

Karar Tarihi: 6/10/2021

[Karara Ulaşmak İçin Tıklayınız](#)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM KARAR

HİLAL ERDAŞ BAŞVURUSU (Başvuru Numarası: 2018/27658) Karar Tarihi: 6/10/2021 R.G. Tarih ve Sayı: 30/11/2021-31675 BİRİNCİ BÖLÜM KARAR Başkan : Hasan Tahsin GÖKCAN Üyeler : Muammer TOPAL Recai AKYEL Selahaddin MENTEŞ İrfan FİDAN Raportör : Ali KOZAN Başvurucu : Hilal ERDAŞ Vekili : Av. Yusuf Eren YILDIZ I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, müşterek çocuğun velayetinin ebeveyn tarafından ortak kullanımına karar verilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ 2. Başvuru 29/8/2018 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR 6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucu ile E.E.nin 2002 yılındaki evliliklerinden 24/8/2009 doğum tarihli müşterek çocukları bulunmaktadır. Antalya 4. Aile Mahkemesinin 16/5/2014 tarihli kararıyla tarafların anlaşmalı olarak boşanmalarına, müşterek çocuğun velayetinin babasına bırakılmasına hükmedilmiştir.

8. Başvurucu 28/3/2017 tarihinde velayetin değiştirilmesi ve iştirak nafakası talebiyle Antalya 6. Aile Mahkemesinde (Mahkeme) dava açmıştır. Başvurucu vekili dava dilekçesinde; müşterek çocuğun boşanma davasının sonuçlanmasından itibaren kesintisiz olarak başvuruyla yaşadığını ve başvuruçunun koşullarına alıştığını vurgulamıştır. Hukuken velayet hakkının eski eşinde olmasına rağmen çocukla başvuruçunun ilgilendiğini, tüm masraflarının ve ihtiyaçlarının başvuruçunun tarafından karşılandığını belirtmiştir. Bu duruma rağmen çocuğun velayet hakkına dayanarak her an babası tarafından alınacağı ve annesinden koparılacağı endişesiyle yaşadığını, velayetin babada olmasının fiilen bir yararının olmadığını ve çocuğun alıştığı ortamdan koparılması hâlinde psikolojik olarak yıpranacağını ifade etmiştir. E.E. cevap dilekçesinde; başvuruçunun iddialarının doğru olmadığını, kızının velayete ilişkin bütün sorumluluklarını fazlasıyla yerine getirdiğini vurgulamıştır. Ayrıca başvuruçunun İsviçre'de yaşayan biriyle evlilik planı yaptığını, velayetin değiştirilmeye çalışılmasının da müşterek çocuğun anılan ülkeye götürülme çabası olduğunu, böyle bir durumun gerçekleşmesi hâlinde kızıyla bağının kopacağını belirtmiştir.

9. Yargılama sürecinde 20/9/2017 tarihli sosyal inceleme raporu hazırlanmıştır. Raporun ebeveynler ve çocukla görüşme yapılarak düzenlendiği, annenin ve babanın velayetin ortak kullanımına ilişkin görüşlerinin alınmadığı görülmüştür. Anılan raporda; çocuğun daha çok başvuru ile birlikte yaşadığının gözlemlendiği, çocuğun annesi kadar babasına da psikolojik ve sosyal yönden bağımlılık hissettiği, her ikisinden ayrı kalma kaygısı taşıdığı gözlemlendiği belirtilmiştir. Başvurucunun annelik ve velayet görevini yerine getirebilecek nitelikte olduğu, işe gittiğinde çocukla alt katta ikamet eden anneanne ve dedenin ilgilendiği, babanın da çocuğa bakmakta istekli olduğu ancak sosyal destek sistemine yeterince sahip olmadığı, işte olduğu zamanlarda çocukla ilgilenilecek bir aile üyesinin mevcut olmadığı tespit edilmiştir. Çocuğun okul döneminde hafta içi annesinde, hafta sonu kesintisiz olarak babasında kaldığı, var olan uygulamadan memnun olduğu ancak dava açılması ile birlikte var olan dengenin sarsıldığı, çocuğun isteğinin gözönüne alınarak uygulamanın devam ettirilmesinin anne ve babanın isteğinde ve anlayışında olduğu belirtilmiştir. Bu durum gözetildiğinde tarafların ortak velayete sahip olmasının çocuğun yararına olacağı değerlendirilmesine yer verilmiştir. Ancak ortak velayet hukuken mümkün değilse çocuğun velayet görevine sahip ebeveyn ile birlikte ikamet etmesi gerektiği, çocuğun başvurusunun yanında daha çok kaldığı vurgulanarak velayet görevinin başvurucuya verilmesinin uygun olacağı ifade edilmiştir.

