



T.C.
ÖMER HALİSDEMİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANA BİLİM DALI
KAMU YÖNETİMİ BİLİM DALI

**TÜRK HUKUKUNDA VELAYET HAKKI VE AVRUPA İNSAN
HAKLARI MAHKEMESİ İLE ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLARINA YANSIYAN PROBLEMLER**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Özgül YILMAZ KAÇMAZ

Niğde
Kasım, 2016

T.C.
ÖMER HALİSDEMİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANA BİLİM DALI

**TÜRK HUKUKUNDA VELAYET HAKKI VE AVRUPA İNSAN
HAKLARI MAHKEMESİ İLE ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLARINA YANSIYAN PROBLEMLER**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Özgül YILMAZ KAÇMAZ

Danışman : Yrd. Doç. Dr. Taner DEMİRKOL

Üye : Doç. Dr. Mehmet AKINCI

Üye : Yrd. Doç. Dr. Hatice Sevgi ZENGİN

Niğde
Kasım, 2016

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Türk Hukukunda Velayet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İle Anayasa Mahkemesi Kararlarına Yansıyan Problemler” başlıklı bu çalışmanın, bilimsel ve akademik kurallar çerçevesinde tez yazım kılavuzuna uygun olarak tarafımdan yazıldığını, yararlandığım eserlerin tamamının kaynaklarda gösterildiği ve çalışmanın içinde kullanıldıkları her yerde bunlara atıf yapıldığını belirtir ve bunu onurumla doğrularım. 25/11/2016

Özgül YILMAZ KAÇMAZ

ONAY SAYFASI

Yrd. Doç. Dr. Taner DEMİRKOL danışmanlığında Özgül YILMAZ KAÇMAZ tarafından hazırlanan "Türk Hukukunda Velayet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İle Anayasa Mahkemesi Kararlarına Yansıyan Problemler" adlı bu çalışma jürimiz tarafından Ömer HALİSDEMİR Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tarih: 25/11/2016

JÜRİ :

Danışman : Yrd. Doç. Dr. Taner DEMİRKOL
Üye : Doç. Dr. Mehmet AKINCI
Üye : Yrd. Doç. Dr. Hatice Sevgi ZENGİN

ONAY :

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulu'nun Tarih vesayılı kararı ile onaylanmıştır.

Doç. Dr. Ömer İSKENDEROĞLU
Enstitü Müdürü

ÖNSÖZ

Velayet hakkı “geleceğimizi” teşkil eden çocukların bakımı, yetiştirilmesi, korunup kollanması ve temsilini ifade eden hak ve yükümlülükler bütünü olduğu dikkate alındığında bu hak ve yükümlülükler yumağının hukuk sistemlerinde çok önemli bir kavramı ifade ettiği söylenilebilir. Velayet hakkının bu kapsam ve tanımından hareketle anne- babanın çocuğu ile ilgili velayet hakkı kapsamında aldığı bir kararın ya da bununla ilgili yaptığı bir uygulamanın yalnız “aileyi” ilgilendirdiğini söyleyebilmek de olanaksızdır. Velayet hakkının toplumu ilgilendiren yönü nedeniyle pek çok hukuk sistemi gibi Türk Hukuk sisteminde de bu hak Medeni Yasa’da düzenlenmiş, ayrıca çocuğun korunması ile ilgili olarak Çocuk Koruma Yasası ve Sosyal Hizmetler Yasası gibi özel Yasalarda da bu konuya ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bunun gibi bu hak ile ilgili olarak Yargıtay uygulamalarında da pek çok önemli ilkeye yer verilmiştir. Bu derece önemli bir hak ile ilgili olarak mevzuattaki düzenlemeler kadar bu hükümlerin uygulanması da önem taşımaktadır. Bu hak ile ilgili olarak adli ve idari mercilerin aldıkları kararların ve yaptıkları uygulamaların tüm sonuçları ile birlikte geri alınmasının hiç bir şekilde mümkün olmadığı gözetildiğinde velayet hakkının sahibi olan anne-babalar kadar bu hak ile ilgili karar alan adli ve idari mercilerin bu konu ile ilgili alınan kararlarda ve yapılan/ yapılacak uygulamalarda son derece titiz ve süratli davranması gereği açıktır.

Velayet hakkının yukarıda açıklanan önemi ve niteliği gözetilerek iki çocuğa sahip bir anne olarak bu konu tarafımın ilgisini çekmiş ve tezimin konusu bu şekilde belirlenmiştir. Bu çalışmanın birinci bölümünde hukuk sistemimizdeki velayet hakkı açıklanmış, ikinci bölümde ise tarafımca bu konuda Anayasa Mahkemesi ve AİHM’ce verilen kararların bir kısmı irdelenmiştir.

Bu çalışma ile amaçlanan anne-babasız geçirdiği bir günün çocuk açısından ya da çocuğu olmadan geçirdiği bir günün anne-baba açısından telafisinin yapılması mümkün olmadığı gözetilerek böyle mühim bir hak ile ilgili son yıllarda Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkı tanınmasıyla birlikte yapılan başvurulara ilişkin olarak mahkemece verilen kararların, yine aynı hak ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilmiş kararların konunun mevzuatımızdaki, Yargıtay kararlarında düzenleme şekli ile tahlilini yapmak ve çözümlerini ortaya koymak, bu hak ile ilgili olarak farkındalık yaratabilmektir.

Yüksek lisans tezimin yazımı ve bitirilmesi aşamasında iş yoğunluğu arasında kıymetli vakitlerini ayıran, yardım ve desteklerini hiç bir zaman esirgemeyen

danışman hocam Sayın Yrd. Doç.Dr Taner Demirkol'a yardımları, içtenliği ve engin hoşgörüsü için teşekkür ve saygılarımı sunarım.

İş bu çalışmamın hazırlanması esnasında vakitlerinden çaldığım canım yavrularım Zeynep Sude Kaçmaz ve Akif Mert Kaçmaz'a bu çalışmayı ithaf ederken, eşim Erkan Kaçmaz, annem Durna Yılmaz ve babam Nurettin Yılmaz'a da yardım ve desteklerinden dolayı teşekkür ederim.

ÖZET

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK HUKUKUNDA VELAYET HAKKI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İLE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA YANSIYAN PROBLEMLER

YILMAZ KAÇMAZ, Özgül

Kamu Yönetimi Anabilim Dalı

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Taner DEMİRKOL

Kasım 2016, Sayfa: 144+XI

Çocuk yeni doğduğunda ve belli bir yaşa gelene kadar kendi ihtiyaçlarını karşılayacak, kendisini koruyacak durumda değildir. Bu hususlarda çocuk bir yetişkinin yardımına muhtaçtır. Hayatın olağan akışına göre çocuğun dünyaya gelmesine vesile olan her anne baba bu göreve kendiliğinden talip olacak ve bu görevin kendileri haricinde başka kişiler tarafından yürütülmesini istemeyecektir. İşin doğası gereği de bu işi en iyi yapabilecek kişilerin çocuğun anne- babası olduğu açıktır. Önceki hukuk sistemlerinde velayet hakkına yalnızca babanın çocuk üzerindeki mutlak hakkı olarak anlam verilmiş iken; günümüzde bu hak anne ve babaya çocuğun yetiştirilmesi, korunması ve temsili için verilen hak ve yükümlülükler bütününe ifade eder hale gelmiştir. Bu hakkın 1982 Anayasası'ndaki düzenlemesi 41.madde ile olmuştur. Bu madde incelendiğinde de Türk Hukuk sisteminde bu bağlamda eşler arasında eşitliğin kabul edildiği ve ailenin huzurunun, refahının sağlanması, ananın ve çocuğun korunması konularında Devlet'e de önemli bir görev verildiği görülmektedir.

Son zamanlarda velayet hakkına ilişkin uyuşmazlıklar hususunda Anayasa Mahkemesi ve AİHM'e yansıyan problemler artmaktadır. Anayasa Mahkemesince ya da AİHM'ce verilen ihlal kararları velayete ilişkin uyuşmazlıkta gerek çocuk üzerindeki gerekse veli üzerindeki etkilerini tam anlamıyla ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Bu bağlamda bu çalışma ile velayet hakkına ilişkin hukuk sistemimizdeki mevcut durumun ne olduğunun tespiti yapılarak, velayet hakkı bağlamında Anayasa Mahkemesi ile AİHM kararlarına yansıyan problemler ve bu

problemlere verilen kararlar ışığında mahkemelerin bakış açıları ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ayrıca yeri geldikçe konunun Yargıtay kararlarındaki ele alınışına ve kurulan hükümlerine de değinilerek, bu hak ile ilgili olarak farkındalık oluşturulmak amaçlanmıştır.

Bu çalışma hazırlanırken konuya ilişkin kütüphane ve internet ortamında yayınlanmış kaynaklar taranmış, kaynakların içerikleri incelenerek ve bilgiler harmanlanarak bu çalışma oluşturulmuştur. Bilhassa çalışmanın ikinci bölümünde Anayasa Mahkemesi'nin ve AİHM'nin konuya ilişkin verdiği kararlardan faydalanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: velayet hakkı, Anayasa Mahkemesi, AİHM

ABSTRACT

MASTER THESIS

CUSTODY RIGHTS IN TURKISH LAW SYSTEM AND PROBLEMS THAT HAVE BEEN REFLECTED TO EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE SUPREME COURT

YILMAZ KAÇMAZ, Özgül

Department of Public Administration

Supervisor: Assistant Professor Taner DEMİRKOL

November 2016, Pages :144+XI

A child can't guard himself/herself when he/she is born until they reach a significant age. In these issues, child is in need for help from an adult. According to the ordinary course of life, the parents who helped a child to come to earth, instinctively follow the task and don't want the task to be carried out by others except themselves. Necessary of the tasks nature, clearly the parents are the best people who can handle this job. In the previous legal systems, whereas the right to custody was to only the father whom had absolute claim rights on the child, nowadays this right is made of as whole of rights and obligations given to the parents which are raising the child, protection and representation of the child. Adjustment of this right in The 1982 Constitution was made by article 41. When this article is examined, it is seen that there is acceptance of equality between husband and wife, also given an important task to the government for ensuring peace and prosperity of family and protection of mother and child in the Turkish legal system.

Nowadays problems arising from the right of custody have been increasing in the Supreme Court and the ECHR. The decisions given by the Supreme Court and ECHR can't erase the effects of the discrepancy coming from the custody battle. In this context, this study aims to determine the current status of our legal system in terms of custody rights. The problematic cases of custody rights taken to the Supreme Court and ECHR and their decisions have been further examined. Additionally, it is aimed to create awareness to the issue by examining decisions made by the Court of Cassations.

This study has been put forward by using a mixture of sources both from libraries and internet. Especially in the second part of the study, the focus has been given to the decisions given by the Supreme Court and the ECHR.

Key Words: The right to custody, The Supreme Court, The ECHR

İÇİNDEKİLER

ÖN SÖZ.....	i
ÖZET	iii
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER	vii
ŞEKİLLER LİSTESİ	x
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
TÜRK HUKUKUNDA VELAYET HAKKI	3
1.1 Velâyet Hakkının Tanımı Mahiyeti ve Özellikleri.....	3
1.1.1 Velâyet Hakkının Tanımı	3
1.1.2 Velâyet Hakkının Mahiyeti ve Özellikleri	5
1.1.2.1 Velâyet Hakkının Mahiyeti.....	5
1.1.2.2 Velâyet Hakkının Özellikleri	5
1.2 Çocukluk	8
1.2.1 Hukukta Çocuk Kavramı	8
1.2.2 Çocukluğun Başlangıcı	9
1.2.3 Ana Rahmindeki Çocuğun Hukuksal Durumu	11
1.2.4 Çocukluğun (Küçüklüğün) Sona Ermesi	12
1.2.4.1 Normal Yetişkinlik.....	13
1.2.4.2 Evlenmeyle Kazanılan Yetişkinlik	14
1.2.4.3 Yargı Kararı İle Kazanılan Yetişkinlik(Çocukluktan Çıkma Talebi)	15
1.2.5 Yetişkinliğin Hukuki Sonuçları	17
1.3 Çocuğun Velâyet Altında Olması Halleri	17
1.3.1 Yetişkin Olmayan Çocuklarda Velâyet	17
1.3.1.1 Kural Yetişkin Olmayan Çocuğun Ebeveynlerinin Velayeti Altında Olmasıdır.....	18
1.3.1.2 Yasal Sebep Olmadıkça Velayet Ebeveynlerden Alınmaz	18
1.3.2 Yetişkin Olan Çocuklarda Velâyet	18
1.3.3 Yetişkin Olmayan Çocukların Velayet Altında Olması Hali ile Yetişkin Olan Çocukların Kısıtlanılarak Velayet Altına Alınması Arasındaki Farklar	21
1.4 Velayet Hakkına Sahip Olanlar	22

1.4.1 Genel Olarak	22
1.4.2 Çocuğun Ebeveynleri Evli İse Velayet	25
1.4.2.1 Velayetin Eşlerden Birine Verilmesi	28
1.4.2.1.1 Ortak Hayata Son Verilmesi	28
1.4.2.1.2 Ebeveynlerinin Ayrılması Durumunda	29
1.4.2.1.3 Ebeveynlerinin Boşanması Durumunda	30
1.4.2.1.3.1 Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu.....	32
1.4.2.1.3.2 Boşanmada Velayetin Düzenlenmesi	36
1.4.2.1.4 Ebeveynlerden Birinin Ölümü	42
1.4.2.1.5 Ebeveynlerden Birinin Gaipliğine Karar Verilmesi	44
1.4.2.1.6 Evliliğin Butlanına Karar Verilmesi	44
1.4.3 Çocuğun Ebeveynleri Evli Değil İse Velayet	45
1.5.1 Velayetin Sınırları	49
1.5.1.1 Genel Olarak	49
1.5.1.2 Çocuğun Kişi Varlığı Bakımından Velayetin Sınırları	51
1.5.1.2.1 Çocuğun eğitimi ve bakımında Onun Menfaatini Gözetip Gerekli Kararları Alması ve Çocuğu Olanakları Ölçüsünde Yetiştirmesi ve Eğitimi Sağlaması	54
1.5.1.2.2 Çocuğun Eğitiminin Bir Aracı Olarak Velisinin Sözüünü Dinleme Yükümlülüğü	61
1.5.1.2.3 Çocuğu ile Birlikte Yaşamaması	62
1.5.1.2.4 Çocuğun Adını Koyması.....	64
1.5.1.2.5 Çocuğu Temsil Yetkisi	65
1.5.1.2.5.1 Genel Bilgiler	65
1.5.1.2.5.2 Temsil Yetkisinin Kullanılması	67
1.5.1.2.5.3 Çocuğun Fiil Ehliyeti	68
1.5.1.2.5.4 Çocuğun Aileyi Temsil Etmesi	70
1.5.1.2.5.5 Ebeveynlerin Temsil Yetkisinin Sınırlandırıldığı İşlemler	70
1.5.1.3 Çocuğun Mal varlığı Bakımından Velayetin Sınırları	71
1.5.1.3.1 Çocuk Mal Varlıklarının İdaresi	72
1.5.1.3.2 Çocuk Malvarlıklarını Kullanma Hakkı	75
1.5.1.3.3 Çocuk Mal Varlıklarının Gelirinin Harcanması	76
1.5.1.3.4 Çocuk Mal varlıklarının Kısmen Sarf edilmesi	77
1.5.1.3.5 Para Dışındaki Diğer Malvarlıkların Sarfı	77

1.5.1.3.6 Çocuğun Serbest Malvarlıkları	78
İKİNCİ BÖLÜM	79
VELAYET HAKKININ AİHM VE ANAYASA MAHKEMESİ'NE YANSIYAN PROBLEMLERİ.....	79
2.1 Koruma Altına Alınan Çocuklar	79
2.1.1 Medeni Kanun Açısından Çocuğun Muhafaza Altına Alınması	79
2.1.2 Özel Yasalar Açısından Durum	81
2.1.2.1 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu Açısından Durum	82
2.1.2.2 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu Açısından Durum	85
2.1.2.3 Koruma Altına Alınan Çocuklar Yönünden AİHM ve AYM Kararları ..	88
2.1.2 Velayetin Anneye Tevdiinden Sonra Soyadı Problemi	92
2.1.2.1 Soyadı Kavramı	92
2.1.2.2 Türk Hukukunda Evli Kadının Soyadı ve Çocuğun Soyadı	94
2.1.2.2.1 Evli Kadının Soyadı	94
2.1.2.2.2 Çocuğun Soyadı	103
2.1.2.2.1 Genel Olarak Çocuğun Soyadının Velayete Bağlı Olmaması	103
2.1.2.2.2 Velayetin Eşlerden Birine Tevdii Halinde Çocuğun Soyadı	109
2.1.2.2.3 Çocuğun Soyadı Bağlamında AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları	111
2.1.3 Kişisel İlişki (Velayet Hakkı Verilmeyen Taraf İle Görüşme).....	117
2.1.3.1 Genel Olarak Kişisel İlişki.....	117
2.1.3.2 Kişisel İlişkinin AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Yansıması	120
2.1.4 Çocuk Teslimi (Pozitif Sorumluluk Davaları).....	130
2.1.4.2 Çocuk Teslimine İlişkin AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Yansıyan Problemler.....	131
SONUÇ.....	135
KAYNAKÇA.....	141

ŞEKİLLER LİSTESİ

Şekil 1: Velayet Hakkına Sahip Olanlar.....	24
Şekil 2: Velayet Hakkının Sınırları.....	51

KISALTMALAR

age	: Adı Geçen Eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AMK	: Aile Mahkemeleri Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BMÇHS	: Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSYK	: Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
m	: Madde
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd	: ve diğer

GİRİŞ

Toplumun temeli aile, ailenin temeli ise çocuktur. Toplumların geleceğinin çocuklarda saklı olduğunu söylemek mümkündür. Zira bugünün çocuğu yarının yetişkin bireyi olacaktır. Bundan dolayıdır ki, çocukların bedeni, fikri, ruhi ve ahlaki yönden iyi bir biçimde yetiştirilmeleri gelecek nesillerin bu yönlerden donanımlı olması demek olup, bu yüzden de çocukların yetiştirilmesinde ve korunmalarında sadece çocuğun ve anne- babasının değil, tüm toplumun yararı vardır. İşte bu yüzden modern toplumda Devletler hukuk sistemlerine ana- baba ile çocuk arasındaki ilişkiyi “ velayet hakkı ” veya benzer manada bir ad altında düzenlemiş ve bu hakkın hem hak hem de sorumlulukları kapsadığını kabul etmiştir. Tabiatı gereği çocuk, kişi varlığını ve mal varlığını koruyamaz, kendisini temsil edemez. Bu noktada velayet hakkı devreye girer ve çocuğun korunmaya muhtaç olduğu çocukluk döneminden çıkıp yetişkinlik dönemine bağımsız ve sağlıklı bir kişiliğe sahip olarak ulaşması için gereken tüm sorumluluk ve hakları bünyesinde toplar. Bu bağlamda velayetin sınırlarını çocuğun mal varlığının ve kişiliğinin muhafaza altına alınması ve temsili oluşturur. Anne- baba ile çocuk arasındaki doğal bağ nedeniyle velayet hakkının en iyi ve çocuk faydasına olacak biçimde ana- baba tarafından kullanılabilceği varsayımından hareketle kanun koyucu kural olarak velayet hakkını ana- babaya vermiştir. Çünkü çocuğun kendi anne- babası kadar onu sevecek, onunla ilgilenecek, onun ihtiyaçlarını karşılayacak ve bunları yaparken de çocuğun yararını en üst seviyede tutacak bir başka birey yeryüzünde yoktur. Devletin yahut kanun koyucunun velayet hakkını anne- babaya verirken; velayet hakkının az evvel açıklanılan toplum ilgilendiren yönü nedeniyle de kamu düzenine ilişkin bir hak olduğunu kabul ederek, bu hakkın kullanımını sıkı denetim altına almıştır.

Bu tezin konusu “Türk Hukukunda Velayet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi Kararlarına Yansıyan Problemleri” olarak seçilmiş ve böylelikle ehemmiyetli bir hakkın Türk Hukuku'ndaki düzenlenme şeklinin ve bu hak ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına yansıyan problemlerin incelenmesi amaçlanmıştır.

Tezin birinci bölümü “Türk Hukuku'nda Velayet Hakkı”na ayrılmıştır. Birinci bölüm velayet hakkının tarifi, mahiyeti ve özellikleri; çocukluk; çocuğun velayet

altında olması halleri, velayet hakkına sahip olanlar ve velayetin sınırları alt başlıkları altında inceleme konusu yapılmıştır.

Tezin ikinci bölümü “Velayet Hakkının AİHM ve Anayasa Mahkemesi'ne Yansıyan Problemleri” kısmına ayrılmış olup; bu bölümde koruma altına alınan çocuklar, velayetin anneye tevdiinden sonra soyadı problemi, kişisel ilişki (velayet hakkı verilmeyen taraf ile görüşme), çocuk teslimi (pozitif sorumluluk davaları) konuları altında irdelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA VELAYET HAKKI

1.1 Velâyet Hakkının Tarifi Mahiyeti ve Özellikleri

1.1.1 Velâyet Hakkının Tarifi

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda velâyetin ve ya velâyet hakkının tarifine yer verilmemiştir. Velâyet hakkının pek çok kaynakta ve Yargıtay kararlarında tarifi yapılmıştır. Bunlar şu biçimdedir.

“Velâyet” sözcüğü etimolojik açıdan Arapça kökenli bir sözcük olup egemenlik içeren bir kavramdır. Velâyetin kavram olarak kökü, doğal soy(nesep) ilişkisine dayanır. Velâyet yalnız çocukları kapsar. Toplum bilimi açısından ebeveynlerinin oluşturduğu nüve(çekirdek) birime, temel topluluğa çocuğun katılımı sonucu, ikinci aşamada oluşan toplulukta kendiliğinden var olan ebeveynler egemenliğinin ortaya çıkış şekline, belirlenmiş durumuna bu statüye hukukta verilen addır. Bir başka deyişle, velâyet, evlilik birliği içinde ebeveynlere tanınan bir egemenlik türüdür, birlikte kullanılan bir yetki ve etkin, ailesel bir güçtür.¹

Medeni hukuk sistemimizde velâyet kavramı, vesayet kurumuna, komşusu olan bu kuruma yakınlığı ve benzerliği nedeniyle ailede küçüklerin, arada bir de kısıtlı yetişkin çocukların şahsiyetlerinin ve malvarlıklarının muhafaza altına alınması ve onların temsili yönünden ebeveynlerin sahip oldukları hak ve sorumluluklarla donatılmış yetkiyi anlatıp tanımlamak için kullanılan hukuksal bir terimdir.²

Velâyet küçüklerin, kimi durumlarda da yetişkin sınırlı çocukların kişiliğine, malvarlıklarına özen göstermek ve onun adına etmek konusunda ebeveynlere verilen sorumluluklarla, bunların çocuğun faydasına gereken biçimde yerine getirilmesini sağlayan yetkileri içeren ve yalnızca çocuğun güvence altına alınması amacını sağlayan bir kurumdur.³

1Özmen, İ. (2013). Velayet Hukuku Davaları Çocuk Hakları Aile ve Çocuk Mahkemeleri (3.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi. s12

2 Özmen, İ. a.g.e. s13

3Prof. Dr. Akyüz, E. (2015). Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Muhafaza altına alınması (4. Baskı). Ankara: Pegem Akademi. s223

Velâyet, yetişkin olmayan çocukların ve kimi durumlarda sınırlı çocukların gerek kişiliklerinin gerek malvarlıklarının güvence altına alınması ve onların temsil etmekte konusunda kanunun birinci derece yakınlarına yüklediği görevler ile bu görevlerin gerekli olan hakların tamamını ifade eder.⁴

Doktrinde velâyetin anlamı; Medeni Kanun'daki sınırları ve vasfı temel alınarak yapılmıştır. Velâyetin anlamı; hukuki vasfı konusunda ağırlıklı fikir velâyetin çift yönlü olduğu, hak ve görevleri kapladığı yönündedir ve gerek yetişkin olmayan gerekse bazen de kısıtlı ehliyetli yetişkin çocukların kişileri ve malvarlıklarının güvence altına alınması ve temsilleri konusunda babanın sahip olduğu tüm hak ve yükümlülükler olarak açıklanmaktadır.⁵

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede velâyetin tarifi yapılmamış, ancak 5.maddesinde ebeveynlerin sorumlulukları, hakları ve görevleri düzenlenmiştir (theresponsibilities, rightsandduties of parents). Sözleşme, çocuk, ebeveynleri ve devlet arasındaki ilişkiler için bir çerçeve oluşturmaktadır (Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m.5,8). Esnek bir aile tarifinin yanı sıra “ebeveynlerin sorumlulukları” ile “çocuğun gelişim halindeki yeteneklerini” ve hakları bizzat çocuğun kullanacağını vurgulayarak, çocuğa hakların aktif bir öznesi olarak bakıldığını açıkça ortaya koymaktadır.⁶

Velâyet, yetişkin olmayan çocukların ve kimi zamandasınırlı yetişkin çocukların gerek kendilerine, gerekse malvarlıklarına özen gösterme ve onları temsiletme konusunda kanunun ebeveynlere verdiği sorumluluklar ile bu sorumlulukların doğru bir biçimde yerine getirilmesini temin etmek üzere onlara verdiği hakların tamamıdır. Başka bir tanımla velâyet “analık ve babalık mükellefiyetlerinin (sorumluluklarının) icrasını (yerine getirilmesini) mümkün kılmak amacıyla, reşit(yetişkin) olmayan çocukların kişi ve malvarlıklarına müteallik (ilişkin) olmak üzere kanunun ebeveynlere tanıdığı hak ve borçların heyeti umumiyesini (tamamını) ifade eden bir durumdur.⁷

Yargıtay'ın velâyet tarifine gelince; velâyet hakkı çocuğun muhafaza altına alınmasını temin etmek için onların kişileri ve malvarlıkları üzerinde ebeveynlerin

4Gençcan, Ö.U. (2015). Velayet Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları. s61

5Usta, S.(2012). Çocuk Hakları ve Velayet. s20-21

6Usta, S. a.g.e. s20

7Prof. Dr. Akıntürk, T. Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. (2016). Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku (18. Baskı). İstanbul:Beta Basım A.Ş. s406

sahip oldukları görevlerin hakların ve yetkilerin tamamıdır (2.HD.E:1999/13346,K:2000/581,T:25/01/2000).⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16/10/1991 gün ve 360-502 sayılı kararında açıkça vurgulandığı üzere; velayet, çocukların bakım, himaye altına alma ve çeşitli yönlerden yetiştirilmesini temin etmek amacıyla ebeveynlerinin, çocukların, kişileri ve malvarlıkları üzerinde haiz oldukları hak, yetki ve görevlerdir.⁹

Velayet kurumunun hukuki vasfı bakımından ehemmiyetli bir mana değişimi geçirdiği ifade edilebilir. Şöyle ki; önceleri velayet, genellikle ebeveynlerin çocukları karşısındaki hâkimiyet hakkı olarak görülürken, bugün sorumluluk-hak olarak anlaşılmaktadır.¹⁰

1.1.2 Velâyet Hakkının Mahiyeti ve Özellikleri

1.1.2.1 Velâyet Hakkının Mahiyeti

Velayet hakkının mahiyetini onun yukarıda yapılan tanımlarından yola çıkarak belirlemek mümkündür. Velayet hakkı kavramı bir aile hukuku terimidir.

Velayet, ana ve(ya) babanın korunmayı gereksinen küçük ve ya kısıtlı, evlilik dışında veya evlilik içinde doğmuş çocuklarının bakımına, gereksinimlerinin karşılanmasına, faydalarının muhafaza altına alınmasına, onların mal varlıklarının yönetilip kullanılmasına, değerlendirilmesine ve çocukların temsiline ilişkin hak ve sorumlulukların toplamıdır. Demek ki velayetin çerçevesi içinde üç bölme vardır: a)Çocuğun kişi varlığının muhafaza altına alınması, b)çocuğun mal varlığının muhafaza altına alınması ve c)bu iki bölmeye de ayağını basan “çocuğun temsil edilmesi”. TMK m.339-341 kuralları çocuğun kişi varlığının muhafaza altına alınmasına, TMK m.352-363 kuralları çocuğun mal varlığının muhafaza altına alınmasına, TMK m.342-345 kuralları da çocuğun temsiline özgülenmiştir.¹¹

1.1.2.2 Velâyet Hakkının Özellikleri

Velayet hakkı, doktrindeki bir fikre göre, kişiler üzerindeki mutlak haklardan

8 Av. Ertuğrul, N., Av. Ertuğrul, T. (2011). Uygulamada Boşanma Davaları Cilt2. Ankara. s1436

9 Bulut,H.(2007). Aile Hukukunda Velayet ve Nafaka Davaları. Ankara:Beta Yayınları .s3

10 Dr. İmamoğlu, S.H.(2005). Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi. AÜHFD.s166

11 Prof.Dr.Serozan,R.(2005).Çocuk Hukuku.(2.Bası).İstanbul: Vedat Kitapçılık.s250

olup, başkaları üzerindeki mutlak haklar sınıflandırmasında yer almaktadır ve veli, velayet hakkını bunu ihlal eden herkese karşı ileri sürebilme hakkına haizdir. Bu fikre göre, her ne kadar modern hukuk düzenlerinde kişiler hakkın konusu olmaktan ziyade sahibi olarak nitelendirilseler de, kendini koruyamayacak ve aciz durumda olan kişiler istisna olarak değerlendirilmiş ve bu kişiler üzerinde mutlak hakkın olduğu kabul edilmiştir. Ebeveynlerin şahsiyet haklarına dayanmakla birlikte velayet, ebeveynlerin kendi faydasına olmayıp, çocuğun faydasına tanınan bir haktır. Nitekim velayetin ebeveynlerin faydasına değil, çocuğun faydasına bir hak olduğu BMÇHS hükümleri ile de ifade edilmiştir. Bir diğer fikir ise, velayet, vesayet ve ev reisliğini mutlak korumalı görev hakları, mutlak aile hakları kategorisinde değerlendirmektedir. Bu fikre göre, esasında velayet, vesayet ve ev reisliği mal varlığı mutlak hakları manasında mutlak hak olmayıp, ihlallere karşı mutlak hak gibi korunmuş olan görev haklarıdır. Dolayısı ile bu hakları başkasının şahsı üzerinde mutlak hak olarak algılamamak gerekmektedir.¹²

Velâyet, ebeveynler için bir hak olduğu gibi aynı zamanda da bir görevdir, işlevdir. Velayet evlilik müessesesi içinde yer alıp toplum düzenini yakından ilgilendirir. Bu nedenle kamu düzeniyle sıkı sıkıya bağlantılıdır. Öyleyse velayet işlevinin yerine getirilip getirilmediğini devlet denetlemek zorundadır, bu devlete ait bir görevdir. Ebeveynlerin velâyet hakkı temelini onların şahsiyet haklarında bulur. Ebeveynler velâyet hakkını kullanamıyor ve ya bu görevlerini yerine getiremiyorsa duruma devlet el koyarak velayet hakkını ebeveynlerden alarak çocuğa vasi tayin edilmesini sağlayabilir. Gerçekte velâyet çocuğun faydasına kullanılması gereken bir yetkiler yumağıdır. Bu duyarlı yetkilerin kullanılması, kamusal gözetim ve denetim altında yerine getirilir. Velayet hem bir hak, hem bir yetki, hem bir erk, hem de bir görevdir. Velayet kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır; başkalarına devri, geçici olarak olsa bile tevdi, verilmesi olanaksız bir haktır. Çağdaş hukukta, velayet öncelikli bir görev sayılır. Ebeveynler velayet nedeniyle kendilerine tanınan yetki ve görevleri yerine getirmekle yükümlüdür. Velayetten feragat edemezler, velayet görevini savaştıkları ve ya kötüye kullanma Devletin işe el koymasını gerektirir.¹³ Hakkın kendisinden feragat edilemeyeceği gibi, velayetin gerektirdiği herhangi bir görevin ifasından da feragat edilmesi söz konusu değildir. Ancak çocuğun mal varlığını yönetme hakkından feragat mümkün olmamakla birlikte ebeveynlerin çocuğun mal

12 Av.Karaca,H.a.g.e. s25

13 Özmen, İ. a.g.e. s12-13

varlığını kullanma ve ondan yararlanma hakkından feragat etmesi mümkün olabilmektedir. Yine ebeveynlerin velayetin icrası konusunda kendilerini yetersiz görmeleri halinde velayetin kaldırılması veya değiştirilmesi yönündeki taleplerinin hâkime bildirilmesi ile hâkim tarafından gerekli araştırmalar yapılarak objektif kriterler neticesinde velayetin kaldırılmasına ve ya en azından diğer koruma önlemlerinin alınmasına zemin hazırlanabilir.¹⁴ Velayetin kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle velayete ilişkin davalarda hukuk yargılamasında esas olan taraflarca hazırlama ilkesinden ayrılarak re'sen araştırma ilkesi uygulanmaktadır. Yani, hâkim bu davalarda taraflar talep etmeseler ve ya dilekçelerinde delil olarak göstermeseler dahi mahkemece konunun aydınlatılması için gerekli görülen tüm deliller toplanılmaktadır.

Velâyetin yukarıda yer verilen vasıflarından bir başka özelliği ise velâyetin çocuğun faydasına olmasıdır. Velâyet kullanılırken çocuğa bağımsızlık kazandırılması, yararlarının muhafaza altına alınması ve gerçekleştirilmesine yönelik bir hizmet görüldüğünden, velâyet bunu kullananın yararına tanınmış bir hak değil, çocuğun faydasına ebeveynlere tanınan işlevsel sosyal bir yüküm hakkıdır.¹⁵

Velayetin bir diğer özelliği velayetin bir bütün olmasıdır. Velâyet çocuğun kişiliğine ve mal varlıklarına itina gösterilmesini hedefleyen yetki ve görevler bütünüdür. Bunun sonucu olarak velâyetin kapsadığı yeti ve görevler ebeveynler arasında paylaşılamaz. Başka bir anlatım ile ebeveynlerden birine çocuğun kişiliğine itina, diğerine mal varlıklarını yönetme yetkisi bırakılamaz (TMK m.326/I). Aynı biçimde velâyetin bir süre anaya, bir süre babaya ait olması şeklinde bir paylaşım yapılamaz.¹⁶ Bununla birlikte velayet hakkının devredilemez vasıfta olduğuna ilişkin anlayış, TMK md.338'de yumuşatılmış ve üvey ana veya babanın durum ve koşulların zaruri kıldığı kadar çocuğun ihtiyaçları için onun adına edeceği hükme alınmıştır.¹⁷

Velâyet hakkının bir diğer özelliği süresiz olmamasıdır. Velâyet hakkı süresiz olsa idi bu durum onun amacını da aykırı olurdu. Velâyetin sınırları çocuk yetişkinliğe varıncaya kadar gittikçe daralır ve yetişkinlikle birlikte sona erer.¹⁸

14 Av.Karaca,H.a.g.e. s26

15 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s224

16 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s225

17 Av.Karaca,H.a.g.e. s26

18 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s225

1.2 Çocukluk

Çocukluk, ebeveynler ile çocuk arasındaki soy bağına dayanan hısımlık ilişkisini ifade eder. Çocukluk durumuna bağlanan sonuçlardan biri olarak, velayetin varlığı çocukluk durumu ile ilişkilidir. Çocukluk gibi velayet hakkı da süreye bağlıdır ve kural olarak çocukluğun sona ermesi ile birlikte kendiliğinden sona erecektir. Velayet bu süre içinde çocukla ebeveynler arasındaki hukuki ilişkiyi belirler. Çocukluğun tarifi, ne zaman başladığı ve sona erdiğine bağlı olarak belirlenmekte ve velayet de bu süreye bağlı olarak varlığını sürdürmektedir.¹⁹

Hukuki açıdan çocukluğun başlangıcı ve sona erişti tartışmalı alanlardandır. Bu alanların tespiti, sadece çocukluk sürecinde sahip olunan haklardan yararlanıldığı için önem taşımaktadır. Her düzenleme, ait olduğu alana ilişkin koruduğu menfaatler ışığında bir seçim yaparak ve çocuğun özgürlüğü ile koruma ihtiyacı arasında denge kurarak, çocukluğun ne zaman başladığına ve bittiğine ilişkin bir ön kabulden yola çıkarak, çocuk tarifi getirir.

Yetişkin olma, insanın hukuken tam olarak özerk (sui iuris-autonomous-emancipatio) olmasını ifade ederken, sadece özel hak ve ayrıcalıklarla donatılmış olan çocukluk statüsüne ve bu döneme ait ulusal ve Uluslararası yasalardan kaynaklanan korumanın kaybedileceğini de ifade etmektedir. Dolayısı ile birey olarak çocuk, yaş düzeylerine göre zihinsel ve fiziksel gelişimindeki farklılıkları da göz önünde tutarak, henüz yeterli olgunluk yaşına erişmemiş insandır. Eşitlik ilkesi gereği, çocuk haklarının yetişkinlerin insan haklarından farklı olmaması gerekmektedir. Birlikte, çocukları hem özel haklara sahiptir hem de hakların uygulanma biçimleri çocukların yaş kategorilerine göre farklıdır. Bireyin bu dönemi çocukluk adı verilen özel hukuki statüye tabidir ve çocukluk temel bir insan hakkıdır ve her çocuk bu dönemde “çocukluk hakkı”na sahiptir.²⁰

1.2.1 Hukukta Çocuk Kavramı

Çocukluk kullanıldığı yere göre, çeşitli evreleri kapsar. Bilim dalları çocukluğun başladığı zamanı doğum anından başladığını belirtmekte, fakat çocukluk

19 Usta, S. a.g.e. s7

20 Usta, S. a.g.e. s8

süreci ve bitişi konusunda aynı fikirleri paylaşmamaktadırlar.²¹Hukukta çocuk terimi, çocuğu yetişkinden ayırt etmek ve çocuk ile ebeveynleri arasında soy bağıını belirlemek için iki farklı anlamda kullanılmaktadır.

Hukukta, çocukluk belli bir yaşın altındakiler için kabul edilir. Ancak diğer hukuk dallarında çocukların fiziksel, ruhsal-ahlâki güvenliği ile ilgili gerekli korumamın yapılması maksadıyla (18 yaş) altındaki çocuklar için bir sınırlama yapılmıştır. Örnek verilecek olunursa, Türk ceza hukukunda, çocuğun suça sürüklendiği durumlarda 12 yaşın altındakilerin ceza sorumluluğu yoktur. Çocuğun suçun mağduru olduğu durumlarda da farklı yaşlara göre çocuk himaye edilmektedir. İş hukukunda, 15 yaşın altındaki çocuklar çalıştırılmazlar. Ancak hafif işlerde 14 yaşındaki çocuklar çalıştırılabilirler (İş Kanunu m.71,87). Çocuk 12 yaşında derneğe üye olma hakkını, 15 yaşında ise dernek kurma hakkını kazanır (Dernekler Kanunu m.3). 7 yaşında ilköğrenim zorunluluğu başlar (Milli Eğitim Temel Kanunu m.22), 15 yaşında yeminli tanıklık ehliyeti kazanılır (Ceza Muhakemesi Kanunu m.50).

Hukuki bakımdan çocukluk kavramının ne manaya geldiği, çocuğun hangi andan hangi yaşa kadar yardıma ve korunmaya muhtaç olduğu sorusunun yanıtına bağlıdır. Çocuk kuşkusuz yaşamının ilk anından başlayarak yardım ve korunmaya muhtaçtır. Fakat bu korumanın ne zamana kadar devam edeceği sorusuna kesin bir yanıt bulmak kolay değildir. Çünkü korumanın devam edeceği süre çocuğun biyolojik gelişiminin hızına sıkı sıkıya bağlıdır. Her çocukta farklı olan biyolojik gelişme bedensel olgunluğa bağlanabilir.

İslam ve Roma hukukundaki benzer eski hukuk sistemleri fiziksel olgunluğun cinsel olgunluğa ulaşmakla tamamlandığını kabul etmişlerdi. Fakat modern hukuk sistemleri fikirselleşmiş olgunluğa ulaşmış çocukların küçüklükten çıkarak yetişkin(reşit) olduklarını kabul etmektedir.²² Aşağıda çocukluğun hukukta başlangıcı ve bitişine velayet hakkının ana süjesinin çocuk olması nedeniyle yer verilecektir.

1.2.2 Çocukluğun Başlangıcı

Türk hukuk sistemi açısından konuya ışık tutacak vasıfta olan TMK m.28 “Şahsiyet, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak

21 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 91

22 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 100

elde eder.” hükmünü getirmiştir.

Türk hukukunda çocukluk kişiliğin kazanılmasıyla başlar. Medeni Yasa' ya göre, kişilik çocuğun canlı olarak tamamıyla doğduğu anda kazanılır (m.28). İnsanların ne zaman şahsiyet kazandıkları, kişinin hukuken hakların sahibi, borçların yükümlüsü olması ve hukuk düzeni tarafından muhafaza altına alınması bakımından ehemmiyetlidir.²³Şahsiyet kavramı kişi kavramının üzerinde ve onu da içeren/kapsayan bir kavramdır. Psikolojik manadaki şahsiyet kavramı, hukuksal manadaki şahsiyet kavramından farklıdır. Şahsiyet: Kişiyi ve onun bu vasıflarına sahip olduğu bütün hakları, varlıkları ve değerlerinin bütünüdür. Kişinin kişisel değerleri:-Manevî değerleri: Onuru, saygınlığı, ehliyetleri, gizli yaşam alanı, ortak yaşam alanı, inanç ve özgürlükleri, adı ve resim üzerindeki hakkı;-Maddi bedensel değerleri: Yaşam, beden bütünlüğü, sağlığı;-Meslekî-ticarî manevî değerleri, meslekî ve ticarî onur ve saygınlığı, meslekî ve ticarî gizleri ve kredisi sayılabilir.²⁴

Medeni Yasamız gerçek kişiliğin başlamış sayılabilmesi için çocuğun tam ve sağ doğmuş olmasını öngörmektedir (TMK m.28). Demek ki Yasaya göre kişiliğin oluşabilmesi için: 1-Tam doğum olacak, 2-Sağ doğum olacak. Bu iki koşulun gerçekleşmesi halinde şahsiyet kendiliğinden oluşur ve başlar. Buna ek koşul aranmaz. Türk, İsviçre ve Alman hukukunda şahsiyet bu biçimde oluşur. Çocukluk insan kişiliğinin ilk aşamasıdır, ilk dönemidir. Çocuğun insan soyundan gelmesi, bir kadın tarafından tam ve sağ olarak doğrulmuş olması yeterlidir. Çocukta şahsiyet, doğum ile başlayarak belli bir süreçte gelişimini tamamlayıp hukuk alanında kişi olarak oluşmak suretiyle hak ve borçlara sahip bir varlık kimliğini kazanmış olur.²⁵

TMK kişiliğin, dolayısıyla çocukluğun başlangıcını iki koşula bağlamıştır. Bunlardan birincisi, doğum sürecinin bitmesidir. Doğumun tamamlanmış olması, çocuğun ana bedeninden tamamıyla ayrılması manasına gelir. Göbek kordonunun henüz kesilmemiş olması kişiliğin başlamasına etki etmez. İkinci koşul, çocuğun anne karnından sağ olarak ayrılmasıdır. Çocuğun annesinin vücudundan yaşayarak ayrılması, anne bedeninden ayrıldıktan sonra nefes alma, kalp atışı, ağlama gibi bir yaşam belirtisi göstermesi demektir. Yaşam belirtilerinin neler olduğu tıp biliminin konusudur. Tıp biliminin kabul ettiği herhangi bir yaşam işareti sağ doğum için hukuken yeterli kabul edilir.

23 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 100

24 Gençcan,ÖU.(2007).4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu 1.Cilt.(2.Baskı). Ankara:Yetkin Yayınları.s300-301

25 Özmen,İ. a.g.e. s 2

...

Çocuğun sağ veya ölü doğduğunun ispatı genel kurala göre bunu ispat edene aittir (TMK m.6,29). Kişinin doğumuna veya yaşadığına ilişkin iddiaların ispatına yarayan en güçlü kanıtlar, kişisel durum sicilidir (TMK m.30). Kişisel durum sicili, yanı nüfus kütükleri resmi sicillerdendir. TMK'nın 7.maddesine göre bu siciller belgelediği olguların doğruluğu hakkında karine vasfındadır. Nüfus kayıtlarına bir kayıt yapılmamış yahut daha evvel sicile kaydedilen vakıanın yanlış olduğu tespit edilirse, hakikat delil sınırlandırması olmadan tüm deliller ile ispat edilmesi mümkündür (TMK m.30).²⁶

1.2.3 Ana Rahmindeki Çocuğun Hukuksal Durumu

Çocukluğun başlangıcında kural hayatta olmaktır. Çocukluğun başlangıcının ana rahmine düşme anına kadar götürülüp götürülemeyeceği ise tartışmalı bir konudur. Ceninin hak sahibi olup olmaması hayatın başlangıcına ilişkin tezlerle de yakından ilgilidir. Çocukluğun başlangıcı BMÇHS'de özel olarak ele alınmamış, kürtaj ve aile planlaması gibi konularda birbiriyle çelişen haklar ve yararları dengeleme işi taraf devletlere bırakılmıştır. Böylece, Devletlerin bu konudaki yasal çözümlerinin farklılık gösterdiği gözetilerek, bütün ülkeler için geçerlilik taşıyacak tek bir çözümden bilinçli olarak uzak durulmuştur. Aynı zamanda, Sözleşme'nin çocuk haklarının gerçekleştirilmesi açısından daha elverişli özellik taşıyan herhangi bir ulusal yasa veya düzenleme uygulanabilir. Uluslararası sözleşmeye müdahale amacı taşımadığını vurgulamaktadır (BMÇHS m.41). Avrupa Konseyi üyesi olan Avrupa ülkelerinin çoğunluğu cenine, en azından sağ doğması koşulu ile bazı malvarlığı ve kişi varlığı hakları dışında hukuki statü tanımamıştır. Aynı biçimde diğer UİHH çerçevesinde de ceninin hak sahibi olmadığı kabul edilmektedir.²⁷

Hukuk sistemimize göre, çocuk ölü doğmamak şartıyla çocuğun ana rahmine düştüğü andan başlayarak hak ehliyetini sahip olur. Henüz doğmamış ana rahmindeki çocuk hukuk dilinde “cenin” olarak nitelendirilir. Bu durumdaki bir çocuğun hak ehliyeti kazanabilmesi ana rahminde olduğu andan itibaren başlar; sağ olarak doğması şartıyla bu andaki durumu geriye yürür, başlangıca gider, geçmişte etkili hale

26 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 101

27 Usta, S. a.g.e. s20

gelir (TMK m.28/2). Varlığı böyle devam edip gider.

Bu maddeyi bir bütün halinde irdeleyecek olursak, maddenin birinci fıkrasına göre, şahsiyet çocuğun sağ olarak eksiksiz doğduğu andan başlayacağından ayrıca cenin ana rahminde olduğu süre boyunca, çocuğun henüz anneden ayrıldığı, bağımsız bir doğumun olduğu ve yaşamın gerçekleştiği olgularından söz edilemez. Öyleyse bu hallerde kişiliğin varlığı da gündeme getirilemez. Bir başka söyleyişle cenin bu durumda şahsiyet haklarına sahip değildir.²⁸ TMK m.28 f.II hükmüne göre çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder. Oysa kişiliği kazanmanın koşulu sağ olarak doğmaktır.²⁹

Medeni Kanun'un bu hükmü ile uluslararası alanda tartışmalı bir konu olan ve iç hukuk düzenlemelerine bırakılan ceninin hak öznesi olma ehliyetini, sağ doğma koşuluna bağlı olarak ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde edileceği hüküm altına alınmıştır (TMK m.28 II). Bu düzenlemeye göre cenin henüz hukuk açısından bir kişiliğe sahip değildir. Bununla beraber özellikle miras ve nafaka hukuku açısından muhafaza altına alınması amacıyla önlemler alınmıştır (TMK m.582). Aynı zamanda cenin, annesine karşı işlenen haksız fiil nedeniyle zarar görürse, buna neden olan kişi ve ilgili diğer kişilerden kişisel zararının tazminini isteyebilecektir. Medeni Kanun'da henüz ana rahmine düşmemiş çocuklara ilişkin, velayetin kaldırılması ve mirasçılıkla ilgili düzenleme de yapılmıştır (TMK m.348/III,513,583/I).³⁰ Cenin hukuki koruma altındadır. TMK m.427 b.3 hükmüne göre vesayet makamı, idaresi kimseye ait olmayan mallar için gereken önlemi alır ve özellikle ceninin menfaatleri gerekli kılırsa bir yönetim kayyımı atar. TMK m.582 hükmüne göre cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur. Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz. TMK m.643 hükmüne göre mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma, doğumuna kadar ertelenir.³¹

1.2.4 Çocukluğun (Küçüklüğün) Sona Ermesi

Çocukluğun sona ermesi belli bir yaşa erişmesi ve ya belli işlevleri gerçekleştirme kapasitesi veya yeteneğine sahip olmaya bağlanmıştır, ancak belirlenecek yaşın alt sınırı ile bundan beklenen amaç arasında mantıklı bir ilişki

28 Özmen, İ. a.g.e. s 3

29 Gençcan, ÖU.a.g.e. s 302

30 Usta, S. a.g.e. s21

31 Gençcan, ÖU.a.g.e. s 301

olmalıdır. Serozan'ın ifade ettiği gibi yaş kavramı da, bir bakıma, aynen ayırt etme gücü kavramı gibi göreceli bir kavramdır ve belirli bir ilişkide yasal veya yargısal yetişkinliğin mi yoksa belirli bir yaşa ulaşmanın mı belirleyici olduğu o ilişkiyi düzenleyen kuralın sözünden ve amacından çıkarılır.

