyle, antlaşma hükümleri uygulama bulacaktır.

⁵² Anılan Protokol'ün 5. maddesi TMK hükümlerini ilga etmemekte, ilga için yürürlükteki kanunun kısmen/tamamen ortadan kaldırıldığına ilişkin yeni kanunda bir madde bulunması ya da yeni kanunda, eski kanuna ilişkin bu şekilde açık bir hüküm olmamakla beraber, önceki kanunla çelişen sonraki hüküm ile eski hükmü ortadan kaldırmanın amaçlanması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Güven, s. 38. 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 25.03.2016 tarih ve 29664 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 6684 sayılı uygun bulma kanunu ile TMK'nın birlikte velayete engel olan hükümlerinin yürürlükten kalktığına dair bkz.: Gençcan, s. 26.

⁵³ Erlüle, s. 37.

Bunun dışında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 53. maddesinde düzenlenen "*daha geniş koruma sağlayan ulusal hukuka üstünlük*" kaydı doğrultusunda sözleşmeye taraf olan Devlet'e, iç hukukunda insan hakları ve temel özgürlüklere ilişkin olarak daha geniş bir koruma seviyesi sağlayan düzenlemeyi uygulama imkân ve yükümlülüğü getirilmiştir.⁵⁴ Başka bir deyişle, eğer ki TMK ile velayet hukukuna ve birlikte velayete ilişkin olarak taraf olduğumuz 7 No'lu Protokol'deki düzenlemeden daha geniş koruma sağlayan, çağdaş ve çocuğun üstün yararını esas alan iç hukuk düzenlememiz olsa idi, TMK hükümlerinin uygulama bulacağı zaten AIHS md. 53 ışığında şüphesizdir. Ancak doktrinde farklı görüş ve hatta görüşlerin gerekçelendirilmesinde dahi farklı yorumlara sebep olacak derecede muğlak ve tartışmalara açık hükümlerden ziyade taraf olduğumuz uluslararası düzenlemelerle ilişkin hükümlerin uygulanması; geçmişten günümüze aile yapısının değişmesi, kadın - erkek eşitliği, evlilik birliği ile velayetin bağımsız hukuki durumlar olması sebepleriyle günümüz şartlarına ve üyesi olduğumuz Kıt'a Avrupası hukuk sisteminin diğer üyesi hukuk sistemleri uygulamalarıyla bütünleşme açısından daha sağlıklı olacaktır. Nitekim sözleşme hükümleri de, sözleşmenin usulüne uygun olarak yürürlüğe girmesinden sonra kanun maddesiyle eşdeğer hükümdedir ki bu durum bizi 11 No'lu Protokol ile Değişik 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin, TMK hükmüne nazaran uygulanması sonucuna götürmektedir.

Son olarak, yukarıdaki açıklamalar ışığında, TMK ilgili hükümlerinde değişiklik yapılması; birlikte velayetin kural, tek başına velayetin istisna olarak düzenlenmesi ancak bunun, ebeveynlerin birlikte velayet için istekli, iş birliği konusunda potansiyel ve yetenek sahibi olmaları da şartlarına bağlanarak bu şartların mevcut olup olmadığını incelemek ve çocuğun üstün yararı ilkesini de esas alarak karar vermesi için hâkime takdir yetkisi tanınması gerekmektedir.

V. SONUÇ

Aile hukukunun temel kavramlarından biri olan velayet kapsamında, özellikle ekonomik ve toplumsal gelişmelere paralel olarak,

⁵⁴ Ersoy Kontacı, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2014, s. 116.

evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velayetin birlikte kullanıp kullanılamayacağı tartışılmıştır ve tartışılmaktadır.

Alman Hukukunda birlikte velayet uygulaması, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarıyla şekillenmiş, bu kararlarda çocuğun velayetinin tespitinde anne ve babanın medeni durumunun esas alınmaması; evlilik içi, evlilik dışı veya boşanmış ailelerinin çocukları arasında ayırım yapılmaması gerektiği kabul edilmiştir. Kararlar doğrultusunda 19 Mayıs 2013 tarihinde yapılan revizyon ile anne ve babanın her biri, birlikte velayeti talep edebilecektir. Hâkimin bu talebi değerlendirirken esas alacağı tek ölçüt, çocuğun üstün yararadır.