10. Mahkeme 2/10/2017 tarihinde davanın kabulüyle velayetin başvuruca verilmesine, babayla çocuk arasında kişisel ilişki tesis edilmesine ve çocuk lehine 300 TL iştirak nafakasına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; velayetin babaya verilmesine rağmen müşterek çocuğun okul döneminde hafta içi başvuruca, hafta sonu babasında kaldığı belirtilmiştir. Sosyal inceleme raporunda da bu uygulamadan çocuğun memnun olduğu ancak dava açılması ile var olan dengenin sarsıldığı, ortak velayetin mümkün olmaması hâlinde velayetin başvuruca verilmesinin çocuğun yararına olduğunun tespit edildiği ifade edilmiştir. Çocuğun başvuruca daha çok kaldığı ve çocuğun fiilî uygulamadan memnun olduğu yani hafta içi annesinin yanında, hafta sonu babasının yanında kalması hususunun çocuğun psikolojisine olumsuzluk katmayacağı gibi anne ve babanın da bu uygulamaya karşı bir itirazlarının bulunmadığı gözetildiğinde ortak velayete gerek bulunmadığı vurgulanmıştır. Netice itibarıyla yapılması gerekenin fiiliyatta olan ve çocuğun yararına bulunan uygulamaya hukuki çerçeve hazırlamak olduğu, bu zamana kadar anne ve baba arasındaki uygulamaya hukuki çerçeve kazandırmak gerektiği ifade edilmiştir.

11. E.E. anılan karara karşı istinaf yoluna başvurmuştur. İstinaf dilekçesinde; velayetin kullanıldığı süre boyunca velayetin değiştirilmesini gerektirecek hiçbir durumun gerçekleşmediğini, velayet görevini savaştırmadığı gibi hiçbir şekilde kötüye de kullanmadığını, çocuğun kesintisiz olarak başvurusunun yanında kaldığının da doğru olmadığını belirtmiştir. Ayrıca ortak velayetin hukuken mümkün olmadığı yönündeki gerekçenin de doğru olmadığını, ortak velayetin hukuken mümkün olduğunu, mahkeme kararının çocukla ilgili fiilî uygulamaya uygun olmadığını vurgulamıştır.

12. Başvuru vekili istinaf başvurusuna cevabında; uzman raporu ve tanık beyanları dikkate alındığında müşterek çocuğun hafta içi başvuru yanında kaldığının sabit olduğunu vurgulamıştır. Haftanın beş günü başvuru yanında yaşamakta olan müşterek çocuğun bütün bakım ve gözetiminin davalı baba tarafından yapıldığı iddiasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, Mahkeme tarafından fiilî durum gözetilerek karar verildiği belirtilmiştir. Babanın sosyal destek sistemlerine yeterince sahip

olmadığı, davalı taraf isteyken çocuğa evde bakacak bir aile bireyinin bulunmadığı hususlarının uzman raporuyla da tespit edildiğini belirtmiştir. Ayrıca ortak velayetin yargılama aşamasında taraflarca talep edilmediğini, ortak velayetin taraflar arasında çekişmeye yol açacağı durumlarda çocuğun velayetinin taraflardan birine bırakılması gerektiğini, fiilî durum ve rapordaki tespitler çerçevesinde mahkeme kararının doğru olduğu değerlendirilmesine yer vermiştir.

13. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi (BAM Dairesi) 13/7/2018 tarihinde istinaf başvurusunun kabulüne, velayetin taraflarca ortak kullanılmasına, müşterek çocuğun babasının yanında yaşamasına, ayrıca çocukla başvuru arasında kişisel ilişki tesisine kesin olarak karar vermiştir. Her hafta pazartesi günü saat 09.00'dan perşembe günü saat 09.00'a kadar, -sonu tek sayı ile biten yıllarda Kurban Bayramı arife günü saat 18.00'den bayramın 3. günü saat 10.00'a kadar, sonu çift sayı ile biten yıllarda Ramazan Bayramı arife günü saat 18.00'den bayramın 2. günü saat 10.00'a kadar, eğitim dönemi yarıyıl tatillerinin ilk haftası cumartesi günü saat 09.00'dan takip eden cuma günü saat 01.00'e kadar, her yıl temmuz ayının 1. günü saat 09.00'dan 31 Temmuz akşamı saat 18.00'e kadar yatılı olacak şekilde kişisel ilişki kurulmasına hükmedilmiştir.

14. Anılan kararın gerekçesinde; ilgili hukuk ve içtihatlarla atıf yapılarak ortak velayet düzenlemesinin hukukumuzda uygulanabilir olduğu ancak çocuğun güvenliğine ve üstün yararına aykırı olması hâlinde ortak velayete karar verilemeyeceği vurgulanmıştır. Müşterek çocuğun velayetinin taraflar arasında fiilen ortak kullanıldığı, çocuğun bu uygulamadan memnun olduğu, sosyal inceleme raporunda da velayetin anne ve babaya ortak verilmesinin çocuğun menfaatine olduğunun tespit edildiği belirtilmiştir. Bu durumda mahkemece, tarafların fiilî yaşam şekli, çocuğun istekleri ve menfaatleri gözetilerek velayetinin ortak olarak taraflara bırakılması gerekirken hukuken mümkün olmadığı şeklindeki hatalı gerekçe ile velayetin değiştirilmesine karar verilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir.