Çocukluğun sona ermesinde temel düzenleme Medeni Kanun'un Kişiler Hukuku kitabında yer almaktadır. Normal yetişkinlik yaşı olarak isimlendirilen çocukluğun sona ermesi veya yetişkin olma yaşı 18'dir (TMK m.11/I). Medeni Kanun'da erken yetişkinlik halleri de kabul edilmiştir. İstisnai ergenlik hali olarak düzenlenen bu durumlar, evlenme ve mahkeme kararı ile gerçekteşmektedir. Bunun dışında medeni hakların kullanılabilmesi ve haksız fiil ve hukuki işlemlerinde kural olarak bir yaş sınırı tayin edilmemiş ancak her somut olay açısından çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının tespiti mahkemenin takdirine bırakılmıştır (TMK m.13). Medeni Kanun dışındaki yasal düzenlemelerde özellikle çalışma ve ceza sorumluluğu açısından farklı yaş sınırları kabul edilmiştir.³²

Prof. Dr. Emine Akyüz de yetişkinliğin, belli bir yaşın doldurulmasıyla ve ya bu yaşın doldurulmasından önce, evlenme veya hâkim kararıyla kazanılan olgunluk şeklinde ifade etmiştir.³³

1.2.4.1 Normal Yetişkinlik

Medeni Kanunlar tarafından saptanmış bulunan yaş sınırına yetişkinlik yaşı veya sadece yetişkinlik denir. Kanun koyucular yetişkinlik yaşını söz konusu toplumun sosyal ve doğal gereklerine göre belirlerler. Bu nedenle yetişkinlik yaşı değişik zamanlar ve değişik ülkelerde farklı düzenlenmiştir. Örneğin Roma hukuku kişinin yetişkin olması (reşit olması) için cinsel olgunluğu araştırırken, Cermenlerde küçüğün mızrak atma ve düşmanı öldürme yeteneğinin bulunup bulunmadığına bakılırdı. İslam hukuku yetişkinlik yaşını cinsel olgunluğa (buluğa ermeye) bağlamıştı. Bununla birlikte kişinin yetişkin sayılabilmesi için en düşük yaş sınırı erkekte 12, kadında 9 yaş idi. Üst yaş sınırı ise, gerek kadın gerek erkek için 15 yaşın tamamlanması idi (Mecelle m.985,986 vd).

Modern hukuk sistemlerinde ise yetişkinlik yaşı Medenî Kanunlar tarafından kesinlikle saptanmıştır. Bu yaş çeşitli hukuk sistemlerinde 18-23 yaş arasında

32 Usta, S. a.g.e. s13

33 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 103

değişmektedir. Örneğin normal yetişkinlik İsviçre'de (ZGB.m.14), Fransa'da (C m.488) ve Almanya'da (BGB m.2) 18 yaşın, Avusturya'da (ABGB m.2/II) 19 yaşın doldurulmasıyla başlar. Türk Medeni Kanunu da yetişkinlik yaşını 18 yaş olarak belirlemiştir. TMK11/I maddesine göre “Yetişkinlik, on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.”. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre “Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan Kanun'a göre daha erken yaşta çocuk olma durumu hariç, on sekiz yaşını dolduruncaya kadar her insan çocuk sayılır.”³⁴

On sekiz yaşın doldurulmasına kadar küçük olarak tanımlanan kişi on sekiz yaşını doldurmasıyla yetişkin olarak tanımlanır. On sekiz yaşın doldurulmasıyla kendiliğinden ve başka bir işlem yapılmasına gerek olmadan yetişkin olunur.³⁵

1.2.4.2 Evlenmeyle Kazanılan Yetişkinlik

Medeni Kanun, kişinin evlenmeyle yetişkin olacağını açıkça belirtmiştir (m.11/II). Evlenmeyle kazanılan yetişkinlik kesindir. Evlilik daha sonra boşanma, ölüm ve ya gaiplik kararıyla sona erse bile yetişkinlik devam eder. Ancak, evlenmenin iptal kararıyla son bulması durumunda yetişkinliğin devam edip etmeyeceği tartışmalıdır.

Normal evlenme yaşı kadın ve erkek için on yedi'dir (TMK m.124). Bu yaşları doldurmuş ayırt etme gücüne sahip çocuklar yasal temsilcisinin (veli ve ya vasi) izni ile evlenebilirler. Yasal temsilci ebeveynler ise, burada kanun her ikisinin rızasını birlikte aramıştır (TMK m.126/I, Evlenme Yönetmeliği m.20-b.4).

Olağanüstü durumlarda hâkim on altı yaşını tamamlayan çocuğun evlenmesine izin verebilir.³⁶ Yargısal uygulamada küçüğün hamile olması gibi nedenler olağanüstü hal olarak kabul edilmektedir. Buna gerekçe olarak ise küçüğün evlilik dışı çocuk dünyaya getirerek hem kendisinin hem dünyaya getireceği çocuğun göreceği zarar ve küçüğün evlilik şemsiyesi altına alınarak Medeni Yasa'nın eşlere tanıdığı haklardan yararlandırılması gösterilmektedir.

Yargıtay 2.HD bir kararında “...Emine ile Ercan'ın bir yıllık nişanlı oldukları kızın 16 yaşını doldurduğu yurt dışında olan Ercan'ın Türkiye'ye geldiğinde ailelerin bulunmadığı sırada evde birlikte kaldıkları ve etrafta dedikodu çıktığı toplanan

34 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 103

35 Gençcan, Ö.U.a.g.e. s 179

36 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 104

delillerden anlaşılmaktadır.

4721 Sayılı Kanununun 124/2.maddesi koşulları oluşmakla davanın kabulü gerekirken yazılı biçimde hüküm kurulması doğru değildir...³⁷ hükümlerine yer verilerek evlenmesine izin verilmesi istenilen 16 yaşını doldurmuş küçüğün nişanlısı ile aynı evde kalması ve bu durum nedeniyle çevrede dedikoduların çıkmasını TMK m.124/2 sınırlarında olağanüstü durum ve pek ehemmiyetli sebep kabul edilmiştir.

1.2.4.3 Yargı Kararı İle Kazanılan Yetişkinlik (Çocukluktan Çıkma Talebi)

Bazı koşulların gerçekleşmesi durumunda çocuk normal yetişkinlik yaşını doldurmadan hâkim kararıyla yetişkin kılınabilir. Bir küçüğün mahkeme kararı ile yetişkin sayılabilmesi için, onbeş yaşını bitirmiş olması, yetişkinliğe karar verilmesi isteminde bulunması, velisinin izni, çocuk vesayet altında ise vesayet makamının (sulh hukuk mahkemesi) izni, denetim makamının (asliye hukuk mahkemesi) onayı gerekir (TMK m.12,462,463).³⁸

Doktrinde, çocukluktan çıkma talebine gerekçe olarak; ”memleketimizde de bazı çocukların oldukça ileri bir yaşta ancak henüz on sekiz yaşını tamamlamadıkları halde, fiilen çocukluktan kurtulduklarını, yani korunma ve yardıma muhtaç durumda bulunmalarının söz konusu olmadığı, hatta tamamen ve bağımsız hareketle de başarılar kazandıklarını göstermiş buldukları veya babasına işyerinde yardım edip işleri öğrenmiş bir küçüğün on altı yaşında babasının ölmüş olması halinde, çocuğun babasının işlerine devam edebilmesi gibi bazı hallerde on sekiz yaşından önce fiil ehliyetine sahip olmalarının bir zorunluluktan kaynaklandığı ileri sürülmüştür.³⁹ Usta⁴⁰ kitabın buna ilişkin bölümünde; yargısal yetişkinlik, on sekiz yaşını bitirmeyen çocuğun medeni haklarını kullanma ehliyeti kazanmasının, içinde bulunduğu durum gereği, gerekli ve yararlı olacağı düşüncesine dayanır. Eski devirlerden beri, özellikle, çocuğa zirai işletme veya dükkanın miras kalması gibi hallerde veya işçi olarak bir yerde çalışmak zorunda olması durumunda fiil ehliyetine sahip olmaması sebebiyle çalışmaması gibi mahzurları bertaraf etmek için izin (emancipation, mündigerklarung) müessesesi meydana getirilmiştir şeklinde açıklamıştır.

Diğer koşullar bulunsa bile, çocuğun yerleşim yerindeki aile mahkemesi, aile

37 Y2HD,11.11.2002,11433-12113

38 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 104

39 Usta, S. a.g.e. s 14-15

40 Usta, S. a.g.e. s 94-95

mahkemesinin bulunmadığı yerlerde de asliye hukuk mahkemesinin kararı olmadıkça çocuk yargısal yetişkinlik kazanamaz.⁴¹ Yargısal yetişkinliğe karar verme, çekişmesiz yargıya tabidir. Aile hukukuna ilişkin işlerle görevli genel mahkeme olan aile mahkemesi, aile mahkemesinin bulunmadığı yerlerde de asliye hukuk mahkemesi görevli ve yetkilidir. Mahkeme kararında, yetişkinliğin hangi tarihten itibaren hükümlerini doğuracağını ilan eder. Bu tarihten itibaren velayet sona erer (TMK m.414/I). Yetişkinlik kararının kesinleşmesi ile yetişkinlik kazanılmış olur.⁴² Mahkemenin kararı ile birlikte çocuk yetişkinliğin tüm hukuksal neticelerinden faydalanır. Velayet altında olma hali veya kısıtlılık son bulur. Ancak yetişkinlik belli bir işlem için aranılan özel yaşın yerini alamaz. Örneğin, yargısal yetişkinliğine karar verilmiş çocuk on yedi yaşını doldurmadan evlenemez. Suça sürüklenen on sekiz yaşından küçük çocuk mahkeme kararıyla yetişkin kılınsa bile çocuk mahkemelerinde yargılanır. Çünkü Çocuk Koruma Kanunu'na göre daha erken yaşta yetişkin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişi bu kanun sınırlarında çocuk sayılır (m.3/a). Ceza Kanunu'na göre de çocuk deyiminden on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır (m.6/b). Medeni Kanun'a göre ise çocuk, sağ ve tamamıyla doğduğu tarihten başlayarak yetişkin olduğu tarihe kadarki devrede bulunan gerçek kişidir.⁴³

Netice itibariyle; yargısal yetişkinliğin koşullarını yetişkin kılınmak isteyen in on beş yaşını bitirmiş olması, çocuğun talepte bulunması, velinin rızasının olması(çocuk vesayet altında ise sulh hukuk mahkemesinin izni, denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesinin onayı), mahkemenin onayı gereklidir. Sevgi Usta⁴⁴Hâkimin yargısal yetişkinliğe karar vermeden önce, bu durumun çocuğun faydasına olup olmadığını araştırması gerektiğini belirtmiştir. Doktrinde, hâkimin yetişkin olma talebini çocuğun faydasına uygun bulmazsa yetişkin olmasına karar vermeyebileceğini, başka bir yoldan çocuğun yararını koruyabilecekse o yola gidebileceğini, örneğin kendisinin belli bir meslekte iştigaline izin verebileceğini ancak belli bir mesleğin icrası için ruhsat alınması yetişkinliğe tabi kılınmışsa buna karar verme yoluna gitmesi gerektiği savunulmaktadır.⁴⁵

41 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 105

42 Usta,S.(2016).Velayet Hukuku.(1. Baskı).İstanbul:On İki Levha Yayıncılık A.Ş. s97

43 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 105

44 Usta, S. a.g.e. s 16

45 Usta, S. a.g.e. s 97

1.2.5 Yetişkinliğin Hukuki Sonuçları

Yetişkinlikle, ebeveynlerin ocuk üzerinde velayet hakkı da sona erer (TMK m.335/I/c.1). İstisnai olarak, mahkemece vasi atanmasına gerek görülmedikçe, yetişkin çocuklar da ebeveynler velayetine bağlanabilir (TMK m.335). Ancak hâkim kısıtlanan çocuğun vesayet altına alınıp kendisine bir vasi atanmasını gerekli görüp bu Şekilde bir karar da verebilir.⁴⁶ Yetişkinlik, fiil ehliyetine sahip olmanın koşullarından biridir. Diğer koşulların da varlığı halinde, yetişkinlik çocuğu fiil ehliyetine sahip kılar ve tam ehliyetli duruma getirir.⁴⁷

1.3 Çocuğun Velâyet Altında Olması Halleri

4721 sayılı TMK 335.madde “Yetişkin olmayan ocuk, ana ve babasının velayeti altındadır, Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz. Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar.” hükmünü getirerek kural olarak yetişkin olmayan çocuğun ebeveynlerinin velâyeti altında olduğunu, velâyetin ebeveynlerden alınabilmesi için yasal nedenin arandığını açıklamıştır. Ayrıca kısıtlanan yetişkin çocukların da ebeveynlerin velâyeti altında kalmasını hâkimin vasi atamasına gerek görmemesi koşuluna bağlamıştır. Bu madde hükmünden anlaşılacağı üzere çocuğun velayet altında olması iki halde mümkündür; birincisi yetişkin olmayan çocuğun ebeveynlerinin velayeti altında olması hali, diğer kısıtlanan yetişkin çocuklarda hâkimin vasi atanmasına gerek görmemesidir. Bu iki hal aşağıda açıklanmıştır.

1.3.1 Yetişkin Olmayan ocuklarda Velâyet

Velâyet altında olan ocuklar TMK m.335-338 hükmüyle düzenleme konusu yapılmıştır.⁴⁸

46 Usta, S. a.g.e. s 102

47 Usta, S. a.g.e. s 97

48 Gençcan, .U. a.g.e s 135

1.3.1.1 Kural Yetişkin Olmayan Çocuğun Ebeveynlerinin Velayeti Altında Olmasıdır

Yetişkin olmayan çocuk, ebeveynlerinin velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ebeveynlerden alınamaz.⁴⁹ Burada yetişkinliği olağan yetişkinlik yaşı (on sekiz yaş) biçiminde yorumlamak gerekir.⁵⁰

Çocuk yetişkin olmuşsa velâyet kendiliğinden kalkar. Yetişkin kılınma evlilik nedeniyle (TMK m.11/2 "Evlenme kişiyi yetişkin kılar") veya gerekli şartların oluşması halinde mahkemece sağlanabilir (TMK m.12 "On beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velinin rızasıyla mahkeme yetişkin kılabilir."). Bu gibi yasal yollarla yetişkin kılınma durumunda da velâyet on sekiz yaşını doldurmadan kendiliğinden kalkar.⁵¹

1.3.1.2 Yasal Sebep Olmadıkça Velayet Ebeveynlerden Alınmaz

Ergin olmayan çocuğun yasal sebep olmadıkça velayetinin ebeveynlerden alınması mümkün değildir.⁵² Bu madde hükmünde geçen velayetin ebeveynlerden alınmasını gerektiren yasal sebepler TMK m.348-349 'de düzenlenmiştir.

1.3.2 Yetişkin Olan Çocuklarda Velâyet

Yetişkin olan çocuğun ayırt etme gücünü kaldıran bir nedenle (TMK m.405) veya savurganlık, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı kesinleşmiş ceza (TMK m.406,407) gibi nedenlerle kısıtlanırsa yargıç vasi atanmasına gerek görmediği takdirde kısıtlı yetişkinin ebeveynlerinin velayeti altında kalmasına karar verebilir (TMK m.335/II).⁵³ Hatta TMK m.419/II, "kısıtlanan yetişkin çocuklar kural olarak vesayet altında olmayıp velayet altında bırakılır " demek suretiyle yetişkin çocukların kural olarak vesayet değil, velayet altına konulmalarının daha doğru olacağını belirtmiştir. Zira çocuğun "kendisini ve malvarlıklarını en yakın bir samimiyet ve ciddiyet ile yönetecek olanlar

49 Gençcan, Ö.U. a.g.e s 135

50 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 227-228

51 Av. Ertuğrul, N. Av. Ertuğrul, T .a.g.e s 1459

52 Gençcan, Ö.U. a.g.e s 143

53 Özmen, İ. a.g.e. s 91

ebeveynleridir.⁵⁴ Velayet, küçüklerin tabii hukuk bakımından temsilidir. Şu manadaki, hiç bir ebeveynler kendi sulbünden gelen çocuğun iâşe ve terbiyesini ihtimamda başkasının müdahalesini istemez.⁵⁵ Bu durumda kısıtlanan yetişkin çocuk ebeveynlerinin birlikte velayeti altında kalır. Yargıç kısıtlılık altına alınan bir yetişkinin, ana, babasının velayeti altında bırakılmasında sakınca görürse ona bir korunman tayin eder (TMK m.335).⁵⁶

Kısıtlanan yetişkin çocuklar, yasal temsilcisi tarafından temsil olunur.⁵⁷ Kısıtlanan yetişkin çocukların velayet altında bırakılabilmesi için daha önce alınmış bir kısıtlama kararı bulunmamalıdır. Aksi halde kısıtlama kararı ortadan kaldırılmadan kısıtlanan yetişkin çocukların velayet altında bırakılmasına karar verilemez.⁵⁸ Yetişkin çocukların velayet altında bırakılabilmesi için öncelikle haklarında kısıtlama kararı verilmelidir. Başka bir anlatımla kısıtlama kararı alınmadan doğrudan velayet altına konulma kararı verilemez.⁵⁹ Mahkemeye kısıtlamaya hükmedildikten sonra ilgilinin ebeveynlerinin velayeti altında bırakıldığı belirtilmez.

Bu durumda yanı yetişkin çocukların kısıtlanılarak ebeveynlerinin velayetleri altına bırakılmaları halinde görev yönünden velayet hükümlerinin mi yoksa vesayete ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı noktasında Yargıtay'ın zaman içinde farklı kararları olmuştur. Yargıtay 1990'lı yıllarda verdiği kararlarında (Y2HD,14/5/1990,12083-4759) bu halde velayet hükümlerinin uygulanacağı yönünde idi. Daha sonra Yargıtay 2.HD fikir değiştirerek yetişkin çocuğun kısıtlanılarak velayet altına alınması halinde vesayet hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Bu yöndeki Yargıtay 2.HD nin bir kararında "...Tarafların yetişkin olan çocukları 1981 doğumlu Tayyar ile 1982 doğumlu Timur zeka geriliği nedeniyle kısıtlanarak baba davalı Muhittin vasi olarak atanmış ve velayet hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Kısıtlama, vasi tayini, vasinin görevine son verilmesi, vesayetin kaldırılması, değiştirilmesi vesayet (Sulh Hâkiminin) makamının görevi içerisindedir. Kısıtlananların velayet altında bırakılması (TMK md.369/2) kısıtlılık süresi içinde velayet hükümlerinin uygulanmasına ilişkindir. Bu nedenle vasinin görevden alınmasına ilişkin istemin vesayet makamı tarafından incelenmesi gerekirken yazılı

54 Prof. Dr. Akıntürk, T., Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. a.g.e. s 409

55 Prof.Dr.Berki,Ş.(1970).Türk Medeni Kanununda Velayetin Küçüğün Kişi ve Malvarlıkları Bakımından Şumülü.Ankara: Yargıçoğlu Matbaası.s21

56 İnal,N.(2004).Aile Mahkemeleri Davaları.(1.baskı).Ankara:Adalet Yayınevi.s532

57 Gençcan, Ö.U. a.g.e s 145

58 Gençcan, Ö.U. a.g.e s 145

59 Gençcan, Ö.U. a.g.e s 146

biçimde görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir (TMK m.483). ...” hükümlerine yer verilmiştir.⁶⁰ Yargıtay 2.HD’nin bu konuda aldığı sonraki tarihli kararlarda muhalefet şerhleri yer almıştır. Yargıtay 2.HD’nin bir kararında Yargıtay 2.HD üyesi sayın Mahmut Kamacı'nın muhalefet şerhinde “...Kepsut Sulh Hukuk mahkemesinin 6.7.2007 tarihli 140-198 sayılı kararı ile; davacının yetişkin çocukları 1978 doğumlu Emine ve 1980 doğumlu Havva'nın Türk Medeni Kanununun 405'nci maddesi gereğince, kısıtlanmalarına karar verildiği, aynı kararla anneleri Fatma'nın velayeti altında bırakıldıkları anlaşılmaktadır. Veli; kısıtlılara dedelerinden intikal eden taşınmazlardaki miras paylarının satışı, tapuda devir ve temlik işlemleri için, kısıtlama kararını veren vesayet makamından izin talebinde bulunmuş; vesayet makamınca; bu talep; “...velayet kuralları uygulanır, vesayet makamından izin ve onay alınmasına gerek yok.” gerekçesiyle reddedilmiştir. Yetişkin çocuğun kısıtlanması halinde, Türk Medeni Kanununun 419/son maddesi uyarınca, velayet altına konulmuş bulunması, kısıtlı hakkında velayet hükümlerinin geçerli olacağı manasına gelmez. Ana ve/veya babanın yetişkin olmayan çocukları üzerindeki doğumla başlayan kanunen sahip oldukları velayet hakkı ile kısıtlama nedeniyle, kanunda yer alan hüküm (TMK m.419/3) gereği kendi velayetlerine bırakılan yetişkin çocukları üzerindeki hak ve yetkileri farklıdır. İkinci halde, kısıtlanan yetişkin çocuğa atanan veli, vasi gibidir ve vesayete ilişkin hükümlere tabidir. Başka bir ifade ile veli, vesayet makamının denetimi altındadır. Atanmış velinin görevinin sona ermesi de, velayetin kaldırılması veya değiştirilmesine ilişkin hükümlere göre değil, vasiinin görevden alınması veya vesayetin kaldırılmasına ilişkin hükümlere tabidir. Bu nedenle, olayda görev yönünden vesayete ilişkin hükümler uygulanacaktır. Açıklanan sebeple sayın çoğunluğun, “aile mahkemesinin görevli olduğuna” ilişkin bozma düşüncesine iştirak etmiyorum. ...”⁶¹ açıklanmıştır. Yargıtay'ın şu andaki fikrine göre kısıtlanan yetişkin çocuğun velisi örneğin kısıtlının miras bırakanının paydaş olduğu parseller üzerinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapabilmesi için izin verilmesi istemini vesayet makamından değil de aile mahkemesinden istemek zorundadır.⁶² Yargıtay, kısıtlanan yetişkin çocuklar velayet altında bırakıldığında vesayet hükümleri değil velayet hükümleri uygulanmalı fikrinde olduğundan kısıtlanan yetişkin çocuklar üzerindeki velayetin kaldırılmasına da aile mahkemesince

60 Y2HD,26.12.2006,10076-18430

61 Y2HD,16.06.2008,3507-8809

62 Gençcan, Ö.U. a.g.e s 151

bakılması gerektiği fikrindedir.⁶³

Düşüncemize göre kısıtlanan yetişkin çocuklar vesayet altına alınmayıp velayet altında bırakılır ise görev yönünden vesayete ilişkin hükümler uygulanacaktır. Kısıtlanan yetişkin çocuklar vesayet altına alınmayıp velayet altında bırakılmış olsa bile kısıtlıya ilişkin velayet ile küçüğe ilişkin velayet bir ve aynı şeyler değildir. Başka bir anlatımla kısıtlıya ilişkin velayet doğumla kazanılan ve bu sebeple ebeveynlerin şahsından doğan bir hak değildir.

Kısıtlanan yetişkin çocukların yerleşim yeri ebeveynlerinin değil velayet altına konulan kısıtlının yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesinin (vesayet makamının) bulunduğu yer olmalıdır. Aksi düşüncede kısıtlanan yetişkin çocukların yerleşim yeri ebeveynlerinin yerleşim yeri olduğu takdirde kısıtlanan yetişkin çocuğun yerleşim yeri vesayet makamının bilgisi olmadan değiştirilebilir duruma gelecektir. Bu olgu kısıtlama kavramı ile bağdaşmayan bir uygulama sayılmalıdır. Diğer bir deyişle kısıtlıya ilişkin velayetin küçüğe ilişkin velayete indirgenmesi mümkün değildir.⁶⁴

Yetişkin olan kişinin kısıtlanması gereken hâllerde hâkim anne ve baba dışında vasi atmasına gerek görmediği hâllerde bu kişi yine anne ve babasının velayeti altında kalacak, hukuki ilişkilerinde vesayete ilişkin hükümler değil, velayete ilişkin hükümler uygulanacak, çocuğun eğitimi, dini eğitimi, temsili, o kişi ile anan baba arasındaki hukuki ilişkiler, korunma önlemleri gibi konularda velayete uygun hükümler uygulanacak üçüncü kişilerle yapılan hukuki işlemlerde vesayet makamının ve denetim makamının onay ve iznine gerek kalmaksızın, anne ve baba yetişkin kişiyi temsil edeceklerdir (TMK m.462-463).⁶⁵

1.3.3 Yetişkin Olmayan Çocukların Velayet Altında Olması Hali ile Yetişkin Olan Çocukların Kısıtlanılarak Velayet Altına Alınması Arasındaki Farklar

Normal olarak küçükler yetişkin oluncaya kadar velâyet altındadırlar. Hâkim vesayet altına alınmasına gerek görmedikçe kısıtlılar da velâyet altına konur (TMK m.335,419). Ancak bu iki velâyet arasında bazı farklar vardır. Başlıca farklar şunlardır:(1)- Kısıtlı velâyet altına konacaksa, velâyet hakkı ana, babadan sadece

63 Gençcan, Ö.U. a.g.e s 154

64 Gençcan, Ö.U. a.g.e s 155

65Özüğür,A.İ. Kişi Hukuku-Velayet-Vesayet-Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler.(5.Baskı).Ankara:Seçkin Yayıncılık.s577

birine verilir.(2)- Kısıtlı velâyet altına konmuşsa, velinin kısıtlının mal varlığından istifade hakkı yoktur.(3)- Kısıtlı velâyet altına konmuşsa, ebeveynlerin kısıtlıyı terbiye ve tedip etme hakkı yoktur.(4)- Veli, kısıtlının malvarlıklarına ilişkin olarak mühim tasarruflarda bulunuyorsa, kısıtlının (ayirt etme gücü olan yetişkin)) rızasını almak zorundadır.(5)- Kısıtlılık kararının kaldırılmasıyla, velâyet hakkı kendiliğinden kalkar.(6)- Kısıtlının velâyet hakkının kaldırılması için kısıtlının menfaati yeterlidir.⁶⁶

1.4 Velayet Hakkına Sahip Olanlar

1.4.1 Genel Olarak

Velayet hakkı sadece ebeveynlere tanınmıştır. Ebeveynler dışındaki kişiler çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olamaz. Örneğin, büyük ana ve büyük babanın, çocuğun yanına yerleştirildiği ailenin, üvey ana ve üvey babanın velayet hakları yoktur. Üvey ana veya üvey baba, velayet hakkına sahip olmamakla beraber velayete sahip eşine bu görevi ifa ederken yardım etmek ve çocuğa itina göstermekle yükümlüdür. Üvey ana veya baba zorunlu hallerde çocuğun ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak çocuğu temsil de edebilir. Ebeveynler dışındaki kişilerin velayete sahip olmayacağı kuralının yegâne istisnası evlat edinme durumunda görülür. Şöyle ki, evlat edinmeyle birlikte ebeveynlere ait hak ve sorumluluklar evlat edinene geçeceği için, evlat edinen (veya evlat edinen eşler) evlat edinilen küçük üzerinde velayet hakkına sahip olur (TMK m.314/f.1).⁶⁷

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu 338.maddesi ile “Eşler, yetişkin olmayan üvey çocuklarına da itina ve ilgi göstermekle yükümlüdürler. Kendi çocuğu üzerinde velayeti kullanan eşe diğer eş uygun bir biçimde yardımcı olur; durum ve koşulların zorunlu kıldığı ölçüde çocuğun ihtiyaçları için onun adına hareket eder.” hükmünü getirerek 743 sayılı TMK da karşılığı olmayan, üvey çocuklar yönünden düzenleme yapmıştır. 4721 Sayılı TMK m.338’in gerekçesinde “Yürürlükteki kanunda bu maddeyi karşılayan bir hüküm yoktur. Madde, İsviçre Medeni Kanunu'nun 299 uncu maddesinden esinlenen 1984 tarihli Öntasarının 254.maddesinden alınmıştır. Bir kimsenin, yetişkin olmayan üvey çocuklarına da itina ve ilgi göstermesinin, bu üvey çocuklar üzerinde velayeti kullanan eşine uygun bir biçimde yardımcı olmasının ve durumun gerektirdiği ölçüde bu çocuğun ihtiyaçları için onu temsil etmesini hükme

⁶⁶Prof.Dr.Öztan,B.(2009).Medeni Hukukta Temel Kavramlar.(29.Bası).Ankara:Turhan Kitabevi s.507
⁶⁷Doç.Dr.Baygın,C.(2010).Soybağı Hukuku.(1.Baskı).İstanbul:Oniki Levha Yayıncılık A.Ş.s261-262

bağlayan bu madde, bir sosyal ahlâk gerekliliğini Medeni Kanunda yer alan bir özel hukuk kuralı düzeyine çıkarmaktadır.” hükümlerine yer vermiştir. Eşlerden her biri yetişkin olmayan üvey çocuklarına ;-İtina göstermekle yükümlüdür.-İlgi göstermekle yükümlüdür. Böylece bir Âhlak kuralı aynı zamanda hukuk kuralına dönüştürülmüş olmaktadır. Üvey çocuklar, TMK m.338 hükmüyle yasa ile de korunmuş olmaktadır. Bundan böyle üvey çocuklarına kendi çocuklarına gösterdiği ilgi ve itinayı göstermeye eş bu davranışının sonuçlarına da katlanacaktır. Yetişkin olmayan üvey çocuklarına itina ve ilgi göstermekle yükümlü olan eş bu üvey çocuklar üzerinde velayetini kullanan eşine de ;-uygun bir biçimde yardımcı olmalıdır,-durum ve koşullar zorunlu kıldığı ölçüde üvey çocuğunun gereksinimleri için onun adına etmelidir. Bilindiği üzere TMK m.195 f.I hükmüne göre evlilik birliğinden doğan sorumlulukların yerine getirilmemesi halinde aile mahkemesi hâkiminin müdahalesi istenebilmektedir. Eşlerin üvey çocuklarına kötü davranış sergilemeleri evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma davasında (TMK m.166 f.I) boşanma konusu davranışlardandır.⁶⁸Yine eş, diğer eşin üvey çocuğuna kötü davranmasına engel olmaz ise, aleyhine velayetin değiştirilmesi veya kaldırılması davası da açılacaktır.⁶⁹ Her ne kadar önceki Yargıtay uygulamaları da bu düzenlemeye uygun ise de, bunun yasalaştırılması daha hukuksal nedenlere dayalı uygulama imkânı verecektir.⁷⁰

Evlat edinen kişiye veya eşlere velayet hakkının geçeceği Yargıtay 2.HD nin bir kararında “... Davalı-davacı birleşen davada velayetleri davacı-davalı annelerinde bulunan çocukların velayetlerinin anneden alınarak kendisine verilmesini talep etmiş, davanın reddine karar verilmiştir. Yargılamanın devamı sırasında velayetleri dava konusu olan çocukların evlat edinilmesine ilişkin Fethiye Aile Mahkemesinde 19.11.2014 tarihinde evlat edinme davası açıldığı, 18.11.2015 tarihinde davanın kabulüne karar verilerek çocukların evlat edinilmesine karar verildiği, kararın tebliğ aşamasında olup, henüz kesinleşmediği anlaşılmaktadır. Fethiye Aile Mahkemesinin çocukların evlat edinilmesine ilişkin 2014/982-2015/892 sayılı ilamı kesinleştiği takdirde velayet hakkı evlat edinenlere geçeceğinden, eldeki davanın konusu kalmayacaktır. Taraflar evlat edinme davasında davalı olarak yer aldıkları gibi, evlat edinme davasını delil olarak mahkemeye sunmuşlardır. Mahkemece yapılacak işlem Fethiye Aile Mahkemesinin evlat edinmeye ilişkin davasının kesinleşmesinin

68 Gençcan,ÖU.(2007).4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu 2.Cilt.(2.Baskı).Ankara:YetkinYayınları.s 2471

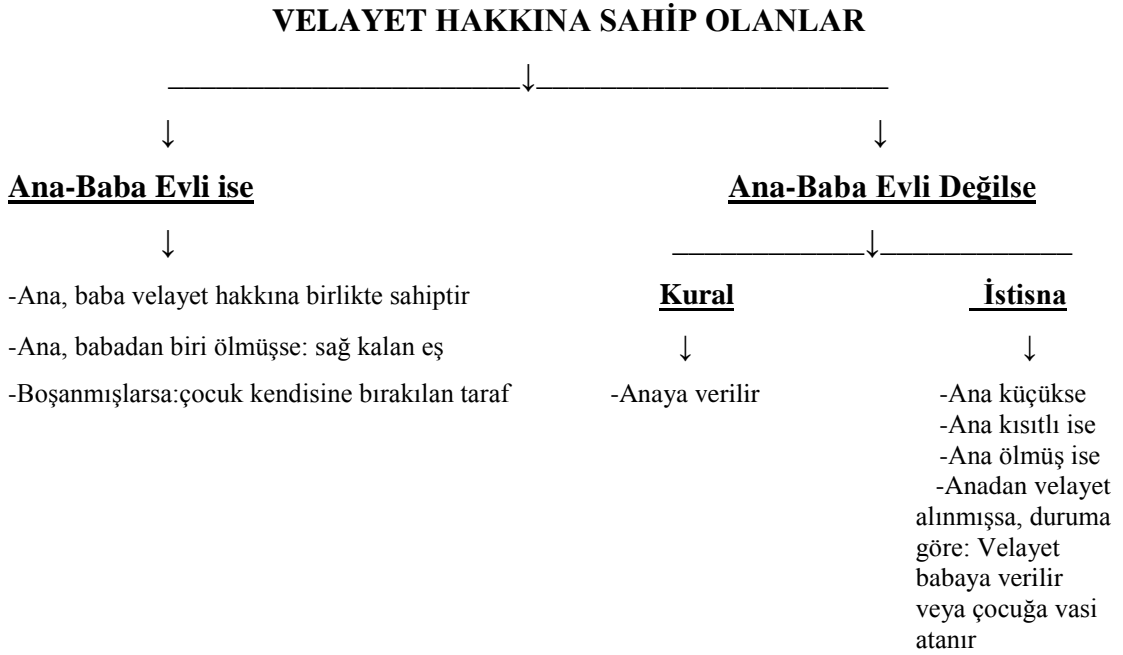
69 Özüğür,A.İ. age s579

70 Özüğür,A.İ. age s579

beklenilerek, sonucu uyarınca karar vermektten ibarettir...”⁷¹ şeklinde ifade edilmiştir.

Velayet hakkına sahip olabilmek için çocuğun genetik ebeveynleri olmak yeterli değildir. Çocukla ebeveynleri arasında Kanunda öngörülen biçimde soy bağı ilişkinin kurulmuş olması da gerekir. Ebeveynlerin çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olabilmesi için temel koşul olarak varlığı aranan soy bağı ilişkisi dahi her zaman yeterli olmayabilir. Ebeveynlerin velayet hakkına sahip olabilmesi için, ayırt etme gücüne sahip ve yetişkin olması ve hakkında kısıtlama kararı alınmamış bulunması gerekir. Ayrıca ebeveynlerin evli olmaması veya boşanması durumunda velayet hakkına ana veya babadan ancak biri sahip olabilir.⁷²

Ebeveynler evlenmemişse, velâyet hakkı anaya aittir. Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ise veya velâyet anadan alınmışsa, hâkim çocuğa vasi atar veya velâyeti babaya verir (TMK m.337).⁷³



Şekil 1: Velayet Hakkına Sahip Olanlar⁷⁴

71 Y2HD,13.04.2016,1452-7485

72 Doç.Dr.Baygın,C. age s262

73 Prof.Dr.Öztan,B.a.g.e s 507

74 Prof.Dr. Öztan B. a.g.e s 507

1.4.2 Çocuğun Ebeveynleri Evli İse Velayet

TMK 335. maddesinde “Yetişkin olmayan çocuk, ebeveynlerinin velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velayet ebeveynlerden alınamaz. Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan yetişkin çocuklar da ebeveynlerinin velayeti altında kalırlar.” hükmünü getirerek velayetin ebeveynlere ait olduğunu açıklamıştır.

Ebeveynler evli ise velayete birlikte sahip olurlar. Evlilik varlığını sürdürdüğü sürece velayet ikisine aittir. Velayetin evlilik devam ettikçe ana baba tarafından birlikte kullanılması, ebeveynlerin çocuğun, bakımı, yetiştirilmesine birlikte itina gösterecekleri ve malvarlıklarını birlikte yönetecekleri demektir. Ebeveynler ehemmiyetli konularda birbirine danışır ve son kararı verirler. Velayetin birlikte kullanılması ebeveynlerinin birlikte hareket edecekleri manasına gelmez. Ebeveynlerden her biri, diğerinin açık ve örtülü rızasına dayanarak somut iş ve işlemleri tek başına yapabilir. Rıza söz konusu işlem ve ya eylemin gerçekleşmesinden önce izin şeklinde verilebileceği gibi, sonradan onay olarak da verilebilir.⁷⁵ Evlilik devam ettiği sürece ebeveynlerin velayeti birlikte kullanma hakkını yapılan her işlem için fiilen birlikte gerçekleştirmesi beklenemez. Günlük yaşamda ebeveynlerin velayeti birlikte kullanma hakkı olarak fiilen bir arada olmadan karşı tarafın rızasına dayalı olarak tek başına da kullanılması mümkündür.⁷⁶

TMK m.336 ”Evlilik devam ettiği sürece ebeveynler velayeti birlikte kullanırlar. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velayeti eşlerden birine verebilir. Velayet, ebeveynlerin birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.” hükmünü getirmiştir. Bu düzenleme ile TMK’nın önceki 263 ve 264 maddeleri sınırlarını karşılayan karma bir hüküm getirilmiş, ebeveynlerin velayeti birlikte kullanacakları vurgulanmış ancak “anlaşmazlarsa babanın reyi muteberdir” hükmü kadın, erkek eşitliğine aykırı olduğu için hükme alınmamıştır. Başka bir anlatımla 1.1.2002 tarihinden itibaren eşler küçük çocuklarının velayet haklarını birlikte kullanacak, onu birlikte temsil edecekler, uyuşmazlık halinde babanın oyu üstün olmayacak ancak uyuşmazlık halinde alınacak kararlar ilgili olarak aile mahkemesi hâkimine (veya HSYK tarafından görevlendirilen Asliye Hukuk Hâkimi) müracaatla gerekli kararın alınmasını isteyebileceklerdir

75 Özmen, İ. a.g.e. s 92

76 Gençcan, Ö.U. a.g.e s 157

(TMK m.195).⁷⁷

Velayet konusunda eşler arasında çıkacak uyuşmazlıkların evliliğin genel hükümleri ve çocuğun muhafaza altına alınmasına ilişkin düzenlemeler çerçevesinde giderilmesi gerekir (TMK m.195/I-II,346 vd). Eşler velayetin kullanılmasında anlaşamazlarsa yargıca başvurabilirler. Hâkim tarafları uzlaştırmaya çalışır. Anlaşamazlarsa, yargıç eşlerden birinin çocuğun faydasına daha uygun gördüğü düşünce ve iradesi yönünde karar verir (Baygın,2010/263;Akyüz,225).⁷⁸

Ebeveynlerin veya ebeveynlerden birinin velayet hakkı kaldırılmış olmadıkça, evli ebeveynlerin velayet hakkı çocuğun doğumu ile kurulmuş olur ve evlilik süresince de ortaklaşa ve eşit kullanılır (TMK m.335/I,336/I). Bu hükmün anayasal dayanağı AY m.41/I'e eklenen aile, eşler arasında eşitliğe dayanır hükmüdür. BMÇHS' de, ebeveynlerin çocukların yetiştirilmesi ve geliştirilmesinde birlikte sorumluluk taşıdıklarını ve bu konuda ilk sorumlu kişiler olduğunu kabul etmiştir (m.18/I). Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde de (bundan sonra KKHTAÖS), kadın ve erkeğin “ortak sorumluluğu” ifadeleri kullanılmıştır. TMK m.336/I ' de velayetin ebeveynler tarafından birlikte kullanılacağı belirtilse de, velayete ilişkin hak ve sorumluluklar ebeveynlerin her birinin şahsına, diğerinden ayrı ve bağımsız olarak tanınmıştır. Dolayısıyla, her biri velayetin kullanılmasından diğerinden bağımsız olarak tek başına sorumludur. Tek başına sorumlu olma, aynı zamanda görevini yerin getirmeyen ana veya babanın sadece birinden velayetin kaydırılmasının da dayanağıdır.

Velayet sorumluluğunun yerine getirilmesinde bağımsız olmalarına rağmen ebeveynler, velayet hakkının sınırlarına giren her konuda birlikte hareket edeceklerdir ve çocuğu birlikte temsil edeceklerdir. Evli ebeveynler tarafından birlikte velayetin kullanılması, evlilik birliğinin ve yaşamının bir parçasını oluşturmaktadır, dolayısıyla, velayetin kullanılmasında eşler, evliliğin genel şartları başta olmak üzere, evlilik müessesinin tabi olduğu kural ve esaslara uygun olarak hareket etmek zorundadır.⁷⁹

Birlikte velayet; çocuk üzerindeki velayet hakkına anne-babanın birlikte ve eşit şartlarda sahip olmasıdır. Velayetin birlikte kullanılması ebeveynlerin, çocuğun bakım, eğitim ve öğretimini birlikte yönetecekleri manasına gelmektedir.

Velayette, velayet hakkının sınırlarına giren hak ve sorumlulukları ebeveynler

77 Özüğür, A.İ. age s577-578

78 Özmen, İ. age. s92

79 Usta, S. age. s25-26

kural olarak beraber ve aynı hakka sahip olarak kullanır. Bu bağlamda anne-babanın velayet hakkı sınırlarını kapsayan konularda birbirleriyle konuşup ortak karar alabilirler. Netice itibarı ile velayetin kapsadığı hak ve görevler ebeveynler arasında bölünemeyecektir. Yani çocuğun sahsına itina anne-babalarından birine mal varlıklarının idaresi bırakılmayacaktır. Birlikte velayet haricinde, velayetin ebeveynlerden sadece birine ait olması halinde velayet hakkına sahip olan ebeveyn velayeti kullanırken diğer ebeveyne danışmadan tek başına kullanabilecektir. Yani, çocuğun adını koyma hakkı, dini eğitimini, çocuğun mesleki eğitimini, belirleme hakkı, çocuğu temsil etme hakkı velayet hakkına sahip olan anne yada babaya ait olacaktır. Velayete sahip ana ve baba velayeti tek başına kullanacak diğer ana/baba ise buna müdahale edemeyecektir.⁸⁰

Önceki Yasa'daki düzenleme ise şu biçimde açıklanmıştır. Genel olarak velayet ebeveynler tarafından birlikte kullanılır (TMK m.263). Ne var ki bu ilke kesin değildir. Ebeveynlerinin bir konu üzerinde anlaşma sağlayamama olasılığını gözeterek yasa koyucu babanın oyuna ağırlık tanınmıştır. Bu durum ticari işletmelerde yönetim kurulu başkanının oyuna ağırlık tanınması gibidir. Öğretide baba yerine hâkimin iradesinin hâkim kılınması gereğine değinilmiş, bir kısım fikirler ise hâkimin aile içine sokulmasının sakıncalı olacağını savunmuşlardır.⁸¹ İtiraf edelim ki, Medenî Kanununun 263 üncü maddesinde ebeveynlerin velayete birlikte sahip oldukları şeklinde yer almış olan hükmünde de bizce tam bir isabet yoktur. Zira her müessesesinin idaresinde olduğu gibi, velayette de kaide riyasetin bir elde toplanmasıdır. Aksi halde ihtilaflara yol açar ve idareyi aksatır. Esasen ilerde de görüleceği üzere, Medenî Kanununun bu hükmüne rağmen hakikati halde evlilik devam ederken velayet babadadır. Zira 263 madde (1) velayetin icrası halinde ebeveynler arasında ihtilaf çıktığı takdirde babanın reyine itibar edileceğini açıkça beyan etmektedir. Bu kat'i bir hükümdür ve anaya mahkemeye müracaat ederek babanın değil, kendisinin reyinin muteber olması lazım geldiğine dair bir karar alması yetkisini de vermez. Zira kanunda ve hassaten kaydedilen maddede anaya böyle bir yetkiyi veren zımnî bir kayıt dahi yoktur. (2) Şu halde Medenî Kanunda da hakikati halde velayet babaya mevdudur. Ancak, ilerde görüleceği üzere, ananın veli sıfatıyla yapmış ve tekemmül de etmiş bulunan muamele ve tasarrufları, üçüncü kişi bakımından hakkı müktesep

80 Yrd.Doç.Dr.Serdar,İ.(2008).Birlikte Velayet.Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,Cilt 10,1,s 162.

81 Turhan,N.(2001).Ebeveynlerin Çocuklarına Karşı,Çocukların Ana-Babaya Karşı Olan Hak ve Sorumlulukları ve Ehliyet Sorunu.Yargıtay Dergisi,104, s338.

olduğundan, ebeveynler arasında bu muamele ve tasarruf hususunda çıkacak bir ihtilafta artık babanın re'yi nâfiz olamaz.⁸²

1.4.2.1 Velayetin Eşlerden Birine Verilmesi

4721 Sayılı TMK' nın 336.maddesi hükmü ile velayetin evliliğin devam ettiği süre içinde eşlerden birine verilmesi halleri sayılmıştır.

1.4.2.1.1 Ortak Hayata Son Verilmesi

Yasanın belirttiği velayetin evlilik birliği devam ederken eşlerden birine verilmesi hallerinin başında ortak hayata son verilmesi gelmektedir. TMK m.197 hükmünü getirerek ortak hayata son verilmesi halini düzenleme konusu yapmıştır. Bu madde hükmüyle eşlerden birinin, müşterek hayat sebebiyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin ya da ailenin huzurunun ciddi bir biçimde tehlikeye düşmesi halinde ayrı yaşam hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

TMK m.197 f.I hükmüyle, birlikte yaşamaya ara verilmesine ilişkin özel bir önlem getirilmiştir. Eşlerden biri aşağıdaki durumlarda ayrı yaşama hakkına sahiptir, - ortak hayat sebebiyle kişiliği ciddi bir biçimde tehlikeye düşüyorsa , -ortak hayat sebebiyle ekonomik güvenliği ciddi biçimde tehlikeye düşüyorsa, -ortak hayat sebebiyle ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düşüyorsa.

Birlikte yaşamaya ara verilmesi geçerli bir sebebe dayanıyorsa, çiftten birinin haklı bir sebep olmaksızın birlikte yaşamak istememesi veya ortak hayatın başka bir sebeple imkânsız hâle gelmesi üzerine aile mahkemesi hâkimi, eşlerden birinin istemi üzerine aşağıdaki önlemleri alır. Birinin diğerine ne kadar katkı yapacağına, aile konutu ve eşyasından kimin ne biçimde yararlanacağı, eşlerin malvarlıklarının idaresine ilişkin, yetişkin olmayan çocuklarla ilgili olarak ebeveynlerin arasındaki ilişkileri düzenleyen velâyetle ilgili hükümlere dayanarak gereken önlemlerin alınması.⁸³

Ortak hayata son verilmesi halinde velayet düzenlemesine ilişkin Yargıtay 2.HD nin bir kararında “...Mahkemece; yaşı gereği idrak çağında bulunan 2004 doğumlu Emirhan'ın velayet konusunda fikirlerine başvurulmamış, çocukların üstün

82 Prof.Dr.Berki,Ş.a.g.es7

83 Gençcan, Ö.U. a.g.e s 1764

yararının belirlenmesi bakımından anne ve babanın yaşam koşulları ve çocuklara bakım olanakları konusunda bir araştırma yapılmamıştır. Toplanan delillerden; tarafların uzun süredir fiilen ayrı yaşadıkları anlaşıldığına göre, mahkemece 4787 sayılı kanunun 5. maddesi uyarınca görevlendirilecek uzman veya uzmanlar vasıtasıyla tarafların yaşam koşulları ile ilgili inceleme yapılması; anne ve babanın gerektiğinde mahkemece bizzat dinlenerek ekonomik ve sosyal durumları ile çocuklara bakım olanakları konusunda kendilerinden bilgi alınması ve idrak çağında bulunan ortak çocuk Emirhan'ın mahkemece bizzat dinlenerek velayet konusunda fikirlerinin alınması ile tüm deliller birlikte değerlendirilip gerçekleştirilecek sonucuna göre, Türk Medeni Kanunu'nun 197/son ve 336/2. maddeleri sınırlarında bir önlem olarak geçici velayet düzenlemesi yapılması gerekirken, bu taleple ilgili yazılı biçimde karar verilmesi isabetsiz olmuş, bozmayı gerektirmiştir...⁸⁴ hükümlerine yer vererek açıklamalar yapmıştır. Ortak hayata son verilmişse aile mahkemesi hâkimi velayeti eşlerden birine verirken çocuğun yararının üstün tutulması ilkesi dikkate alınarak ebeveynler yerine çocuğun yararı gözetilmelidir.⁸⁵ Bu hususlara Yargıtay 2.HD nin şu kararında da vurgu yapılmıştır.”...Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce küçüğün yararı dikkate alınmalıdır. Küçük Furkan 1999 doğumludur. Kendisinde zeka geriliği de bulunmaktadır. Halen ana bakım şefkatine de muhtaçtır. Ananın velayet görevini kötüye kullandığı yönünde bir delil de bulunmamaktadır. Baba küçüğü Erzincan’da ailesi yanına bırakıp Fatsa’ya gitmiştir. Furkan’a gerekli ilgiyi gösteremeyeceği de anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddi gerekirken yazılı biçimde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...⁸⁶

1.4.2.1.2 Ebeveynlerinin Ayrılması Durumunda

Günlük yaşamda boşanma (divorce, scheidung) ile ayrılma (separation, Htrennung) kavram ve terimleri eş manalı olarak kullanılmaktadır. Örneğin, boşanmış olan eşler için “onlar ayrıldı” denilmektedir. Kesinleşen boşanma kararı ile evlilik birliği kesin biçimde sona erer. Oysa ayrılık kararı kesinleştiğinde evlilik birliği

84 Y2HD, 04/05/2016, 8661-9147

85 Gençcan, Ö.U. a.g.e s 159

86 Y2HD, 29.05.2007, 13787-9038

hukuken devam eder.⁸⁷

Boşanma nedeni kanıtlanırsa, hâkim boşanmaya veya ayrılığa hükmeder. Dava boşanmaya istemini içeriyorsa, ancak ortak hayatın yeniden kurulma ihtimali bulunduğu takdirde ayrılığa karar verilebilir.⁸⁸ 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun m.171 hükmünde ayrılık süresi en az bir en çok üç yıl olarak öngörülmüştür.⁸⁹ Evlilik birliği sürdüğüne ebeveynler velâyeti ortak kullanacakları için ayrılık halinde kural olarak velayetin birlikte kullanılmasında bir değişiklik olmaz.⁹⁰

Hâkim boşanma veya ayrılık davası açılınca, dava devam ettiği müddetçe çocukların bakımı ve muhafaza altına alınmasına ilişkin geçici önlemleri alır (TMK m.169). Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık gerçekleşmişse hâkim velayeti eşlerden birine verebilir (TMK m.336/II). Böylece çocuk gergin ve çekişmeli ortamdan kurtulmuş olur. Ayrılık sırasında eşlerin velayeti birlikte kullanmaları aralarındaki gerginliği daha da artırabilir ve onlar çocuğu amaçlarına ulaşmakta araç olarak kullanabilirler. Eşler kendi sorunlarıyla uğraşmaktan çocuğun ruh sağlığını, aralarındaki kavgaların ona verebileceği zararları düşünemez hale gelebilirler.⁹¹ Ayrılık sırasında eşlerin velayeti birlikte kullanmaları aralarındaki gerginliği daha çok artıracaksa, gerginliğe ve strese karşı çocuğu rahat ettirebilmek için yargıç TMK'nın 346 ve 347.maddeleri gereğince hâkim koruma önlemleri ile yetinebilir. TMK'nın 170, 297/II ve 336/II hükümleri birlikte değerlendirilerek ayrılık durumunda çocuğun faydasına velayet eşlerden birine verilir. Takdirde ana ölçü çocuğun yararidir.⁹² Bu halde de hâkim velayetin eşlerden birine verilmesi gerektiği kanaatinde ise, ebeveynlerin yararının değil çocuğun yararının üstün tutularak velayetin tevdi edileceği tarafın belirlenmesi gerekir.

