

3

1

2

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Mehmet Atıf ÖZTÜRK

VELAYETİN KALDIRILMASI

Danışman
Doç.Dr. Köksal KOCAAĞA

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2009

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	v
ÖZET.....	vi
SUMMARY.....	vii
GİRİŞ.....	1
1. KONUNUN TAKDİMİ.....	1
2. İNCELEME PLANI.....	2

BÖLÜM I

VELAYET HAKKI

1. VELAYETİN TANIMI.....	3
2. VELAYETİN TARİHÇESİ.....	4
3. VELAYETİN GENEL İLKELERİ.....	6
3.1. Velayette Çocuğun Menfaatleri Ön Plandadır.....	6
3.2. Velayeti Ana-Baba Birlikte Kullanır.....	7
3.3. Velayet Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Haklardandır.....	7
3.4. Velayet Sürelidir.....	8
4. VELAYETİN VESAYET, KAYYIMLIK VE YASAL DANIŞMANLIKTAN FARKLARI.....	9
4.1. Velayetin Vesayetten Farkları.....	9
4.1.1. Doğuşları Bakımından.....	9
4.1.2. Tabi Tutulan Kişiler Bakımından.....	9
4.1.3. Kişi Üzerindeki Görev ve Yetkiler Bakımından.....	10
4.1.4. Mallar Üzerindeki Görev ve Yetkiler Bakımından.....	10
4.1.5. Temsil Yetkisi Bakımından.....	11
4.1.6. Süreleri ve Sona Ermeleri Bakımından.....	11
4.2. Velayetin Kayyımlıktan Farkları.....	12
4.3. Velayetin Yasal Danışmanlıktan Farkları.....	12
5. VELAYETİN KAPSAMI.....	13
5.1. Genel Olarak.....	13
5.2. Çocuğun Şahsı (Kişiliği) Bakımından.....	13

5.2.1. Çocuk Üzerinde Egemenlik.....	14
5.2.2. Çocuğun Adı.....	14
5.2.3. Çocuğun Yerleşim Yeri.....	15
5.2.4. Çocuğun Eğitilmesi ve Yerleştirilmesi.....	15
5.3. Çocuğun Malları Bakımından.....	16
5.3.1. Çocuğun Mallarının İdaresi (Yönetimi).....	17
5.3.2. Çocuğun Mallarından Faydalanma (İstifade).....	18
5.4. Çocuğun Temsili Bakımından.....	18
6. HAKİMİN VELAYETE MÜDAHALESİ.....	19
6.1. Müdahale Sebepleri.....	19
6.1.1. Boşanma veya Ayrılık.....	19
6.1.2. Fiili Ayrılık.....	21
6.1.3. Çocuğun Menfaatinin ve Gelişmesinin Tehlikeye Düşmesi.....	22
6.1.4. Çocuğun Bedensel ve Zihinsel Gelişmesinin Tehlikede Bulunması.....	23
6.1.5. Çocuğun Manen Terkedilmiş Halde Kalması.....	24
6.1.6. Çocuğun Aile İçinde Kalmasının, Aile Huzurunu Katlanılamayacak Derecede Bozması.....	25
6.2. Müdahalenin Sonuçları.....	26

BÖLÜM II

VELAYETİN KALDIRILMASI

1. GENEL OLARAK VELAYETİN SONA ERMESİ.....	28
1.1. Velayetin Kanundan Dolayı Sona Ermesi.....	28
1.1.1. Çocuğun Reşit Olması.....	29
1.1.2. Velayet Altındaki Reşit Çocuğun Kısıtlılık Halinin Kalkması veya Kısıtlılık Altındaki Çocuğa Vasi Tayini.....	29
1.1.3. Çocuğun Evlat Olarak Üçüncü Kişiyeye Verilmesi.....	29
1.1.4. Ana Babanın ya da Çocuğun Ölümü veya Gaipliği.....	30
1.2. Velayetin Mahkeme Kararı İle Sona Ermesi-Velayetin Kaldırılması.....	30
2. VELAYETİN KALDIRILMASI.....	31
2.1. Genel Olarak.....	31
2.2. Velayetin Kaldırılmasının Şartları.....	32

2.2.1. Velayet Görevinin Gereği Gibi Yerine Getirilememesi.....	34
2.2.1.1. Ana ve Babanın Deneyimsizliği.....	35
2.2.1.2. Ana ve Babanın Hastalığı.....	37
2.2.1.3. Ana ve Babanın Başka Bir Yerde Bulunması.....	38
2.2.1.4. Benzeri Sebepler.....	42
2.2.2. Ana ve Babanın Çocuğa Yeterli İlgiyi Göstermemesi.....	47
2.2.3. Ana ve Babanın Çocuğa Karşı Yükümlülüklerini Ağır Biçimde Savsaklaması.....	51
2.2.4. Velayet Hakkına Sahip Ana veya Babanın Yeniden Evlenmesi.....	56
2.2.5. Ana ve Babanın Hapis Cezasına Mahkumiyeti.....	61
2.3. Velayetin Kaldırılmasının Sonuçları.....	63
2.3.1. Çocuğun Vesayet Altına Alınması.....	63
2.3.2. Velayetin Kaldırılmasının Mevcut ve Doğacak Çocuklara Etkisi.....	65
2.3.3. Velayetin Kaldırılmasının Ana ve Babanın Hak ve Yükümlülüklerine Etkisi.....	67
2.3.3.1. Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkına Etkisi.....	68
2.3.3.2. Çocuk Mallarını Yönetme ve Kullanma Hakkına Etkisi.....	70
2.3.3.3. Bakım Yükümlülüğüne Etkisi.....	71
2.3.4. Durumun Değişmesi Halinde Velayet Hakkının İadesi.....	73

BÖLÜM III

VELAYETE İLİŞKİN DAVALARDA USUL

1. VELAYETİN KALDIRILMASI VE İADESİ DAVALARINDA USUL.....	78
1.1. Davanın Tarafları ve Yargılama Usulü.....	78
1.1.1. Davanın Tarafları.....	78
1.1.2. Yargılama Usulü.....	79
1.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	79
1.2.1. Görevli Mahkeme.....	79
1.2.2. Yetkili Mahkeme.....	81
2. VELAYETİN DÜZENLENMESİ İLE İLGİLİ DAVALARDA USUL.....	82
2.1. Davanın Tarafları ve Yargılama Usulü.....	82
2.1.1. Davanın Tarafları.....	82
2.1.2. Yargılama Usulü.....	82

