

# BOŞANMA SONUCUNDA BİRLİKTE VELAYETİN TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU

*The Question of Applicability of the Joint Custody In Turkish Law In Case of Divorce*

**Dr. Öğr. Üyesi Ünsal DÖNMEZ<sup>1</sup>, Dr. Taylan BARIN<sup>2</sup>**

Geliş Tarihi: 26.03.2018

Kabul Tarihi: 18.05.2018

## ÖZET

Türk Aile Hukukunda uzun zamandır doktrin ve uygulama da tartışma konusu olan boşanmada birlikte velayet meselesi, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 7 Numaralı Protokol'ün 10 Mart 2016 tarih ve 6684 sayılı kanunla onaylamasıyla birlikte daha da tartışılır bir hâl almıştır. Nitekim Protokol'ün 5. Maddesi ile eşler evliliğin bitmesi halinde dahi kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşit kabul edilmiştir. Bu çalışmada, söz konusu uluslararası anlaşmanın yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu durumun iç hukuka etkisi araştırılarak Türk hukukunda ortak velayetin artık mümkün olup olmadığı sorusuna bir yanıt bulunmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Birlikte Velayet, AİHS 7. Ek Protokol, Boşanma, Uluslararası Andlaşmalar, Temel Hak ve Hürriyetlere İlişkin Milletlerarası Andlaşmalar

## ABSTRACT

The question of the joint custody has long been discussed in doctrine and practice in Turkish Family Law in the context of divorce. The issue has become a highly controversial topic with the adoption of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights at March 10, 2016 and law no. 6684. Hence, with the Article 5<sup>th</sup> of the Protocol, spouses are equally recognized in terms of rights and responsibilities with private law in relation to themselves and their children, even if the marriage is terminated. In this study, with the entering into force of the Protocol No. 7, the effect of the treaty on domestic law and whether the joint custody in Turkish law enforceable or not are discussed.

**Keywords:** Joint Custody, ECHR Protocol No. 7, Divorcement, International Treaties, International Treaties Concerning Fundamental Rights and Freedoms

## GİRİŞ

Aile, insanlık tarihinin başlangıcından itibaren var olan ve insanın içinde yaşamayı arzuladığı bir tabii hukuk kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira her canlı gibi, insan da kendine eş arama dürtüsüyle hareket eder ve soyunun devamını diler. Doğal olarak her insanın içinde var olan bu dürtü, ailenin oluşumuna yol açar. Bu bağlamda aile toplumun yapı taşı ve temelini oluşturur. Günümüz aile kavramından farklılıklar arz etse de aile kurumu tarih boyunca hukuk biliminin üzerinde durduğu konulardan birisi olmuştur.

<sup>1</sup> Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, udonmez@ybu.edu.tr

<sup>2</sup> Dr., Georgetown University Law Center Misafir Araştırmacı, taylan.barin@anayasa.gov.tr

Toplumun sosyo-ekonomik yapısı ile kültürel değerleri, aile kurumunun zaman ve mekân bakımından farklı olarak algılanmasına yol açmasına neden olmuşsa da tüm hukuk düzenlerinde aile kurumunun varlığı hukuk düzenlerince kabul edilmiştir<sup>3</sup>. Aile kavramının farklı algılanması ise özellikle çocuğun hukukî durumu ile ana ve babasıyla olan ilişkisinin belirlenmesinde çeşitli kurumların doğmasına yol açmıştır. Özellikle ana ve babanın çocuk üzerinde sahip olduğu velayet hakkı, bu anlamda geçmişten günümüze ciddi bir değişikliğe uğramıştır. Ancak konunun niteliği bakımından daha iyi anlaşılabilmesi için velayet kavramının tarihî gelişiminin incelenmesi gerekmektedir. Böylece tarihi gelişmeler ışığında aile ve velayet kavramlarına olan bakış açısının hangi merhalelerden geçerek, bugünkü halini aldığı tespit edilebilecek, günümüz hukukunun temelini oluşturan kavramları yorumlama fırsatına sahip olunacaktır.

Arapça وَلِيّ kökünden türeyen velayet (ولاية) koruma ve kollama, göz kulak olma, bir sorumluluk üstlenme, bir işin başında durma anlamlarına gelmektedir<sup>4</sup>. Velayet hakkına sahip olan kişiye ise veli denir ve yine aynı kökten türemiştir<sup>5</sup>.

Velayetin Türk Hukuk Tarihi açısından İslamiyet öncesi ve sonrası olarak iki dönem halinde incelenmesi gerekir. İslamiyet öncesi dönemde, Orta Asya Türk Hukuk geleneğinde aile yapısı ataerkil bir yapıya sahip olması nedeniyle, velayet hakkı kural olarak babaya aittir<sup>7</sup>. Ancak, savaş zamanlarında veya babanın ailenin yanında bulunmadığı durumlarda, annenin çocuğun şahsı ve malvarlığı üzerinde birtakım haklarının bulunduğu kabul edilmekteydi<sup>8</sup>.

İslamiyet'in kabulü ve özellikle halifelüğün Osmanlı Devleti'ne geçmesi sebebiyle İslam hukuku, Türk hukuku üzerinde belirgin bir etki bırakmıştır. İslam hukukunda velayet, çocuğun doğumu ile birlikte onun üzerinde üçlü bir yetki tesisi şeklinde kendini göstermektedir. Çocuğun şahsına bağlı olan hakların kullanımına velayet, malların korunması ve yönetilmesine mal velayeti ya da vesayet, küçüğün beden ve ruhen sağlıklı bir şekilde yetiştirilmesi,

<sup>3</sup> Bu anlamda dinler, aileyi toplumu yönlendirmede bir araç olarak görmekte ve faaliyetlerinin ana noktası olarak kabul etmişlerdir. Endüstri devrimiyle birlikte toplum yapısının değişmesi neticesinde, aile kavramı da büyük değişiklikler geçirmiş ve köklü yeni unsurlar geliştirmiştir. Bkz. **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 2.

<sup>4</sup> Wly (Vely) وَلِيّ Yakınlık ve yakın olma anlamına gelmektedir. Bkz. **APAYDIN**, s. 15; **KELEBEK**, s. 7; **YILDIZ**, s. 32.

<sup>5</sup> **APAYDIN**, s. 15; **KELEBEK**, s. 7.

<sup>6</sup> **APAYDIN**, s. 15; **KELEBEK**, s. 8; **USTA**, s. 29; **YILDIZ**, s. 32.

<sup>7</sup> **AKYÜZ**, s. 22; **ARSEL**, s. 333; **CİN/AKGÜNDÜZ**, s. 92; **ÇETİNER BAKTİR**, s. 26; **USTA**, s. 29.

<sup>8</sup> **AKYÜZ**, s. 22; **ARSEL**, s. 339; **CİN/AKGÜNDÜZ**, s. 85; **ÇETİNER BAKTİR**, s. 26; **USTA**, s. 29.

gözetilmesi ve eğitilmesine ise hidâne<sup>9</sup> denmekteydi<sup>10</sup>. İslam hukuku bakımından velâyet hakkına bağlı olan hidâne hakkı, evlilik birliği devam ettiği sürece çocuğun bakım ve gözetimini anne ve babanın ortaklaşa yürüttükleri hak ve yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat nihayetinde çocuğa ilişkin son sözü söyleme hakkı babaya aittir<sup>11</sup>. Nitekim bir kimsenin velisi, onun usulüdür. Velî, velayetten doğan hak ve yükümlülükleri yerine getiremiyorsa, asabeden sonraki akraba velî olurdu. Eğer asabe bulunmuyorsa, velayet anne tarafından akrabaya intikal ederdi<sup>12</sup>. Velî; özgür, ayırt etme gücüne sahip ve çocuk ile aynı dinden olmalıdır. İslam Hukukunda ve Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda velayet bu kapsamda düzenlenmiş olup, daha sonra 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi'nde doğrudan velayet başlığında bir düzenleme bulunmamakla beraber, velayet hakkının kullanılmasının sınırlarını belirleyen birtakım düzenlemeler yer almaktadır<sup>13</sup>.

Roma- Cermen Hukuk sistemlerinde ise velayet hakkının tarihî gelişimi son derece ilginçtir. Roma Hukuku'nda aile kavramı geniş bir açıdan ele alınmakta ve aile babasının hâkimiyeti altında bulunan ve hukuken ona bağlı olan kişiye familia denmekteydi<sup>14</sup>. Aile içerisinde baba hâkimiyetini ifade eden Patria Potestas, aile babasının çocuğun, kadının ve kölelerin üzerindeki şahıs ve malvarlığı üzerindeki hak ve yetkilerini ifade eder. Patria Potestas, doğumla başlar ve hâkimiyet sahibi aile babasının ölümü ile sona erer<sup>15</sup>. Roma Hukuku'nda var olan bu güçlü yapı neticesinde ana ve babanın birlikte velayeti söz konusu olmayıp, sadece babanın mutlak hâkimiyetinin var olduğu bir kurumdan bahsedilebilir<sup>16</sup>. Patria Familias, elindeki bu mutlak güçle,

---

<sup>9</sup> Bir şeyi yanına almak, çocuğu kucağına almak ve beslemek anlamına gelen hidane (hadane). İslam hukukunda bir fıkıh terimi olarak hidane küçüğün ve bu hükümde olan kimselerin gerektiği şekilde büyütülüp yetiştirilmesi, korunup gözetilmesi ve eğitilmesi amacıyla kanun koyucunun belli şahıslara tanıdığı hak, yetki ve sorumluluğu ifade eder. Bkz. **BARDAKOĞLU**, s. 437 vd.

<sup>10</sup> **APAYDIN**, s. 16; **BARDAKOĞLU**, s. 467; **İNAN**, s. 705 vd; **USTA**, s. 30.

<sup>11</sup> İslam hukukunda çocuğun velayeti babaya, hidanesi ise anneye aittir. Bkz. **BARDAKOĞLU**, s. 467; **İNAN**, s. 706.

<sup>12</sup> **CİN/AKAGÜNDÜZ**, s. 460; **USTA**, s. 31.

<sup>13</sup> Hukuk-i Aile Kararnamesi'nde evlilik hukuku ve boşanma hukuku düzenlenmiş olup, doğrudan velayete ilişkin bir alt başlık bulunmaktadır. Zira nesep, nafaka ve hidaneye ilişkin komisyonlar kurulmuş, ancak Birinci Dünya Savaşının çıkması ve dört yıl boyunca sürmesi, söz konusu komisyonların çalışmasını akamete uğratmış ve bu alanların kanunlaşmasına mani olmuştur. Bkz. **USTA**, s. 33 vd.; **ÜNAL**, s. 225.

<sup>14</sup> Ulpianus D.50.16.195.2; **GÜNEŞ CEYLAN**, s. 30; **HONSELL**, s. 24.

<sup>15</sup> **GÜNEŞ CEYLAN**, s. 33; **HONSELL**, s. 182.

<sup>16</sup> Roma Hukuku'nda Patria Potestas'ın altında yer alan herkes *alieni juris* olarak kabul edilmekteydi ve *sui iuris* olmadıkça, Pater Familias'ın hakimiyetindedir. Bu nedenle bir kişi *sui iuris* olmadığı sürece, kendi çocukları üzerinde dahi herhangi bir hak ve yetkiye sahip değildi. Bkz. **GÜNEŞ CEYLAN**, s. 33.

aile fertlerini yargılayabilir, ceza verebilir ve hatta öldürebilirdi. Ayrıca, yine hâkimiyeti altında bulunan çocuğunu satabilirdi<sup>17</sup>.

Cermen hukukunda da birlikte velayet hakkı tanınmamış ve babanın çocuk üzerinde “munt” adı verilen bir velayete sahip olduğu kabul edilmişti. Babanın, çocuğu koruma, temsil etme ve mallarını idare etme konusunda hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>18</sup>. Patria Potestas’tan farklı olarak, munt çocuğun bağımsız olarak kendini geçindirmeye başlamasıyla sona ererdi. Ayrıca babanın ölümü halinde, anne velayet hakkına sahip olabiliyordu<sup>19</sup>.

Roma ve Cermen hukukunda var olan ve güçlü bir aile babasının hâkimiyetine dayanan bu sistemler, özellikle toplumsal ekonomik temellerin değişmesi neticesinde büyük değişime uğramıştır. Fransız Devrimi’nin akabinde yapılan Fransız Medeni Kanun’unda velayet hakkı babaya ait olmakla beraber, anne ve babanın çocuk üzerinde söz sahibi olacağı kabul edilmektedir<sup>20</sup>. Mevaz İsviçre Medeni Kanun’u ise bir terim tercihi yaparak, velayetin anne ve babaya ait olduğunu gösteren “*elterliche Gewalt*” ifadesini kullanmıştır.

Görüldüğü üzere tarihi gelişimi incelendiğinde, velayet kavramı üzerinde her zaman durulmuş ve bu hakkın kime ait olduğu, sınırları, hak sahibinin bu hakkı kullanmadığı durumlarda kime intikal edeceği hususları düzenlenmiş ve 20.yy’a kadar ağırlıklı olarak bu hakkın sadece babaya ait olduğu kabul edilmiştir. Ancak günümüzde tarım toplumundan sanayi toplumuna geçiş neticesinde, geniş aile yapısı çekirdek aile yapısına evrilerek aile kavramı değişmiştir. Bu değişim sonucunda velayet, kural olarak anne ve babanın birlikte kullandığı bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>21</sup>.

Çalışmamızda ilk olarak velayet kavramı ve hukuki niteliğinden bahsedilerek, türleri açıklanacak, akabinde birlikte velayet anlatılacak ve nihayetinde birlikte velayete ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelere yer verilerek, söz konusu kurumun Türk hukuku açısından uygulanabilirliği sorununa yanıt verilmeye çalışılacaktır.