15. Söz konusu karar, başvuruca 31/7/2018 tarihinde tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu 29/8/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK A. Ulusal Hukuk 1. İlgili Mevzuat 17. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Hâkimin takdir yetkisi" kenar başlıklı 182. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir: "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.

Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır." 18. 4721 sayılı Kanun'un "Durumun değişmesi" kenar başlıklı 183. maddesi şöyledir: "Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim, re'sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır." 19. 4721 sayılı Kanun'un "Kural" kenar başlıklı 323. maddesi şöyledir: "Ana ve babadan her biri, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir." 20. 4721 sayılı Kanun'un "Ana baba evli ise" kenar başlıklı 336. maddesi şöyledir: "Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar.

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." 21. 4721 sayılı Kanun'un "Ana baba evli değilse" kenar başlıklı 337. maddesi şöyledir: "Ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir.

Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hakim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir." 2. İlgili Yargı Kararı 22. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 4/12/2017 tarihli ve E.2016/18474, K.2017/13800 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir: "Davacı, İsveç Södertörns Başlangıç Mahkemesinin T 12309-14 esas sayılı 09.06.2015 tarihinde kesinleşen boşanmaya ilişkin kararın tanınmasını talep etmiştir...Tanınması istenen yabancı mahkeme ilamında, tarafların boşanmalarına karar verilmekle birlikte tarafların çocuklar üzerinde ortak velayet hakkının devam edeceği düzenlenmiştir. Taraflar Türk vatandaşdır. Yabancı mahkeme kararının tanınmasına diğer koşulların yanında Türk kamu düzeni ihlal edilmeyecekse karar verilebilir. Somut olayda çözülmesi gereken uyuşmazlık, ortak velayet düzenlenmesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığının belirlenmesine yöneliktir...

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, 25/3/2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 Nolu Protokol'ün 5. maddesine göre, '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'.

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).

İç hukukla ilgili yasal düzenleme yanında kamu düzeni (ordre public) kavramı üzerinde durmak uyuşmazlığın çözümü için yararlı olacaktır. Kamu düzeninin bütün özelliklerini ifade edecek tam bir tarifini yapmak kolay değildir. Genel bir tanımla; 'Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümüdür...Türk hukukunda kamu düzeni (ordre public, amme intizamı) yabancı hukukun tatbikini önleyen istisnâ bir göreve sahiptir. Kanunlar ihtilâfı kaidelerimizce yetkilendirilen yabancı hukuk ülkenin kamu düzenine 'açıkça' aykırılık teşkil etmemesi şartıyla tatbik olunma imkânına sahiptir...

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.

O halde yabancı mahkeme ilamının tanınmasına ilişkin diğer koşulların da olduğu ve tarafların ortak velayet konusunda çekişmelerinin bulunmadığı anlaşılmakla, 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." B. Uluslararası Hukuk 23. Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan 25/3/2016 tarihli 6684 sayılı Kanun ile onaylanan 11 No.lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün "Eşler arasında eşitlik" kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir: "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." 24. Türkiye tarafından 14/9/1990 tarihinde imzalanan ve 27/1/1995 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 20/11/1989 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesinin ilgili kısmı şöyledir: "1. Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

2. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar." 25. BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 6. maddesi şöyledir: "1. Taraf Devletler, her çocuğun temel yaşama hakkına sahip olduğunu kabul ederler.

2. Taraf Devletler, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterirler." 26. BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 18. maddesi şöyledir: "1. 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 göz önünde tutarak hareket ederler.

2. Bu Sözleşmede 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." 27. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ebeveyn ve çocukların birlikte yaşama hakkı aile hayatının esaslı bir unsuru olup anne ve baba arasındaki ilişkinin sona ermesi durumunda hukuksal düzenlemelerden kaynaklanan ve bu ilişkiyi kısıtlayan ya da engelleyen tedbirler, aile hayatına saygı hakkına bir müdahale oluşturur (Hoppe/Almanya, B. No: 28422/95, 5/12/2002, § 44; Johansen/Norveç, B. No: 17383/90, 7/8/1996, § 52; Elsholz/Almanya [BD], B. No: 25735/94 13/7/2000, § 43).

28. AİHM'e göre aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülükler arasındaki sınırları kesin biçimde tanımlamak mümkün değildir. İlgili makamlar her iki yükümlülük çerçevesinde belirli bir takdir alanına sahiptir ve 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. AİHM'e göre bu dengenin tesisinde niteliği gereği çocuğun menfaatlerine özel bir önem verilmelidir (Hokkanen/Finlandiya, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 55; Hoppe/Almanya, § 49).

29. AİHM aile yaşamına saygının kamu makamlarına, ebeveynler ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde pozitif bir görev yüklediğini ve bu durumun ayrılığa devletin değil ebeveynin yol açtığı durumlarda dahi geçerli olduğunu, bu alandaki pozitif yükümlülüğün bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi aile yaşamına saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış ve hem bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını hem de fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir (Hokkanen/Finlandiya, § 58; Glaser/Birleşik Krallık, B. No. 32346/96, 19/9/2000, § 63; Bajrami/Arnavutluk, B. No. 35853/04, 12/12/2006, § 52).

