

# BİRLİKTE VELAYETTE GÖNÜLLÜLÜK PRENSİBİNİN YERİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*The Place of the Principle of Willingness in Joint Custody and  
Evaluation of the Constitutional Court Decision*

**Barış Can ÖZTÜRK\***

## ÖZ

Birlikte velayetin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek 7 No.lu Protokol'ün kabulü ve sonrasında Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin yabancı mahkemede verilen birlikte velayet kararının Türk kamu düzenine aykırı olmadığı gerekçesiyle tenfizine hükmeden kararının ardından uygulaması giderek artmıştır.

Birlikte velayetin hukukumuzda uygulanabilir hale gelmesi neticesinde, gönüllülük prensibi kapsamında yargı kararlarında uyumsuzluklar ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi Birlikte Velayet Kararında (Hilal Erdaş Başvurusu / Başvuru No: 2018/27658, 6.10.2021 Tarih) ise aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. İhlal kararının gerekçesi olarak tarafların görüşünün alınmaması, tarafların birlikte velayet taleplerinin olmaması, velayet konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunması gösterilmiştir.

Bu kapsamda çalışmanın amacı birlikte velayette gönüllülük prensibinin yerini İsviçre hukuku, uluslararası belgeler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No.lu Protokol çerçevesinde kapsamlı olarak açıklamak, Yargıtay ilgili kararının ve birlikte velayete ilişkin ilk olma özelliği taşıyan

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 14.04.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 14.08.2022.

\* Arş. Gör., Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: [bariscanozturk@karatekin.edu.tr](mailto:bariscanozturk@karatekin.edu.tr), ORCID: 0000-0002-5482-1256. İşbu makale yüksek lisans tezinden türetilmiştir (Barış Can Öztürk: "Birlikte Velayet", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022).

Anayasa Mahkemesi Hilal Erdaş Kararının gönüllülük prensibi kapsamında değerlendirilmesi yapmaktır. Son olarak ise Anayasa Mahkemesi kararına ve olması gereken birlikte velayet düzenlemesine ilişkin görüşler sunmaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Birlikte Velayet, Gönüllülük Prensibi, Çocuğun Üstün Yararı, AİHS Ek 7 No.lu Protokol.

### ABSTRACT

The application of joint custody has gradually increased after the accepted of Additional Protocol No. 7 to the ECHR and the enforcement decision of the 2nd Civil Chamber of the Court of Cassation.

With joint custody becoming applicable in our law, disagreement have arisen in practice within the scope of the principle of willingness of the parties. The Constitutional Court, in its Joint Custody Decision (Hilal Erdaş Application/Application No: 2018/27658), decided that joint custody violated the right to respect for family life. In its decision, the court cited the fact that the opinion of the parties were not taken, that the parties did not request and that there was a conflict between the parties regarding custody.

The purpose of this study is to explain the place of the principle of willingness the joint custody within the framework of Swiss law, international documents and Protocol No. 7 to the ECHR and to evaluate The decision of the Court of Cassation and the Constitutional Court, within the scope of the principle of willingness. Finally, it is to present opinions on the decision of the Constitutional Court and joint custody arrangement that should be made.

**Keywords:** Joint Custody, Principle of Willingness, The Best Interests of the Child, Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights.

### GİRİŞ

Tarih boyunca toplum ve aile yapısında sürekli bir değişim yaşanmıştır. Bu değişim hukukta ve dolayısıyla velayet hakkına bakış açısında da etkisini göstermiştir. Roma Hukuku'ndan günümüz hukukuna kadar çeşitli velayet düzenlemeleri yapılmıştır. Nihayetinde çocuğun üstün yararı ilkesinin benimsenmesi, kadın hareketleri ve baba hakları grubu istekleri, kadın – erkek eşitliğinin aile içine de yansımaları sonucunda birlikte velayet tartışılmaya başlanmıştır.

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren tartışılan ve Amerika Birleşik Devletleri'nin kimi eyaletlerinde yürürlüğe giren birlikte velayet düzenlemesi, yüzyılın sonunda Avrupa devletleri iç hukuklarında önce istisnai sonrasında ise kural olarak düzenlenmiştir. Ülkemizde ise uzun süre kabul edilmeyen birlikte velayet, 1.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren “11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol” (AİHS Ek 7 No.lu Protokol) sonrası uygulanmaya başlanmıştır<sup>1</sup>. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 20.02.2017 tarihli 2016/15777 E., 2017/1737 K. sayılı emsal kararıyla, birlikte velayetin uygulanabilirliğine hükmetmiştir.

Birlikte velayetin uygulanmaya başlanması neticesinde gönüllülük prensibi kapsamında bir diğer deyişle tarafların rızasının veya talebinin gerekip gerekmediği konusunda farklı uygulamalar ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda çalışmamızda birlikte velayetin amacı ve birlikte velayette gönüllülük prensibi, İsviçre hukuku, uluslararası belgeler ve AİHS Ek 7 No.lu Protokol çerçevesinde değerlendirilmiştir. Yargıtay emsal kararının ve birlikte velayete ilişkin ilk olma özelliği taşıyan Anayasa Mahkemesi Hilal Erdaş kararının gönüllülük prensibi kapsamında değerlendirilmesi yapılmıştır. Son olarak ise Anayasa Mahkemesi kararına ve olması gereken birlikte velayet düzenlemesine ilişkin görüşlerimiz sunulmuştur.

## I. BİRLİKTE VELAYETİN TANIMI VE AMACI

Velayet, ana babanın küçük veya kimi zaman ergin kısıtlı çocukları üzerindeki kişivarlığına, malvarlığına ve temsiline ilişkin hak ve yükümlülükleri kapsayan, çocuğun gelişimini ve korunmasını amaçlayan bir hukuki kurumdur<sup>2</sup>. Velayet hakkı sadece ana babaya özgü olup doktrinde yaygın kabul gördüğü üzere “başkasının kişiliği üzerinde kurulmuş mutlak

<sup>1</sup> Protokol, 14.03.1985 tarihinde imzalanmış fakat 10.03.2016 tarihli 6684 sayılı Kanun'la uygun bulunarak 25.03.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 1.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>2</sup> **Bülent Köprülü/ Selim Kaneti:** Aile Hukuku, B.2, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s.245; **Mustafa Dural/Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş:** Türk Özel Hukuku: Cilt III Aile Hukuku, B.16, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s.361; **İsmail Erbay:** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medenî Hukukundaki Velâyet Hakkının Kaldırılması (TMK m. 348 ) Hükümlerinin Değerlendirilmesi ” İnÜHFD, C.3, S.2, 2012, s.18; **Emine Akyüz:** Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, B.6, Ankara, Pegem Akademi, 2018, s.222; **S. Hülya İmamoğlu:** “Yeni Medenî Kanun'daki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C.54, S.1, 2005, s.166.

*hak*” niteliğindedir<sup>3</sup> ve şahsa sıkı sıkıya bağlıdır<sup>4</sup>. Esasında velayet hakkı, çocuk için tanınan ve çocuğun yararına olan bir haktır. Bu kapsamı doğrultusunda haktan ziyade yükümlülükleri ihtiva eder<sup>5</sup>.

Birlikte velayet ise ana babanın velayetten doğan hak ve yükümlülüklerinin eşit kullanılmasını ve yerine getirilmesini ifade eder<sup>6</sup>. Esasında birlikte velayet bilinmeyen bir kavram değildir. Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 336/I hükmünce evlilik birliği içinde velayetin ana baba tarafından beraber kullanımı kabul edilmiştir. Ancak ana babanın evli olmaması veya boşanmış olmaları halinde birlikte velayetin uygulanabilirliği tartışma konusudur.

Velayet çocuğun bedensel, zihinsel, ahlaki ve sosyal gelişimini hedefler<sup>7</sup>. Bu amaca yönelik ister tek başına velayet isterse birlikte velayetin kabulü mümkündür. Her somut duruma göre uygun velayet düzenlemesine karar verilebilmelidir. Uzun yıllar özellikle anaya bırakılmak üzere (*maternal preferences*) tek başına velayet düzenlemesi kabul görmüştür<sup>8</sup>. Bu

<sup>3</sup> **Hüseyin Altaş/İrem Tuğçe Döngül**: Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK. MAD. 1-7), B.2, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s.90; **Gökhan Antalya/Murat Topuz**: Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, C.1, B.4, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.170.

<sup>4</sup> **Bilge Öztan**: Aile Hukuku, B.6, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s.1078; **Yıldız Abik**: “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, 2011, s.17; **Cengiz Koçhisarlıoğlu**: Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 197 vd.

<sup>5</sup> **Şakir Berki**: Türk Medeni Kanunu’nda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, Ankara, 1970, s.5; **Ömer Uğur Gençcan**: Velayet Hukuku, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s.82.

<sup>6</sup> **Hayrunnisa Özdemir/Ahmet Cemal Ruhi**: Çocuk Hukuku, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s.302; **Eylem Apaydın**: “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnÜHFD, C.9, S.1, 2018, s.447; **Ediz Bingöl**: “Boşanmış Çifilerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması” İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.2, 2014, s.281; **Zeynep Ayza Gülgösteren**: “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet”, ÇÜHFD, C.2, S.2, 2017, s.167; **Leyla Müjde Kurt**: “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, İnÜHFD, C.9, S.2, 2018, s.158; **İlknur Serdar**: “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2008, s.162.

<sup>7</sup> **Berki**, s.37-38; **Öztan**, Aile, s.1081; **Akyüz**, s.222; **İmamoğlu**, s.167.

<sup>8</sup> Günümüzde de velayet davalarındaki anne tercihi devam etmektedir. Mahkemeler sıklıkla çocuğun velayetini anneye bırakmaktadır. Velayet davaları neticesinde 2020 yılında çocukların %75,8’i anneye, %24,2’si babaya bırakılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. <https://tuikweb.tuik.gov.tr> (E.T.: 22.05.2021); **Richard A. Warshak**: “Parenting by the Clock: The Best Interest of the Child Standard, Judicial Discretion, and the American Law

durum analara taşınması zor bir yük yüklemekte, babaların ise ebeveynlik duygusunu tadabilmelerine engel olmakta ve zamanla çocuklarından koparak sadece “ziyaretçi” konuma düşmelerine sebep olmaktadır. Fakat yapılan araştırmalar göstermektedir ki birlikte velayet bu olumsuzlukları giderebilmektedir<sup>9</sup>. Bunun yanı sıra tek başına velayet düzenlemesi ebeveyne yabancılaşma sendromu, velayet savaşları, çocuğun ana ile baba arasında kalması gibi ileriye yönelik etkileri de olan sorunlara yol açabilmektedir. Çocuğun sağlıklı gelişimi için boşanmaya uyum göstermesi oldukça önem arz eder. Boşanmalar, çocukları yaş gruplarına göre kısa<sup>10</sup> ve uzun süreli<sup>11</sup> olmak üzere etkileyebilmekte ve ebeveyn eksikliği<sup>12</sup> ileride çeşitli olumsuzluklar yaşamalarına sebep olabilmektedir<sup>13</sup>.

Bahsedilen olumsuzlukların aşılması, çocuğun üstün yararının sağlanması, babaların da ebeveynlik duygusunu yaşayabilmesi ve çocuklarından kopmaması, anaların velayet yükümlülüklerinin altında

---

*Institute's "Approximation Rule"*, University of Baltimore Law Review, C.41, S.1, 2011, s.97.

<sup>9</sup> **Fulya Erlüle**: İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.120; **Müge Kiremitçi**: Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, Marmara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s.24; **Kurt**, s.161.

<sup>10</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. **Elissa P. Benedek/Catherine Brown**: Boşanma Ve Çocuğunuz: Çocuğunuzun Boşanmanızla Başetmesine Nasıl Yardımcı Olursunuz, (Çev. Serap Katlan), Ankara, 1997, HYB Yayınları, s.53-62.