---

<sup>17</sup> Patria Familias’ın bu yetkileri, öncelikle örf-adet açısından sınırlamalar getirilmiş, daha sonra Principatus Dönemi’nde ise, Augustus’la başlayan yasalastırma faaliyetleri bu sınırlamalar kanunlaştırılmıştır. Bkz. **GÜNEŞ CEYLAN**, s. 37.

<sup>18</sup> **AKYÜZ**, s.22; **ÇETİNER BAKTİR**, s. 25; **SERDAR**, s. 156; **USTA**, s. 42.

<sup>19</sup> **ÇETİNER BAKTİR**, s. 26; **SERDAR**, s. 156; **USTA**, s. 42.

<sup>20</sup> Ancak burada anne ile baba arasında bir eşitlik söz konusu olmayıp, babanın oyu üstündür. **ÇETİNER BAKTİR**, s. 26; **SERDAR**, s. 156; **USTA**, s. 47.

<sup>21</sup> İlk olarak sanayi devrimiyle birlikte tarım toplumundan sanayi toplumuna geçiş, ardından 1970’li yıllarda baş gösteren feminist hareketler neticesinde toplumda kadının rolü konusunda büyük değişimler yaşanmıştır. Bkz. **USTA**, s. 48.

## I. VELAYET KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Türk Medenî Kanunu velayetin tanımını yapmamıştır. Kanun koyucu tercihini bir tanım yapmak yerine, söz konusu hakkın kapsamını belirlemek yönünde kullanmıştır. Bu nedenle kanunda tanımlayıcı bir hüküm bulunmamakla beraber, kapsamdan yola çıkılarak bir tanım yapmak mümkün olabilir. Buna göre velayet<sup>22</sup>, “*kural olarak ergin olmayan çocukların ve istisnai olarak ergin ve fakat kısıtlanmış çocukların bakım ve korunmalarının sağlanması amacıyla, onların şahıs ve malları üzerinde ana ve/veya babanın sahip olduğu tüm görev, yetki ve haklarını*” ifade eder<sup>23</sup>.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere velayet, esasen kendini koruma ve kendine bakma konusunda yetersiz kalan veya kalması muhtemel kişinin menfaati için var olan bir hukukî kurumdur ve içinde sadece ana babanın haklarını değil aynı zamanda yetki, görev ve sorumluluklarını da barındırmaktadır. Bu bağlamda velayetin niteliğini açıklarken, velayeti sadece haklar bütünü ya da salt yükümlülükler bütünü olarak ifade etmek doğru olmaz<sup>24</sup>. Nitekim çağdaş hukukta velayet, bir yüküm-hak olarak tanınmış ve bu özelliği ile çift yönlü bir karakter taşıdığı kabul edilmiştir.

## II. VELAYET HUKUKUNA HÂKİM OLAN PRENSİPLER

Velayetin çift yönlü karakterinin var olma amacı velayetin kullanılırken ana babanın çocuğun çıkarlarını gözeterek ve koruyarak, çocuğa bağımsızlık kazandırmaktır. Nitekim velayet bu hakkı kullananların yararına değil, bilakis çocuğun yararına kullanılan bir haktır<sup>25</sup>. Bu nedenle velayetin kullanılmasında

---

<sup>22</sup> Doktrinde Serozan'ın savunduğu görüşe göre, velayet terimi yakışıksız bir deyimdir. Zira velayet bağımlılık ve otorite duygusu uyandıran bir sözcüktür. Bu nedenle velayet terimi yerine koruma ve bakma ifadesinin kullanılması gerekmektedir. Nitekim İsviçre ve Alman Kanun koyucuları, ülke Medeni Kanun'larında bu anlamda bir değişikliğe gitmiş ve “*Elterliche Gewalt*” yerine “*Elterliche Sorge*” ifadesini kullanmayı tercih etmişlerdir. Bkz. **BREITSCHMID**, s. 958vd.; **SEROZAN**, s. 250.

<sup>23</sup> Ayrıca velayet hakkı istisnai olarak ana ve baba dışında, çocuğun evlat edinilmesi halinde evlat edinene de tanınmıştır. Bkz. **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 407; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 341–342.

<sup>24</sup> Velayetin, ana ve babanın hakkından ibaret olduğunu savunan görüş, ana ve babanın çocuğu kendi istek ve eğilimleri doğrultusunda yetiştirmelerinin en makul yol olduğunu, zira ana ve babanın çocuk için en iyi ve en doğruyu isteyeceklerinden şüphe duyulmayacağından hareket etmektedir. Bu görüşün savunucularından olan Von Tuhr da velayet hakkını şey üzerindeki mülkiyet hakkına eşdeğer görmüştür. Ancak velayetin sadece bir haktan ibaret olduğunu savunan bu görüş dahi, söz konusu hakkın kötüye kullanılması halinde velayetin kaldırılmasını kabul etmektedir. Bkz. **LÜDERITZ**, s. 268; **VON TUHR**, s. 145. Öte yandan velayetin sadece bir görev olduğunu ifade eden Berki, velayetten doğan görevleri yerine getirme konusunda yeterliliği olan ana ve babanın bu görevden kaçınamayacaklarını ifade etmiştir. Bkz. **BERKİ**, s. 5.

<sup>25</sup> Burada tartışılması gereken hususlardan biri de çocuğun yararına olanın ne olduğunun

esas olarak çocuğun yararı ön plana çıkmaktadır<sup>26</sup>.

Çocuklara yönelik insan hakları belgelerinin tarihini yaklaşık bir asır öncesine kadar götürmek mümkündür. Aslında insan haklarına dair pek çok belge esasen çocuk haklarını da barındırmaktadır. Ancak çocuklara özgü olarak hazırlandığı bilinen ilk bildirme “Çocukları Koruma Vakfı” (*Save the Children Fund*) kurucusu Eglantyne Jebb tarafından hazırlanan ve 26 Eylül 1924 yılında Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilen “Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi”dir<sup>27</sup>. II. Dünya Savaşından önce kabul edilmesine rağmen savaş esnasında çocuk haklarına dair herhangi bir koruma sağlayamamış olan bu bildirgenin yerini, 20 Kasım 1959 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilen ve halefinin koruma sahasını genişletmiş olan “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi” almıştır<sup>28</sup>. Bildiri’nin 30. yıl dönümünde, 20 Kasım 1989 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”yi kabul etmiştir<sup>29</sup>.

Velayette çocuğun yararının gözetilmesi hususu ise, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 3. maddesinde “çocuğun en üstün yararı” şeklinde

---

belirlenmesi ve kimin tarafından tespit edileceği sorunudur. Tespitin sadece aile tarafından yapılacak olması kurumun var oluş amacına aykırı olacağı gibi, sosyal devlet ilkesiyle de bağdaşmayacaktır. Zira velayet her ne kadar iki tarafın içinde bulunduğu bir hukuki kurum olsa da toplumun yararları da gözetilmek zorundadır. Bu nedenle velayetin kullanılmasında çocuğun ve ana babanın yararı söz konusu olduğu gibi toplumun da yararından bahsetmek yanlış olmayacaktır. Zira velayet hakkının kötüye kullanılması ya da kullanılmaması durumunda, devletin yetkili organlarının müdahale etme yetkisi bu durumdan kaynaklanmaktadır. Bkz. **AKYÜZ**, s. 49 vd.; **ÇETİNER BAKTİR**, s. 37; **SEROZAN**, s. 65vd.

<sup>26</sup> Çocuğun yararı kavramı yerine çocuğun güvenliği kavramının kimi yazarlarca tercih edildiği görülmektedir. Bkz. **İNAN**, s. 712.

<sup>27</sup> İngilizce tam metin için bkz. <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm> (Erişim: 23.10.2017)

<sup>28</sup> İngilizce tam metin için bkz. <https://www.unicef.org/malaysia/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf> (Erişim: 23.10.2017)

<sup>29</sup> Önsözde tarihi birikime ilişkin ifade şu şekildedir:

“Bu Sözleşmeye Taraf Devletler,

...

Çocuğa özel bir ilgi gösterme gerekliliğinin,1924 tarihli, Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi’nde ve 20 Kasım 1959 tarihinde Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Kurulunca kabul edilen Çocuk Hakları Bildirisi’nde belirtildiğini ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nde (özellikle 23 ve 24’üncü maddelerinde) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de (özellikle 10’uncu maddesinde) ve çocukların esenliği ile ilgili uzman kuruluşların ve uluslararası örgütlerin kurucu ve ilgili belgelerinde tanıdığını hatırd tutarak,

...

*Bundan sonraki sayfalarda bulunan kurallar üzerinde andlaşmaya varmışlardır...”*

Önsözün tamamı ve tam metin için bkz. [https://www.unicef.org/turkey/udhr/\\_gi17.html](https://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html) (Erişim: 23.10.2017)

ifade edilmektedir<sup>30</sup>. Yargıtay'ın birçok kararında da hem velayet hakkının kullanılması hem de velayet hakkını kimin kullanacağı hususunda çocuğun yararı ilkesini gözettiği görülmektedir<sup>31</sup>. İlerleyen bölümlerde görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de aynı şekilde çocuğun üstün yararı ekseninde kararlar vermektedir<sup>32</sup>.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, çocuğun üstün yararı ilkesinin gözetilmesi ve velayetin varlık amacı, çocuğa bağımsızlık kazandırmaktır. Bu nedenle velayet hakkı süreli bir haktır. Kapsamı çocuğun erginliğe ulaşınca kadar daralır ve nihayetinde erginlikle birlikte sona erer. Ancak ana babanın, çocuğun doğumundan erginliğe ulaşınca kadar geçirdiği dönem içerisinde çocuğun ayırt etme gücünün var olmasıyla birlikte, kendisini ilgilendiren kararlara katılmasının sağlanması ve düşüncesinin alınması gerekmektedir. Nitekim Sözleşmenin 12. maddesi de velayet hakkının kullanılmasında çocuğun kararlara katılmasını düzenlemektedir. Hem Türk Medeni Kanun'u hem de mehz İsviçre Medeni Kanunu belirli konularda çocuğun görüşünün alınması gerektiğini belirtmektedir. Esasen bu durum erginlikle birlikte bağımsız bir birey olacak çocuk üzerindeki velayetin, süreli bir hak olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle çocuğun görüşünün alınması, çocuğun karar ve eylemlerinden sorumlu bir kişi olarak yetişmesine de katkı sağlayacaktır.

Ana babanın, çocuğun yararını gözeterek alacağı kararlarda, çocuğun kişiliğine ve mallarına azami özen göstermesi gerekir. Zira velayet hakkının kapsamını oluşturan tüm hak, yetki ve görevler bir bütündür<sup>33</sup>. Bu nedenle velayet hakkına sahip olan ana babanın, bu hakkı birlikte kullanmaları ve sorumluluğu paylaşmaları gerekmektedir<sup>34</sup>. Kanun koyucunun velayet hakkının kullanılmasına dair geliştirmiş olduğu bütüncül bakış açısı; velayetin kapsamı, kullanılması ve süresi için uygulanabilir niteliktedir<sup>35</sup>. Örneğin, çocuğun eğitimi

---

<sup>30</sup> Çocuk Haklarına Dair Sözleşme 14.09.1990 tarihinde imzalanmış ve 11.12.1994 tarihli Resmi Gazete'de uygun bulunduğu Kanun yayımlanmıştır. Sözleşmenin 3. maddesinde kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar ya da yasama organı tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetler için çocuğun yararının temel alınacağı düzenlenmiştir.

<sup>31</sup> Yarg. HGK. E. 2017/2-1887, K. 2017/1196, T. 14.06.2017; Yarg. 2 HD E. 2016/2170, K.2017/7272, T. 12.06.2017; Yarg. 2 HD E. 2017/773, K. 2017/5299, T. 03.05.2017; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>, (Erişim: 12.12.2017)

<sup>32</sup> Bknz. VII-B. ve VII-C.

<sup>33</sup> **AKYÜZ**, Müsterek Hayat, s. 117 vd.

<sup>34</sup> TMK md. 336 hükmü gereğince ana ve babanın velayeti birlikte kullanmaları öngörülmekle beraber, 743 sayılı Medeni Kanunu'nun 263. Maddesine göre ana ve babanın evlilik süresince velayeti birlikte kullanacakları ancak bu hakkın kullanılmasında ana ve baba arasında meydana gelebilecek fikir ayrılıklarında ise babanın oyunun üstün tutulacağı düzenlemiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu eşitlik ilkesine aykırı olan bu durumu ortadan kaldırmıştır.

<sup>35</sup> Şunu belirtmek gerekir ki, velayetin bütüncül olması ilkesi, velayet hakkının



konusunda sadece ananın, çocuğun malları konusunda sadece babanın yetkili kılınması söz konusu olamayacağı gibi, velayet hakkının belirli bir süreyle anaya belirli bir süreyle de babaya verileceği hususunda bir karar verilmesine de hukuk düzenimiz cevaz vermemektedir<sup>36</sup>.

Velayetin bütünlüğü ilkesinin bir yansıması olarak ana ve baba, sahip oldukları velayet hakkını bir başkasına devredemeyecekleri gibi, bu haktan feragat etmeleri de mümkün değildir. Bu nedenle velayet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan biridir<sup>37</sup>. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da velayetin kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu belirtilmiş ve bunun devrinin mümkün olamayacağı ve bu haktan feragat edilemeyeceği vurgulanmıştır<sup>38</sup>. Fakat ana baba bazı hallerde çocuğun üstün yararını gözeterek belirli görevlerin yürütülmesi için üçüncü kişileri yetkili kılabilirler. Örneğin müziğe ilgisi olan bir çocuğa, bu konuda özel eğitmen tutulması durumunda çocuğun eğitim alma hakkı, çocuğu eğitime görevi bulunan ana babanın verdiği yetkiyle ve eğitmen marifetiyle gerçekleştirilmektedir. Burada velayet hakkının devri söz konusu olmayıp, velayet yine ana babaya ait olmaya devam edecektir. Yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı üzere velayet, çocuğun üstün yararı gözetilerek kullanılan, süreli, bölünemeyen ve kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır.