30. AİHM, ebeveynin çocuk ile birlikte yaşamaya devam etmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesinin birinci paragrafı kapsamında aile hayatının temel bir unsurunu oluşturduğunu vurgulamaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesi, ebeveynin çocuğu ile yeniden birleşmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını talep etme hakkının yanı sıra ulusal makamların bu önlemleri alma yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Bu husustaki belirleyici husus, ulusal makamların uygulamadaki mevzuat ya da mahkeme kararlarıyla ebeveyne tanınan velayet, ziyaret ya da birlikte yaşama hakkının icrasını kolaylaştırmada kendilerinden beklenen bütün makul önlemleri alıp almadığıdır (Hokkanen/Finlandiya, § 55).

V. İNCELEME VE GEREKÇE 31. Anayasa Mahkemesinin 6/10/2021 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü: A. Başvurucunun İddiaları 32. Başvurucu; mevzuatta velayetin ortak kullanımına ilişkin açık bir düzenlemenin olmadığını, Yargıtayın içtihadı kapsamında uygulandığını ancak ortak velayete tarafların birlikte talep etmesi ve çocuğun üstün yararına aykırı olmaması hâlinde hükmedilebileceğini belirtmiştir. Kendisinin ve davalı babanın yargılamanın hiçbir aşamasında velayeti ortak kullanmaya dair bir talebinin olmamasına rağmen BAM Dairesinin tarafların görüşünü almadan dosya üzerinden ortak velayete karar verdiğini, bu kararın uygulanabilir olmadığını vurgulamıştır. Müşterek çocuğun her türlü ihtiyacıyla kendisinin ilgilendiğini, boşanmadan itibaren kesintisiz olarak kendisiyle kaldığını, babasının velayete ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediğinin yargılama aşamasında kanıtlandığını, ilk derece mahkemesinin ortak velayetin uygulanmasına gerek olmadığını belirterek fiilî duruma uygun karar verdiğini ifade etmiştir. Çocuğun kendisinin yanında yaşamaya rağmen zorla babasının yanında kalmasına karar verildiğini, kişisel ilişki tesisine ilişkin hükümlerin de çocuğun eğitimini sekteye uğratacağını ve uygulanmasının mümkün olmadığını zira çocuğun hafta içi kendisinin yanında kalarak okula gittiğini vurgulamıştır. Öte yandan ilk derece mahkemesinin iştirak nafakasına hükmetmesine rağmen BAM Dairesinin bu konuda bir karar vermediğini belirten başvuru, adil yargılanma ve aile hayatına saygı hakları ile eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme 33. Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir: "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

34. Anayasa'nın "Ailenin korunması ve çocuk hakları" kenar başlıklı 41. maddesi şöyledir: "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."

35. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).

36. Velayet hakkına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar, adil yargılanma hakkının ihlali iddialarına sıklıkla konu olmakla birlikte sürecin ivedi olarak yürütülmesi de dâhil olmak üzere ilgili prosedürlere ilişkin işlem ve eylemlerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında meydana getirdiği sonuçlar dikkate alındığında söz konusu iddiaların aile hayatına saygı hakkı bağlamında ele alınması uygun görülmektedir (Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 82; M.M.E. ve T.E., B. No: 2013/2910, 5/11/2015, § 137).

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden 37. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden a. Genel İlkeler 38. Aile hayatına saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfî surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile hayatına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (Murat Atılğan, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 26).

39. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri, ebeveynin çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddede, her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir (Serpil Toros, B. No: 2013/6382, 9/3/2016).

40. Devletin söz konusu pozitif yükümlülüğü, etkili mekanizmalar kurma, bu kapsamda gerekli usule ilişkin güvenceleri sunan yargısal prosedürleri sağlama ve bu suretle yargısal ve idari makamların bireylerin, idare ve özel kişilerle olan uyuşmazlıklarında etkili ve adil bir karar vermelerini temin etme sorumluluğunu da içermektedir (Marcus Frank Cerny, §§ 36, 40; Semra Özel Üner, B. No: 2014/12009, 26/10/2016, § 36).

41. Ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama istekleri, aile hayatının vazgeçilmez bir unsuru olup ebeveyn arasında ortak yaşamın kurulamaması veya hukuken ya da fiilen sona ermiş olması aile hayatını ortadan kaldırmaz. Ebeveyn ve çocuk arasındaki aile hayatının, anne ve babanın birlikte yaşamamaları veya ortak

yaşama son vermelerinin ardından da devam edeceği açık olup anne, baba ve çocuğun aile hayatlarına saygı hakkı, belirtilen durumlarda ailenin yeniden birleştirilmesine yönelik tedbirleri de içermektedir. Söz konusu yükümlülük, ebeveyn veya diğer aile bireyleri arasındaki velayet ve kişisel ilişki tesisine ilişkin uyuşmazlıklar için de geçerlidir. Derece mahkemelerinin, kendisine velayet hakkı tanınmayan anne veya baba ile çocuk arasında kişisel ilişki tesis ettiği durumlarda, kurulması öngörülen ilişkinin uygulanabilir ve etkili olmasını temin edecek şekilde hareket etmesi zaruridir (Murat Atılğan, §§ 25, 46).