<sup>11</sup> Ebeveynleri boşanan çocukların yetişkinliklerinde kendi boşanma oranlarının incelendiği bir çalışmaya göre ebeveynleri boşanmamış kişilerin boşanma oranı %13, eşlerden yalnız birinin ebeveynleri boşanmış ise bu kişilerin boşanma oranı %19, her iki eşin de ebeveynleri boşanmış ise bu kişilerin boşanma oranı ise %37 olduğu görülmüştür. Detaylı bilgi için bkz. **M. Erdem Aybay/Bülent Şen**: “Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu”, İKÜHFD, C.15, S.1, 2016, s.602.

<sup>12</sup> Aksine bir anlam taşıyan “*Tam Aile*” kavramı ise, ana baba ve çocuğun birbirlerine karşı duydukları sevgi ve saygıyla kuvvetli dayanışma, iletişimin olduğu ve çocuğun sosyal, zihinsel ve ahlaki yönde gelişiminde büyük önem arz eden, ana ve babanın çocuğun üzerindeki etkisinin mühim kabul edildiği aileyi ifade etmekte kullanılır. Kavram hakkında daha detaylı bilgi için bkz. **Emine Akyüz**: “Boşanmanın Çocuk Üzerinde Etkileri”, AÜEBFD, C.11, S.1, 1978, s.2; Amerika’da yapılan bir araştırmada baba ilgisinden mahrum yetişmiş kızların baba ilgisine sahip kızlara nazaran daha fazla istenmeyen hamilelik geçirdikleri, daha fazla intihar teşebbüsünde buldukları; erkek çocukların ise daha fazla bağımlılık yapıcı madde kullandığı, evden kaçtığı, okulu bıraktıkları ve diğer genel davranışsal ve duygusal problemler yaşadıkları görülmüştür. Detaylı bilgi için bkz. **Aybay/Şen**, s.608.

<sup>13</sup> **Benedek/Brown**, s.51.

ezilmemesi ve bunları paylaşabilmeleri adına birlikte velayet tercih edilmektedir. Birlikte velayet ile çocuğun ergin olduğunda hür, ayakları üzerinde durabilen sağlıklı gelişimini tamamlamış bir birey olması amaçlanmaktadır. Ana babanın çocukla aralarındaki ilişkinin sürekliliği ve evlilik bitmişse bile ebeveynlik ilişkisinin devam etmesi hedeflenmektedir. Birlikte velayet sayesinde ana babanın evlilik içinde eşit olması ve kadın-erkek eşitliğinin aile içine de yansıtılması istenmektedir<sup>14</sup>.

2.09.1990 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi de (ÇHS) birlikte velayetin amacıyla örtüşmektedir. Sözleşmenin 2. maddesinde her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır. Sözleşmenin 3. maddesi çocuğun üstün yararını esas alırken 7. maddesi ise çocuğun ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkını düzenlemiştir, 18. madde ise çocuğun gelişmesi ve yetiştirilmesinde ana babanın birlikte sorumlu olduğunu benimsemiştir. Sözleşme genel itibariyle incelendiğinde hem çocukların hem de ana babalarının statülerine göre her türlü ayrımcılığın yasak olduğu, bu kapsamda evlilik birliği içinde veya dışında doğmuş çocukların ya da ana babası boşanmış çocukların arasında herhangi bir ayrımcılık yapılmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Sözleşmede çocuk yetiştirilmesinde ana babanın birlikte sorumluluğu ve çocuğun ana baba tarafından bakılma hakkı ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra 3.09.1981 tarihinde yürürlüğe giren Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin 16.maddesi, 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 23. maddesi ve Avrupa Konseyi 2.10.2015 tarihli ve 2079/2015 Sayılı “*Eşitlik ve Paylaşılan Ebeveyn Sorumluluğu: Babaların Rolü*” başlıklı Tavsiye Kararı gereğince evlilik içinde ve sonrasında kadın – erkek eşitliği benimsenmiştir. Avrupa Konseyi’nin 84 (4) sayılı, 28.02.1984 tarihli “*Ana Babanın Velayet Sorumlulukları Hakkında*” Tavsiye Kararı<sup>15</sup> 5. ve 6. ilkelerinde de birlikte velayetin tavsiye edildiği görülmektedir. Netice itibariyle uluslararası belgelerde birlikte velayetin amacına uygun düşen ilke ve kararların yer aldığı anlaşılmaktadır.

<sup>14</sup> Aybay/Şen, s.589; Erlüle, s.356.

<sup>15</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 84 (4) sayılı, 28.02.1984 tarihli Tavsiye Kararı, [https://www.euromedjustice.eu/en/system/files/20090707173539\\_Coe.Recommendation%2084%294onParentalResponsabilities.pdf](https://www.euromedjustice.eu/en/system/files/20090707173539_Coe.Recommendation%2084%294onParentalResponsabilities.pdf) (E.T.:12.07.2021).

## II. BİRLİKTE VELAYETTE GÖNÜLLÜLÜK PRENSİBİ

Birlikte velayette ebeveynlerin asgari düzeyde de olsa sağlıklı bir iletişim ve iş birliği kurabilmesinde fayda vardır<sup>16</sup>. Birlikte velayette ana baba velayet sorumluluklarını beraber üstlenir ve yerine getirirler. Netice itibariyle birlikte velayet, doğası gereği ana babanın iletişim ve iş birliği yetisini, sorumluluk sahibi olabilme becerisini ve aralarında uyumu gerektirir. Ne var ki boşanmış bir çiftin bu becerileri göstermesi her zaman beklenemez. Bu durumda ana babanın anlaşmalı boşanmada velayetin taraflardan birine bırakılmasını talep etmeleri; çekişmeli velayet davalarında ise her iki tarafın da velayeti talep etmesi söz konusudur. Böyle bir ilişkide hakimin birlikte velayete karar verip veremeyeceği ise tartışılması gereken bir konudur.

Birlikte velayetin gereklerinden yola çıkarak tarafların birlikte velayete rızası veya talebi olmalı mıdır, başka bir ifadeyle birlikte velayet gönüllülük üzerine mi kuruludur sorusunun cevaplandırılması gerekir.

Birlikte velayette gönüllülük prensibi, ana babanın birlikte velayetin kurulmasına yönelik ortak talebini veya hakim tarafından hükmedilecek birlikte velayete tarafların rıza göstermesini ifade eder. Gönüllülük prensibinin esasında anlaşmalı boşanma hükümleriyle bağdaşması olağandır. Gönüllülük prensibinde tarafların mutabakatlarının olması aranır. Bu durum özellikle anlaşmalı boşanmalarda tarafların bir araya gelerek ortak iradeleriyle düzenledikleri anlaşmalı boşanma protokolüne uygunluk gösterir. O halde şu sonuca varılabilir ki anlaşmalı boşanmalarda birlikte velayet talep edilmişse burada gönüllülük prensibi uygulama alanı bulmaktadır.

Çekişmeli velayet davalarında ise tarafların her biri müşterek çocuğun velayetinin kendisine bırakılmasını talep edebilir. Böyle bir durumda tarafların birlikte velayet konusunda anlaşamadığı aşıkardır. Fakat bu durum birlikte velayete hükmedilmesinin önünde başlı başına bir engel midir sorusu cevaplandırılmalıdır. Hukukumuzda AİHS Ek 7 No.lu Protokol ve ilgili Yargıtay kararları neticesinde birlikte velayetin kabulüne ilişkin hem doktrin hem de mahkeme kararlarında yeni bir yaklaşım olduğu kabul edilmelidir. Yeni olmakla beraber henüz toplumumuzun aşına olduğu bir velayet tipi değildir. Bu nedenle taraflar birlikte velayeti talep etmeyi düşünememiş veya düşünse bile uygulamasının nasıl olacağını içselleştirememiş olabilir. Böyle

<sup>16</sup> Kurt, s.180; Özdemir/Ruhi, s.343.

bir durumda uygulamada görüleceği üzere tarafların talebi olmaksızın mahkemelerin birlikte velayet önerisi veya kararıyla karşılaşılır<sup>17</sup>. Bu durumda birlikte velayet düzenlemesi önerisine tarafların rıza göstermesi gönüllülük prensibiyle bağdaşır. Ne var ki gönüllülük prensibi birlikte velayet için ön şart kabul edilirse taraflardan herhangi birinin rıza göstermediği durumda birlikte velayete hükmedilemeyeceği anlamına gelir.

Velayet davalarındaki bir başka çekişme ise taraflardan birinin birlikte velayet talebinde bulunurken diğer tarafın tek başına velayet talebinde bulunmasıdır. Benzer şekilde hakimın birlikte velayet önerisini de taraflardan biri kabul edip diğeri kabul etmeyebilir. Bu durumda da gönüllülük prensibinin sağlanabildiği söylenemez.

Birlikte velayetin amacının çocuğun üstün yararını sağlamak olduğu, birlikte velayette ana baba arasında asgari düzeyde iletişim ve iş birliği bulunması, birlikte velayetin sorumluluk sahibi ve saygılı olabilmeyi gerektirdiği düşünüldüğünde tarafların rızaları veya ortak talepleri, bu çalışmadaki terimsel ifadesiyle gönüllü olmaları en olumlu sonucu verir ve çocuğun üstün yararına uygun hareket edilmiş olur.

Gönüllülük prensibini kaynak İsviçre Medeni Kanunu (İMK) hükümlerine göre de değerlendirmek gerekir. Bu değerlendirme, birlikte velayetin gelişimini göstereceği gibi gönüllülük prensibinin sonuçlarına ilişkin rehber de olabilir.

İsviçre hukukunda velayet düzenlemelerini 2000 yılı öncesi, 2000-2014 yılları arası ve 2014 ve sonrası olarak üç dönem halinde incelemek mümkündür. Kanun 2000 yılı öncesinde mevcut TMK velayet hükümlerinde olduğu gibi iken 26.06.1998 tarihli Kanunun 1.01.2000 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte velayete yer verilmiştir. TMK md.336 hükmüyle aynı olan eski İMK Art. 297 (3) değişikliğe uğramıştır. Değişen metin ölüm halinde velayeti sağ kalan eşe bırakırken boşanma halinde boşanma hükümlerinin uygulanmasına yöneliktir<sup>18</sup>. Değişen kanunla velayetin boşanma sonrası eşlerden birine bırakılması kuralı kaldırılarak tarafların

<sup>17</sup> V. Bölümde yer alan Anayasa Mahkemesi Birlikte Velayet Kararına (Hilal Erdaş Kararı) konu olan **Antalya BAM 2. HD. E.2017/2426, K.2018/1023** sayılı kararda mahkeme tarafından birlikte velayete karar verilmiştir. Bir diğer karar **Ankara BAM 1. HD 10.05.2017 tarih, E.2017/121, K.2017/601**, 10.05.2017 Karar için bkz. **Apaydın**, s.463 vd.

<sup>18</sup> **Kudret Güven**: “Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet”, BÜHFD, C.4, S.1, 2018, s.14.



birlikte velayet konusunda anlaşması mümkün hale gelmiştir. Benzer şekilde evlilik birliği dışındaki velayet düzenlemelerinde de değişikliğe gidilmiştir. Eski İMK Art. 298a hükmüne göre kural evlilik dışı çocuğun velayetinin anada olması iken ana babanın aralarında anlaşmaları ve çocuğun yararına olması kaydıyla vesayet makamının da kabulüyle birlikte velayet mümkün kılınmıştır<sup>19</sup>.