Velayet hakkına hâkim olan prensipler belirlendikten sonra, önem arz eden bir diğer konu da velayet hakkına sahip olanların belirlenmesidir. Velayete kimin sahip olacağı hususunda, Türk Medeni Kanunu ana babanın evli olup olmamasına göre bir ayırım yapmıştır.

---

sınırlanılmayacağı veya kaldırılmayacağı anlamına gelmez. Nitekim, zayıfın korunması ilkesinin bir yansıması olarak çocuğun yararının tehlikeye düştüğü durumlarda velayetin sınırlandırılması mümkündür.

<sup>36</sup> Buna karşılık İsviçre ve Almanya'da ki bazı müellifler velayetin bölünebileceği ve bunun faydalı olabileceğini ifade etmişlerdir. Bkz. **AKYÜZ**, s. 225; **ÇETİNER BAKTIR**, s. 47; **HENNEMAN**, s. § 1671, Rn. 18; **MUSCHELER**, s. 388.

<sup>37</sup> Yargıtay içtihatları ve doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş velayet hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğu bir hak olarak nitelendirmekteyse de farklı görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Yarg. 18 HD. E. 2016/5035, K. 2016/7858, T. 12.05.2016; Yarg. 2. HD E. 2016/12457, K. 2016/11712, T. 14.06.2016; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm> (Erişim 12.12.2017) İsviçre hukukunda ise velayet hakkı ana babanın kişilik haklarına dayandırılmaktadır. Bkz. **AFOLTER-FRİNGELI/VOGEL**, s. 8; **BREITSCHMID**, s. 960. Akyüz ise velayet hakkını bir kişilik hakkı olduğunu kabul etmekle beraber, söz konusu hakkın ana babanın yararına değil, çocuğun yararına olduğunu savunmaktadır. Bkz. **AKYÜZ**, s. 31. Öte yandan Zevkiler bir kimsenin bir başkasının kişiliği üzerinde hak sahibi olmasının TMK 23. Maddesi kapsamında mümkün olamayacağını belirtmiş ancak, bir başkasının yaşam alanına giren davranışları ve bazı ilişkileri üzerinde hak sahibi olabilmemesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **ZEVKLİLER**, s. 100.

<sup>38</sup> Yarg. 18 HD. E. 2016/5035, K. 2016/7858, T. 12.05.2016; Yarg. 2. HD E. 2016/12457, K. 2016/11712, T. 14.06.2016; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm> (Erişim 12.12.2017).



Bu bağlamda ana baba kural olarak evlilik birliği devam ettiği sürece velayet hakkını birlikte ve eşit olarak kullanırlar (TMK md. 336/I). Ana babanın ayrılması ya da ortak hayata son verilmesi durumunda ise hâkim, takdir hakkını kullanarak velayeti ana veya babadan birine verecektir. Evlilik birliğinin ölümle sona ermesi halinde ise velayet hakkı sağ kalan eşe ait olacaktır. Evlilik birliğinin boşanma ya da butlan nedeniyle sona ermesi halinde ise TMK m. 336/III hükmüne göre velayet mahkeme kararı ile çocuk kendisine bırakılan eşe ait olacaktır. Nihai olarak ana ve babanın evli olmaması durumunda kural olarak çocuğun velayeti TMK md.337/1 hükmü<sup>39</sup> gereğince anaya ait olacaktır<sup>40</sup>.

### III. BİRLİKTE VELAYET

Türk hukukunda, evlilik birliğinin devamı boyunca velayet, kural olarak ana baba tarafından birlikte ve eşit hakka sahip olarak kullanılır. Ana babanın velayet hakkını birlikte ve eşit hakka sahip olarak kullanmasına “birlikte velayet” denilmektedir<sup>41</sup>. Birlikte velayette, velayet hakkına sahip ana baba, çocuğa ilişkin kararları birbirleriyle istişare ederek almaktadırlar. Ayrıca velayetin bütünlüğü ilkesi gereğince velayetten doğan haklar, ana ile baba arasında taksim edilememektedir. Önceki Medenî Kanunumuzdan farklı olarak velayetin kullanılmasında ana ve babanın oyları eşittir<sup>42</sup>. Bu nedenle birlikte velayet hakkının kullanımında ana babanın birbirleriyle istişare etmeleri büyük önem taşımaktadır. Neticede ana baba ortak bir karar almaktadırlar. Ancak ananın ve babanın, velayetin kullanımında anlaşamamaları durumunda, TMK m. 195/I hükmüne dayanarak hâkimin müdahalesini isteyebileceklerdir. Bu talebe binaen hâkim, TMK m.195/II’ye göre tarafları uyaracak, onları uzlaştırmaya çalışacak ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerden yardım isteyebilecektir. Unutulmamalıdır ki, burada hâkim ana baba yerine geçerek bizatihi velayeti kullanamamakta; ancak şartların varlığı halinde ana babanın velayet hakkını sınırlandırabilmekte ya da kaldırabilmektedir.

<sup>39</sup> Ancak Kanun koyucu TMK 337/II hükmü ile bu kuralın istisnasını belirlemiştir. Buna göre ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atayabilir veya velayeti babaya verebilir.

<sup>40</sup> İsviçre Medeni Kanunu’nun 275a maddesi uyarınca, ana babanın evli olmaması durumunda çocuk ile ilgili önemli durumlarda, velayet hakkına sahip olmayan taraf üçüncü kişilerden (örneğin eğitimi hususunda öğretmeninden, sağlık durumuyla ilgili olarak doktorundan) bilgi alma hakkına sahiptir. Aynı hükme göre velayete sahip olan tarafın önemli gelişmeleri haberdar etmesi gerekmektedir. Ayrıca çocuk ile ilgili önemli durumlarda velayet hakkına sahip olmayan eşin dinlenmesi gerekmektedir. Bkz. **BREITSCHMID**, s. 909 vd.; **MORDASINI-ROHNER**, s. 509 vd.

<sup>41</sup> Ayrıca birlikte velayet dışında, aynı kurumu nitelendirmek için müşterek velayet, ortak velayet gibi kavramlarında kullanıldığı görülmektedir.

<sup>42</sup> 743 sayılı Medeni Kanununun 263. maddesinde de velayeti ana babanın birlikte kullanacağı düzenlenmiştir. Ancak maddenin ikinci cümlesinde, “Anlaşamazlarsa, babanın reyi muteberdir” denerek, babanın velayetin kullanımında anaya karşı üstün olduğu vurgulanmıştır. Bkz. **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 249; **TEKİNAY**, s. 250.

Birlikte velayet, Türk hukukunda eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında velayetin kullanımında asıldır. Ancak söz konusu velayet türünün boşanma halinde kullanılması mümkün müdür sorusu uzun zamandır doktrini meşgul etmektedir. Bu sorunun yanıtını verebilmek için, kanaatimizce ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile mehz Kanundaki gelişmeleri incelemek gerekmektedir.

#### IV. VELAYETE İLİŞKİN ULUSAL DÜZENLEMELER

1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan değişiklikle birlikte 41. maddede yer alan "*Aile, Türk toplumunun temelidir*" ifadesinden sonra "*ve eşler arasında eşitliğe dayanır*" ibaresi eklenmiştir<sup>43</sup>. Aynı madde 2010 yılında bir kez daha değişikliğe uğramış ve kenar başlığı "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" olarak metne işlenerek maddeye üçüncü fıkra eklenmiştir. Değişiklikle birlikte, "*her çocuğun, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu*" ifade edilmiştir. Böylece normlar hiyerarşisinde en tepede yer alan Anayasa'da, ailenin toplumun temeli olduğu vurgulanarak devletin ailenin korunması için gerekli önlemleri alacağı güvence altına alınmış ve devlete görev (pozitif yükümlülük) yüklenmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ile cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin kadın ve erkeğin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, Anayasa aile ve çocuğa özel bir önem atfetmiştir.

Ancak anayasa koyucu, velayete ilişkin Anayasa'da doğrudan bir düzenleme yapmaktan kaçınmıştır. Velayete ilişkin hükümler, Türk Medenî Kanunu'nda yer almaktadır. İlgili hükümler; velayetin evlilik birliği içerisinde, ayrılık, boşanma, ölüm ve evlilik birliği dışında meydana gelen çocuğun kime ait olacağını belirledikten sonra, velayetin kullanılması, sınırlandırılması ve kaldırılmasına ilişkindir. Çalışmamızın konusunu boşanmada birlikte velayet olduğu için, konuya dair TMK m. 182<sup>44</sup> ve m.336<sup>45</sup> hükmünün detaylı olarak incelenmesi

---

<sup>43</sup> RG 17.10.2001/ 24556 sayılı 1. Mükerrer.

<sup>44</sup> VIII. Çocuklar bakımından ana ve babanın hakları

1. Hakimin takdir yetkisi

Madde 182.- Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.

Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.

Hakim, istem halinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.

<sup>45</sup> II. Ana ve baba evli ise

Madde 336.- Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar.

gerekmektedir.

Türk Medenî Kanun'unun 182. maddesi, "*Hâkimin Takdir Yetkisi*" kenar başlığı altında boşanma veya ayrılık durumunda hâkimin takdir yetkisini kullanarak, ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkını düzenlemiştir. İlgili hükmün birinci fıkrasında doğrudan velayete ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Mevaz Kanun'un 133. maddesi 2014'te yürürlüğe giren revizyondan önce, hâkimin, boşanma ve ayrılık kararına hükmederken velayeti eşlerden birine tevdi edeceğini açık bir biçimde düzenlemekteydi. Bu anlamda mevaz Kanun ile Türk Medenî Kanunu birbirlerinden önemli bir şekilde ayrılmaktaydı. Ancak revizyon ile birlikte değişen 133. madde hükmü ile birlikte hâkime ana babanın hak ve yükümlülüklerini düzenleme vazifesi verilmiştir. Söz konusu değişiklikte birlikte hâkim, velayete ilişkin bir karar vermekle yükümlü kılınmıştır. Burada hâkim, İMK m. 296/II hükmü gereğince velayeti kural olarak ana ve babaya verecek, ancak İMK m. 298 uyarınca çocuğun üstün yararının velayetin ana veya babadan birine verilmesini zorunlu kılan bir durum varsa bu takdirde velayeti eşlerden birine verecektir<sup>46</sup>. Başka bir ifadeyle, hâkim kural olarak birlikte velayete karar verecek, aksine bir durum olması halinde ise velayeti eşlerden birine verebilecektir<sup>47</sup>.

Türk Medenî Kanunu'nun 182. maddesinin ikinci fıkrası ise "*velayetin kullanılması kendisine bırakılmayan eş*" ifadesini kullanmaktadır. Söz konusu düzenleme yoruma muhtaçtır. Zira mevaz Kanun'un 133. maddesinden önemli ölçüde ayrıldığı için ilgili düzenlemeden faydalanmak mümkün olmayacaktır.

Kanaatimizce, maddenin birinci fıkrası ve ikinci fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, velayetin muhakkak eşlerden birine tevdi edilmesi gerektiği sonucu çıkmamaktadır. Ancak boşanma durumunda velayetin nasıl kullanılacağı hususunun tespiti için mutlaka TMK md. 336'nın da incelenmesi gerekmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 336. maddesi üç fıkradan teşekkül etmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, eşlerin evlilik birliği devam ettiği sürece velayeti birlikte kullanılacağı belirtilmiştir<sup>48</sup>. İlgili fıkroda evlilik birliği içerisinde

---

Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir.

Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.

<sup>46</sup> FREIBURGHANUS, s. 466; SCHWANDER, s. 306.

<sup>47</sup> APAYDIN ÖCAL, s. 650.

<sup>48</sup> Ancak eşlerin velayeti birlikte kullanması, TMK md. 348'de belirtilen istisnalardan mevcut olması halinde, hâkim eşlerden birinden ya da her ikisinden velayetin kaldırılmasına karar verebilir. Hâkimin vereceği karar, kural olarak mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar. Bkz. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 438 vd.; AKYÜZ, s. 297 vd.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 354 vd.; SEROZAN, s. 294; USTA, s. 460.

velayetin kullanılmasında kanun koyucunun açık bir şekilde birlikte velayeti benimsediği anlaşılmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, ortak hayata son verilmiş olması ile ayrılık hallerinde, hâkime takdir hakkı tanınarak velayeti eşlerden birine verebileceğini düzenlemiştir. Burada hâkim velayeti eşlerden birine verecekse, bu durumun çocuğun üstün yararına uygun olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, kanun koyucu ikinci fıkrada da birlikte velayeti yasaklamamaktadır.

Düzenlemenin son fıkrasında ise, eşlerden birinin ölümü veya evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinde velayete kimin sahip olacağını düzenlemiştir. İlgili hükme göre, eşlerden birinin ölmesi durumunda velayet hakkı sağ kalan eşe aittir. Boşanma durumunda ise, velayet çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacaktır. Burada üzerinde durulması gereken iki konu bulunmaktadır. Birincisi söz konusu düzenlemenin emredici nitelikte olup olmadığı, ikincisi ise 336. maddenin üçüncü fıkrasında bir boşluk bulunup bulunmadığıdır.