42. Anayasa'nın 41. maddesinde ifade edilen çocuğun yüksek yararı mahkemeler, idari makamlar ve yasama organı tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde gözetilmesi gereken bir ilkedir. Bu bağlamda çocuklar üzerinde etki doğuracak bir işlem yapılacağı zaman bu işlemin çocuğun yararına uygun olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılması aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir (Şükran İrge, B. No: 2016/8660, 7/11/2019, § 33).

43. Öte yandan mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek öncelikle derece mahkemelerinin yetkisi ve sorumluluk alanındadır. Çocuğun üstün yararı başvuru konusu dava açısından en önemli unsur olup olayın tüm tarafları ile doğrudan temas hâlinde bulunan derece mahkemelerinin olayın koşullarını değerlendirmek açısından daha avantajlı konumda bulunduğu da tartışmasızdır. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetlemekte ve özellikle mahkemelerin kişisel ilişki kurulmasına ve velayete ilişkin mevzuat hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini incelemektedir (M.M.E. ve T.E., § 135).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması 44. Somut olayda taraflar anlaşarak boşanmışlar ve müşterek çocuğun velayeti babaya bırakılmıştır. Başvurucunun sonradan velayetin değiştirilmesi talebiyle açtığı dava sonucunda velayetin anne ve baba tarafından ortak kullanılmasına, çocuğun babasının yanında yaşamasına ayrıca çocukla başvuru arasında da kişisel ilişki tesisine karar verildiği anlaşılmaktadır.

45. Öncelikle vurgulamak adına devletin aile hayatına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu hatırlatılmalıdır. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya ve aile ilişkilerinin sürdürülebilmesine yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar. Bu kapsamda devletin aile hayatına saygı hakkını gözetken yasal altyapı ve etkili bir yargı mekanizması kurması, derece mahkemelerinin de aile hayatı kapsamındaki ilişkilerin sürdürülebilir ve etkili olmasını temin edecek şekilde hareket etmesi zaruridir.

46. Bu bağlamda mevzuat incelendiğinde, 4721 sayılı Kanun'da velayetin evlilik devam ettiği sürece ana ve baba tarafından birlikte kullanılacağı, ayrılık veya boşanma hâlinde ise hâkimin velayeti eşlerden birine verebileceğinin kural olarak düzenlendiği, boşanma ve ayrılık durumunda velayetin ana ve baba tarafından ortak kullanılabileceğine dair bir düzenlemenin olmadığı görülmüştür. Bununla birlikte 6684 sayılı Kanun ile onaylanan Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol'ün 5. maddesi ve anılan düzenlemeye dayanan Yargıtay içtihadı dikkate alındığında, boşanma ve ayrılık durumunda velayetin ebeveynler tarafından ortak kullanılmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır (bkz. §§ 17-23).

47. Bu kapsamda uygulamanın yasal dayanağını oluşturan 6684 sayılı Kanun'da sadece evlilik süresince ve evliliğin bitmesi hâlinde çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşlerin eşit olduklarının belirlendiği; Yargıtayın da buradan hareketle ortak velayet düzenlenmesinin Türk kamu düzenine -açıkça- aykırı olmadığını, Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal etmediğini tespit ettiği anlaşılmaktadır. Yargıtayın anılan tespiti yaptıktan sonra, somut olayda tarafların ortak velayet konusunda çekişmelerinin bulunmadığı hususunu da dikkate aldığı görülmüştür. Bu açıklamalardan hareketle, velayetin ebeveyn tarafından ortak kullanılmasına ve bu uygulamanın sonlandırılmasına ilişkin usul ve esasların mevzuatta ayrıca ve açıkça düzenlenmediği söylenebilir.

48. Öte yandan velayet ve kişisel ilişki tesisine ilişkin davalarda asıl amacın tarafların iddiaları ile mevcut deliller değerlendirilmek suretiyle çocuğun üstün yararına olanın belirlenmesi olduğu hatırlatılmalıdır. Zira çocuğun üstün yararı çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde ve kararlarda gözetilmesi gereken bir ilkedir. Bu ilke gözetilerek ebeveynin çıkarları ile çocuğun menfaatleri arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir. Bu bağlamda 6684 sayılı Kanun ve ilgili içtihat kapsamında çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil etmemesi hâlinde velayetin ebeveyn tarafından ortak kullanılmasının -somut olayın koşullarına göre- aile hayatına saygı hakkına ilişkin anayasal güvencelere uygun olacağı söylenebilir. Bununla birlikte taraflar ile doğrudan temas hâlinde bulunan derece mahkemelerinin anılan ilke kapsamında olayın koşullarını değerlendirmek açısından daha avantajlı konumda bulunduğu açıktır.