1.4.2.1.3 Ebeveynlerinin Boşanması Durumunda

Boşanma hükmünün kesinleşmesi ile evlilik birliği sona erer ve eşler arasında karşılıklı olarak evlilik birliğinin gereği olan maddi ve manevi sorumluluklar de son bulur. Buna rağmen eşler çocuk sahibi iseler, boşanan eşlerle ortak çocukları arasındaki maddi ve manevi sorumluluklar ve bu sorumlulukların doğal sonucu olan

87 Gençcan, Ö.U.(2008).Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku.Ankara:YetkinYayınları.s 1386

88 Gençcan, Ö.U. a.g.e s 160

89 Gençcan, Ö.U. a.g.e s 1390

90 Gençcan, Ö.U. a.g.e s 161

91 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 231-232

92 Özmen, İ. a.g.e. s 93

ilişkiler bir biçimde devam etmelidir. Bu durum ebeveynler ile çocuklar arasındaki kan bağıının doğal ve zorunlu bir sonucudur.

...

Eşlerin anlaşmazlık içinde buldukları, temelinden sarsılmış ve devamına artık olanak kalmamış mutsuz evliliklerde çocukların da ruhsal açıdan acı çekmekte oldukları bilinen bir gerçektir. Bu durum kişisel çıkarlarını her şeyin üzerinde gören eşlerin evlilik birliğinin dağılma sürecinde aralarındaki sorunlara çocukları da katmaları ve de onları kendi yararları doğrultusunda kullanmak istemeleri halinde çocuklar için daha büyük tehlikelere yol açabilecektir. Genelde boşanmaya karşı olan hukukçular, çocukların yararını ileri sürerek bu açıdan boşanmanın güçleştirilmesini savunurlar. Oysaki çocukların yararı hiçbir zaman mutlu olmadıkları fiilen bitmiş bir evliliğin devamında olamaz. Çünkü amacını yitirmiş, artık kağıt üzerinde kalmış bir evlilik çocuklar açısından boşanmaya göre daha kötü yaşam koşullarını ortaya çıkarır. Bir Alman atasözünün belirttiği üzere; “Felaketli bir son, sonsuz bir felaketten daha iyidir.”⁹³

Boşanma nedeniyle çocukların büyük bir yük altına girmeleri ve kendilerini güvensiz hissetmeleri tabiidir. Bu itibarla, çocuklarla, boşanan ana, baba arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi hususu taraf iradelerine bırakılamaz. Bu ilişkilerin, hâkim tarafından düzenlenmesi gerekir. Hâkim, her türlü araştırmayı doğrudan doğruya kendisi yaparak, ebeveynler ve çocuk arasındaki ilişkiyi düzenler. Bunun için, bir talebin olması gerekmez.

Hâkim, boşanmada velayet hakkının kime bırakılacağını, boşanma kararında öngörür. Gerekli bulursa, velayeti ebeveynlerden alarak çocuğa vasi tayin eder. Velayet hakkı, müştereken ebeveynlerde bırakılmaz. Eşitlik ilkesi gereği, çocuğun velayetinin tevziinde, her iki eş eşit durumdadır. Ananın veya babanın öncelik hakkı yoktur. Hâkim velayet hakkını, ebeveynlerden birine verirken, ebeveynlerin değil, çocuğun yararını, göz önünde tutar. Ancak, velayetin anan babadan sadece birine verilebileceği, Türk Medeni Kanunu'nun 182/II'nci maddesinin açık ifadesinden anlaşılır.⁹⁴

Evlilik birliğinin boşanma veya iptal ile sona ermesi halinde, hâkim ebeveynlerin haklarını ve çocukla kişisel ilişkilerini düzenler (TMK m.157/II,182/I).

93 Çelikel, S. (2012).Çocuk Haklarına Dair Uluslar arası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklaraİlişkin Hukuki Sonuçları.(1.baskı).Ankara:AdaletYayınevi.s 65-66

94 Prof.Dr.Öztan,B.(2004).Aile Hukuku.(4.Bası).Ankara:TurhanKitabevi.s 464-465

Medeni Kanun'un bu maddeleri, velâyetin anaya veya babaya ve ya her ikisine de bırakılması konusunda hâkime geniş takdir yetkisi verilmiştir. Hâkim bütün somut koşulları, inceledikten ve tarafları dinledikten sonra çocuğu daha iyi yetiştirebilecek; onun bedensel, zihinsel ve duygusal yararlarını daha iyi koruyabilecek tarafı seçer. Hâkimin değerlendirmeyi yaparken göz önünde tutacağı temel ilke, çocuğun yüksek yararlarıdır. Ebeveynlerin yararları, boşanmadaki kusurları, ahlâkî değer yargıları, sosyal mevkileri vb. durumlar çocuğun yüksek yararı etkilediği ölçüde göz önünde tutulur.⁹⁵ Taraflar talep etmese bile hâkim velayetin kime verileceğini karara bağlar.⁹⁶ Eşlerin açıkça velayeti istememeleri halinde ise çocuğun velayeti ebeveynlerden alınarak çocuğa vasi atanması veya çocuğun kuruma yahut aile yanına yerleştirilmesi gerekir.

1.4.2.1.3.1 Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu

Boşanma davası sürerken ve ayrılığa karar verildiğinde hâkimin velayeti anne ve babaya birlikte verebileceği öğretisi ve uygulamalarda genellikle kabul görmektedir. Somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak, birlikte yaşama ara veren eşler, çocuk söz konusu olunca bir araya gelebilecek ve ayrılık sürecinde velayeti birlikte kullanabilecek olgunluğa ve anlayışa sahiplerse, hâkim velayeti onlardan almayacak, sadece çocuğun birlikte yaşayıp kalacağı tarafı belirleyerek çocuğu onun yanına bırakacaktır.

Ebeveynlerin boşanması halinde ise, velayetin birlikte kullanılmasının mümkün olup olmayacağı Alman, İsviçre ve Türk öğretisi ve uygulamasında tartışılmaktadır. Bazı yazarlar, boşanma sonrasında ebeveynlerin birlikte velayetinin çocuk açısından en ideal çözüm olduğunu, ebeveynlerin bu yöndeki ortak talebinin çocuk faydasına uygun olması koşuluyla velayetin birlikte kullanılmasına hükmedilebileceği savunmaktadırlar.

...

Sonuç olarak diyebiliriz ki, boşanan eşlerin ebeveynler sorumluluğunu birlikte sürdürmeye istekli olmaları halinde, yaptırdığı kapsamlı psiko-sosyal araştırmalardan ve çocuğu da olgunluk düzeyine uygun biçimde dinleyip arzu ve duygularını öğrendikten sonra hâkim, onun faydasına uygun olduğu kanaatine varırsa boşanan

95 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 233

96 Av.Lale,İ.,Av.Lale,Ö.(2009).Sözden Sonsuza Evlilikte Hukuksal İlişkiler(1.Baskı).Ankara: Adalet Yayınevi.s 315

eşlere velayeti birlikte bırakabilmelidir.⁹⁷

Günümüzde, ebeveynlerin, boşandıktan sonra ortak çocukları üzerinde birlikte velayet hakkına sahip olmaları sorunu, tüm dünyada tartışmaya açılmıştır. Türk Hukuku'nda, bu meseleye ilişkin olarak, 2004 yılında yayınlanan son derece ayrıntılı ve tatminkâr bir çalışmanın dışında, başka ciddi bir araştırma yoktur. Aile Hukuku'na ve özel olarak da velayete ilişkin kitaplarda, sadece, “boşanmadan sonra velayetin ebeveynlerden birine bırakılacağı, bunun kamu düzenini ilgilendirdiği için kararı hâkimin vereceği ve hâkimin tarafların talebi ile bağlı olmadığı” hususları vurgulanmıştır.

Yargıtay kararları da, istisnasız aynı yöndedir. Hiç tereddütsüz, öğretide baskın fikir ve Yargıtay, Türk Medeni Kanunu'nun boşanmadan sonra velâyetin tevdiini düzenleyen 336/III 'üncü maddesi hükmünü, “emredici” bir hüküm olarak kabul etmektedir. Boşanmadan sonra velayetin ebeveynlerden her ikisine de verilmesine ilişkin olarak verilmiş tek bir karar mevcut değildir. Ne yargı ne de öğreti, birlikte velayet sorununu tartışmaya açmıştır. Öğretide, eşlerin boşanmadan sonra birlikte velayet hakkına sahip olmaları yönünde bir eğilime rastlanmamaktadır.

...

Sonuç olarak, kanaatimizce, Kanun'un 182'nci maddesinin yorumuna istinatla, boşanma halinde, velayetin, mutlaka ebeveynlerden birine verilmesi gerektiği şeklinde bir sonuç çıkarılamaz.

...

Boşanma halinde, çocuğun taraflardan birine bırakılmasının sonucu olarak, velayetin de o tarafa bırakılması esas, çok katı, sert bir düzenlemedir ve maddi bu haliyle adil olmaktan uzaktır. Evlilik devam ederken, diğer eş ile birlikte velayet hakkına sahip olan bir eşin sırf boşanma gerçekleşti diye velayet hakkını kaybetmesi, diğer eşin ise, sırf boşanma gerçekleşti diye velayet hakkına tam sahip olmasının kabulünün açıklanması çok zordur. Özellikle eşlerin birlikte velayeti istemeleri halinde, bu zorluk daha da artmaktadır. Ayrıca velayet kendisine bırakılan tarafın, velayet hakkına sahip olmayan tarafı, çocukla ilgili konularda bilgilendirme yükümlülüğünün bulunmaması da, meseleyi bir kere daha zorlaştırmakta, velayet kendisine verilmeyen eş, sadece mâlî sorumluluklar altına giren, fakat karşılığında çocuk üzerinde hiçbir söz hakkı olmayan, onun eğitimine, terbiyesine karışamayan

97 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 234-237

üçüncü kişi, âdeta bir yabancı durumuna düşmektedir. Kısacası, bu gibi hallerde, velayet kendisinde olmayan taraf, sadece para ödeyen ve ölünce mirasından yararlanan bir kimse durumundadır. Böyle bir düzenlemenin ise, âdil olduğundan söz etmek kesinlikle mümkün değildir.

Aslında, boşanma halinde, çocuk açısından, anne ile babasının ayrı yaşamaya başlamasından başka değişen bir şey yoktur ve o, ebeveynlerinin boşanmadan önce olduğu gibi, kendi eğitimine, yetiştirilmesine birlikte karar verilmesinden memnundur. Ebeveynler da velayeti birlikte yürütmek istiyorlarsa ve velayetin birlikte yürütülmesi çocuğun da faydasına ise, Kanun Koyucunun, buna rağmen, boşanmanın sonucu olarak, mutlaka velayetin taraflardan birine verilmesini istemesini anlamak mümkün değildir. Hâlbuki bu noktada, hâkime bir takdir yetkisi tanımak, en azından ebeveynlerin talebi üzerine, böyle bir talebin çocuğun faydasına olup olmadığını kontrol etmek isabetli olur.

...

Bize göre, en doğru olan çözüm muhakkak ki, kanun koyucunun maddeyi yeniden ele alması ve boşanmadan sonra velayetin ebeveynlere birlikte de verilir verilemeyeceği hususunu tamamen hâkimin takdirine bırakmasıdır.⁹⁸

Hukukumuzda boşanmadan sonra bazı ülkelerde olduğu gibi ebeveynlerin müşterek çocuk ve ya çocukların velayetini birlikte kullanabilecekleri kabul edilmemiştir. Boşanmadan sonra birlikte velayet konusunda çeşitli eleştiriler ileri sürülebilirse de boşanma davalarında ve boşanmadan sonra tarafların müşterek çocuğu birbirlerine karşı koz olarak kullanmaları, şahsi ilişkilerde dahi sorunlar çıkartmaları, çocuk nezdinde karşılıklı birbirlerini kötülemeleri vb. gerçekler karşısında mevcut şartlar dahilinde velayetin boşanmadan sonra birlikte kullanılması bugün itibariyle hukukumuz ve insanlarımızın mutluluğu için uygun olmaz kanaatindeyim. Ancak boşanmadan sonra dahi birlikte velayetin kabul edildiği ülkelerdeki bu kurumdan kaynaklanan sorunların halli ile insanlarımızın gelişme ve eğitim durumlarının olumlu yönde değişmesine müteakip bu kurumun tartışılmasının daha ısrarlı yapılabileceği de bir gerçektir.⁹⁹

Doktrinde bu kuralın emredici vasıfta olduğu ve hâkimin boşanmada zorunlu olarak velayeti eşlerden birine vermesi gerektiği fikri yanında, ağırlık kazanan diğer

98 Prof.Dr.Öztañ,B.(2006)Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu.InProf.Dr. S.Arkan, Doç.Dr. A.Yongalık, Arş.Gör.B.Şit (Editörler). Prof.Dr.TuğrulAnsay'a Armağan,1.Bası.Ankara:Turhan Kitabevi ,s251-259

99 Bulut,H. a.g.e s 4-5

fikir; bu kuralın örtülü boşluk barındırdığı ve hâkimin, boşanma yargılamasında çocuğun yararı göz önünde bulundurularak velayeti eşlerden birine tevdi edebileceği gibi, birlikte velayete de karar verebileceği yönündedir. Yargıtay 1971 tarihli bir kararında, boşanmada velayetin müşterek kullanımının Kanunumuz sistematığına uygun olmayacağına karar vermiştir. Hatta Yüksek Mahkeme, birlikte velayetin kabul edildiği başka hukuk düzenlerinde verilmiş kararların tenfizi taleplerini dahi reddetmektedir. Yüksek Mahkeme'nin verdiği ret kararlarının gerekçesi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 5. maddesine ve Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 9. ve 10. maddelerine dayanmaktadır. Mahkemelerce, velayet düzenlemesinin kamu düzeni ile ilgili olduğu, yabancı mahkemelerin çocukların velayetini ana-babaya bırakmasının Türk Medeni Kanunu'na aykırı olduğu gerekçesiyle ret kararları verilmiştir.¹⁰⁰

Medeni Kanun'un m.336/f.3'e göre, "velayet, ... boşanmada ...çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir." Doktrindeki baskın fikir, TMK m.336/f.3 hükmünü emredici vasıfta görmekte ve hâkimin boşanmada velayeti eşlerden birine tevdi etmekle yükümlü olduğunu kabul etmektedir. Hâkim, boşanmada velayeti zorunlu olarak eşlerden birine vermelidir; zira artık birbiriyle evli olmayan ebeveynlerin müşterek çocukları üzerinde velayeti birlikte icra etmeleri düşünülemez. Söz konusu hüküm, emredici vasıfta olduğundan, hâkimin boşanan ebeveynlerin boşanma sonrası velayetin birlikte kullanılmasına ilişkin yaptıkları bir anlaşmayı onaylayabilmesi de mümkün değildir. Yargıtay da, boşanmaya karar verilirken müşterek çocuğun yararı gözetilerek velayetin ana ve ya babadan birine verileceği veya durum gerektiriyorsa çocuğa bir vasi tayin edilebileceği yönünde karar vermektedir. Şöyle ki, Yargıtay 2.HD. boşanmada çocukların velayetinin ebeveynlere birlikte verilmesini öngören yabancı mahkeme kararlarının tenfizi talebini, eşlerin boşanma ve ayrılmalarına karar verilmesi halinde hâkimin velayeti eşlerden birine vermesi gerektiği; velayet düzenlemesinin kamu düzeni ile ilgili olduğu gerekçesi ile reddetmektedir.

Buna karşılık doktrinde diğer bir fikir, boşanma sonrasında da ana ile babanın birlikte velayetinin çocuk açısından en ideal çözüm olduğunu, ebeveynlerin bu yöndeki ortak talebinin çocuğun yararı ile bağdaşması durumunda hâkimin boşanan ebeveynlerin çocuk üzerindeki velayet hakkını birlikte kullanmalarına karar verilebileceğini savunmaktadır. Bu fikirdeki bazı yazarlar, TMK m.336/f.3 hükmünde

100 Usta, S. a.g.e. s 115-116

örtülü bir boşluk bulunduğunu, evliliğin sona ermesine rağmen ebeveynlerin ortak velayet sorumluluğunu taşımaya istekli ve çocuğun yararının da bu yönde olması durumunda, hâkimin velayeti hem anaya hem babaya verebileceğini; böylece hükmün amaca uygun bir sınırlama ile düzeltilebileceğini belirtmektedir.

...

Kanaatimizce, yasa koyucunun boşanma sonrasında çocuğun velayeti konusunda benimsediği ilke, çocuğun velayetinin kullanılmasının taraflardan birine bırakılmasıdır. Hem TMK m.336/f.3 hem de TMK m.182/f.2'nin lafzı bu yargıyı destekler vasıftadır. Boşanmada “velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur.” diyen TMK m.182/f.2 hükmü, boşanma sonrasında tek başına velayetin asıl olduğu izlenimini vermektedir. Dolayısıyla birlikte yaşama ara verilmesi ve ayrılık hallerinin aksine boşanmada tek başına velayet asıldır, ancak boşanan eşlerin çocuğun faydasına olarak ebeveynler sorumluluğunu beraberce devam ettirmeye istekli ve hazır olduğu hallerde birlikte velayet istisnai olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu'nda İsviçre'de olduğu gibi belirli koşullarla boşanmadan sonra ortak velayete imkân tanıyan açık bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır. Böyle bir düzenleme yapıncaya kadar, hiç olmazsa TMK m.166/f.3 çerçevesinde gerçekleştirilen anlaşmalı boşanmalarda, eşlerin boşanma sonrasında ortak çocuklarının velayetini birlikte kullanmak istemeleri halinde ve bunun çocuğun faydasına olacağını anlaşılması durumunda hâkim birlikte velayete karar verebilmelidir. Boşanma sonrasında çocuğun yararı bakımından mutlak doğrunun velayetin ebeveynlerden birine verilmesi olduğunun kabulü her zaman adil bir çözüm değildir. Nitekim pek çok Avrupa ülkesinde, birlikte velayetin de çocuğun faydasına olabileceği fikri benimsenmiş ve boşanmadan sonra çocuğun velayetinin mutlaka ebeveynlerden birine bırakılması fikri terk edilmiştir.¹⁰¹

1.4.2.1.3.2 Boşanmada Velayetin Düzenlenmesi

Boşanma, çocuğun gelişiminin en uygun ortamı olan “tam aile” nin parçalanması sonucunu getiren bir nedendir. Bu yönüyle, çocuğun tüm yaşamına

101 Doç.Dr.Baygın,C. a.g.e s 266-269

yayılabak bir olumsuzluk momentini içerir. İŖte velayetin düzenlenmesinde saf edilecek çaba ve dikkatin önemi tam da bu noktada ortaya çıkmaktadır: Anılan olumsuzluğu yumuŖatacak, en aza indirecek bir zm biçimi üretmek. zm arayıŖında temel referanslar çocuğun güvenliği ve yararidir. Çocuğun güvenliğinden amaç, onun; bedensel, dŖünsel, ahlakı ve sosyal bakımdan “zgrlk ve haysiyet içinde geliŖebilme olanaklarına” sahip olmasidir.¹⁰²

TMK 182/1, velayetin kime verileceği konusunda hâkime çok geniŖ bir takdir yetkisi tanınmıŖtır. Gerçi hâkim, imkan varsa ebeveynleri dinleyecek; ocuk vesayet altındaysa vasi ve vesayet makamının dŖncesini alacaktır. Ancak, o bunlarla bağlı değildir. Hâkimi bağlayan tek husus, çocuğun menfaatidir. Bu konuda ebeveynlerin anlaŖmaları da hâkimi bağlamaz (TMK 184 b.5). Sadece ona yol gösterebilir ve çocuğun menfaatine uygun görürse bu anlaŖmaya göre karar verilir. Hâkim ocuğun menfaati gerektiriyorsa, ana-babadan birinin velayetine bırakmak yerine çocuğu vesayet altına koyabilir. Ancak bunun için, gerek ana gerekse baba açısından velayetin kaldırılması (nez’i) nedenlerinden birinin bulunmaması gerekir.

Velayetin verilmesinde, çocuğun anne veya babadan kimin yanında olursa daha iyi yetiŖmesi ehemmiyetli olduğundan, eŖlerin ekonomik durumları ve ya boŖanmadaki kusurları büyük rol oynamaz. Kararı verecek hâkim, çocuğun daha iyi yetiŖeceęi kanaatinde ise, onu, ekonomik durumu iyi olmayan ve ya boŖanmada kusurlu olan tarafa da verebilir.¹⁰³

GeliŖim psikolojisinde çocuğun geliŖimi 4 döneme ayrılmaktadır.0-3 yaŖ dilimi: Çocuğun kiŖilięinin biçimlendiği süreçtir. Çocuğun anaya duygusal bağlılığı, sevgi gereksinimi derindir ve bu bağlılık çocuğun sosyalleŖmesinin temel kazanımlarını sağlar. Yine çocuktaki “gerçeklik” ve “benlik” duygusunun oluŖması da bu dönemde ilk hareket ve belirtisini göstermektedir. Çocuğun bu yaŖ dilimi içinde annesinden veya anne yerine geçen birinden ayrılması, çocukluk ağı depresyonlarının temel nedenini oluŖurmaktadır.6 aylık- 2 yaŖ çağındaki çocukların anneden ilk ayrılma depresyonuna “analitik depresyon” denilmektedir. Durmadan ağlama, yemeden içmeden kesilme, zayıflama, bedensel ve ruhsal geliŖimin durması, kusma bu depresyonun tipik belirtileri olarak açıklanmaktadır. Bundan dana vahim olarak ölümlle sonuçlanan ve “marasmus” olarak tanımlanan vakıalara rastlandığı da

102 Tutumlu,M.A.(2006).Evliliğin Butlamı BoŖanma, Ayrılık Sebepleri ve BoŖanmanın Hukuki Sonuçları(2.baskı). Ankara:AdaletYayınevi.s 295

103 Prof.Dr.Dural,M.,Prof.Dr.ğz,T.,Doç.Dr.GmŖ,M.A.(2010).Türk zel Hukuku Cilt III Aile Hukuku.(3.Bası).İstanbul:Filiz Kitabevi.s138

bilim adamlarınca ifade edilmektedir. Şu halde hâkimin velayeti düzenlerken takdir hakkını anneden yana kullanması, psikoloji ve pedagoji biliminin verilerine uygun bir karar olacaktır.¹⁰⁴ Bir yaş altında çocuklar üzerinde yapılan araştırmaya göre; annenin üç aylık yokluğu bebekte karamsarlığa, gelişme bozukluklarına, pasifliğe ve hastalanma eğiliminin artmasına yol açmaktadır. Ayrılık beş aya çıktığında, çocukta kalıcı bozukluklar, örneğin, zeka geriliği görülmüştür. Daha büyük çocuklarda ise kabus görmeler, genel bir saldırganlık, huysuzluk ve dengesizlik gözlemlenir.¹⁰⁵ 3-6 yaş grubu çocuklar: Bu yaşlarda bulunan çocukların anaya olan gereksinimi 0-3 yaş grubuna göre daha azdır. Ancak yine de ananın yakınlığına çok gereksinimi vardır.¹⁰⁶ 6-13 yaş dilimi: bu dönemde anneye olan bağımlılığı ve ihtiyacı azalan çocukta dış dünyaya yönelme eğilimi görülür. Ancak tam manasıyla bağımsız bir şahsiyetten, kendi kendine yetebilen bir birey olgusundan söz edilemez. Azalarak da olsa, çocuğun anneye olan duygusal bağlılığı devam etmektedir. Bu yaştaki çocuğun velayeti, onun gereksinimlerini karşılayabilecek yeterlilik ve konumda olan tarafa verilir.¹⁰⁷ 13-17 yaş grubu çocuklar: Yazarların hemen hepsine göre baba, ergenlik çağından sonra çocuğun yaşantısında model teşkil etmesi ile çocuğun otoriteye karşı mücadelesinde ehemmiyetli rol oynar. O halde 13-17 yaş grubu için baba yanında eylemli olarak kalmakta olan çocukların baba yanında kalmaya devam etmesi uygundur.¹⁰⁸

Toplumda küçük çocuklarının velayetinin anneye verileceği şeklinde genel bir kanı mevcuttur. Onları bu tür düşünce ve inanca yöneltten husus ise, küçük çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç olması, çocuğun fikri ve bedeni gelişiminde (annenin küçük yaştaki çocuğu ile ilgisinin babaya göre daha fazla olacağı) annenin daha yararlı olacağı varsayımdır.¹⁰⁹

Çok küçük yaştaki çocukların velayeti genellikle anaya verilir. Çünkü küçük olan çocukların ananın bakım ve şefkatine daha çok ihtiyacı vardır.¹¹⁰ Ananın şefkatine ve bakımına muhtaç olan çocuğun, bu durumun bedeni ve fikri gelişimine engel olduğu ve hemen meydana gelecek bir tehlikenin varlığı kanıtlanmadıkça, velayetinin anaya verilmesi gerekir.¹¹¹

104 Tutumlu,M.A.a.g.e. s 595-596

105 Çelikel,S.a.g.e. s 71

106 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 1167

107 Tutumlu,M.A.a.g.e. s 596

108 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 1168

109 Av. Ertuğrul, N., Av. Ertuğrul, T. .a.g.e. s 1500

110 İnal,N.a.g.e. s 533

111 Ergün,Z.(2009).Boşanma Davaları Mal Rejimi.(4.Baskı).Ankara:AdaletYayınevi.s 1079

Hâkimin velayet hakkını düzenlerken esas aldığı kriterler “yaş” ile sınırlı değildir. Velayet haklarının düzenlenmesinde küçüklerin yaşı, anne bakım ve şefkatine muhtaç olup olmadıkları, anne ve babanın sosyal, ekonomik, kültürel yönden velayet hakkını küçüğün menfaatlerine uygun kullanıp kullanmayacağı küçüklerin bedenî, fikrî, ruhsal, ahlakî ve sosyal gelişimleri, öğrenim durumları göz önünde tutulmalı, mümkünse küçükler birbirinden ayrılmayacak biçimde düzenleme yapılmalıdır.¹¹²

Velayetin düzenlenmesinde çocuğun yaşının yanı sıra yaşadığı çevrenin de göz önünde tutulması gerekir. Çevrenin çocuğun gelişimi üzerindeki etkisini Prof. Akyüz şöyle açıklamaktadır: ”çocuk yetişkinlik çağına varıncaya kadar fiziksel, duygusal, zihinsel ve sosyal bakımdan çeşitli güçlüklerle karşılaşır. Bu bakımdan gelişim süreci içerisindeki iç huzursuzluklar ne kadar çok olursa, kesintisiz ve istikrarlı bir çevre şartlarına gereksinim de o kadar çok olur. Alışılmış çevrenin değişmesi çocuğun duygusal ve zihinsel yaşantısını etkileyerek gelişimini durdurur veya normalden saptırır.¹¹³ Yargıtay, çocuğun alışıp sürekli yaşadığı ortamdaki ayrılmasını çocuğun ruh sıhhatini negatif şekilde etkileyen bir faktör olarak görmektedir.¹¹⁴ Bu durumda, çevre değişikliğinin çocuğun gelişimi üzerinde yapacağı olumsuz etkiler göz önünde bulundurularak olanaklar dahilinde çocuğun yerleşim yerinin değiştirilmemesine itina gösterilmelidir.¹¹⁵

Çocuğun velayetinin düzenlenmesi esnasında gözetilmesi gereken bir diğer ilke birden fazla çocuk varsa kardeşlerin birbirinden ayrılmaması prensibidir. Hâkim velayeti düzenlerken kardeşleri mümkün olduğunca birbirinden ayırmamalıdır. Zira çocukların birbirinden ayrılmaları kardeşlik bağlarını ve gelişmelerini olumsuz etkiler. Onların bir arada olmaları velayeti kendisine verilmeyen ana veya babanın yokluğunu biraz olsun hafifletebilir.¹¹⁶

Sağlık sorunu veya özürlü bulunan çocuklar umumiyetle tedavi imkanı sağlayacak olanakları olan tarafa verilir.¹¹⁷ 18.1.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un Medeni Kanun’un 2. Kitabından kaynaklanan tüm davalara Aile Mahkemeleri’nde

112 Özuğur,A.İ.(2006).Evlilik Birliğini Sone Erdiren Nedenler Boşanma,Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları.(2.Bası).Ankara:Turhan Kitabevi .s964

113 Tutumlu,M.A.a.g.e. s 597

114 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 1182

115 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 1182

116 Av. Ertuğrul, N., Av. Ertuğrul, T.a.g.e. s 1508

117 Özuğur,A.İ.a.g.e. s 965

bakılacağını (AMK m.4), aile mahkemeleri nezdinde psikolog, pedegog ve sosyal çalışmacının bulunabileceğini; bu görevlilerin bulunmaması halinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan veya serbest meslek icra edenlerden de yararlanılabileceği (AMK m.5/3) öngörülmüştür. Çocukla ilgili velayet düzenlemesi yapılırken 4787 Sayılı Aile Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5.maddesinde belirtilen uzman bilirkişilerden görüş alınmalı ve diğer delillerle birlikte bir değerlendirme yapılması gerekir.¹¹⁸ Çocukların velayetlerinin verilmesinde kız ve erkek çocuk ayrımının önemi yoktur.¹¹⁹

Hukukumuz velayetin boşanmada kusursuz olan eşe verilebileceği yolunda herhangi bir kural koymamıştır. Çocuğun yararı gerektiriyorsa, hâkim onun velayetini boşanmada kusurlu eşe dahi verebilir.¹²⁰ Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma (TMK m.163), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma (TMK m.162), gibi boşanma sebeplerine dayalı davalarda velayetin suç işleyene, haysiyetsiz hayat sürene, acımasız ölçülerde olmak üzere pek kötü muamelede bulunana verilmemesi uygun olur.

...

Akıl hastasına da velayet verilemez. Bu durumlarda belirleyici olan boşanma sebebi değil çocuğun bu vasıflara sahip olan eşe verilerek güvenliğinin ihlal edilmemesidir.¹²¹

Ananın, kendisi vesayet altında ise bu durumdaki anaya, çocuğun velayeti verilemez. Çocuğun ana bakım ve şefkatine muhtaç olduğu belirlenmiş olsa da ananın vesayet altına alınmış olması halinde ananın velayeti doğrudan kullanması söz konusu olamayacağı gibi vasisi tarafından da bu hak kullanılamaz, çünkü bu hak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır (TMK m.16).¹²²

Küçüklerin velayetlerinin verilmesinde yargıcın isabetli bir karar verebilmesi için yasa ana, babanın dinlenilmesini öngörmektedir. Bu durum eşlerin yararlarına da uygun düşer. Yargıç, çocuğu, eşlerin ısrarlı istemlerine rağmen velayeti çocuğun faydasına uygun gelene verir.¹²³

Aile mahkemesi (yoksa HSYK tarafından tespit edilen AHM) hâkimi boşanma (TMK m.161-166) davalarında velayeti (TMK m.336/1.III) düzenlerken ebeveynlerin

118 Av. Ertuğrul, N., Av. Ertuğrul, T.a.g.e. s 1508-1509

119 İnal,N.a.g.e. s 533

120 Çelikel,S.a.g.e. s 88

121 Gençcan,ÖÜ.a.g.e. s 1186

122 Av. Ertuğrul, N., Av. Ertuğrul, T.a.g.e. s 1513

123 İnal,N.a.g.e. s 535

özelliklerini göz önünde bulundurmak zorundadır.¹²⁴ Yargıtay 2.HD nin bu konuya ışık tutacak vasıftaki kararları şu biçimdedir: “... A) Davalının 1993 doğumlu Hüseyin adındaki müşterek çocuğa dilencilik yaptırdığı anlaşılmaktadır. Şu halde müşterek çocuklardan 1989 doğumlu Ferah Diba ve 1993 doğumlu Hüseyin’in velayetlerinin de davacı anneye verilmesi gerekirken davalı babaya verilmesi doğru değildir...”¹²⁵ “...Davacının kocası ve çocuğuyla birlikte izin için Almanya'dan Türkiye'ye geldiğinde; çocuğu kayınvalidesine bırakıp, ilki 17.07.2012 tarihinde, diğeri de daha sonra olmak üzere iki kez evlenmeden önce tanıştığı erkek arkadaşının yanına gittiği ve onunla ilkinde beş gün ikincisinde ise belirlenemeyen bir süre birlikte yaşadığı, ikinci kez terk edip gitmesinden sonra çocuğu davalının beraberine alıp Almanya'ya döndüğü toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Çocuk 24.04.2010 doğumludur. Annenin bu yaştaki bir çocuğu yukarıda açıklandığı gibi bırakıp gitmesi, çocuğa yeterli ilgiyi göstermediğini ve ona karşı yükümlülüğünü ihmal ettiğini ortaya koyar. Bu maddi olgu karşısında velayetin anneye bırakılması çocuğun üstün yararı gözetildiğinde isabetli olmamıştır. Bu bakımdan velayetin babaya bırakılması gerekirken yazılı biçimde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir...”¹²⁶

Çocuğun güvenliğinin belirlenmesi için, velayeti söz konusu olan çocuğun velayetinin anne veya babaya verilmesini istediği konusunda kendisi de dinlenmeli ve çocuğun talepleri de göz önüne alınmalıdır.¹²⁷ Velayet düzenlemesi yapılacak çocuğun fikir ve düşüncelerinin mahkeme tarafından alınması TMK m.339, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12.maddesi ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6.maddelerinde de yer bulmuştur.

Velayet düzenlenirken çocuğun o andaki çıkraları yanında gelecekteki yararlarının da göz önünde tutulması gerekir. Ana çok tehlikeli ve bulaşıcı bir hastalığa tutulmuşsa sırf çocuk ana bakım ve şefkatine ihtiyaç duyuyor diye çocuğun velayetinin anaya verilip çocuğun sağlığının tehlikeye atılması düşünülemez.¹²⁸

Mahkemece velayet düzenlemesi yapılırken yukarıda açıklanan ilkeler gözetilmelidir.

124 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 1170

125 Y2HD, 25.01.2007, 12556-504

126 Y2HD, 13.02.2014, 2013-20336 E, 2014/2706 K

127 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 1145

128 Ergün,Z. a.g.e. s 1080

1.4.2.1.4 Ebeveynlerden Birinin Ölümü

TMK m.336/III “Velayet, ebeveynlerden birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.” hükmü getirilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun m.336 f.III hükmüne göre ebeveynlerin bir tanesinin ölmesi halinde velayet hakkı hayatta kalan ebeveyn tarafından yalnız başına kullanılır. Bu hususta mahkemeden karar almaya ihtiyaç yoktur.¹²⁹ TMK’nın 336/son maddesinde, ebeveynlerden birinin hayatını kaybetmesi halinde velayetin hayatta kalana ait olduğu belirtilmiş ise de buradaki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere evlilik birliği devam ederken velayet hakkını birlikte kullanan ebeveynlerden birinin ölümü halinde velayet sağ kalana geçeceği belirtildiğinden TMK’nın 183.maddesindeki düzenlemenin bu madde ile bir ilgisi yoktur.¹³⁰ TMK 183.maddesi “Ebeveynlerden birinin başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hâkim, re’sen veya ebeveynlerden birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır.” hükmünü getirmiştir. Maddenin başlığı “ durumun değişmesi ”dir. Velayete ilişkin mahkeme kararları kesin hüküm oluşturmaz. Velayete ilişkin karar değişen koşullara göre değişebilir.¹³¹ Çocuğun velayet hakkına sahip ana veya babanın ölmesi durumunda çocuğun velayeti kendiliğinden diğer eşe geçmez. Bu konuda hâkim kararına gerek vardır.¹³²

Çocuğun dünyaya gelmesi anında eşler evli ise, bu eşlerden birinin ölümü halinde velayet TMK m.336/3’e göre sağ kalan eşe ait olur. Çocuğun dünyaya gelmesi anında eşler evli değilse, velayet hakkı kendisinde olan tarafın ölümü halinde, sağ kalan taraf, velayeti alabilmek için mahkemeye başvurması gerekir. Bu durumda, çocuğun vesayeti için açılmış dava varsa bu dava sağ kalan eşe ihbar olunur.¹³³

Velayeti kullanılması yetkisi kendisine tevdi edilen ana ve ya babanın ölümü halinde de çocuğun velayeti kendiliğinden sağ kalan ana ve ya babaya geçmez. Bu konuda mahkemeden velayeti kullanma yetkisinin değiştirilmesi karar alınması zorunludur, karar alıncaya kadar velayet askıdadır ve menfaat çatışması bulunduğundan öncelikle velayetin değiştirilmesi davasında çocuğun yararlarını en iyi

129 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 2451

130 Bulut,H. a.g.e s 11

131 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 1567

132 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 1568

133 Avukat.Girgin,Y.(2013).Evlilik Birliğinin Sona Ermesi.(1.baskı).Ankara:Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş.s 216

biçimde koruyacak uygun bir kişinin vasi olarak atanıp dava için kendisine yetki verilmesi hususunda yetkili sulh hukuk mahkemesine ihbarda bulunularak vasi atanması yaptırılarak taraf teşekkülü yaptırılıp dava neticesinde yukarıda belirtilen biçimde tüm delillere göre küçüğün velayetinin sağ kalan ana ve ya babaya verilmesinde sakınca bulunmadığının anlaşılması halinde ölüm nedenine dayalı velayetin sağ kalan ana ve ya babaya tevdiine, yapılan yargılama neticesinde çocuğun velayetinin sağ kalan eşe tevdiinin küçüğe maddi ve manevi zararlar vereceği sonucuna varılırsa vasi atanması (TMK m.348,349) yoluna gidilecektir.¹³⁴

Yargıtay konuya ilişkin verdiği bir kararında “...Türk Medeni Kanununun 336/3.maddesi “velayet, ebeveynlerden birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir” hükmünü içermektedir. Davalının eşi Emine, evlilik birliği devam ederken 05.09.2007 tarihinde ölmüştür. Ana öldüğüne göre velayet sağ kalan eş davalıdadır. Dava ise davalı babada olan velayetin kaldırılması istemine ilişkindir. Mahkemece öncelikle davacılarından delilleri sorularak, gösterildiği takdirde tarafların delilleri toplanarak, işin esası hakkında olumsuz veya olumlu bir karar verilmesi gerekirken yazılı biçimde “velayet babada olmadığından bu konuda bir karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde karar verilmesi doğru görülmemiştir...”¹³⁵ hükümlerine yer verilmiştir.

Yargıtay 2.HD nin bir kararında “...Anne ve baba boşanmışlar, 1994 doğumlu küçük Onur Recep’in velayeti babaya bırakılmış baba ölmüştür. Velayet hakkı kendisine bırakılan babanın ölümü üzerine velayet hakkı kendiliğinden anneye geçmez. Bu husus düşünülmeden yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru değildir...”¹³⁶ ilkelerine yer vererek boşanma davasında velayet kendisine bırakılan tarafın ölmesi halinde velayet hakkının sağ kalan eşe kendiliğinden geçmeyeceği, bunun için mahkeme kararına gerek olduğu açıklanmıştır. Boşanma ile velayet hakkı kendisine tevdi edilen eşin ölümü halinde çocuğun velayetinin sağ kalan eşe kendiliğinden geçmemesi hükmü her ne kadar küçüğün yüksek menfaatlerini güvence altına almak için getirilmiş ise de küçüğün acil menfaatleri uyarınca hemen yapılması gerekebilecek resmi işlemler için vesayet makamından izin alınması, ilerde velayet altına alınma halinde vesayet makamının vasiden rapor ve hesap istemesi, vesayet altına alınma ve vesayetinin sora ermesi kararlarının ilanı v.b işlemlerle çocuğun

134 Bulut,H. a.g.e s 10

135 Y2HD, 06.05.2010, 2009-20153 E, 2010/9127 K

136 Y2HD, 24.10.2005, 12369-14634

menfaatlerinin zedelenmesi çok yakın bir ihtimal olduğundan kanaatimce böyle bir durumda çocuğun velayetinin kendiliğinden sağ kalan eşe geçmesi, velayetin sağ kalan eşe geçmesini engelleyecek bir durumun varlığının ilgililerce ihbar edilmesi halinde iş bu durumun halline kadar mahkemece geçici tedbirler alınarak iddianın çözümlenmesi daha pratik çözüm tarzı olacaktır. Velayet verildiğinde gerek TMK'nın 353. maddesi gerekse bu kanun doğrultusunda yürürlüğe giren tüzük uyarınca sağ kalan ve velayet kendisine geçen eş tarafından çocuğun mal varlığına ilişkin bildirim ve defter uygulaması bulunduğundan velinin çocuğun mal varlığı üzerindeki hakimiyeti de denetlenebilecektir.¹³⁷

1.4.2.1.5 Ebeveynlerden Birinin Gaipliğine Karar Verilmesi

Bilindiği üzere ebeveynlerden birinin hayatını kaybetmesi halinde velayet sağ kalana aittir. Ebeveynlerden birinin gaipliğine karar verilmesi halinde de aynı hukuki sonucu doğurur.¹³⁸

1.4.2.1.6 Evliliğin Butlanına Karar Verilmesi

TMK 157.madde “ Mahkemece butlanına karar verilen bir evlilikten dünyaya gelen çocuklar, ebeveynler iyi niyetli olmasalar bile evlilik içinde dünyaya gelmiş sayılırlar. Çocuk ile ebeveynler arasındaki ilişkilere boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır. ” hükmü ile butlanın çocuklar yönünden sonuçları düzenlenmiştir.

Mahkemece butlanına hükmedilen bir evlilikten doğan çocuklar, evlilik birlikteliği içinde doğmuş sayılır. Doğan çocuklar ebeveynler iyi niyetli olmasalar bile Türk vatandaşlığını korurlar ve evlilik içinde doğmuş sayılırlar.

İptal kararının kesinleşmesi tarihinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının kanıtlanmasıyla olanaklıdır. Çocuklar ile ebeveynler arasındaki ilişkilere boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır.¹³⁹

137 Bulut,H. a.g.e s 11

138 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 162

139 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 1219

1.4.3 Çocuğun Ebeveynleri Evli Değil İse Velayet

TMK'nın 337. maddesi "Ebeveynler evli değilse velayet anaya aittir. Ana küçük, kısıtlı veya hayatını kaybetmiş ve ya velayet kendisinden alınmış ise hâkim, çocuğun faydasına göre, vasi atar veya velayeti babaya verir." hükmü ile ebeveynlerinin evli olmaması halinde, yani çocuğun evlilik dışı dünyaya gelmiş haldeki velayet durumunu düzenleme konusu yapmıştır.

Ebeveynler evli değilse velayet ana tarafından doğumla kendiliğinden kazanılır. Başka bir ifadeyle bu konuda hâkim kararına ihtiyaç yoktur.¹⁴⁰

...

Ebeveynler evli değilse velayet ana tarafından doğumlu kendiliğinden kazanıldığı için velayetin yeniden düzenlenmesi yönünde bir istek yoksa velayet düzenlemesi yapılamaz.¹⁴¹ Buna ilişkin Yargıtay 2.HD bir kararında "...Ebeveynler evli değilse velayet anaya aittir. Ana küçük, kısıtlı veya hayatını kaybetmiş ve ya velayet kendisinden alınmış ise hâkim, çocuğun faydasına göre, vasi atar veya velayeti babaya verir (TMK m.337). Tarafların evlilik dışı ilişkilerinden dünyaya gelen 1997 doğumlu Kübra ile davalı baba arasındaki "soybağı" babalık hükmüyle, 1995 doğumlu Muhammet ile de "tanıma" yoluyla kurulmuş ise de velayet hakkının anadan alınarak davalı babaya verildiğine dair bir karar bulunmamaktadır. Bu çocuklar üzerindeki velayet hakkının yasa uyarınca (TMK m.337/1) tek başına davacı anaya ait bulunduğu dosya sınırlarıyla sabit olduğu halde "davalıdan velayetin alınarak davacı anaya verilmesine" şeklinde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..."¹⁴² hükümlerine yer vererek açıklamıştır.

Ebeveynler evli değilse velayet ana tarafından doğumla kendiliğinden kazanıldığı için velayetin yeniden düzenlenmesi yönünde bir istek varsa velayetin anadan alınması koşulları araştırılmalıdır.¹⁴³

Ebeveynler evli değilse, velayet anaya aittir (TMK m.337) ve bunun istisnası ise, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun ebeveynlerinin birbirleriyle evlenmesi (TMK m.292,293), ananın küçük, ölmüş, kısıtlı veya velayet kendisinden alınması haline münhasır çocuğun çıkarına göre velayetin babaya verilmesi halleridir.¹⁴⁴ Çocuk

140 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 193

141 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 193

142 Y2HD, 26.04.2010, 19724-8213

143 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 194

144 Bulut,H. a.g.e s 3-4

ile ana arasındaki nesep bağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında ise: a) Ana ile evlilik, b) Tanıma, c) Hâkim (mahkeme) kararı ile kurulur. Bundan başka evlat edinme ile de soy bağı kurulur. Ebeveynler evli değilse, çocuğun velayeti anaya aittir. Ana, a)18 yaşından küçük, b)Ölmüş, c)Yahut velayet kendisinden alınmış ise, mahkemece çocuğun faydasına uygun olarak çocuğa vasi tayin edilebilir. Veya baba biliniyorsa velayeti ona verilir.¹⁴⁵

Çocuğun ebeveynleri evli değilse, babalık karinesi kuralları saklı kalmak üzere, ebeveynler arasındaki ilişkinin niteliğine bağlı olmaksızın, velayet hakkı kanun gereği anaya ait olur (TMK m.337/I).

...

Kanun bu kurala, m.337/II ile bir istisna getirmiştir: “Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ve ya velayet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir.” Hâkim kararını çocuğun yararını göz önünde tutarak vermektedir. Annenin yetişkin olmaması durumunda velayetin babaya verilmesi için, annenin yetişkin olduktan sonra da velayeti kullanmakta yetersiz olacağının anlaşılması gerekir.

Doktrinde, çocuğun annesinin yanında kalması esas alınmakta, çocuğun babaya verilmesi nerdeyse istisnai durumların varlığına bağlanmaktadır. Velayetin babaya verilebilmesi için, bunun geçici değil sürekli bir çözüm olabilmesi, babanın evli olup olmamasına göre, velayetin babaya verilmesinin çocuğun faydasına olup olmayacağına derinlemesine araştırılması gereği ileri sürülmüştür. Yetişkin olmayan annenin yetişkin olmasıyla veya kısıtlılık kararının kaldırılmasıyla velayet anneye verilebilecekse, velayetin babaya verilmesinde acele edilmemesi, velayetin babaya verilmesinin daha çok annenin ölümü veya velayetin anneden kaldırılması durumunda söz konusu olması savunulmuştur. Mahkemenin kararına kadar velayet annede kalacaktır. Ancak anneye velayet verilemediği için babaya verilmişse annenin yetişkin olması ve ya kısıtlılık halinin kalkması halinde babada olan velayet kendiliğinden anneye geçmeyecek, hâkimin bu konuda karar vermesi gerekecektir. Velayetin doğmasında kısıtlılık evli eşler için engel teşkil etmezken, evli olmayan annenin kısıtlanmış olması velayet hakkını edinmesine engel olarak kabul edilmiştir (TMK m.337).¹⁴⁶

145 Özkan, H. (2005). Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı.(2.Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık. S 1365-1366

146Usta, S. a.g.e. s 124-125

Çocuğun babaya verilebilmesi için çocuğun bedensel ve ruhsal güvenliği, babası yanında her bakımdan sağlanabilmelidir. Bu temel kuraldır. Baba bir başkasıyla evli ise, onun kurmuş olduğu aile, çocuğa karşı biyolojik, duygusal ve sosyal işlevini uygun bir biçimde yerine getirebilecek özelliklere sahip olmalıdır. Gerek baba, gerek ailesi hiçbir şart ve kayıt ileri sürmeksizin çocuğu kabul edebilmelidir. Çocuğun babaya verilmeden önce, birlikte yaşadığı kişilere (üvey baba, koruyucu aile gibi) karşı derin duygusal bağları olmamalıdır. Velayetin babaya verilmesiyle birlikte ağır koruma önlemleri gerekmemelidir. Fakat babaya danışmanlık yapacak bir yardımcı tayini, hâkimin çocuğun eğitimine ilişkin bazı emirler vermesi gibi önlemler babanın velayetin kendisine bırakılmasına ehil olmadığını göstermez. Ancak baba çocuğa bedensel, duygusal ve zihinsel bakımdan güvenlik içinde büyüyebileceği bir ortamı garanti etmelidir. Bu nedenle babanın eşi yani çocuğun üvey anası, ana rolünü üstlenmeye hazır ve istekli olmalıdır. İlk çocukluk yıllarında üvey ana ile çocuk arasında sürekli ve içten ilişkiler kurulabilmedir.

Çocuğun babaya verilmesi sürekli bir çözüm olmalıdır. Başka bir deyişle, çocuk bundan böyle baba ailesinde yaşayabilecek durumda olmalıdır. Alışılan çevrenin tekrar değiştirilmesi çocuğun güvenliğini olumsuz yönde etkiler.

Baba ve eşin müşterek çocukları evlilik dışı çocuğu kabul edebilmelidir. Aksi takdirde, evlilik dışı çocukla diğer çocuklar arasında kıskançlık, kin, karşı koyma gibi tepkiler, rekabet duyguları gelişebilir. Bu nedenle yaşı ve olgunluk durumuna göre çocuklar velayetin babaya verilmesinden önce dinlenilmelidir.

Babanın velayeti neden istediği ciddi biçimde araştırılmalıdır. Bazen baba gerçek nedenleri gizleyerek velayeti çocuğa olan sevgisinden istiyormuş gibi görünebilir. Örneğin velayetin geçimsiz bir evliliği kurtarmak, eşinin yalnızlığını gidermek, iştirak nafakasından kurtulmak, çocuğun anasından öç almak gibi nedenlerle istenip istenmediği araştırılmalıdır.