2.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	82
2.2.1. Görevli Mahkeme.....	82
2.2.2. Yetkili Mahkeme.....	83
3. KORUMA KARARI VE KORUMA TEDBİRLERİNE İLİŞKİN DAVALARDA USUL.....	83
3.1. Davanın Tarafları ve Yargılama Usulü.....	83
3.1.1. Davanın Tarafları.....	83
3.1.2. Yargılama Usulü.....	83
3.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	84
3.2.1. Görevli Mahkeme.....	84
3.2.2. Yetkili Mahkeme.....	86
4. NAFAKAYA İLİŞKİN DAVALARDA USUL.....	86
4.1. Davanın Tarafları ve Yargılama Usulü.....	86
4.1.1. Davanın Tarafları.....	86
4.1.2. Yargılama Usulü.....	87
4.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	87
4.2.1. Görevli Mahkeme.....	87
4.2.2. Yetkili Mahkeme.....	87
SONUÇ.....	88
KAYNAKÇA.....	90
ÖZGEÇMİŞ.....	92

KISALTMALAR

AMK.	: Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanun
AÜHF.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEBFD.	: Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
B.	: Baskı
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ÇHS.	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
EMK.	: Eski Medeni Kanun
HD.	: Hukuk Dairesi
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
md.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SHÇEK.	: Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu
SHÇEKK.	: Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: Ve Devamı
vs.	: Vesaire
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ÖZET

Velayet, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun İkinci Kitap, İkinci Kısım, Birinci Bölüm, Altıncı Ayırım başlığı altında 335 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Velayetin, farklı birçok tanımı yapılmıştır ve tarih boyunca insanlığın gelişimi ile velayet konusundaki tanımlamalar ve anlayış değişmiş, çağdaşlaşmıştır. Velayet, ana ve babanın birlikte kullandığı, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve velayette çocuğun menfaatleri ön plandadır. Velayet sürelidir ve velayet devam ettiği süre içerisinde ana ve babaya, çocuğun şahsı, malvarlığı ve temsili konularında birtakım haklar tanır ve yükümlülükler yükler.

Kanun koyucu, velayetin düzenlenmesinin gerektiği hallerde hakimin velayete müdahale etmesinin şartlarını ve usullerini belirlemiştir. Eğer velayetin kullanılmasında, hakimin düzenleme yoluna gitmesi, bazı tedbirler alması, çocuğu bir kuruma ya da ailenin yanına yerleştirmesi gibi koruyucu önlemlere başvurması yetersiz kalacak derecede sorun var ise, diğer bir ifadeyle Türk Medeni Kanunu'nun 348. maddesinde öngörülen şartlardan biri gerçekleşmişse, hakim velayetin kaldırılmasına karar verecektir. Velayetin kaldırılması kararından mevcut ve doğacak tüm çocuklar etkileneceği gibi, bu karar ile ana ve babanın hak ve yükümlülükleri de etkilenecektir.

Velayet ile ilgili olarak, velayetin kaldırılması, iadesi ve düzenlenmesine ilişkin hususlar dava konusu edilebileceği gibi; velayet altındaki çocuk hakkında koruma tedbiri alınmasına ya da nafaka taleplerine ilişkin konular da dava konusu edilebilmektedir. Bu davalara ilişkin usul ve esaslar ilgili mevzuatlarda düzenlenmiştir. Dava konusu edilen uyuşmazlıklarla ilgili olarak Yüksek Mahkeme kararları hem yol gösterici hem de velayet hukukundaki gelişimi yansıtan güzel birer örnek niteliğindedir.

SUMMARY

REVOCATION OF GUARDIANSHIP

Guardianship is enacted in the second book, second part, first chapter, sixth section heading 335 of Turkish Civil Code number 4721 and following articles. Different definitions of guardianship have made and with the development of humanity in the course of history the definition and conception of guardianship is changed, modernized. Guardianship is a right used by both of the parents together and adhered to the person and the interest of the child stand in the forefront on guardianship.

The legislator set the conditions and procedure of the judge intervention on guardianship. If there are problems on protective measures such that the judge has at the execution of the guardianship to arrange, to taken some measures, to home the child at an institution or by a family, with other words if one of the conditions set with the Turkish Civil Code Article 348 are fulfilled, judge will decided for the revocation of the guardianship.

In connection with the guardianship, subjects such as revocation of guardianship, return and arrangement can be matter in dispute, matters such as protective measurements for the child under guardianship or subject for claim on alimony can also be made a matter in dispute. The conditions and procedure for these claims are set with related legislation. At the disputes in litigation the decisions of Supreme Court of Judicator are leading and also a good sample for the reflection of the guardianship law.

GİRİŞ

1 KONUNUN TAKDİMİ

Velayet, en genel olarak sözlük anlamıyla, “velilik, otorite, yetki” kelimelerini karşılamaktadır. Birçok hukuk müessesesinin zaman içerisinde hızla gelişim ve değişim göstermesi, zamana ayak uydurması gibi, velayet de zaman içerisinde önemli değişim ve aşamalardan geçerek günümüz hukuk sistemlerindeki halini almıştır.

Yukarıda belirttiğimiz sözlük anlamlarının da çağrıştırdığı üzere, velayet kavramı önceleri, babaya tanınmış özel hukuka ilişkin mutlak bir hak olarak algılanmakta idi. Zamanla bu hak baba ile birlikte anneye de tanınmış bir mutlak hak olarak değişim göstermiştir. Öyle ki, çocuk üzerinde velayet hakkı olan ana babası, çocuk üzerinde mutlak ve denetlenemez otoritesini kullanma hak ve yetkisine sahip kabul edilmişti.

Çağın ve uygarlığın gelişimi ile “birey” kavramı önem kazanmış ve her bireyin korunmaya değer haklarının olduğu anlayışı yerleşmiştir. Bunun sonucu olarak çocuğun da bir birey olduğu ve ana-babanın çocuk üzerindeki velayet hakkının denetlenemez bir hak olamayacağı görüşü kabul görmüş ve bu nedenle ana-babanın çocuk üzerindeki velayet hakkı, özel hukuka ilişkin mutlak bir hak olmaktan çıkarak, kamusal bir hak olarak düşünölmeye başlanmıştır. Hatta günümüzde gelişmiş ölkeler, velayeti bir haktan ziyade bir ödev, bir sorumluluk olarak kabul etme eğilimi içerisinde dir.