49. Ancak çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit yapan derece mahkemelerinin takdir yetkilerini makul bir şekilde kullanıp kullanmadıkları hususunu değerlendirecek olan Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda velayetin ortak kullanımını haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını ve anayasal güvencelerin gözetilip gözetilmediğini incelemek durumundadır. Bu kapsamda ortak velayetin çocuğun yararına olduğunun derece mahkemeleri tarafından bilimsel görüş ve raporlar gibi yeterli ve objektif verilere dayandırılması, ebeveynlerin ve dinlenilebilecek yaşta ise çocuğun beyanına başvurulması önem arz etmektedir. Bununla birlikte velayetin ortak kullanımı konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunup bulunmadığının gözetilmesinin -Yargıtayın ilgili içtihadı da dikkate alındığında- somut olayın koşullarına göre hem çocuğun üstün yararına olanın tespitinde hem de uygulamanın sürdürülebilirliğinin sağlanmasında gerekli olduğu söylenebilir.

50. Bu açıklamalar çerçevesinde yargılama bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde; 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.

51. Ayrıca çocuğun özellikle okul döneminde hafta içi başvurusunun yanında kaldığı ve genel olarak ihtiyaçlarının başvuru tarafından karşılandığının uzman raporuyla tespit edilmesi ve ilk derece mahkemesi tarafından da bu tespitin kabul edilmesine rağmen bu durumun kişisel ilişki tesisinde BAM Dairesince gözetilmediği görülmüştür. Çocuğun pazartesi sabahından perşembe sabahına kadar başvuru yanında kalmasına karar veren BAM Dairesinin çocuğun alıştığı fiilî uygulamayı neden değiştirdiğini açıklamadığı da dikkate alındığında ebeveynlerle çocuk arasında kişisel ilişki tesisinde çocuğun ve tarafların şartları gözetilerek uygulanabilir nitelikte tedbirler alındığı söylenemez. Bu açıklamalar çerçevesinde yargılama sürecinde velayetin ortak kullanılmasına ilişkin uygun şartların oluşup oluşmadığı hususunda yeterli araştırma yapılmadığı gibi velayetin ortak kullanılması ile kişisel ilişki tesisine dair tedbirlerin çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil etmediği ve uygulanabilir olduğunun ilgili ve yeterli gerekçeyle ortaya konulamadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda yargı makamlarının aile hayatına saygı hakkına dair Anayasa'da belirtilen güvenceleri ve çocuğun üstün yararı ilkesini gözeten özenli bir yargılama yapmadıkları söylenebilir.

52. Açıklanan gerekçelerle Mahkemece aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği anlaşılmakla Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamıştır.

53. Diğer yandan başvurusunun iştirak nafakası talebine dair BAM Dairesince karar verilmediği iddiasına ilişkin olarak da yukarıda belirtilen gerekçelerle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varıldığı ve ihlalin giderilmesi için yapılacak yeniden yargılama aşamasında bu konunun Mahkemece değerlendirilmesinin mümkün olduğu anlaşılmakla anılan iddia yönünden bir inceleme yapılmamıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden 54. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir: "(1) Esas inceleme sonunda, başvurusunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

55. Başvuru, ihlalin tespitiyle yeniden yargılama yapılması talebinde bulunmuştur.

56. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa

Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

57. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (Mehmet Doğan, §§ 55, 57).

58. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir kararın kendisine ulaştığı mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (Mehmet Doğan, §§ 58, 59; Aligül Alkaya ve diğerleri (2), §§ 57-59, 66, 67).

59. İncelenen başvuruda yargı makamlarının aile hayatına saygı hakkına ilişkin olarak Anayasa'da belirtilen güvenceleri ve çocuğun üstün yararı ilkesini gözetken özenli bir yargılama yapmamaları nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

60. Bu durumda aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş, yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

61. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 294,70 TL harç ve 3.600 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.894,70 TL yargılama giderinin başvurucaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM Açıklanan gerekçelerle; A. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE, B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile

hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, C. Kararın bir örneğinin aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Antalya 6. Aile Mahkemesine (E.2017/284, K.2017/862) GÖNDERİLMESİNE, D. 294,70 TL harç ve 3.600 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.894,70 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE, E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA, F. Kararın bir örneğinin Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesine (E.2017/2426) ve Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 6/10/2021 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ 1. Başvuruya konu olayda aile mahkemesi 2014 yılında verdiği boşanma kararıyla 2009 doğumlu müşterek kız çocuğunun velayetini babaya vermiş, fakat uygulamada fiilen çocuk hafta içi annede, hafta sonu (Cuma-Pazar) babada kalmıştır. Başvuran anne 2017 yılında velayetin kendisine verilmesini talep etmiş, aile mahkemesi bu talebi kabul edip velayeti anneye vermiştir. Karar gerekçesinde, Sosyal İnceleme Raporunda çocuğun hafta içi annede, hafta sonu babada kalma şeklinde iki tarafla da görüşmekten memnun olduğu, müşterek velayetin mümkün olmaması halinde velayetin başvurucuya verilmesinin çocuğun yararına olduğunun tespit edildiği belirtilmiştir. Karar gerekçesinde anılan rapora değinilmiş, fiili uygulama şekline tarafların itirazlarının bulunmaması nedeniyle müşterek velayete gerek bulunmadığı, fiili duruma hukuki çerçeve kazandırmak gerektiği ifade edilerek velayet anneye verilmiştir.