Babanın evli olmaması durumunda ise, babanın çocuğu güvenliğinin gerektirdiği biçimde yetiştirip yetiştiremeyeceği ciddi bir biçimde araştırılmalıdır. Baba çocuğa kendi ebeveynleri, kardeşleri ve ya uygun bir koruyucu aile yanında bakım sağlayabilecekse, velayetin evli olmayan babaya verilmesi faydasına uygun olabilir. Eğer velayetin babaya verilmesi gerekiyorsa, çocuğun baba yanındaki

eğitimini denetleyecek bir yardımcı kişinin -bu eğitim kayyımı olabilir- mahkemece tayin edilmesi çocuğun güvenliğinin muhafaza altına alınması bakımından ehemmiyetlidir.

Yetişkin olmayan ananın yetişkinliğe ulaşmasıyla veya hakkında kısıtlılık kararının kalkmasıyla velayet anaya verilebilecekse, hâkim velayeti babaya vermekte acele etmemelidir. Velayetin babaya verilmesi daha çok ananın ölümü veya velayetin anadan kaldırılması durumunda söz konusu olur. Velayetin ananın yetişkin olmaması halinde babaya bırakılması için, ananın yetişkin olduktan sonra da velayeti yürütmekte yetersiz kalacağının anlaşılması gerekir.¹⁴⁷ Yetişkin olmasına kısa bir süre kalan ananın yetişkin olduktan sonra velayeti gereği gibi yürütebileceği anlaşılıyorsa, çocuğa vasi tayin edilmelidir.¹⁴⁸

ocukla babası arasında soy bağı ilişkisi kurulmasına rağmen velayetin babaya verilmesi çocuğun menfaatine uygun değilse, ocuk vesayet altına alınarak, vasi tayin edilmelidir. Özellikle soy bağı ilişkisinin babalık davası sonucu kurulduğu hallerde, anası velayeti yrtemeyecek durumda olan çocuğun vesayet altına alınması tercih edilmelidir.¹⁴⁹

Çocuğun dünyaya gelmesi anında küçük veya kısıtlı olan ananın daha sonra yetişkin olması veya hakkında kısıtlılık kararının kalkması ona kendiliğinden velayet hakkı kazandırır. Ancak bu arada ocuk vesayet altına alınmış veya babasının velayeti altına konmuşsa ananın velayete sahip olabilmesi için vesayete son verilmesi veya velayet hakkının babadan alınması gerekir.¹⁵⁰ Ebeveynler evli değilse velayet ana tarafından doğumla kendiliğinden kazanıldığı için velayetin yeniden düzenlenmesi yönünde ana tarafından gerçekleşen istek hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.¹⁵¹ Buna ilişkin bir Yargıtay kararında "...Türk Medeni Kanununun 337. maddesi gereğince "ebeveynler" evli değilse velayet anneye aittir. Velayeti istenen küçük Muharrem evlilik dışı doğmuş olup velayeti annededir. Hali hazırda da anne yanında kalmaktadır. Kaldı ki nüfus kaydında hataen çocuğun velayetinin babada bırakıldığı konusunda bir açıklama da bulunmamaktadır. Velayet annede olduğundan karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken,

147 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 237-238

148 Doç.Dr.Baygın,C. a.g.e s 270

149 Doç.Dr.Baygın,C. a.g.e s 270

150 Doç.Dr.Baygın,C. a.g.e s 271

151 Gençcan,..a.g.e. s 195

yazılı biçimde hüküm kurulması doğru olmamıştır. ...”¹⁵² hükümlerine yer verilerek bu fikir açıklanmıştır. Ebeveynler evli değilse velayet ana tarafından doğumla kendiliğinden kazanıldığı için ana velayet hakkına dayanarak çocuğun kendisine teslimini isteyebilir.¹⁵³ Buna ilişkin Yargıtay 2.HD kararında “...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle evlilik dışı doğan çocuğun velayetinin Türk Medeni Kanununun 337.maddesi gereğince anneye ait bulunmasına, davacının dava dilekçesinin çocuğun fiilen teslimini de içerdiğinin anlaşılmasına göre; yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına...”¹⁵⁴ hükümlerine yer verilmiştir.

Konuya ilişkin Yargıtay uygulamalarını gösteren Yargıtay 2.HD nin bir kararı şu biçimdedir.”...1-Davacı anne, dava sırasında, akıl hastalığı sebebiyle 23.6.2005 tarihinde verilen kararla Türk Medeni Kanununun 405. maddesi gereğince kısıtlanmış ve vesayet altına alınmıştır. Ebeveynler evli değilse velayet anaya ait ise de (TMK m.337/1) ana kısıtlandığına göre, Türk Medeni Kanununun 337/2. maddesi uyarınca işlem yapılması gerekirken bu hususa dikkat edilmeden yazılı biçimde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...”¹⁵⁵

1.5.1 Velayetin Sınırları

1.5.1.1 Genel Olarak

TMK 339.maddesi “Velayetin Sınırları” başlığını taşımakta olup; “Ebeveynlerin, çocuğun eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alıp ve uygulayacakları, çocuğun, ebeveynlerin sözünü dinlemekle yükümlü olduğu, ebeveynlerin olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanyacakları; ehemmiyetli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutacakları, çocuğun ebeveynlerin rızası dışında evi terk edemeyeceği ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamayacağı ve çocuğun adının ebeveynlerce koyulacağı.” düzenlenerek velayetin sınırları çizilmiştir.

Bu madde kısmen önceki Yasa'nın 264. maddesinin 2. ve 3.fikrelerini karşılamaktadır. Bu Yasa'nın 1.fikrası velayetin sınırları ile ilgili olmayıp, velayetin düzenlenmesiyle ilgili olduğundan, yeni düzenlemeden çıkarılmıştır.

152 2HD, 12.03.2014, E.2013/22922, K.2014/5488

153 Gençcan,Ö.U.a.g.e. s 195

154 Y2HD, 01.04.2010, 16423-6275

155 Y.2HD, 04.02.2008, 21135-795

Yeni düzenlemeye göre ebeveynler çocuğun menfaatini göz önünde tutarak onun bakımı ve eğitimi konusunda birlikte karar alarak uygulayacaklardır. Çocuk ebeveynlerinin sözünü dinlemekle yükümlü olacaktır. Yine ebeveynler çocuğa olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme imkanı tanıyacaktır. Çocuk ayırtım gücünü taşıyor, yaşadığı olayların ve çevrenin bilincinde, fikirlerini açıklama ve belirleme olgunluğunda ise; ebeveynler, çocuğun eğitimi, meslek seçimi, bir küçüğün evlat edinilmesi evlatlık verilmesi evlenme v.b gibi ehemmiyetli konularda, kendi yaşamını ve aileyi ilgilendiren hususlarda onun da düşüncesini göz önünde tutacaklardır.

Çocuk ebeveynlerinin isteği dışında müşterek evi terk edemeyeceği gibi, çocuk anne ve babadan yasal nedenler olmadıkça alınamayacaktır. Çocuğun adına yine anne ve baba birlikte koyacaklardır. Ayrıca çocuğun eğitimi, meslek seçimi, dini eğitim ve terbiyesi konusunda, ebeveynler birlikte, karar alacaklar, bu konuda uyuşmazlık halinde babanın reyi üstün tutulmayacak gerekirse hâkime müracaat edebileceklerdir (TMK m.195).¹⁵⁶

Velayetin bütününden de anlaşılacağı gibi, anne ve babanın bu hakkı bir taraftan çocuğun şahsı, diğer taraftan da onun malvarlıkları ile ilgilidir. Başka bir deyişle, velayetin sınırlarına ebeveynlerin çocuğun şahsı (kendisi) ve malvarlıkları üzerindeki tüm hak ve sorumlulukları girer. Bu itibarla, velayetin sınırlarının iki yönden ayrı ayrı incelenmesi gerekir.¹⁵⁷

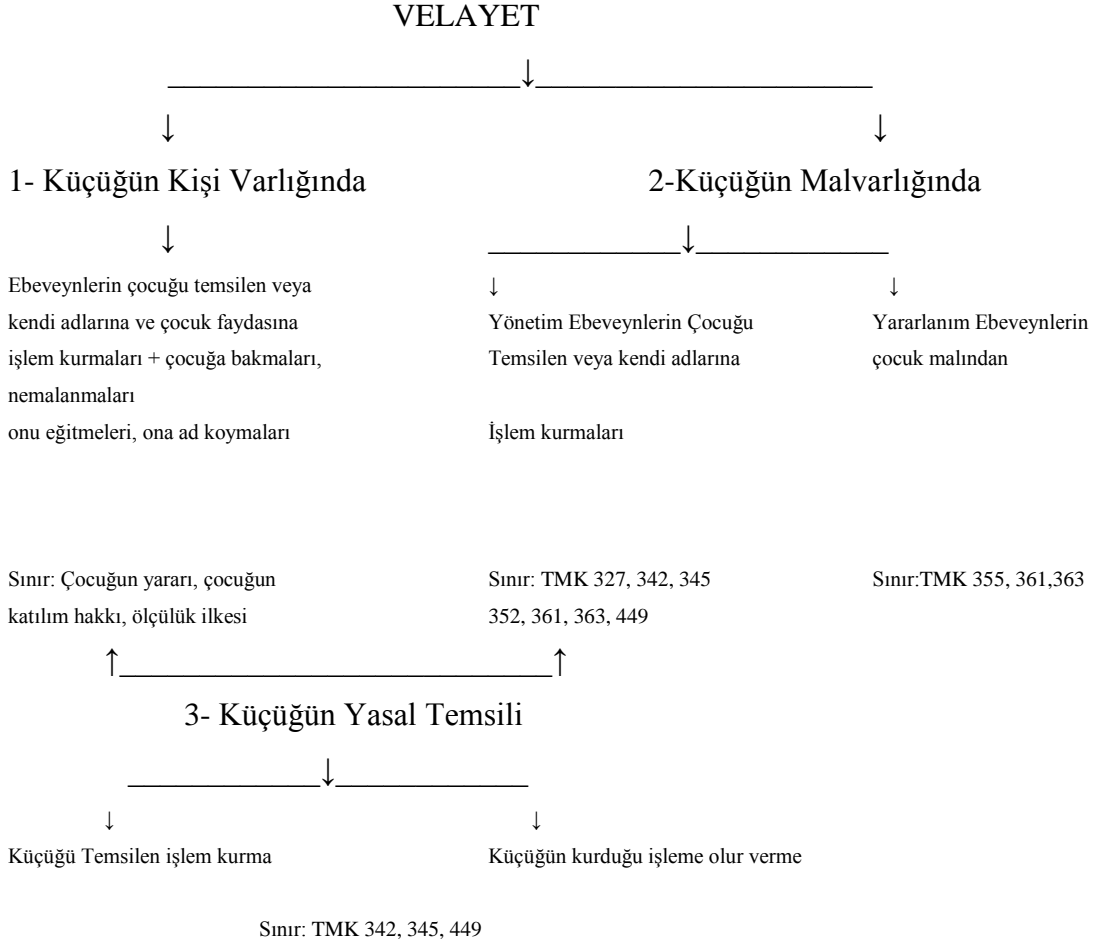
Velayet çocuğun kişi varlığının muhafaza altına alınması ve geliştirilmesi, mal varlığının idaresi, hukuksal işlemlerde çocuğun temsili yetki ve görevlerini içerir. Bu çerçevede velayetin içerdiği yetki ve görevler üç başlık altında ele alınacaktır.¹⁵⁸

Akılda kalıcı olması için velayet hakkının sınırlarını aşağıdaki biçimde tablolandırmak mümkündür.

156 Özüğür, A.İ. A. a.g.e. s 579-580

157 Prof. Dr. Akıntürk, T., Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. a.g.e. s 410

158 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 240



Şekil 2: Velayet Hakkının Sınırları¹⁵⁹

1.5.1.2 Çocuğun Kişi Varlığı Bakımından Velayetin Sınırları

Çocuğun kişiliğinin dengeli ve sağlam bir gelişme gösterebilmesi için ebeveynlerinin sevgi ve sorumluluğu altında büyümesi gerekir. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin önsözünde "Çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu olarak gelişebilmesi için mutluluk, sevgi ve anlayış havasının içindeki bir aile ortamında yetişmesi gerekliliği" vurgulanmıştır.

Bu kapsamda ebeveynlerin çocuğun şahsına karşı velayet hakkından doğan görevleri, onun fiziksel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve sosyal açıdan sağlıklı bir birey olarak toplumda yerini alabilmesi için gerekli olan ilgi ve sevgiyle beraber bakım ve

¹⁵⁹ Prof.Dr.Serozan,R.a.g.e s 287

terbiye vermek, eğitmek, gerekli ve yeterli eğitim ve öğrenim olanaklarını sunmak, iyi bir biçimde yetiştirmek, onunla ilgili kararlarda onun menfaatini ve şahsiyet haklarını dikkate almak şeklinde özetlenebilir. Veli, bu görevlerini sosyal, kişisel, ekonomik imkan ve yetenekleri ölçüsünde yerine getirmekle yükümlüdür.¹⁶⁰ Küçük çocuğun öz adının, kalıp oturacağı yerin ve izleyeceği eğitim yolunun saptanmasından başlayıp, onun özel yaşamının, boş zamanlarının ve başkalarıyla ilişkilerinin belirlenmesine, sağlığına göz kulak olunmasına varıncaya dek, tüm bakım, gözetim ve eğitim yetkileri ve görevleri velayetin bu manevi boyutuna dâhil sayılır (TMK m.39-341).¹⁶¹

Medeni Kanun'da veli sıfatıyla ebeveynlerin çocuğun şahsı ile ilgili görev, yetki ve hakları 339 vd. madde hükümlerinin yanı sıra TMK m.21 çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi, TMK m.118,126 çocuğun evlenme ve nişanlanmasında rızanın verilmesi ve TMK m.23 çerçevesinde genel olarak çocuğun şahsiyet haklarına saygı gösterilmesidir.¹⁶²

Çocuğun bakım, gözetim ve eğitiminin gerektirdiği tüm yetki ve görevler ebeveynlerin çocuğun kişi varlığı içerisindeki sorumluluklarını oluşturur. Bu yetki ve görevlerin sınırını çocuğun üstün yararı ve katılım hakkı çizer.¹⁶³ Ebeveynlerin çocuğu koruma yetkisinin sınırını yalnız çocuğun yararını ve katılım hakkını vurgulayan TMK m.339 kuralı ve özel yasalar (örneğin öz ad seçme yetkisini sınırlayan Nüfus Kanunu m.16 IV, eğitme yetkisini sınırlayan Milli Eğitim Temel Kanunu 16 gibi kurallar) çizmez. Aynı zamanda, çocuğun herhangi bir “asgari yaş haddine” bağlı olmaksızın yararlanabileceği anayasal temel hakların sınırlandırılmasında geçerli olan “ölçülülük” ilkesi de (keyfilik yasağı da) çizer. Şöyle ki çocuğun anayasal özgürlüklerinin velayet eliyle ebeveynler tarafından hangi ölçüde sınırlandırılacağı, “ölçülülük ilkesi” ışığında, somut olayda (çocuğun sağlığını koruma gibi) akılcı (makul, rasyonel) bir sınırlama nedeninin varlığı gereğine ve sınırlayıcı önlemin böylesine makul, rasyonel bir amacın haklı gösterdiği kaçınılmaz son çareyi (utluma ratio'yu) oluşturması gereğine uyulup uyulmadığına bakılarak saptanır.

...

Çocuğun anayasal haklarıyla ebeveynler hakkının çatışmasında duyanlı dengeyi ölçülülük ilkesi (keyfilik yasağı) oluşturur. (Verhältnismassigkeitsgrundsatz)

160 Doç.Dr.ElçinGrassinger,G.(2009).Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Sınırlarında Küçüğün Kişi Varlığının Muhafaza altına alınması İçin Alınacak Tedbirler.(1.Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş. s18

161 Prof.Dr.Serozan,R.a.g.e s 260

162 Doç.Dr.ElçinGrassinger,G.a.g.e s 18

163 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 240

Ölçülülük demek, müdahalenin ağırlığıyla müdahaleyi haklı kılabilecek nedenlerin ağırlığı arasında uyum ve denge temin etmek demektir.

Ebeveynlerin çocuğun kişi varlığının koruma konusundaki yükümü hakkıyla, çocuğun anayasal özgürlükleri arasındaki çatışmada her bir somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Saç boyama, dövme ve piercing yaptırma, tıbbi ve cerrahi müdahale, arkadaşla ilişkiler, spor, eğlence ve yolculuklar konusunda her bir çocuk ve her bir ortam için ayrımlı yargılar söz konusu olur.

...

Ebeveynlerin çocuğun kişi varlığı üstündeki geniş kapsamlı yetkileri ne yazık ki doğru dürüst sınırlanmış değildir. Velayet konusundaki ataerkil, otoriter anlayıştan da cesaret alan veliler çocuğun temel anayasal haklarını gereği gibi kullanmasına set çekerler uygulamada. Çocuğun onuru ve şahsiyet hakları, düşünce, örgütlenme ve inanç özgürlükleri bir türlü tanınmaz.

Bilindiği gibi, ölçülülük ilkesi, asıl ağırlığını kamu hukukunda duyuran bir ilkedir. Bu ilke kamusal idaresin, hukuka uygun sayılabilecek bir amaca ulaşabilmek için, sahip olduğu araçlardan (önlemlerden) en az sakıncasını seçmesi, başka bir deyişle, göze alınan sakıncanın, ulaşılmaması amaçlanmış sonuç açısından kaçınılmaz son çareyi oluşturması gereğini dile getirir.¹⁶⁴ Çocuk hukukunda ölçülülük ilkesi, çocuğun anayasal özgürlüklerinin hangi ölçüde sınırlanacağını belirler, çocuk haklarıyla ebeveynlerin hakları arasındaki dengenin sağlanmasında rol oynar. Çocuğun kişi varlığının muhafaza altına alınmasındaki işlevi ise kanunda belirtilmiş olan tedbirlerin çocuk-ebeveynler ilişkisine zarar vermemesini temin etmektir. Bu manada çocuğun kişi varlığının muhafaza altına alınması için alınacak tedbirlerle ilgili bir ilkedir. Velayet hakkını kullanırken alınacak tedbirin veya diğer ifadeyle çocuk veli ilişkisine müdahalenin şekli ve ağırlığı ile müdahaleyi gerekli kılan şartlar arasında uyum ve dengenin olması gereklidir. Alınacak tedbir, bu tedbirin alınmasına sebep olan tehlikeyi bertaraf edecek ölçüde olmalıdır. Tehlike ile bunu engelleyen veya ortadan kaldıran tedbir eş ağırlıkta olması gerekliliğinden ötürü tedbir ve tehlike arasında uygun bir denge sağlanmalıdır.

Ölçülülük ilkesi gereği alınacak tedbirin, somut olay bakımından ve subjektif olarak gerekli olup olmadığı tespit edilecektir. Tehlikenin büyük olması, mutlak surette alınacak tedbirin de en ağır tedbir olmasını gerekli kılmaz. Örnek olarak somut

164 Prof.Dr.Serozan,R.a.g.e s 260-262

durumda mevcut tehlikeyi algılayamamış veya fark edememiş olan ebeveynlerin, tehlikeye dikkati çekildiğinde çocukları için gereken her türlü yardımı ve desteği verecekleri anlaşılıyorsa, hâkimin çocuğu ebeveynlerin yanından alması şeklinde bir tedbire gidilmesi, ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayacaktır.¹⁶⁵

Velayetin küçüğün kişi varlığı ile ilgili sağladığı yetkilerin bir sınırı da küçüğün katılım hakkından çıkar. Gerçi ebeveynler, çocukların kişi varlığı, özellikle eğitimi ile ilgili kararlarını verirlerken, bu çocukların yeteneklerini ve eğilimlerini göz önünde tutmak zorundadırlar (TMK m.340). Ama yetmez bu. Aslında ebeveynler, çocuğun geleceği açısından yaşamsal önem taşıyan konularda, hiç değilse belirli bir olgunluğa erişmiş olan çocuğun fikirlerini de dikkate almalıdır. Bu katılım (partisipasyon) gereği TMK m.339/III kuralında öngörülmüştür.¹⁶⁶

Velayetin sınırlarına ilişkin olarak Yargıtay 2.HD nin vermiş olduğu bir kararı şu biçimdedir:”...Velayet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve muhafaza altına alınması ile temsil görevlerini kapsar (TMK m.337-340-342-346)...”¹⁶⁷

1.5.1.2.1 Çocuğun Eğitimi ve Bakımında Onun Menfaatini Gözetip Gerekli Kararları Alması ve Çocuğu Olanakları Ölçüsünde Yetiştirilmesi ve Eğitimi Sağlaması

TMK 339.maddesi “Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar. Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür. Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar. Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz. Çocuğun adını ana ve babası koyar.” hükmünü getirmiştir.

“Eğitim” başlığını taşıyan TMK’nın 340.maddesi “Ebeveynler, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar. Ebeveynler çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel özürli olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve meslekî bir eğitim

165 Doç.Dr.ElçinGrassinger,G.a.g.e s 19

166 Prof.Dr.Serozan,R.a.g.e s 262-263

167 Y2HD, 17.12.2007, 16702-17570

sağlarlar.” düzenlemesini getirmiştir. Aynı Yasa’nın “Dinî Eğitim” başlığını taşıyan 341.maddesi “Çocuğun dinî eğitimini belirleme hakkı ebeveynlere aittir. Ebeveynlerin bu konudaki haklarını sınırlayacak her türlü sözleşme geçersizdir. Yetişkin, dinini seçmekte özgürdür.” hükmünü getirmiştir.

4721 Sayılı TMK’nın 339.maddesi 743 sayılı Yasa’nın 264.maddesine; yeni Yasa’nın 340.maddesi önceki Yasa’nın 264.maddesine ve yine yeni Yasa’nın 341.maddesi önceki Yasa’nın 266.maddesine karşılık gelmektedir.

Velayet vazifesi ebeveynlere bazı kanuni yetkiler bahşetmektedir ki, bunlar: 1.Ebeveynler kudretlerine göre çocuğu yetiştirmekle mükelleftir.

Çocuğun yetiştirilmesi maddî ve manevî bakımdan mütalâa olunur. Maddî bakımdan çocuğun infak ve iâşesi mevzuu bahistir. Bu itibarla 261.inci madde iâşe ve ibate masraflarını ebeveynlere yüklemektedir. Hatta bu vazife tabîî hukuktan doğmakta ve velayetle ilgisi de bulunmamaktadır. Filhakika, 277 inci madde velayet kalksa dahi kendisinden velayet nezi edilmiş olan ebeveynlerden çocuğu infak ve iâşe, terbiye masraflarının kalkmış olmayacağını açıkça beyan etmektedir. Zira bu masraflar velayete merbut olmayıp, ebeveynlik sıfatıyla ilgilidir.

Çocuğun yetiştirilmesinde istikbale hazırlanması vazifesi de dâhildir. Çünkü çocuk yetiştirmekten maksat, bir vücudu kavak gibi büyötmek değildir. Başlangıçta da kaydolunduğu üzere, çocuğu hem kendi menfaati hem cemiyet yararı için medenî bir unsur haline getirmektedir. Bu gayeye vâsıl olabilmek için küçüğün ahlâki ve meslekî bakımdan itinaya tâbi tutulması lâzımdır:

1)Küçük ahlâki bakımdan manen yetiştirilecektir. Bunun muhtelif usulleri vardır ki, dinî terbiye, okul terbiyesi ebeveynlerin öğütleri, ferdî ve içtimaî ahlâk telkin eden kitaplar okutulması ile...

...

2)Çocuk meslekî terbiye görecektir. Yani bir meslek ve sanat için istikbale hazırlanacaktır. Bu husustaki masraflar da kaide ten ebeveynlere aittir. Ebeveynler çocuğa kendi arzu ve temayüllerine göre meslek ve sanat öğretmeyecek, çocuğun fitrî kabiliyetini, zekâ ve istidadını nazara alarak hareket edeceklerdir. Çocuk sanata kabiliyetli ise, onu mutlaka hukukçu veya sanatla ilgisi olmayan tahsil müesseselerine koymak câiz değildir; zira menfaati aleyhine olur. Halbuki velayet, çocuğun menfaatini de temine yarayan bir müessesedir.¹⁶⁸

168 Prof.Dr.Berki,Ş.a.g.e s 37-38

Velinin en ehemmiyetli görevlerinden bir tanesi çocuklarını olanakları ölçüsünde en iyi biçimde büyütmek, yetiştirmek, terbiye etmek ve gerekli eğitimi vermektir. Velinin bu görevi TMK m.340'da hükme bağlanmıştır.

TMK m.340 hükmü yakından incelendiğinde, maddenin kenar başlığında yer alan “eğitim” kavramının, hem çocuğun her açıdan sağlıklı bir biçimde yetiştirilmesi, büyütülmesi ve terbiye edilmesini, hem de bedensel ve zihinsel özellikleri de dikkate alınarak uygun okul eğitimi almasını kapsayacak biçimde, en geniş manada kullanılmış olduğu tespit edilecektir. Bu açıdan madde 340'daki eğitim, hem teknik manada okul eğitimi, hem de madde 339/I'da yer alan çocuğun bakımı, yetiştirilmesi, terbiye verilip büyütülmesini de kapsayacak biçimdeki eğitimi içermektedir.

Velinin çocuğu bakıp, büyütüp yetiştirmesi ve gereken okul eğitimini sağlama görevinin sınırını, gerek kendisinin malî, sosyal ve kişisel imkânları, gereke çocuğun eğilim ve yetenekleri çizer. TMK m.340/II'de çocuğa verilecek eğitimde, sadece velinin imkânlarının değil, çocuğun da eğilim ve yeteneklerinin de dikkate alınacağını belirten hüküm, dar manada okul ve meslek eğitimi, geniş manada çocuğun yetiştirilip büyütülmesi, eğitilmesi için geçerli olacaktır.

Çocuğun gelişimi ve yeteneklerine uygun eğitimi vermek, velinin elindeki olanakları en verimli biçimde kullanması demektir. Velinin elinde olmayan olanakları kullanmadığını ileri sürerek, velayet hakkının gereği gibi yerine getirilmediği ileri sürülemez.¹⁶⁹

Çocuğun yetiştirilmesi, bakım ve eğitimini ifade eden genel kavram olan gelişme hakkı, insanın insan olmasından kaynaklanan, siyasal, hukuksal, sosyal kültürel ve kişisel hak ve özgürlüklerinin bulunduğu zaman, ortam ve koşul ekseninde ileri seviyeye ulaşmasını konu alır. İnsan hakları bünyesindeki gelişme hakkı, bireyin ulusal ve uluslararası mevzuatta yer alan haklarının ve özgürlüklerinin ilerlemesini amaç edinir ve sağlar. Bu nedenle gelişme hakkı, zaman ortam ve koşullara göre insan ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlamak için hak halini almıştır. İnsanın çocukluk dönemi açısından bakıldığında gelişim hakkı çok daha önem taşımaktadır. Çocukluk dönemi insanın gelişimi ve yetişmesi için, eğitim sağlık, barınma, bakım gibi hemen tüm hizmetlerden yararlanması gereken zamandır (BMÇHS m.27). Anayasa'ya göre her insan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir (AY

169 Doç.Dr.Elçin Grassinger,G.a.g.e s 25-26

m.17/I). Maddi varlığın muhafaza altına alınması ve geliştirilmesinin birlikte yer alması, ikisinin bir bütün oluşturulmasından dolayıdır. Çocuğun da özerkleşme süreci ve onurlu yaşam hakkı ile yakından bağlantılıdır.

Anayasa'da ayrımsız her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır (AY m.41/III). Çocuğun yetiştirilmesini ifade eden bakım ve eğitim hak ve sorumluluğu velayet hakkına ebeveynlere aittir. Velayet hak ve yetkisine sahip ebeveynler, çocuğu bedensel, ruhsal, ahlaksal ve toplumsal gelişimini sağlayacak bir hayat standardına sahip olmasından esas olarak birlikte sorumludur (TMK m.339vd, BMÇHS m.18).

Çocuğun bakımı gelişmesi için uygun yaşam standartlarına sahip olmasını, eğitiminin sınırlarında ise genel eğitim ve genel eğitimin ehemmiyetli bir parçasını etkileyen ilköğretim zorunluluğu, mesleki eğitim ve dini eğitim yer almaktadır (TMK m. 340/II,341). Çocuğun bakım ve eğitimine ilişkin hükümler, Anayasa, Medeni Kanun, Çocuk Koruma Kanunu, Sosyal Güvenlik Mevzuatı ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile Ekonomik ve Sosyal Haklar Uluslararası Sözleşmesi yer almaktadır. Bu hak Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin çocuğun gelişimin düzenleyen çocuğun gelişme hakkını düzenleyen 6.madde ve eğitimin amaçlarını düzenleyen 29.maddeleri ile ilişkilidir. Devlet çocuğun gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterme, ebeveynlerin çocukla ilgili hizmetlerden yararlandırılmaları, bakım giderlerini karşılayabilmeleri için gerekli yardımları da yapmakla yükümlüdür (AY m.41/II, BMÇHS m.6,27/3).¹⁷⁰

Çocuğun eğitimi ve yetiştirilmesi genel, meslekî ve dinî eğitimini sağlama görev ve yetkilerini içerir. Başka bir anlatımla ebeveynler, çocuğa yetişkin olduğunda toplum içerisinde yaşama beceri ve yeteneğini kazandırmakla yükümlüdür.¹⁷¹ Ebeveynler, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun zihinsel, bedensel, ruhsal, ahlakî ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar.¹⁷²

Genel eğitimden anlaşılması gereken, çocuğun onurlu, erdemli, vatanını ve milletini seven saygılı, namuslu ve dürüst bir birey olarak yetiştirilmesi için gerekli uyarılarda bulunmak, çocuğa daima iyi olan davranışları öğretmek, onun toplum içerisinde hoş karşılanmayan kötü yollara sapması ve kötü alışkanlıklar edinmemesi

170 Usta, S. a.g.e. s 121

171 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 243

172 Gençcan, ÖU.a.g.e. s 199

için gerekli her türlü itina ve çabayı sarf etmektir. Genel eğitim içine bundan başka, çocuğun öğreniminin sağlanması da girer. Bu itibarla ebeveynler, çocuklarını okutmak, kültürlü ve meslek sahibi bir insan olarak topluma kazandırmak için gerekli önlemleri almak ve gayreti göstermekle de yükümlüdürler. Bu sebeptendir ki, malî durumları elverdiği halde ebeveynlerin okumak isteyen çocuklarına engel olmaları, onu tarlada veya işyerinde bir ırgat, bir işçi gibi çalıştırmaları doğru değildir. Ülkemizde bazı ebeveynlerin bu yola başvurduklarını üzüntü ile görmekteyiz. Böyle bir davranış, sadece ebeveynlere yüklenen çocuğun yetiştirilmesi ve eğitilmesi yükümlülüğünün savsaklanmasından (ihmalinden), hatta çiğnenmesinden (ihlâlinden) ibaret kalmamakta, bu yüzden yetenekli pek çok çocuk maalesef heder edilmekte ve sonuçta Ülkemiz geleceğin yetenekli elemanlarından yoksun bırakılmaktadır.

...

Ebeveynler, çocuğa aynı zamanda meslekî eğitim vermekle de yükümlüdürler.

...

O halde ebeveynler, çocuğun yeteneği (kabiliyeti) ölçüsünde buna uygun bir meslek veya sanat sahibi olmasına gayret edecekler, bu arada çocuğun istek ve eğilimini de gözden uzak tutmayacaklardır. Bu itibardır ki ebeveynler, güzel sanatlar alanında yetişmeyi arzulayan, örneğin heykeltıraş veya ressam olmak isteyen ve bunda da çok yetenekli olan bir çocuğu, ille de kendi mesleklerine, eczacı ve mühendis olmaya zorlayamazlar. Eğer ebeveynler çocuğu arzuladığı mesleğin dışında başka bir meslek seçmeye zorlarsa, çocuğun hâkime başvurarak gerekli önlemlerin alınmasını isteme hakkı vardır (TMK m.346).

...

Çocuğun dinî eğitimini belirleme hakkı ebeveynlere aittir (TMK m.341/I). Ebeveynlerin çocuğa verilecek dini eğitim konusunda anlaşamamaları, daha çok onların ayrı dinlere mensup olmaları halinde söz konusu olabilir. Ebeveynlerin bu konuda olası bir çekişmeyi önlemek üzere bu haklarını sınırlayacak vasıfta kendi aralarında veya üçüncü kişilerle yapacakları her türlü sözleşme geçerli değildir (TMK m.341/II). Ana ile baba arasında dinî eğitim konusunda bir anlaşmazlık çıktığı, örneğin baba İslâm dinini, ana ise Hıristiyan dinini öğretmek istediği takdirde çözüm hâkime kalacaktır. Zira yeni Medenî Kanun önceki kanunun babaya üstünlük tanıyan 263 üncü maddesi hükmünü kadın-erkek eşitliğini bozduğu için benimsememiştir.

...

Anne ve babanın dinî eğitimini belirleme hakları, çocuk yetişkin oluncaya

kadar devam eder. Zira çocuk, yetişkin olunca dilediği dini seçmekte özgürdür (TMK m.341/III).¹⁷³

Veli, ayırtım gücüne sahip çocuğun bizzat karar verebileceği işlemler dışında, çocukla ilgili her türlü eylemde karar verme hak ve görevine sahiptir (TMK m.339/I). Söz konusu madde hükmünü velayet hakkının sınırlarıyla ilgili olarak ebeveynlerin çocuğun eğitimi ve bakımı konusunda alacakları kararlarda onun “menfaatini” göz önünde tutacaklarını belirtmiştir. Madde, açıkça çocuğun menfaatinden söz etmesi ve keza TMK m.339/III hükmünde ebeveynlerin çocuğu eğitme görevinin tek yönlü olmadığını, bu görevin ifasında çocuğun kişiliğinin de dikkate alınması gerektiğini vurgulaması sebebiyle ehemmiyetlidir.

Çocuğun kişiliğine saygı göstermenin bir görünüm şekli, velinin, çocukla ilgili işlemlerde, onun bilinç düzeyine uygun olarak fikir beyan etmesine olanak vermeleri ve çocuğun makul istek ve arzuları çerçevesinde hareket etmeleridir.

Çocuğun iyi bir biçimde yetiştirilmesi çocuk ve ana –babanın karşılıklı sevgi ve saygı dayanan ilişkilerinin bir sonucudur. Çocuğun kişiliğini ezici, özgüvenini sarsıcı fazla otoriter yaklaşım, çocuğun gelişimin olumsuz yönde etkiler. Bu nedenle m.339/III,c.1 gereği ebeveynlerin, çocuğun olgunluğu ölçüsünde onun kendi hayatını düzenlemesine imkan vermeleri ve çocuğun kendi başına karar alabilme yetisini erken yaşta kazanmasına olanak tanımaları çocuğa kendi ayakları üzerinde durabilecek bir şahsiyet kazandıracaktır.

Çocuğun hayatını düzenlemesi ile kast olunun çocuğun idraki ve olgunluğu ölçüsünde günlük yaşantısını kendi arzusu doğrultusunda düzenlemesi, arkadaşlarını kendi seçmesi, kiminle, ne ölçüde görüşeceğine kendisi karar vermesi, kısaca çocuğa kendi başına hareket edebilme imkânı tanımaktır.

...

TMK m.339/III, son cümlesinde, ebeveynlerin, çocuğa ilişkin ehemmiyetli konularla ilgili alacakları kararlarda, çocuğun olgunluğuna bağlı olarak onun fikirlerini göz önünde bulunduracakları ifade edilmiştir. Bu hüküm hukuki muamele vasfı olsun ve ya olmasın çocukla ilgili bütün işlemlerde ona (çocuğa) fikirlerini açıklama imkânı vermesi ve beyan edilen iradenin de dikkate alınacağını açıkça düzenlemiş olması itibariyle çok ehemmiyetli bir hükümdür.¹⁷⁴ Yargıtay da pek çok kararında küçüğün fikir ve düşüncelerinin alınması hususuna vurgu yapmıştır.

173Prof. Dr. Akıntürk, T., Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. a.g.e. s 412-414

174Doç.Dr.ElçinGrassinger,G.a.g.e s 20-21

Yargıtay 2.HD bir kararında “...Velayet kamu düzenine ilişkin olup, re’sen araştırma ilkesi geçerlidir. Velayet hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir. Velayet düzenlenmesinde; çocukla ebeveynler yararının çatışması halinde, çocuğun faydasına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi biçimde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konudaki üstün yararı belirlenirken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verilebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde vermesi gereken karar; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır.

Yukarıda belirlenen ilkeler doğrultusunda somut olay incelendiğinde; psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı vasfındaki uzman veya uzmanlardan (4787 s.K. m. 5) müşterek çocukların anne ve baba yanındaki barınma ve yaşama koşullarını da değerlendirir içerikte sosyal inceleme raporu istenmeli, idrak çağında olan 2007 doğumlu Mısra Hilal'in ebeveynlerden hangisinin yanında kalmak istediği konusunda mahkemece fikrinin alınması, tüm deliller birlikte değerlendirilip, ebeveynlerden hangisi yanında kalmalarının çocukların üstün faydasına olacağı tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu hususlar nazara alınmadan, velayetle ilgili yazılı biçimde düzenlemeye gidilmesi isabetli bulunmamış, bozmayı gerektirmiştir...”¹⁷⁵ hükümlerine yer verilmiştir. Aynı Daire'nin bir diğer kararında “...Velayet hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir. Velayet düzenlenmesinde; çocukla ebeveynler yararının çatışması halinde, çocuğun faydasına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi biçimde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda fikrinin alınması ve fikirlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde, fikirlerinin aksine karar verilmesi mümkündür. Velayet kamu düzenine ilişkin olup, re’sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu nedenle yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutulması gerekir. Davalının davayı kabulü de tek başına

175 Y2HD, 02.02.2015, 2015/11719 E, 2016/1607 K

hukuki sonuç doğurmaz.

Mahkemece; velayetlerin değiştirilmesi istenen ortak çocukların üstün yararlarının belirlenmesi bakımından, yaşları gereği idrak çağında bulunan ortak çocukların velayet konusunda fikirlerine başvurulmamış, anne ve babanın yaşam koşulları ve çocuklara bakım olanakları konusunda bir araştırma yapılmamıştır. Bu amaçla, mahkemece 4787 sayılı kanunun 5. maddesi uyarınca görevlendirilecek uzman veya uzmanlar vasıtasıyla inceleme yapılması; anne ve babanın gerektiğinde mahkemece bizzat dinlenerek ekonomik ve sosyal durumları ile çocuklara bakım olanakları konusunda kendilerinden bilgi alınması, ortak çocukların velayet konusunda bizzat fikirlerine başvurulması ve tüm delillerin birlikte değerlendirilip, gerçekleşecek sonucuna göre çocukların velayetinin düzenlenmesi gerekir...”¹⁷⁶ hükümlerine yer vererek konuyu açıklamıştır.

1.5.1.2.2 Çocuğun Eğitiminin Bir Aracı Olarak Velisinin Sözü Dinleme Yükümlülüğü

Velinin velayetten doğan görevlerini ne biçimde ifa edeceğini öngören TMK m.339 hükmü ikinci fıkrada aynı zamanda çocuğa da, ebeveynlerinin sözünü dinleme görevini yüklemektedir. “Çocuk, ebeveynlerinin sözünü dinlemekle yükümlüdür.”

Velayet hakkının icrası tek yönlü bir ilişki değildir. Tam tersine çocukla ebeveynler arasında karşılıklı hak ve görevlerden oluşan bir ilişkidir. Bu nedenle ebeveynlerin çocuğu koruma, menfaatlerini gözetme, şahsiyet değerlerine saygı göstermesine karşı çocuğun da ebeveynlerin öğütlerini dinleme, uyarılarını dikkate alma yükümlüğü mevcuttur. Çocuk, kendisinin yararı için ebeveynlerinin istediği davranış ve işlemlerde bulunması, onların uyarılarını dikkate alarak yapmaması istenilen davranışlardan kaçınması gerekir.¹⁷⁷ Maddede geçen sözünü dinleme deyiminden, çocuğun ebeveynlerinin isteklerine ve buyruklarına, daha doğru bir ifadeyle onların kendisinin iyi yetişmesi ve eğitilmesi için yaptıkları düzenlemeye uyması, bunlara karşı çıkmaması anlaşılmaktadır. Çocuktan istenen ve beklenen söz dinleme yükümlülüğü, ebeveynlerin onun yetişmesi için yükledikleri yükümlülüğü gereği gibi yerine getirebilmeleri için zorunludur.¹⁷⁸

176 Y2HD, 08.06.2016, 10221-11280

177 Doç.Dr.ElçinGrassinger,G.a.g.e s 22-23

178 Prof. Dr. Akıntürk, T., Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. a.g.e. s 414

Bu hükmün, Önceki Medeni Kanun'da yer alan, ebeveynlerin tedip hakkının daha yumuşatılmış ifadesi olduğu doktrinde ileri sürülmüştür. Çocuğun ebeveynlerinin sözünü dinlemesi yükümlülüğüne uymamasının yaptırımını olarak düzenlenen tedip hakkı çocuğa verilmek istenilen eğitimin yerine getirilmesini sağlayan bir araç, ailevi bir yaptırım olarak nitelendirilmiştir (m.267). Bu kural kaldırılmış olsa da, çocuktan istenen ve beklenen söz dinlemenin, ebeveynlerin onu yetiştirmesi için yüklendikleri sorumluluğu gereği gibi yerine getirebilmeleri için zorunlu olduğu ve ebeveynlerin uygun önlemlere başvurabileceği doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Çocuğun eğitimi amacıyla başvuru olan bu önlemler genellikle, çocuğun davranışını düzeltmek için başvuru olan zorlama araçlarıdır. Eğitsel açıdan elverişli, somut durumun koşulları gereği zorunlu ve makul ölçüde eğitim aracı seçilecektir. Uygun olan ve olmayan disiplin araçları arasındaki sınır her olayda farklı olacaktır, çocuğun yararının neyi gerektirdiği psikososyal verilerin yardımıyla belirlenmelidir. Ebeveynlerin itaat istem hakkı mutlak değildir, bu sebeple istemin hukuk ve ahlaka aykırı olması halinde çocuk itaate ret hakkına sahiptir.¹⁷⁹

1.5.1.2.3 Çocuğu ile Birlikte Yaşaması

Veli, velayet hakkının doğal sonucu olarak çocuğu ile birlikte yaşama, onunla aynı ortamı paylaşma hakkına sahiptir. Çocukla, ebeveynleri arasındaki ilişki bir aile düzenini gerekli kılar. Çocuk, ebeveynleri ile birlikte aynı çatı altında, onların gözetiminde yaşayacaktır. Çocuğun yerleşim yerinin ilke olarak velisine bağlı olmasına ilişkin TMK m.21/I hükmü ile TMK md.339/IV ile birbirini tamamlar. Çocuk, yerleşim yerini belirleme hakkına sahip olan velisinin rızası dışında evi terk edemez (TMK m.339/IV).¹⁸⁰

Çocuğun toplumsallaşma süreci önce ailede başlar. Çocuk sosyal bir varlık halini alırken, ilk önce kendi aile içerisindeki sosyal koşullara uydurur. Böylece çocuk için aile ilk sosyal uyum okulu, toplumsallaştırıcı ilk unsur ve onun temel gereksinimlerine doyum sağlayan ilk topluluktur.

Bu nedenle çocuğun aile ortamında ebeveynleriyle birlikte yaşaması ve kişiliğinin hızlı bir oluşum süreci içerisinde bulunduğu yaş dönemlerinde onların yanında bulunması yüksek yararının muhafaza altına alınması bakımından çok

179 Usta, S. a.g.e. s 290-291

180 Doç.Dr.ElçinGrassinger,G.a.g.e s 24

ehemmiyetlidir. Bu nedenle Medeni Kanun'a, çocuğun zorunlu öğrenim dönemi sonuna kadar, yararı aksini gerektirmedikçe ana baskıyla yaşama hakkına dair açık bir hüküm konulmalıdır. Çünkü ebeveynler, çocuğa gerçek bir itinaı onunla birlikte yaşayarak gösterebilirler. Ebeveynler ile birlikte yaşamak her türlü eğitim ve zihinsel gelişimin de temel koşuludur. Ancak ebeveynler yanında kalması halinde eğitimi tamamlamama tehlikesi varsa ve yüksek faydasına da aykırı değilse, çocuğun başka bir aile yanında veya bir kurumda kalmasını kararlaştırabilirler. Bu gibi durumlarda ebeveynler, çocuğu bedensel, duygusal ve ahlâkî güvenliğini tehlikeye düşürmeyecek bir yere yerleştirmekle yükümlüdürler.

Ebeveynler çocuğu yanında bulundurma ve koruma yetkilerini herkese karşı ileri sürebilir. Çocuk yasal bir neden olmadıkça ebeveynlerinden alınamaz (TMK m.339/IV). Ebeveynler bu yetkileri çocuğa karşı da ileri sürebilirler.¹⁸¹ Çocuk ebeveynlerinin izni olmaksızın aile evini ve ya yerleştiği yeri terk edemez (TMK m.339/IV). Buna uymayan çocuk aleyhine ebeveynler, hâkime başvurarak uygun önlemlerin alınmasını isteyebilirler (TMK m.339/IV).¹⁸²

Velayete sahip ana veya baba bu yetkisini üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecekleri gibi, velayete sahip olmayan ve çocuğu alıkoymuş bulunan ana veya babaya karşı da ileri sürebilir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'na göre “velayet yetisi elinden alınmış olan ana veya babanın ve ya üçüncü derece dâhil kan hısmının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu velî, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırmaması veya alıkoyması halinde üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Fiil cebir ve tehdit kullanarak işlenmiş ve ya çocuk henüz oniki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında artırılır” (TMK m.234).¹⁸³ Velayet sahibi olmayan ana ve ya babanın kendisine sığınmış çocuğu yardım görevini yerine getirmek için alıkoyması (TMK m.322) halinde çocuğu hukuka aykırı biçimde alıkoyması olarak değerlendirilemez. Ancak velî çocuğun geri verilmesinde ısrar ederse, diğeri çocuğun muhafaza altına alınması, bakımı, kalacağı yerin geçici veya sürekli değiştirilmesini mahkemeden derhal isteyebilir (TMK m.346,347,348). Yasadışı alıkoyma TCK m.234'deki suç oluşturur.¹⁸⁴

181 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 241-242

182 Özmen, İ. a.g.e. s 102

183 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 242

184 Özmen, İ. a.g.e. s 102

1.5.1.2.4 Çocuğun Adını Koyması

Medeni Kanun'un m.339/f.5 'e göre, "Çocuğun adını ebeveynleri koyar." TMK m.339 hükmü velayet hakkının sınırlarını düzenlediği için hükümde sözü edilen ebeveynlerin velayete sahip ebeveynler olduğu anlaşılır. Velayete sahip ebeveynler açısından çocuğa ad koyma hem bir hak hem de bir sorumluluktur. Zira BMÇHS m.7'ye göre, her çocuk doğumundan sora derhal nüfus kütüğüne kaydedilme ve bir isim hakkına sahiptir. Nüfus Hizmetleri Kanunu'na göre, sağ olarak doğan her çocuk otuz gün içinde nüfus müdürlüğüne bildirilmeli (m.15) ve kendisine bir isim verilmelidir. Hiç bir çocuk isimsiz kalmaz. Velayete sahip ebeveynler, çocuğa konacak isim üzerinde anlaşamazlarsa; bir fikre göre, her iki eşin istediği isimlerin birlikte konması suretiyle sorun çözümlenebilir. Diğer fikre göre, bu durumda hâkim, kararı ebeveynlerden birine bırakmalıdır.¹⁸⁵

TMK md.339/son hükmünün düzenleniş yeri nedeniyle çocuğun adını koyma hakkının, velayet hakkına bağlı olduğu söylenebilir. Ancak bu fikre karşı ana veya babanın, velayet hakkına sahip olmasalar da, çocuğa adını koyacakları, çocuğun isminin koyma hakkının, ebeveynlerin velayetten bağımsız olarak ebeveynler olmaları sonucu sahip oldukları kişisel hakları olduğu fikri de ileri sürülmektedir.¹⁸⁶ Ancak, Prof. Saymen ve Elbir'e göre, Medenî Kanunumuz ad koyma konusunu velayet bahsinde düzenlemiş ise de, çocuğun öz adını koyma hakkının velayetle ilgisi yoktur. Diğer bir deyişle, ebeveynler velayet hakkına sahip bulunmasalar dahi doğan çocuklarının öz adını koymak, yine de onlara aittir. Bu fikre katılmak mümkün değildir. Böyle olsaydı kanun koyucu bu konuyu velayete ayırdığı Altıncı Ayrımda değil, velayete bağlı olmayan bir önceki beşinci Ayrımda düzenlerdi. Bu düzenlemeye bakarak doğan çocuğa öz ad koyma hakkının velayete sahip ana ve/veya babaya tanınmış olduğu sonucuna varılabilir.¹⁸⁷

Çocuğa ad verme hakkı ebeveynlere aittir. Ön ad kişileri belirler, aynı soyadını taşıyanları birbirinden ayırır. Kişileri birbirinden ayırmaya yarayan ada ön ad ve ya öz ad derin. Ebeveynler çocuğa konulacak ad üzerinde anlaşamazlarsa her ikisinin de istediği adlar birlikte konabilir. Ebeveynler ad koymadan önce ölmüş ve ya ayırt etme gücünü kaybetmişlerse çocuğa adını vasisi verir. Çocuğa ad koyma hak ve

185 Doç.Dr.Baygın,C. a.g.e s 280-281

186 Doç.Dr.ElçinGrassinger,G.a.g.e s 25

187 Prof. Dr. Akıntürk, T., Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. a.g.e. s 410-411

yükümlülüğü her ne kadar Medeni Yasa'nın velayete ilişkin altınca ayrımında düzenlenmiş ise de, velayete bağlı değildir. Ebeveynler velayete sahip olmasalar da çocuklarına ad verebilirler. Ebeveynler bu hakkı kötüye kullanamaz.