Doktrinde, söz konusu kuralın emredici olduğu ve bu nedenle hâkimin boşanma davasının sonucunda velayeti eşlerden birine verme zorunluluğu bulunduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır<sup>49</sup>. *Köprülü/Kaneti* velayetin düzenlenmesi hususunda hâkimin velayetin düzenlenmesini görevinden ötürü re'sen yerine getirmekle yükümlü olduğunu ifade etmekle beraber, tarafların bu konuda anlaşmaları halinde karara belirli ölçüde etki edeceğini; ancak hâkimin her halde çocuğun üstün yararını gözetmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>50</sup>. Benzer şekilde, *Tekinay* da boşanan karı kocanın velayeti artık birlikte kullanamayacaklarının tabii bir sonuç olduğundan ve bu nedenle velayetin ana veya babadan birine verilmesinin zorunlu olduğundan bahsetmiştir<sup>51</sup>. *Hatemi/Kalkan Oğuztürk* ise, kanunda boşanma sonucunda eşlere birlikte velayetin bırakılması hususunda bir boşluk değil, kanun koyucunun menfi bir çözüm ortaya koyduğunu ileri sürmektedir<sup>52</sup>.

Yargıtay da ilgili hükmün emredici nitelikte olduğu ve boşanma durumunda hâkimin velayeti ana veya babadan birine vermesi gerektiği yönünde kararlar verdiği görülmektedir<sup>53</sup>. Hatta Yargıtay boşanmada birlikte velayetin kamu düzenine aykırı olduğundan bahisle, başka hukuk düzenlerince verilmiş birlikte

---

<sup>49</sup> Aynı yönde görüş bildirenler; Bkz. **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 310; **FEYZİOĞLU**, s. 381; **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, s. 129; **ÖZMEN**, s. 541.

<sup>50</sup> **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 197.

<sup>51</sup> **TEKİNAY**, s. 229.

<sup>52</sup> Yazar *de lege ferenda* bir çözüm önerisi olarak kanuna birlikte velayete yönelik bir hüküm konulmasını kabul etmemekte ve bu durumun boşanmış eşlerin çocukları üzerinde savaşlarını devam ettireceğini ileri sürmektedir. Bkz. **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, s. 129.

<sup>53</sup> Yarg. 20 HD. E. 2017/5947, K. 2017/3841, T. 02.05.2017; Yarg. HGK E. 2014/2-1088, K. 2016/188, T. 26.02.2016; Yarg. HGK E. 2014/1047, K. 2016/171, T. 24.02.2016; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm> (Erişim 12.12.2017).

velayete ilişkin kararların tenfiz taleplerini dahi reddetmektedir<sup>54</sup>.

Boşanmada eşlerden birine velayetin verilmesine ilişkin hükmün emredici olup olmadığı konusunda Serozan görüş bildirmemekle birlikte, TMK m. 336/III'ün Anayasa'ya aykırı olduğunu savunmaktadır<sup>55</sup>. *Serozan'a* göre mevcut durum Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine ve ana baba hakkı ile BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğa tanıdığı çocuğun ana babasından ayrı tutulmama hakkına aykırıdır<sup>56</sup>.

Doktrinde ağırlık kazanan diğer bir görüş ise, TMK m. 336/III hükmünün emredici olmadığı ve örtülü bir boşluk içerdiği yönündedir. *Koçhisarlıoğlu*, TMK m. 336/III hükmünün emredici sayılmaması gerektiğini, aksi görüşün sahip olması gereken gerçek öz ve amaç ile bağdaşmayacağını belirtmiştir<sup>57</sup>. Öztan ise, konuya ilişkin olarak öncelikle maddenin ilk iki fıkrasında çocuğun yararı ilkesinden üçüncü fıkrada vazgeçip vazgeçmediğinin tespit edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür<sup>58</sup>. Yazara göre, kanun koyucunun herhangi bir gerekçe göstermeksizin çocuğun yararı ilkesinden vazgeçtiğinin düşünülmesi mümkün değildir. Ancak kanun koyucunun burada çocuğun yararının boşanmada velayetin ana ya da babadan birine verilmesi gerekliliğinden hareket etmiş olabileceğinin düşünülmesinin mümkün olabileceğini ileri sürmektedir<sup>59</sup>. Fakat her halde çocuğun üstün yararı göz önünde tutulması gerekeceğinden, söz konusu hükmün emredici nitelikte olamayacağını savunmaktadır. Nihayetinde Öztan, TMK m. 336/III hükmünde örtülü bir boşluk<sup>60</sup> olduğunu ve TMK m. 1/1

---

<sup>54</sup> Ortak velayete ilişkin tenfiz taleplerinin reddine ilişkin gerekçe Milletlerarası Usul Kanunu mad. 5'e dayanmaktadır. Söz konusu hükme göre, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz ve gerekli görüldüğü durumlarda Türk hukuku uygulanır. Bu nedenle ortak velayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizi kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddedilmiştir. Bkz. Yarg. 2. HD. E. 2003/3784 K. 20003/4670 T. 02.04.2003; Yarg. 2.HD E. 2004/13947 K. 2004/15854 T. 27.12.2004. Bunun kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği yönünde bkz. **BİNGÖL**, s. 292 vd.

<sup>55</sup> Serozan, aynı şekilde TMK md. 337 hükmünün de anayasa aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **SEROZAN**, s. 255.

<sup>56</sup> Serozan'a göre burada tek kıstas çocuğun üstün yararı olmalıdır. Birlikte velayetin söz konusu olacağı durumlarda çocuğun üstün yararının bunu gerektirmesi ve ana babanın bu konuda andlaşmaları halinde uygulanabileceğini düşünmektedir. Söz konusu açıklamaların mefhumu muhalifinden ana babanın velayete dair anlaşamaması ya da çocuğun üstün yararının tek başına velayette gerçekleşeceği durumlarda birlikte velayete karar verilemeyeceği anlaşılmaktadır. Bkz. **SEROZAN**, s. 254.

<sup>57</sup> **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 237.

<sup>58</sup> **ÖZTAN**, s. 256.

<sup>59</sup> **ÖZTAN**, s. 256.

<sup>60</sup> Örtülü boşluk kanunda bir hükmün bulunduğu ancak kuralın lafzı ile amacının bağdaşmadığı durumlarda ortaya çıkan ve bir sınırlandırmaya muhtaç olan boşluk türüdür. Bkz. **EDİS**, s. 125; **KIRCA**, s. 96.

yolu ile bu örtülü boşluğun doldurulmasını çözüm yolu olarak önermektedir<sup>61</sup>. Burada asıl amacın çocuğun üstün yararına en uygun olan çözümün bulunması olduğu için, maddenin amacıyla açık lafzı arasında fark, amaca uygun sınırlama yoluyla çözümlenerek, hâkim birlikte velayete karar verebilecektir<sup>62</sup>. Nitekim İsviçre’de de St. Gallen ilk derece mahkemesi, reformdan önce bu yönde karar vermiştir<sup>63</sup>.

Türk Medenî Kanunu’nun uygulamasında da benzer örnek bulmak mümkündür. Nitekim Çorlu 1. Aile Mahkemesi, anlaşmalı boşanma talebinde bulunan ve iki çocuk sahibi ana babanın hazırlamış oldukları protokolde velayeti ortak kullanmaları talebini haklı bularak, küçüğün yüksek menfaatini ve güvenliğini tehlikeye düşürecek bir şekilde değil, fiziksel ve ruhsal gelişimine olumlu katkı sağlayacak şekilde düzenlendiğini belirtmiştir<sup>64</sup>.

Doktrinde<sup>65</sup>, TMK m. 336/III hükmüne ilişkin ciddi tartışmalar bulunmaktadır. Müelliflerin bir kısmı ile Yargıtay söz konusu hükmü emredici olarak nitelendirirken, bir kısım müellif ise anılan hükmün emredici nitelikte olmadığını ifade etmektedir. Özellikle, Türkiye’nin 14 Mart 1985 tarihinde imzaladığı “11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol’ün” onaylanmasıyla birlikte<sup>66</sup> konu yeni tartışmaların doğmasına yol açmıştır.

## V. VELAYETE İLİŞKİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Velayete ilişkin uluslararası düzenlemelerin en önemlilerinden ilki “Çocuk Hakları Sözleşmesidir”<sup>67</sup>. Söz konusu sözleşme, Türkiye tarafından 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmış ve 9 Aralık 1994 tarihinde onaylanmıştır<sup>68</sup>.

<sup>61</sup> Öztan’a göre söz konusu hükme ilişkin yapılması gereken en doğru şey maddenin yeniden ele alınarak, boşanmada birlikte velayetin hâkimin takdirine bağlanmasıdır. Bkz. ÖZTAN, s. 259–260.

<sup>62</sup> KIRCA, s. 111; ÖZTAN, s. 260.

<sup>63</sup> Ancak kanun değişikliği yapılmadan önce, İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarında ısrarla velayetin ana ya da babadan birisine bırakılması gerektiği, zira kanun koyucunun amacının zaten çocuğun korunması olduğu ve bunun ancak bu şekilde mümkün olabileceğini vurgulamaktadır. Bkz. BGE ATF 117 II 523 vd.

<sup>64</sup> Benzer şekilde Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi’nin 2017/1008 Esas ve 2017/1266 Karar numaralı hükmü de çocuğun yararına atf yaparak Ek Protokol’ün usulüne uygun olarak yürürlüğe girmesiyle birlikte ortak velayetin verilebileceğine karar vermiştir.

<sup>65</sup> Bkz. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 310; FEYZİOĞLU, s. 381; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 129; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 237; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 197; ÖZMEN, s. 541; ÖZTAN, s. 256; TEKİNAY, s. 229.

<sup>66</sup> RG. 25.03.2016-29664.

<sup>67</sup> 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararıyla kabul edilip imza ve onaya sunulan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>68</sup> RG. 11.12.1994- 22138. Türkiye, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 17,29 ve

Başlangıç bölümü ve 54 maddeden oluşan Çocuk Hakları Sözleşmesi ile çocuğun öncelikle insan olmasından kaynaklı hakları garanti altına alınmış olup, bunun dışında sadece çocuklara özgü haklara yer verilmiştir. Sözleşme doğrudan doğruya velayete ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Ancak Sözleşmenin 3., 5., 7., 9. ve 18. maddeleri ana baba ve çocuk arasındaki ilişkiyle hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde bir çerçeve oluşturmaktadır. Buna göre Sözleşme'nin 3. maddesinde "*taraf devletler, çocuğun ana babasının hak ve ödevlerini göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenmek ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri almakla yükümlü*" kılınmıştır<sup>69</sup>. Sözleşmenin 5. maddesinde ise, "*çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana-babanın, haklarına ve ödevlerine taraf devletlerin saygı gösterme zorunluluğu*" hüküm altına alınmıştır<sup>70</sup>. Yine, 7. madde ile çocuğun mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacağı düzenlenmiştir<sup>71</sup>. Sözleşmenin 9. maddesinde, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alındıktan sonra ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Nihayet 18. madde de, taraf devletlere

---

30 maddelerine çekince koyarak kabul etmiştir.

<sup>69</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 3. Madde:

Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de gözönünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların, hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler.

<sup>70</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 5. Madde:

Taraf Devletler, bu Sözleşme'nin çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana-babanın, yerel gelenekler öngörüyorsa uzak aile veya topluluk üyelerinin, yasal vasilerinin veya çocuktan hukuken sorumlu öteki kişilerin sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı gösterirler.

<sup>71</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 7. Madde:

Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.

Taraf Devletler, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması söz konusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt ederler.



çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişiminin sağlanmasında ana–babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin göz önünde tutulması vurgulanmıştır<sup>72</sup>. Yine 18. madde kapsamında ana–babanın çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket etmeleri gerektiği ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre mahkemelerin çocuklara ilişkin verecekleri her kararda çocuğun üstün yararını gözetme zorunluluğu bulunduğu gibi, çocukların bakımı konusunda ana–babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ve yine mümkün olduğu ölçüde ana–babası tarafından bakılma hakları bulunmaktadır. Sözleşmede yer alan bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde; sözleşmenin doğrudan velayete ilişkin bir hüküm içermemekle birlikte, çocuğun yetiştirilmesinde ve çocuğun bakımında taraf devletlere önemli görevler yüklediği anlaşılmaktadır.

Çocuk haklarına ilişkin bir diğer önemli düzenleme ise, “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi”dir<sup>73</sup>. Sözleşmenin uygulanma alanı ve amacı birinci maddesinin üçüncü paragrafına göre; “adli merci önündeki, çocukları ilgilendiren davalar, özellikle çocukların ikameti ve çocuklarla şahsî ilişki kurulması gibi velayet sorumluluklarına ilişkin” davalardır. Nitekim aynı maddenin takip eden dördüncü paragrafına uygun olarak Türkiye, adli bir makam önünde boşanma davaları, ayrılık davaları, çocukların velayetine ilişkin davalar ile ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması ve babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalarda sözleşmenin uygulanacağını beyan etmiştir. Buna göre yukarıda sayılan davalarda, Sözleşme'nin 3. maddesine göre yeterli idrak gücüne sahip olan çocuk, yararlanmayı bizzat talep edebileceği birtakım haklara sahiptir. Buna göre çocuk, adli merci önündeki davayla ilgili tüm bilgileri alabilir, kendisine danışılmasını ve kendi görüşünü ifade etmeyi isteyebilir ve görüşlerinin uygulanmasının ve her tür

<sup>72</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 18. madde:

“ Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana–babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana–babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilelere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını gözönünde tutarak hareket ederler.