İsviçre hukukunda ise 2000 yılında gerçekleştirilen revizyona kadar tek başına velayet kural, birlikte velayet istisna olarak uygulanmış; anne ve babanın birlikte velayet talebinde bulunması ve eski İMK md. 298’de sayılan diğer şartların sağlanması halinde hâkim tarafından birlikte velayete hükmedilebileceği düzenlenmiştir.

Yapılan revizyonun babalar arasında medeni hali esas alması ve ayrımcılığa sebep olması, diğer Avrupa ülkelerinin de birçoğunda birlikte velayet uygulamasının kural haline gelmesine bağlı olarak 2014 yılında yeni bir revizyon yapılmıştır. Bu revizyonun motivasyonu, evli olan ve olmayan babalar arasında velayete ilişkin ayrımcılığa son vermek ve diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, birlikte velayeti kural haline getirmek olmuştur. Revizyona bağlı olarak İMK md. 298’de açıkça birlikte velayetin kural olduğu belirtilmiş ancak, yine çocuğun üstün yararı esas alınarak, hâkim tarafından tek başına velayete de hükmedilebileceği eklenmiştir.

Türk hukukunda birlikte velayet, kanunumuzun örnek alındığı İsviçre Medeni Kanunu’ndan farklı olarak, açıkça düzenlenmemiştir. 2017 yılına kadar Yargıtay, velayete ilişkin hükümlerin kamu düzeninden ve bunun sonucu olarak emredici niteliği haiz olması sebebiyle, birlikte velayete hükmedilmesinin mümkün olmadığı yönünde içtihat geliştirmiştir. 2017 yılında verdiği bir kararda ise TMK’daki velayete ilişkin hükümlerin açıkça kamu düzenine aykırı olmadığından hareketle birlikte velayet uygulamasına adeta yeşil ışık yakmıştır. Yargıtay bu kararını, 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak 25.03.2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe giren ve iç hukukumuz halini alan 11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan

Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol'den hareketle tesis etmiştir. Karardan sonra aynı yönde Bölge Adliye Mahkemeleri de karar tesis etmiş olmasına rağmen ülkemizde, Alman hukukundaki kanun değişikliği süreci yaşanmamış, yargı kararları esas alınarak TMK ilgili maddelerinde revizyona gidilmemiştir. Başka bir deyişle, özellikle evlilik birliğinin boşanma ile sonra ermesi halinde birlikte velayete karar verilip verilemeyeceği yönünde TMK md. 182/2 ve 336/3 ekseninde tartışmalar devam etmektedir. Kamu düzeni kavramından hareketle anılan hükümlerin emredici niteliğini vurgulayan ve birlikte velayetin mümkün olmadığını kabul edenler olduğu gibi; bu konuda kanundaki hükümlerde örtülü boşluk olması ya da taraf olduğumuz uluslararası protokollerin gereğinin yapılması gibi farklı gerekçelere dayanarak birlikte velayete hükmedilmesinin mevcut TMK hükümleriyle de mümkün olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur.

Bu tartışmaları sonlandırmak ve taraf olduğumuz uluslararası andlaşma ve protokolleri iç hukukumuzla entegre etmek için, Alman Medeni Kanunu ve mehzaz İsviçre Kanunu'nda olduğu gibi birlikte velayetin kural olması, ancak çocuğun üstün yararını esas alarak hakim tek başına velayete de karar verebilmesi gerekmektedir. Bu şekilde bir düzenleme ile velayet kurumu, çocuk merkezli olacak ve ebeveynler arası eşitlik sağlanacaktır. Buna ek olarak, özellikle boşanma ile sona eren evliliklerde velayetin eşler arasında birbirlerine karşı bir "koz" ya da "tehdit" olarak kullanılmasını minimize etmek söz konusu olacaktır.

Kaynakça

Kitaplar ve Makaleler

- Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku- İkinci Cilt*, Yenilenmiş 18. Bası, Beta Yayıncılık, 2016.
- Akyüz Emine, *Çocuk Hukuku*, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2018.
- Akyüz Emine, "Velayet ve Çocuğun Korunması", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayınları, 2009, s. 111-156.
- Apaydın Eylem, "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği", *İNÜHFD*, C.9 S.1, 2018, s. 445-475.
- Arkan Serim Azra, "Boşanma Halinde Ortak Velayet", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14 S. 167, 2016, s. 6075-6088.