Görüldüğü üzere 2000-2014 yılları arası İsviçre Medeni Kanunu birlikte velayete imkan vermekle beraber birtakım şartların varlığını araştırmıştır. Bu dönemde kural olarak tek başına velayet kabul edilirken birlikte velayet istisnai bir düzenleme olarak yer almıştır. Düzenlemelerde açıkça görülüyor ki birlikte velayet şartı olarak tarafların anlaşması bir diğer deyişle gönüllülük aranmıştır. Ne var ki bu durum birlikte velayetin istisnai düzenleme halinde kalmasına sebep olmuştur. Nihayet 21.06.2013 tarihli Kanunun 01.07.2014 tarihinde yürürlüğe girmesi neticesinde birlikte velayet kural halini almıştır<sup>20</sup>. Düzenlemeyle, ana babanın çocuk ergin olana kadar birlikte velayete sahip olduğu benimsenmiştir. Evlilik birliği dışında ise tarafların ortak talebi veya ortak talepten kaçınılması halinde diğer ebeveynin tek taraflı talebiyle birlikte velayete karar verilmesi mümkün hale gelmiştir<sup>21</sup>. Son halini alan İMK birlikte velayeti kural olarak kabul etmiştir. Birlikte velayete hükmedilmesi içinse tarafların oybirliğini, rızasını şart koşmamıştır. O halde şunu söyleyebiliriz ki İsviçre Medeni Kanununun velayete ilişkin düzenlemelerinde gönüllülük prensibi, birlikte velayetin istisnai olduğu 2000-2014 yılları arasında aranırken birlikte velayetin kural olduğu günümüzde ise aranmamaktadır<sup>22</sup>.

Gönüllülük prensibinin Türk hukukunda birlikte velayeti mümkün kılan AİHS Ek 7 No.lu Protokol kapsamında değerlendirilmesi yapılmalıdır.

<sup>19</sup> **Bingöl**, s.29; **Erlüle**, s.171-209; **Güven, K.**, s.14; **Özge Uzun Kazmacı**: “Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, 2018 s.178.

<sup>20</sup> **Erlüle**, s.246; **Özdemir/Ruhi**, s.316.

<sup>21</sup> **Bahar Öcal Apaydın**: “İsviçre Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.145-146, 2016, s.646; **Uzun Kazmacı**, s.179.

<sup>22</sup> **Tuba Birinci Uzun**: “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, HÜHFD, C.6, 2019, s.154-155; **Nurten İnce**: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.34, 2018, s.204; **Kurt**, s.162; **Uzun Kazmacı**, s.178-179.

Protokol'ün Eşler Arasındaki Eşitlik başlıklı 5. maddesi gereği eşler hem evlilik birliği içinde hem de sona ermesi halinde eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. Anılan maddenin devamında ise çocuğun yararının öncelikli olduğu ve devletlerin gerekli tedbirleri alabileceği kabul edilmiştir.

Birlikte velayetin Türk hukukunda uygulanabilirliğini mümkün kılan Protokolde her ne kadar eşlerin eşit hak ve yükümlülüklerinden bahsedilmişse de velayet düzenlemesi için ortak talep ya da rızanın arandığından bahsedilmemiştir. O halde Protokol metninde birlikte velayet için ana babanın gönüllü olması şartı bulunmamaktadır. Başka bir deyişle ana babanın birlikte velayete sahip olabilmesi için rızalarının veya ortak taleplerinin alınması gerekmez. Protokol metni, birlikte velayeti dolaylı yoldan bir imkan olarak sunmakla beraber önceliği çocuğun üstün yararına vermiştir. Protokol metninden anlaşılan, çocuğun üstün yararının uyulması gereken temel ilke olduğu ve bu ilke sağlandığı sürece birlikte velayete de karar verilebileceğidir.

Birlikte velayette gönüllülüğün şart olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin doktrinde iki tür yaklaşım vardır. Bunlardan biri, birlikte velayetin gönüllülük esasına dayandığına, bu nedenle tarafların talebiyle ve çocuğun üstün yararına aykırı olmamak şartıyla birlikte velayete karar verilebileceğine ilişkindir<sup>23</sup>. Bu görüşteki yazarlara göre birlikte velayete karar verirken ana babanın ortak taleplerinin aranması gerekir<sup>24</sup>. Velayetin eşlerden birine bırakılması istemi söz konusu ise bu durumun yaratacağı

<sup>23</sup> **Sinan Sami Akkurt:** “Boşanma Sonrası “Ortak velayet” Kavramının, Özellikle Türk Hukuk Uygulaması Bakımından Genel Olarak Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, C.17, S.202, 2019, s.4197; **Ahmet Ayar:** “Velayet Hakkının Boşanma Sonrası Verilmesi, Kaldırılması ve Ortak Velayet”, Türk Hukukçu Kadınlar Derneğinin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı Aile Hukuku Güncel Sorunlar, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2019, s.93; **Özge Bölükbaşı:** “Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzincan, 2020, s.160; **Safa Koçoğlu:** Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları, İstanbul, Beta Yayınları, 2018, s.72; **Cem Baygın:** Soybağı Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık 2010, s.268; **Akyüz,** s.235; **Gençcan,** s.316; **İpek Sağlam:** Turkish Family Law (Engagement, Marriage, Divorce and The Consequences of Divorce), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.190.

<sup>24</sup> “Bu konuda bir talebi dahi paylaşmayan ve boşanma kararı alan bir çiftin, çocuğun velayetini müştereken kullanabilmeleri ve bunun çocuğun menfaatine uygun olması da aslen pek mümkün değildir.” **Azra Arkan Serim:** “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.167, 2016, s.6086; Aynı görüş için bkz. **Aydın Güven:** “Türk Hukukunda Ortak (Birlikte) Velayet”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.3, 2017, s.126.

çekişmeden dolayı birlikte velayete karar verilmemelidir<sup>25</sup>. Birlikte velayetin istisnai düzenleme olarak kabulü ana babanın ortak talebi ve çocuğun üstün yararına aykırı olmamak şartıyla uygulanması sonucunu doğurur<sup>26</sup>. Gönüllülük esası dikkate alındığında hakim, birlikte velayetin kabulüne yönelik tarafların ortak talebiyle mutlak değil kısmen bağlıdır. Çünkü hukukumuzda hakim, tarafların talebiyle mutlak bağlı değildir. Ne var ki hakim, birlikte velayetin verilmemesine yönelik ortak taleple mutlak bağlıdır<sup>27</sup>.

Diğer yaklaşım ise tarafların ortak talebi veya rızası aranmaksızın da birlikte velayete karar verilebileceğine ilişkindir. Buna göre çocuğun üstün yararının birlikte velayeti haklı göstermesi yeterlidir<sup>28</sup>. Tarafların ortak talebi birlikte velayet kararı için önem arz etse de şart değildir. Hakim, tarafların talebi olmasa dahi çocuğun üstün yararını dikkate aldığıda birlikte velayetin uygulanması gerektiğine kanaat getiriyorsa bunu taraflara önerebileceği gibi re'sen de birlikte velayete karar verebilir<sup>29</sup>. Bu yaklaşımdaki yazarlara göre birlikte velayet kararı hakimin takdirinde olmalıdır<sup>30</sup>.

Birlikte velayete karar verilirken gönüllülük prensibine sonuç bağlansa da bağlanmasa da genel kabul, velayet kararının her halükârda çocuğun üstün yararını gözetir nitelikte olmasıdır. O halde çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil eden kimi durumlarda birlikte velayete hükmedilemez. Bu durumları sıralamak gerekirse; velayetin kaldırılması (TMK 348. maddesi) nedenlerinin bulunduğu haller, ebeveynler arasındaki çatışmanın sürekli nitelikte olması, ebeveynler arasında asgari düzeyde sağlıklı bir iletişim ve iş birliğinin bulunmaması<sup>31</sup>, ebeveynlerin ortak isteğinin velayetin eşlerden

<sup>25</sup> Gençcan, s.317.

<sup>26</sup> Güven A., s.126.

<sup>27</sup> Güven, K., s.46; Birlikte velayetin veya tek taraflı velayetin olumlu ve olumsuz yanları konusunda tarafların aydınlatılarak karar vermekle yükümlü tutulmaları gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Koçoğlu, s.73.

<sup>28</sup> Erdem, Mehmet: Aile Hukuku, B.2, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.173-174; Koçhisarhoğlu, s.203; Bingöl, s.304; Gülgösteren, s.179.

<sup>29</sup> Bingöl, s.304.

<sup>30</sup> Bilge Öztan: "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu", Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara, 2006, s.259.

<sup>31</sup> "Her ne kadar davalı-karşı davacı erkek sonradan ortak velayete de karar verilmesini talep ettiklerini ve bu hususun değerlendirilmediğini iddia etmekte ise de; ortak velayet hukuken mümkün ise de somut olayda aralarında böylesi iletişimsizlik ve yabancılaşma yaşandığı tespit edilen her iki ebeveyne ortak velayetin verilmesi çocukların menfaatlerine olmadığı gibi sorunların daha da büyümesine ve bunun olumsuz sonuçlarının çocuklara

birine bırakılması yönünde olmasıdır<sup>32</sup>. Birlikte velayete hükmedilmemesi gereken hallerin ortak özelliği, çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil etmeleri ve birlikte velayetin sürdürülebilir olmamasıdır<sup>33</sup>.

Birlikte velayete hükmedilmemesi gereken haller içinde özellikle “*ebeveynlerin ortak isteğinin velayetin eşlerden birine bırakılması yönünde olması*” haline değinilmesi gerekir. Bu durumda ana baba velayetin tek tarafa bırakılması konusunda mutabıktır. TMK md. 166/III gereği de ana babanın mali durumları ve çocuğun durumunu ortaklaşa kararlaştırdıkları bir protokol ile boşanmayı talep edebilmeleri mümkündür. Ancak hakim protokolle gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bir diğer deyişle hakim protokolle bağlı değildir. Bu durumda tarafların ortak iradesine aykırı olarak hakim birlikte velayete hükmedebilir mi sorusu akla gelmektedir.

Doktrinde velayetin “*yüküm-hak*” niteliğinde olduğu ve kamu düzenini ilgilendirdiğinden vazgeçilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>34</sup>. Velayet davalarında ise hakimin gözececeği temel ilke çocuğun üstün yararınıdır<sup>35</sup>. O halde ana babadan birinin ısrarla velayet ilişkisinin tarafı olmak istememesi halinde çocuğun üstün yararının sağlanamayacağı aşıkardır<sup>36</sup>. Bu durumda sırf velayetten vazgeçilemeyeceği kabulüyle istenmeyen bir velayet ilişkisinin kurulması doğru değildir. Ana babanın anlaşarak aralarından birine velayetin bırakılması konusunda ısrar etmesi durumunda ise tarafların gönüllü oldukları bir velayet düzenlemesi söz konusu olup hakimin bunun aksine karar vermesinin çocuğun üstün yararına uygun olması beklenemez. Sonuç olarak velayeti istemeyen bir eşe veya aralarından birine velayetin bırakılması konusunda anlaşma sağlayan eşlerin bu taleplerinin aksine velayet kararı verilmesi çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil eder.

---

*yansımaya sebebiyet vereceği izahtan varestedir. Kaldı ki ortak velayet için her iki tarafın da bu hususu istemesi-kabullenmesi ve bu şekildeki velayeti çocukların menfaatlerini olumsuz etkilemeyecek şekilde kullanabileceklerinin ispatı da gereklidir ki davada bu husus yeterince ispatlanamamıştır. Dolayısıyla erkeğin bu istinaf sebebinin de yerinde olmadığı anlaşılmaktadır.”* **İzmir BAM 18. HD, E.2018/342, K.2019/1507, 13.11.2019**, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 17.03.2022).

<sup>32</sup> **Özdemir/Ruhi**, s.341 vd.; **Kurt**, s.178 vd.

<sup>33</sup> Birlikte velayetin sürdürülebilirliği ve çocuğun üstün yararı değerlendirilerek yapılarak birlikte velayetin kaldırılmasına ilişkin mahkeme kararı için bkz. **Ankara BAM 1. HD, E.2020/292, K.2020/1526, 7.10.2020**, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 17.03.2022).

<sup>34</sup> **Kurt**, s.181; **Öztañ**, *Aile Hukuku*, s.1078.