2. Karara karşı istinaf başvurusunda bulunan baba dilekçesinde önceki velayet kararının değiştirilmesini gerektiren bir durum bulunmadığını, velayeti kötüye de kullanmadığını, çocuğun zaten annesiyle görüşmeye devam ettiğini, esasen mahkemenin müşterek velayetin mümkün olmadığı yönündeki gerekçesinin de doğru olmayıp ortak velayete karar verilebileceğini ileri sürmüştür. BAM Dairesi istinaf davasını kabul etmiş, müşterek velayete hükmederek çocuğun pazartesi – Perşembe annesinde, sonraki günler babasında kalarak şahsi ilişki tesisine hükmetmiştir.

3. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 18. maddesinde çocukların yetiştirilmesi ve geliştirilmesinde çocuğun yüksek yararının gözönünde tutulması ilkesi ifade edilmektedir. Bu ilkenin velayet ilişkisinin tesisinde de dikkate alınması gerekir. TMK hükümlerinde düzenlenmemekle birlikte AİHS Ek 7 Numaralı Protokol'ün "Eşler Arasında Eşitlik" kenar başlığını taşıyan 5. maddesinin, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca iç hukukun bir parçası olduğu hususu mahkemeler tarafından kabul edilmektedir. Anılan 5. madde şöyledir: "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 kuralda evlilik sona erdiğinde dahi çocuklarıyla ilişkilerinde hak ve sorumlulukları açısından eşitlik öngörülmeyle, velayet hakkı yönünden de eşitliğin söz konusu olacağı, dolayısıyla hukukumuzda müşterek velayetin artık asıl kural haline geldiği söylenebilir. Nitekim uyuşmazlığa konu dosyada mahkemelerin, hatta sosyal inceleme uzmanının yaklaşımı da bu yönde olmuştur. Bunun istisnası ise çocuğun yüksek menfaatinin aksini gerektiriyor olmasıdır. Diğer taraftan ek protokolde belirtilen haklarda eşitlik ilkesi karşısında, müşterek velayet için tarafların rızalarının veya oy birliğinin bulunması gibi bir şartın aranması da yerinde olmayacaktır. Fakat somut olayda tarafların bulunduğu hal ve şartlar karşısında çocuğun üstün yararının öyle gerektirmesi nedeniyle ya da bir tarafın rızasının olmamasının

çocukla ilişkileri ve yararını (müşterek velayetin yürütülmesini) olumsuz etkileyeceğinin anlaşılması durumunda aksi değerlendirilebilir. Nitekim ihlal kararı gerekçesinde atıf yapılan Yargıtay kararında müşterek velayet için tarafların fikir birliği içerisinde olması zorunlu görülmemiş fakat somut olayda bu durumun çekişme konusu olmadığı ek olarak ifade edilmiştir.

4. Öncelikle ifade edelim ki hukukumuzda son yıllarda daha çok uygulanmaya ve tartışılmaya başlanan müşterek velayete ilişkin ilkelerin ilk elden AYM tarafından belirlenmeye çalışıldığı anlamına gelecek değerlendirmelerin yapılması ikincillik ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

5. Diğer taraftan istinaf mahkemeleri hukukilik denetimi yanında asıl olarak maddi vaka denetimi yapmak üzere kurulmuştur. Varlık sebebi maddi vaka denetiminin tekrar yapılması ve sonucuna göre vicdani kanaat yargısına varılmasıdır. Temyiz incelemesinden farkı da budur. Aksi durumda salt hukukilik denetimi yapılacaksa temyiz incelemesinden ayrı bir denetime ihtiyaç kalmazdı. Bunun için istinaf mahkemelerinin duruşma açarak maddi vakaya uygun hukuki hukuki nitelendirme yapılması ve hukuki çözüm bulunması temel görevleridir. Duruşma açılmadan esas hakkında karar verilmesi hukuki dinlenilme ve meramını anlatma ilkelerinin gerçekleştirilmesini önleyebilecektir. İstinaf incelemesinde duruşmasız inceleme eğiliminin artması istinaf mahkemelerinin varlık nedeniyle çelişecek, hatta bu mahkemelerin temyiz mahkemesi gibi çalışmasına yol açabilecektir. Ne var ki incelenen başvuruda davalı tarafın duruşma açılması talebi HMK'nın 353/1-b maddesi uyarınca kabul edilmemiş ise de bu durum bu başvurunun konusunu oluşturmamaktadır.