Çocuğa gülünç, tuhaf, iğrenç, onu toplumda güç duruma düşürecek, alay konusu yapacak, onu yaşamı boyunca olumsuz etkileyecek adlar verilemez. İsviçre ve Alman hukukuna göre çocuğun öz adı onun cinsiyetini belli etmelidir. Evlilik dışından dünyaya gelen çocuğun adını anası koyar. Anası ve babası belli olmayan çocuklara öz ad ve soyadlarını buldukları yerin en büyük mülkiye amiri verir (2525 Sayılı Soyadı Kanunu m.2).¹⁸⁸

1.5.1.2.5 Çocuğu Temsil Yetkisi

1.5.1.2.5.1 Genel Bilgiler

TMK m.342 “Ebeveynler, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. İyi niyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler. Vesayet makamının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsilde de uygulanır.” hükmü ile konuyu düzenlemiştir. Bu madde önceki Yasa'nın 268 ve kısmen de 269. maddelerini karşılamaktadır.¹⁸⁹

Çocuğun kişi varlığı ve malvarlığının üçüncü kişilerle olan ilişkilerde muhafaza altına alınması temsil yoluyla olur. Yasal temsil velayetin en ehemmiyetli ögesidir. Bu nedenle ebeveynler çocuğun yasal temsilcisidir. Bu sıfatla ebeveynler, çocuğun gerek malvarlığına, gerek kişi varlığına ilişkin hukuki işlemleri üçüncü kişilerle çocuk adına yapma yetkisine sahiptir (TMK m.342/I).¹⁹⁰ Şu halde, velinin küçük çocuklarını temsil yetkisi, bir ayağıyla çocuğun kişi varlığının muhafaza altına alınması yöresine, öteki ayağıyla da onun malvarlığının muhafaza altına alınması yöresine basar.

Bu bağlamda, ebeveynler, ya a) çocuk adına ve hesabına hareket ederler (gerçek ve dar manada temsil; kurucu işlev), veya b) mümeyyiz çocuğun işlemlerine yasal temsilci sıfatıyla olurlarını (izinlerini ve icazetlerini) verirler veya bu işlemlere

188 Özmen, İ. a.g.e. s 81

189 Özüğür, A.İ. a.g.e. s 581

190 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 264

katılırlar (Geniş manada yasal temsil; tamamlayıcı işlev).¹⁹¹

TMK m.342/f.3'e göre, "vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsilde de uygulanır". TMK m.342/f.3 'ün gönderme yaptığı hükümler, vesayetin yürütülmesinde temsile ilişkin TMK m.448 vd. hükümleridir. Veli, velayet altındaki çocuğu bütün hukuki işlemlerde temsil eder. Ayırt etme gücünden yoksun çocuklar tam ehliyetsiz olduğu için onlar adına tüm hukuksal işlemleri velayete sahip ebeveynleri yapar. Bu çocuklar yasal temsilcileri aracılığıyla hak kazanır ve borç üstlenirler. İşlemin bizzat yasal temsilci tarafından yapılması zorunludur; yasal temsilcinin işleme izin veya onay vermesi, işlemi hükümsüzlükten kurtarmaz. Ayırt etme gücü bulunmayan çocuğun dava ehliyeti de yoktur. Dolayısıyla bir davada davacı veya davalı sıfatıyla usul hukuku işlemlerini bizzat yapamaz. Onlar adına yasal temsilcileri dava açar ve usul hukukuna ilişkin işlemleri yürütür. Ayırt etme gücünden yoksun olan çocuğun davalı olması halinde davaya ilişkin tüm işlemlerin yasal temsilciye yönelik olarak yürütülmesi gerekir.¹⁹²

Ayırt etme gücüne sahip küçüğün temsiline alanı kuşkusuz ayırt etme gücünden yoksun küçüğün temsiline alanından daha dar olur. Bu saptama hem dar ve gerçek manada temsiline (küçük adına hareketin) hem de geniş manada temsiline (olur vermenin) alanı bakımından geçerlidir. Ne de olsa böyle bir küçüğün kendi başına buyruk hareket alanı görece genişdir.

Ayırt etme gücünden yoksun küçüklerden ayrımlı olarak, ayırt etme gücüne sahip küçükler, pekala etkili ve bağlayıcı işlemler kurabilirler. Onların kurdukları işlemler ya geçerli olurlar ve ya geçerli olmadıklarında kesin hükümsüz olmazlar da, yasal temsilcinin olurunun eksikliği yüzünden "askıda hükümsüz" olurlar. Yasanın ayrımcı çözümüne göre, alışveriş yaşamından yasaklı sayılan ayırt etme gücünden yoksun küçüğün işlemi hiçbir sonuç doğurmazken, ayırt etme gücüne sahip küçüğün işlemi, yerine göre, ya tam geçerli sayılır (böyle sakıncasız karşılıksız işlemler) ve ya sadece askıda geçersiz tutulur (böyle sakıncalı karşılıklı işlemler)

...

Ayırt etme gücü bulunan küçüğün yasal temsilcisi (ebeveynleri) küçüğe sormadan onun adına ve hesabına tüm (karşılıklı ve karşılıksız) işlemleri kurabilirler.

191 Prof.Dr.Serozan,R.a.g.e s 272

192 Doç.Dr.Baygın,C. a.g.e s 298

Aynen ayırt etme gücünden yoksun küçükte olduğu gibi.¹⁹³

Veli, kanunen çocuk adına yapamayacağı işlemlerde ve ayırtım gücüne sahip olmayan çocuğun “mutlak surette” kişiye sıkı surette bağlı haklarını kullanmada temsil yetkisine haiz değildir. Bunun dışındaki işlemlerde çocuk adına onun yasal temsilcisi sıfatıyla hareket eder.¹⁹⁴

1.5.1.2.5.2 Temsil Yetkisinin Kullanılması

Medeni Kanun, velayet altındakilerin temsilinde kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin uygulanmasını kabul etmiş, fakat vesayet makamının iznine bağlı hususlarda bu esastan ayrılmıştır. Şöyle ki, velayete sahip ebeveynler çocuğu temsil ederken, vasinin aksine TMK m.462 ve 463’de belirtilen ehemmiyetli hukuki işlemler için vesayet dairelerinin (sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemelerinin) iznini almak zorunda değildir. Diğer bir deyişle ebeveynler, vasinin aksine temsil yetkisini bağımsız biçimde kullanır. Örneğin, vasinin vesayet altındaki kısıtlıya ait taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynı hak kurabilmesi TMK m.462 uyarınca vesayet makamının iznine bağlıdır. Buna karşılık velinin velayeti altındaki küçüğe ait bir taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynı hak kurabilmesi vesayet dairelerinin iznine bağlı değildir. Aynı biçimde yetişkin çocuk kısıtlanarak TMK m.335/f.2 gereğince ebeveynlerin velayeti altına konmuşsa, velinin TMK m.462 ve 463’de belirtilen ehemmiyetli işlemler için vesayet dairelerinin iznini alması aranmamalıdır. Yargıtay’ın son yıllardaki içtihatları da bu yöndedir.¹⁹⁵

Temsil yetkisi velayete bağlı olduğu için, ebeveynler velayete beraber sahip olduğu hallerde birlikte, velayet ebeveynlerden birine aitse tek başına temsil edeceklerdir (TMK m.342/I). Kanun’da velayetin kullanılmasında, velayete ebeveynlerin birlikte sahip olduğu hallerde, ebeveynlerin birlikte hareket etmesi ve hiç birine üstünlük tanınmaması ilkesi benimsendiğinden (m.336), temsil yetkisinin kullanılmasında da ebeveynler eşit söz hakkına sahip kılınmıştır. Birlikte hareket etmekten amaçlanan, çocuk adına yapılacak hukuki işlemlerde her ikisinin de rızasının bulunmasıdır. Rıza işleminden önce izin biçiminde veya işlemin

193 Prof.Dr.Serozan,R.a.g.e s 277-278

194 Doç.Dr.ElçinGrassinger,G.a.g.e s 39

195 Doç.Dr.Baygın,C. a.g.e s 301

yapılmasından sonra onay biçiminde verilebilir.¹⁹⁶

İyiniyetli üçüncü kişiler, ebeveynlerden (eşlerden) her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilir (TMK m.342/II). Medenî Kanun'un getirdiği bu yeni hüküm tamamen iyiniyetli üçüncü kişileri koruma amacına yöneliktir. Yeni Kanun çocuğun temsilinde ve dolayısıyla velayetin kullanılmasında, ebeveynlerin birlikte hareket etmesi ilkesini benimsediği ve içlerinden birine üstünlük tanımadığı için, böyle bir hüküm getirilmesi çok isabetli ve yararlı olmuştur. Oysa önceki Kanun bu konularda sonuçta babaya üstünlük tanınmış olduğundan, buna benzer bir hükme ihtiyaç duyulmuyordu.¹⁹⁷

Velinin temsil yetkisi sadece çocuklarla ilgili işlemlerde değil, çocukla ilgili davalarda onun temsil edilmesini de kapsar.¹⁹⁸ Birlikte temsil kuralı ebeveynler tarafından çocuk adına açılacak tüm davalar yönünden de geçerlidir. Evlilik birliği içinde, velayetin kullanılması sınırlarında, ebeveynler tarafından açılacak tüm davaları eşlerin birlikte açmaları esastır. Buna göre asıl olan eşlerin birlikte dava açmaları ise de, eşlerden birisi tarafından açılan davayı diğer eşin sonradan icazetini bildirip olumlu iradesini ortaya koyması da yeterli olur. Diğer eşin katılımının veya rızasının sağlanamadığı hallerde ise dava reddedilir. Velayete sahip ebeveynlerden birinin çocuk adına açtığı davalarda mahkemenin davacıya, eşinin davaya katılmak ve ya duruşmada hazır bulunmak suretiyle icazetini bildirmesi veya icazetini gösteren imzası noterden onaylı belge ibraz etmesi için mehil verip, bunun sonucuna göre karar vermesi gerekir. Eşlerden birisinin istemi yeterli bulunarak davanın esası hakkında hüküm kurulması doğru değildir. Ayrıca çocuklar aleyhine açılacak davaları onlar adına yasal temsilci sıfatına sahip ebeveynlerine yöneltilmesi gerekir.¹⁹⁹

1.5.1.2.5.3 Çocuğun Fiil Ehliyeti

“Velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir.” (TMK m.343/I). O halde çocuk, ayırt etme gücüne sahip değilse “tam ehliyetsiz”, sahipse “sınırlı ehliyetsiz” dir.

Tam ehliyetsiz çocuk, hiçbir hukukî işlemi yapamaz. Yaptığı hukukî işlemler hükümsüzdür ve ebeveynlerin sonradan onama (icazet) vermesiyle de geçerli hale

196 Usta, S. a.g.e. s 333-334

197 Prof. Dr. Akıntürk, T., Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. a.g.e. s 415-416

198 Doç.Dr.ElçinGrassinger,G.a.g.e s 39

199 Doç.Dr.Baygın,C. a.g.e s 303

gelemezler (TMK m.15).²⁰⁰ Mümeyyiz olmayan bu kişiler için tüm hukuksal işlemleri ister istemez onların yasal temsilcileri olan velileri onlar adına ve hesabına tek başına kururlar.²⁰¹

Çocuk sınırlı ehliyetsiz ise, kendisini borç altına sokan hukukî işlemleri ancak ebeveynlerinin rızası ile yapabilir; rızalarını almadan yaptığı hukukî işlemler “tek taraflı bağlamazlıkla” sakatlanmış olup, ebeveynlerin sonradan onama vermesiyle (icazetiyle) çocuk hakkında da hüküm ifade ederler (TMK m.16/I,451).²⁰² Onların kurdukları işlemler ya geçerli olurlar ve ya geçerli olmadıklarında kesin hükümsüz olmazlar da, yasal temsilcinin olurunun eksikliği yüzünden “askıda hükümsüz” olurlar. Yasanın ayrımcı çözümüne göre, alışveriş yaşamında yasaklı sayılan ayırt etme gücünden yoksun küçüğün işlemi hiçbir sonuç doğurmazken, ayırt etme gücüne sahip küçüğün işlemi, yerine göre, ya tam geçerli sayılır (böyle sakıncasız karşılıksız işlemler) ve ya sadece askıda geçersiz tutulur (böyle sakıncalı karşılıklı işlemler).²⁰³

Ayırt etme gücüne sahip çocuk, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanabileceği gibi, karşılıksız kazandırmalarda ve serbest malvarlıklarıyla ilgili hukukî işlemlerde de ebeveynlerinin iznine muhtaç değildir (TMK m.16/I,359).²⁰⁴ Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara aşağıdaki örnekler verilebilir; -nişanın bozulması, -nişanın bozulması yüzünden manevi tazminat istemi, -zina yapan eşi af, -cinsiyet değişikliği, -dernek üyeliği.

Sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin onayı olsun olmasın hiçbir biçimde yapamayacağı işlemler de vardır. Başka bir anlatımla sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin sınırlı ehliyetsiz adına bile yapamayacağı işlemler de vardır. Sınırlı ehliyetsizin hiçbir biçimde yapamayacağı işlemler şunlardır: -vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, -vakıf kurmak, -ehemmiyetli bağışlarda bulunmak.²⁰⁵

Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk, kendi kişisel kazancıyla veya bir meslek ve sanat la uğraşması için ebeveynleri tarafından kendisine bırakılan malıyla (TMK m.359/I) ilgili işlemleri yapmak bakımından tam ehliyetlidir; yanı kendisini borç altına sokan işlemleri dahi ebeveynlerinin iznine ihtiyaç olmaksızın yapabilir.

Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk, ebeveynlerinin izniyle yaptığı veya onların sonradan onama (icazet) verdiği hukukî işlemlerden doğan borçlardan bizzat

200 Prof. Dr. Akıntürk, T., Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. a.g.e. s 418

201 Prof.Dr.Serozan,R.a.g.e s 275

202 Prof. Dr. Akıntürk, T., Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. a.g.e. s 418

203 Prof.Dr.Serozan,R.a.g.e s 278

204 Prof. Dr. Akıntürk, T., Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. a.g.e. s 418-419

205 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 203-204

kendi malvarlığıyla sorumludur (TMK m.343/II). Bu çocuklar haksız fiillerinin sonuçlarından da kişisel olarak sorumludurlar (TMK m.16/II).²⁰⁶

1.5.1.2.5.4 Çocuğun Aileyi Temsil Etmesi

TMK 344.maddesi “Velayet altındaki çocuk, ayırt etme gücüne sahip ise anne ve babanın rızasıyla aile adına hukukî işlemler yapabilir; bu işlemlerden dolayı ebeveynler borç altına girer.” Hükümünü getirerek ayırt etme gücüne sahip çocuğun aileyi temsilen hukuki işlemler yapabileceğini düzenlemiştir.

1.5.1.2.5.5 Ebeveynlerin Temsil Yetkisinin Sınırlandırıldığı İşlemler

Ebeveynlerin temsil yetkisi, kural olarak çocuk yetişkin olmasına kadar devam eder. Temsil yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde, çocuğun yararı temel esastır. Kanun koyucu, çocuk yararını esas alarak, ebeveynler ile çocuk arasında yapılan işlemler yönünden ebeveynlerin sahip olduğu temsil yetkisini sınırlandırmış veya tamamen kaldırmıştır. Bu yetki, çocukla ebeveynler arasındaki hukuki işlemler yönünden, ebeveynler faydasına çocuğun üçüncü kişilerle yaptığı işlemler yönünden sınırlandırılmıştır (TMK m.345). Ebeveynlerin temsil yetkisi ebeveynler ile çocuk arasındaki bir hukuki işlemde yarar çatışmasının olduğu hallerde kayyım tayini ile sınırlandırılmış; yasak işlemler, temsil kabul edilmeyen işlemler ve çocuğun serbest malvarlıkları yönünden ise kaldırılmıştır.²⁰⁷

Ebeveynler ile çocuk arasında yapılacak hukuki işlemlerde çocuğun borç altına girebilmesi için işleme kayyımın katılması ve işlemi hâkimin onaylaması gerekir (TMK m.345).²⁰⁸ Medeni Kanun m.345’e göre, “çocuk ile ebeveynler arasında ...yapılacak bir hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır.” Kanun koyucu velayet sahip ebeveynler ile çocuğun bir sözleşmenin karşılıklı iki tarafını teşkil ettikleri durumlarda, ebeveynlerin kendi adlarına asaleten ve çocuğu da temsilen hareket ederek onu borç altına sokmalarını uygun görmemiştir. Zira bu ihtimalde ebeveynler ile çocuk arasında menfaat çatışması bulunduğu ve ebeveynlerin çocuğun yararını gözeterik hareket

206Prof. Dr. Akıntürk, T., Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. a.g.e. s 419

207Usta, S. a.g.e. s 337

208Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 266

edemeyecekleri kabul edilmiştir. TMK m.345’de çocuğu borç altına sokan işlemlerden bahsediliyorsa da hükmün sınırlarına tasarrufu işlemleri de girer. Bu bağlamda çocuk ile velisi arasında yapılan satış, ortaklık ve miras paylaşma sözleşmesi gibi borçlandırıcı işlemlerin yanı sıra, çocuğa ait bir taşınmaz üzerinde velisi lehine bir irtifak hakkı kurulması ve ya çocuğun velisine karşı sahip olduğu alacağa ilişkin teminatın kaldırılması gibi tasarruf işlemlerine de bir kayyımın katılması ve hâkimin onayı gerekir.²⁰⁹

Çocukla üçüncü kişiler arasında veli faydasına kurulan hukuki işlemlerde velayete sahip ebeveynlerin yararıyla çocuğun yararı çatıştığında işleme yine bir kayyımın katılması ve işlemin hâkim tarafından onaylanması gerekir.²¹⁰

1.5.1.3 Çocuğun Mal varlığı Bakımından Velayetin Sınırları

Türk Medeni Kanununda, ebeveynlere, velayet hakkı sınırlarında çocuğun malvarlıklarını yönetme hakkı ve görevi tanındığı gibi, onlara çocuğun malvarlıklarını kullanma ve belirli koşullara bağlı olarak sarf etme imkanı da verilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda, ebeveynlerin çocuk malvarlıklarını yönetmesi velayet hakkının devamına bağlı kılınmışken, malvarlıkların kullanılması için kusurlu bir biçimde velayet hakkının kaldırılmaması yeterli görülmüştür. Buna göre, velayet hakkı devam etmese bile, ebeveynler velayet hakkının kaldırılmasında kusurlu olmamak koşuluyla kullanım hakkına sahiptir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda (m.436-437) velayet hakkının kime ait olduğu çeşitli olasılıklar göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerde, ebeveynlerin evli olmaları halinde evlilik devam ettiği surece velayet hakkını birlikte kullanacakları, ayrılık kararı verilmesi, ortak hayatın son bulması veya evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velayet hakkının hakim tarafından eşlerden birine bırakılabileceği, ebeveynlerden birinin olumu halinde ise, velayet hakkının sağ kalan eşe ait olacağı, ebeveynler evli değilse velayet hakkının anaya ait olacağı belirtilmiştir.

Türk Medeni Kanunu’nun “Aile Hukuku” başlıklı ikinci kitabının, ikinci kısmının, birinci bolum yedinci ayrımında “Çocuk Malvarlıkları” başlığı altında çocuğun mal varlıklarının yönetim ve kullanılması ile koruma önlemlerine yer verilmiş, söz konusu ayrımında yer alan 354.maddede çocuğun mal varlıklarının

209Doç.Dr.Baygın,C. a.g.e s 305-306

210Doç.Dr.Baygın,C. a.g.e s 307

kullanılması, 355.ve 356. maddelerde ise, gelirlerin ve malvarlıkların sarf edilmesi amaç ve esasları açıkça belirtilmiştir. Türk Medeni Kanununda, 743 sayılı Türk Medeni Kanunundan farklı olarak, çocuk malvarlıklarından istifade (yararlanma) ve intifasından değil, malvarlıkların kullanılmasından bahsedilmiştir.²¹¹

Çocuk, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir (TMK m.28/f.2). Çocuk, hak ehliyetine sahip bir varlık olarak, ebeveynlerinin mal varlığından ayrı, tamamen bağımsız bir mal varlığına sahiptir. Çocuk malvarlıkları; mamelekî (para ile ölçülebilen) değeri olan bütün hakları; taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet haklarını, sınırlı ayni hakları, alacak haklarını ve fikri ve sınaî hakları kapsar.²¹²

1.5.1.3.1 Çocuk Mal Varlıklarının İdaresi

Ebeveynler velayetleri devam ettiği sürece çocuğun malvarlıklarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler. Ebeveynler herhangi bir nedenle velayetten yoksun kaldıklarında çocuğun malvarlıklarını yönetme görevleri de sone erer.²¹³ Gerçekten de ebeveynler, velayet hakları devam ettiği sürece çocuğun malvarlıklarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler ve kural olarak hesap ve güvence de vermezler (TMK m.352).²¹⁴ Ebeveynlerin sorumluluklarını yerine getirmediği durumlarda hâkim müdahale eder (TMK m.352).²¹⁵ Ebeveynlere çocuk mal varlıklarının idaresi konusunda tanınan bu hak velayete sıkı sıkıya bağlıdır. Çocuk malvarlıklarını yönetme yetkisi velayet hakkına bağlı olduğu için, ebeveynlerin birlikte velayet hakkına sahip olduğu durumda, çocuk malvarlıklarını yönetme yetkisine de birlikte sahiptirler. Ebeveynler bu yetkiyi diğerine devredemez veya feragat edemezler. Ancak yönetim hakkının kullanılması diğer eşe veya uzman kişiye bırakılabilir. Bu halde de, ebeveynlerin fiilen idaresi eline almış kişi ve ya kuruluşa karşı denetleme yükümlülüğü devam eder ve üçüncü kişinin kötü idaresinden sorumlu olurlar. Yönetim, velayetleri dolayısıyla ebeveynlerin hakkı gibi yükümlülüğü de olduğu için, vasiden farklı olarak yönetim için bir ücret talep edemez, giderlerinin

211 Yard.Doc.Dr.Çınar,Ö.(2013).Ebeveynlerin Çocuk Malvarlıklarını Kullanma Hakkı.İUHFM C.LXXXI,s.1,1355

212 Özdemir,H.(2013).Çocuk Malvarlıklarının İdaresi, Kullanılması, Harcanması ve Muhafaza altına alınması.Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XVII,Sa.3,s 83

213 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 253

214 Prof. Dr. Akıntürk, T., Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. a.g.e. s 420-421

215 Özmen, İ. a.g.e. s 239

karşılanmasını isteyemezler. Ebeveynler çocuğun mal varlığını yönetirken kural olarak güvence göstermez ve hesap vermezler (TMK m.352).²¹⁶

Ebeveynlerin yönetim hakkı, çocuğun doğum anında sahip olduğu ve sonradan kazanacağı bütün malvarlıklarını kapsar. Malvarlıkların yönetim hakkına, bu fiille mündemiç bütün hukuki durumlar dâhildir. Ebeveynlere tanınmış olan çocuğun mal varlıklarının idaresine; malvarlıkları kiraya vermek, kira bedellerini toplamak, gerekli onarımları yaptırmak gibi sadece “olağan yönetim işleri” değil, aynı zamanda malvarlıkları satmak, onlar üzerinde aynî hak tesis etmek gibi tasarrufî işlemleri de dâhildir.

Ebeveynlerin yönetim hakkının içeriğine, çocuğun serbest malvarlıkları dışında kalan bütün diğer mallar girer. Bunlara ek olarak ebeveynler sadece çocuğun mevcut malvarlıklarını değil bilakis gelecekte sahip olacağı malvarlıklarını da yönetme hakkına sahiptir. Bu yönetim hakkının sınırlarına çocuğun mal varlıklarının yerine geçen ikame değerler de dâhildir. Yönetim hakkının kullanılması, idaresin sınırlarına giren bu mallar üzerinde fiili egemenliği de gerektirdiğinden ebeveynler çocuğun malvarlıklarının fer’i zilyedirler. Velayet hakkına sahip ebeveynler vasiden farklı olarak, çocuğun malvarlıklarını kullanırken hâkim iznine ihtiyaçları yoktur (TMK m.342/III). Çocuğun malvarlıklarını yönetmede ebeveynler, hâkimden izin almayacakları gibi çocuklarının düşünce ve oylarını da almak zorunda değillerdir. Ancak TMK m.339/III’e göre, “Ebeveynler, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağını tanırlar; ehemmiyetli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar” hükmü gereğince de çocuğun malvarlıkları konusunda onun yaşı ve olayları idrak kabiliyeti doğrultusunda ebeveynler çocuğu aydınlatır. Hatta yapılacak işlemler konusunda onun fikrini de alırlar. Ancak çocuğun işi uygun bulması ebeveynleri sorumluluktan kurtarmaz (TMK m.450/II’ye kıyasen). Ayrıca çocuğun fikrinin alınması hususu vasilere de açıkça görev olarak yüklenmiştir. Buna göre “Vesayet altındaki kişi fikirlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi ehemmiyetli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun fikrini almakla yükümlüdür” (TMK m.450/I). Ebeveynlere çocuğun mal varlıklarının idaresi hususunda tanınmış olan bu hak, velayet hakkına sıkı sıkıya bağlıdır. Ebeveynler velayet hakkına sahip değillerse, çocuğun malvarlıklarını yönetme hakkı da onlara ait

216 Usta, S. a.g.e. s 299-300

değildir. Velayet hakkına sahip olan ebeveynler, yasal sınırlamalar çerçevesinde, çocuğun malvarlıklarını bağımsız olarak yönetirler.²¹⁷

TMK m.262-363 hükmüyle idaresin sona ermesi düzenleme konusu yapılmıştır. İdaresin sona ermesi durumunda malvarlıkların devri TMK m.362 hükmüyle düzenlenmiştir. Ebeveynler, velayetleri sona erince veya yönetim hakları sona erince, çocuğun malvarlıklarını, hesabıyla birlikte; -velayetleri yetişkinliğe ulaşması nedeniyle sonlanmışsa yetişkin çocuğa, -velayetleri ebeveynlerden hâkim kararıyla alınmışsa atanmış olan vasisine, -ebeveynlerden yönetim alınmışsa atanmış kayyıma devrederler.²¹⁸

Evliliğin herhangi bir nedenle sona ermesinden sonra velayet hakkı kendisine verilen eş, Aile Mahkemesi hâkimine çocuğun mal varlığını, hak ve alacaklarını gösteren bir defter vermek, servette, malvarlıkların değerlendirilmesinde ehemmiyetli bir değişiklik olduğu takdirde bunu da bildirmek zorundadır. Yasa da defter vermek süresi ile ilgili bir açıklık yok ise de velayet ve vesayet tüzüğü'nün 4.maddesine göre bu süre velayet hakkının alındığından Aile mahkemesi hâkimine bilgi verilmesi üzerine aile mahkemesi hâkimince belirlenen süre içinde verilmesi esastır. Ebeveynlerin birinin ölümü halinde nüfus memuru veya evliliğin mahkeme kararıyla sona ermesi halinde kararı veren mahkeme, sağ kalan veya velayet kendisine verilen eşin yerleşim yeri aile mahkemesine yoksa HSYK'ca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemesi'ne durumu derhal bildirir. Mahkemenin belirleyeceği süre içinde sağ kalan veya velayet kendisine verilen eşten çocuğun varsa mal varlığının dökümünü gösteren bir defter vermesini ve bu mal varlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşecek ehemmiyetli değişiklikleri de bildirmesini ister. Görevlendirilen Asliye Hukuk Mahkemesi bu görevi Aile Mahkemesi sıfatıyla yerine getirecektir.

Aile Mahkemesi Hâkimi ebeveynlerin, çocuğun malvarlıklarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince itina göstermemeleri halinde Türk Medeni Kanununun 360 ve 361'nci maddelerinde öngörülen önlemleri alır ve gerekli işlemleri yapar. (Tüzük md. 4)²¹⁹

217 Özdemir,H.a.g.e. s 86-87

218 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 2606-2607

219 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 588-589

1.5.1.3.2 Çocuk Malvarlıklarını Kullanma Hakkı

Ebeveynler kusurları sebebiyle velayetleri kaldırılmadıkça çocuğun malvarlıklarını kullanabilirler (TMK m.354). Bu madde önceki Yasa'nın 280.maddesini karşılamaktadır. Yürürlükteki maddedeki intifa sözü yerine kullanma hakkı sözü kullanılmıştır. Çünkü Türk Medeni Kanunu'nun yeni düzenlemelerine göre ana, babanın çocuğun malvarlıkları üzerinde intifa hakkı değil kullanım hakları vardır.

Bu düzenlemeye göre ebeveynler velayet hakları devam ettiği sürece çocuğun malvarlıklarını kullanabileceklerdir. Eğer ana, babadan birinin kusurlu hareketleri sonucu velayet hakkı kaldırılmışsa veya her ikisinin de kusurlu hareketleri sonucu velayet hakları ellerinden alınmış ise artık çocuklarının malvarlıklarını kullanma haklarını da kaybedeceklerdir.²²⁰

Önceki Medeni Kanunun 280. maddesinde "istifade hakkı" kenar başlığı altında, ebeveynlerin, velayet hakkı kusurlarıyla kaldırılmadıkça, çocuk reşit oluncaya kadar çocuğun malvarlıklarından intifa hakkı olduğu belirtilmişti. Aynı Kanunun 282. maddesinde, çocuğun serbest malvarlıkları düzenlenirken, yine ebeveynlerin intifa hakkının olmadığı mallar ifadesi kullanılmıştı. Söz konusu hükümlerin şekli yazılışından hareketle, doktrinde bir fikir, ebeveynlerin yararlanma hakkının intifa hakkı vasfında olduğunu ileri sürmüştür. Doktrinde bizim de katıldığımız baskın fikir ise, kullanma hakkının, kendine özgü, aile hukuku kaynaklı bir mutlak hak olduğudur. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 354. maddesinde ebeveynlerin çocuk malvarlıklarını kullanabileceği belirtilerek, söz konusu hakkın bir intifa veya yararlanma hakkı olmadığı, kullanımla sınırlı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Böylece ilk fikrin önceki Medeni Kanunun 280. maddesinin metninden hareketle savunduğu esaslar Türk Medeni Kanunu açısından geçerliliğini yitirmiştir.²²¹

Çocuk malvarlıklarını kullanma kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için başkasına devredilemez. Ancak kullanma hakkı ebeveynlere bir sorumluluk getirmediği için onlar bu haktan vazgeçebilirler.²²²

Ebeveynlerin bu hakkı, aile birliğine esas teşkil eden karşılıklı yardımlaşma dayanışma fikrinden doğmaktadır (TMK m.322). Ebeveynler çocuklarına bakmakla

220 Özüğür, A. İ. a. g. e. s 589

221 Yrd. Doc. Dr. Çınar, Ö. a. g. e s 1355-1356

222 Prof. Dr. Akyüz, E. a. g. e s 257

yükümlü olduklarına göre, karşılığında onlar da, çocuğun malvarlıklarını kullanma hakkına sahip olmalıdırlar. Ebeveynlerin kullanma hakkı; yönetim hakkı gibi, serbest malvarlıkları dışında, bütün malvarlıkları üzerinde mevcuttur. Malvarlıklarının çevresi sabit kalmayıp yeni mallar ve masraflarla devamlı değiştiğine göre, ebeveynlerin kullanma hakkının çevresi de miktar olarak devamlı değişmektedir.

Medeni Kanun'un 354.madde hükmüne göre, ebeveynler çocuğun mal varlıklarının özüne zarar vermeden, tahsis amacına uygun biçimde kullanabilecektir. Bu hak, ebeveynlere sadece çocuğun malvarlıklarını fiilen kullanma dışında, mal varlıklarının gelirinden yararlanma gibi hiçbir yararlanma biçimine imkân vermemiştir. Ebeveynlerin çocuk malvarlıklarını kullanabilmeleri için, buna ihtiyaç duymaları zorunlu değildir. Ancak, ebeveynler çocuk malvarlıklarını kullanırken itina göstermekle yükümlüdürler ve malvarlıkların özünü etkileyecek veya zarar verecek davranışlardan kaçınmalıdır.²²³

1.5.1.3.3 Çocuk Mal Varlıklarının Gelirinin Harcanması

Ebeveynler çocuğun mal varlıklarının gelirini öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için harcayacaktır. Fakat hakkaniyete uyduğu ölçüde bu gelirleri ailenin ihtiyaçları için de harcayabilirler. Gelirin fazlası çocuğun malvarlıklarına katılır (TMK m.355). Esasen çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için harcamalar kural olarak ebeveynlere aittir (TMK m.227/I). Ebeveynlerin bu sorumlulukları soy bağı ilişkisinin bir sonucu olup velayetten bağımsızdır. Başka bir anlatımla velayet hakkına sahip olmasalar bile onların çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama sorumlulukları çocuk yetişkin oluncaya kadar devam eder. Hatta çocuğun mal varlıklarının bulunması onları bu sorumluluktan kurtarmaz. Ebeveynler ekonomik olanakları ve yaşam standartlarına uygun olarak çocuğa bakmakla yükümlüdürler.

Ebeveynlerin malî gücü ve sosyo-ekonomik durumu çocuğun giderlerini karşılamaya yetmediği takdirde Medenî Kanun'un 355.maddesine göre çocuk mal varlıklarının geliri sarf edilebilir. Dolayısıyla çocuk mal varlıklarının gelirinin bulunması onların bakım giderlerini karşılama yükümlülüğünü kaldırmaz, fakat hafifletir.

223 Usta, S. a.g.e. s 312-313

Çocuk mal varlıklarının gelirinden artan kısım hakkaniyet ölçüsünde aile gereksinimleri için kullanılabilir. Bu ölçünün aşılması hâkimin müdahalesine yol açar. Örneğin, ebeveynlerin sakatlıkları veya yaşlılıkları, ailenin kalabalık olması, gelir düzeyinin çok düşük olması gibi durumlarda çocuk mal varlıklarının geliri hakkaniyete uygun ölçüde aile gereksinimleri için harcanabilir. Sarf edilen miktarın dışında kalan gelir fazlası çocuğa aittir.

Şu halde çocuğun mal varlıklarının gelirinin ev giderlerine harcanabilmesi için, bunların çocuğun bakımı, eğitim ve diğer giderleri için gerekli olması ve ebeveynlerin hakkaniyet kurallarına göre evin normal geçimini karşılayacak kadar gelirinin bulunmaması gerekir.²²⁴

1.5.1.3.4 Çocuk Mal Varlıklarının Kısmen Sarf Edilmesi

Olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler çocuk bakımı için kısmen kullanılabilir. Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hâkim, ebeveynlere belirlediği miktarda çocuğun diğer malvarlıklarına da yetkisini tanıyabilir (TMK m.356). Bu düzenleme önceki yasada yoktur, yeni bir düzenlemedir.²²⁵ Ebeveynlerin bu olanaktan yararlanabilmesi ancak hâkim kararı ile mümkündür. Aile mahkemesi hâkimi çocuğun durumunu, yeteneklerin, mal varlığını inceleyecek onun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için ebeveynlere çocuğun diğer malvarlıklarına kısmen başvurma yetkisi verip vermeyebileceğini başvurulma kararı verilen malvarlıkları belirleyecek bu belirlemede ölçü çocuğun menfaatleri olacaktır.²²⁶

1.5.1.3.5 Para Dışındaki Diğer Malvarlıkların Sarfı

Ebeveynler çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için olağanüstü ihtiyaçlar gerektirdiği takdirde, çocuğun diğer malvarlıklarını hâkimden izin alarak harcayabilirler (TMK m.356/II). Diğer mallar ile kastedilen mal varlığının, gelirler ve toplu paralar dışındaki sermaye biçimindeki bölümü, yani çocuğa ait her türlü taşınır, taşınmaz mallar ile haklardır. Örneğin onlar hâkime başvurarak çocuğun tarlasının

224 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 258

225 Özmen, İ. a.g.e. s 242

226 Özüğür, A.İ.a.g.e. s 591

veya evinin satışına izin vermesini isteyebilirler. Bu takdirde hâkim belirleyeceği ölçüde bu malvarlıkları satma, tüketme yetkisi verebilir. Eğer bu konuda hâkim kararı yoksa ebeveynler çocuğun sermaye biçimindeki malvarlıklarına dokunamazlar. Yani çocuğun tarlasını ve ya evini satarak bedelini harcayamazlar (TMK m.356). Kanun bu tür malvarlıkların harcanmasını zorunluluk koşuluna bağlamıştır. Zorunluluğun bulunup bulunmadığını hâkim somut olaya göre değerlendirecektir. Örneğin çocuğun ciddi bir kalp ameliyatı geçirmesinin gerekmesi ve ya ehemmiyetli bir eğitim kurumunun giriş sınavını kazanması gibi durumlarda ebeveynler kendi gelirleriyle bu giderleri karşılama olanağından yoksun iseler, hâkime başvurarak çocuğun bir taşınmazının satılmasına izin verilmesini isteyebilirler. Bu durumda hâkim gereken izni verebilir.²²⁷ Yani hâkimin bu konuda karar verebilmesi için çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk olmalıdır.

1.5.1.3.6 Çocuğun Serbest Malvarlıkları

Çocuğa ait malvarlıkların tamamı üzerinde ebeveynlere yönetim ve kullanma hakkının tanınması, mutlak bir kural değildir. Kanun koyucu çocuğun yetişkin olduktan sonra kendi malvarlıkları üzerinde tek başına hukukî işlemlerde bulunacağını göz önünde tutarak, ona henüz yetişkin olmadan önce de bazı malvarlıkları üzerinde yönetim ve yararlanma hakkı tanınmış, böylece çocuğu hayata hazırlamak, ona önceden bir deneyim kazandırmak istemiştir. İşte, üzerinde ebeveynlerin yönetim ve kullanma haklarının bulunmadığı veya bunlardan sadece birinin bulunduğu mallara, çocuğun serbest malvarlıkları diyoruz.

Medenî Kanun çocuğun serbest mal varlıklarının dört farklı maldan oluşmasını uygun görmüştür. Bunlar “kazandırmalar”, “saklı pay”, “meslek veya sanat için verilen mal” ve “kişisel kazanç”tan ibarettir.²²⁸

227 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 259

228 Prof. Dr. Akıntürk, T., Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. a.g.e. s 430

İKİNCİ BÖLÜM

VELAYET HAKKININ AİHM VE ANAYASA MAHKEMESİ'NE YANSIYAN PROBLEMLERİ

Velayet hakkının AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarına yansıyan problemlerini çocuklarla velayetin anneye tevdiinden sonra soyadı problemi, çocuk teslimi (pozitif sorumluluk davaları), kişisel ilişki (velayet hakkı verilmeyen taraf ile görüşme), koruma altına alınan çocuklar başlıkları altında incelenebilir.

2.1 Koruma Altına Alınan Çocuklar

2.1.1 Medeni Kanun Açısından Çocuğun Muhafaza Altına Alınması

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre çocuğun muhafaza altına alınması m.346-351 hükmüyle düzenleme konusu yapılmıştır.

...

Velayet hukukunda çocuğun muhafaza altına alınmasına yönelik seçenekler en darından en genişine doğru aşağıdaki gibi sıralanabilir; -Basit koruma önlemi (TMK m.346), -Vasıflı koruma önlemi: Çocuğun yerleştirilmesi (TMK m.347), Vasıfta Koruma Önlemi: Velayetin değiştirilmesi (TMK m.349), -Vasıflı Koruma Önlemi: Velayetin kaldırılması (TMK m.348). Aile mahkemesi denklik ilkesine göre daha dar bir koruma seçeneği varken daha geniş bir koruma seçeneğini hüküm altına alamaz.²²⁹

TMK'nın 346.maddesinde "Çocuğun menfaatinin ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü durumlarda, ebeveynlerin bu duruma çare bulamayıp veya buna güçlerinin yetmediği takdirde hâkimin, çocuğun muhafaza altına alınması için uygun önlemleri alacağı." hükmü ile basit koruma önlemi düzenlemiştir. Bu bölümde sözünü edeceğimiz koruma önlemlerine başvurulabilmesi için, ebeveynlerin velayetin getirdiği görevlere, sorumluluklara aykırı davranması gerekir (TMK m.346). Bu aykırı davranış olumlu bir eylem olabileceği gibi savsaklama (ihmal) biçiminde de

ortaya konabilir. Ebeveynlerinin velayetin içerdiği görevlere aykırı davranması durumunda yargıcını duruma el atması gerekir. Bu müdahale yargıç yönünden hem bir yetki hem de bir görevdir. Yargıç, mevcut tehlike ve ya sakınca karşısında yasanın kendisine tanıdığı makul sınırlar içinde kalarak en uygun ve en elverişli önlemleri alır (TMK m.272). Uygun ve elverişli önlemlerin neler olduğu TMK m.346'da açıklanarak belirtilmemiştir. Bu önlemler yargıcın takdirine bırakılmıştır (TMK m.4). Yargıç öncelikle ebeveynleri çağırarak uyarır, onlara yardım eder, öğüt ve bilgi verir, belirli bir biçimi gösterir, belirli davranışlarda bulunmasını yasaklayabilir. Böylece yargıç ebeveynler üzerinde belirli bir denetim de kurabilir, takdirine bırakılan ebeveynleri uyarma, onlara yardım etme, ebeveynlere öğüt ve bilgi verme, yol gösterme, bazı davranış tarzlarını yasaklama, yeni davranış biçimleri önerme, ana-babayı belirli oranda denetimde tutma gibi yaşamın olağan akış şeklinin, olayların, aile yapısının doğurduğu ve tamamen yargıcın takdirine bırakılan önlemlerin dışında, TMK'nın 347 ve 350.maddelerinde sözü edilen iki önlem şekli daha vardır. Bu iki önlem ise, ancak belirli koşulların oluşması durumunda alınması gereken önlemlerdir. Bunlar: a)Çocukların yerleştirilmesi, b)Velayetin nezi önlemlerdir.²³⁰

TMK 347.madde “Çocuğun bedensel veya zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hâkim, çocuğu ebeveynlerden alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir.

Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenmeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çarede kalmamışsa, ebeveynler veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir. Ebeveynlerin çocuğun ödeme gücü yoksa bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır.

Nafakaya ilişkin hükümler saklıdır.” hükmünü getirerek çocukların yerleştirilmesini düzenlemiştir. Ebeveynlerin ihmali sonucu çocuğun bedensel ve zihinsel gelişimi tehlikede bulunursa Aile Mahkemesi hâkimi çocuğu tedbir alarak bir kuruma veya bir aile yanına yerleştirebilir.²³¹

Çocuğun bedensel, ruhsal ve düşünsel varlığının türlü ağır baskılar altında sarsılması, gelişme göstermemesi, ağır ve gereksiz önlemler altında tutulması gibi durumlarda, ebeveynlerinin kusuru, ihmali bulunsun ve ya bulunmasın çocuğun resmi ebeveynlerden alınarak bir başka aile yanına ve ya resmi veya özel kuruma

230Özmen, İ. a.g.e. s 291-292

231Özüğür,A.İ.a.g.e. s 609

yerleştirilmesi gerektiğini yasa koyucu öngörmüş bulunmaktadır (TMK m.347). Özellikle çocuğun başıboş bırakılarak serseri bir hayat sürmeye veya ahlakın bozuk ve sağlık yönünden elverişsiz koşullarda ve ortamda yaşamaya terk edilmesi durumlarında çocuğun ebeveynler yanından alınması zorunludur.

Medeni Yasamızın 272. ve 273.maddeleri içeriklerinden esinlenilerek korunmaya muhtaç çocukların korunmalarını temin etmek amacıyla birçok özel yasalardaki yeni hükümlerle yeni önlemler yaratılmış, yeni kurum ve kuruluşlar oluşturularak korunmaya gereksinimli çocukların suçlu-suçsuz çocuk ayrımı göz önünde bulundurularak birçok koruyucu, eğitici, bakım ve gözetmeye ilişkin kurallar öngörülmüştür.

Öncelikle 1580 sayılı Belediyeler Yasası'nın 15/18, 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Yasası'nın 3, 4, 16, 21, 22, ve 24.maddeleri, 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasası'nın 1-41. Maddelerinde çocukların muhafaza altına alınması yönünde alınacak tüm tedbirleri tespit ederek uygulama alanlarını göstermiş, çocuk mahkemeleri ve görevlerini, çalışma usullerini birer birer saptamıştır. Çocuk Koruma Yasası'nda gerekli önlemler belirlenmiştir.²³²

2.1.2 Özel Yasalar Açısından Durum

Koruma sözcüğü, korunacak öznenin herkese, her şeye tehlike ve saldırıyı yaratan nokta ve kaynaklara karşı savunulmasını, saklanmasını, muhafaza altına alınmasını içerir. Korunmaya gereksinimli çocuklar özellikle, geri kalmış, gelişmemiş toplumlarda felaket denilebilecek güvensiz-acımasız, vurdumduymaz, vahşi ve korumasız bir ortamda kendi kaderlerine terk edilmiş olarak yaşamlarını sürdürürler. Onların insanlık ve uygarlık dışı bir ortam ve durumdan kurtulmaları gerçek bir insanlık görevi ve borcudur.²³³

232 Özmen, İ. a.g.e. s 292

233 Özmen, İ. a.g.e. s 294

2.1.2.1 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu Açısından Durum

3.7.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, korunma ihtiyacı içinde bulunan çocuklar hakkında alınacak “koruyucu destekleyici tedbirler” ile suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar hakkında uygulanacak “güvenlik tedbirleri” nin usul ve esaslarını ve çocuk mahkemelerinin kuruluş ve yetkilerine ilişkin hükümleri kapsamaktadır.

Kanunun amacı korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların muhafaza altına alınmasını, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasını temin etmektedir. Bu kapsam ve amaç, Kanun’un hem Medenî Kanun ve SHÇEKK, hem de Ceza Kanunu ile ilişkisini kurmuştur. Kanun normal çocuklarla yani teknik manada korunma ihtiyacı içinde bulunmayan veya suça sürüklenmemiş olan çocuklarla ilgilenmemektedir.

Kanun’da korunma ihtiyacı içinde bulunan çocuklarla, TCK sınırlarında suça sürüklenen çocuklar ayrı birer grup olarak değerlendirilmiştir. Kanun’da, suça sürüklenen çocuklar hakkında güvenlik tedbirlerinin de düzenleneceği bildirilmişse de bunlar ayrıca düzenlenmemiş, “koruyucu ve destekleyici tedbirlerin çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak” anlaşılacağı açıklanması ile yetinilmiştir (ÇKK m.11). Korunma ihtiyacı içinde bulunan çocuklar için öngörülen “koruyucu, destekleyici tedbirler”, TCK’da suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu bulunmayan çocuklar için “çocuklara özgü güvenlik tedbirleri” olarak isimlendirilmiştir. Böylece çocuklara özgü güvenlik tedbirleri TCK’nın m.53 ve devamındaki maddelerinde düzenlenen yetişkinlere yönelik güvenlik tedbirlerinden ayrı tutulmuştur (TCK m.56).²³⁴

Kanun’un “tanımlar” başlığını taşıyan 3.maddesinde “ a) Çocuk: Daha erken yaşta yetişkin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi; bu kapsamda, 1. Korunma ihtiyacı olan çocuk: Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen veya suç mağduru çocuğu, 2. Suça sürüklenen çocuk: Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ve ya işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu, b) Mahkeme: Çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemelerini, c) Çocuk hâkimi: Hakkında kovuşturma başlatılmış olanlar hariç, suça sürüklenen çocuklarla korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında

234 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 468-469

uygulanacak tedbir kararlarını veren çocuk mahkemesi hâkimini, d) Kurum: Bu Kanun sınırlarındaki çocuğun bakılıp gözetildiği, hakkında verilen tedbir kararlarının yerine getirildiği resmî veya özel kurumları, e) (Değişik: 13/6/2012-6327/38 md.) Sosyal çalışma görevlisi: Psikolojik danışmanlık ve rehberlik, psikoloji, sosyoloji, çocuk gelişimi, öğretmenlik, aile ve tüketici bilimleri ve sosyal hizmet alanlarında eğitim veren kurumlardan mezun meslek mensuplarını, ifade eder.” Hükmüne yer vererek 5395 sayılı Yasa’da sıkça kullanılan tabirlerin tanımlarına yer vermiştir.

Kanun’un 5.maddesinde koruyucu ve destekleyici tedbirlerin tarifi yapılmıştır. Bu madde şu biçimdedir “(1) Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında muhafaza altına alınmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan; a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye, b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ve ya özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine, c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ve ya koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine, d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının muhafaza altına alınması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına, 9503 e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya, Yönelik tedbirdir. (2) Hakkında, birinci fıkranın (e) bendinde tanımlanan barınma tedbiri uygulanan kimselerin, talepleri hâlinde kimlikleri ve adresleri gizli tutulur. (3) Tehlike altında bulunmadığının tespiti ve ya tehlike altında bulunmakla birlikte veli veya vasisinin ve ya bakım ve gözetiminden sorumlu kimsenin desteklenmesi suretiyle tehlikenin bertaraf edileceğinin anlaşılması hâlinde; çocuk, bu kişilere teslim edilir. Bu fıkranın uygulanmasında, çocuk hakkında birinci fıkrada belirtilen tedbirlerden birisine de karar verilebilir.”

Yasa’nın koruyucu ve destekleyici tedbir alınmasını düzenleyen 7.maddesi “gerekli araştırmayı derhâl yapar. Koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınması Madde 7- (1) Çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı; çocuğun

anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen çocuk hâkimi tarafından alınabilir. (2) Tedbir kararı verilmeden önce çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılabilir. (3) Tedbirin türü kararda gösterilir. Bir veya birden fazla tedbire karar verilebilir. (4) Hâkim, hakkında koruyucu ve destekleyici tedbire karar verdiği çocuğun denetim altına alınmasına da karar verebilir. (5) Hâkim, çocuğun gelişimini göz önünde bulundurarak koruyucu ve destekleyici tedbirin kaldırılmasına veya değiştirilmesine karar verebilir. Bu karar acele hâllerde, çocuğun bulunduğu yer hâkimi tarafından da verilebilir. Ancak bu durumda karar, önceki kararı alan hâkim veya mahkemeye bildirilir. (6) Tedbirin uygulanması, on sekiz yaşın doldurulmasıyla kendiliğinden sona erer. Ancak hâkim, eğitim ve öğrenimine devam edebilmesi için ve rızası alınmak suretiyle tedbirin uygulanmasına belli bir süre daha devam edilmesine karar verebilir. (7) Mahkeme, korunma ihtiyacı olan çocuk hakkında, koruyucu ve destekleyici tedbir kararının yanında 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre velayet, vesayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında da karar vermeye yetkilidir. ” hükmünü getirmiştir.