Böylece velayet hakkında; çocuğu yalnızca ana ve babanın, kişisel zevklerini ve gereksinimlerini (soylarının devamı, ileride çocuklarının kendilerine bakmaları gibi) tatmin için dünyaya getirdikleri bir canlı olarak onlar üzerinde her türlü hakka sahip olduklarına ilişkin anlayıştan, toplumun geleceği için bağımsız, güvenli bireyler yetiştirme ödevi görüşüne gelinmiştir.

2 İNCELEME PLANI

Çalışma bir giriş ve üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde genel olarak velayet hakkı incelenmiştir. Bu bölümde velayet, tanımsal ve tarihsel olarak incelenmiş ve velayete hakim olan ilkelerin neler olduğu, velayetin diğer hukuk müesseseleri ile ne gibi farklılıklar veya benzerlikler taşıdığı, velayetin kapsamı ve hakimın velayete müdahalesi konularına yer verilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, genel olarak velayetin sona ermesi ile velayetin kaldırılmasının şartları ve sonuçları, ayrıntılarıyla ele alınarak incelenmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise, velayete ilişkin davalarda usul başlığı altında, bu davaların türleri, davanın tarafları, yargılama usulleri, görevli ve yetkili mahkemelerin hangileri olduğu noktalarında konu genel hatları ile incelenmiştir.

Çalışmanın hazırlanması sürecinde inceleme, hukuk kaynakları, uluslararası sözleşmeler ve özellikle yüksek mahkeme kararları üzerinde yapılmıştır.

BÖLÜM I

VELAYET HAKKI

1 VELAYETİN TANIMI

Velayet, kural olarak küçüklerin, istisnai olarak kısıtlıların bakım ve korunmalarının sağlanması için, onların şahsı ve malları üzerinde ana babanın sahip oldukları görev, yetki ve hakların tümüdür¹. Bu genel tanımlama velayetin hukuki anlamını ifade etmekle birlikte, bu tanımlama yanında velayetin kelime olarak karşıladığı anlamlar esas alınarak bir çok velayet tanımına ulaşmak mümkündür. Örneğin, velayet kelime anlamı olarak “sevmek, yardım etmek” olarak anlaşılabilceği gibi, giriş kısmında konunun takdimi başlığı altında bahsedildiği üzere “otorite, yetki, velilik” anlamlarını da karşılamaktadır.

Doktrinde, velayet konusunda farklı tanımlamalar ile karşılaşmak mümkündür. Bir tanımlamada velayet “ başkası üzerinde o kimsenin rızası olsun olmasın, sözünü geçirmek”² iken; başka bir tanımlamada “velayet, evin hudutları dahilinde bir kudret değil, icabında çocuğun himayesini temin zımında hakimin müdahalesini mümkün kılan, daha ziyade vazifelerden mürekkep bir müessesedir”³.

Bireylerin ve hukukların çağdaşlaşması ile velayet kavramına verilen anlamlar zaman içerisinde kendisini yenilemiştir. Velayet, velayet altında bulunan çocuklarının menfaatlerini korumayı amaçlar. Konunun başında belirttiğimiz velayet tanımından da anlaşılacağı üzere, velayet çift yönlüdür. Yani ana ve babaya çocuğun şahsı ve malları üzerinde birtakım haklar tanıdığı gibi, aynı zamanda bazı yükümlülükler yüklemektedir. Bu yükümlülükler sadece ahlaki anlamda bir ödev olarak algılanmamalı, bunlardan her birinin gerçek anlamda birer yükümlülük olduğu gözden kaçırılmamalıdır⁴.

¹ ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, B.17, Ankara 2005, s.467.

² İNAN, Ali Naim: Çocuk Hukuku, İstanbul 1968, s.125.

³ OĞUZOĞLU, Hüseyin Cahit: Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti, Ankara 1940, s.7.

⁴ AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.2, B.9, İstanbul 2004, s.395.

2 VELAYETİN TARİHÇESİ

Aile, bir toplumun temel birimi ve o topluma örnek teşkil eden bir modeldir. Daha önce de değinildiği üzere, tarih boyunca farklı dönemlerde aileye ve aileyi oluşturan bireylere izafe edilen role ve yapılan tanıma göre, velayet kurumu şekil bulmuştur. Aile kurumunun korunması Devletin yetkilerindedir. Ancak tarihte çocukların üzerinde yalnızca babanın hakları olduğu saptanmıştır. Buna karşılık Sparta Site Devleti gibi bazı toplumlarda yetkinin tamamen Devlete verildiği de görülmektedir⁵. Tarih içerisinde aile kurumunda birey kavramı ön plana çıkmaya başladıkça ve bireylerin rolleri, çağın gereklerine göre değiştikçe, bu değişim velayet kurumunu da aynı doğrultuda değiştirmiştir.

Roma Hukuku'nda aile, ailenin başındaki nüfuzlu ve kudretli bir reisin hakimiyeti altında yaşanan bir devlet gibidir⁶. Bu kudretli aile reisi babadır ve babanın sınırlanamaz, mutlak velayet hakkı bulunmaktadır. Aile reisi olan babanın, sınırsız velayet hakkını kullanmakta devlete karşı dahi herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı bu velayet kurumuna, Roma Hukuku'nda "Patria Potestas" adı verilmekte idi. Patria Potestas, babayla çocuk arasındaki, babaya çocuğun kolunu bacağına dahi kesip alma imkanı tanıyan bir velayet ilişkisidir⁷. Hatta babanın, çocuğun yaşayıp yaşamayacağına karar vermeye bile muktedir olduğu bu velayet kurumu, babanın hayatı boyunca devam eder⁸. Babanın velayeti kapsamına yalnızca çocuklar değil, ana da dahildir. Zamanla imparator emirnameleri ile velayete birtakım sınırlamalar getirilmiş olsa da babanın hakimiyetinin kaldırılması Roma Hukuku'nda söz konusu olmamıştır⁹.

Germen Hukuku'nda da, aile reisinin kudreti ve egemenliği konusunda Roma Hukuku'ndakine benzerlikler bulunmaktadır. Fakat bu benzerliklerin yanı sıra birtakım farklılıklar da göze çarpmaktadır. Bu hukuk düzeninde aile reisi, değil çocuklarının, torunlarının üzerinde dahi tam bir egemenliğe sahiptir¹⁰. Baba, çocuk üzerinde "Munt" adı verilen bir velayete sahiptir. Bu velayette baba, çocuğu korumanın yanı sıra onun mallarını da koruma ve kontrol hak ve görevine sahiptir. Bu velayette Roma Hukuku'ndaki velayet

⁵ ÖZLÜ, Hakkı: Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Ankara 2002, s.6.