<sup>35</sup> **Abik**, s.8; **Erol Karaaslan**: “Çocuk İçin Bir Bakış: “Çocuğun Üstün Yararı” İle “Dinlenilme Hakkı” Kavramlarının Aihm ve İç Hukukumuzda Görünümü”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.94, S.4, 2020 s.99; **İmamoglu**, s.170.

<sup>36</sup> **Özdemir/Ruhi**, s.345.

### III. TÜRK MEDENİ KANUNU HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA BİRLİKTE VELAYET

#### A. Ana Babanın Boşanması Halinde Birlikte Velayet

Hukukumuzda boşanma sonrası birlikte velayet, özellikle TMK md. 182/III ve 336 hükümleri üzerinden tartışılmıştır. Bu kapsamda çeşitli görüşler ortaya atılmış olmakla beraber AİHS Ek 7 No.lu Protokol'ün kabulü neticesinde birlikte velayetin Türk hukukunda uygulanabilir olduğu konusunda mutabık olunmuştur.

Kimi yazarlar TMK md. 182/III hükmündeki “*Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin...*” ibaresini tek başına velayetin zorunlu olduğu anlamında yorumlamıştır<sup>37</sup>. Kimi yazarlar ise böyle bir anlamın çıkarılamayacağına dair yorumda bulunmuştur<sup>38</sup>. Bu görüşteki yazarlara göre ilgili velayet düzenlemeleri birlikte velayete engel teşkil etmemektedir<sup>39</sup>. Kanaatimizce de TMK md. 182/III hükmü hakimın takdir yetkisini düzenlemekte olup çocuğun yararını esas alan bir düzenlemedir. Özü itibarıyla kişisel ilişkinin düzenlenmesine ilişkindir ve velayetin bırakılmasına ilişkin anlam ifade etmemektedir. Bu nedenle birlikte velayete yönelik bir sonuç çıkarılamayacağı düşüncesindeyiz. Kaldı ki metinde geçen ibareden tek başına velayet anlamı çıkartılamaz.

Esas tartışmalar TMK md. 336 hükmünde yoğunlaşmaktadır. Kanun maddesinin ilk fıkrası evlilik birliği içinde birlikte velayeti düzenlemiştir. İkinci fıkrada ara verme veya ayrılık kararı verilmesi durumunda velayetin hakim tarafından eşlerden birine bırakılabileceği düzenlenmiş, son fıkrada ise velayetin ölüm halinde sağ kalan eşe, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağı ifade edilmiştir.

Doktrinde yer alan görüşleri gruplandırarak açıklamak gerekirse bunlardan ilki velayetin bırakılmasına ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğu ve birlikte velayete imkân vermediğine ilişkindir<sup>40</sup>. Ancak bu

<sup>37</sup> Köprülü/Kaneti s.247; Erbay, s.182-183.

<sup>38</sup> Koçhisarhoğlu, s.104; Aynı yönde görüş ileri süren Bingöl'e göre Türk Medeni Kanun hükümlerinde velayetin eşlerden birine bırakılmasını zorunlu kılan bir düzenleme yoktur. Bingöl, s.290.

<sup>39</sup> Arkan Serim, s.6085; Akyüz, s.234-235; Erlüle, s.283-294; Serdar, s. 174-175; Öztan, s.252 vd.

<sup>40</sup> Köprülü/Kaneti s.247; Baygın, s.268.

yazarlardan kimisi AİHS Ek 7 No.lu Protokol'ün kabulüyle artık hukukumuzda birlikte velayetin mümkün olduğunu kabul etmiştir<sup>41</sup>.

Bir diğer görüş ise ilgili hükmü emredici kabul etmekle beraber gerçek boşluk olduğu kanaatindedir. Yazara göre kanun hükmü birlikte velayete ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Çünkü hükmün konuluş tarihi itibarıyla birlikte velayet kurumu bilinmemektedir. Bu nedenle md. 336/III hükmü gerçek boşluk içermektedir ve hakim bu boşluğu TMK md.1 gereğince doldurması gerekir<sup>42</sup>.

Doktrinde yaygın kabul gören diğer görüş ise ilgili hükmün emredici olmadığı ve örtülü boşluk içerdiğine ilişkindir<sup>43</sup>. Bu görüşe göre kanun koyucu hatalı bir şekilde çocuğun yararının tek başına velayetle sağlanacağı kanısındadır. Bu kapsamda kanun koyucunun çocuğun yararını esas aldığı kabul edilirse ilgili hükmün emredici nitelik taşımadığı kabul edilmelidir. Kaldı ki birlikte velayet kanunda açıkça yasaklanmamıştır. Boşanma sonrası tek başına velayet kanunun özüne ve amacına uygun olmadığına adil olmayan bir uygulamaya yol açılmaktadır. O halde md. 336/III'ün örtülü boşluk içermektedir ve TMK md. 1/II kapsamında hakim boşluğu doldurması gerekir. Bunu yaparken hükmün lafzından değil kanun koyucunun amacından hareket etmelidir. Bu sayede amaca uygun sınırlama yoluyla çocuğun yararı amacı sağlanıyorsa birlikte velayetin mümkün olabileceği savunulmaktadır<sup>44</sup>.

Kanaatimizce kanun koyucunun iradesi boşanma sonrası velayeti taraflardan birine bırakmaktır. Düzenleme yapılırken kanun koyucunun çocuğun yararını esas almadığı söylenemez. Ne var ki kanun koyucu birlikte velayeti yok sayarak hatalı da olsa çocuğun yararının tek başına velayetle sağlanacağı kanaatindedir.

Doktrindeki gerçek boşluk fikrine katılmamız mümkün değildir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 22.11.2001 tarihinde kabul edilmiştir. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda ise 2000 yılında yürürlüğe giren kanunla birlikte

<sup>41</sup> **Turgut Akıntürk/Derya Ateş:** Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.2, B.23, İstanbul, Beta Yayıncılık 2021, s.311; **Dural/Öğüz/Gümüş,** s.145; **Kurt,** s.172 vd.

<sup>42</sup> **Apaydın,** s. 457 vd.

<sup>43</sup> Koçhisarlıoğlu'na göre md.336/III hükmünde yer alan "*tarafa*" ibaresindeki tekil anlamı dil bilgisi gayesiyle kullanılmıştır. Bir diğer tabirle kanun koyucu aslında tek bir tarafı kastetmemiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Koçhisarlıoğlu,** 105.

<sup>44</sup> **Akkurt,** s.4195 vd.; **Arkan Serim,** s.6085; **Ayar,** s.93; **Erlüle,** s.283-294; **Koçhisarlıoğlu,** s.237; **Özcan,** *Birlikte Velayet Sorunu,* s.252 vd.

velayet, istisnai düzenleme olarak yer almıştır. O halde Türk Medeni Kanunu kabul edilirken kanun koyucunun birlikte velayeti bilmiyor olması kabul edilemez<sup>45</sup>.

Örtülü boşluk olduğu görüşüne de katılmamız mümkün değildir. Her ne kadar ilgili kanun hükmü, kanunun özüyle bağdaşmayan ve adil olmayan sonuçlara yol açsa da örtülü boşluk oluşturmadığı kanaatindeyiz. Örtülü boşluk için kanunda tipik olay düzenlenmeli ancak istemeden atipik olay savsaklanmalıdır. Bir diğer tabirle kural normun düzenlenmesi yanlışlıkla geniş tutularak istisnanın savsaklanmış olması gerekir<sup>46</sup>. Örtülü boşluk kanun koyucunun bilinçsizce, düşüncesizliğinden sebebiyet verdiği boşluk türüdür<sup>47</sup>. Ne var ki 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hazırlanırken birlikte velayet diğer ülke hukuklarından dolayı bilinmekteydi. Ancak kanun koyucu çocuğun yararının tek başına velayet olacağı düşüncesiyle bilerek ve isteyerek kanunda birlikte velayete yer vermemiştir<sup>48</sup>. Kaldı ki kanun koyucu aksi bir iradeye sahip olsaydı eski 743 sayılı Medeni Kanun'da yer alan hükmü sadece sadeleştirme yaparak özüne dokunmadan mevcut TMK'da düzenlemezdi. Kanun koyucunun aksine tek başına velayetin kesin olarak çocuğun yararını sağlayacağı düşüncesine katılmak mümkün değildir. Ne var ki yasal düzenleme açısından kanun koyucunun açık iradesine ve kanuna aykırı (*contra legem*) bir yorum yapılması da söz konusu olamaz.

Sistematik olarak TMK md. 336 hükmü incelenirse; ilk fıkrada evlilik süresince kuralın birlikte velayet olduğunu, ikinci fıkrada ara verme ve ayrılık halinde kuralın birlikte velayet, istisnanın tek başına velayet olduğunu, son fıkrada ise ölüm ve boşanma halinde kuralın tek başına velayet olduğu görülmektedir. Ölüm ve boşanmanın aynı fıkrada düzenlenmesi de tek başına velayetin kural olduğuna işarettir.

Her ne kadar ilgili TMK hükümleri üzerine çeşitli görüşler ifade edilmişse de günümüz itibarıyla bu görüşleri tartışmanın pek bir anlamı kalmamıştır. Birlikte velayetin hukukumuzda mümkün olmadığını ifade eden yazarlar dahi AİHS Ek 7 No.lu Protokol'ün kabulüyle birlikte velayetin hukukumuzda mümkün olduğunu kabul etmiştir.

<sup>45</sup> Kurt, s. 172 vd.

<sup>46</sup> Rona Serozan: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, B.4, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.158.

<sup>47</sup> Antalya/Topuz, s.285.

<sup>48</sup> Kurt, s.173.

## B. Ana Babanın Evli Olmaması Halinde Birlikte Velayet

Hukukumuzda ana babanın evli olmaması halinde velayet, TMK md. 337 hükmünde yer almaktadır. Kural evlilik birliği dışında velayetin anaya ait olmasıdır. Babanın velayete sahip olabilmesi ise ancak çocuğun yararına olması kaydıyla ananın küçük, kısıtlı, ölmüş olması veya velayetin anadan kaldırılmış olması haline bağlanmıştır. Velayet babaya bırakılabileceği gibi vasi de atanabilir. Kanun maddesinden anlaşıldığı üzere velayetin anaya bırakılması kural olmakla beraber babaya da ancak tek başına velayet olarak bırakılabilmektedir. Her halükârda kanunda birlikte velayet düzenlenmemiştir.

Doktrinde ana babanın evli olmadığı durumda birlikte velayete ilişkin iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan biri kanunun evlilik birliği dışında birlikte velayete imkan tanımadığına ilişkindir. Ancak bu görüşteki yazarlar olması gereken hukuk bağlamında birlikte velayet düzenlemesi yapılması gerektiğini de ileri sürerler<sup>49</sup>. Aksi kanaattaki *Çelik* ise evlilik birliği dışında birlikte velayete imkân verilmemesinin doğru olduğunu ifade ederek birlikte velayetin evlilik birliği dışında kabul edilmesi halinde evlilik dışı ilişkilerin artacağı ve kamu düzenini tehlikeye atacağını ileri sürmüştür. Yazara göre mevcut düzenlemeler evlilik dışı birlikteliklerden çocuk sahibi olunması halinde ana babayı resmi nikah yapmaya sevk etmektedir<sup>50</sup>.

Diğer görüşteki yazarlara göre ise TMK md. 337 hükmü örtülü boşluk içerir. Kanunun özü ile sözü uyuşmamaktadır. Bu nedenle amaca uygun sınırlama yoluna gidilerek çocuğun yararı halinde birlikte velayete imkân tanınması gerektiği ifade edilir<sup>51</sup>.

Her ne kadar farklı görüşler ifade edilmişse de doktrinde evlilik birliği dışında birlikte velayete imkân veren bir düzenleme yapılması konusunda yaygın kabul söz konusudur<sup>52</sup>. Kanaatimizce de olması gereken, çocuğun

<sup>49</sup> Serozan birlikte velayete imkân tanınmadığını kabul etmekle beraber hem TMK md. 336 hem de md. 337 hükümlerinin Anayasa Mahkemesi'nde iptal edilmesi gerektiğini ifade eder. Detaylı bilgi için bkz. **Serozan**, s.255-256; **Tuba Birinci Uzun**: “*Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli*”, HÜHFD, C.6, 2019, s.163-164; **Sera Reyhani Yüksel**: *Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırlar*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2020, s.79.