Yasa'nın diğer ehemmiyetli maddeleri olan acil koruma kararı alınmasını düzenleyen 9.maddesi “Derhâl korunma altına alınmasını gerektiren bir durumun varlığı hâlinde çocuk, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından bakım ve gözetim altına alındıktan sonra acil korunma kararının alınması için Kurum tarafından çocuğun Kuruma geldiği tarihten itibaren en geç beş gün içinde çocuk hâkimine müracaat edilir. Hâkim tarafından, üç gün içinde talep hakkında karar verilir. Hâkim, çocuğun bulunduğu yerin gizli tutulmasına ve gerektiğinde kişisel ilişkinin tesisine karar verebilir. (2) Acil korunma kararı en fazla otuz günlük süre ile sınırlı olmak üzere verilebilir. Bu süre içinde Kurumca çocuk hakkında sosyal inceleme yapılır. Kurum, yaptığı inceleme sonucunda, tedbir kararı alınmasının gerekmediği sonucuna varırsa bu yöndeki fikrini ve sağlayacağı hizmetleri hâkime bildirir. Çocuğun, ailesine teslim edilip edilmeyeceğine veya uygun görülen başkaca bir tedbire hâkim tarafından karar verilir. (3) Kurum, çocuk hakkında tedbir kararı alınması gerektiği sonucuna varırsa hâkimden koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmesini talep eder.” Hükmünü getirmiş olup; bakım ve barınma kararlarının yerine getirilmesini düzenleyen 10.maddesi “ (1) Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından, kendisine intikal eden olaylarda gerekli önlemler derhâl alınarak çocuk, resmî veya özel kuruluşlara yerleştirilir.” Hükmünü getirmiştir.

2.1.2.2 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu Açısından Durum

Sosyal hizmetler, kişi ve ailelerin kendi bünye ve çevre şartlarından doğan veya kontrolleri dışında oluşan maddi, manevi ve sosyal yoksunlukların giderilmesine ve ihtiyaçlarının karşılanmasına, sosyal sorunların önlenmesi ve çözümlenmesine yardımcı olunmasını ve hayat standartlarının iyileştirilmesi ve yükseltilmesini hedefleyen sistemli ve programlı hizmetler bütünüdür.²³⁵

Bu Kanunun amacı; korunmaya, bakıma veya yardıma ihtiyacı olan aile, çocuk, engelli, yaşlı ve diğer kişilere götürülen sosyal hizmetlere ve bu hizmetleri yürütmek üzere kurulan teşkilatın kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklar ile faaliyet ve gelirlerine ait esas ve usulleri düzenlemektir (md.1).

2828 sayılı Kanun'un "kapsam" başlığını taşıyan 32.maddesi "Bu Kanun, sosyal hizmetlerle ilgili tüm kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişileri ve özel hukuk tüzelkişilerini, sosyal hizmet kurum ve kuruluşlarında çalışan personeli, sosyal hizmetlerden faydalananları ve faydalanacak durumda olanları kapsar." hükmünü getirmiştir.

2828 sayılı Kanun'un "tanımlar" başlığını taşıyan 3.maddesi "Kanunda geçen; a) "Sosyal Hizmetler"; kişi ve ailelerin kendi bünye ve çevre şartlarından doğan veya kontrolleri dışında oluşan maddi, manevi ve sosyal yoksunluklarının giderilmesine ve ihtiyaçlarının karşılanmasına, sosyal sorunlarının önlenmesi ve çözümlenmesine yardımcı olunmasını ve hayat standartlarının iyileştirilmesi ve yükseltilmesini hedefleyen sistemli ve programlı hizmetler bütünü, b) "Korunmaya ihtiyacı olan Çocuk"; beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olup; 1. Ana veya babasız, ebeveynsiz, 2. Ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan, 3. Ebeveynleri veya her ikisi tarafından terk edilen, 4. Ana veya babası tarafından ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen, Çocuğu, c) "Engelli"; doğuştan veya sonradan herhangi bir hastalık veya kaza sonucu bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle normal yaşamın gereklerine uymama durumunda olup; korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyacı olan kişiyi, d) "Bakıma İhtiyacı Olan Engelli"; engellilik sınıflandırmasına

235 Gençcan,Ö.U.a.g.e. s 495

göre resmî sağlık kurulu raporu ile ağır engelli olduğu belgelendirilenlerden, günlük hayatın alışılış, tekrar eden gereklerini ehemmiyetli lde yerine getirememesi nedeniyle hayatını başkasının yardımı ve bakımı olmadan devam ettiremeyecek derecede düşkün olan kişi, e) " İhtiyacı Olan Yaşlı"; sosyal veya ekonomik yönden yoksunluk içinde olup korunmaya, bakıma ve yardıma ihtiyacı olan yaşlı statüsündeki kişi, f) Sosyal hizmet kuruluşları; bu Kanunun amacına ve belirtilen esaslara uygun faaliyette bulunan kuruluşlar olup bunlardan; 1. "ocuk Yuvaları"; 0 - 12 yaş arası korunmaya ihtiyacı olan çocuklarla gerektiğinde 12 yaşını dolduran kız çocuklarının, bedensel, eğitsel, psiko sosyal gelişimlerini, sağlıklı bir şahsiyet veya iyi alışkanlıklar kazanmalarını temin etmekle görevli ve yükümlü yatılı sosyal hizmet kuruluşlarını, 2. "Yetiştirme Yurtları"; 13 - 18 yaş arası korunmaya ihtiyacı olan çocukları korumak, bakmak ve bir iş veya meslek sahibi edilmeleri ve topluma yararlı kişiler olarak yetişmelerini temin etmekle görevli ve yükümlü olan yatılı sosyal hizmet kuruluşlarını, 3. "Kreş ve Gündüz Bakımevleri"; 0 - 6 yaş grubundaki çocukların bakımlarını gerçekleştirmek, bedensel ve ruhsal sağlıklarını korumak ve geliştirmek ve bu çocuklara temel değer ve alışkanlıkları kazandırmak amacıyla kurulan (...) ve yatılı olmayan sosyal hizmet kuruluşlarını, 4. "Huzurevleri"; ihtiyacı olan yaşlı kişileri huzurlu bir ortamda korumak ve bakmak, sosyal ve psikolojik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulan yatılı sosyal hizmet kuruluşlarını, 5."Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri"; bedensel, zihinsel ve ruhsal engellilikleri nedeniyle normal yaşamın gereklerine uymama durumunda olan kişilerin, fonksiyon kayıplarını gidermek ve toplum içinde kendi kendilerine yeterli olmasını sağlayan beceriler kazandırmak veya bu becerileri kazanamayanlara devamlı bakmak üzere kurulan sosyal hizmet kuruluşlarını, 6. "ocuk Destek Merkezleri"; Suça sürüklenmesi, suç mağduru olması veya sokakta sosyal tehlikelerle karşı karşıya kalması sebebiyle haklarında bakım tedbiri veya korunma kararı verilen çocuklardan psikososyal desteğe ihtiyaç duyduğu tespit edilenlerin, bu ihtiyaçları giderilinceye kadar geçici süre ile bakım ve korunmalarının sağlandığı, bu süre içinde aile, yakın evre ve toplum ilişkilerinin düzenlenmesine yönelik çalışmaların yürütüldüğü; çocukların mağduriyet, suça sürüklenme, yaş ve cinsiyet durumuna göre ayrı ayrı yapılandırılan veya ihtisaslaştırılan yatılı sosyal hizmet kuruluşlarını, 7."Kadın veya Erkek Konukevleri", fiziksel, duygusal, cinsel ve ekonomik istismara uğrayan kadın veya erkeklerin psiko-sosyal ve ekonomik problemlerinin çözümlenmesi sırasında varsa çocukları ile birlikte ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla geçici bir süre kalabilecekleri yatılı sosyal

hizmet kuruluşlarını, 8."Toplum veya Aile Danışma Merkezleri", toplumun ve ailenin gelişmesi için; bireyin katılımcı, üretken ve kendine yeterli hale gelmesi amacıyla koruyucu, önleyici, eğitici, geliştirici, rehberlik ve rehabilite edici işlevlerini, gerekirse diğer kuruluşlar ve gönüllülerle işbirliği içerisinde sunmakla görevli bulunan gündüzlü sosyal hizmet kuruluşlarını, 9."Aktif Yaşam Merkezi"; Engelli bireylerin, yaşam kalitesinin artırılması ve sosyal hayata aktif katılımlarına katkı sağlanması amacıyla, engelli bireyler ile ailelerine rehberlik ve destek hizmeti ile evde gündüz bakım hizmeti sunan gündüzlü sosyal hizmet kuruluşlarını, 10. "Çok Amaçlı Sosyal Hizmet Kuruluşları"; aynı yerleşkede ve/veya binada, birden çok sosyal hizmet kuruluşunun tek yönetim ve denetim altında kurulmasına ve çalışmasına imkan tanıyan sosyal hizmet kuruluşlarını, 11."Çocuk evleri"; 0-18 yaşlar arasındaki korunmaya ihtiyacı olan çocukların kaldığı ev birimlerini, 12."Çocuk Evleri Sitesi"; Korunma ihtiyacı olan çocukların bakımlarının sağlandığı aynı yerleşkede bulunan birden fazla ev tipi sosyal hizmet biriminden oluşan kuruluşu, 13."Ev Tipi Sosyal Hizmet Birimleri"; Çocuk, kadın, engelli ve yaşlılar ile bakım veya barınma ihtiyacı olan kişilere hizmet verilen mesken vasfındaki yatılı sosyal hizmet birimlerini, 14."Ev Tipi Sosyal Hizmet Birimleri Koordinasyon Merkezi"; İl müdürlüğü bünyesinde oluşturulan ev tipi sosyal hizmet birimlerinin bağlı olduğu merkezi, 15."Sosyal Hizmet Merkezi"; İhtiyaç sahiplerinin tespit edilerek sosyal hizmet müdahalesinin ve takibinin gerçekleştirilmesi, çocuk, genç, kadın, erkek, engelli, yaşlı bireylere ve ailelerine koruyucu, önleyici, destekleyici, geliştirici hizmetler ile rehberlik ve danışmanlık hizmetlerinin bir arada ve en kolay ulaşılabilir biçimde, gerektiğinde kamu kurum ve kuruluşları, yerel yönetimler, üniversiteler, sivil toplum kuruluşları ve gönüllüler ile işbirliği içinde sunulmasından ve bu hizmetlerin koordinasyonundan sorumlu gündüzlü sosyal hizmet kuruluşlarını, 16."Çocuk Evleri Koordinasyon Merkezi"; Çocuk Evlerinin illerde planlanması, açılış ve işleyişine ilişkin her türlü işlemler ile harcamaların yapılması, takibi, denetlenmesi ve çocuk evleri arasındaki koordinasyonun sağlanması amacıyla oluşturulan merkezleri, g) "Kurum"; bu Kanunla kurulan Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğünü, İfade eder. " hükümüne yer verilmiştir.

Korunmaya muhtaç çocukların reşit oluncaya kadar bu kanun hükümlerine göre kurumca kurulan sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri ve bir meslek sahibi edilmeleri hususundaki gerekli tedbir yetkili ve görevli mahkemece alınır. Bu karar için gerekli belgeler kurumca düzenlenir ve ilgili mahkemeye

gönderilir.

Haklarında derhal korunma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar mahkeme kararı alıncaya kadar, bu kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda veya aile yanında mahalli mülkî âmirin onayı alınmak suretiyle bakım altına alınır.²³⁶

Mahkemece koruma kararı alınan korunmaya muhtaç çocuğun bakım ve yetiştirilmesi bu kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda olduğu kadar kurumun denetim ve gözetiminde bir “koruyucu aile” tarafından da yerine getirilebilir. Koruyucu aile, korunmaya muhtaç çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini gönüllü olarak üstlenebileceği gibi kurumca tepsi edilecek ve ödenecek bir ücret karşılığında yapılabilir.²³⁷

2.1.2.3 Koruma Altına Alınan Çocuklar Yönünden AİHM ve AYM Kararları

Aile yaşamı kural olarak aile üyelerinin birlikte yaşamaları ile sürer. Ne var ki, devletin bazen aile üyelerinin yararını ve bazen de kamu düzenini koruma amacıyla aldığı tedbirler, ailenin bölünmesine yol açabilir. Öte yandan anne babanın birinin veya her ikisinin velayetinin kaldırıldığı hallerde ebeveynler ile çocuk arasındaki aile ilişkisi devam ettiğinden, çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasının sağlanması gerekir. Ayrıca BMÇHS'nin 8.maddesi ebeveyn ile çocuğun aile bütünlüğünü sağlaması için devlete tedbirler alma yükümlülüğü yüklemektedir.

...

Çocuğun bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişiminin ve ya kişisel güvenliğinin tehlikeye girmesi, ihmal veya istismar edilmesi veya suçtan mağdur olması halinde, devletin çocuğu koruyucu tedbirler alması gerekebilir. Devletin çocuğu korumak amacıyla aldığı tedbirler, aile yaşamına bir müdahale oluşturabilir.

AİHM'in çocuklar için alınan tedbirler ve koruma davalarıyla ilgili kararlarında, devletin yaptığı bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirilirken, iki noktayı incelediği görülmektedir. Birincisi, olayın içinde bulunduğu bütün şartlar göz önünde tutulduğunda, alınan tedbirleri haklı kılmak için gösterilen gerekçelerin “ilgili ve yeterli “ olup olmadığıdır. İkinci olarak, karar verme sürecinin adil olup olmadığı ve bu süreçte başvuruçunun Sözleşme'nin

236 Özüğür,A.İ.a.g.e. s 615

237 Özüğür,A.İ.a.g.e. s 615

8.maddesindeki haklarına gereken saygının gösterilip gösterilmediğidir (K ve T.- Finlandiya [BD], &154; R.K ve A.K- Birleşik Krallık, &34;R ve H.-Birleşik Krallık, & 75 ve 81).

Mahkeme'ye göre, aile bağlarının daimi olarak kopmasına yol açacak olan çocuğun evlat edinilmek üzere koruma altına alınmasında, çocuğun menfaatleri en önde gelir. Belirli bir olayda çocuğun menfaatlerinin ne olduğu belirlenirken iki şey akılda tutulmalıdır. Birincisi, çocuğun aile içinde kalmasının uygunsuz olduğunun ortaya çıktığı haller dışında, ailesiyle bağlarının sürdürülmesi çocuğun faydasıdır; ikincisi, çocuğun sağlıklı ve güvenli bir çevrede gelişiminin sağlanması çocuğun faydasıdır. Dolayısıyla aile bağları ancak çok istisnai hallerde koparılabilir ve kişisel ilişkilerin sürdürülmesi ve mümkünse ailenin yeniden inşası için gerekli her şey yapılmaz. Çocuğun büyümesi için daha yararlı bir çevreye yerleştirilebileceğinin gösterilmesi yeterli değildir. Ancak aile bağlarının sürdürülmesi çocuğun sağlığına ve gelişimine zarar verecek ise, ebeveyn Sözleşme'nin 8. Maddesine göre aile bağlarının sürdürülmesini isteme hakkına sahip değildir (Y.C.- Birleşik Krallık, & 134).

Çocuğun menfaatinin ne olduğunun belirlenmesi ve belirli bir tedbirin orantılı olup olmayacağına karar verilmesi, ulusal mahkemelerin bazı faktörleri dikkate almalarını gerektirecektir. Mahkeme daha önce bu tür faktörlerin tüketici bir listesini yapmamıştır. Ancak Mahkeme'ye göre, çocuğun kuruma yerleştirilmesi davası bağlamında çocuğun menfaatinin ne olduğunun belirlenmesi ve alınacak bir tedbirin gerekliliğinin değerlendirilmesi sırasında ulusal mahkeme en azından, çocuğun yaşını, olgunluğunu ve arzularını, esas ailesinin bir üyesi olmaktan çıkmasının çocuk üzerinde yaratabileceği muhtemel sonuçları ve çocuğun akrabalarıyla ilişkilerini dikkate aldığı göstermelidir (Y.C.- Birleşik Krallık, & 135).

Mahkeme böylesine hassas bir konuda karar verirken, idari makamların ve mahkemelerin çok zor bir görevle karşı karşıya olduklarını kabul etmektedir. Ayrıca ulusal makamlar, genellikle koruma tedbirlerine karar verirken ve bunları uygularken ilgili tüm kişilerle doğrudan temasta bulunmanın avantajına sahiptirler. Dolayısıyla önlerindeki olaylarda neyin daha iyi oyduğuna karar verirken belirli bir takdir alanına sahip olmaları gerekir. Bu nedenle Mahkeme'nin görevi ulusal makamların yerine kendi fikrini koymak değil, fakat bu makamların takdir yetkilerini kullanarak aldıkları kararları ve yaptıkları değerlendirmeleri Sözleşme'nin ışığında denetlemektir. Bununla birlikte bu alanda ve özellikle koruma tedbirleri sırasında mahkemeler tarafından verilen kararların genellikle geri dönüşünün olmadığı akılda tutulmalıdır.

Bu alan, keyfi müdahalelere karşı diğer alanlara göre çok daha fazla korumayı gerektiren bir alandır (Y.C.- Birleşik Krallık, & 136).

Yetkili makamlara tanınacak alanın genişliği, söz konusu meselelerin doğasına ve ağırlığına göre değişecektir. Bir yandan sağlığını veya gelişmesini tehdit eden koşullar içinde bulunan çocuğun muhafaza altına alınmasının önemi, öte yandan koşullar izin verdiğinde aileyi yeniden bütünleştirme amacı söz konusudur. Mahkeme, yetkililerin çocuğu koruma altına ihtiyacını değerlendirirken geniş bir takdir hakkından yararlandıklarını belirtmiştir. Bununla birlikte, yetkililer tarafından ebeveynlerin çocuklarla görüşme hakları üzerine getirilen kısıtlamalar gibi getirilen diğer sınırlamalar ile ebeveynlerin ve çocukların aile yaşamına saygı haklarının etkili bir biçimde muhafaza altına alınmasını hedefleyen kanuni koruyucuların daha katı bir inceleme yapılması gerekir; çünkü ileri derecede sınırlamalar, ebeveynler ile küçük çocuk arasındaki aile ilişkilerin daha derin bir biçimde sınırlar. Bir çocuk hakkında verilen kuruma yerleştirme kararı, çok yakından denetlenmelidir (Y.C.- Birleşik Krallık, & 137).

Karar verme süreci konusunda belirlenmesi gereken şey, olayın içinde bulunduğu bütün koşullar ve özellikle verilecek olan kararların ağırlığı göz önünde tutulduğunda, ebeveynlerin bu karar verme sürecine kendi menfaatlerini gerektiği gibi koruyacak ölçüde katılmış olup olmadıkları ve fikirlerin tam olarak savunma imkânına sahip olup olmadıklarıdır. Ulusal mahkemelerin ailenin durumunu ve özellikle olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi vasıftaki bir dizi faktörü derinlemesine inceleyip incelemediklerini ve çocuk için en iyi çözümün ne olduğuna karar vermeye yönelik düşünceyle olaydaki herkesin menfaatlerine ilişkin makul ve dengeli bir değerlendirme yapıp yapmadıklarını belirlemek, Mahkeme'ye düşün bir görevdir. Çocuğun biyolojik ebeveynlerinden alınıp evlat edinilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmesiyle sonuçlanabilecek bir davada karar verme sürecine ebeveynlerin tam olarak katılmaları daha fazla gerekir (Y.C.- Birleşik Krallık, & 138-139).²³⁸

Bu hususta AYM'nin önüne gelen bir uyuşmazlık 2013/6382 başvuru numaralı, 9/3/2016 tarihli karardır. Bu karara konu başvuruda "...1. Başvuru; çocuk hakkında alınan koruma kararının kaldırılmasına yönelik dava sınırlarında verilen çocuğun anneye teslimine ilişkin kararın yerine getirilmemesi, çocuk hakkında yeni

238 Prof.Dr.Doğru,O.,Dr.Nalbant,A.(2013).İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Ehemmiyetli Kararlar.(1.Baskı).2.cilt.Ankara:Pozitif Matbaa,s 46-48

koruma kararları alınarak bu kararlara karşı yapılan itirazların reddi ve anneye çocuk ile görüşme imkânı sağlanmaması nedeniyle aile hayatına saygı hakkının, koruma kararının kaldırılması talebiyle açılan davanın makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir. ...”²³⁹

Bu kararda “...139. Somut başvuru açısından, çocuğu koruyucu aile yanına yerleştirilen ve çocuğu ile bağlantı kurma olanağı sağlanmayan başvurucu ziyaret hakkından da yoksun bırakılmış olup sonuçları itibarıyla çok geniş kapsamlı olan bu tedbirler başvurucuyu çocuğu ile bir aile yaşamı sürdürmekten mahrum bırakmış ve onları tekrar bütünleştirme amacıyla çelişmiştir. Söz konusu sonuçları doğuran tedbirler ancak olağanüstü koşullarda tatbik edilebilir ve sadece çocuğun üstün yararı ile ilgili baskın bir menfaatin varlığı ile meşrulaştırılabilir. Zira bu tedbirler anne ve çocuk arasındaki aile bağlarının kopması tehlikesini içermektedir (Johansen/Norveç, § 78). 140. Belirtilen koruma kararlarının yanı sıra çocuğun anneye teslimine ilişkin kararın infazı sürecinde yer alan diğer kamusal işlem ve eylemlerin de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Kamu makamları somut olay benzeri uyumsuzluklarda, ailenin bütünleşmesini kolaylaştıracak tedbirleri almakla yükümlüdür. Çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasındaki dengenin kurulmasında ilgili kamu makamları belirli bir takdir alanına sahip olmakla birlikte burada ehemmiyetli olan husus, ilgili makamların ailenin yeniden bütünleşmesini kolaylaştırmak için olayın özel şartlarının gerektirdiği her türlü tedbiri alıp almadıklarıdır...”²⁴⁰ ve “148.Sonuç olarak derece mahkemelerince verilen koruma kararlarıyla ilgili yargısal sürece başvurucu annenin menfaatlerinin dikkate alınmasını sağlayacak biçimde katılımı sağlanmadığı gibi söz konusu kararlarda yer verilen gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında yeterli olmadığı, ayrıca kararın icra sürecinde yer alan ilgili idare tarafından özellikle çocuğun üstün yararı dikkate alınarak aile ilişkilerinin sürdürülebilirliği ve muhtemel bir yeniden bütünleşmenin temini amacıyla uygun olan adımların atılmadığı görülmektedir. Başvurucuyu ziyaret hakkından mahrum bırakan ve mevcut ailenin yeniden bütünleşmesi amacını gözetmediği anlaşılan söz konusu uygulamanın, aile hayatına saygı hakkının amacıyla bağdaşır biçimde

239 Anayasa Mahkemesi'nin 2013/6382 başvuru numaralı, 9.5.2016 tarihli kararı ,s 1

240 Anayasa Mahkemesi'nin 2013/6382 başvuru numaralı, 9.5.2016 tarihli kararı ,s 32

meşruluğu ortaya konulamadığı gibi kamusal makamlarca aile hayatına saygı hakkının etkin biçimde kullanılmasına hizmet eden güvencelerin temini noktasındaki pozitif sorumlulukların gerektiği biçimde yerine getirilmediği anlaşılmaktadır.”²⁴¹

hükümlerine yer verilerek Anayasa'nın 20.maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkını ihlal edildiğine karar verilmiştir.

2.1.2 Velayetin Anneye Tevdiinden Sonra Soyadı Problemi

2.1.2.1 Soyadı Kavramı

Ad kişileri, diğer kişilerden ayıran, soyadı ise, aynı aileden gelen kişileri, diğer ailelerden ve kişilerden ayırt etmeye yarayan isimlerdir.²⁴² Soyadı, ön ad ile birlikte çocuğun kimliğinin ehemmiyetli bir parçasını oluşturur. Çocuğun bir aileye ait olması onun bireyselleştirilmesini sağlar.²⁴³

Her kişi, sahip olduğu kişiliğin bir unsuru olarak ve diğerlerinden ayırt etmeyi sağlayan ve en kısa tanımlama olan bir ad ve soyadına sahiptir. Diğer bir deyişle, ad ve soyadı, kişiyi diğer kişilerden ayırmaya yarayan hukuki bir araç olarak onun kimliğinin ayrılmaz bir parçasıdır. Kişiyi diğer kişilerden ayıran ve toplumsal yaşam ilişkilerinde onu belirleyen bir tanıtım unsuru olan ad, kullanılması hukuken zorunlu olup olmamasına göre ikiye ayrılır. Kişinin öz adı ve soyadı kullanılması zorunlu olan, lâkap ve müstear (takma) ad ise zorunlu olmayan adlardır.

Öz ad ve soyadı bir kişinin kimliğini belirten en ehemmiyetli unsurdur. Aynı ailenin fertlerini, bir başka deyişle, aynı soyadını taşıyan kişileri, birbirinden ayırmaya yarayan ada, özel ad denir. Söyleyişte ve yazışta, öz adı önde soyadı arkada kullanılır. Bir kimsenin birden fazla öz ad kullanmasına engel yoktur.

Soyadı, belirli bir ailenin (soyun) bireylerini diğer ailenin (soyun) bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen addır. Başka bir deyişle, soyadı bir ailenin fertlerini birbirine bağlayan, diğer ailenin fertlerinden ayırt eden ve nesilden nesle geçen sözcüktür.²⁴⁴

241 Anayasa Mahkemesi'nin 2013/6382 başvuru numaralı, 9.5.2016 tarihli kararı ,s 34

242 Özüğür,A.İ.a.g.e. s 155

243 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 120

244 Dr.Abik,Y.(2005).Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı (1.Baskı).Ankara:SeçkinYayıncılık,s 31

Ad ve soyad üzerindeki haklar kişinin şahsiyet hakkıdır. Ancak soyadının kazanılması ve değiştirilmesi konuları TMK’da kişiler hukuku bölümünde değil, aile hukuku bölümünde düzenlenmiştir. Soyadı sorununa, bu hakkın bir şahsiyet hakkı olması noktasından bakarsak, hukuki açıdan korunması gereken çıkarın soyadı değiştirilenin kişiliği olduğu sonucu çıkaracaktır. Şüphesiz, 21. yüzyılın ilk yıllarında olduğumuz şu zamanda toplumumuzda eskisine oranla şahsi çıkarların ve özgürlüğün daha fazla koruma görmesi gerekmektedir. Bu yüzden Avrupa ülkelerinde de bize benzer bir toplumsal gelişmenin getirisi olarak soyadına ilişkin anlaşmazlıklarda aile hukukuyla alakalı menfaatler yerine, kişiler hukukuyla alakalı menfaatlerin korunması gerekliliği ve soyadı üzerindeki şahsi hakların artarak daha da “kişiselleştiği” gerçekliği ortaya çıkmıştır. Sonuç olarak 2003-Carlos GarciaAvello ve 2008-Grunkin-Paul kararlarında Avrupa Birliği Adalet Divanı, soyadının kişiyi belirli bir tanınır kılmasındaki ve bunun değişmez ve devamlılığı hususundaki çıkarının, kamu hukuku ve aile hukukundan doğabilecek her türlü çıkardan daha önde olduğunu vurgulamıştır.

...

Kısaca, Soyadın, kişilik hakkı ve kamu düzeninin gerekliliğinden olmak üzere iki esas özelliği vardır. Soyadın kişilik hakkı olması, sıkı sıkıya kişiye bağlı olması ve kişinin manevî bütünlüğünün bir parçası olmasını ifade ederken; kamu düzeninden olması, taşıma zorunluluğu, vazgeçilmezliği, değişmezliği, devamlılığı ve devredilmezliği sonuçlarını ortaya koymaktadır.²⁴⁵

Her Türk bir soyadı taşımak zorundadır.²⁴⁶ Bu zorunluluk Soyadı Kanunu’nun 1. maddesinde yer alan “Her Türk öz adından başka soyadı kullanmak zorundadır” ifadesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca ilgili bu madde, soyadının nüfus siciline bir kere kaydedilmesini ve istisnalar hariç değiştirilmeksizin kullanılması zorunluluğunu da kapsamaktadır. İstisna olarak, hâkim tarafından ilgilinin talebi ve sadece haklı gerekçelerin olması halinde, TMK m.27 uyarınca, soyadı değiştirilebilir. O halde kural resmî evraklarda düzenin kontrol edilmesi ve hukuk güvenliğinin teşkil edilmesi maksadıyla soyadının değiştirilemeyeceğidir. Hukukumuzdaki esas, soyadının değiştirilemeyeceği ve istisnasının sadece haklı gerekçelerin mevcudu durumunda soyadının değiştirilebileceği olmakla birlikte, her gün kıyılan sayısız nikâh ile birçok

245 Araş. Gör. Dr. Ergene, D. (2011). İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanunda Değişiklik Önerisi. MHB Yıl 31, sayı 2, s 125-127

246 Gençcan,Ö.U.a.g.e. s 212

kadının soyadı sadece evlenme akdine bağılı olarak değiştirilmektedir.²⁴⁷ Gerek ön ada gerekse soyada ilişkin hususlar İHAS'ın 8. Maddesi sınırlarındadır.²⁴⁸

2.1.2.2 Türk Hukukunda Evli Kadının Soyadı ve Çocuğun Soyadı

Türk hukukunda, ailede soyadında birlik ilkesi geçerlidir. Buna göre, eşlerin ve çocukların aynı soyadını taşımaları zorunludur. İsviçre hukukunda da geçerli olan bu ilke, söz konusu hukuk sisteminde 01 Ocak 2013 tarihinden itibaren ortadan kaldırılmıştır.²⁴⁹

2.1.2.2.1 Evli Kadının Soyadı

Kadın esas olarak doğumla almış olduğu soyadını evlenene kadar taşır. Soyadı ile hukukî muameleler yapar, toplumsal ve mesleksel ilişkiler kurar. Kişinin soyadı üzerindeki şahsiyet hakkı sadece hukukî sahada değil, kişinin manevî âleminde de sonuçlar doğurur. Kişi şahsiyetini ve kimliğini adı ve soyadı özünde oluşturur. Bundan dolayı evlenene kadar kadın da şahsiyet ve kimliğini evlenmeden önceki soyadı çerçevesinde oluşturmuştur. Ancak evlenme akdiyle beraber kadın, kimliğinin ehemmiyetli bir öğesini oluşturan soyadını yasal olarak değiştirmeye mecburdur, çünkü TMK 187. maddesinde, “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır” hükmü düzenlemiştir. Bu düzenleme emredici niteliktedir ve bu zorunluluk sadece kadın olan eşe getirilmiştir. Bu nedenle hukukumuzda eşlerin anlaşmasıyla bile kadının soyadının, ailenin ortak soyadı olması veya hiç olmazsa kadının evlilik öncesi soyadı ile sürmesi olası değildir.²⁵⁰

Medenî Kanun “Haklar ve Sorumluluklar” başlığı altında evlenen kadının (karının) soyadı konusunu da hükme bağlamıştır. Gerçi bu konu, eşlerin ortak sorumlulukları arasında yer almaz; olsa olsa evli kadının yükümlülüğü, hatta bir nevi hakkı olarak nitelendirilebilir.²⁵¹

TMK m.187 c.1'e göre “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak

247Araş. Gör. Dr. Ergene, D.a.g.e. s 128-129

248Prof.Dr.İnceoğlu,S.(2013).İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa.(1.Baskı).Ankara:Şen Matbaa: s 308

249Yrd.Doç.Dr.Ayan,S.(2012).Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Değişmesi ve Değiştirilmesi.Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi DergisiC. XVI , Sa. 4, s 20

250Araş. Gör. Dr. Ergene, D.a.g.e. s 129

251 Prof. Dr. Akıntürk, T., Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. a.g.e. s 117

evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.”

Hükümden de anlaşılacağı gibi, evlenen kadın, kocasının soyadını almak zorundadır. Kanun, kadına kocasının soyadını taşıma yükümlülüğü getirmiştir. Fakat bunun yanında, kocasının soyadı önünde (yoksa kocasının soyadının yerine değil), evlenmeden önceki soyadını da taşıma hakkı vermiştir. Bunun için kadının, bu hakkını kullanacağını ya evlenme merasimi sırasında evlendirme memuruna beyan etmesi ve ya daha sonra nüfus idaresine yazılı olarak bildirmesi gerekir. Nüfus idaresine yazılı bildirim (başvuru) yönünden kanun bir süre öngörmediği için kadın bunu her zaman yapabilir. Zevkliler/Acabey/Gökyayla’ya göre, bu bildirim veya başvuru yalnızca biçimseldir ve evli kadının kocasının soyadı ile birlikte kendi soyadını da taşıyacağını ve ya taşımakta olduğunun gerekli sicil ve belgelere işlenmesi ve açıklık (aleniyet) kazanması için öngörülmüştür. Yoksa evlendirme ve ya nüfus memurluğunun izin vermesi söz konusu değildir, bu konudaki seçim ve karar hakkı kadına aittir, evlendirme veya nüfus memurluğunun böyle bir isteği geri çevirme yetkisi yoktur.

Kadının evlendirme memuruna veya nüfus memuruna yaptığı talep üzerine iki soyadı olur ve kadın bu iki soyadını bütün resmi işlemlerinde kullanmak zorundadır.²⁵²

Evlenen kadınların soyadı konusunu düzenleyen bu hüküm, Medeni Kanun’un getirdiği yeni bir hüküm değildir. Zira Önceki Medenî Kanun’un 153. maddesinde 14.5.1997 tarih ve 4248 sayılı Kanunla yapılan bir değişiklik zaten evli kadınlara bu imkânı sağlamıştı. Yeni Medenî Kanun ÖMK.m.153’deki bu değişik hükümü aynen benimsemiş ve onu 187 inci madde olarak düzenlemiştir.²⁵³ Bu düzenlemeyle evlenen kadına iki alternatif sunulmaktadır. Bunlardan birincisi kocasının soyadını kullanmak, diğeri ise kendi soyadını kocasının soyadı önünde kullanmaktır. Bu ikinci alternatifin kullanılması halinde bile, teknik olarak kadının soyadı değişmekte, yeni soyadı eski ve yeni soyadların beraber kullanılması durumunda olmaktadır. Sonuç olarak söylenilmelidir ki bu yeni hükümle de evlenen kadın hangi alternatifi seçerse seçsin soyadı evlenmeden önce kullandığı soyadına göre değiştiği için bu anlamda bir iyileşme olmamıştır. Kadının resmî evraklarda soyadı (evlenmeden önce kendi

252 Dr.Abik,Y. a.g.e. s 90-91

253 Prof. Dr. Akıntürk, T., Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. a.g.e. s 117

kullandığı soyadıyla eşinin soyadının birlikte kullanılması şeklinde) değişecek, evlilik birliği içinde doğacak çocuklar da sadece kocanın soyadını kullanacaklardır.

1997 senesinde yapılan bu iyileştirme kadının bilinirliği açısından, önceki soyadı sistemine göre olumlu bir gelişme ise de, kadın erkek eşitliği yönünden ileri bir adım olarak nitelendirilemez. Zira kadının kendini tanıtmaya fonksiyonunu gören soyadı aynı kalmamış, mevcut soyadının arkasına kocasının soyadı eklenmiştir. Buna karşın erkek evlilik sonrasında da, evlenmeden önce olduğu gibi, kendi ad ve soyadını kullanmayı sürdürecektir. Bu konuda tarafların görüşlerine neden değer verilmediğini anlayabilmek imkân dâhilinde olmadığı gibi, soyadı değiştirme yükümlülüğü bir tarafa verilecekse de bu yükümlülükle neden kadının sorumlu tutulduğunun nesnel bir açıklaması yoktur. Sonuç olarak atılan bu adımın kadınların toplumda bilinirlikleri yönünden olumlu bir gelişme olduğunu söylemek mümkünse de, bu durumun kadın erkek eşitliği açısından pozitif bir adım olduğu söylenemez.²⁵⁴

TMK m.187 c.1, önceki soyadından söz ettiğine göre, kadın, evlenme sırasında hangi soyadını taşıyor idiye, onu kocasının soyadı önünde kullanacaktır. Bu, babanın veya evlat edinilenin soyadı olabileceği gibi, evlenirken dul idiye, ilk kocasının soyadı da olabilir. Aynı biçimde, boşanmış, fakat TMK m.173/II' den yararlanarak eski kocasının soyadını taşıyan kadın, kocasının soyadı ile birlikte eski kocasının da soyadını kullanabilir. Ancak bu son halde, eski kocası TMK m.173/III' e göre şartların değiştiğini ileri sürerek, kadının onun soyadını taşımasını engelleyebilir. Evlenmeden önce iki soyadı taşıyan kadın, ancak bunlardan birini seçerek kocasının soyadı ile birlikte kullanabilir (TMK m.187 c.2).

Evlenmeden önce kadının iki soyadı taşıması istisnai iki durumda söz konusu olabilir. Bunlardan birincisi, daha önce bir başkası ile evlenerek, kocasının soyadı ile birlikte kendi soyadını da kullanan kadının kocasının ölmesi, yani dul kalması halinde, iki soyadını birden kullanmaya devam etmesi ve daha sonra bir başka erkekle evlenmesi durumudur. İkinci olasılık ise, boşanan kadının, kullanmakta menfaati olduğu takdirde, boşanmadan önce kendi soyadı ile birlikte kullanmakta olduğu kocasının soyadını, TMK m.173/f.2 gereğince, hâkimin izni ile boşandıktan sonra kullanmaya devam etmesi durumudur.²⁵⁵

Yargıtay 18.HD, 21.10.2002, 6380-10081 sayılı kararında TMK m.187 hükmünün emredici kural olduğunu belirtmiştir. Evli kadınların kocalarının soyadını

254Araş. Gör. Dr. Ergene, D.a.g.e. s 130

255 Dr.Abik,Y. a.g.e. s 92-93

taşıma yükümlülüğünü getiren TMK m.187 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu da zaman zaman dile getirilmiştir.

Ankara Asliye Hukuk Mahkemelerinin birinde evli bir kadının evlenmeden önceki soyadını aile soyadı olarak kullanmak için açtığı davada mahkeme, o sırada yürürlükte olan 743 sayılı önceki Medenî Kanununun 4248 Sayılı Kanunla değiştirilen 153.maddesinin birinci fıkrasının (yeni Medenî Kanununun 187.maddesinin) Anayasa'nın 12 ve 17 nci maddelerine aykırı olduğu iddiasını ciddî bularak iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 29.9.1998 tarih ve 61/59 sayılı kararıyla evli kadının kocasının soyadını taşımasına ilişkin hükmün Anayasa'nın 10,12 ve 17 nci maddelerine aykırı olmadığına oy çokluğuyla (3 üyenin karşı oyuyla) karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde şöyle denilmektedir:

“Anayasa'nın 12. maddesinde herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlerine, 17. maddesinde de yaşama, maddî ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.

İtiraz konusu “ Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır ” kuralı kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasa koyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından kaynaklanmaktadır. “Aile hukuku” öğretisinde de kadının erkeğe göre farklı yaratıldığı, zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının muhafaza altına alınması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği gibi hususlarda fikirler bulunmaktadır.

Kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği ve bütünlüğü devam etmiş olacaktır. Aile birliğinin sağlanması için yasa koyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir. Kaldı ki itiraz konusu kuralda aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörülmemekte, kadının başvurusu durumunda kocanın soyadıyla birlikte kızlık soyadını da kullanma olanağı bulunmaktadır.

Prof. Akıntürk'e göre de kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına bir dayanan bir farklılaşma yarattığı savı yerinde değildir. Anayasa'nın 10.maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönde aynı kurallara bağlı olacağı manasına gelmez. Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara tabi

tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ve ya topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasa koyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi belirtilen haklı nedenler karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.”²⁵⁶ Konu 2011 yılında Anayasa Mahkemesi önüne yeniden getirilmiştir. AYM, 2011 senesinde itiraz üzerine yaptığı değerlendirmede, TMK 187. madde hükmünün Anayasa’ya uygun olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, gerekçeli hükmünde, bireyin soyadının “kimliğinin tespit edilmesinde en ehemmiyetli öge” olduğunu ve bu anlamda “vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir şahsiyet hakkı” olduğunu vurgulamıştır. Bununla birlikte, “kişinin kimliğini tespit etme fonksiyonu yanında, ailesini ve soyunu tespit etme, kişiyi diğer ailelerin mensuplarından ayırt etme fonksiyonları” da olduğuna, bu yönde yasa koyucunun “ nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin koruma altına alınması gibi sebeplerle” soyadını yasal hükümlerle düzen altında tuttuğunu vurgulamıştır. Hakikaten, TMK 187. maddesinde yer alan hükmün de “aile birliğinin muhafaza altına alınması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği ” gerekçesine yer vermiştir.

AYM, “soyadının şahsiyet hakları içinde yer almasının bu hakka müdahalede edilemeyeceği manasına” gelmediği, “kanun koyucunun soyadı kullanımına amme yararı ve amme düzeni gereklerince Anayasa’ya aykırı olmamak şartıyla müdahale etmekte takdir yetkisi bulunduğu” vurgu yapmaktadır. Bu kapsamda kanun koyucunun “şahsiyet hakkı ile amme faydası arasında adaletli bir dengenin” sağlanması gerektiğine karar vermiştir.

Bugün itibariyle Türkiye, Avrupa Konseyi’ne dâhil devletler arasında, taraflar farklı karar almış olsalar bile, kadını evlilik sonrası başka bir soyadını almaya mecbur eden tek ülkedir. 2002 senesinde uygulamaya konulan yeni TMK’ımızda kadına, evlilik öncesi soyadıyla birlikte kocasının soyadını kullanma olanağı sağlanmıştır. Ancak bu olanak kadının şahsiyet haklarının ve amme düzeninin bozulmasında bir farklılık oluşturmamıştır. Çünkü teknik manada ve resmî evraklarda kadının soyadı

256 Prof. Dr. Akıntürk, T., Yrd. Doç. Dr. Ateş, A. a.g.e. s 118-119

yine değişime maruz kalmakta; kadın önceki soyadıyla birlikte eşinin soyadını da kullanmaktadır. Bu noktada çocuk da, yasal zorunluluk kapsamında aile soyadı niteliğini almış olan, babasının soyadını almaktadır.²⁵⁷

Geleneksel hukuki düzenlemeler, aile birliğinin ortak bir ad ile yansıtılmasını temin etmek için evlenen ikilerin soyadlarına müdahalede bulunmaktadır. Bu konudaki sorunlar daha çok özel ve aile yaşamı bağlamında ayrımcılık yasağı ihlali iddiaları olarak Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.²⁵⁸

Türkiye, kurucusu olduğu Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanmış olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraf olan ülkelerdendir. Sözleşme, 4 Kasım 1950 tarihinde, 14 ülke ile birlikte Türkiye tarafından imzalanmış ve 10 Mart 1954 yılında onaylanarak, 18 Mayıs 1954 yılında Türkiye'de yürürlüğe girmiştir. Bu kapsamda AİHS'de yer alan özel hayatın muhafaza altına alınmasına ilişkin 8. madde ve ayrımcılığın önlenmesine ilişkin 14. madde Türkiye açısından bağlayıcıdır. Bugüne kadar bu iki maddenin ihlali sebebine dayanılarak, kadının soyadı konusunda AİHM'de üç dava açılmıştır. Bunlardan ilki İsviçre aleyhine Burghartz davası, ikincisi Türkiye aleyhine Ünal Tekeli, üçüncüsü ise yine İsviçre aleyhine açılmış olan LosonciRose ve Rose davasıdır.²⁵⁹

Kadın erkek eşitliğine doğru atılmış bir adım olan, Burghartz kararından kabaca 10 yıl sonra Türkiye aleyhine sonuçlanan Ünal Tekeli davasında da AİHM'nin Burghartz kararına benzer bir tavır takındığı görülmüştür.

...

AİHM'de Türkiye'ye karşı açılan Ünal Tekeli davasında, Ayten Ünal Tekeli, soy isim olarak sadece kızlık soy ismi olan Ünal'ı kullanmayı talep etmiştir. Ancak yukarıda izah edildiği gibi, Türk hukuku gereği evlenen bayanın kocasının soy ismini kullanmaya maruz bıraktığı gerekçesi ile bu imkandan faydalanamamıştır. Ünal Tekeli, davasını Burghartz davasında olduğu gibi AİHS 8. ve 14. maddelerine isnat ettirmiştir. Ünal Tekeli, mesleki ortamında "Ünal" olarak bilinmesi, resmî evraklarda sadece Ünal soy ismini kullanamayıp, Tekeli soy ismini de birlikte kullanmak mecburiyetinde kalması nedenleriyle cinsiyetten kaynaklı ayrımcılık mağduru olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme bu başvuruda özel yaşamın muhafaza altına alınmasıyla alakalı AİHS md 8'in kişinin adıyla ilgili konuyu içerisine alıp almadığını

257 Araş. Gör. Dr. Ergene, D.a.g.e. s 127

258 Prof.Dr.Doğru,O.,Dr.Nalbant, A.a.g.e. s 27

259 Araş. Gör. Dr. Ergene, D.a.g.e. s 148

müzakere etmediği gibi, Avrupa Konseyi bünyesinde yürürlüğe konmuş çeşitli belgelere de gönderme yaparak, şahsın ismi üstündeki hakkının Avrupa Konseyi düzeninde tüm insanların yalnızca insan olmasından dolayı sahip olduğu hakkın muhafaza edildiğinin altını çizmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (78) 37 sayılı ve 27 Eylül 1978 tarihli Medenî Hukukta Eşlerin Eşitliğine İlişkin Kararı'na (ki bu kararı aynı isimli protokol takip etmiştir) ve (85) 2 sayılı ve 5 Şubat 1985 tarihli, Cinsiyete Dayalı Ayrımcılığa Karşı Hukukî Korumaya İlişkin Tavsiye Kararı'na gönderme yapmıştır.

...