⁶ BAKTIR-ÇETİNER, Selma: Velayet Hukuku, Ankara 2000, s.25.

⁷ İNAN, Ali Naim: Medeni Hukukta Velayet, Vesayet ve Kayumluk, İBD S.1-3, C.69, 1995, s.73.

⁸ Patria Potestas'ın kurulması konusunda geniş bilgi için bkz. KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku, B.7, Ankara 2000, s.160 vd.

⁹ AKYÜZ Emine: Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada da Çocuğun Korunması, Ankara 1980, s.23.

¹⁰ BAKTIR-ÇETİNER, s.25.

sisteminden farklı olarak, babanın ölümüyle ananın velayet hakkı doğar ve velayet babanın ölümüyle değil; çocuğun baba evinden ayrılıp ekonomik özgürlüğünü ilan etmesiyle sona erer.

Ortaçağda ekonomik gelişmeler sonucunda, sıkı aile bağları çözülmeye başlamış ve aile reisinin sınırlanamaz velayet hakkı yerini, velayet altındaki kişilerin haklarının korunması anlayışına bırakmıştır.

Aile kurumunda ve dolayısıyla velayet kurumunda gerçekleşen bu yapısal değişim on dokuzuncu yüzyılda da devam etmiş ve babanın yanında anaya da velayet konusunda söz hakkı tanınmıştır. “Cod Civil”in Fransızca metnindeki yalnızca babanın velayetini karşılayan “Puisance Paternelle” teriminden farklı olarak İsviçre “Cod Civil”inin Almanca metninde, “Elterliche Gewalt” terimi kullanılarak velayetin hem anaya hem babaya özgü olduğu esası kabul edilmiştir¹¹.

Eski Türklere velayet kurumu, İslamiyet’in kabulünden önce ve sonraki dönemde birtakım farklılıklar gösterir. İslamiyet’in kabulünden önceki dönemde babaerkil bir aile ve velayet anlayışı görülmektedir; fakat babanın yokluğunda ananın da velayet hakkını kullanabileceği kabul edilmiştir. İslamiyet’in kabulünden sonraki ve Medeni Kanun’un kabulünden önceki dönemde ise yine velayet babaya ait idi; fakat ananın velayet hakkı bulunmamaktaydı. Babanın velayet hakkını kullanmadığı hallerde çocuğa bir vasi atanırdı. Ananın vasi olarak atanabilmesi mümkündü; fakat hür, mümeyyiz, reşit, güvenilir ve haysiyetli olmak gibi, vasi olmak için gerekli şartları taşıması gerekiyordu.

Günümüz Türk Hukuku’nda ise “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar” (AY. md.41). Anayasa ile güvence altına alınmış olan eşler arasındaki eşitlik, modern çağın gereklerine uygun olarak tüm hukuk mevzuatında olduğu gibi Türk Medeni Kanunu’na da esas teşkil etmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile getirilen değişiklikler, günümüzde modern hukuk sistemlerinin istisnasız hepsinde temel ilke kabul edilen “kadın-erkek eşitliği” ilkesinin,

¹¹ BAKTIR-ÇETİNER, s.26.

hukumumuzda da eskiden olduğu gibi sürdürülmesi, bu eşitliğe ters düşen hükümlerin kanundan çıkarılması veya eşitliği sağlayacak şekilde düzenlenmesi düşüncesine dayanmaktadır¹². Medeni Hukukumuzda ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınmaz. Hakim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velayeti altında kalırlar (TMK md.335).

3 VELAYETİN GENEL İLKELERİ

3.1 Velayette Çocuğun Menfaatleri Ön Plandadır

Velayet ilişkisi ana ve baba ile çocuk arasındaki iki taraflı bir ilişkidir. Velayet ana ve babaya birtakım haklar ve yükümlülükler verir. Ana ve baba, bu hakları kullanırken veya bu yükümlülükleri yerine getirirken öncelikle çocuğun menfaatlerini gözetmek durumundadırlar¹³. Hiç şüphesiz ana ve babanın menfaatleri de önemlidir ve korunmaktadır. Zaten genellikle ana ve baba ile çocuğun menfaatleri aynı doğrultudadır.

Eğer çocuğun menfaatleri ile ana ve babanın menfaatleri çatışıyorsa, çocuğun menfaatleri öncelikli olmalıdır. Her ne kadar mevzuatımızda buna ilişkin açık bir düzenleme yok ise de, çocuğun ana babaya nazaran korunmaya muhtaç olması, çocuğun menfaatlerinin öncelikli olarak korunmasını gerektirir. Yargıtay da bu görüşte olduğunu, “yargıç velayetle ilgili kararlarda takdir hakkını kullanırken önce çocuğun çıkarlarını düşünmeli, sonra tarafların durumuna bakmalıdır” şeklindeki kararları ile belli etmektedir¹⁴.

Çocuğun çıkarı ile ana babanın çıkarının çatışması halinde çocuğun yararı ilkesinin uygulanması, aslında, yalnızca çocuğun yararı ile ilgili kişisel bir çıkar olmayıp toplumun da yararınadır. Bu nedenle eğer çocuk için alınması gereken kararların hiçbirisi çocuğun çıkarına uygun değilse içlerinden çocuk için en az zararlı olanı tercih edilmelidir¹⁵.

¹² Karşılaştırmalı Türk Medeni Kanunu, Genel Gereğe, AÜHF Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanları, Ankara 2002, s.LXVII.

¹³ “Velayet Hak mıdır Yüküm müdür” hakkında daha geniş bilgi için bkz. SEROZAN, Rona: Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuku Alanında Korunmasında Yetersizlikler, Prof Dr. Kenan TUNÇOMAĞ’a Armağan, İstanbul 1997, s.385 vd; KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004, s.177.

¹⁴ Bkz YHGK'nun 18.10.1969 Tarih, 2/768 Esas ve 771 Karar sayılı ilamı.

¹⁵ BAKTİR-ÇETİNER, s.33.

3.2 Velayeti Ana-Baba Birlikte Kullanır

Evlilik birliği devam ederken ana-baba velayet hakkını birlikte kullanırlar. Medeni Kanunumuzun genel mantığını oluşturan kadın-erkek eşitliği, velayet konusunda da kendisini göstermektedir. Eski Medeni Kanun'daki kadın-erkek eşitliği ile çelişen, örneğin ana-babanın anlaşamadıkları durumlarda babanın reyinin üstün olduğu gibi hükümlere Yeni Medeni Kanunda yer verilmemiřtir¹⁶.

Velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılacağı kuralının bir sonucu olarak, velayetin taksiminin de mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekir. Çünkü velayetin ana ve babaya tanıdığı hak ve yükümlülüklerin ana ve baba arasında paylaşılması, ana babanın her ikisine birden yükümlülük yükleyerek çocuğun menfaatinin korunması düşüncesine aykırılık teşkil eder. Fakat doktrinde, çocuğun menfaatleri gereği olarak, özellikle çocuğun mallarının yönetimi konusundaki yetkilerin taksim edilebileceği görüşü de mevcuttur.

Evlilik devam ederken ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir. Velayet ana babanın ölümü halinde sağ kalan eşe; eşlerin boşanması halinde ise çocuğun bırakıldığı eşe aittir (TMK md.336).

Yasada yer almamakla beraber bazen ana babanın velayeti birlikte kullanmaları fiilen imkansız hale gelir. Örneğin babanın askere gitmesi, tutuklanması, yurtdışında olması gibi. Bu durumda ocuk kendi yanında kalan eş velayeti tek başına kullanır. Fakat velayeti fiili imkansızlıklar nedeniyle bir eşin kullanıyor olması diğer eşin velayetinin son bulduğu anlamına gelmez. Velayeti kullanan ana veya baba, bu geçici dönemde çocukla ilgili önemli kararları almamalı veya almak zorunda ise karşı tarafı haberdar edip fikrini sormalıdır¹⁷.

3.3 Velayet şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Haklardandır

Velayetin kişisel bir hak olduğu konusunda farklı görüşler mevcuttur. Velayetin şahsa sıkı sıkıya bağlı kişisel bir hak olduğu noktasında birleşen; fakat bunun, çocuğun yararına olarak tanınan bir hak olduğu veya ana babaya tanınmiş bir kişisel hak olduğu noktasında ayrılan görüşler mevcut olduğu gibi; çocuğun devletin bir bireyi olduğundan yola çıkararak,

¹⁶ Birlikte velayet ile ilgili olarak daha kapsamlı bilgi için bkz. KOçHİSARLIOğLU, s.42 vd.

¹⁷ BAKTİR-ÇETİNER, s.43.

çocuğun nasıl yetişmesi gerektiği konusuna devletin belirleyici olması gerektiği görüşü de mevcuttur¹⁸. Örneğin Serozan, velayetin, hakların ve yükümlerin bileşkesi olduğunu kabul etmekle beraber, velayet denince akla önce çocuğa karşı yüküm yerine ana babanın anayasal ağırlığı olan hakkı geldiğini belirtmekte iken¹⁹; Özlü'ye göre ise velayet, ana babanın doğuştan kazandığı temel hakkı olmayıp, çocuğun temel hakkı olan çıkarımın ve güveninin sağlanması için ana babaya verilmiş sorumluluktur²⁰.

Yargıtay'ın da kabul ettiği görüşe göre velayet, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olup başkalarına devredilemez, ondan feragat edilemez²¹. “Velayetin kaldırılmasını gerektiren bir sebep olmadıkça veli, velayetten feragat ile çocuğa bir vasi tayinini talep edemez”²². Özetleyecek olursak, bizim de katıldığımız görüşe göre velayet hakkı, ana babanın doğuştan kazandığı temel hakkı değildir. Çocuğun temel hakkı olan çıkarımın ve güvenliğinin sağlanması için ana babaya verilmiş sorumluluktur. Çocuğun doğmasından önce haiz olduğu hakkıdır. Velayet hakkı, mülkiyet hakkında var olan egemenlik hakkını, ana babaya çocuk üzerinde vermez²³.

3.4 Velayet Sürelidir

Türk Medeni Kanunu'nda, ergin olmayan her çocuğun ana ve babasının velayeti altında olacağı, hakimın vasi atanmasına gerek görmediği hallerde kısıtlanan ergin çocukların da ana babasının velayeti altında kalacağı düzenlenmiştir (TMK md.335/1,2). Her ne kadar velayetin süresi ile ilgili olarak kanunda münhasıran bir hüküm düzenlenmemiş olsa da yukarıda açıklanan madde ile yapılan düzenlemeden yola çıkarak velayetin süresi anlaşılmaktadır.

Ergin olmayan çocuk velayet altında olduğuna göre, kural olarak velayet, çocuğun ergin olmasına yani on sekiz yaşını doldurmasına veya evlenerek ya da kazai rüşt ile reşit olana kadar devam eder. Bu kuralın istisnası ise, reşit olan çocuğun kısıtlanması ve hakim tarafından çocuğa bir vasi atanmasına gerek görülmemesidir. Kısıtlanan ve ana babasının velayeti altında kalmasına karar verilen çocuk için, kısıtlanma sebeplerinin ortadan kalkmasına kadar velayet devam eder.

¹⁸ Carter ve Dawyer'ın, çocukların nasıl yetişmesi gerektiği konusunda devletin belirleyici olması gerektiği yönündeki görüşleri ile ilgili bilgi için bkz. BAKTİR-ÇETİNER, s.45 vd.

¹⁹ SEROZAN, s.386.

²⁰ ÖZLÜ, s.28.

²¹ BAKTİR-ÇETİNER, s.43.

²² Y. 2. HD'nin 13.03.1952 Tarih, 722 Esas ve 1597 Karar sayılı ilamı.

²³ ÖZLÜ, s.28.

4 VELAYETİN VESAYET, KAYYIMLIK VE YASAL DANIŞMANLIKTAN FARKLARI

4.1 Velayetin Vesayetten Farkları

Türk Medeni Kanunu'nda vesayet, 396 vd. maddelerde düzenlenmiş bir kurumdur. Kanun, vesayeti küçükler ve kısıtlılar için öngörmüş olup, vesayet de velayette olduğu gibi küçükleri ve kısıtlıları korumak amacı gütmektedir. Menfaatlerin korunması özelliği bakımından benzerlik göstermekle birlikte, bu iki kurum arasında birtakım farklılıklar mevcuttur²⁴.