- Aybay Rona, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *TBB Dergisi*, S. 70, 2007, s. 187-213.
- Bingöl Ediz, “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88 S. 2, İstanbul 2014, s. 276-312.
- Büchler Andrea/Maranta Luca, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter 11. August 2014, 2014.
- Dönmez Ünsal/Barın Taylan, “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, *TAAD*, Y. 9 S. 35, 2018, s. 175-210.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt: III- Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Ergül Ozan, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Antlaşmalar Kanun Hükmündedir”, Yıldırım Uler’e Armağan, Lefkoşa 2014, s. 65-86.
- Erlüle Fulya, İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları, Ankara 2019
- Gençcan Ömer Uğur, “Ortak Velayet”, *İzmir Barosu Bülten* – 8 Mart 2017 Özel Sayısı, 2017, s. 24-30.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019.
- Gülgeç Yahya Berkol, “Normlar Hiyerarşisi”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Gülmez Mesut, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, *TBB Dergisi*, S. 54, 2004.
- Güven Kudret, “Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4 S. 1, Ankara 2018, s. 11-64.
- Hennemann Heike, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 9 - Familienrecht II §§ 1589-1921 (Ed: Säcker/ Rixecker/ Oetker/ Limperg), 7. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2017.
- İnan Ali Naim, Türk Medeni Kanunu, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.
- Kılıçoğlu Ahmet, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 2018.
- Kırca Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama”, *AÜHFD*, C. 50 S. 1, 2001, s. 91-119.
- Koch Elisabeth, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB: Band IV: Familienrecht. 1297-1921 (Ed.: Rückert, Joachim/ Schmoeckel, Mathias/ Zimmermann, Reinhard), Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.
- Kontacı Ersoy, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yorumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2014, s. 107-117.
- Kurt Leyla Müjde, “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, *İnÜHFD*, C. 9 S. 2, 2018, s. 157-186.
- Öcal Apaydın Bahar, “İsviçre Medeni Kanununun Velayete ilişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11 S. 145-146, 2016, s. 631-658.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

- Özcan Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Özcan Bilge, "Boşanmada Velayetin Tevdii", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1 S.2, Ankara 2016, s. 473-495.
- Poncellet, *Juris PraxisKommentar BGB – Band 4 Familienrecht*, 7. Auflage, Online Kommentar inklusiv e-Book, 2014. (Erişim T.: 15.07.2019, www.juris.de)
- Schwenzer Ingeborg/Keller Tomie, "Recent Developments in Swiss Family Law", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Y. 35 S. 1, 2015, s. 1-28.
- Serdar İlknur, "Birlikte Velayet", *DEÜHFD*, C. 10 S. 1, 2008, s. 155-197.
- Serozan Rona, "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", Prof. Dr. Bilge Özcan'a Armağan, 2008, 759-777.
- Uzun Kazmacı Özge, "Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6 S. 1, 2018, s. 171-186.
- Wolf Stephan/Schmuki Deborah, "Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern in der Schweiz, Deutschland und Österreich", *Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014*, Bern 2014, s. 155-176.

Mahkeme Kararları

- AİHM 03.02.2011 tarih ve 35637/03 başvuru numaralı Sporer-Avusturya kararı (Erişim T.: 22.10.2019, <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-103234>.)
- AYM 19.12.2013 tarih ve 2013/2187 sayılı bireysel başvuru kararı (Erişim T.: 20.10.2019, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2187?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=2187>)
- BGE 5A_468/2017, 18. December 2017 (Erişim T.: 18.07.2019, <https://www.bger.ch>)
- BGE 5A_991/2015, 29. September 2016 (Erişim T.: 18.07.2019, <https://www.bger.ch>)
- BGE 5A_346/2016, 29. Juni 2017 (Erişim T.: 28.10.2019, <https://www.bger.ch>)
- BVerfG 03. November 1982 – 1 BvL 25/80, MDR 1983, 108-109. (Erişim T.: 15.07.2019, <https://www.juris.de/perma?d=jzs-MDR-1983-02-0108-1-R-04>)
- BVerfG 22. März 2018- 1 BvR 399/18. (Erişim T.: 29.10.2019, <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/731464/>)
- Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.02.2017 tarih ve E.2016/15771, K.2017/1737 sayılı kararı (Erişim T.: 17.10.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasi-IstemciWeb/>)