<sup>50</sup> **Cemil Çelik**: “*Velayetin Kaldırılması*”, AÜHFD, C.54, S.1, Ankara, 2005, s.260-261.

<sup>51</sup> **Serdar**, s.185-193; **Ayar**, s.93; **Bölükbaşı**, s.170 vd.; **Güven, K.**, s.48-49.

<sup>52</sup> **Akyüz**, s.237; **Ayar**, s.93; **Erlüle**, s.343-344; **Uzun Kazmacı**, s.183-184.



yararınaysa evlilik birliği dışında da birlikte velayete karar verilebilmesidir. Ana doğuştan velayete sahip olabilirken babanın da soybağı kurulması kaydıyla velayete sahip olabilmesi gerekir. Bu durum AİHS'nin ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesi ve ÇHS'nin ayrımcılık yasağına ilişkin 2. maddesi ile bağlantılıdır. Babalar evlilik birliği içinde velayete sahip olabilirken evlilik birliği dışında bu haktan mahrum kalmaktadır. Çocuklar ise ana babalarının statüsüne göre ayrıma uğramaktadır. Oysaki hiçbir çocuğun ana babasını seçme hakkı yoktur. O halde çocuklar; ana babalarının evli olup olmamaları veya boşanmış olmaları nedeniyle farklı düzenlemelere maruz bırakılarak haklarından mahrum kalmamalıdır. Aksi halde ÇHS'nin çocuğun ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkını içeren 7. maddesi ve çocuğun gelişiminde ana babanın birlikte sorumluluğunu öngören 18. maddesindeki hükümlerine aykırılık anlamına gelir ve çocuğun yararına aykırı uygulamaya yol açar.

AİHS Ek 7 No.lu Protokol de eşler arası eşit hak ve sorumlulukları düzenlemekle beraber evlilik birliği dışında birlikte velayete ilişkin bir hüküm içermemektedir<sup>53</sup>. Ancak yine de Türk hukukunda evlilik birliği dışında birlikte velayete ilişkin mahkeme kararları verilmiştir<sup>54</sup>. Olması gereken hukuk bağlamında mehzat İsviçre Medeni Kanunu'ndaki gibi birlikte velayete yer verilebileceği kanaatindeyiz<sup>55</sup>. Doktrinde katıldığımız görüşe göre, İsviçre hukukundaki gibi ana babanın sonradan evlenmeleri halinde, babalık davasına hükmeden mahkemenin kararında birlikte velayete hükmetmesi veya ana babanın ortak talepleri doğrultusunda ya da tanıma sırasında babanın talepte bulunmasıyla birlikte velayete karar verilebilmelidir. Aksi hallerde velayet tek başına anaya aittir<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Bölükbaşı, s.172.

<sup>54</sup> İstanbul BAM 38. HD. 12.04.2019 tarih, 2018/2733 E., 2019/537, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 5.09.2021).

<sup>55</sup> İsviçre kanun koyucusunu bu düzenlemeyi yapmaya iten sebeplerden biri de AİHM'in Almanya-Zaunegger ve Avusturya-Sporer kararlarıdır. Çünkü eski velayet düzenlemelerinde evlilik birliği dışında çocuğun velayeti sadece anaya ait olup baba birlikte velayet talep etse dahi ananın rızası olmazsa bu talep reddedilmekteydi. Bunun üzerine AİHM, AİHS Özel ve Aile Hayatına Saygı başlıklı 8. maddeye ve Ayrımcılık Yasağı başlıklı 14. maddeye aykırılık tespit etmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Erbay, s.26, dn. 66; Erlüle, s.170-171; Kurt, s.165.

<sup>56</sup> Ingeborg Schwenzer/Tomie Keller: "New Rules on Parental Responsibility in Switzerland", International Survey of Family Law, Y. 2014, s. 466; Birinci Uzun, s.161; Erlüle, s. 172.

## IV. BİRLİKTE VELAYETE İLİŞKİN YARGI KARARLARI

### A. Derece Mahkemelerinin Birlikte Velayete İlişkin Kararları

6684 Sayılı Kanun'la uygun bulunarak 1.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren AİHS Ek 7 No.lu Protokol sonrası birlikte velayetin uygulanması hukukumuzda mümkün hale gelmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 20.02.2017 tarihli 2016/15771 Esas, 2017/1737 Karar sayılı birlikte velayetin tenfizini konu edinen emsal kararında ve sonrasındaki derece mahkemelerinin kararlarında birlikte velayet lehine kararlara hükmedilmeye başlanmıştır.

İlgili karar öncesi İzmir 4. Aile Mahkemesinin 27.05.2009 tarih, 2009/448 Esas 2009/470 Karar sayılı kararı birlikte velayete yönelik ilk karardır<sup>57</sup>. Karar, anlaşmalı boşanma davasına ilişkindir ve ana baba çocuğun velayetini birlikte kullanmayı talep etmişlerdir. Kararın gerekçesinde alınan uzman raporu da değerlendirilerek ana babanın isteği, bilinci ve iş birliği kabiliyeti gözetilmiş ve birlikte velayetin uygun olduğuna karar verilmiştir. Karar temyiz edilmediğinden Yargıtay değerlendirmesi yapılmamıştır. Kararda birlikte velayet düzenlemesi ana babanın ortak talepleri üzerine verilmiştir. Anlaşmalı boşanmanın doğası gereği gönüllülük prensibinin burada uygulandığı görülmektedir.

Yargıtay'ın ilgili karara kadar tutumu, yabancı mahkemede verilen birlikte velayet kararlarının, TMK 336. maddesinde düzenlenen emredici hukuk kuralına aykırı olması, hukukumuzda birlikte velayetin mümkün olmaması ve kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle tenfiz taleplerinin reddedilmesine yöneliktir<sup>58</sup>.

Yargıtay'ın ilgili kararı ülkemizde birlikte velayetin uygulanmasına yönelik dönüm noktası niteliğindedir<sup>59</sup>. Karar evlilik dışı doğan müşterek

<sup>57</sup> Karar için bkz. **Serdar**, s.171, dn.59.

<sup>58</sup> Bu durum Yargıtay'ın, emredici hukuk kurallarına uygunluğu doğrudan kamu düzeni unsuru sayması ve her iç hukuk kuralının aynı şekilde milletlerarası özel hukuku bağlamında da kamu düzenine ilişkin olduğunun söylenemeyeceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Aysel Çelikel/Bahadır Erdem**: Milletlerarası Özel Hukuk, B.15, İstanbul, 2017, s.733; **Bingöl**, s.291-293; **Apaydın**, s.463; **Erlüle**, s.295; **Y. 2. HD, E. 2006/6824, K. 2006/13638, 10.10.2006**, <https://www.lexpera.com.tr>. (E.T.: 5.09.2021); **Y. 2. HD. 20.03.2003 T. 2003/2818 E. 2003/3889 K.** Sayılı Karar için bkz. **Bingöl**, s.291-292.

<sup>59</sup> “*Taraflar İngiliz vatandaşıdır. Davacı baba, evlilik dışı doğan 24/10/2003 doğumlu ortak çocuk...’un velayetinin anne ve babaya verilmek suretiyle, velayetin ortak düzenlenmesini*

çocuğun birlikte velayetine ilişkin yabancı mahkeme ilamının ülkemiz mahkemelerinde tenfizine ilişkindir. Yargıtay AİHS Ek 7 No.lu Protokol'ün 5. maddesinin iç hukuk haline geldiğini kabul etmiştir. Bu kabulden yola çıkarak birlikte velayet kararının Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olmadığına ve Türk toplumunun temel yapısını ve çıkarlarını ihlal etmediğine kanaat getirerek birlikte velayet lehine karar vermiştir. Yargıtay emsal kararı sonrasında da yine yabancı mahkeme tarafından verilen birlikte velayet kararının tenfizine yönelik başka bir karar vermiştir<sup>60</sup>.

Yargıtay ilgili kararı sonrası Bölge Adliye Mahkemeleri (BAM) tarafından birlikte velayete yönelik kararlar verilmeye başlanmıştır. Ankara BAM 2. Hukuk Dairesinin 5.12.2017 tarih, 2017/1132 E., 2017/1471 K. sayılı kararında birlikte velayette gönüllülük prensibinin esas olduğu gerekçesine dayanarak ananın birlikte velayete ilişkin rızasının bulunmadığı, aksine velayetin kendisine bırakılmasını talep etmesi sebebiyle birlikte velayet koşullarının gerçekleşmediğine hükmedilmiştir<sup>61</sup>.

Aynı Dairenin bir başka kararında ise yerel mahkeme, anlaşma protokolünde birlikte velayet talep edilmesine rağmen ebeveynlerin Ankara ve Çanakkale olmak üzere farklı şehirlerde ikamet etmesi nedeniyle talebi reddetmiştir. Bunun üzerine Daire “...Ortak velayete hükmedebilmek için anne ve babanın bunu birlikte talep etmesi koşulunun gerçekleştiği ve ortak velayet konusunda taraflar arasında çekişme olmadığı anlaşılmaktadır. ...ortak velayet taleplerinin çocuğun üstün yararına ve güvenliğine aykırı

---

*istemmiştir... Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol", 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.90/son). ...Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir.” Y. 2. HD., E. 2016/15771, K. 2017/1737, 20.2.2017, <https://www.lexpera.com.tr>. (E.T.: 5.09.2021).*

<sup>60</sup> İki Türk vatandaşının anlaşığı birlikte velayet düzenlemesine ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınmasına yönelik açılan dava, Yargıtay emsal kararındaki gerekçelerle kabul edilmiştir. Y. 2. HD. E. 2016/18674, K. 2017/13800, 4.12.2017, Gençcan, s.314.

<sup>61</sup> Karar için bkz. Apaydın, s.465-466.

*olduğuna dair dosyada delil bulunmamaktadır” gerekçesiyle davayı kabul etmiştir<sup>62</sup>.*

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 18. Hukuk Dairesinin, 13.11.2019 tarihli ve 2018/342 E., 2019/1507 K. sayılı kararında da *“Kaldı ki ortak velayet için her iki tarafın da bu hususu istemesi-kabullenmesi ve bu şekilde velayeti çocukların menfaatlerini olumsuz etkilemeyecek şekilde kullanabileceklerinin ispatı da gereklidir ki davada bu husus yeterince ispatlanamamıştır”* gerekçesiyle birlikte velayet talebi reddedilmiştir<sup>63</sup>.

Görüldüğü üzere Bölge Adliye Mahkemeleri birlikte velayete karar vermekle beraber birlikte velayetin bir şartı olarak gönüllülük prensibini bir başka deyişle tarafların talebini veya rızasını aramaktadır<sup>64</sup>. Ne var ki bu kararların aksine tarafların gönüllü olmasının aranmadığı ve taraflar velayetin kendisine bırakılmasını talep etse dahi sırf çocuğun üstün yararına olması nedeniyle birlikte velayete hükmedilen mahkeme kararı da mevcuttur.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesinin 10.05.2017 tarih, 2017/121 E., 2017/601 K. sayılı kararında müşterek çocuk dinlenmiş ve her iki ebeveyniyle de ilişkisinin devam etmesini istemiştir. Taraf vekilleri velayetin müvekkillerine verilmesini talep etseler de mahkeme çocuğun yararı gereği birlikte velayeti gerekli görmüştür. Kararın sonunda ise birlikte velayetin çocukla ilgili önemli kararları almayı, çocuğun üstün yararı konusunda ve çocuğun sağlığı, eğitimi, hayati kararlarında birlikte hareket etmeyi gerektirdiği ifade edilmiştir.