6. Somut olayda istinaf incelemesi sırasında uyuşmazlık yeniden ele alınmış, yerel mahkemenin müşterek velayete gerek olmadığına ilişkin gerekçesi yerinde görülmemiş, Sosyal İnceleme Raporuna da atıfla çocuğun üstün yararı bakımından fiili durumla da uygunluk arzemesi nedeniyle müşterek velayet uygulamasının yerinde olacağı değerlendirilmiştir.

7. Mahkememiz Birinci Bölüm çoğunluğunun ihlal gerekçesinde asıl olarak şu hususlar üzerinde durulmuştur: "davalı babanın da velayetin kullanımına ilişkin açık bir talebinin olmadığı görülmüştür. ... taraflar arasındaki çekişmenin ortak velayetin sürdürülebilirliğine ve çocuğun psikolojik gelişimine muhtemel etkilerine ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı, ... hükme esas alınan bilirkişi raporunda ebeveynlerin ortak velayete ilişkin görüşlerine başvurulmadan hazırlandığı, mahkemenin de ebeveynlerin velayetin ortak kullanımına ilişkin iradelerini araştırmadığı görülmüştür." (par. 50) Çoğunluk gerekçesinde ayrıca çocuğun Cuma gününe kadar anne ile kalmaya alıştığı halde son kararda neden Perşembe günü baba yanına geçmesine karar verildiği ve alışılmış düzenin bozulduğu sorgulanmış, bu nedenle çocuğun üstün yararının mahkeme kararında tartışılmadığı belirtilmiştir (par. 51).

8. Bu değerlendirmeler karşısında Sosyal İnceleme Raporunda ise : "...çocuğun okul döneminde hafta içi annesinde, hafta sonu babasında kaldığı, var olan uygulamadan çocuğun memnun olduğu ... çocuğa yönelik ortak velayetin çocuğun üstün yararına olduğu, bu nedenle tarafların ortak velayete sahip olmasının çocuğun yararına olacağı değerlendirilmiştir." ifadeleriyle müşterek velayetin çocuğun üstün yararı bakımından gerekli olduğunun belirtildiği görülmektedir.

9. Çocuğun üstün yararının tartışılmadığı yorumu yapılan Bölge Adliye Mahkemesi Dairesinin kararında ise bu konuda şu ifadeler geçmektedir (ki bu ifadeler bireysel başvuru dilekçesinde de yer almaktadır):

“...mahkemenin de kabulünde olduğu üzere çocuğun velayeti taraflar arasında fiilen ortak kullanılmakta olup, küçükte bu uygulamadan memnundur. Dosyaya sunulan sosyal inceleme raporunda da velayetin anne ve babaya ortak verilmesinin çocuğun menfaatine olduğu bildirilmiştir. O halde; mahkemece, tarafların fiili yaşam şekli, küçük Eylül’ün istekleri ve menfaatleri gözetilerek velayetinin ortak olarak taraflara bırakılması gerekirken, hukuken mümkün olmadığı şeklindeki hatalı gerekçe ile velayetin değiştirilmesine karar verilmesi doğru olmamıştır. ...ilk derece mahkemesinin kararının çocuk için ortak velayete hükmedilmek suretiyle düzeltilmesi cihetine gidilmiştir.”

10. Görüldüğü üzere Sosyal İnceleme Raporunda çocuğun üstün yararı için müşterek velayet önerilmiş, BAM Dairesi de bunu dikkate alıp gerekçesinde tartışmış ve büyük ölçüde mevcut fiili durumdaki uygulamayı esas alarak bir karar vermiş, bunu da gerekçesine yansıtmıştır. Çoğunluk gerekçesiyle Daire kararı arasındaki fark, babayla görüşmenin Cuma günü yerine Perşembe günü başlamasında ortaya çıkmaktadır. Esasen başvuru dahi Perşembe gününden kaynaklanan bir olumsuzluğu dile getirmiş değildir. Başvurucu velayetin kendisine verilmesine yoğunlaşmıştır. BAM Dairesi kararı mevcut duruma en yakın çözüm olmuştur. Ayrıca çoğunluk kararında davalı babanın müşterek velayete dair açık bir talebi olmadığı söylendiği halde, davalının istinaf dilekçesinde müşterek velayete karar verilmesini talep ettiği anlaşılmaktadır ve bu husus mahkeme kararında yazılmıştır. Diğer yandan çoğunluk gerekçesinde müşterek velayet için sanki tarafların oy birliğinin gerektiği gibi bir yaklaşım görülmektedir ki Ek 7 numaralı protokoldaki 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 ikincilik ilkesine aykırı olur.

Sonuç olarak BAM Dairesi kararında çocuğun üstün yararının gözetilip tartışılmasına ve bu yönde bir sonuca ulaşılmasına karşın Mahkememiz Birinci Bölüm çoğunluğunun ikincilik ilkesini ihlal eder biçimde müşterek velayet kararı yönünden ihlal kararı vermiş olmasına katılmadığım için karşıoy kullandım.

Başkan Hasan Tahsin GÖKCAN