Bu Sözleşme'de belirtilen hakların güvence altına alınması ve geliştirilmesi için Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana–baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardım yapar ve çocukların bakımı ile görevli kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlarlar.

Taraf Devletler, çalışan ana–babanın, çocuk bakım hizmet ve tesislerinden, çocuklarının da bu hizmet ve tesislerden yararlanma hakkını sağlamak için uygun olan her türlü önlemi alırlar.”

<sup>73</sup> 25 Ocak 1996 tarihinde Strasburg'da imzalanan ve 1 Temmuz 2000 tarihinde yürürlüğe giren sözleşmeyi Türkiye 9 Haziran 1999 tarihinde imzalamış ve 18 Ocak 2001 tarihinde onaylamıştır. RG. 01.02.2001-24305.

kararın olası sonuçları hakkında bilgilendirilmeyi talep edebilir. Sözleşme'nin 6. maddesinde ise, buna uygun olarak adli mercilerin rolü düzenlenmiştir<sup>74</sup>. Özellikle, bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli mercinin, bir karar almadan önce, çocuğun yüksek yararına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etme yükümlülüğünün bulunması ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlanması hususu son derece önemlidir. Çocuk Haklarına İlişkin Avrupa Sözleşmesi bu özellikleriyle adli merci önünde çocuğa haklar sağladığı gibi, aynı zamanda taraf devletlerin adli mercilerine yükümlülükler getirmektedir. Konumuz açısından ise, Türkiye beyan metninde açıkça ifade edildiği üzere velayet davalarında bu hak ve yükümlülükler uymak zorundadır.

Nihaî olarak inceleme alanımız açısından irdelenmesi gereken en önemli düzenleme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 7 Numaralı Protokoldür. Ek Protokol 7, 22 Kasım 1984 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, protokolü 14 Mart 1985 tarihinde imzalamasına rağmen, protokolün onaylanmasının uygun bulunması ancak 10 Mart 2016 tarih ve 6684 sayılı kanunla gerçekleşebilmiştir<sup>75</sup>.

AİHS Ek 7. Protokolün konuya ilişkin eşler arasında eşitlik başlığını taşıyan 5. maddesi: *“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.”* şeklindedir. Bu düzenleme eşlerin sadece evlilik birliğinde değil, evlilik birliğinin sona ermesi durumunda da çocukları ile ilişkilerinde medenî haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanacaklarına hüküm altına almaktadır. Bu nedenle eşler boşanma

<sup>74</sup> B. Adli Mercilerin rolü

Madde 6 – Karar süreci

Bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci, bir karar almadan önce :

a) Çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlamalıdır.

b) Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda,

- çocuğun bütün gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalıdır.

- çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır.

- çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.

c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir.

<sup>75</sup> Kanun'un tam adı şu şekildedir: *“11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun”*

sonrasında da velayetten doğan yükümlülükleri ve hakları da eşit şekilde kullanabileceklerdir. Burada cevap aranması gereken husus söz konusu uluslararası andlaşmanın Anayasa'nın m. 90 hükmüne göre iç hukuka nasıl etki edeceği ile TMK m. 336/III hükmünü örtülü olarak yürürlükten kaldırıp kaldırmadığıdır.

## VI. ULUSLARARASI HUKUKUN İÇ HUKUKA ETKİSİ

### A. Genel Olarak

Uluslararası hukukun iç hukuka etkisi konusunda düalist ve monist olmak üzere temelde iki görüş bulunmaktadır. Dualist görüş kısaca uluslararası hukuk ile iç hukuk düzeninin kaynakları ve düzenledikleri sosyal ilişkilerin birbirinden farklı olduğu gerekçesiyle iki hukuk alanını birbirinden bağımsız ve farklı iki ayrı hukuk düzeni olarak görmektedir. İç hukukta hukukun kaynağı egemenlik ve yasama gücüne sahip olan devletin bizzat kendi idaresi ve buyurganlığı iken, uluslararası hukukun kaynağı birden fazla devletin bir konudaki ortak iradelerinin birleşimidir. Aynı zamanda iç hukuk devletin kural olarak kendisine tabi olarak saydığı hukuk sùjeleri arasındaki ilişkiler ile hukuk sùjeleri ve devlet arasındaki ilişkileri düzenlerken, uluslararası hukuk eşit durumda olan devletler arasındaki ilişkileri düzenler. Bu farklılıklar nedeniyle uluslararası hukuk ile iç hukuk arasında gerçek manada bir çatışma çıkması söz konusu olamaz. Bir uluslararası hukuk kuralının iç hukuka etkili olabilmesi için, devletin yetkili organlarınca bu kuralın benimsenerek iç hukuka aktarılması gerekmektedir. Çünkü ulusal mahkemeler iç hukuku uygulamakla yükümlüdür<sup>76</sup>.

Monist görüşe göre ise, dünyada var olan hukuk düzeni tek bir düzendir ve hem uluslararası hukuk hem de iç hukuk bu düzenin parçalarını oluşturmaktadır. Çünkü her iki hukuk düzeninin de nihai sùjeleri aynıdır. Doğal olarak bunlar arasında herhangi bir farklılıktan bahsedilemez. Monist görüşün güçlü savunucularından biri olan Kelsen'e göre her ne kadar uluslararası hukukla ulusal hukuk arasında bir çatışma var gibi görünse de bu bir yanılsamadan ibarettir ve iki hukukun asla çelişmeyeceğinin kabulü gerekir<sup>77</sup>. Uluslararası hukuk ile iç hukuk arasında bir çatışma çıkarsa, bu takdirde uluslararası hukuk iç hukuktan üstündür ve uluslararası hukuk kuralı iç hukuk kuralını ya *ipso iure* olarak ortadan kaldırır ya da tadil eder<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Düalist görüşün en meşhur teorisini Triepel'e göre iç hukukla uluslararası hukuk arasında çatışma çıkması halinde hâkimin uygulayacağı kural iç hukuktan başkası değildir. Bu uygulamanın ortaya çıkaracağı muhtemel uluslararası zorluklarla mücadele ise hâkimin/ yargının değil hükümetin/yürütmenin düşünmesi gereken bir meseledir. **TRIEPEL/çev. ARSAL**, s. 20.

<sup>77</sup> **KELSEN/çev. KNIGHT**, s. 330.

<sup>78</sup> Her iki görüşün temelleri ve karşılaştırması için bkz. **ÖZKAN**, s. 2127–2176.

Türk hukukunda hangi sistemin benimsendiği ile uluslararası andlaşmaların<sup>79</sup> uygun bulunması ve normlar hiyerarşisinde yerini belirlemede başvurulması gereken hüküm Anayasa'nın 90. maddesidir. Ancak ne bu madde hükmü ne bütün olarak anayasa ne de uygulama, uluslararası andlaşmalar rejimine ilişkin net bir tercihi yansıtmaktadır. Aksine birbirinin zıddını savunan her görüş, kendisini güçlendirecek argümanları doğrudan doğruya bu kaynaklardan sağlayabilmektedir.

## VII. ULUSLARARASI ANDLAŞMALARIN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ SORUNU

Alt başlığa taşıdığımız bu sorun, Anayasa Hukuku ile ilgilenenlerin yanıt aradığı sorular listesinde hemen her zaman üst basamaklarda yer almıştır<sup>80</sup>. Anayasanın m. 90/1 hükmü *“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.”* şeklindedir. Anayasa takip eden iki fıkrada (m. 90/2 ve m. 90/3) bu hükmün istisnalarına yer vermiş<sup>81</sup>; maddenin dördüncü fıkrasında ise istisnanın istisnasını hüküm altına almıştır<sup>82</sup>.

Bu hükümleri takip eden beşinci ve son fıkrada alt başlığa taşıdığımız soruyu Anayasa açıkça cevaplamaktadır: *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.”* Bu cümleyi takip eden ikinci cümlede ise *“Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.”* hükmüyle Anayasa, uluslararası andlaşmalara bir ayrıcalık tanıyarak, normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer aldığı görüşüne argüman olabilecek bir norma yer vermektedir.

<sup>79</sup> Kavram Anayasa'da “milletlerarası andlaşma” olarak geçtiği halde güncel yazında “uluslararası andlaşma” kavramının tercih edildiği görülmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de güncel kararlarında “uluslararası andlaşma” kavramını kullanmaktadır. Biz de çalışmamızda “uluslararası andlaşma” kavramını tercih etmekteyiz.

<sup>80</sup> Bu tartışmalara ilişkin literatürde hem 2004 değişiklikleri öncesi hem de 2004 değişiklikleri sonrası pek çok esere rastlamak mümkündür. Bu konudaki tartışmalar çalışmamız sınırlarını aşmaktadır. Burada yalnızca çalışmamızı ilgilendiren boyutuna değinilmekle yetinilecektir.

<sup>81</sup> m. 90/2 – *Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.*

m. 90/3 – *Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.*

<sup>82</sup> m. 90/4 – *Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.*

Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası andlaşmaların iç hukuktaki yeri konusunda iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki söz konusu andlaşmalar için Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamayacağı için kanunlardan daha üst düzeyde olduğunu kabul etmektedir. Buna karşın ileri sürülen ikinci görüş ise, madde hükmünün lafzına uygun olarak söz konusu andlaşmayı kanunla eş değer görmektedir. Zira uluslararası bir andlaşma için Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamayacağı hususu, onlara kanunların üstünde bir yer kazandırmayacaktır<sup>83</sup>. Uluslararası andlaşmaların denetlen(eme)mesinden hareketle, anayasanın açıkça kanun hükmünde saymasına rağmen kanunlara üstünlüğü hatta Anayasa'ya üstünlüğü dahi iddia edilmiştir<sup>84</sup>.

Şunu da belirtmek gerekir ki, andlaşmalar için Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamaması, Anayasa Mahkemesi'nin onaylamayı uygun bulma kanununu denetleyemeyeceği anlamına gelmemektedir. Ancak buradaki denetim, andlaşmanın içeriğine girmek suretiyle andlaşmanın anayasaya uygunluğunun denetlenmesine de imkân vermemektedir. Anayasa Mahkemesi bu denetimi, uygun bulma kanununun denetiminin kapsamıyla sınırlı olacaktır<sup>85</sup>.

Burada ortaya çıkan bir diğer sorun ise, uluslararası andlaşma ile iç hukuktaki düzenleme arasında bir çatışma çıkması durumunda hangisinin

<sup>83</sup> ATAR, s. 373; AYBAY, s. 198.

<sup>84</sup> Bu tartışmalara ilişkin geniş bilgi için bkz. BAŞLAR, s. 279–336.

<sup>85</sup> “Bir milletlerarası andlaşma, doğrudan denetime tabi tutulamamasına rağmen onaylanmasını uygun bulan kanunun anayasallık denetimi mümkündür. Ancak Anayasa'nın 90. maddesindeki emredici hüküm gereği, uygun bulma kanunu denetlenirken, andlaşmanın denetiminin yapılmasına izin verilmemiştir. Anayasa koyucunun milletlerarası andlaşmaların Anayasal denetimini açık bir irade ile dışarıda bırakmasına rağmen, uygun bulma kanununun denetimi yoluyla andlaşmalar hakkında değerlendirme yapmak Anayasa'nın 90. maddesindeki yasaklayıcı düzenlemeyi işlevsiz hale getirecektir.

Uygun bulma kanununun şekil bakımından denetimi, kanunun son oylamasında öngörülen çoğunlukla kabul edilip edilmediği ile sınırlıdır. Şekil denetimi kapsamında Anayasa'nın 90. maddesiyle getirilen yasağı bertaraf edici nitelikte denetim yapılması da söz konusu olamaz. Uygun buldukları andlaşmayı tekrar etmeyen ve ilke olarak üç maddeden oluşan uygun bulma kanunlarının esas yönünden denetimini yapmayı kabul etmek, andlaşmanın içeriğine ilişkin çeşitli değerlendirmelerde bulunmayı gerektirir. Uygun bulma kanununun andlaşma kuralları gözetilerek yapılacak bir incelemesi, andlaşma kurallarının dolaylı olarak denetlenmesi anlamına gelir. Oysa, Anayasa'nın 90. maddesi böyle bir incelemeye engeldir. Bununla beraber, uygun bulma kanununun bazı hükümleri, onaylanmasını uygun bulunduğu andlaşmadan ayrılabilir, bağımsız olarak kendi başına hüküm ifade edebiliyor ve ondan ayrı olarak hukuk düzeninde etki yapabiliyorsa, anılan hükümlerin Anayasa'ya aykırılığı iddiasının esas bakımından incelenmesi mümkündür. Buna karşılık uygun bulma kanununun ancak andlaşma ile birlikte anlam ve etki taşıyan nitelikteki hükümlerinin esas bakımından denetlenebilmesi söz konusu değildir.”

Anayasa Mahkemesi Kararı Esas Sayısı: 2011/47 Karar Sayısı: 2012/87 Karar Günü: 31.5.2012

uygulanacağıının belirlenmesidir. Birbiriyle eş değer iki normun varlığı söz konusu olduğuna göre, burada adeta iki kanun hükmü varmışçasına sorunun çözülmesi gerekir. Genel ilkeler doğrultusunda yeni kanun – eski kanun ve özel kanun – genel kanun ölçütleri göz önünde tutulmalıdır. Dolayısıyla uluslararası andlaşma hükümleriyle ulusal düzenlemelerden hangisi daha yeniyse ya da daha özel nitelikteyse öncelikle o uygulanmalıdır<sup>86</sup>. Bu durumda yeni tarihli bir uluslararası andlaşma aynı konuda eski tarihli bir iç hukuk düzenlemesini zımnen ilga etmiş olacak ve uyuşmazlığın çözümünde uluslararası andlaşmadaki düzenlemeler uygulanacaktır.