Netice itibariyle Yargıtay birlikte velayetin tenfizine ilişkin kararının da etkisiyle Bölge Adliye Mahkemeleri birlikte velayete hükmetmeye başlamıştır. Ne var ki bu kararlarda gönüllülük prensibine ilişkin bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Kimi mahkemeler gönüllülüğü birlikte

<sup>62</sup> **Ankara BAM, 2. HD, E. 2019/823, K. 2020/1076, 6.10.2020**, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 5.09.2021).

<sup>63</sup> **İzmir BAM 18. HD, E. 2018/342 E, K. 2019/1507, 13.11.2019**, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 17.03.2022).

<sup>64</sup> *“Tarafların müşterek bir çocuklarının bulunduğu, yargılama sırasında alınan 05/02/2018 tarihli sosyal inceleme raporunda, yaşı küçüğün anne yanında olan düzeninin korunmasının müşterek çocuğun yüksek yararına olacağı belirtiltiği, yaşı küçüğün istinaf incelemesi sırasında dört yaşını doldurduğu, davacı annenin ortak velayetle ilgili rızasının olmadığı da düşünüldüğünde, ortak velayete ilişkin düzenleme yapılmasının mümkün olmadığı, ortak velayet talebinin reddinin doğru olduğu”*, **Bursa BAM 2. HD, E. 2018/2166, K. 2020/56, 15.01.2020**, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 17.03.2022).

velayetin şartı kabul ederken kimisi gönüllü olunmasa dahi çocuğun üstün yararının gerekli kılması halinde birlikte velayete hükmetmiştir.

### **B. Anayasa Mahkemesi'nin Birlikte Velayet Kararı (Hilal Erdaş Başvurusu)**

Anayasa Mahkemesi birlikte velayeti ilk defa bireysel başvuru neticesinde değerlendirmiştir (Hilal Erdaş Başvurusu / Başvuru No: 2018/27658, 6.10.2021 Tarih). Karar 31675 sayılı ve 30.11.2021 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır<sup>65</sup>. İncelemenin konusu, müşterek çocuğun velayetinin ana babanın birlikte kullanımına bırakılmasıyla T.C. Anayasası 20. maddesinde yer alan aile hayatına saygı hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkindir. Oyçokluğuyla ihlal kararı verilmiştir.

Dava geçmişini özetlemek gerekirse; ana ve baba çocuğun velayeti babada kalacak şekilde anlaşmalı boşanmışlardır. Ana müşterek çocuğun sıklıkla kendi yanında kalması gerekçesiyle velayetin değiştirilmesi davası açmıştır. Bu aşamada alınan sosyal inceleme raporunda çocuğun hem anasına hem babasına bağlılık hissettiği, çocuğun fiili durumdan memnun olduğu hem ananın hem babanın çocuğa bakmakta istekli oldukları bu nedenle hukuken mümkünse birlikte velayetin aksi halde ise anaya velayetin bırakılması gerektiği ifade edilmiştir. Yerel mahkeme birlikte velayete gerek olmadığını belirterek velayetin anaya bırakılmasına karar vermiştir. Babanın istinaf başvurusu üzerine Antalya BAM 2. Hukuk Dairesi, 2017/2426 Esas, 2018/1023 Karar, 13.07.2018 tarihli kararında çocuğun velayetinin fiili kullanımı, çocuğun mevcut düzenden memnun olması, sosyal inceleme raporunda birlikte velayetin önerilmesi nedeniyle AİHS Ek 7 No.lu Protokol ve birlikte velayetin tenfizine ilişkin ilgili Yargıtay kararına da atıf yaparak birlikte velayete hükmetmiştir. Bunun üzerine ana bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde çocuğun üstün yararının, çocukları ilgilendiren konularda gözetilmesi gerektiğini ve ana baba yararıyla çocuğun yararı arasında adil bir denge kurulmasını ifade etmiştir. Söz konusu değerlendirmeleri yapmakta ise derece mahkemelerinin daha avantajlı olduğunu belirtmiştir. Birlikte velayetin çocuğun yararına olup olmadığı konusunda bilimsel görüş ve raporlara başvurulması gerektiği

<sup>65</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/11/20211130-17.pdf>, RG, 30.11.2021, S. 31675. (E.T.: 23.03.2022)

ayrıca ana babanın ve mümkünse çocuğun görüşünün alınması gerektiği de ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin oyçokluğuyla verdiği ihlal kararının gerekçeleri esasında tarafların iradesinin ve velayetin sürdürülebilirliği konusunda yeterli araştırmanın yapılmamış olmasına dayanmaktadır. Kararda tarafların iradesi bakımından yapılan değerlendirmede ananın birlikte velayete itiraz etmesi ve babanın da birlikte velayete yönelik açık bir talebinin olmaması ayrıca tarafların birlikte velayete yönelik görüşlerinin alınmaması gerekçe olarak sunulmuştur. Ayrıca Mahkeme, BAM Dairesi tarafından yeterli incelemenin yapılmadığına karar vermiştir. Bu kapsamda velayet konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunması ve bu nedenle birlikte velayetin kullanımının çekişmeye sebep olabileceği öngörülmüştür. Kararda tarafların arasında doğabilecek çekişmenin birlikte velayetin sürdürülebilirliği ve çocuğun gelişimine muhtemel etkileri bakımından yeterince değerlendirilmediğine hükmedilmiştir. Ayrıca yargılamanın herhangi bir aşamasında ve sosyal inceleme raporunda da tarafların birlikte velayete yönelik görüşlerinin alınmaması nedeniyle birlikte velayetin çocuğun üstün yararına uygunluğu konusunda yeterli inceleme yapılmadığından ihlal kararı verilmiştir<sup>66</sup>. Netice olarak Mahkeme tarafların iradelerinin yeterince araştırılmaması ve tarafların velayet konusundaki ihtilaflarının çekişmeye sebep olacağından velayetin sürdürülemez olduğu gerekçesiyle Derece mahkemesinin birlikte velayet kararının aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

---

<sup>66</sup> “...başvurucunun ortak velayet uygulamasını kabul etmediği ve açıkça bu uygulamaya itiraz ettiği, davalı babanın da velayetin ortak kullanımına ilişkin açık bir talebinin mevcut olmadığı görülmüştür. Her iki tarafın önceliğinin velayetin kendisine verilmesi olduğu gözetildiğinde ebeveynlerin velayetin kullanımı konusunda ihtilaflarının olduğu ve velayetin ortak kullanımının taraflar arasında çekişmeye sebep olabileceği söylenebilir. Bu ihtilafın çocuğun üstün yararına olanı tespit bağlamında BAM Dairesi tarafından gözetilmediği, çekişmenin ortak velayetin sürdürülebilirliğine ve çocuğun psikolojik gelişimine muhtemel etkilerine ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı görülmüştür. Bununla birlikte hükme esas alınan bilirkişi raporunun ebeveynlerin ortak velayete ilişkin görüşlerine başvurulmadan hazırlandığı, derece mahkemelerinin de ebeveynlerin velayetin ortak kullanımına ilişkin istek ve iradelerinin olup olmadığını araştırmadığı görülmüştür. Bu durumda ortak velayetin çocuğun üstün yararına olup olmadığı hususunda somut olayın koşulları dikkate alınarak yeterli bir incelemenin ve değerlendirmenin yapılmadığı anlaşılmaktadır” (Ş 50).

Mahkeme kararında Yargıtay 2. HD. 4.12.2017 tarihli ve 2016/18474 E., 2017/13800 K. Sayılı kararına da atıf yapılmıştır<sup>67</sup>. Mahkeme özellikle Yargıtay kararındaki “ *tarafların ortak velayet konusunda çekişmelerinin bulunmadığı anlaşılma*” ibaresini gerekçelerine dayanak yapmıştır. Bu kapsamda Yargıtay’ın tarafların birlikte velayet konusunda çekişmelerinin bulunup bulunmadığını dikkate aldığı ve bu durumun hem çocuğun üstün yararını hem de velayetin sürdürülebilirliğini sağlamak açısından gerekli olduğu ifade edilmiştir.

Karşıoy ise oyçokluğuyla verilen kararın ikincillik ilkesini ihlal eder şekilde birlikte velayet aleyhine olduğuna ilişkindir<sup>68</sup>. Karşıoy gerekçesine göre baba istinaf aşamasında birlikte velayet talep etmiştir. Kaldı ki mahkeme tarafından birlikte velayet için tarafların oy birliği gerekiyormuş gibi bir yaklaşım getirilmiştir. Oysaki AİHS Ek 7 No.lu Protokol’de tarafların oy birliğine yer verilmemiştir. Birlikte velayet için oy birliği şart olsaydı bunun eşitlik ilkesini benimseyen Protokol kuralıyla bağdaşmayacağı, bu şekilde velayete ilişkin ilkelerin Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmesinin ikincillik ilkesine aykırılık oluşturacağı ifade edilmiştir<sup>69</sup>.

Karşıoy gerekçesinde mahkeme tarafından atıf yapılan Yargıtay kararındaki ibareden bir zorunluluğun kastedilmediği ne var ki somut olayda çekişme konusu olmadığına yönelik bir ek bilgi mahiyetinde olduğu

<sup>67</sup> “*O halde yabancı mahkeme ilamının tanınmasına ilişkin diğer koşulların da olduğu ve tarafların ortak velayet konusunda çekişmelerinin bulunmadığı anlaşılma*la, mahkemece yabancı mahkeme kararının velayete ilişkin kısmının da tanınmasına karar verilecek yerde, isteğin Türk Kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” **Y. 2. HD, E. 2016/18474, K. 2017/13800, 4.12.2017.**

<sup>68</sup> AİHM içtihatlarıyla belirlendiği üzere Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurular ihlallerin önlenmesi ve mağduriyetlerin giderilmesinde ikincil/ tamamlayıcı yetkiye sahiptir. İkincillik ilkesi, uyumsuzluğa uygulanacak hukukun anayasal yorumlanmasını ve değerlendirilmesini gerektirir. Ancak hakların tanınması, ihlallerin önlenmesi ve mağduriyetlerin giderilmesinde birincil/asıl yetki, taraf devletlerin iç hukuklarındaki ilgili idari ve adli makamlara aittir. İkincillik ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Hasan Tahsin Gökcan: “Bireysel Başvuruda İkincil İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.135, 2018, s.15 vd.

<sup>69</sup> “*Diğer yandan çoğunluk gerekçesinde müşterek velayet için sanki tarafların oy birliğinin gerektiği gibi bir yaklaşım görülmektedir ki Ek 7 numaralı Protokoldeki kuralda eşitlik ilkesinin esas alınması karşısında, müşterek velayet için oy birliği gibi bir unsura yer verilmesinin kuralla bağdaşmayacağı kabul edilmelidir. Aksi durum, velayete ilişkin ilkelerin AYM tarafından belirlenmesine yol açar ki bu durum ikincillik ilkesine aykırı olur.”* **Karşıoy (§ 10).**

belirtilmiştir. Ayrıca sosyal inceleme raporunun çocuğun üstün yararı ve velayetin sürdürülebilirliği açısından birlikte velayeti tavsiye ettiği, BAM Dairesinin de çocuğun üstün yararını yeterince tartıştığı ve BAM Dairesi kararının fiili duruma en uygun karar olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi her ne kadar birlikte velayetin somut olayda aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermişse de birlikte velayetin ilkeler kapsamında önemine de değinmiştir. Kararda çocuğun üstün yararına aykırı olmamak kaydıyla birlikte velayetin aile hayatına saygı hakkına uygun olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca Çocuk Hakları Sözleşmesinde öngörülen çocuğun üstün yararı ilkesi (md. 3), çocuğun hayatta kalma ve gelişme hakkı (md. 6), çocuğun ana baba tarafından yetiştirilme ve geliştirilme (md. 18) haklarına atıf yapılmıştır.