4.1.1 Doğuşları Bakımından

- Öncelikle velayet ile vesayet bir arada bulunamaz. Bir kişi üzerinde, velayet ile vesayetin aynı anda bulunması mümkün değildir. Velayet, kural olarak çocuğun doğumu ile başlar ve çocuğun ana babasına tanınan bir yetkidir. Diğer bir ifadeyle velayetin doğumu hısımlığa dayanır. Bu nedenle veli ile velayeti altındaki kişi arasında mutlak olarak evlenme yasağı vardır.

- Vesayet, yasadan dolayı mahkeme kararı ile doğar ve velayetin bulunmadığı durumlarda, velinin görevlerini yerine getirmek üzere vasiye tanınmış bir yetkidir. Mahkeme kararına dayanan bu kurum, vasi, sulh mahkemeleri ve asliye mahkemelerinden oluşan bir sistemdir. Vesayet hısımlığa dayanan bir kurum olmadığı için, vasi ile vesayet altındaki kişi arasında hısımlıktan doğan bir evlenme engeli yoksa, evlenme yasağı yoktur (TMK md.145).

4.1.2 Tabi Tutulan Kimseler Bakımından

- Kural olarak ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. İstisnası ise, kısıtlıların velayet altına alınmalarıdır. Hakim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velayeti altında kalırlar (TMK md.335).

²⁴ Farklar konusundaki bazı sınıflandırmalar için bkz. ÖZTAN, Temel Kavramlar, s.478,479; BAKTİR-ÇETİNER, s.49.

mallarında yaptığı tasarruflar ile ilgili olarak herhangi bir makama hesap vermek ya da yapacağı işler için herhangi bir makamdan izin almak zorunda değildir.

- Vasi ile vesayet altında bulunan kişinin aynı yerde ikamet etme gibi bir zorunlulukları bulunmadığı gibi vesayet altındaki kişinin ikametgahı, vesayet dairelerinin bulunduğu yerdir (TMK md.21). Vasi, vesayeti altındaki kişinin mallarından yararlanma ve kazancını alma hakkına sahip değildir. Vasi, vesayeti altındaki küçük ya da kısıtlının malları için defter tutar ve Sulh Hukuk Mahkemesi hakimine hesap vermek zorundadır (TMK md.462, 463, 464). Vasi önemli işlerde vesayeti altındaki kişinin görüşlerini almak zorundadır; fakat vesayet altındaki kişi olur vermiş olsa dahi bu, vasiyi sorumluluktan kurtarmaz (TMK md.450).

4.1.5 Temsil Yetkisi Bakımından

- Velayet görevini yürüten ana ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. İyi niyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler. Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsilde de uygulanır (TMK md.342). Veli, temsil yetkisini kullanırken kural olarak mahkemenin iznini almak zorunda değildir.

- Vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla vasi, vesayet altındaki kişiyi bütün hukuki işlemlerinde temsil eder (TMK md.448). Vasi, bazı işlemlerini yaparken Sulh Hukuk; bazı işlemlerini yaparken ise Sulh Hukuk ve Asliye Hukuk Mahkemelerinin iznini almak zorundadır.

4.1.6 Süreleri ve Sona Ermeleri Bakımından

- Velayet, çocuğun doğumu ile başlar ve çocuğun erginliğine kadar devam eder. Kural olarak çocuğun ergin olması ile velayet son bulur. İstisnai olarak çocuğun erginliğinden sonra, kısıtlanmasına karar verilir ve hakim, çocuk için bir vasi atanmasına gerek görmez ise, ergin çocuk da ana babasının velayetinin altında kalır (TMK md.335). Diğer bir ifadeyle ergin ve kısıtlı çocuk için velayette süre söz konusu değildir.

- Vasi, kural olarak iki yıl için atanır. Vesayet makamı, bu süreyi her defasında ikişer yıl uzatabilir (TMK md.456). Vasinin azli ve vasinin görevinden istifası da mümkündür. Bu durumlarda da vesayet sona erer.

4.2 Velayetin Kayyımlıktan Farkları

Yukarıda velayet ile vesayet arasındaki farklar ayrı başlıklar altında incelendiği için, tekrara yer vermemek amacıyla velayet ile kayyımlık ve yasal temsilcilik arasındaki farklar ele alınırken, kayyımlık ve yasal temsilciliğin özelliklerinin açıklanması suretiyle konunun incelenmesinin yeterli olacağı düşünülmüştür.

Kayyımlık hısımlıktan doğmaz ve vasi gibi, kayyım da hakim kararı ile atanır. Kayyım yalnızca kanunun düzenlediği belli konulardaki işleri yapmak için görevlendirilir ve bu işler Türk Medeni Kanunu'nun 426 vd. maddelerinde düzenlemiştir. Kendisine kayyım atanan kişinin fiil ehliyeti devam eder ve kayyımlık ile velayet bir arada bulunabilir. Bu durum, veli ile velayeti altında bulunanın menfaatlerinin çatıştığı hallerde, velayet altında bulunana bir kayyım atanması şeklinde gerçekleşebilir. Kayyımlık, eğer temsil kayyımlığı ise, işin sona ermesiyle; yönetim kayyımlığı ise mahkeme kararı ile; karma kayyımlık ya da istek üzerine kayyımlık ise mahkeme kararı ile sona erer. Kayyımın atanması, vasinin atanmasındaki usule tabidir.

4.3 Velayetin Yasal Danışmanlıktan Farkları

Yasal danışmanlık yalnızca ergin kişiler hakkında mümkündür ve yalnızca reşit kişinin malvarlığı ile ilgilidir. Yasal danışmanlık kanunda oy danışmanlığı ve yönetim danışmanlığı olmak üzere iki grupta toplanmıştır. Uygulamada ve öğretide bunların yanında karma danışmanlık da kabul edilmektedir²⁶. Oy danışmanlığında işlemi yapan, sınırlı ehliyetlinin kendisidir. Oy danışmanı yalnızca onay verir; fakat tek başına bu işlemi yapamaz. Yönetim danışmanlığında ise danışman, sınırlı ehliyetlinin tüm malları üzerinde yönetim yetkisine sahiptir; fakat bu yönetim sonunda elde edilen gelire sınırlı ehliyetlinin kendisi tam tasarruf yetkisine sahiptir (TMK md.429). Yasal danışmanın atanması mahkeme kararı ile olur vasinin atanmasındaki usule tabidir.

²⁶ ÖZTAN, Temel Kavramlar, s.489.