### C. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Andlaşmaların Uygulanması

Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrasına 2004 yılında eklenen cümle ile andlaşmalar arasında ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre: “(Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) 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.”

Doktrinde her ne kadar bu konu, *Normlar Hiyerarşisi* başlığı altında tartışılıyor olsa da, kanaatimizce burada sorun normlar hiyerarşisi ile ilişkili değildir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olsun veya olmasın milletlerarası andlaşmaların yeri Anayasa m. 90/5 birinci cümle ile sabittir ve milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir<sup>87</sup>. 2004 değişikliği milletlerarası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini etkilememekte yalnızca kanunla çatışması halinde esas alınacağını hüküm altına almaktadır. Normlar hiyerarşisinde aynı basamakta olan iki düzenlemeden birinin uygulamaya şayan olması örneğinde, uygulanan düzenleme normlar hiyerarşisinde bir basamak üstte yükselmişse, kanaatimizce burada da aynı kural geçerlidir.

Başka bir örnek verecek olursak, nasıl genel kanunla özel kanun çatışmasında *lex specialis’e* göre genel kanun ihmal edilerek özel kanun uygulanıyorsa veya önceki tarihli kanun ile sonraki tarihli kanun arasında çatışma olması halinde *lex posterior’e* göre önceki kanun ihmal edilerek sonraki kanun uygulanıyorsa, kanunla, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde de aynısı geçerlidir. Bu durumda kanun ihmal edilir ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma hükümlerine

---

<sup>86</sup> *Lex posterior derogat legi priori* olarak ifade edilen bu ilke gereğince yeni düzenleme eski düzenlemeye göre öncelikli olarak uygulanmalıdır. *Lex specialis derogat legi generali* olarak ifade edilen özel hüküm genel hükmü ilga eder ilkesine göre ise bir konuda özel hüküm ve genel hüküm arasında bir çatışma olması halinde ise özel hüküm uygulanmalıdır.

<sup>87</sup> Bu hükmü başlığına taşımış bir makale için bkz. **ERGÜL**, s. 65–87.

göre uyumsuzluk çözülür. Nasıl normlar hiyerarşisinde özel kanun ile genel kanun; sonraki düzenleme ile önceki düzenleme aynı seviyede ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma ile kanun da aynı seviyededir. Çatışmanın normlar hiyerarşisi bağlamında değil, anayasanın “**esas alınır**” hükmü bağlamında tartışılması gerekir.

Aksi görüş kanaatimizce normlar hiyerarşisi fikriyle özdeşleşmiş olan Kelsen’le de çelişmektedir. Nitekim Kelsen’e göre normların yürürlük ve geçerliği, yalnızca kendilerinden üstün olan diğer normlardan yani hukuk kuralları arasında hiyerarşiden (silsile-i meratip) doğmaktadır<sup>88</sup>. Normlar arasında böyle bir rabitanın olmadığı durumlarda ise silsile-i meratipten, normları birbirine bağlayan bir sıradan yani normlar hiyerarşisinden bahsedilemez. Burada normun geçerliliğine tesir eden bir yön bulunmamaktadır. Kaldı ki temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalara aykırı kanun yapılmasına engel bir durum olmadığı gibi doğrudan doğruya kanunun andlaşmaya uygunluğunu denetlemekle yetkili bir merci de bulunmamaktadır.

Buna rağmen doktrinde bir grup yazar tarafından temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar; özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin niteliği gereği özel bir duruma sahip olduğu ve bu nedenle kanunların üstünde tutulması gerektiği savunulmaktadır<sup>89</sup>. Yazarlara göre üstünlük Sözleşme’nin konusundan doğmaktadır. Çünkü insan hakları hukuk devleti anayasalarının temel bir normudur ve anayasa ile eş değerdir<sup>90</sup>. Ancak bu görüş kanaatimizce isabetli değildir. Zira az önce ifade ettiğimiz üzere Anayasa’nın 90. maddesinin beşinci fıkrası ile getirilen uluslararası andlaşmaların kanunla eş değer olduğuna dair açık hüküm, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların kanunların üzerinde yer aldığına dair görüşün önüne geçmektedir<sup>91</sup>. Nitekim eğer Türk kanun koyucusu söz konusu andlaşmaların kanunların üzerinde yer almasını isteseydi, bu konuda farklı bir tutum sergileyebilirdi<sup>92</sup>. Örneğin Avusturya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne özel bir önem atfederek, Sözleşmeyi kendi iç hukukunda Anayasa ile aynı düzeye getirmiştir<sup>93</sup>. Aynı şekilde 1958 Fransız Anayasası açıkça uluslararası andlaşmaların kanunların üzerinde yer aldığını belirtmiştir<sup>94</sup>.

---

<sup>88</sup> **ARAL**, s. 122–143.s. 122 – 143. Ayrıca bkz. Kelsen, H. (2005). s. 5ss. 3-59.

<sup>89</sup> **AKILLIOĞLU**, s. 41–42; **BATUM**, s. 32–33; **YÜZBAŞIOĞLU**, s. 57–61; Bu görüşlerin tahlil ve tenkidi için bkz **GÖZLER**, s. 200–213;

<sup>90</sup> **ATAR**, s. 374.

<sup>91</sup> Atar’a göre uluslararası insan hakları sözleşmelerinin kanunların üzerinde Anayasa ile eşdeğer olduğu sonucuna Anayasa’nın 15.maddesiyle ulaşmak mümkündür. Bkz. **ATAR**, s. 374.

<sup>92</sup> Ayrıca uluslararası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulan kanunlar ile diğer kanunların TBMM’de kabul edilişleri aynı usullere tabi olmaları da bu tezi destekler niteliktedir.

<sup>93</sup> **BİLİR**, s. 90.

<sup>94</sup> 1958 tarihli Fransa Anayasası’nın 55. Maddesi hükmüne göre usulüne uygun biçimde



Nihayet; Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümlelerin anlamı sadece birbiriyle çelişen iki farklı hukuk normundan hangisinin esas alınacağı sorununun çözümüne başka bir ifadeyle yorum ilkelerine ilişkin olup normlar hiyerarşisi ile alakalı değildir<sup>95</sup>.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların uygulanmasına ilişkin bir diğer sorun ise, hangi andlaşmaların bu sınıfta değerlendirileceğine ve buna kimin karar vereceğine ilişkindir. Anayasanın 90. maddesi "... çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası *andlaşma* hükümleri esas alınır." hükmüne yer verirken, çıkabilecek uyuşmazlıklarda "*esas alma*" yükümlülüğü yüklediği için kanaatimizce burada idari makamlara değil, yargı organlarını muhatap almakta, "*esas alma*" görevini yargı organları ile hakem kurulları gibi yargısal faaliyet yapan yerlere vermektedir<sup>96</sup>.

Bu konuya ilişkin yanıtlanması gereken en hayati sorulardan birisi de uluslararası andlaşmanın "*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*" olup olmadığına kimin karar vereceği ve bu kararı verirken nasıl bir kriter benimseyeceğine ilişkindir. Anayasanın temel haklar ve ödevler başlıklı ikinci kısmı 63 maddeden oluşmakta olup bu maddelere doğrudan veya dolaylı olarak temas etmeyen bir uluslararası andlaşma neredeyse yoktur<sup>97</sup>. Andlaşmanın ismi ticari olduğu halde insan haklarına ilişkin hükümler içerebileceği gibi, andlaşmanın ismi insan haklarını içerdiği halde başka konulara da yer verebilmektedir. Alt

---

tasdik ve onaylanan sözleşme ve anlaşmalar, bu sözleşme ve anlaşmaların diğer tarafça da uygulanması koşuluyla, yayımlandıkları andan itibaren yasalardan üstün bir nitelik kazanmaktadırlar. Bkz.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/07-FRANSA%20169-208.pdf> (Erişim: 03.01.2018)

<sup>95</sup> Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda burada "bir çeşit hiyerarşi" ihdas edildiğine hükmetmiştir.

"... usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek, 7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile, hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyuşmazlık bulunması halinde andlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır."

Sevim Akat Eşki B. No: 2013/2187, 19/12/2013x Paragraf 41.

Hukuk kuralları arasında çatışma çözümeyle ilgili ilkeler için bkz. Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara, 29.9.2012, <http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf>

<sup>96</sup> Anayasa'nın 53., 54., yargı yolunu düzenleyen 125. Danıştay'ı düzenleyen 155. Maddesinde "uyuşmazlık" kelimesi hep bu manasıyla kullanılmıştır.

<sup>97</sup> İnsan haklarına nispeten en uzak sayılabilecek ve teknik detaylara fazlasıyla yer ayıran ticari andlaşmalar dahi yargı yerinin belirlenmesine ilişkin hükümleri ile Anayasa'nın 36. Maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ile 37. Maddesinde düzenlenen kanuni hâkim güvencesine, vergiye ilişkin hükümleri ile de Anayasa'nın 73. Maddesinde düzenlenen vergi ödevine ilişkin hükümlere yer vermektedirler.

başlıkta detaylı olarak tartışacağımız bu konuda kanaatimizce izlenmesi gereken yol, andlaşmalarının isimlerinden ve içerdikleri sair düzenlemelerden farklı olarak uygulanacak normlara odaklanmak ve andlaşma normu ile kanunun düzenlediği konuları esas alma bağlamında karşılaştırmaktır.

Son olarak aynı uyumsuzluğa uygulanabilecek ve birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin iki andlaşma normu olduğunda hangisinin uygulanacağı sorununa dikkat çekmek isteriz. Burada uyumsuzluk hukukun genel yorum kuralları ile çözümler şeklinde bir sonuca kolayca ulaşmak mümkün gibi görünse de kanaatimizce cevap biraz daha karışıktır. Burada temel hedef insan haklarını daha fazla güvence altına almak olduğuna göre çatışan normlardan daha fazla koruma sağlayanın tercih edilmesi isabetli olacaktır. Alt başlıkta bu soruya da daha detaylı bir cevap sunulmaya çalışılmıştır.

#### **D. Uluslararası Andlaşmaların Aile Hukukuna Etkisi**

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olsun veya olmasın uluslararası andlaşmaların aile hukukuna etkisi başlı başına bir sorundur. Çünkü aile hukukuna ilişkin meseleler özellikle toplumun sosyal, kültürel ve dinî yapısı ile doğrudan ilgilidir ve bu nedenle millidir. Bundan dolayıdır ki, aile hukukunu ilgilendiren uluslararası andlaşmaların büyük bir kısmı meseleyi eşitlik ilkesi ve insan hakları bağlamında ele almaktadır. Zira aksi takdirde yapılan uluslararası düzenlemeler, ulusal düzeyde bir karşılık bulamayacak ve sorunların çözümünde herhangi bir katkı sağlayamayacaktır.

AİHS Ek 7. Protokolün 5. maddesi ile yapılan düzenlemeyi de bu bağlamda değerlendirmek gerekir. Madde başlığı eşler arasında eşitlik şeklinde konulmuştur. Maddenin birinci cümlesi kuralı, ikinci cümlesi ise istisnayı içermektedir. Buna göre kural olarak eşler, *“evlilikte, evlilik süresince ve evlilik birliğinin sona ermesi durumunda kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni hak ve sorumluluklardan eşit şekilde”* yararlanırlar. Kural cümle ile eşler arasında eşitlik sağlamak istenmiştir. Bu eşitlik birbirleriyle olan ilişkilerinde tezahür edeceği gibi çocuklarıyla olan ilişkide de kendisini gösterecektir. Bir anne babanın çocuklarıyla olan ilişkisinde en belirgin olan hak ve yükümlülük ise velayettir. Ek 7. protokolün 5. maddesi söz konusu hak ve yükümlülüklerden evlilik birliği sırasında ve sona ermesinde de eşit şekilde yararlanabileceklerini hükme bağladığına göre, amaçlanan hedef ana ve babanın çocuğa dair konularda eşit söz hakkına sahip olmasını sağlamaktır. Nitekim yukarıda İsviçre örneğinde görüldüğü üzere birçok Avrupa ülkesinde evlilik birliğinin sona ermesinde dahi eşlerin çocuk üzerinde birlikte velayetini kural, tek başına velayeti ise çocuğun ancak yararı söz konusu olduğu durumlarda istisna olarak düzenlemiştir<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> APAYDIN ÖCAL, s. 648 vd.

Ek 7. protokolün 5. maddesinin ikinci cümlesi ise “*çocuğun yararı doğrultusunda devletin gerekli tedbirleri almasını engellenemeyeceğini*” hükme bağlayarak, aslında bu konuda iç hukukta konuya ilişkin önlemlerin alınmasının mümkün olabileceğini ifade etmiştir.

Bu açıklamalar ışığında Türk hukuku açısından tartışılması ve cevaplandırılması gereken hususlar şu şekilde sıralandırılabilir:

1. Velayet hakkı bir insan hakkı ya da temel hak olarak nitelendirilebilir mi?
2. Çocuğun yüksek menfaati ve bu menfaati koruma altına alan bir başka andlaşma olan “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*” ile birlikte velayet nasıl değerlendirilmelidir?
3. Ek 7. Protokolün usulüne uygun olarak yürürlüğe girmesiyle birlikte TMK m. 336/III hükmünün uygulanması mümkün müdür?
4. Ek 7. Protokolün 5. maddesinin istisnası nasıl uygulanacaktır?
5. Ortak velayet Türk kamu düzenine aykırı mıdır ve çocuğun yararı evlilik birliğinin sona ermesi durumunda sadece tek başına velayette mi gerçekleşebilir?