Türkiye, AİHM'deki savunmasında, cinsiyetler arasındaki bu farklı uygulamanın, muhafaza edilmek istenen çeşitli menfaatler açısından nesnel ve uygun olduğu savını ileri sürmüştür. Türkiye, savunmasında, aile adının aile birliği ile ilintili olduğu ve kocanın soyadının aile adı olarak tayin edilmesiyle Türk yasa yapıcının aile birliğini muhafaza etmeye, yani kamu düzenini muhafaza etmeye çalıştığı gerekçelerini ileri sürmüştür. Ayrıca aile adının kocanın adı olarak tayin edilmesiyle kadının aile içindeki konumunun güçlendirildiği (!) savunulmuştur. Nihayet Türkiye, muhtemel bir sistem değişikliğinin nüfus sicillerinde büyük zorluklara neden olacağını iddia etmiştir. Mahkeme, ilk olarak kadın ile erkek arasında uygulanan her değişik tatbikin kat'i ayrımcılık anlamına gelmeyeceğini, bazı şartların bulunması halinde kadın erkek arasında değişik uygulamanın mümkün olabileceğini belirtmiştir. Daha sonra, Ünal Tekeli'nin başvurusunda mahkeme bu şartların yerine getirilip getirilmediğini araştırmıştır. AİHM'in oturmuş kararları gereğince, farklı tatbiklerin, 14. madde manasında ayrımcı olması için nesnel ve uygun olmaması gerekir. Nesnel başkalıkla ifade edilen, değişik uygulamalar yapılan kişilerin mevcut hallerinin köklü şekilde değişik olması, uygun olandan anlaşılması gereken ise değişik uygulamalarla amaçlanan gaye ve vasıtanın ölçülü olmasıdır. Öyle ki ailenin bütünlüğünü sağlamak için devletlerin muayyen bir takdir yetkileri olsa da, devletler bu haklarını kadir erkek ayrımcılığı olmayacak şekilde gözeterek kullanmak mecburiyetindedir. Yeter ki kadın ve erkeğe değişik muamelede bulunulmasını uygun gösterecek köklü ve eylemli bir değişiklik ve aile bütünlüğü amacı ile bunun için kullanılan vasıta ölçülü olsun. Mahkeme hükmünde belirtildiği üzere, Türkiye, aile bütünlüğünün muhafaza altına alınmasına dair takdir hakkını, kadın erkek eşitliği ilkesini gözetmeden kullanılmıştır. Eğer, muhafaza edilmek istenilen çıkar müşterek aile ismi vasıtasıyla temin edilen aile birliği ise, bu birlikteliği temin edecek müşterek isim, her halükarda eşlerin müşterek

kararıyla kadının soy ismi olarak da tercih edilebilir. Bir de Türkiye, AİHM’deki müdafaasında, müşterek bir aile isminin bulunmadığı halde aile bütünlüğünün nasıl zarar göreceğini açıklayabilmiş değildir. AİHM’e göre, nüfus kayıtlarında düzen farklılığının yol açabileceği sorunlara, yurттаşların soy isimleri üstündeki şahsiyet haklarına ve kişi haysiyetine gösterdiği hürmetten dolayı, ülkenin tahammül etmesi en uygun olan seçenektir.²⁶⁰

Kadının soyadı konusuna AİHM yaklaşımını gösteren bir makaledeki açıklamada Ünal Tekeli davası ile ilgili şu cümlelere yer verilmiştir: “...Konu değişik ülkeler bazında AİHM önüne gelmiş olsa da, ülkemiz aleyhine bir başvuru çerçevesinde Mahkemenin genel tutumunu açıklamak daha uygun olacaktır. Bu karar Türkiye aleyhine Ayşe Ünal Tekeli kararıdır. 1990 yılında evliliğinin ardından, yasal zorunluluk sonucu kocasının soyadını almıştır. Başvurucu kocasının soyadını kullanmasının, bir kısım kayıtların sadece kızlık soyadını içermesi nedeniyle, sorunlara yol açtığını, kızlık soyadı ile tanındığı için avukatlık mesleğinde de sorunlar yaşadığını iddia ederek, yerel Mahkemeye başvurmuş ve kocasının soyadını almaksızın, kızlık soyadını kullanmasına izin verilmesinin istemiştir. Kanundaki, kadının kocasının soyadını aile soyadı olarak alma zorunluluğu (TMK m.187) dayanak gösterilmek suretiyle başvurusunun bu isteği reddedilmiştir. Karar derecattan geçerek kesinleşmiştir. Başvurucu konuyu AİHM’e taşımıştır. Mahkeme, kişinin adının aile hayatını etkilediğini, isimlerin düzenlenmesinde kamu yararı bulunduğunu, isimlerin başkalarıyla ilişki kurma hakkı çerçevesinde kişinin özel ve aile hayat alanına dâhil olduğunu vurgulamıştır. AİHM konuyu 8. Madde (özel ve aile hayatına saygı) ile bağlantılı olarak 14. madde (ayrımcılık yasağı) bağlamında tartışmıştır. Mahkeme, öncelikle ailenin bir ortak soyadı olması gerektiğinin yadsınamayacağını, ne var ki aile soyadı taşıma zorunluluğunun cinsiyete dayalı, farklı muameleyi haklı göstermeyeceğini, ayrımcılığı meşru hale getirmeyeceğini belirterek, farklı muamelenin 8. maddeyle beraber düşünüldüğünde 14. maddenin ihlali manasına geldiğine karar vermiştir. Kuşkusuz sorun iç hukuk çerçevesinde halledilmediğinden, kadının soyadı sorunu ülkemiz açısından AİHM’i meşgul etmeye devam etmiştir...”²⁶¹

260 Araş. Gör. Dr. Ergene, D.a.g.e. s 150-155

261Mortaş,S.(2016).Evlenen Kadın İle Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde “Kocanın Soyadı” Parametresi.Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XX,Sa.2,s 348-349

AIHM Ünal Tekeli- Türkiye başvurusunda, Türkiye’de erkeğin evlilikten sonra sadece evlilikten önceki soy ismini kullanmayı sürdürmesine rağmen, bayanın evlilikten sonra yalnızca kızlık soy ismini kullanamadığı ve bunun ayrımcılık yasağına aykırı olduğu iddiasıyla karşı karşıya kalmıştır. Devlet, bu başvuruya karşı, erkeğin soy ismi vasıtasıyla aile bütünlüğünü sağlama ve bu yolla amme düzenini temin etme yasal gayesiyle mevcut durumu adil olduğunu ortaya koymayı amaçlamıştır. AIHM’ne göre, aile bütünlüğünün erkeğin soy ismiyle göstermek, aile içinde kocaya birincil bayana tali görev veren ananeden gelmektedir fakat günümüzde kadın- erkek arasındaki eşitliğin ülkeleri bu töreyi evlenen bayanlara vermesinin önüne geçmektedir. Netice olarak erkeğin soy isminin aile adı olarak tercih edilerek aile bütünlüğünün yansıtılabilmesi mümkün iken, bayanın soy ismiyle veya ikisinin müşterek olarak belirledikleri bir soy ismiyle de aile bütünlüğü yansıtılabilir. AIHM ikincil olarak, aile bütünlüğünün müşterek bir aile ismiyle yansıtılmasının gerekli olup olmadığı ve evli çiftlerin müşterek bir aile ismi üstünde uyuşamamaları durumunda eşlerden birinin soy isminin eşlerden diğerine tabi kılınmasının olası olup olmadığı problemini irdemiştir. AIHM, sözleşmeyi kabul eden ülkelerin tatbiklerine göre, eşlerin müşterek bir aile ismi belirlemeksizin de aile bütünlüğünü muhafaza edebildiklerini tespit etmiştir. Bu başvuruda Devlet, müşterek bir aile ismine sahip olunmaması durumunda eşler ve üçüncü şahıslar için zorluk teşkil edeceği ya da amme yararının ihlal edileceğini ortaya koyamamıştır. AIHM, aile birliği namına, evlenen bayana eşinin soy ismini taşıma zorunluluğu koymanın, bayanın kızlık soy ismini eşinin soy ismi önünde kullanabildiği halde dahi, nesnel ve yerinde adil bir nedeni bulunmadığı neticesine ulaşmıştır. Kişilerin tercih ettikleri isim ile önemli ve haysiyetli bir biçimde hayatlarını sürdürmelerini sağlamak için cemiyetin bir kısım problemleri hoş görmeleri umulur. Netice itibariyle, müşterek bir aile ismiyle aile bütünlüğünü yansıtma gayesi, cinsiyeti temel alan farklı uygulamalar için adil bir neden oluşturmaz. (Ünal Tekeli, 663-68).²⁶²

262 Prof.Dr.Doğru,O.,Dr.Nalbant,A.a.g.e. s 27-28

2.1.2.2.2 Çocuğun Soyadı

2.1.2.2.1 Genel Olarak Çocuğun Soyadının Velayete Bağlı Olmaması

Kural olarak çocuk, soyadını doğumla kendiliğinden kazanır. Bu durum, en az çocuğun annesinin biliniyor olması hali için geçerlidir. Çocuğun anne ve babası bilinmiyor ise çocuğun soyadı idari yoldan belirlenecektir. Çocuk doğumla kazandığı bu soyadını kural olarak sonraki kuşaklara da aktarır. Doğumla (ilk kez) kazanılan soyadı konusunda ülkemiz düzenlemelerine bakıldığında, çocuğun soyadının belirlenmesinde, soy bağı esasının kabul edildiği görülür (TMK m.321). Gerçekten TMK m.321’de, kişinin adı ile birlikte toplum içinde ayırt edilmesine yarayan soyadının, kişinin kimin soyundan geldiğine bakılarak belirleneceği ilkesi kabul edilmiştir. Çocuğun soyadını belirleyen soy bağı, anne ile baba arasındaki hukuki ve doğal bağı ifade eder. Çocukla anne baba arasındaki bu doğal bağı (soy bağı) nasıl oluşacağı TMK m.282’de düzenlenmiştir. Buna göre, çocuk ile ana arasında soy bağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soy bağı ise ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur. Kuşkusuz evlat edinme yoluyla da yapay bir soy bağı kurulmuş olur. Bu noktada belirtmek gerekir ki, ülkemize özgü bir durum olan ve kısaca Af Kanunları olarak bilinen, Bir Evlenme Akdine Dayanmayan Birleşmelerden Doğan Çocukların Neseplerinin Düzeltilmesine İlişkin Kanunlar uyarınca da baba ile soy bağı kurulmuş olur. İşte çocuğun soyadı anne baba arasındaki bu soy bağı esasına göre belirlenmektedir.²⁶³

TMK m.321 hükmüyle soyadı düzenleme konusu yapılmıştır. Çocuk ebeveynler evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır. Ana önceki evliliğinden dolayı iki soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır.²⁶⁴ Şu halde evlilik içinde doğan ve ya evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuk babasının soyadını alacaktır.²⁶⁵

Yeni Türk Medeni Kanun’da, çocuğun hangi soyadını taşıyacağını belirlerken ebeveynlerinin evli olup olmamasına göre ayırım yapmıştır. Ebeveynler evli ise, çocuk ailenin soyadını taşır. Ailenin soyadı, babanın soyadı olduğu için, evlilik birliği içinde doğan çocuğun soyadı, babanın soyadı olacaktır. Bu hüküm emredicidir; şu veya bu biçimde çocuğa başka bir soyadı verilmesi mümkün değildir. Evli olan eşlerden doğan

263 Mortaş,S.(2016). a.g.e.s 314-315

264 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 2350

265 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 120

çocukların soyadı, ailenin soyadıdır (TMK m.321). Ebeveynler boşanmış veya baba ölmüş olsa dahi kural böyledir.

Buna karşılık çocuk ile baba arasında soy bağı ilişkisi kurulmuş olmasına karşın ana ile baba arasında evlilik ilişkisi mevcut değilse, yani çocuk evlilik dışında doğmuş olan bir çocuk ise, bu durumda babanın soyadını taşıma hakkına sahip olamayacak, ananın soyadını taşıyacaktır. Ana evli değilse, çocuk ananın soyadını taşır (TMK m.321). Bu mutlak hüküm karşısında, baba ile çocuk arasında tanıma veya babalığa hüküm ile soy bağı kazansa dahi çocuk, anasının soyadını alacaktır. Diğer bir deyişle, babanın evlilik dışı doğan çocuğu tanınması veya babalık davasının kazanılması, çocuğun soyadında değişiklik yapmaz. Sadece ebeveynlerin sonradan evlenmesi halinde (TMK m.292, Nüfus Kanunu m.20/f2), evlilik dışı doğan çocuk babasının soyadını taşıyabilir. Evlilik dışı doğan çocuğun, başka bir yolla babasının soyadını taşıması artık mümkün değildir. Hatta velayet hakkı anneden alınıp babaya verilmiş olsa bile çocuk, babasının soyadını alamayacaktır.²⁶⁶ Fakat 25.04.2006 tarihli 5490 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanunu”nun 28. maddesinin dördüncü fıkrasında, tanıma üzerine, evlilik dışı çocuğun doğrudan babasının soyadını alacağı şöyle düzenlenmiştir: “Tanınan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edilir.” Anılan hükmün gerekçesinde de aynen şu ifadeye yer verilmiştir: “4721sayılı Türk Medeni Kanununun 321 inci maddesine göre tanınan çocuk ana hanesine ananın soyadı ile tescil edilmektedir. Bu madde ile mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi uygulamasında olduğu gibi, tanınan çocuğun baba hanesine babanın soyadı ile tescil edilmesi öngörülmektedir.” Gerekçeden anlaşılacağı üzere Yasama Organı, 2006 yılında yapılan bu kanun değişikliğiyle, Medeni Kanunun 321. maddesindeki esası değiştirmek amacıyla anılan hükmü kabul etmiştir. Diğer bir ifadeyle, Medeni Kanunun 321. maddesinin, evlilik dışı çocuğun her durumda anasının soyadını alacağına ilişkin hükmü, Nüfus Hizmetleri Kanununun 28/IV hükmüyle örtülü olarak kaldırılmıştır. Bu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra, tanıma halinde çocuk doğrudan babasının soyadını alacaktır.

...

Hemen belirtelim ki, anılan Kanunda, çocuk ile babası arasında soy bağının mahkeme kararıyla kurulması halinde çocuğun hangi soyadını alacağı hakkında bir

266 Dr.Abik,Y. a.g.e. s 139-140

düzenleme yoktur. Sadece Meclis görüşmeleri sırasında Kanuna eklenen geçici 5. maddede şu hükme yer verilmiştir: “Bu Kanun yürürlüğe girinceye kadar tanıma beyanı veya babalığa hüküm kararı sonucu ana hanesine tescil edilen çocukların baba hanelerine nakline ebeveynlerin birinin, çocuk yetişkin ise kendisinin müracaatı aranır.” Bu hüküm sadece babanın nüfus hanesine kaydına ilişkin olup, soyadını düzenlememektedir. Fakat mahkemenin vereceği babalık hükmü, tanıma gibi, evlilik dışı çocuk ile babası arasında soy bağı ilişkisini kuracaktır. Bu nedenle tanıma için kabul edilmiş soyadına ilişkin sonucun, babalık hükmü için de en azından kıyas yoluyla uygulanması uygun olur.

Bu nedenle, Nüfus Hizmetleri Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, babasıyla arasında tanıma veya babalık hükmüyle soy bağı ilişkisi kurulan çocukların, doğrudan babasının soyadını alacağı, Medeni Kanunun 321.maddesinin bununla ilgili hükmünün örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ancak Nüfus Hizmetleri Kanununun bu açık hükmüne ve özellikle gerekçesindeki net ifadelerle rağmen Anayasa Mahkemesi, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden üç yıldan fazla bir süre geçtikten sonra 02.07.2009 tarihli kararıyla, evlilik dışında doğmuş olan çocuğun, annesinin soyadını alacağına ilişkin Medeni Kanunun 321. maddesinin ilgili hükmünü iptal etmiştir. Açıklamalardan anlaşılacağı üzere AYM, aslında örtülü olarak yürürlükten kalkmış bir hükmü iptal etmiştir.²⁶⁷ AYM'nin bu husustaki kararına ilişkin aşağıda ayrıca açıklama yapılacaktır.

Babasıyla arasında hukuki manada soy bağı kurulmamış olan çocuk, annesinin soyadı taşır. Bu aslında mantıksal bir zorunluluktur. Çünkü bu durumda çocuğun soyadını alabileceği hukuken tanınan başka bir kişi de yoktur.²⁶⁸

Babanın soyadını alma çocuk için hem bir hak, hem de sorumluluktur. Bu nedenle, çocuk ananın evlenmeden önceki soyadını alamaz ve ya babasının soyadını ekleyerek kullanamaz.²⁶⁹

Baba (ana) sonradan soyadını TMK m.27 hükmüne göre mahkeme kararıyla değiştirirse, yetişkin olmayan çocuğun soyadı da onlara bağlı olarak kendiliğinden değişir. Çocuk yetişkin olduktan sonra, haklı sebeplere dayanarak soyadını değiştirmek üzere dava açabilir.²⁷⁰

267 Yrd.Doç.Dr.Ayan,S.a.g.e s 27-28

268 Yrd.Doç.Dr.Ayan,S.a.g.e s 30

269 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 120

270 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 121

AYM kadının soyadına ilişkin vermiş olduğu 1998 tarihli kararında da “Aile Hukuku öğretisinde, [...] toplumsal gerçekler karşısında kadının muhafaza altına alınması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği” hususları, erkeğin soyadının zorunlu aile adı olarak kabul edilmesinin gerekçeleri arasında sayılmıştır.²⁷¹ Bu hususta Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımı 2011 tarihli kararda da değişmemiştir. Kararda “yasa koyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün muhafaza altına alınması ve aile bağlarının güçlendirilmesi [yönünde] eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı” olmadığı hükmüne varılmıştır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi mahkemenin bu hükmü, 1934 tarihli Soyadı Kanunu’ndan önce toplumumuzda aile birliği ve bütünlüğünün olmadığı, aile bağlarının zayıf olduğu gibi yanlış manalar ve mahkemenin ayrımcılık yasağına aykırılık bulunmadığına dair hükmüne ilişkin bir takım çelişkiler içermektedir. Şöyle ki, şayet mahkeme hükmünde ifade edildiği gibi aile birliği ve bütünlüğü ve aile bağlarının gücü aile bireylerinin tek bir soyad taşımalarına bağlı ise bu birlik ve bağlar pekâlâ kadının soyadı ile de sağlanabilir.²⁷²

Nitekim AYM’nin 8.12.2011 tarihli oldukça yeni bir kararında bu husus araştırma konusu yapılmıştır. Soyadı Kanunu md. 4’ün Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile açılan bu davada, ilgili maddenin Anayasa’nın eşitlik ilkesine ilişkin 10. ailenin muhafaza altına alınması ve çocuk haklarına ilişkin 41. ve temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesine ayırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür. İtiraz yoluna başvuran Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi’nin önündeki davaya konu olayda, boşanma sonucu velayeti anneye verilen çocuğun, annesi ile arasında soyadı farklılığı doğmuştur. Bu soyadının çocuğun sosyal çevresi olan “*okulda ve mahalle arkadaşları arasında alay konusu yapıldığı*” ileri sürülmüştür. Bu sebeple çocuğun babasına ait soyadının annesinin soyadı ile değiştirilmesi talep edilmiştir. Mahkeme, çocuğun soyadını düzenleyen TMK m.321 hükmünün “Çocuk ebeveynler evli ise ailenin soyadını taşır. Ancak ana önceki evliliğinden dolayı iki soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır” ifadesini göz önünde bulundurarak, ilgili maddenin çocukların soyadına ilişkin her ihtilafı çözümlenmediği sonucuna varmıştır. Buradan yola çıkarak AYM, Soyadı Kanunu’nun 4.maddesinin prensip itibarıyla ilk defa soyadı alınması ile

271 Araş. Gör. Dr. Ergene, D.a.g.e. s 139

272 Araş. Gör. Dr. Ergene, D.a.g.e. s 140

ilgili düzenlemeler içermesine rağmen, evliliğin sona ermesi hallerinde çocukların soyadının tespitinde de istisnaen uygulama alanı bulabileceğine hükmetmiştir. İstisnaen uygulama alanı bulduğu AYM tarafından tespit edilen Soyadı Kanunu md. 4/f.II, evliliğin sona ermesinden sonra dahi, evlilik içi çocuğun eski kocanın soyadını alacağını düzenlemektedir. Soyadı Kanunu md. 4/f.II’de yer alan, velayetin anaya verildiği durumlarda dahi çocuğun babasından intikal eden soyadını taşıması zorunluluğunun eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği, AYM tarafından Anayasa hükümlerine, onaylamış olduğumuz milletlerarası sözleşmelere, AİHM kararlarına ve hatta aday ülke konumunda olduğumuz Avrupa Birliği’nin Anayasa Taslağı’na atıf yapılarak tespit edilmiştir. AYM’nin incelemesinde, çocuğun soyadını seçme hakkının, velayet hakkı sınırlarında olduğuna vurgu yapılmıştır. Mahkemeye göre eşlere farklı haklar tanınması “yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayrımlar [sebebiyle] haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği” bozmamaktadır. Ne var ki, “Eşler evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve sorumluluklar bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı sınırlarında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur”. Özetle, Mahkeme, Soyadı Kanunu md. 4/f.II’ yi iptal etmekle, ebeveynleri boşanan çocuğun soyadının, açılacak bir soyadı değiştirme davası ile annesinin soyadı olarak da değiştirilebilmesi gerektiği yönünde bir tespitte bulunmuş, çocuğun zorunlu olarak babasının soyadını almasının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini karara bağlamıştır. Bu doğrultuda denilebilir ki, bu son AYM kararı ile de paralel olarak, boşanma sonrasında anne, dava yolu ile velayeti kendisinde olan çocuğa kendi soyadını verebilir.²⁷³

TMK m.321’e göre, “çocuk ebeveynler...evli değilse ananın soyadını taşır”. Anayasa Mahkemesi 02.07.2009 tarihli kararıyla (RG 7.10.2009-27369) Medeni Kanun’un “...evli değilse ananın...” ibaresini Anayasa’nın 10, 11 ve 41.maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. İptal gerekçesinde hukuksal durumları aynı olanların farklı kurallara tabi tutulmasının eşitlik ilkesini ihlâl edeceğini, Anayasa’nın 41.maddesi gereğince, ailenin yanı sıra evlilik dışından dünyaya gelen çocukların da muhafaza altına alınmasının Devletin görevi olduğunu, bu nedenle tanıma işleminin varlığı veya babalık hükmü verilmiş olması durumunda evlilik içi veya evlilik dışı

273 Araş. Gör. Dr. Ergene, D.a.g.e. s 143-144

doğmuş olmasının çocukların hukuki statüsünde bir farklılığa yol açmasının kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.²⁷⁴

2002 yılında yürürlüğe giren yeni Medenî Kanunumuzun aile hukuku alanındaki hedeflerinden biri evlilik dışı çocuk ile evlilik içi çocuğun eşit muamele görmesinin sağlanması ve bu yolla anayasal eşitlik ilkesi ile uyum sağlanması idi. Bu bağlamda sahil ve gayrisahil nesep ayrımı ortadan kaldırılmıştır. Soyadı konusunda ise, evlilik içi ve dışı doğan çocuklar arasındaki ayrım, yeni Medenî Kanun'da da korunmuştur. Buna göre, TMK m.321 uyarınca evlilik içinde doğan çocuk babanın soyadını alırken, evlilik dışı doğan çocuk ananın soyadını almakta idi. Evlilik içinde doğup, babanın soyadını alan çocuk, soyadına ilişkin olarak yukarıda saymış olduğumuz sıkıntıları yaşarken, bu düzenleme sayesinde evlilik dışı doğan çocuk annenin soyadını alarak benzer sıkıntılar yaşamayacak idi. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi'nin 2.7.2009 tarihli bir kararı ile TMK m.321'de yer alan "evli değilse ananın" ifadesi iptal edilmiştir. Bu kararda evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar bakımından eşitlik ilkesine aykırılık tespit edilmiştir. Karara göre, evlilik dışı çocuğa baba ile soy bağı kurulduktan sonra babanın soyadını alma imkânı tanınmadığı için eşitlik ilkesine aykırılık söz konusudur. Soyadına ilişkin TMK m.321, Anayasa Mahkemesi'nin 2009 tarihli iptal kararı sonucunda evlilik dışı çocukların annenin soyadını almasına engel olmaktadır. Bu iptal kararı Resmî Gazete'de yayınlandığı tarih olan 7.10.2009'dan itibaren 1 yıl sonra, 7.10.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu iptal kararının yürürlüğe girmesi ile birlikte, bugün itibariyle evlilik dışı doğan çocukların soyadına ilişkin Medenî Kanun'da açık bir düzenleme mevcut değildir. Buna karşılık Nüfus Hizmetleri Kanunu m.28/f.4'te tanıma ve ya babalığa hükmedilmesi hallerinde çocuğun babanın soyadını alacağı düzenlenmektedir. Bu kanun sınırlarında, evlilik dışı çocuklar baba ile soy bağının kurulması halinde babanın soyadını almaktadırlar.²⁷⁵

Yetişkin olmayan küçük evlat edinildiğinde evlat edinenin soyadını alır (TMK m.314/III). Evlat edinilen küçüğün soyadının değişmesi kanun hükmü gereğidir, dolayısıyla evlat edinme kararı kesinleşir kesinleşmez çocuğun soyadı da kendiliğinden değişir. Tarafların bu hükmün aksine bir anlaşma yapmaları mümkün

274 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 120

275 Araş. Gör. Dr. Ergene, D.a.g.e. s 145-146

değildir. Ancak küçüğün, evlat edinmeden önceki soyadını taşımakta haklı bir çıkarı varsa TMK m.27' ye göre soyadının değiştirilmesini istenilebilir.²⁷⁶

Evlilik içinde doğmuş bulunan çocuğun soy bağı, çocuğun doğumundan önce reddedilmişse, çocuk doğumla birlikte, bu andan itibaren annesinin soyadını alır.²⁷⁷

2.1.2.2.2 Velayetin Eşlerden Birine Tevdii Halinde Çocuğun Soyadı

Evlilik daha sonra butlanla veya boşanmayla sona ermiş olsa da, çocuk evlilik birliği içinde doğmuş veya ana rahmine düşmüşse, babanın soyadını taşımaya devam eder.²⁷⁸

Evliliğin iptali, boşanma ve babanın ölümü çocuğun soyadını etkilemez. Ancak çocuk, soy bağıнын reddi ve evlat edinilme durumlarında babanın soyadını kanundan dolayı kaybeder.²⁷⁹

Velayetin sınırları ve manası bakımından, boşanmadan sonra velayet hakkı kendisine bırakılan anne ve ya baba, diğer tarafa danışmaksızın çocuk hakkındaki kararları kural olarak kendisi alabilecektir. Böyle olmakla birlikte, yani velayet hakkını tek başına kullanan kadın, yürürlükteki diğer mevzuat ve bu konuda açık bir düzenleme olmaması nedeniyle, velayeti altındaki çocuğu kendi soyadını verememektedir. Bir başka ifadeyle, çocuğun soyadı baba soyadı olarak kalmaktadır. Esasen sadece velayet anneye tevdi edildiğinde değil, taraflar evli iken de velayet hakkı birlikte kullanılmasına rağmen, çocuğun soyadını kocanın (babanın) soyadının belirlediğini ifade etmek gerekir. Kadın istediği takdirde, kocasının soyadı önünde kendi soyadını da kullanabildiği halde, kadının kendi soyadı ile kocasının soyadından oluşabilecek soyadını müşterek çocuğa aktaramamaktadır. İşte boşanma halinde müşterek çocuğun velayeti kadına (anne) verildiği takdirde koca, kadının velayet hakları karşısında sadece kişisel ilişki hakkına sahip olmasına ve kadın, çocuk üzerinde tüm temsil haklarına sahip olmasına rağmen, çocuğun soyadı kocanın soyadı olarak kalmaktadır. Boşanmadan sonra velayet babaya bırakılmış olsa bile, bilindiği üzere çocuğun ihmal (velayeti ifaden acziyet/ neglect) veya istismarı (velayette nüfuzu kötüye kullanma /abuse) halinde velayet babadan kaldırılabilir. Bu takdirde soyadı da değişecek midir? Gerek velayetin anne babadan kaldırılması

276 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 122

277 Yrd.Doç.Dr.Ayan,S.a.g.e. s 24

278 Dr.Abik,Y. a.g.e. s 142

279 Prof. Dr. Akyüz, E. a.g.e s 120

(termination of parentalrights), gerek boşanma, gerekse de evliliğin iptali gibi nedenlerle çocuğun soyadı değişmeyecektir. Bu cümleden sonuç olarak, ehemmiyetle belirtmek gerekir ki, velayet anneye bırakılmış olsa bile, çocuğun baba tarafından seçilen soyadını kullanma zorunluluğuna ilişkin Soyadı Kanununun 4. maddesindeki düzenleme, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin, velayeti anneye bırakılan çocuğun soyadının kocanın soyadı olacağı yönündeki (2525 s. Soyadı Kanunu m.4) iptal kararı, velayet hakkına bağlı olarak çocuğun soyadının da değişeceği şeklinde bir kuralı/sonucu doğurmamaktadır. Aksine mevzuat uyarınca, çocuğun velayeti ister kadına, ister kocaya verilsin çocuğun soyadı ailenin soyadı, dolayısıyla kocanın soyadı olmaya devam etmektedir. Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki, boşanma halinde çocuğun velayetinin anneye verilmesi, çocuğun soyadı üzerinde herhangi bir değişikliğe yol açmamaktadır.²⁸⁰

Yargıtay 18.HD'nin bu konudaki bir kararı şu biçimdedir : “ ...4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 321. Maddesi hükmüne göre çocuk, ebeveynler evli ise ailenin soyadını taşır. Boşanma veya ölüm üzerine velayetin annede olması soyadında herhangi bir değişikliğe neden olamaz...”²⁸¹

Erkeğe velayet hakkı sınırlarında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurmaktadır. Dolayısı ile 2525 sayılı Kanun'un 4. Maddesinin ikinci fıkrası, Anayasa'nın 10.maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine ve AİHS'nin 14.maddesinde düzenleme altına alınan ayrımcılık yasağına alenen aykırı olduğu gibi, uygulamada velayete haiz olan ana ile çocuk arasında da özellikle resmi prosedürlerin yerine getirilmesi sırasında çeşitli problemleri de beraberinde getirmektedir. Bu gereksinim karşısında Anayasa Mahkemesi, 2525 sayılı Kanun' un 4. Maddesinin ikinci fıkrasını “ Evliliğin feshi veya boşanma halinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.” biçimindeki birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Ancak bu düzenlemenin Yargıtay kararlarına yansımaları iptal edilen hükmün velayeti haiz olan anaya, çocuğun soyadını değiştirme yetkisi vermediği yönündedir. Şöyle ki, Yargıtay kararlarında 2525 sayılı Kanun'un 4.maddesindeki düzenlemenin, kanunun genel gerekçesinden de anlaşılacağı üzere Soyadı Kanunu'nun, ilk defa soyadı alınması ile ilgili olduğu ve TMK'nın 321. Maddesindeki hüküm karşısında bu kuralın, günümüzde bazı istisnai

280 Mortaş,S.a.g.e s 322-323
281Y18HD, 07.12.2015, 4786-17805

durumlarda uygulanabilmesinin Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edildiği ifade edilmektedir.²⁸²

2.1.2.2.3 Çocuğun Soyadı Bağlamında AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları

TMK m.321 ve iptal edilen 2525 sayılı Soyadı Kanununun 4. maddesindeki, “çocuğun soyadının, kocanın soyadı olarak belirlenmesi” ilkesine benzer hüküm, İtalyan Medeni Kanununda da bulunmakta idi. Çocuğun soyadı konusunda bu sorunlu alan, AİHM’de Cusan ve Fazzov. İtalya kararında ele alınıp tartışılmıştır. Bu başvuruyu kısaca hatırlamak gerekirse; Milan’da oturan Alessandra Cusan-Luigi Fazzo çifti, 1999 yılında doğan kızları Maddalena’ya, annesinin kızlık soyadı olan “Cusan” soyadını verme isteklerini nüfus idaresine bildirmişlerdir. Nüfus idaresi ise İtalyan Medeni Kanununa göre çocuğun soyadının babasının soyadı olması gerektiğinden bahisle, isteği reddetmiş ve çocuğu babasının soyadı olan “Fazzo” soyadı ile kaydetmiştir. İtalyan çift, adli mercilere başvurmalarına rağmen bu konudaki mevcut yasaların, toplumsal yapıya uygun olduğu fikriyle istek yerinde görülmemiştir. Böylece iç hukuk yollarını tüketen çift, davayı AİHM’e taşımıştır. AİHM çocuğun soyadını, salt babanın soyadının belirlemesi esasına ilişkin İtalyan düzenlemesinin ayrımcı vasıfta olduğuna, yani kadın ve kocanın bu konuda eşit haklara sahip olmamasının cinsiyet ayrımcılığı yasağına aykırı olduğu vurgusu ile annenin aile hayatına saygı hakkının (AİHS m.8), ayrımcılık yasağı (AİHS m.14) ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁸³ Alessandra Cusan ve Luigi Fazzo çifti tarafından İtalyan yasalarında kızları Maddalena’nın annesinin soyadını almasına engel teşkil edecek bir hüküm bulunmadığı savunması ile AİHM’e götürülen dosyada AİHM, İtalya’da çocukların ailenin isteği doğrultusunda annenin soyadını alamamasını insan haklarına aykırı buldu. Mahkeme, çocukların isimlerine babanın soyadı yanına anneninkini de eklemesini, eşler arasında eşitlik ilkesi bakımından yeterli bulmadı ve çocuğun ananın soyadını almasının önünü açtı.²⁸⁴

Bu başlık altında ifade etmek gerekir ki, çocuğun soyadı konusunda Avrupa Komisyonu Bakanlar Komitesi ve Avrupa Komisyonu Parlamenterler Meclisinin tavsiye kararları bulunmaktadır. Bakanlar komitesinin “Medeni Hukukta Eşlerin

282Av.Karaca,H.a.g.e. s 30-31

283Mortaş,S.a.g.e s 324

284Av.Karaca,H.a.g.e. s 31

Eşitliği” başlıklı tavsiye kararı ile Parlamenterler Meclisinin “Ailenin Soyadının Seçiminde ve Anne Babanın Soyadının Çocuklara Geçmesi Sonunda Cinsiyet Ayrımcılığı” başlıklı tavsiye kararlarında, çocuğun soyadının belirlenmesi konusunda, cinsiyet ayrımcılığının kaldırılması ile eşler arası eşitliğin sağlanması salık verilmiştir.²⁸⁵

Türk Anayasa Mahkemesi Hayriye Özdemir’in velayeti kendisine verilen çocuğa kendi soyadının verilmesi talebiyle iç hukuk yolu tükettikten sonra AYM’e yaptığı 2013/3434 başvuru numaralı dosyada başvuru öncesindeki yargısal süreci açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi bu başvuru üzerine yaptığı değerlendirmede “...

67. Yukarıda yer verilen tespitler ışığında, boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyadının ne olacağı konusunda açık bir düzenlemenin bulunmaması ve farklı yargısal kararların verildiği dikkate alındığında başvuruya konu müdahalenin kanuni dayanağı olarak gösterilen Kanun hükmünün, başvuruçunun velayeti altındaki çocuğun soyadının değiştirilmesi talebinin reddedilmesi şeklindeki müdahale bağlamında, belirlilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.

68. Müdahalenin kanunilik unsurunu taşımadığı sonucuna ulaşılmakla, söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

69. Açıklanan nedenlerle, başvuruçunun Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

70. Başvuruçunun Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılarak ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın ilgili mahkemesine gönderilmesine karar verilmiş olmakla (bkz. § 74), başvuruçunun Anayasa’nın 10. maddesinde tanımlanan hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir...²⁸⁶ şeklinde açıklanan gerekçe ile başvurunun boşanma durumunda çocuğun soyadına ilişkin açık bir kanun hükmü bulunmaması ve bu hususta farklı yargı kararları bulunması nedeniyle belirlilik şartı yerine getirilmediğinden Anayasa’nın 20.maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

285Mortaş,S.a.g.e s 324

286Anayasa Mahkemesi’nin 2013/3434 başvuru numaralı, 25.6.2015 tarihli kararı (Bu karar 2.10.2015 tarihli, 29490 sayılı RG ‘de yayınlanmıştır)

Türk Anayasa Mahkemesi'ne Nurcan Yolcu tarafından 31.12.2013 tarihinde boşandıktan sonra velayeti kendisine bırakılan çocuğunun soyadını değiştirmek için açtığı davanın reddi sebebiyle aile yaşamına saygı hakkına uyulmadığı savıyla yaptığı bireysel başvuru mahkemenin 2013/9880 başvuru numarasını almıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin 2013/9880 Başvuru numaralı kararında şu açıklamalara yer verilmiştir: "...

1. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin sınırlarına girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

2. Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın muhafaza altına alınması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin muhafaza altına alınması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."

3. Anayasa'nın "*Ailenin muhafaza altına alınması 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 muhafaza altına alınması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını temin etmek

için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek faydasına açıkça aykırı olmadıkça, ebeveynleriyle kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

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

4. Sözleşme'nin “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

“(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

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

5. Anayasa'nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesinin birinci, ikinci, dördüncü ve beşinci fıkraları şöyledir:

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini temin etmekle yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

...

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

6. Sözleşme'nin “Ayrımcılık yasağı” başlıklı 14. maddesi şöyledir:

“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.” ...”

Anayasa Mahkemesi'nin 2013/9880 Başvuru numaralı kararında “...46. Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve sorumluluklar

bakımından aynı hukuksal konumda olup erkeğe velayet hakkı sınırlarında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil ettiği açıktır.

47. Söz konusu farklı muamelenin nesnel ve makul bir gerekçeye dayanıp dayanmadığının tespiti noktasında, Mahkemece 4721 sayılı Kanun'un 321. maddesine işaret etmekle yetinilmiş ve bu hükme istinaden yapılan, sahipsiz çocuğun babanın soyadını taşıyacağı, boşanma veya ölüm üzerine velayetin anneye geçmesinin çocuğun soyadında değişikliğe neden olamayacağı ve babanın soyadı veya çocuk reşit olduktan sonra kendi soyadı usulüne uygun olarak açacağı bir dava sonunda verilecek kararla değişmedikçe, çocuğun soyadının da değişmeyeceği şeklindeki tespit dışında, söz konusu tespite götüren nedenlerin açıklanmadığı, bu bağlamda erkek ve kadın eş arasında cinsiyete dayalı olarak öngörülen farklı muamelenin temellendirilmediği ve söz konusu kararın kanun yolu merciince de ayrıntılı bir değerlendirmede bulunulmaksızın benimsendiği görülmektedir...” açıklamalarına yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin aynı kararında “...Başvuruya konu yargı kararları açısından da çocuğun soyadının belirlenmesi noktasında velayet hakkının kullanılması bakımından kadın ve erkek arasında öngörülen farklı muamele makul biçimde gerekçelendirilmediği gibi çocuk reşit oluncaya kadar veya baba 4721 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca soyadını değiştirmede sürece çocuğun soyadının değiştirilmesinin hiçbir koşulda mümkün olmadığı tespitlerine yer verilmek suretiyle kadın eş için haklı nedenlerin bulunması durumunda dahi çocuğun soyadını belirleme imkânı tanımayan söz konusu uygulamanın ölçülü olduğu da kabul edilemez...” Hükümlerine yer verilerek boşanan kadının velayeti kendisinde olan çocuğuna soyadını verememesinin ölçülülük ilkesine de aykırı olduğunu vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi 2013/9880 başvuru numaralı kararında “...Mevcut başvuruda Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olduğundan ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın Isparta 2. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir...” açıklamasına yer verilerek

“... A. Başvurucunun, Anayasa’nın 10. ve 20. maddelerinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa’nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen Anayasa’nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın Isparta 2. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine...” karar vermiştir.

1. Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir başka başvuru olan 2013/7979 başvuru numaralı başvurunun kararında “...57.Bu kapsamda, özellikle cinsiyete dayalı farklı bir muamelenin söz konusu olması ve bu farklılığı haklı kılacak ehemmiyetli nedenlerin ortaya konulması gereğine rağmen belirtilen muamele farklılığını haklı gösterecek vasıf ve kapsamda bir gerekçeye yer verilmemiş olması dikkate değerdir...”²⁸⁷ Açıklamalarına yer verilerek 2013/9880 başvuru numaralı karar ile aynı içeriğe sahip gerekçe ile “...2.Anayasa’nın 10. ve 20. maddelerinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa’nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen Anayasa’nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın Ankara 5. Aile Mahkemesine gönderilmesine...”²⁸⁸ karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi yukarıda inceleme konusu yapılan 11.11.2015 tarihinde verdiği 2013/7979 ve 2013/9880 başvuru numaralı kararlarında yukarıda yer verilen 2013/3434 başvuru numaralı kararının gerekçesinden farklı olarak Anayasa’nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen Anayasa’nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Oysa 2013/3434 başvuru numaralı kararda boşanma durumunda çocuğun soyadına ilişkin açık bir kanun hükmü bulunmaması ve bu hususta farklı yargı kararları bulunması nedeniyle belirlilik şartı yerine getirilmediğinden Anayasa’nın 20.maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

287 Anayasa Mahkemesi’nin 2013/7979 Başvuru Numaralı, 11.11.2015 tarihli kararı (Bu karar 24.12.2015 tarihli, 29572 sayılı RG de yayınlanmıştır)

288 Anayasa Mahkemesi’nin 2013/7979 Başvuru Numaralı, 11.11.2015 tarihli kararı (Bu karar 24.12.2015 tarihli, 29572 sayılı RG de yayınlanmıştır)

2.1.3 Kişisel İlişki (Velayet Hakkı Verilmeyen Taraf İle Görüşme)

Velayet hakkının AYM ve AİHM kararlarına yansıyan bir diğer problemi kişisel ilişkidir. Aşağıda öncelikle “kişisel ilişki” kavramı genel manada açıklanılacak, daha sonra bu kavramın AİHM ve AYM kararlarına yansıyan olaylar ışığında incelenecektir.

2.1.3.1 Genel Olarak Kişisel İlişki

Boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçlarından diğeri kişisel ilişkiye (TMK m.182 f. I, 323) ilişkindir.²⁸⁹

Velayet hakkına sahip olmayan ve ya çocuk kendisinden alınmış olan ebeveynlere, yasal mevzuat gereğince çocukla şahsi ilişki tesis hakkı düzenlenmiştir. Yeni Medeni Kanunumuz Önceki Kanunun sadece boşanma ile ilgili olarak düzenlediği bu konuyu, gerek çocuk ile ebeveynler arasında, gerek yetişkin olmayan birey ile diğer şahıslar arasında şahsi ilişki kurulması bakımından ayrıntılı biçimde düzenlemektedir. Bu konuyu düzenleyen Türk Medeni Kanununun 323, 324, 325 ve 326.maddeleri önceki Kanunda mevcut olmayan ve İsviçre Medeni Kanunu’ndan alınan tamamıyla yeni maddelerdir.²⁹⁰

Velayet hakkının ana veya babaya ait olmadığı ve ya çocuğun kendilerine bırakılmadığı hallerde de ebeveynler, çocuğu görme, onunla buluşup görüşme, ziyaret etme, haberleşme hakkına sahiptir. Çocuğun velayet hakkını elinde bulundurmayan ana veya baba salt bu nedenle çocukla kişisel ilişki kurma hakkı gibi temel bir haktan yoksun kılınamaz. Zira bu hak hem ebeveynlerin hem de çocuğun temel insan hakları arasında yer almaktadır.

Ebeveynler açısından bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8.maddesinin I. fıkrası ile çocuk açısından ise Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 9. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının amacı, çocuk ile ebeveynler arasında yalnızca hukuki değil duygusal bir bağın da kurulmasıdır. Çocuğun kendisine bırakılmadığı taraf da, çocuğun sağlığından, duygu ve düşünce dünyasından, gelecek ile ilgili hedeflerinden haberdar

289 Gençcan,ÖU.a.g.e. s 1224

290 Yrd.Doç.Dr.Serdar,İ.(2007).Kişisel İlişki Kurma Hakkı.Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt:9, özel sayı, s 739

olup sorunları ile baş etme ve çözümede yanında olmak ister. Bu durum Medeni Kanun'unumuzun 323. maddesinde, ebeveynlerden her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir demek suretiyle ifade edilmiştir.²⁹¹

Ebeveynler ile çocuk arasındaki ilişki hukuken ehemmiyetlidir. Bu ilişkinin kurulmasına ve bu ilişkiye, bir takım hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bununla birlikte, ebeveynler ile çocuk ilişkisi salt hukuki bir ilişki değil, aynı zamanda duygusal bir ilişkidir. Ebeveynler ile çocuk arasındaki ilişki, hukuken kalksa da ebeveynler ve çocuk olma statüleri ve duygusal bağlılıkları sona ermez. Velayet hakkına sahip olmayan veya velayet hakkına sahip olmakla birlikte, çocuğu fiilen yanında bulunduramayan ebeveynler ile çocuk arasında hukuk düzenince bir ilişki kurulması söz konusu olmazsa, ana/baba ve çocuk yaşam içindeki olumlu olumsuz deneyimleri, sevinçleri, hüznüleri paylaşamayacağı için zaman geçtikçe birbirlerine yabancı olacaklardır. Bunun oluşmaması için ebeveynler ile çocuk arasındaki olumlu olumsuz deneyimlerin, duygusal paylaşımın devam etmesi gerekir. Bu ise, hukuken ebeveynler ile çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına sahip olması ile gerçekleşebilir. Bu nedenle, kişisel ilişki hakkı; çocuktan ayrı olan ebeveynlerin, yetişmesine katkıda bulunmuş olduğu çocuğun gelişimi hakkında bilgi sahibi olmasını temin etmek, hısımlık ilişkilerini sürdürmek, yabancılaşmayı önlemek ve nihayet her iki tarafın da sevgi gereksinimlerini tatmin amacını güder. Kişisel ilişki hakkı, hak sahibine çocuğun yaşamına müdahale hakkı vermediği, ancak özlem giderme hakkı verdiği için velayet hakkının es değeri değildir. Bu nedenle, kişisel ilişki kurma hakkı, velayetin eksigidir.

Kişisel ilişki kurma hakkı, ana/baba ile çocuğa belirli gün ve ya saatlerde görüşme, birbirlerinden haberdar olma, birbirlerinin yaşamında olma, yetkisi veren bir haktır. Kişisel ilişkinin, doğrudan doğruya bir araya gelerek görüşme şeklinde kurulmasına “ziyaret hakkı” denir. Kişisel ilişki hakkı, genellikle çocukla ebeveynler arasında görüşme, ziyaret şeklinde gerçekleşse de kişisel ilişki yalnızca ziyaretlerden ibaret değildir. Kişisel ilişki kurma hakkının sınırlarına ziyaret dışında yazışma, görüşme, bilgi edinme hakları da girer. Böylece, ebeveynler ile çocuk makul ölçüler içinde kişisel ilişki kurabilirler; buluşup görüşebilirler, yazışabilirler (e-posta, mektup), telefonlaşabilirler. Kişisel ilişki, tekrarlanan, düzenli aralıklarla devam eden bir ilişkidir. Bu nedenle, sokakta veya herhangi bir yerde tesadüfi karşılaşma ile

291 Yrd.Doç.Dr.Erlüle,F.Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması.MÜHF-HAD,C.16,S3-4,s 217-218

ebeveynler ile çocuğun görüşmesi kişisel ilişki hakkı sınırlarında değerlendirilmemelidir.²⁹²

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının temellerini kan bağına dayanan ebeveynler ilişkisinde aramak doğru olmadığı gibi, bu hakkı velayet hakkının uzantısı olarak nitelendirmek de doğru değildir. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, ebeveynler ve çocuğun doğrudan doğruya kendi şahsiyetleri nedeniyle sahip oldukları, şahsiyet hakkına dâhil değerlerdendir. Bu nedenle bu haktan feragat edilmesi geçerli olmadığı gibi, hakkın devredilmesi de mümkün değildir.

Medeni Kanun'unuzun 323. maddesinde, ebeveynlerden her birinin, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip olduğunun ifade edilmiş olması karşısında, bu hakkın salt ebeveynlere tanınmış bir hak olduğu düşünülebilir.

Ancak öğretilerde haklı olarak belirtildiği üzere, ebeveynlerin yanında çocuğa da tanınmış bir hak olan kişisel ilişki kurma hakkı tıpkı velayet hakkı gibi bir yüküm hak olarak nitelendirilmektedir. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının yüküm hak olarak nitelendirilme gerekçelerinden birini, Medeni Kanununun 322. maddesinin ebeveynler ve çocuğu birbirlerine, yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlü kılan, düzenlemesi oluşturur. Söz konusu hükümde ebeveynler ve çocuk arasında karşılıklı olarak öngörülen sorumluluklardan yardım yükümlülüğü, ebeveynler ve çocuk arasında maddi olduğu kadar manevi yönden dayanışma yükümlülüğünün de bulunduğu manasına gelir. Bu yükümlülüğünün somutlaştığı durumlar arasında velayet hakkı kendisine verilen tarafın, çocuğun velayetini elinde bulundurmayan ana ve ya babası ile çocuğun kişisel ilişkisinin sürdürülmesinde onlarla dayanışma içinde bulunması da yer almaktadır. Çocuk ile kişisel ilişkinin kurulması ve sürdürülmesinde ebeveynler ve çocuğun karşılıklı olarak sosyal ve psikolojik yönden dayanışma içinde bulunmaları aynı zamanda maddede yer alan karşılıklı saygı ve anlayış gösterme yükümlülüğünün de bir gereğidir.

Bu hakkın bir yüküm hak olarak nitelendirilmesine dayanak oluşturan bir diğer düzenleme ise Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 9. Maddesinin III. fıkrasıdır. Anılan hükme göre, "Taraf Devletler ebeveynlerinden veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun kendi yüksek faydasına aykırı olmadıkça ebeveynlerinin ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan

292 Yrd.Doç.Dr.Serdar,İ. a.g.e. s 739-740

görüşme hakkına saygı gösterirler. Nitekim Medeni Kanunumuzun 323. maddesine karşılık gelen İsviçre Medeni Kanununun 273. Maddesinin I. fıkrasında 1998 yılında gerçekleştirilen değişiklik çerçevesinde ebeveynler ve çocuğun karşılıklı olarak kişisel ilişki kurma hakkına sahip oldukları açıkça hüküm altına alınmıştır.²⁹³

2.1.3.2 Kişisel İlişkinin AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Yansması

AİHM Cengiz Kılıç / Türkiye 6 Aralık 2011 davasında “ Dava, boşanma yargılamaları devam ederken, bir babanın oğluya iletişime geçme haklarını kullanamamasıyla ilgilidir. Başvuran özellikle, oğluya ilişkisini devam ettirmesine olanak temin etmek için gerekli adımları atmayan ve iletişim kurma hakkı sağlayan mahkeme kararlarına rağmen, bu hakkın uygulanmasının önünde bulunan engelleri kaldırmayan yetkililerin sebep olduğu kusurlardan şikâyet etmiştir. Başvuran ayrıca, iki dava halinde görülen boşanma yargılamalarının uzunluğundan ve davasının makul bir süre içerisinde görülmesini sağlayacak etkin bir hukuk yolunun bulunmamasından şikâyet etmiştir. Mahkeme Türk Devletinin, söz konusu davanın koşulları çerçevesinde makul bir biçimde kendisinden beklenen uygulamaya dönük bütün tedbirleri almayarak, 8. madde sınırlarındaki sorumluluklarını yerine getiremediğini kaydederek, Sözleşme'nin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme mevcut davada özellikle, ulusal hukuk sisteminin, ilgili tüm kişiler arasındaki işbirliğini arttırmaya yönelik bir araç olarak tercih edilebilecek bir seçenek olan sivil arabuluculuğa ilişkin bir hüküm içermediğini vurgulamıştır. Mahkeme bu bağlamda, Avrupa Komitesi Bakanlar Kurulunun R(98) 1 sayılı Aile Arabuluculuğuna ilişkin Tavsiye Kararına atıfta bulunmuştur. Söz konusu Tavsiye Kararında, aile arabuluculuğuna başvurmanın “aile üyeleri arasındaki iletişimi güçlendirebileceği, ihtilafli taraflar arasındaki anlaşmazlığı azaltabileceği, dostane çözüm üretebileceği, ebeveynler ve çocuklar arasındaki kişisel temasların devamını sağlayabileceği ve taraflar ve devlet açısından ayrılma ve boşanmanın sosyal ve ekonomik maliyetini azaltabileceği ” belirtilmiştir. Mahkeme ayrıca, yargılamalarda söz konusu olan durum, diğer bir ifadeyle ebeveynlerin boşanması ve bu durumun başvuranın oğluya ilişkisi bakımından ortaya çıkardığı sonuçlar dikkate alındığında, iki dava halinde görülen yargılamaların uzunluğunun makul olarak kabul

293 Yrd.Doç.Dr.Erlüle,F . a.g.e. s 219-220

edilemeyeceğini kaydederek Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin (makul bir süre içerisinde adil yargılanma hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme son olarak, Türk hukuk sisteminin davacılara, yargılamaların aşırı 4 21 Ocak 1998 tarihinde Komite Vekilleri tarafından gerçekleştirilen 616. toplantıda Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen, Avrupa Komitesi Bakanlar Kurulunun Üye Devletlere R(98) 1 sayılı Aile Arabuluculuğuna ilişkin Tavsiye Kararı uzunluğuna ilişkin şikâyette bulunma olanağı sağlamadığını gözlemleyerek, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesiyle birlikte ele alındığında 13. maddesinin (etkili başvuru hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir.”²⁹⁴

7. Anayasa Mahkemesi'ne "...24. Başvurucu, boşanma davasının görüldüğü Mahkeme tarafından dava süresince çocuklarıyla aile bağı kurmasını engelleyici şahsi ilişki kararları tesis edildiğini, çocuklarının davacı anne tarafından ABD'ye kaçırılmasından sonra Lahey Sözleşmesi'nin 3. ve 12. maddeleri çerçevesinde çocukların Türkiye'ye iade edilmesi kararı verilmesine rağmen maddi vakıaların yanlış yorumlanması sonucunda çocuklarıyla görüşme sağlanması için Mahkemenin gerekli tedbirleri almadığını, çocuklarıyla ABD'de görüşme kararı verilmesi sonucunda yaklaşık bir yıl boyunca çocuklarıyla şahsi ilişki kuramadığını ve bu durumun çocukları ile arasındaki manevi bağın zarar görmesine neden olduğunu, çocukların anne tarafından yasa dışı olarak yurt dışına götürüldüğünün tespit edilmesine rağmen çocukların geçici velayetlerinin anneye verildiğini ve lehine geçici velayet tesisi taleplerinin reddedildiğini, bu süreçte çocukların yasa dışı olarak anne tarafından yurt dışına götürülmesi olgusuna rağmen çocuklarla babanın görüşmesini temin edecek tedbirlerin alınmadığını, çocukları ile görüşme hakkının infazda güçlük oluşturacak biçimde kısıtlandığını, Mahkemece verilen nihai karar sınırlarında çocukları ile görüşme hakkının yılda bir defa olarak sınırlandırıldığını, velayet ve kişisel ilişki hususundaki karar sonucunda çocuklarının nasıl bir sosyal çevrede yaşadıklarını dahi takip etme imkânının kalmadığını ve düzenli kişisel ilişki tesis edilmemesi nedeniyle çocukları ile arasındaki bağın kopma noktasına geldiğini, karar düzeltme kararının reddine ilişkin karar dahi taraflara tebliğ edilmeden annenin çocukları yurt dışına çıkardığını, böylelikle çocuklarıyla kişisel ilişki imkânını kaybettiğini, belirtilen hususların kanun yolu incelemesinde de dile getirilmesine rağmen dikkate alınmaksızın İlk Derece Mahkemesi kararının onandığını, ayrıca kısa

294 Hudoc.echr.coe.int internet sayfasından 10 Temmuz 2016 tarihinde alınmıştır.

kararda kişisel ilişki tesisine dair ayrıntı verilmeksizin ilgili hususun gerekçeli karar evrakında açıklanmasının gerekçeli karar hakkı bağlamında adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini belirterek Anayasa'nın 20., 36., 41. ve 141. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. ...”²⁹⁵ İddiası ile 2014/19725 başvuru numaralı dosyadan yapılan müracaat hakkında mahkemece verilen 19/11/2015 tarihli kararda olayda uygulama yeri bulan Anayasa maddeleri şu biçimde açıklanmıştır :

“ ...