Mahkemenin bir diğer değindiği konu ise devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkindir. Buna göre TMK hükümlerindeki velayet düzenlemeleri ile Protokol metnindeki fark ifade edilmiş ve Yargıtay kararına atıf yapılmıştır. Birlikte velayetin nasıl kullanılacağı ve sona erdirileceğine dair usul ve esasları belirten bir mevzuatın bulunmadığına işaret edilmiştir. Netice itibarıyla devletin aile hayatına saygı hakkı kapsamında gerekli yasal düzenlemeleri yapma yükümlülüğü belirtilmiştir.

## V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Birlikte velayet, ana babanın velayetten doğan hak ve sorumluluklarının beraber kullanımını ifade eder. Sadece evlilik birliği içinde değil boşandıktan sonra veya evli olmayan ana babaların da birlikte velayete sahip olabilmesi gerekir.

Birlikte velayetin asgari düzeyde iletişim ve iş birliğini, karşılıklı saygı ve anlayışı barındırması, çatışmayı minimize etmesi ve çocuğun bakımı konusunda karşılıklı isteğe dayanması nedenleriyle ana babalar tarafından kullanımı rahat bir velayet tipidir. Bu tür ilişkilerde hem çocuğun hem de ana babanın yararı da kolayca ve hızlıca sağlanmış olur. Ana babanın hem çocuk temelinde iletişimde bulunabilmeleri hem de çocuğa bakmak ve çocuğu her şeyin önünde tutma gayretiyle birlikte velayeti tercih etmeleri beklenen ve istenendir. Birlikte velayet tercihinde gönüllü olmak hem birlikte velayetin sürdürülebilirliğini hem de çocuğun üstün yararını sağlayabilir. Bu kapsamda değerlendirildiğinde gönüllülük prensibinin birlikte velayetin ruhuyla tamamen örtüştüğü ortadadır. Ana babanın birlikte velayet konusunda gönüllü olduğu haller birlikte velayetin kullanımını kolaylaştırır, sonuçlarını etkili kılar.



Velayet davalarında hakim tarafların talebiyle bağlı değildir. Anlaşmalı boşanmalarda dahi protokol aksine bir düzenlemeye hükmedebilir<sup>70</sup>. Hakimin değerlendirmesi gereken yegane unsur çocuğun üstün yararadır. Olması gereken hukuk bağlamında birlikte velayetin kural – istisna ayırımına gidilmeksizin alternatif olarak düzenlenmesi ve çocuğun üstün yararına göre karar verilmesi gerekir. Çocuğun üstün yararı birlikte velayetin sınırlarını da belirlemektedir. Ne var ki hakim çocuğun üstün yararını değerlendirirken çeşitli ölçütlerden de yararlanır. Bunlardan biri de tarafların velayet isteklerine ilişkindir. Hakim, çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil etmemesi şartıyla ana babanın birlikte velayet taleplerine uygun doğrultuda karar vermelidir. Fakat tarafların gönüllü olmasına rağmen birlikte velayet çocuğun üstün yararına aykırılık oluşturacak ise hakimin talebi reddetmesi gerekir. Çünkü öncelik çocuğun üstün yararadır ve ana babanın yararı ile arasında çatışma olduğunda çocuğun yararı üstün tutulmalıdır<sup>71</sup>. Bu kapsamda çocuğun üstün yararı gözetilerek gönüllülük, birlikte velayete karar verilmesinde önemli bir unsur olma özelliğini taşımakla beraber zorunluluk olmamalıdır.

Gönüllülüğün birlikte velayet için önemi ortadadır. Ne var ki zorunlu bir unsur olup olmadığı tartışmalıdır. Kaldı ki yargı kararlarında da bu durum gözlemlenebilmektedir. Protokolün kabulü Yargıtay'ın birlikte velayetin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiğine ilişkin gerekçeli görüşünü değiştirmiştir. Ardından diğer derece mahkemeleri kararlarında da birlikte velayetin hukuken mümkün olduğu kabul edilmiştir ancak birlikte velayetin nasıl uygulanacağı konusunda yeknesaklık bulunmamaktadır. Kimi Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında birlikte velayet için tarafların rızası veya talebi aranırken kimisinde ise talep aranmaksızın birlikte velayete hükmedilmiştir.

Yargıtay kararlarında ise gönüllülük tartışmasına girildiğini söylemek mümkün değildir. Ne var ki Anayasa Mahkemesinin atıfta bulunduğu Yargıtay kararında diğerlerinden farklı olarak tarafların birlikte velayet konusunda çekişmelerinin bulunmadığı ifade edilmiştir.<sup>72</sup> Kanaatimizce velayeti ısrarla istemeyen birine velayetin bırakılmasının çocuğun üstün yararına olduğu söylenemez. Taraflar arasında birlikte velayet konusunda ısrarcı bir çekişme söz konusu ise bu düzenlemeyi istemeyen ana babaya

<sup>70</sup> Akıntürk/Ateş, s.271; Dural/Öğüz/Gümüş, s.125.

<sup>71</sup> Erlüle, s.111; Rona Serozan: Çocuk Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s.66.

<sup>72</sup> Bölüm IV- B, dn. 65.

velayetin beraber kullanımı bırakılmamalıdır. Ne var ki bu çekişmenin, velayetin sürdürülebilirliğini zedelemesi ve çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil etmesi gerekir. Yargıtay kararındaki ibare de bir zorunluluk öngörmekte aksine somut olaya özgü ek bilgi niteliği taşımaktadır. Kaldı ki taraflar arasında birlikte velayete ilişkin çekişme varsa bunun ileride muhtemel olarak velayetin sürdürülebilirliğini ve çocuğun üstün yararını olumsuz etkilemesi beklenir. Bunun ispatı ise ancak uzman görüşü ve sosyal inceleme raporuyla mümkündür. Birlikte velayet konusundaki çekişme ancak gelecekteki muhtemel olumsuzlukların uzmanlar tarafından öngörülmesiyle sonuç doğurmalıdır. Eğer Yargıtay kararındaki ibareden her çekişme durumunda birlikte velayete hükmedilemeyeceği anlamı çıkartılırsa o halde çocuğun üstün yararını da yok sayarak salt ana babanın talep ve davranışlarına göre hareket edilmiş olur. Bu durum ise ana baba ile çocuk arasındaki menfaatler çatışmasında çocuğun aleyhine sonuç doğurur. Bu nedenle her çekişme halinin birlikte velayete engel teşkil etmesi kabul edilemez. Ayrıca çekişmenin yokluğu demek tarafların birlikte velayet konusunda susması veya gönüllü olmaları anlamına gelir. Bu kabul, birlikte velayetin uygulama alanını daraltır.

Anayasa Mahkemesi gönüllülük prensibi unsurunu da dikkate alarak birlikte velayet kararının aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme davada tarafların görüşünün alınmaması, tarafların birlikte velayet taleplerinin olmaması, velayet konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunması ve eksik inceleme nedeniyle ihlal kararı vermiştir.

Kararın gerekçesinde bir tarafın birlikte velayete itiraz ettiği diğer tarafın ise açıkça talep etmediği ifade edilmiştir. Oysaki baba, istinaf kararında da belirtildiği üzere birlikte velayet talep etmiştir. Kaldı ki etmese dahi sırf tarafların talebi yok diye birlikte velayete hükmedilmemesi söz konusu olamaz. Çünkü öncelik çocuğun üstün yararıdır. O halde sosyal inceleme raporundaki çocuğun memnuniyeti, ana babanın çocuğa bakma konusundaki istekleri ve rapordaki birlikte velayetin çocuğun üstün yararına uygun olacağı önerisi gözetildiğinde sırf tarafların talebi yok diye birlikte velayet reddedilmemelidir. Kararda tarafların, velayetin kendilerine bırakılmasını istemesi nedeniyle ihtilafli oldukları ve birlikte velayetin çekişmeye sebep olacağı ifade edilmiştir. Fakat çekişmenin muhtemel olumsuz etkilerinin uzman raporlarıyla ortaya konması gerekir. Oysaki sosyal inceleme raporu alınmış ve bütün bu hususlar değerlendirilerek birlikte velayet önerilmiştir. Bu sayede aksine birlikte velayetin yararı ispatlanmıştır.

Kararda birlikte velayetin çocuğun yararına olup olmadığı konusunda yeterli ve objektif verilere sahip bilimsel görüş ve raporlara başvurulması gerektiği ifade edilmiştir. Ne var ki yerel mahkeme aşamasında alınan sosyal inceleme raporu zaten bilimsel bir rapor niteliğinde olup birlikte velayeti tavsiye etmiştir.

Anayasa Mahkemesi Karşıoy gerekçesine ise katılmamak mümkün değildir. Karşıoy gerekçesinde de ifade edildiği üzere, oyçokluğuyla verilen kararın gerekçesine bakıldığında birlikte velayet için tarafların ortak talebi veya rızası gerekiyormuş izlenimi oluşmaktadır. Gerçekten de mahkemenin bu yaklaşımı, birlikte velayet için gönüllülük prensibinin şart olduğu anlamını doğurmaktadır. Ne var ki gönüllülüğün şart koşulması, çocuğun üstün yararının gözetilmemesine sebep olur.

Karşıoy gerekçesinde belirtildiği üzere hem AİHS Ek 7 No.lu Protokol'de hem de Yargıtay emsal kararında gönüllülük şartına değinilmemiştir. Kaldı ki kararın gerekçesinde atıf yapılan Yargıtay kararı çekişmenin bulunmamasını bir şart veya zorunluluk olarak değil bilgi mahiyetinde ifade etmiştir. Gerçekten görülmektedir ki AİHS Ek 7 No.lu Protokol kadın – erkek eşitliğini aile içine yansıtan ve bu kapsamda birlikte velayete imkân tanıyan bir düzenlemedir. İlgili maddenin devamında ise önceliğin çocuğun yararı olduğu ifade edilmektedir. O halde eşitlik ilkesinin düzenlendiği ve çocuğun yararının üstün kabul edildiği Protokol'den herhangi bir şekilde birlikte velayet için gönüllülüğün şart olduğu anlamı çıkartılamaz. Aksine taraflar birlikte velayet için gönüllü olmasa dahi eğer çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa birlikte velayetin kabul edilebileceği anlamı çıkmaktadır.

Karşıoy gerekçesinde bir diğer ifade edilen hususa göre de Protokol'deki eşitlik ilkesi karşısında birlikte velayet için oybirliğinin aranması, velayete ilişkin ilkelerin Mahkeme tarafından belirlenmesi anlamına gelir ki bu durumda da ikincillik ilkesine aykırılık oluşturur. Oysaki oyçokluğu kararında da ifade edildiği üzere çocuğun yararının değerlendirilmesinde derece mahkemeleri çok daha avantajlı konumdadır. O halde Anayasa Mahkemesi, derece mahkemesi gibi davranarak velayete ilişkin ilkeleri ilk elden belirleme yoluna gitmemelidir.

Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı veya kimi BAM Dairesi kararlarında olduğu gibi gönüllülük prensibinin birlikte velayetin kabulü için bir şart olduğunun benimsenmesi iç hukuk halini alan Protokol metnini de

sınırlandırır. Oysaki Protokol metninden birlikte velayet anlamı çıkarılabilmekle beraber tek sınırın çocuğun üstün yararı olduğu anlaşılmaktadır.

Gönüllülük prensibi velayet davalarında hakimin gözetmesi gereken önemli bir unsur olmakla beraber zorunlu nitelik taşımamalıdır. Aksi kabul, Protokol'ün sınırlandırılması anlamına gelir. Protokol eşlerin, evlilik bitimi halinde de çocuklarına karşı eşit hak ve sorumluluklarını konu edinirken sınır olarak ise çocuğun üstün yararını benimsemiştir. O halde gönüllülük şartı Protokol metnine aykırılık teşkil edeceği gibi birlikte velayetin uygulama alanını da daraltır. Fakat araştırmalardan anlaşıldığı üzere birlikte velayet tek başına velayete kıyasla çocuğun boşanmaya uyumunu kolaylaştıran, boşanmanın ana ve babanın üzerindeki etkilerini azaltan nihayetinde çocuğun üstün yararını sağlayan bir düzenlemedir<sup>73</sup>. Bu nedenle uygulamanın artmasına yönelik düzenlemeler yapılmalıdır.