## **VII. AİHS Ek 7. Protokolün 5. Maddesinin Türk Hukukuna Etkisi**

### **A. Velayete İlişkin Yürürlükte Olan Düzenlemeler**

AİHS Ek 7. Protokolün, ortak velayeti de içeren “Eşler Arasında Eşitlik” başlıklı 5. maddesi şu şekildedir: “*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.*” Konuya ilişkin yürürlükte olan bir diğer uluslararası sözleşme ise tarihte en geniş kabul gören insan hakları belgesi olan ve bugün ikisi hariç BM üyesi bütün devletler tarafından imzalanan “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”dir<sup>99</sup>. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 3. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir: “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.*”

Velayet, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de de açıkça düzenlenmemektedir. Ancak Sözleşmenin 9. maddesi boşanma veya ayrılıkta velayet için de uygulanabilecek hükümler içermektedir. 9. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

---

<sup>99</sup> [https://www.unicef.org/turkey/crc/\\_cr23a.html](https://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23a.html) (Erişim: 17/10/2017)

“(1)Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana–babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana–babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana–babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.

(2)Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca girilen her işlemde, ilgili bütün taraflara işleme katılma ve görüşlerini bildirme olanağı tanınır.

(3)Taraf Devletler, ana–babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler.”

Sözleşmenin genel ilkesi sayılabilecek 3. maddesi ve tamamı gibi bu madde de “*çocuğun yüksek menfaati*” temeli üzerine inşa edilmiştir.

Şu halde Türk hukukunda ikisi uluslararası andlaşma biri de ulusal olmak üzere velayete dair üç adet kanun düzeyinde norm yürürlüktedir.

## B. Bireysel Başvuru Kararlarında Velayet

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası velayete ilişkin doğrudan bir düzenleme yapmamış ve velayeti bir temel hak ve özgürlük olarak düzenlememiştir. Anayasa Mahkemesi velayeti Anayasa’nın “*Özel Hayatın Gizliliği*” başlıklı 20. maddesinde düzenlenen “aile hayatına saygı hakkı”<sup>100</sup> ile 41. maddesinde düzenlenen “*Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları*”<sup>101</sup> çerçevesinde aile hayatına saygı hakkının sağladığı güvence kapsamında değerlendirmektedir<sup>102</sup>. Aynı hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ise “*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*”

<sup>100</sup> Anayasa m. 20/1 “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

<sup>101</sup> Anayasa m. 41

“*Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları*

*Madde 41 – Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.*

*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.*

*Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”*

<sup>102</sup> “...velayet hakkının ifası ve bu bağlamda aile bağlarının sürdürülmesi noktasındaki fonksiyonu nedeniyle aile hayatına saygı hakkının sağladığı güvence kapsamında yer almaktadır.”

Ayten Yıldırım B.No: 2014/1826, 20/7/2017, § 32.

kenar başlıklı 8. maddesinde düzenlenmektedir<sup>103</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin velayet tanımı şu şekildedir: “*Velayet, reşit olmayan çocuklarının bakım ve gözetimi konusunda anne ve babaya verilen hak ve yükümlülüklerden oluşan bir müessese olup bu bağlamda çocuğun bakım ve eğitimi, kanuni temsili, mal varlığının yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması için hukuki temel oluşturmaktadır. Yakın bir geçmişe kadar anne ve babanın çocukları üzerindeki hâkimiyet hakkı olarak görülen velayet, günümüzde hem bir yükümlülük hem de bir hak olarak kabul görmektedir.*”<sup>104</sup>

Anayasa'nın 41. maddesi, aileyi Türk toplumunun temeli olarak saymış ve eşler arasında eşitliğe vurgu yapmıştır. 2010 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile aynı maddeye her çocuğun koruma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça ana ve babasıyla kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu eklenmiştir<sup>105</sup>. Anayasa Mahkemesi, bu maddeyle birlikte aile yaşamına saygı hakkını yorumlarken devlete yalnızca negatif (yapmama/dokunmama) yükümlülükler değil aynı zamanda pozitif yükümlülükler de yüklediğini kabul etmektedir<sup>106</sup>.

Anayasa Mahkemesi, boşanma veya ayrılık halinde aile ilişkisine müdahale edilmesinin aile yaşamını ortadan kaldırmadığından hareketle ailenin – ebeveyn veya diğer aile bireyleri arasındaki velayet ve kişisel ilişki tesisi bağlamında – yeniden birleştirilmesini de içerdiğine hükmetmiştir<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> (1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

<sup>104</sup> Hayriye Özdemir Başvurusu, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, § 39.

<sup>105</sup> Öte yandan Federal Almanya Anayasa'sında velayet hakkı 6.madde de bir temel hak ve özgürlük olarak düzenlenmiştir. Federal Almanya Anayasası velayeti ailenin bir tabii hakkı olarak görmektedir.

<sup>106</sup> “Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi, kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır.”

N. Ö., B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 32. ve Marcus Frank Cerny, B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36.

<sup>107</sup> N. Ö., B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 33-35.

Anayasa Mahkemesi kararlarında yer alan velayete ilişkin ilkelerin kesin sınırlarını tayin etmek ve her uyuşmazlık için geçerli olabilecek somut ilkelere ulaşmak ise mümkün değildir. Mahkeme bir kararında aile hayatına ilişkin kararlarda kurulması gereken dengeye ilişkin şöyle bir hükme yer vermiştir. Buna göre: *“Aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülükler arasındaki sınırları kesin biçimde tanımlamak mümkün olmayıp ilgili makamların her iki yükümlülük çerçevesinde de belirli bir takdir alanına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte her iki yükümlülük kapsamında da benzer ilkelerin gözönünde bulundurulması, özellikle her iki durumda da kamusal makamlarca olayın bağlamı ve müdahalenin türüne göre birey menfaatleri ile toplum menfaatleri ve çocuk ile ebeveyn menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmesi gerekmektedir. Bu dengenin tesisinde niteliği gereği çocuğun menfaatlerine özel bir önem verilmesi gerektiği açıktır.”<sup>108</sup>* şeklindedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında olduğu gibi takip eden başlıkta görüleceği üzere AİHM kararlarında<sup>109</sup> da somut olayın koşullarına göre farklı kararlar alınabileceği belirtilmektedir. Kararlar arasındaki farklılığın temel nedeni, uluslararası andlaşmalarda da vurgulanan “çocuğun üstün/yüksek yararı”dır.

### **C. İnsan Hakları Yargısında Birlikte Velayet**

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin Türkiye tarafından onaylanan ve 1 Kasım 1998’de yürürlüğe giren 11 numaralı Protokol ile değiştirilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre, güvence altına alınarak korunan hak ve özgürlükler arasında Ek 7. Protokolün 5. maddesinde yukarıda belirtildiği üzere eşler arasında eşitlik ilkesi de yer almaktadır. Eşler arasında eşitlik ilkesi AİHS’in koruma alanı kapsamındadır ve ihlâl edildiği durumlarda AİHS’in öngördüğü koruma sisteminden yararlanılabilir.

Burada hangi hukuki ilişkilere Ek 7. Protokolün 5. maddesinin uygulanacağını belirlenmesi gerekmektedir. Maddenin lafzından özel hukuk ilişkilerinde eşitlik ilkesinin uygulanacağı anlaşılmaktadır<sup>110</sup>. Ancak

---

<sup>108</sup> N. Ö., B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 53.

<sup>109</sup> *Bununla birlikte aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin, hangi koşullarda olumlu edimde bulunmayı gerektirdiğinin kesin çizgilerle belirlenmesi, söz konusu hak kapsamındaki ilişkilerin mahiyeti gereği kolay değildir. AİHM de özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda saygı kavramının çok kesin bir tanımının bulunmadığını ve taraf devletlerde karşılaşılan durumlar ile izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında bu kavramın gereklerinin olaydan olaya önemli ölçüde değiştiğini kabul etmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Abdulaziz, Cabales ve Balkani/Birleşik Krallık, B. No: 9214/80, 28/5/1985, § 67).*

N. Ö., B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 39.

<sup>110</sup> *Purtonen /Finlandiya, B. No: 32700/96, 9/9/1998, kararında zikredilen düzenlemenin*

kanaatimizce özel hukuk ilişkilerinden kastedilen medeni hukuktan kaynaklı olan ilişkilerdir<sup>111</sup>. Bu ilişkilerden biri ve hatta belki de en önemlisi olan velayet de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Fakat ilgili hükümde düzenlenen istisna, çocuğun yararı doğrultusunda bu konuda devletlerin gerekli tedbirleri alabileceğinden bahsetmektedir. Bu nedenle velayetin dokunulamayacak mutlak bir temel hak ve özgürlük olarak ele alınıp alınamayacağı hususu değerlendirmeye muhtaçtır.

Kanaatimizce Anayasa’da doğrudan düzenlememle birlikte hem Ek 7. Protokolün 5. maddesi hem de 2010 yılında Anayasa’nın 41. maddesine eklenen cümle ile Anayasa’nın 20. maddesi, velayetin temel hak ve özgürlükler listesinde yer almasını gerektirmektedir. Şu halde yanıtlanması gereken soru, velayetin bir temel hak ve özgürlük olarak kabul edilmesi halinde, birlikte velayetin kural olduğu sonucuna varmanın mümkün olup olmadığıdır.

Bu soruyu yanıtlamadan evvel Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi’nin konuya dair içtihatlarının faydalı olacağı kanaatindeyiz. AİHM’in Ek 7. Protokol’ün 5. maddesine ilişkin şerhi şu şekildedir: *“Temelde taraf devletlere pozitif yükümlülük yükleyen 5. madde; eşlerin çocuklarıyla olan ilişkileri gibi konularda eşit hak ve yükümlülükler sahip olmaları için devletlere tatmin edici bir yasal çerçeve sağlama yükümlülüğü getirmektedir. Maddenin istisnayı düzenleyen ikinci cümlesinden hareketle devletlerin takdir marjına değinen AİHM; çocuğun çıkarına neyin olduğunu yeniden değerlendiremeyeceğini belirttiğinden sonra kabul edilemezlik kararında ulusal makamların meşru takdir marjının dışına çıkmadığını”* vurgulamıştır<sup>112</sup>.

AİHM, Avusturya kanun koyucusunun birlikte velayet düzenlemesine yer vermemesinin, sair düzenlemelerle velayet hakkı verilmeyen ebeveynin çocukla ilişki kurma ve bilgi alma hakkının güvence altına alındığından bahisle, Sözleşme Devletine bırakılan takdir marjına girdiğine hükmetmiştir<sup>113</sup>. Buradan da anlaşılacağı üzere AİHM’in Ek 7. Protokolün 5. maddesi yorumu birlikte velayeti mecburi hale getirmemektedir. AİHM için ölçüt, velayet hakkı kendisinde olmayan ebeveynin çocukla sağlıklı ilişki kurabilme hakkından ibarettir.

---

yalnızca özel hukuka uygulanacağına hükmetmiştir. *“The Commission considers that this provision relates to rights and responsibilities in private law only.”*

<sup>111</sup> Nitekim idare hukuku, vergi hukuku, iş hukuku ve ceza hukukundan doğan uyumsuzluklar ile sosyal ve dini ilişkilerde söz konusu hüküm çok kısıtlı olarak uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Meyer-Ladewig/Stefan König/Jens Meyer-Ladewig/Stefan Harrendorf Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte Art. 5 Rn. 1-4.

<sup>112</sup> *Purtonen /Finlandiya, B. No: 32700/96, 9/9/1998.*

<sup>113</sup> AİHM takip eden kararlarında konuya ilişkin taraf devletlerin pozitif yükümlülüğünü bu karara atf yaparak açıklamaktadır.

*Cernecki/Avusturya, B. No: 31061/96, 11/7/2000*



Anayasa Mahkemesi, henüz birlikte velayete ilişkin bir karar vermemiştir. Birlikte velayete ilişkin bir başvuru olması halinde Mahkeme konuyu “Aile Yaşamına Saygı hakkı” kapsamında değerlendirebilecektir<sup>114</sup>. AİHM içtihatlarında belirtildiği üzere Devlete yüklenen pozitif yükümlülük, velayet kendisinde olmayan ebeveynle çocuk arasında sağlıklı bir ilişki kurulması ve/veya bunu etkili bir şekilde isteyebilme hakkından ibaret olup, bu manasıyla birlikte velayet bir zorunluluk değildir<sup>115</sup>.

Her hal ve şartta birlikte velayetin bir hak olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve uygulanabilirliği tartışmaları daima “çocuğun üstün yararı” gölgesinde tartışılacaktır. Çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit ise ilgili taraflarla doğrudan temas hâlinde olan yargısal organların değerlendirmeleriyle şekillenecektir<sup>116</sup>.

## DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Zaman içerisinde kavram ve içerik bakımından değişikliğe uğrayan velayet günümüzde, ana babanın çocuk üzerindeki haklarını ifade ettiği kadar içerisinde birtakım yükümlülükleri de barındıran, çift yönlü karaktere sahip olan bir yüküm hak olarak karşımıza çıkmaktadır. İç hukukumuzda Türk

<sup>114</sup> Bkz. 97. Dipnot.

*“Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa’nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi, kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme’nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasa’daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa’nın 41. maddesinin, Anayasa’nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır.”*

N. Ö., B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 32. ve Marcus Frank Cerny, B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36. Dipnot numaraları kayarsa diye kopyaladım.

<sup>115</sup> *“Anne baba ve çocukların birlikte yaşama hakkı aile hayatının esaslı bir unsuru olup anne ve baba arasındaki ilişkinin hukuken sona ermemesine rağmen anne ve baba tarafından, diğer eşe tanınan velayet ve kişisel ilişki haklarının hukuka aykırı şekilde engellenmesi durumunda da devletin bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını ve fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını sağlama yükümlülüğü, aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin bir görünümünü oluşturmaktadır.”*  
Marcus Frank Cerny, B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 44.