29.Anayasa'nın “*Özel hayatın gizliliği*” kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir;

“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın muhafaza altına alınması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin muhafaza altına alınması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin muhafaza altına alınmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin muhafaza altına alınmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”

30.Anayasa'nın “*Ailenin muhafaza altına alınması 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 muhafaza

295 Anayasa Mahkemesi'nin 2014/19725 Başvuru Numaralı 19/11/2015 tarihli kararı, (Bu karar 25/6/2015 tarihli RG' de yayınlanmıştır.)

altına alınması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını temin etmek için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek faydasına açıkça aykırı olmadıkça, ebeveynleriyle kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

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

31.Sözleşme'nin “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

“(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

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

Aynı kararın Anayasa'nın bu maddelerinin Devlet'e pozitif sorumluluk mu yoksa negatif sorumluluk mu yüklediğine ilişkin açıklamanın yer aldığı 32.bendinde “...Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi, kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile yaşamına saygı hakkına içkin pozitif sorumlulukların değerlendirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır...” açıklamalarına yer verilmiştir. Aynı konuya ilişkin 2014/19725 başvuru numaralı kararda devam eden bentlerdeki açıklamalar ise şu biçimdedir: “...34.Aile yaşamının temel unsuru, aile ilişkilerinin normal bir biçimde gelişebilmesi ile aile fertlerinin birlikte yaşama hakkıdır. Bu hakkın sınırlarının ise aile yaşamına saygı yükümlülüğünden ayrı düşünülmesi mümkün değildir.

35.Ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama istekleri aile yaşamının vazgeçilmez bir unsuru olup boşanma veya ayrılık davaları sınırlarında aile ilişkisine müdahalede bulunulmuş olması, aile yaşamını ortadan kaldırmaz. Ebeveyn ve çocuk arasındaki aile yaşamının, anne ve babanın boşanmasının ardından da devam edeceği açık olup anne, baba ve çocuğun aile yaşamlarına saygı hakları, belirtilen durumlarda ailenin yeniden birleştirilmesine yönelik tedbirleri de içermektedir. Söz konusu sorumluluk, yalnızca çocukların kamusal makamlarca koruma altına alınması bağlamındaki uyuşmazlıklar açısından değil; ebeveyn veya diğer aile bireyleri arasındaki velayet ve kişisel ilişki tesisine ilişkin uyuşmazlık için de geçerlidir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Berrehab/Hollanda*, B. No: 10730/84, 21/6/1988, § 21; *Gluhakovic/Hrvatistan*, §§ 56, 57).

36.Aile yaşamına saygı hakkı sınırlarında devlet için söz konusu olan sorumluluk, sadece belirtilen hakka keyfi surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif sorumlulukları da içermektedir. Söz konusu pozitif sorumluluklar, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23).

37.Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri; ebeveynin, mevcut olayda babanın, çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddede her çocuğun yüksek faydasına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve ilişkiyi sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Söz konusu yükümlülüğün uluslararası sözleşmelerde de yer bulduğu görülmektedir (bkz. § 21, 22). Bu noktada anne ve baba ile düzenli bir kişisel ilişki sürdürülmesinde çocuğun üstün menfaatinin bulunduğu da göz ardı edilmemelidir.

38.AİHM de önüne gelen birçok davada, aile yaşamına saygının kamu makamlarına ebeveynler ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde pozitif bir görev yüklediğini ve bunun, ayrılığa devletin değil, bir ebeveynin yol açtığı durumlarda da geçerli olduğunu, bu alandaki pozitif yükümlülüğün; bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi aile yaşamına saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış, hem bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını hem de fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir

(*Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 58; *Glaser/Birleşik Krallık*, B. No: 32346/96, 19/9/2000, § 63; *Bajrami/Arnavutluk*, B. No: 35853/04, 12/12/2006, § 52)...”

Anayasa Mahkemesi 2014/19725 Başvuru Numaralı dosyada verdiği kararda Anayasa Mahkemesi ve AİHM’ nin baz aldığı ölçütler ve dikkat ettiği hususları ise şu biçimde açıklamıştır: “

53. Aile hayatına saygı hakkı sınırlarındaki negatif ve pozitif sorumluluklar arasındaki sınırları kesin biçimde tanımlamak mümkün olmayıp ilgili makamların her iki sorumluluk çerçevesinde de belirli bir takdir alanına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte her iki sorumluluk sınırlarında da benzer ilkelerin göz önünde 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 itina gösterilmesi gerekmektedir. Bu dengenin tesisinde vasfı gereği çocuğun menfaatlerine özel bir önem verilmesi gerektiği açıktır (*Hokkanen/Finlandiya*, § 55; *Hoppe/Almanya*, § 49). Kamu makamları, söz konusu uyuşmazlıklarda ebeveyn arasındaki iş birliğini kolaylaştıracak tedbirleri almakla yükümlü olup ebeveyn ile görüşmenin aile yaşamına saygı hakkı sınırlarındaki menfaatleri tehdit ettiği durumlarda ilgili makamların görevi söz konusu menfaatler arasında gereken dengenin tesisi olacaktır. Bu dengenin kurulmasında ilgili kamu makamları belirli bir takdir alanına sahip olmakla birlikte burada ehemmiyetli olan husus, ilgili makamların ilişkilerin sürdürülmesi vasıtasıyla ailenin bütünleşmesini kolaylaştırmak için olayın özel şartlarının gerektirdiği her türlü tedbiri almış bulunup bulunmadıklarıdır.

54. Şüphesiz çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit, bu tür davalarda dikkate alınması gereken en ehemmiyetli unsur olup bu bağlamda ilgili taraflarla direkt temas hâlinde olan yargısal organların, belirtilen hususun tespiti noktasında daha avantajlı konumda olduğu açıktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin görevi, derece mahkemelerinin yerine geçerek koruma ve kişisel ilişki tesisine ilişkin davalarda belirtilen hususun bizzat tanzim ve tespiti olmayıp ilgili anayasal normlar bağlamında derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış olan takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerinin denetlenmesidir.

55. Özellikle müdahalenin ölçülülüğü noktasında derece mahkemelerinin takdir yetkilerini makul ve sağduyulu bir biçimde kullanıp kullanmadıkları hususunu değerlendirme durumunda olan Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda müdahaleyi haklı

göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemek durumundadır (bkz. *Johansen/Norveç*, § 64).

56. Derece mahkemelerinin, takdirlerinin gerekçelerini ilgili ebeveynin kanun yoluna müracaat imkânını da etkili biçimde kullanabilmelerini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya koymaları ve ulaşılan sonuçların yeterli açıklıktaki bilimsel fikir ve raporlar gibi yeterli ve objektif verilere dayandırılması gerekmektedir (*Saviny/Ukrayna*, B. No: 39948/06, 18/12/2008, §§ 56-58; *Gluhakovic/Hırvatistan*, § 62).

57. Derece mahkemelerinin kendisine velayet hakkı tanınmayan ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişki tesis ettiği durumlarda, kurulması öngörülen ilişkinin uygulanabilir ve etkili olmasını temin edecek biçimde hareket etmesi zaruridir. Bu manada lehine kişisel ilişki tesis edilen ebeveynin çalışma saatlerinin veya görüşme için uygun ortam tespitinin dikkate alınmadığı kararların, aile hayatının muhafaza altına alınması noktasında etkisiz kalacağı açıktır (*Gluhakovic/Hırvatistan*, §§ 60-80).

58. AİHM de benzer başvurular açısından ilgili müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını denetlenmesinde müdahalenin haklılığını ortaya koymak üzere ileri sürülen nedenlerin, Sözleşme'nin 8. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında ilgili ve yeterli olup olmadığını dikkate almaktadır (*Hoppe/Almanya*, § 48). ...” şeklinde açıklamıştır.

Nihayetinde Anayasa Mahkemesi'nin 2014/19725 başvuru numaralı dosyada verdiği kararda “...59.Başvuru konusu yargısal sürecin değerlendirilmesinden başvurucu ve eşi arasında devam eden boşanma davası sürecinde müşterek çocukların anne tarafından yurt dışına götürüldüğü olgusu da dikkate alınarak velayetin geçici olarak tevdi ve kişisel ilişki hususunda ara kararlar ihdas edildiği, söz konusu ara kararları sınırlarında çocukların bulunduğu yer de dikkate alınmak suretiyle kişisel ilişki kurulmaya çalışıldığı görülmektedir (bkz. § 12).

60. İlk Derece Mahkemesince yürütülen yargılama neticesinde velayet hakkı anneye tanınan müşterek çocuklar ile başvurucu baba arasında kişisel ilişki tesisine karar verildiği anlaşılmaktadır. Mahkemenin karar gerekçesi incelendiğinde tarafların fiilen ayrı yaşamaya başladıkları tarihten itibaren çocukların annelerinin yanında kaldığı, anne bakım ve şefkatine ihtiyaçlarının bulunduğu, annelerin çocuklara gayet iyi biçimde baktığı, babalarının iş adamı olması nedeniyle çocuklarıyla yeterince ilgilenemeyeceği zamanının bulunmadığı belirtilerek, ayrıca çocukların talepleri de dikkate

alınarak velayetlerinin anneye verilmesi durumunda daha iyi yetiştirilecekleri tespitinde bulunulmak suretiyle velayet hakkının anneye tevdiine karar verildiği görülmektedir. Kişisel ilişki tesisi hususunda ise kısa kararda, başvuru baba ile gerekçeli kararda belirtileceği biçimde kişisel ilişki kurulmasına ve yargılama sırasında 15/8/2012 tarihli ara kararı ile çocuklar ve başvuru arasında tedbiren kurulan kişisel ilişkinin karar kesinleşinceye kadar devamına hükmedildiği, gerekçeli kararda ise başvuru ile çocukları arasında Türkiye'de bulunmaları durumunda her ayın 1. ve 3. haftaları cumartesi günü saat 10.00'dan pazar günü 17.00'ye kadar, dinî bayramların 2. günü saat 10.00'dan 3. günü saat 17.00'ye kadar, sömestri tatilinin 1. günü saat 10.00'dan 7. günü 17.00'ye kadar, her yıl temmuz ayının 1. günü saat 10.00'dan 31. günü saat 17.00'ye kadar, ayrı ülkede yaşadıkları takdirde her yıl temmuz ayının 1. günü saat 10.00'dan ağustos ayının 15. günü saat 17.00'ye kadar çocukların babalarının yanında kalmaları suretiyle kişisel ilişki kurulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede velayetin tevdiine ilişkin olarak yukarıda belirtilen gerekçelere yer veren İlk Derece Mahkemesinin, kişisel ilişki sürelerinin belirlenmesine ilişkin takdiri noktasında ayrıntıya yer vermediği görülmektedir.

61.Özellikle başvuruannun; annenin yurt dışında yaşayacağı, yargılama sürecinde müşterek çocuklarını hukuka aykırı biçimde yurt dışına götürdüğü, bu nedenle kişisel ilişki tesisinin yetersiz ve müşterek çocuklar ile arasındaki manevi bağı koruma noktasında etkisiz kalacağı yönündeki itirazlarının kanun yolu mercii tarafından da karşılanmayarak İlk Derece Mahkemesi hükmünün onandığı, bu kapsamda özellikle çocukların yurt dışında yaşamaları hâlinde yılda bir defa olmak üzere ilişki tesis edildiği dikkate alındığında kişisel ilişkiye ilişkin takdirin gereklerinin Derece Mahkemesi kararlarında somut verilerle bağlantı kurulmak suretiyle yeterli biçimde ortaya konulmadığı görülmektedir.

62.Bu çerçevede çocuklar ile başvuru arasında sınırlı kişisel ilişki tesisi ile ilgili karardaki gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı anlaşılmaktadır.

63.Açıklanan nedenlerle başvuruannun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir...” açıklamalarına yer verilerek somut olayda aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Kişisel ilişki konusunda Anayasa Mahkemesi'ne taşınan bir diğer uyuşmazlık 2013/9047 başvuru numaralı Murat Atılgan başvurusudur. Başvurucu şu iddia ile Anayasa Mahkemesi' ne başvuruda bulunmuştur : “

Başvurucu velayeti annesine verilen müşterek çocukla arasında tesis edilen kişisel ilişkinin yetersiz olduğunu ve bu hususta ileri sürdüğü itirazların karşılanmadığını belirterek Anayasa'nın 20. 36. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştü, ihlalin tespiti ile sonuçlarının ortadan kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.”²⁹⁶

2013/9047 başvuru numaralı dosyada yerel mahkemece 2011 D.lu müşterek çocuğun velayet hakkı anneye verilmiş ve başvuru olan davalı baba ile de şu biçimde kişisel ilişki düzenlenmiştir: “...ayrı şehirlerde yaşamaları durumunda her yıl Temmuz ayının 1 ile 30. günleri arasında, dini bayramların birinci günü saat 10.00'dan ikinci günü saat 10.00'a kadar; aynı şehirde yaşamaları halinde ise her ayın ilk ve üçüncü Pazar günü saat 08.00'den saat 21.00'e kadar ve dini bayramların birinci günü saat 10.00'dan ikinci günü saat 10.00'a kadar çocuğun başvurucuya teslimi suretiyle kişisel ilişki tesisine...”²⁹⁷ Temyiz incelemesinde Yargıtay 2.HD nin yerel mahkemenin kişisel ilişki düzenlemesini şu biçimde düzelterek kararı onadığı Anayasa Mahkemesi'nin 7/5/2015 tarihli, 2013/9047 başvuru numaralı kararında belirtilmiştir: “...müşterek çocuğun yaşı, bedeni ve fikri gelişimi dikkate alınarak babayla uzun süreli ve yatılı kalmayacak biçimde kişisel ilişki düzenlenmesi gerekirken yerel mahkeme kararındaki gibi düzenleme yapılmasının usul ve yasaya aykırı olduğu belirtilerek, gerekçeli kararın hüküm kısmındaki başvuru ile müşterek çocuk arasındaki kişisel ilişkiye ilişkin hükmün, çocuğun her ayın birinci ve üçüncü Cumartesi günleri 10.00 ile 17.00 saatleri arasında, dini bayramların ikinci günü 10.00 ile 17.00 saatleri arasında davacı anneden alınarak başvuru babaya verilmesi şeklinde düzeltilerek onanmasına hükmedilmiştir...”

Anayasa Mahkemesi 2013/9047 Başvuru numaralı dosyada verdiği kararda şu açıklamalara yer vererek Anayasa'nın 20.maddesinin ihlal edildiği neticesine vardığını açıklamıştır: “...

296 Anayasa Mahkemesi'nin 2013/9047 Başvuru Numaralı, 7/5/2015 tarihli kararı, s 1 (Bu karar 25/6/2015 tarihli RG' de yayınlanmıştır.)

297 Anayasa Mahkemesi'nin 2013/9047 Başvuru Numaralı, 7/5/2015 tarihli kararı,s 2 (Bu karar 25/6/2015 tarihli RG' de yayınlanmıştır.)

49. İlk Derece Mahkemesi kararının, kişisel ilişki tesisi noktasındaki tespitinin yetersiz ve uygunsuz olduğu belirtilerek temyiz edildiği ve temyiz dilekçesinde özellikle haftalık görüşmeler için belirlenen gün ve saatlerin başvuruçunun iş ve mesai durumu itibarıyla uygun olmadığı belirtilerek, kişisel ilişkinin Pazar veya Pazartesi günlerinde kurulması yönünde talepte bulunulduğu, ancak kararın, Yargıtay tarafından müşterek çocuğun yaşı, bedeni ve fikri gelişimi dikkate alınarak babayla uzun süreli ve yatılı kalmayacak biçimde kişisel ilişki düzenlenmesi gerekirken yerel mahkeme kararındaki gibi düzenleme yapılmasının usul ve yasaya aykırı olduğu ve gerekçeli kararın hüküm kısmındaki başvuruçucu ile müşterek çocuk arasındaki kişisel ilişkinin, çocuğun her ayın birinci ve üçüncü Cumartesi günleri 10.00 ve 17.00 saatleri arasında, dini bayramların ikinci günü 10.00 ve 17.00 saatleri arasında davacı anneden alınarak başvuruçucu babaya verilmesi şeklinde düzenlenmesi gerektiği belirtilerek, düzeltilerek onandığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, Temmuz ayı içerisinde babanın yanında uzun süreli ve yatılı olarak kalmak suretiyle tesis edilen kişisel ilişkinin uygun olmadığına dair yukarıda belirtilen gerekçelere yer veren temyiz merciinin, babanın çalışma gün ve saatlerinin nazara alınması suretiyle kişisel ilişki tesisine dair talebi karşısında, haftalık ilişki gün ve saatlerinin belirlenmesine ilişkin takdiri noktasında ayrıntıya yer vermediği gibi, İlk Derece Mahkemesince Pazar günü olarak öngörülen ve başvuruçucu tarafından kısmen çalışma programına uygun olduğu belirtilen kişisel ilişki gününün gerekçesi belirtilmeksizin Cumartesi olarak tashih edildiği ve kararda, başvuruçunun mesleki durumu bağlamında ileri sürdüğü görüşme gün ve saatlerine ilişkin talebinin neden göz önünde bulundurulmadığına dair bir açıklamada bulunulmadığı görülmektedir.

50. Başvuruçunun çalışma gün ve saatlerine uygun olmayan kişisel ilişki tesisine ilişkin hükmün yetersiz ve müşterek çocuk ile arasındaki manevi bağı koruma noktasında etkisiz kalacağı yönündeki itirazlarının, kanun yolu mercii tarafından da karşılanmayarak İlk Derece Mahkemesi hükmünün düzeltilerek onandığı, bu kapsamda özellikle İlk Derece Mahkemesi kararında öngörülen görüşme gününde gerekçesi belirtilmeksizin yapılan değişiklik nazara alındığında, kişisel ilişkiye ilişkin takdirin gereklerinin Derece Mahkemesi kararlarında, somut verilerle bağlantı kurulmak suretiyle yeterli biçimde ortaya konulmadığı görülmektedir.

51. Bu çerçevede çocuk ile başvuruçucu arasında sınırlı kişisel ilişki tesisi ile ilgili kararlardaki gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı, kurulması öngörülen kişisel ilişkinin uygulanabilir ve etkili olmasını temin

edecek biçimde hareket etme yükümlülüğü açısından etkisiz kaldığı, sonuç olarak başvuru çocuğu ile kişisel ilişki kurma hakkının yerine getirilmesinde kamusal makamlarca gereken çabanın gösterilmemiş olduğu anlaşılmaktadır.

52. Açıklanan nedenlerle, başvuru Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir...”

Bu bağlamda ceza evindeki bir babanın Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuru mahkemenin 2013/8846 başvuru numarası almıştır. Bu başvuruda başvuru konusu şu biçimde belirtilmiştir “...Başvuru, boşanma davasında, çocuk ile kişisel ilişki kurulması yönündeki taleplerin reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir...”²⁹⁸ Bu kararda “...74. Bu çerçevede çocuk ile başvuru arasında kişisel ilişki kurulmasına imkân vermeyen kararlardaki gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı, ebeveyn ve çocuğun bütünleşmesini temin edecek biçimde hareket etme yükümlülüğü açısından etkisiz kaldığı, sonuç olarak başvuru çocuğu ile kişisel ilişki kurma hakkının yerine getirilmesinde kamusal makamlarca gereken çabanın gösterilmemiş olduğu anlaşılmaktadır.75. Açıklanan nedenlerle başvuru Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir...”²⁹⁹ Hükümlerine yer vererek Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

2.1.4 Çocuk Teslimi (Pozitif Sorumluluk Davaları)

2.1.4.1 Genel Olarak Çocuk Teslimi

Türk Medeni Kanunu'na göre boşanma durumunda velayet hakim tarafından eşlerden birine verilebilir (TMK m.336). Bu durumda çocuğun ikametgâhını belirleyen; bakımı, eğitimi, gelişimi ve gözetiminde birinci derecede sorumlu olan velayet hakkına sahip ebeveyn çocukla sürekli kişisel ilişki içerisinde. Diğer ebeveyn ise çocukla mahkemenin belirlediği biçimde kişisel ilişki kurabilmektedir (TMK m.182). “...Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur...” (TMK m.182). Çocukla velayet hakkına sahip olmayan

298 Anayasa Mahkemesi'nin 2013/8846 Başvuru Numaralı, 9/3/2016 tarihli kararı, s 1 (Bu karar 27/4/2016 tarihli, 29696 sayılı RG' de yayınlanmıştır.)

299 Anayasa Mahkemesi'nin 2013/8846 Başvuru Numaralı, 9/3/2016 tarihli kararı, s 14 (Bu karar 27/4/2016 tarihli, 29696 sayılı RG' de yayınlanmıştır.)

ebeveyn arasında kişisel ilişki şekli belirlendikten sonra kişisel ilişkinin kurulması aşamasında her iki ebeveyn de “...diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür...” (TMK m.324). Ancak çocuğun velayet hakkına sahip olmayan ebeveyniyle kişisel ilişki kurmasında sorunlar yaşanırsa çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen ebeveyn icra yoluna başvurabilmektedir (İİK 25/a).³⁰⁰

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmlar aile hukukunu ilgilendiren ilâmlardır. Bu nedenle icra edilebilmeleri için, kesinleşmeleri zorunludur. Burada kesinlikten maksat, şekli manada kesinleşmedir. Kesinleşmeden icra edilemeyecek ilâmlar bakımından şekli manada kesinlik bir ön şarttır. Şekli manada kesinlik, temyiz sınırını (HUMK m.427/II; HMK m.341 ve 362) aşmaması nedeniyle bir kararın verildiği anda kesin olması; süresi içinde temyiz yoluna başvurulmaması veya temyize başvurmada hukukî yararı bulunan tarafın temyizden feragat etmesi yahut olağan kanun yollarına başvurulmuşsa bu başvurunun reddi veya kararın üst derece mahkemesince onanması sonucu ortaya çıkar.³⁰¹

2.1.4.2 Çocuk Teslimine İlişkin AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Yansıyan Problemler

AİHM'nin Santos Nunes / Portekiz davasında “ Başvuran, Portekizli yetkililerin harekete geçmemeleri ile gerekli itinaı göstermemeleri ve kızının velayetinin kendisine verilmesi yönündeki kararın infazının sağlanmasına ilişkin yargılamaların aşırı uzun sürmesi nedeniyle şikâyette bulunmuştur. Anne çocuğu bir çifte bırakmış ancak çift çocuğu geri vermek istememiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin **8. maddesinin** (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) **ihlal edildiğine** karar vermiştir. Mahkeme özellikle, yetkililerin söz konusu davada karşılaştıkları ve biyolojik ebeveynler arasındaki veya devletle olan ihtilafın ötesine geçen sıra dışı durumun, yetkilileri, çocuğun velayetini başvurana veren kararın infazının sağlanması açısından çaba göstermekten muaf tutmadığını belirtmiştir.”³⁰²

300 Mavi,Ö.(2008).İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu. TBB Dergisi, sayı 74, s 269

301 Belgin,D.(2011).Çocuk Teslimi ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası. Ankara ,s 48-49 Yüksek Lisans Tezi

302 Hudoc.echr.coe.int internet sitesinden 11.07.2016 tarihinde alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi'ne 2013/2910 başvuru numarası ile "...Başvurucu baba, velayeti kendisine verilen çocuğunun kamu makamlarınca kendisine teslim edilmemesi nedeniyle Anayasa'nın 20. 36. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir..."³⁰³ iddiası ile yaptığı başvuruda mahkemece "...120. Aile yaşamına saygı hakkı sınırlarında devlet için söz konusu olan sorumluluk, sadece belirtilen hakka keyfi surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak, aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif sorumlulukları de içermektedir. Söz konusu pozitif sorumluluklar, -bireyler arası ilişkiler alanında olsa da- aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (*Murat Atılğan*, § 26; *Marcus Frank Cerny*, § 40; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23; *Hokkanen/Finlandiya*, § 55). 121. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri, ebeveynin -mevcut olayda babanın- çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddede -her çocuğun yüksek faydasına aykırı olmadıkça- anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve ilişkiyi sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Söz konusu yükümlülüğün uluslararası sözleşmelerde de yer bulduğu görülmektedir (bkz. § 90). Ancak bu sorumluluk mutlak olmayıp her olayın özel koşullarına bağlı olarak alınacak tedbirlerin vasıf ve sınırları farklılaşabilmektedir (*Hokkanen/Finlandiya*, § 58; *Ignaccolo-Zenide/Romanya*, B. No: 31679/96, 25/1/2000, § 94; *İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, B. No: 60328/09, 3/5/2012, § 49)..."³⁰⁴ve "...124. Anne, baba ve çocukların birlikte yaşama hakkı aile hayatının esaslı bir unsuru olup anne ve baba tarafından, diğer eşe tanınan velayet ve kişisel ilişki haklarının hukuka aykırı biçimde engellenmesi durumunda da devletin bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını ve fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını sağlama yükümlülüğü, aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif sorumluluklarının bir görünümünü oluşturmaktadır. Bu bağlamda velayet ve kişisel ilişki tesisine dair kararların icrasına ilişkin problemler, aile hayatına saygı hakkı bağlamında değerlendirme yapılmasını gerektiren ehemmiyetli bir dava grubudur. 125. Söz konusu dava grubu açısından

303 Anayasa Mahkemesi'nin 3013/2910 başvuru numaralı, 5/11/2015 tarihli kararı (Bu karar 2/2/2016 tarihli, 29612 sayılı RG' de yayımlanmıştır)

304 Anayasa Mahkemesi'nin 3013/2910 başvuru numaralı, 5/11/2015 tarihli kararı (Bu karar 2/2/2016 tarihli, 29612 sayılı RG' de yayımlanmıştır)

kamusal makamlarca alınan tedbirin yeterliliği, ilgili tedbirin uygulanma hızı ile doğru orantılıdır. Velayet ve şahsi ilişkiye dair ebeveyn sorumluluklarının tespiti ve elde edilen nihai kararın uygulanması, kaybedilen zamanın çocuk ve onunla birlikte yaşamayan ebeveyn arasındaki ilişkiler üzerinde geri dönülmez sonuçlar doğuracağından ivedi olarak harekete geçmeyi gerektirmektedir (*Maire/Portekiz*, B. No: 48206/99, 26/9/2003, § 74). Bu nedenle velayete ve kişisel ilişkiye dair hükümlerin infazı sürecinde alınan bir tedbirin yeterli olup olmadığı, tedbirin hızla uygulanmasıyla birlikte değerlendirilmelidir. Söz konusu kararların usulüne uygun biçimde ve ivedi olarak yerine getirilmesinin hem çocuklar hem de ebeveyn üzerinde çeşitli etkileri bulunmakla birlikte söz konusu eksiklik ve gecikmeler özellikle karar gereklerinin yerine getirilmediği her an ebeveyn ile ilişkileri daha da sınırlanan veya kopan çocuk açısından telafisi imkânsız zararların doğmasına neden olabilmekte ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında ciddi sorunları gündeme getirmektedir (*SantosNunes/Portekiz*, B. No: 61173/08, 22/5/2012, §§ 56, 57)...”³⁰⁵ açıklamalarına yer verilerek “...174. Yukarıda belirtilen sürecin bir bütün olarak değerlendirilmesinden, velayete ilişkin kararın kesinleşme sürecinde ve kesinleşmesinin sonrasında yetkili adli ve idari makamların, karar gereklerinin ifası noktasında süratle hareket ederek gerekli tedbirleri aldıkları, özellikle çocuğun teslimine ilişkin süreçte beyanının dikkate alınmasını gerektiren olgunluğa ulaştığı anlaşılan çocuğun sözlü ve fiilî tepki ve direnişleri dikkate alınmak ve üstün yararı gözetilmek suretiyle teslimin gerçekleştirilmediği, bununla birlikte söz konusu tespitlerin mutlaka uzman raporlarına dayandırıldığı ve çocuğun Hastaneye de sevki sağlanmak suretiyle değerlendirmede bulunulduğu, ayrıca teslimin gerçekleşmediği süreçte çocuğun icra tutanaklarına da yansıyan mevcut durumunun değerlendirilmesi amacıyla ivedi olarak yargısal makamlara başvurulduğu ve konunun görevli Mahkemelerce değerlendirilmesi sağlanarak verilen koruma kararları doğrultusunda çocuğun bakım ve takibinin sağlandığı, çocuğun teslimi haricinde görüşme olanaklarını kullanma girişiminde bulunmadığı belirtilen babanın komisyon ile görüşme yapmadığının ve Kurum yetkilileri ile iletişime yanaşmadığının ve kendisine oğlu ile görüşme imkânının sağlanacağına belirtilmesine rağmen görüşme isteğine olumsuz yanıt verdiğinin ilgili evraka yansdığı görülmektedir.

305 Anayasa Mahkemesi'nin 3013/2910 başvuru numaralı, 5/11/2015 tarihli kararı (Bu karar 2/2/2016 tarihli, 29612 sayılı RG' de yayımlanmıştır)

175. Sonuç olarak Derece Mahkemelerince verilen koruma kararlarının özellikle uzman raporlarına dayandığı, belirli bir olgunluk düzeyine ulaştığı bilirkişi raporları ile ortaya konulan çocuğun beyanlarına da itibar edilerek çocuğun velayete ilişkin karar öncesinde belirli bir süre birlikte yaşadığı ebeveyne karşı duyduğu bağlılık ile birlikte yaşama isteğinin ve babaya karşı duyulan öfke ve tepkinin dikkate alındığı, bu yönüyle söz konusu kararlarda yer verilen nedenlerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olduğu, bunun yanı sıra kararın icra sürecinde yer alan diğer kamusal makamlar tarafından da özellikle çocuğun üstün yararı dikkate alınmak suretiyle aile ilişkilerinin sürdürülebilirliği ve aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki güvencelerin sağlanması noktasında uygun olan tüm adımların atıldığı anlaşılmaktadır...”³⁰⁶ şeklinde yapılan açıklama ile aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

306 Anayasa Mahkemesi’nin 3013/2910 başvuru numaralı, 5/11/2015 tarihli kararı (Bu karar 2/2/2016 tarihli, 29612 sayılı RG’ de yayınlanmıştır)

SONUÇ

Velayet hakkı zaman içerisinde değişikliğe uğrayarak Roma Hukuku'ndaki aile babasına tüm aile bireylerinin kişileri ve mal varlıkları üzerindeki egemenlik yetkisi olarak vücut bulan tarafından oldukça uzaklaşarak günümüzde ana ve babaya kural olarak birlikte ve eşit olarak çocuğun kişi ve mal varlığı üzerinde tanınan hak ve sorumluluklar olarak kabul edilmiştir.

Velayetin işlevi çocuğu kendi kendine yeter hale getirmek, çocuğu ayakları üstünde durur hale getirmek ve bu hale gelinceye kadar da onun bakımı, gözetimi, muhafaza altına alınması ve temsilini temin etmektir.

Hukuk sistemimizde bu hakkı ana- babaya (evlat edinme durumunda evlat edinene) vermiş ve toplumu ilgilendiren yönü nedeniyle de hayli önem verilmiştir. Zira Anayasamızın 41.maddesinde “ Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların muhafaza altına alınması ve aile planlanmasının öğretimi ile uygulanmasını temin etmek için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.” hükmü getirilmiş, 61. maddesinin dördüncü fıkrasında ise “Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır.” hükmünü getirmiştir. Bu hükümler Anayasamızın aileye ve çocuğa verdiği önemi göstermektedir. 4721 Sayılı Medeni Kanun' un 335-363. maddeleri arasında düzenleme konusu yapılmıştır.

Velayet kural olarak ana baba tarafından birlikte kullanılmaktadır ve çocuğun on sekiz yaşını doldurmasıyla kendiliğinden kalkmaktadır. Evlilik birliği devam ettiği müddetçe birlikte velayet söz konusudur. Velayet hakkının sahibi yalnızca ana ve baba olabilir. Evlat edinme durumunda velayet evlat edinene aittir. Bunlar haricinde ne derece yakın olursa olsun akrabalarından herhangi birine velayet hakkının verilmesi söz konusu olamaz. Yasa koyucu, ortak hayata hakim kararıyla son verilmesi veya ayrılık halinde velayetin bir tarafa bırakılabileceğini Medeni Yasa'nın 336/II hükmü ile düzenleyerek bu durumda hakime ana babanın velayet hakkını birlikte kullanıp kullanamayacaklarını değerlendirip varacağı sonuca göre gerekli görürse velayeti eşlerden birine verebilecek aksi halde eşlerin velayeti birlikte kullanmaya devam etmelerini kararlaştırabileceğini düzenlemiş iken, aynı takdir hakkının boşanma durumunda hukuk sistemimizde hakime tanındığını söylemek mümkündür değildir. En azından kanunun açık metninde ve ya Yargıtay kararlarında buna imkân tanıyan bir düzenleme mevcut değildir. Vurgulanmalıdır ki bu hususun,

yani birlikte velayet düzenlemesinin istenilen sonucu doğurabilmesi toplumun ve boşanmasına karar verilen eşlerin sosyal ve kültürel yapısı ile yakından ilgilidir. Kanaatimizce anne- babası boşanan çocuğun her halükarda velayetin hakkının anne – babasından yalnız birine bırakılmasının zorunlu olması adaletsiz sonuçlara yol açabilecek vasıftadır. Bu konuda da tıpkı ayrılık ve ortak hayata son verilmesi durumunda olduğu gibi hâkime takdir hakkı tanınmasının daha adil sonuçlar doğuracağı kanaatindeyim. Zira evlilik boyunca velayet hakkını birlikte ve eşit biçimde kullanan eşlerin, sırf boşanılması nedeniyle birinin velayet hakkını hiç kullanamaması, diğer eşin ise bu hususta tam yetkiye sahip olmasının her iki eş yönünden de büyük bir sorumluluk getirdiğini düşünmekteyim. Zira hukuk sistemimizde mevcut durum itibariyle boşanma halinde çocuğun hangi okula gideceğine velayet hakkı sahibi eş karar verecektir, velayet hakkına sahip olmayan eş çok iyi bir üniversitede öğretim görevlisi ve ya çok iyi bir okulda müdür ve ya büyük bir ilde Milli Eğitim Müdürü olsa dahi çocuğunun gideceği okul konusunda söz sahibi olamamaktadır. Aynı biçimde çocuk hasta ise çocuğun tedavisi (bu tedavinin gerektirdiği çocuğa yapılacak müdahalelere muvafakat) konusunda velayet sahibi eşin fikrini yeterli olmaktadır, velayet hakkına sahip olmayan eş çocuğun hastalığı konusunda uzman bir doktor olsa dahi çocuğun tedavisi konusunda söz sahibi olmamaktadır. Yine örneğin velayetin anne – babadan yalnız birine verilmesi halinde çocuğun dini eğitimi konusunda da tek söz sahibi ve karar alma merci velayet hakkı kendisine verilen eş olmaktadır. Bu hallerde mevcut durumda velayet hakkı sahibi olmayan eşin fikrine başvurulması, velayetin verildiği eşin takdiri ve ya insiyatifine bırakılmıştır ki, bu durumun her şeyden öte velayet hakkının özünde yer alan “çocuğun yararı/menfaati” ilkesine aykırı olduğunu düşünüyorum. Elbette ki taraflar olayın özelliğine göre boşanmaya neden olan olaylar nedeniyle velayeti boşanmadan sonra birlikte kullanabilecek durumda değilseler ve ya boşanmadan sonra ana-babanın velayeti birlikte kullanmaları çocuğun faydasına olmayacaksa; örneğin ana-baba boşanmadan sonra velayet hakkını birlikte kullanmaları halinde bu durumu birbirlerinden intikam almanın aracı halinde getireceklerse bu ve buna benzer hallerde aile mahkemesi hakimi velayet hakkının anne babadan hangisi tarafından kullanılması halinde çocuğun üstün yararının en iyi temin edilebileceği uzman bilirkişilerden alınacak raporlarla tespit ettirilerek bu halde velayet hakkı anne babadan yalnız birine verilmelidir. Netice itibariyle, çocuğun boşanma kararı ile anne babadan hangisinin yanında kalacağını belirlenmesi ile velayet hakkının anne- babanın özellikleri

gözetilerek birlikte kullanılmasına ve ya anne- babadan birine velayet hakkının verilmesi noktasında aile mahkemesi hâkimine takdir hakkı verilmesinin çocuğun üstün yararının muhafaza altına alınması ilkesine uygun olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Velayet hakkının kanaatimce en ehemmiyetli özelliklerinden bir tanesi çocuğun yararının gözetilmesidir ki bu ilke velayet hakkının sahibi ana- babaya ve ya bu hususta karar almakla yetkili adli- idari mercilere çocuk ile ilgili alınacak tüm kararlarda çocuğun bedeni- fikri- ruhi ve ahlaki gelişimini en iyi temin edecek halin seçilmesi yükümlülüğünü yüklemektedir. Yasalarımız ana- babanın çocuğun üstün yararını tehlikeye sokmaları halinde hakimin müdahalesini düzenlemiştir.

Hukuk sistemimizde boşanma davalarında mahkemece verilen boşanma kararı ile birlikte tarafların on sekiz yaş altında kalan çocuklarının velayet hakkının anne babadan hangisine bırakılacağı ve velayet hakkı verilmeyen tarafın çocuk ile görüşme saatleri belirlenmektedir. Boşanmadan sonra velayet hakkı verilmeyen taraf çocuğu ile kişisel ilişkiyi icra müdürlüğünde başlatacağı icra takibi aracılığıyla yerine getirebilmektedir. Bu durum icra takiplerinin bir takım harç ve masrafların ödenmesini gerekli kıldığı ve mahkemece belirlenen kişisel ilişkinin çocuk ile velayet hakkını sahip olmayan anne ve ya babası arasındaki görüşme zaman dilimini çocuğun on sekiz yaşına dolduruncaya kadar olan uzun bir süreç için belirlediği gözetildiğinde bu durum ekonomik durumu zayıf olan ebeveyn için külfet oluşturabileceği gibi sırf bu yüzden velayet hakkı verilmeyen anne babanın çocuğunu görememesine yol açabileceği, bu durumun ise çocuğun üstün faydasına aykırı olacağı kanaatindeyim.

Gerek yasa koyucuların, gerek velayet ile ilgili davalara bakan hakimlerin, gerekse de velayet ile ilgili kararları uygulamakla görevli idari makamların hem çocuğun hem ana babanın haklarının muhafaza altına alınmasını ön planda tutmaları gerekmektedir. Bir çocuğun ana ve ya babası yanında olmadan geçirdiği belki tüm yaşantısını etkileyecek çocukluk sürecinin çocuk üzerinde bıraktığı gerek manevi (psikolojik) gerekse maddi izlerin silinmesinin mümkün olmadığı, yani bu sürecin telafisinin mümkün olmadığı göz ardı edilmemelidir. Aynı biçimde örneğin babasının cinsel tacizine uğrayan bir çocuğun bu ortamdan ne kadar erken uzaklaştırılır ise gördüğü/göreceği zararın o kadar azaltılacağı muhakkaktır. Bu doğrultuda velayet ile ilgili karar almakla yetkili tüm mercilerin süratle ve bir o kadar da hassas, adil ve objektif karar almaları gerekmektedir. Şüphesiz ki bu biçimde alınan kararların ve kararların uygulanmasının da denetiminin aynı titizlik ve süratle yapılmasının

çocukların toplumun geleceği olduğu gözetildiğinde sağlıklı nesiller yetiştirmesine çok büyük hizmet edeceği kuşkusuzdur.

AİHS’de velayet hakkıyla ilgili direk bir düzenleme mevcut değildir. Fakat AİHM velayet hakkına müdahale edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda sözleşmenin “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlığını taşıyan 8. maddesi sınırlarında değerlendirmektedir. Bu madde ise şu biçimdedir: “(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. (2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin muhafaza altına alınması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin muhafaza altına alınması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir. ” Yer verilen AİHS’ nin 8.maddesinin 2.fıkrasında tahdidi olarak sayılan koşullar haricinde Devletin aile yaşamına müdahale etmemesi AİHM kararlarında vurgulanmıştır.

Türk Anayasa Mahkemesi bu kapsamda yapılan başvuruları “Özel Hayatın Gizliliği” başlığını taşıyan 20. maddesinin “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” hükmü ve “ Kanun Önünde Eşitlik “ başlığını taşıyan 10. maddesinin “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.” hükmü kapsamında değerlendirmektedir. Bu doğrultuda bu çalışmada AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları kapsamında velayet hakkına ilişkin dört ayrı problem inceleme konusu yapılmıştır. Bu inceleme neticesinde tarafımda varılan sonuçları şu şekilde toparlamak mümkündür. Gerek AİHM gerekse Anayasa Mahkemesi’nin inceleme konusu yapılan kararlarına göre aile bütünlüğünü ortadan kaldıracak şekilde verilen koruma kararlarının gerekçelerinin müdahale anlamında ilgili ve yeterli olmalı, ayrıca aile ile çocuğun ayrılması sonucunu doğurur nitelikteki bu tedbirlerin alınması neticesini doğuran yargılama sürecine anne-babanın katılımının sağlanması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi bu tarihe kadar 4721 Sayılı Medeni Kanun'un 187. maddesinin "Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir." hükmünün ve "aile birliğinin korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, nüfus sicillerinin düzenli tutulması" gibi gerekçelerle Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiş ise de; Türkiye'den AİHM önüne giden Ayten Ünal Tekeli davasında AİHM Türk mevzuatının kadının evlenmekle kocasının soyadını alma mecburiyetini getiren düzenlemesini AİHS 8. maddesi ile bağlantılı olan 14. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu kapsamda bakıldığında Türk Medeni Kanunu'nda yapılacak bir değişiklik ile evlenen kadına en azından kendi kızlık soyadını kullanmak, kocasının soyadını kullanmak veya kocasının soyadı ile birlikte kendi kızlık soyadını kullanmak şeklinde seçenekler sunulmasının yerinde olacağı sonucuna vardım.

Bunun gibi Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesinin "Çocuk, ana baba evli ise ailenin; (...) soyadını taşır." hükmünü getirmiş ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin "Evliliğin feshi veya boşanma halinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olmasına karşın Yargıtay Hayriye Özdemir tarafından Diyarbakır 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan davada davacı kadının velayeti kendisine verilen çocuğunun boşandığı eşinin soyadı yerine kendi soyadının verilmesi yönündeki talebinin kabulüne ilişkin kararı TMK 321. maddesi hükmü gerekçe göstererek bozmuş; yerel mahkemece yeniden yapılan yargılamada davanın reddine karar verilmiştir. Davacının, Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı müracaatta Anayasa Mahkemesi bu hususta açık bir yasal düzenleme olmadığı ve farklı içerikte mahkeme kararları bulunduğundan bahisle başvurusunun Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen haklarının ihlal edildiğine hükmederek yeniden yargılama yapılmak üzere dosyayı yerel mahkemeye göndermiştir. Aynı hususta bundan sonra Nurcan Yolcu tarafından yapılan başvuruda ve 2013/9880 başvuru numaralı başvuruda Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bu tespit ve değerlendirmeler bir arada değerlendirildiğinde; velayetin anneye verilmesi halinde annenin isteğine bağlı olarak çocuğun soyadını kendi soyadı olarak Nüfus Müdürlüğü'ne yapacağı müracaat ile değiştirebileceği yönünde yasal bir düzenleme yapılmasının gerek bu şekilde oluşan

mağduriyetlerin ortadan kaldırılmasına hizmet edeceği, gerekse de yargının iş yükünü azaltacağı kanaatindeyim.

Yerel mahkemelerce kişisel ilişki düzenlemesi yapılırken ortaya koyulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olmasının, gerekçelerin nesnel şekilde ilgili uzman tarafından hazırlanacak raporlara dayandırılmasının ve kurulan kişisel ilişkinin uygulanabilir ve etkili olmasına dikkat edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Abik, Y. (2005). "Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı". (1.Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Akıntürk, T. Ateş, A. (2016). "Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku". (18. Baskı). İstanbul: Beta Basım A.Ş.
- Akyüz, E. (2015). "Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Muhafaza Altına Alınması". (4. Baskı). Ankara: Pegem Akademi.
- Ayan, S. (2012). "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Değişmesi ve Değiştirilmesi". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Sa. 4
- Baygın, C. (2010). "Soybağı Hukuku". (1.Baskı). İstanbul.: Oniki Levha Yayıncılık A.Ş.
- Belgin, D. (2011). "Çocuk Teslimi ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası". Ankara
- Berki, Ş. (1970). "Türk Medeni Kanununda Velayetin Küçüğün Kişi ve Malvarlıkları Bakamından Şumûlü". Ankara: Yargıçoğlu Matbaası.
- Bulut, H. (2007). "Aile Hukukunda Velayet ve Nafaka Davaları". Ankara: Beta Yayınevi.
- Çelikel, S. (2012). "Çocuk Haklarına Dair Uluslar arası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları". (1.baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Çınar, Ö. (2013). "Ebeveynlerin Çocuk Malvarlıklarını Kullanma Hakkı". İUHFM C.LXXXI,
- Doğru, O., Nalbant, A. (2013). "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Ehemmiyetli Kararlar". (1.Baskı). 2.cilt. Ankara: Pozitif Matbaa,
- Dural, M., Öğüz, T., Gümüş, M. A. (2010). "Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku". (3.Bası). İstanbul: Filiz Kitabevi
- Ergene, D. (2011). "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda

- Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanunda Değişiklik Önerisi”.
MHB Yıl 31, sayı 2
- Erlüle, F. (2010). ”Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması”. MÜHF-HAD, C.16, S3-4
- Ergün, Z. (2009). ”Boşanma Davaları Mal Rejimi”. (4.Baskı). Ankara: Adalet
Yayınevi.
- Ertuğrul, N., Ertuğrul, T. (2011). “Uygulamada Boşanma Davaları Cilt 2”. (1.Baskı).
Ankara.
- Gençcan, Ö. U. (2007). ”4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu 1.Cilt”. (2.Baskı). Ankara:
Yetkin Yayınları.
- Gençcan, Ö. U. (2007). ”4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu 2.Cilt”. (2.Baskı). Ankara:
Yetkin Yayınları.
- Gençcan, Ö. U. (2008). ”Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku”. Ankara: Yetkin
Yayınları.
- Gençcan, Ö. U. (2015). “Velayet Hukuku”. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Girgin, Y. (2013). ”Evlilik Birliğinin Sona Ermesi”. (1.Baskı). Ankara: Yetkin Basım
Yayın ve Dağıtım A.Ş.
- Grassinger, G. E. (2009). ”Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri
Sınırlarında Küçüğün Kişi Varlığının Muhafaza altına alınması İçin Alınacak
Tedbirler”. (1.Baskı). İstanbul: On İki Levha yayıncılık A.Ş.
- İmamoğlu, S. H. (2005). ”Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim
İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”. Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi.
- İnal, N. (2004). ”Aile Mahkemeleri Davaları”. (1.baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- İnceoğlu, S. (2013). ”İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa”. (1.Baskı).
Ankara: Şen Matbaa
- Karaca, H. (2015). “Velayetin Sınırları ve Hükümleri”. (1.Baskı). Ankara: Seçkin
Yayıncılık.
- Lale, İ. Lale, Ö. (2009). ”Sözden Sonsuza Evlilikte Hukuksal İlişkiler”. (1.Baskı).
Ankara: Adalet Yayınevi.

- Mavi, Ö. (2008). "İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu". Türk Barolar Birliği Dergisi, sayı 74
- Mortaş, S. (2016). "Evlenen Kadın İle Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde "Kocanın Soyadı" Parametresi". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XX,Sa.2
- Özdemir, H. (2013). "Çocuk Malvarlıklarının İdaresi, Kullanılması, Harcanması ve Muhafaza Altına Alınması". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XVII,Sa.3,
- Özkan, H. (2005). "Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı".(2.Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Özmen, İ. (2013). "Velayet Hukuku Davaları Çocuk Hakları Aile ve Çocuk Mahkemeleri". (3.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Öztan, B. (2004). "Aile Hukuku". (4.Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Öztan, B. (2009). "Medeni Hukukta Temel Kavramlar". (29.Bası). Ankara: Turhan Kitabevi
- Öztan, B. (2006). "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu". In S.Arkan, A.Yongalık, B.Şit (Editörler). Tuğrul Ansay'a Armağan, 1.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi
- Özüğür, A. İ. (2006). "Evlilik Birliğini Sone Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları". (2.Bası). Ankara: Turhan Kitabevi
- Özüğür, A. İ. "Kişi Hukuku-Velayet-Vesayet-Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler". (5.Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Serdar, İ. (2007). "Kişisel İlişki Kurma Hakkı".Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt:9, özel sayı
- Serdar, İ. (2008). "Birlikte Velayet". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10,1.
- Serozan, R. (2005). "Çocuk Hukuku". (2.Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Turhan, N. (2001). "Ebeveynlerinin Çocuklarına Karşı, Çocukların Ana-Babaya Karşı Olan Hak ve Sorumlulukları ve Ehliyet Sorunu". Yargıtay Dergisi,104,338.

- Tutumlu, M. A. (2006). "Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları". (2.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Usta, S. (2012). "Çocuk Hakları ve Velayet". (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş.
- Usta, S. (2016). "Velayet Hukuku". (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş.

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı ve Soyadı : Özgül YILMAZ KAÇMAZ
Doğum Yeri ve Tarihi : Tomarza 1982
Medeni Hali : Evli, 2 Çocuk Sahibi
İletişim Bilgileri : ozgulkmz@hotmail.com

EĞİTİM

1996-2000 Kayseri Kocasinan Süper Lisesi
2000-2004 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2009-2016 Ömer HALİSDEMİR Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans
Programı

İŞ DENEYİMİ

2007-2009 Ardahan/Göle Hakimliği
2009-2012 Niğde/Bor Hakimliği
2012-2015 Ordu/Korgan Hakimliği
2015-... Tunceli/Pertek Hakimliği