Gönüllülük şartı, birlikte velayeti istisnai bir düzenleme haline getirir. Gönüllülüğün şart koşulması, eski İsviçre Medeni Kanun'unda ve diğer yabancı ülke hukuklarında olduğu üzere birlikte velayeti, şartlara bağlı istisnai bir düzenleme yapar. Oysaki günümüzde birçok ülke hukukunda birlikte velayet kural düzenlemedir<sup>74</sup>. Her toplumun kültürü farklıdır prensibiyle hukukumuzdaki birlikte velayet kabulünün diğer ülke hukuklarıyla aynı olması gerekmeseydi de bilimsel araştırmalar ve uygulama tecrübesiyle birlikte velayetin faydaları ortaya konulmuştur. O halde birlikte velayetin istisnai bir düzenleme olarak kabul edilmemesi kanaatindeyiz. Birçok ülke hukukunda kural kabul edilen birlikte velayetin, ülkemizde kural – istisna ayrımı yapılmaksızın alternatif bir velayet düzenlemesi olarak kabul edilmesi gerekir. Bu sayede hakim, çocuğun üstün yararı ilkesini gözeterek kanunda imkan tanınan velayet düzenlemelerinden birine karar verebilir. Böylece hakimin takdir yetkisini sınırlandıracak şekilde, mutlaka kural olan birlikte velayete karar vermesi gerektiği gibi şartlar sağlanmadığı gerekçesiyle birlikte velayete karar verilememesi de söz konusu olmaz. Netice itibarıyla birlikte velayetin alternatif olarak düzenlemesiyle çocuğun üstün yararı ve somut olayın şartları gözetilerek hakim takdir yetkisi çerçevesinde birlikte velayete veya tek başına velayete karar verebilir.

<sup>73</sup> Warshak, s.111; Kiremitçi, s.23-25; Kurt, s.161.

<sup>74</sup> Erlüle, s.179-180.

*Gençcan*'a göre AİHS Ek 7 No.lu Protokol'ün kabulüyle birlikte velayet kural halini almıştır<sup>75</sup>. Ne var ki yazara katılınması veya hukukumuzda birlikte velayetin kural olarak düzenlenmesi halinde, gönüllülük prensibi bir şart kabul edilirse bu durumda en ufak çekişmenin varlığı veya Anayasa Mahkemesi kararında olduğu gibi taraflardan birinin velayetin kendisine bırakılmasını talep etmesi durumunda, birlikte velayete hükmedilemez. Bu durum ise hem birlikte velayetin kural niteliğiyle hem de çocuğun yararının menfaatler çatışmasında üstün kabul edilmesiyle çelişir. Kimi zaman her iki taraf da birlikte velayeti bilmeme veya bilse dahi öncelikle tek başına velayet tercihi nedeniyle velayetin kendisine bırakılmasını isteyebilir. Bu durumda dahi çocuğun üstün yararı gözetilerek taraflar arasındaki çekişmenin boyutu, ebeveynler arası iletişim ve iş birliği becerisi, velayet tercihlerindeki ısrarları ve velayetin sürdürülebilirliğine yönelik değerlendirme sonucunda birlikte velayete karar verilebilir.

Kanaatimizce her ne kadar gönüllülük prensibi birlikte velayetin bir şartı olmamalıysa da bu durum tarafların bu konudaki görüşlerinin alınmasına engel değildir. Aksine velayet davalarında tarafların görüşü hakim kararında önemli bir unsurdur. Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararda sosyal inceleme raporunda ve devamı yargılamada hiçbir şekilde tarafların birlikte velayet konusundaki görüşlerinin alınmamış olması eleştirisine katılmaktayız. Ne var ki tarafların görüşü alınmadan da velayet düzenlenmesinin yapılabilmesi mümkündür. Görüşlerin alınması bir zorunluluk teşkil etmemekle beraber kararın sıhhati için önemli bir değerlendirme unsurudur.

Son olarak belirtmeliyiz ki Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edildiği üzere devlet, aile hayatına saygı hakkının sağlanabilmesi için gerekli olan hem mevzuat hem de uygulamaya yönelik tedbirleri almak ve düzenlemeleri yapmak mecburiyetindedir. Devletin pozitif yükümlülüğüne ek olarak derece mahkemelerinin de bu hakkın etkin kullanımına yönelik uygulamada bulunması gerekir. Ne var ki hukukumuzda birlikte velayetin uygulanabilmesini mümkün kılan Protokol harici bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşın yargıda birlikte velayete yönelik kararlar giderek artmaktadır. O halde mahkeme kararlarında ve dolaylı olarak Protokol'de yer edinen birlikte velayetin kanun koyucu tarafından da bir an önce ele

<sup>75</sup> *Gençcan*, s.316; Yazara göre Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle beraber Türk Medeni Kanunun ilgili hükümleri zımni olarak ortadan kaldırılmıştır. Bkz. **Ömer Uğur Gençcan**: "*Ortak Velayet*", İzmir Barosu Dergisi, Özel Sayı 8 Mart 2017, s.26.

alınması gerekir. Kanun koyucu yapacağı olası birlikte velayet düzenlemesinde gönüllülük şartına yer vererek ya da yer vermeyerek bir seçime gidebilir. Bu doğrultuda yapılacak her türlü düzenleme, mahkeme kararlarındaki birlikte velayette gönüllülüğün şart olup olmadığı konusunda oluşan yeknesaklık sorununa son verir. Ne var ki velayet davaları her somut olayda farklı hususların değerlendirilmesini gerektirir bu nedenle olması gereken düzenleme, hakimin takdir yetkisini sınırlamamalıdır. Kanaatimizce düzenlemenin gönüllülüğü şart koşmaması gerekir. Gönüllülük şartı, çocuğun üstün yararı amacını sınırlandıracağı gibi Protokol metniyle de bağdaşmaz. Kaldı ki birlikte velayette gönüllülük şartının aranması, hakimin takdiri değerlendirmesi olmaksızın toplumun ve çocukların, araştırmalarla faydası ortaya konulmuş, birlikte velayet imkanından yararlanamaması anlamına gelir.

## KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız:** “*Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı*”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, 2011, s.1-75.
- Akkurt, Sinan Sami:** “*Boşanma Sonrası “Ortak velayet” Kavramının, Özellikle Türk Hukuk Uygulaması Bakımından Genel Olarak Değerlendirilmesi*”, Legal Hukuk Dergisi, C.17, S.202, 2019, s.4185-4202.
- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya:** Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.2, B.23, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021.
- Akyüz, Emine:** “*Boşanmanın Çocuk Üzerinde Etkileri*”, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, C.11, S.1, 1978, s.1-6.
- Akyüz, Emine:** Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, B.6, Ankara, Pegem Akademi, 2018.
- Altaş, Hüseyin/Döngül, İrem Tuğçe:** Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK. MAD. 1-7), B.2, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2020.
- Antalya, Gökhan/Topuz, Murat:** Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, C.1, B.4, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Apaydın, Eylem:** “*Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1, 2018, s.445-476.
- Arkan Serim, Azra:** “*Boşanma Halinde Ortak Velayet*”, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.167, 2016 s.445-476.
- Ayar, Ahmet:** “*Velayet Hakkının Boşanma Sonrası Verilmesi, Kaldırılması ve Ortak Velayet*”, Türk Hukukçu Kadınlar Derneğinin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı Aile Hukuku Güncel Sorunlar, İstanbul, Filiz Yayınevi 2019.
- Aybay, M. Erdem/Şen, Bülent:** “*Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1, 2016, s.589-615.
- Baygın, Cem:** Soybağı Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Benedek, Elissa P./Brown, Catherine:** Boşanma Ve Çocuğunuz: Çocuğunuzun Boşanmanızla Başetmesine Nasıl Yardımcı Olursunuz, (Çev. Serap Katlan), Ankara, HYB Yayınları, 1997.
- Berki, Şakir:** Türk Medeni Kanununda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, Ankara, 1970.

- Bingöl, Ediz:** “*Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması*” İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.2, 2014, s.276-308.
- Birinci Uzun, Tuba:** “*Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli*”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, 2019, s.135-166.
- Bölükbaşı, Özge:** “*Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzincan, 2020.
- Çelik, Cemil:** “*Velayetin Kaldırılması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.1, Ankara, 2005, s.255-309.
- Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır:** Milletlerarası Özel Hukuk, B.15, İstanbul, 2017.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper:** Türk Özel Hukuku: Cilt III Aile Hukuku, B.16, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.
- Erbay, İsmail:** “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medenî Hukukundaki Velâyet Hakkının Kaldırılması (TMK m. 348) Hükümlerinin Değerlendirilmesi*” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, 2012, s.11-61.
- Erdem, Mehmet:** Aile Hukuku, B.2, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Erlüle Fulya:** İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Gençcan, Ömer Uğur:** “*Ortak Velayet*”, İzmir Barosu Dergisi, Özel Sayı 8 Mart 2017, s.24-30.
- Gençcan, Ömer Uğur:** Velayet Hukuku, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Gökcan, Hasan Tahsin:** “*Bireysel Başvuruda İkincil İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.135, 2018, s.9-76.
- Gülgösteren, Zeynep Ayza:** “*Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet*”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, 2017, s.157-180.
- Güven, Aydın:** “*Türk Hukukunda Ortak (Birlikte) Velayet*”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.3, 2017, s.119-130.
- Güven, Kudret:** “*Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet*”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, 2018, s.11-64.



- İmamoğlu, S. Hülya:** “Yeni Medeni Kanun’daki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C.54, S.1, 2005, s.165-190.
- İnce, Nurten:** “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.34, 2018, s.189-229.
- Karaaslan, Erol:** “Çocuk İçin Bir Bakış: “Çocuğun Üstün Yararı” İle “Dinlenilme Hakkı” Kavramlarının Aihm ve İç Hukukumuzda Görünümü”, İstanbul Barosu Dergisi, C.94, S.4, 2020, s.79-112.
- Kiremitçi, Müge:** “Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı”, Marmara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tez, İstanbul, 2015.
- Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim:** Aile Hukuku, B.2, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz:** Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.
- Koçoğlu, Safa:** Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları, İstanbul, Beta Yayınları, 2018.
- Kurt, Leyla Müjde:** “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, 2018, s.157-186.
- Öcal Apaydın, Bahar:** “İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.145-146, 2016, s.631-658.
- Özdemir, Hayrunnisa/Ruhi, Ahmet Cemal:** Çocuk Hukuku, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Öztan, Bilge:** Aile Hukuku, B.6, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Öztan, Bilge:** “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu”, Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara, 2006, s.251-260.
- Öztürk, Barış Can:** “Birlikte Velayet”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Reyhani Yüksel, Sera:** Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırlar, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2020.
- Sağlam, İpek:** Turkish Family Law (Engagemanet, Marriage, Divorce and The Consequences of Divorce), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

**Schwenzer, Ingeborg/Keller, Tomie:** “*New Rules on Parental Responsibility in Switzerland*”, *International Survey of Family Law*, Y. 2014, s.457-470.

**Serdar, İlknur:** “*Birlikte Velayet*”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.1, 2008, s.155-197.

**Serozan, Rona:** *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, B.4, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

**Serozan, Rona:** *Çocuk Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.

**Uzun Kazmacı, Özge:** “*Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması*”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.6, S.1, 2018, s.171-186.

**Warshak, Richard A.:** “*Parenting by the Clock: The Best Interest of the Child Standard, Judicial Discretion, and the American Law Institute's "Approximation Rule"*”, *University of Baltimore Law Review*, C.41, S.1, 2011, s.83-164.

#### **Çevrimiçi Kaynaklar**

<https://www.euromedjustice.eu>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.resmigazete.gov.tr>

<https://tuikweb.tuik.gov.tr>