<sup>116</sup> *“Şüphesiz çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit, bu tür davalarda dikkate alınması gereken en önemli unsur olup bu bağlamda ilgili taraflarla direkt temas hâlinde olan yargısal organların, belirtilen hususun tespiti noktasında daha avantajlı konumda olduğu açıktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin görevi, derece mahkemelerinin yerine geçerek koruma ve kişisel ilişki tesisine ilişkin davalarda belirtilen hususun bizzat tanzim ve tespiti olmayıp ilgili anayasal normlar bağlamında derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış olan takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerinin denetlenmesidir.”*  
N. Ö., B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 54.

Medeni Kanunu'nda düzenlenen velayete ilişkin en önemli sorun, boşanma durumunda velayetin eşlerden birisine bırakılmasıdır.

Ek 7. Protokolün usulüne uygun olarak yürürlüğe girmesiyle birlikte, Protokolün 5. maddesi karşısında TMK m. 336/III hükmünün uygulanması ciddi tartışmalara neden olmuştur. Kanaatimizce velayete de etki eden Ek 7. Protokol, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma*” olarak nitelendirilmelidir. Ancak konuyu çocuk açısından düzenleyen “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*” de aynı statüdeki uluslararası andlaşma olarak mevzuattaki yerini korumaktadır.

Çalışmamızda detaylarına yer verildiği üzere Anayasa m. 90/5 hükmü: “*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.*” şeklindedir. Bu hüküm, temel hak ve özgürlüklere ilişkin iki milletlerarası andlaşma hükümleri arasında çatışma bulunması halinde hangisinin esas alınacağı sorusuna açık bir cevap vermemektedir. Başka bir ifadeyle sonradan yürürlüğe giren ve ana-babanın eşit haklara sahip olduğunu düzenleyen Ek 7. Protokol ile çocuğun üstün menfaatini düzenleyen “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin*” çatışması durumunda<sup>117</sup> hangisine göre karar verileceği berrak değildir.

Bu soruların cevabı kanaatimizce, ilgili temel hak ve özgürlüğün süjesinin tespitinde saklıdır. Hem sonradan yürürlüğe konulması<sup>118</sup> hem de “velayet”e dair hakkın süjesini tespit ederken süjenin çocuk yerine ebeveynler olarak tespit edilmesi halinde daha özel bir düzenleme olması sebebiyle “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*” hükümleri değil, “*Ek 7. Protokolün 5. maddesi*” ile uyuşmazlık çözümlenmelidir. Velayetin temel hak ve özgürlük kategorisinde yer aldığı kabulünün ardından hakkın süjesinin ebeveynler değil de çocuk olduğunun kabulü halinde ise yanıtımız tam tersi olacak; uyuşmazlık çocuğun yüksek menfaati ilkesine uygun olarak “*Ek 7. Protokolün 5. maddesi*” ile değil, “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*” hükümlerine göre çözülecektir.

Kanaatimizce hakkın süjesi ebeveynler değil; çocuğun bizatihi kendisidir ve uyuşmazlığın “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*” ile çözülmesi tercih edilmelidir. Nitekim mezkûr sözleşmede vurgulanan “*çocuğun yüksek menfaati*” ilkesi aynı zamanda Ek 7. Protokolün 5. maddesinin istisnasını da oluşturmaktadır<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Kuşkusuz her somut olayda bu iki sözleşme arasında çatışma olmayabilir. Diğer deyişle, çocuğun üstün menfaati ana-babanın velayeti birlikte kullanmasında ise bir çatışmadan söz edilemez.

<sup>118</sup> Uluslararası anlaşmaların imzalandığı tarih değil, usulüne göre yürürlüğe konulduğu tarih esas alınmalıdır.

<sup>119</sup> “*Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir.*”

Mevzuattaki değişiklikler neticesinde Türk Medeni Kanunu m. 336/III'ün mevcut hali velayet konusundaki sorunların çözümünden uzak bir düzenleme haline gelmiştir. Kanun koyucu anlaşılamayan bir nedenle çocuğun üstün yararı ilkesinden bir anda vazgeçerek, boşanma durumunda velayeti eşlerden sadece birine verilmesini tercih etmiştir. Burada kanun koyucunun düşüncesinin büyük olasılıkla ülkemizdeki boşanma davalarının önemli bir kısmının “*temiz boşanma (clean divorce)*” olmamasından kaynaklandığı ve aile hukukunun millî ve kültürel bir karaktere sahip olması nedeniyle hükmün bu şekilde kaleme alındığı ileri sürülebilir.

Fakat uygulamadaki aksaklıklar, velayete sahip olan eşin çocuğu diğer eşe göstermekten imtina etmesi, diğer eşin çocuğu icra yoluyla görebilmesi, çocuğun adeta bir eşya gibi muameleye tabii tutulması, söz konusu hükmün amacına hizmet etmediğini bizlere göstermektedir. AİHS Ek 7. Protokolün 5. maddesinin onaylanmasının uygun bulunmasıyla birlikte uygulamacıların ve kanun koyucunun tavrında bir değişiklik olması gerekliliği ortaya çıkmıştır.

Kanaatimizce, olması gereken hukuk açısından en azından taraflara birlikte velayet bir seçimlik hak olarak sunulmalıdır. Boşanma davalarında, eşler dilerlerse yapacakları bir anlaşma ile velayeti birlikte kullanmaya devam edebilmelidirler. Hâkimin bu konuda yapacağı denetim ise ancak birlikte velayetin çocuğun üstün yararını zedeleyip zedelemeyeceği hususunda olmalıdır. Hâkim burada çocuğun üstün yararını gözetirken birtakım ölçütlere başvurabilir. Örneğin, birlikte velayet talep eden eşlerin aynı şehirde ikamet etmeleri, çocuğun her iki evde de müstakil bir odasının olması, çocuğun kalacağı yerin çocuğun eğitim gördüğü kuruma yakınlığı gibi hususları değerlendirebilir. Bu nedenle çocuğun üstün yararına zarar getirmeyecek birlikte velayet taleplerin, kanaatimizce kabul edilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Ülkemizde kural olmasa bile en azında boşanma davasında tarafların seçimlik bir hak olarak birlikte velayet talebinde bulunulmasının önünün açılması gerekmektedir.

Eşlerin anlaşamaması halinde ise hâkim çocuğun üstün yararına göre karar vermelidir. Şunu belirtmek gerekir ki; AİHS Ek 7. Protokolün 5. maddesinin onaylanmasının ve uygun bulunmasının ardından “*hâkim kural olarak birlikte velayete karar verir, ancak birlikte velayetin çocuğun üstün yararına hâlel getirmesi halinde velayeti eşlerden birine verir*” önermesi doğru değildir. Diğer bir ifadeyle, Anayasa m. 90/5'e göre boşanma durumunda birlikte velayetin kural, velayetin eşlerden birine bırakılmasının ise istisna olduğu sonucuna ulaşılamaz. Hâkimin velayete ilişkin uyuşmazlığı çözerken yapması gereken, yalnızca çocuğun üstün yararını gözetmektir. AİHS Ek 7. Protokolün 5. maddesinin onaylanmasının uygun bulunmasının velayete ilişkin uyuşmazlıklara etkisi, hâkimin birlikte velayete de karar verebilecek olmasıyla

sınırlıdır<sup>120</sup>. Şu halde, çocuğun üstün yararına göre velayete ilişkin karar verecek olan hâkimin önünde artık “birlikte velayet” seçeneği de bulunmaktadır. AİHS Ek 7. Protokolün 5. maddesinin velayete ilişkin getirdiği yenilik bundan ibarettir.

\*\*\*\*\*

#### KAYNAKÇA

**AFFOLTER-FRİNGELİ, Kurt/VOGEL, Urs;** Berner Kommentar: Die elterliche Sorge / der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB - Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB - Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bern 2016.

**AKILLIOĞLU, Tekin;** “Milletlerarası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, 1991, Cilt I, Sayı 2–3.

**AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya;** Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016, Cilt 1/2,.

**AKYÜZ, Emine;** Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, Ankara 1983a.

**AKYÜZ, Emine;** “Medeni Kanuna Göre Çocuğun Ana-Babasına Karşı Korunması”, Aile ve Toplum Dergisi, 1991b, Cilt 1, Sayı 2, s. 31–48.

**AKYÜZ, Emine;** Çocuk Hukuku: Çocukların Hakları ve Korunması, 4. Baskı, Ankara 2015c.

**APAYDIN ÖCAL, Bahar;** “İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, Cilt 11, Sayı 145–146, s. 631–658.

**APAYDIN, Yunus;** “Velayet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi,.

**ARAL, Vecdi;** Kelsen’in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İstanbul 1978.

**ARSEL, Sadri Maksut;** Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947.

**ATAR, Yavuz;** Türk Anayasa Hukuku, 2., Konya.

---

<sup>120</sup> Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016/15771 ve K. 2017/1737 numaralı kararında birlikte velayetin kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. 2. Hukuk Dairesi anılan kararında 7. Ek Protokol’ün iç hukuka etkisine değinmiş, akabinde kamu düzeni kavramını izah etmeye çalışmıştır. Nihayetinde ise, “...iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde “ortak velayet” düzenlemesinin Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temek çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir” diyerek ortak velayete ilişkin tenfiz taleplerinin kabul edilmesine yönelik önemli bir adım atmıştır.

**AYBAY, Rona;** “Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, Sayı 70, s. 187–213.

**Bardakoğlu, Ali;** “*Hidane*”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul.

**BAŞLAR, Kemal;** “Uluslararası Andlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, 2004, Cilt 24, Sayı 1–2, s. 279–336.

**BATUM, Süheyl;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993.

**BERKİ, Şakir;** Türk Medeni Kanunu’nda Velayetin Çocuğun Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, Ankara 1970.

**BİLİR, Faruk;** “Anayasanın 90. maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, Cilt 13, Sayı 1, s. 77–107.

**BİNGÖL, Ediz;** “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, İstanbul Barosu Dergisi, 2014, Cilt 88, Sayı 2, s. 277–312.

**BREITSCHMID, Peter;** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht, 3. bs., Zürich, Basel, Genf 2016.

**CİN, Halil/AKAGÜNDÜZ, Ahmet;** Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2011.

**ÇETİNER BAKTİR, Selma;** Velayet Hukuku, Ankara 2000.

**DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper;** Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku, 11, Baskı bs., İstanbul 2016, Cilt 1/3,.

**EDİS, Seyfullah;** Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1983.

**ERGÜL, Ozan;** “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, Yıldırım ULER’e Armağan: Editör Muhammed ERDAL, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2014, s. 65–87.

**FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin;** Aile Hukuku, İstanbul 1979.

**FREIBURGHaus, Dieter;** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht, 3. bs., Zürich, Basel, Genf 2016.

**GÖZLER, Kemal;** Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Bursa 1999.

**GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ;** Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004.

**HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu;** Aile Hukuku, 4. bs., İstanbul 2014.

**HENNEMAN, Heike;** Münchener Kommentar zum BGB, 7. bs., München 2017.

- HONSELL, Heinrich**; Römische Recht, 8. Auflage, Berlin, Heidelberg 2015.
- İNAN, Ali Naim**; “Çocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları”, Cumhuriyet’in 75. Yıl armağanı, İstanbul 1999, s. 703–720.
- KELEBEK, Mustafa**; İslam Hukukunda Velayet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sivas 1996.
- KELSEN, Hans/çev. KNIGHT, Max**; Pure Theory of Law, 2. genişletilmiş baskı, New Jersey 2005.
- KIRCA, Çiğdem**; “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, Cilt 50, Sayı 1, s. 91–119.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz**; Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim**; Aile Hukuku, İstanbul 1985.
- LÜDERİTZ, Alexander**; “Elterliche Sorge als privates Recht”, Archiv für die civilistische Praxis, 1978, Cilt 178, s. 263–297.
- MORDASINI-ROHNER, Claudia**; Orell Füssli ZGB Kommentar, 3., 2016.
- MUSCHELER, Karlheinz**; Familienrecht, 3. Auflage, München 2013.
- ÖZKAN, Işıl**; “Uluslararası Hukuk - Ulusal Hukuk İlişkileri”, Journal of Yaşar University, 2013, Cilt 8, Sayı Özel Sayı (Prof. Dr. Aydın Zevkliler Armağanı), s. 2127–2176.
- ÖZMEN, İsmail**; Velayet Hakkı Davaları ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara.
- ÖZTAN, Bilge**; “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s. 249–260.
- SERDAR, İlknur**; “Birlikte Velâyet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, Cilt 10, Sayı 1, s. 155–197.
- SEROZAN, Rona**; Çocuk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2017.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi**; Türk Aile Hukuku, İstanbul 1966.
- TRİEPEL, Heinrich/çev. ARSAL, Orhan**; “İç Hukukla Arsiulusal Hukuk Arasındaki Münasebetler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1937, Cilt 3, s. 6–50.
- USTA, Sevgi**; Velayet Hukuku, İstanbul 2016.

**ÜNAL, Mehmet;** “*MEDENÎ KANUNUN KABULÜNDEN ÖNCE TÜRK AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE ÖZELLİKLE 1917 TARİHLİ HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1977, Cilt 34, Sayı 1, s. 195–231.

**von THUR, Andreas;** Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910.

**YILDIZ, Aysu Sena;** İslam Hukuku Açısından Nikahta Velayet, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2012.

**YÜZBAŞIOĞLU, Necmi;** Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993.

**ZEVKLİLER, Aydın;** Medeni Hukuk, Ankara 1995.