5 VELAYETİN KAPSAMI

5.1 Genel Olarak

Velayete tabi olan çocuğun durumunu açıklayabilmek için birçok tanım yapılmıştır. Bu tanımlardan dikkat çeken ikisi Holt ve Aries tarafından yapılmıştır. Holt, çocukluğu “küçük ve zayıf oldukları için çocukların dış dünyayla başa çıkacak kadar güçlü ve akıllı olana kadar dış dünyanın kötülüklerinden korundukları bir devre” olarak tanımlamıştır. Aries’in tanımında ise “çocukluk, bir masumiyet ve zayıflık dönemi olup, yetişkinlere masumiyeti koruma ve zayıflığı güçlülüğe dönüştürme görevi veren dönemdir”²⁷.

Bu tanımlardan da yola çıkarak, anne ve babanın velayetleri altında bulunan çocuk ile ilgili olarak onun hak ve menfaatlerini korumak adına yapmakla yükümlü oldukları birtakım yükümlülükler vardır. Bu yükümlülüklerin yanında anne babaya tanınmış haklar da bulunmaktadır. Velayette temel amaç, çocuğun hak ve menfaatlerinin korunması olmasının yanında çocuğa da anne babasına karşı sorumlu olduğu birtakım yükümlülükler yüklenmiştir. Örneğin anne ve baba çocuğun menfaatini göz önünde tutarak onun bakım ve eğitimi konusunda birlikte karar alıp uygulayacaklar ve çocuk da anne ve babasının sözünü dinlemekle yükümlü olacaktır.

Velayet tanımlanırken, çocuğun kişiliği ve malları ile ilgili olarak ve çocuğun temsili konusunda ana babanın sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin tümünün, velayeti oluşturduğu belirtilmişti. Velayetin kapsamını incelerken de bu tanımlamadan yola çıkarak, çocuğun şahsı (kişiliği), çocuğun malları ve çocuğun temsili bakımından olmak üzere üç yönden konu ele alınacaktır.

5.2 Çocuğun Şahsı (Kişiliği) Bakımından

Çocuğun şahsı üzerindeki velayet, çocuğun adının konulmasından, ikametgahına, eğitiminden saygısına kadar uzanan bir yelpazedir. Velayetin sınırını, anayasal temel hakların sınırlandırılmasında geçerli olan ölçülülük ilkesi oluşturur ve seçilen araç ile amaç arasında uyum olması esastır²⁸.

²⁷ Bkz. BAKTİR-ÇETİNER, s.52.

²⁸ HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993, s.348.

5.2.1 Çocuk Üzerinde Egemenlik

Velayet hakkını birlikte kullanan ana ve babanın, çocuğun şahsı üzerinde egemenlik hakları bulunmaktadır. Bu hak mutlak haklardandır ve herkese karşı ileri sürülebilir. Ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz (TMK md.335/1). Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz (TMK md.339/4).

Velayetleri altında bulunan çocukları kendilerinden haksız olarak alınan, diğer bir ifadeyle velayet hakları gaspedilen ana baba, dava yoluyla çocuğun kendilerine verilmesini isteyebilir. Velayet hakkı mutlak bir hak olduğu için, çocuğun geri verilmesini istemek herhangi bir zamanaşımına tabi değildir. Yeter ki, çocuğu yanında bulunduran kişi bunun haklı bir sebebe dayandığını ispat etmemiş olsun. Örneğin çocuğun, bir mahkeme kararından veya kanun hükmünden dolayı kendisine verilmiş veya bırakılmış olduğunu ispat etmeyen kişi, çocuğu geri vermeye mecburdur²⁹.

5.2.2 Çocuğun Adı

Çocuğun adını ana ve babası koyar (TMK md.339/5). Burada kastedilen çocuğun önadıdır. Zaten yasadan dolayı çocuk, babanın soyadını alır. Her ne kadar çocuğun adını koyma yetkisinin ana ve babada olduğu hususu, Türk Medeni Kanunu'nun "Velayet" kısmında düzenlenmiş ise de; ana ve baba velayet hakkına sahip bulunmasalar dahi doğan çocuklarının önadını koyma hakkına sahiptirler³⁰. Çocuğun önadını koymak, bir hak olduğu kadar aynı zamanda bir yükümlülüktür de³¹.

Eğer ana ve baba, çocuğun önadını koyma konusunda anlaşamazlar ise, eski Medeni Kanun'daki babanın reyinin üstünlüğü anlayışının aksine, eşitlik ilkesinin de bir gereği olarak, mahkemeye başvuracaklardır.

²⁹ AKINTÜRK s. 398.

³⁰ AKINTÜRK s. 398.

³¹ ÖZLÜ, s.34.

5.2.3 Çocuğun Yerleşim Yeri

Velayet altındaki çocuğun yerleşim yeri ana ve babasının yerleşim yeridir (TMK md.21/1). Eğer ana ve babanın ortak bir yerleşim yeri yoksa, çocuğun yerleşim yeri, bırakıldığı velisinin yerleşim yeridir. Eğer velayet hakkı, ana babadan yalnızca birine tanınmış ise, çocuğun yerleşim yeri de bu velinin yerleşim yeridir.

Eğer çocuk ana babasının rızası ile aile dışında bulunuyor ise; bu çocuğun ikametgahı ana babasının ikametgahı olmayıp bizzat kendisinin seçmiş olduğu ikametgahtır³². Çocuk velayet altında bulunmuyorsa, bu çocuğun yasal yerleşim yeri, bağlı olduğu vesayet makamının bulunduğu yerdir (TMK md.21/2).

5.2.4 Çocuğun Eğitilmesi ve Yetiştirilmesi

Ana ve baba, çocuğun bakımı ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygular (TMK md. 339/1). Görüldüğü üzere çocuğun yetiştirilmesi ve eğitilmesi ana babaya tanınmış bir haktır. Bir hak olmasının yanı sıra ana babaya yüklenmiş bir yükümlülüktür de.

Çocuğu eğitmek konusundaki hak ve yükümlülük çok geniş kapsamlıdır. Ana baba çocuğa en başta bir genel eğitim vermek, ona toplum içinde, diğer kişiler karşısında nasıl davranması gerektiğini öğretmek, üstün ve erdemli duygu ve düşünceleri aşlamakla yükümlüdürler. Bu eğitim, günlük dilde "aile terbiyesi" biçiminde dile getirilmektedir³³. Ana baba, çocuğa daima iyi şeyler öğretmek, onun kötü yollara sapmaması ve kötü alışkanlıklar edinmemesi için her türlü özen ve çabayı göstermek zorundadır. Çocuğun genel eğitimi kapsamında ana baba, çocuğun öğrenimini sağlamak, onu okutmak, kültürlü ve meslek sahibi bir insan yapmakla da yükümlüdür (TMK md.340/1).

Çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesi kavramı, çocuğun genel eğitimi yani terbiyesi yanında çocuğun mesleki ve dini eğitiminin verilmesini de kapsar. Eğitimin niteliğini, bireyin topluma ne kadar yararlı olduğu belirlerken; eğitimin kapsamına ise, genel ve ahlak eğitiminin yanında özürlü çocuklara uygun surette eğitim verilmesi de girer³⁴. Eski Medeni Kanun'da

³² BAKTIR-ÇETİNER, s.54.

³³ ZEVLİLER, Aydın: Zevkliler Medeni Hukuk, B.6, Ankara 1999, s.1122.

³⁴ ÖZLÜ, s.36.

çocuğun mesleki eğitimi ayrı bir maddede ve kenar başlığı ile düzenlenmiş iken Yeni Medeni Kanun'da çocuğun mesleki eğitimi, genel eğitim maddesi içinde düzenlenmiştir. Dini eğitim ise ayrı bir maddede düzenlenmiştir.

Ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel özürlü olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde mesleki bir eğitim sağlarlar (TMK md.340/2). O halde ana ve baba, öncelikle çocuğun bedensel ve zihinsel özürlü olması halinde bu durumuna uygun olarak, bedensel ve zihinsel özürlü olması dışında da çocuğun eğilimlerine ve yeteneklerine uygun olan bir san'at veya meslek sahibi olmasına gayret göstereceklerdir. Eğer ana baba, çocuğu, arzuladığı mesleğin dışında başka bir meslek seçmeye zorlarsa, çocuğun TMK.'nın 346. maddesi gereğince hakime başvurarak gerekli önlemlerin alınmasını isteme hakkı vardır³⁵.

Çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir. Ana ve babanın bu konudaki haklarını sınırlandıracak her türlü sözleşme geçersizdir. Ergin, dinini seçmekte özgürdür (TMK md.341). Ana baba çocuğun dini eğitimini belirlerken bu eğitim ve öğretimin, devletin gözetim ve denetimi altında olduğunu, yasal ve Anayasal sınırlamaları gözden uzak tutmamalıdır³⁶.

5.3 Çocuğun Malları Bakımından

Çocuk, miras, bağışlama, ana babanın kanuni temsilci sıfatıyla yaptıkları kazandırıcı muameleler sonucu mal ve para sahibi olabilir³⁷. Ana ve baba velayet süresince çocuğun bu malları üzerinde idare ve istifade hak ve ödevine sahiptirler. Ana babanın çocuğun malları üzerindeki bu yetki ve görevi, yalnızca çocuğun doğduğu veya velayetin başladığı zamanda mevcut bulunan mallarını değil, çocuğun velayet altındayken kazandığı bütün malları kapsar³⁸.

Ancak çocuğun serbest malları yani çocuğa bir meslek veya sanatın icrası için verilen mallar üzerinde ana babanın idare ve istifade hakkı yoktur. Serbest malları yönetme yetkisi

³⁵ AKINTÜRK, s.401.

³⁶ ÖZUĞUR, Ali İhsan: Velayet, Vesayet, Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku, Ankara 2003, s.458.

³⁷ CANSEL, Erol: Velayet Hakkı ve Köttlye Kullanılması Nedeniyle Kaldırılması, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, C.1, Ankara 1977, s.139.

³⁸ BAKTİR-ÇETİNER, s.81.

bizzat çocuğa aittir. Daha önce de belirtildiği gibi ana ve babanın, çocuğun serbest malları dışında kalan malları üzerinde idare ve istifade yetki ve ödevi bulunmaktadır.

5.3.1 Çocuğun Mallarının İdaresi (Yönetimi)

Ana ve baba, velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler (TMK md.352/1). Ana ve babanın yükümlülüklerini yerine getirmedikleri durumlarda hakim müdahale eder (TMK md.352/2). Evlilik sona erince velayet kendisine kalan eş, hakime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır (TMK.md.353).

Ana babanın idare yetkisi, çocuğun mallarını koruma ve işletmeyi ifade eder. Buna bağlı olarak, idare yetkisi olan ana baba, çocuğun mallarını kiraya verebilir, gerekli tamirata ve bakımı yaptırır, faiz ve kiralara tahsil eder, çocuğa ait kıymetli evrakı, taşınmazı satıp bunlara ait tescil işlemlerini yapabilir.

Ana baba, velayeti (şahsa sıkı sıkıya bağlı hak olması nedeniyle) nasıl sağlararası bir muamele ile başkalarına devredemezlerse, idare haklarını da başkalarına devredemezler veya bu haktan feragat edemezler. Nitekim Yargıtay bir kararında, mirasçılarının, miras paylarına düşen tereke üzerinde iki çocuğun reşit olacakları güne kadar ve yüksek öğrenim yapmaları halinde ise bunun bitimine kadar terekenin resmen sevk ve idaresi için kayyım tayini istenmesini kanuna aykırı bularak, çocukların rüşte erinceye kadar velilerinin tereke üzerinde onlar adına tasarrufta bulunma hakkı olduğuna, bu hakkın ortadan kaldırılmasının buyurucu nitelikteki hükümlere aykırı olduğuna hükmetmiştir³⁹.

Ana baba, çocuğun mallarını yönetirken özen göstermek ve kendi mallarını yönetiyormuş gibi davranmak, çocuğun çıkarına en uygun yönetim biçimini seçmek zorundadırlar⁴⁰.

³⁹ Karar için bkz. **BAKTIR-ÇETİNER**, s.82.

⁴⁰ **ZEVKLİLER**, s.1124.

5.3.2 Çocuğun Mallarından Faydalanma (İstifade)

Kullanma hakkı kanununun, aile hukukuna ait nakdi ilişkilerinden doğan faiz, kira gelirleri, temettüğü toplayıp bunları öncelikle çocuk yararına ve bakımına sarfedilmesi için tüketme hakkı veren, münhasıran şahsa bağlı bir haktır. Bu hak veliye ana ve baba olması sebebiyle tanınmıştır, ana babanın velayet ödevine karşılık temsil ücreti olarak görülemez⁴¹. Ana ve baba, kusurları sebebiyle velayetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler (TMK md.354). Çocuğun mallarından yararlanma hakkı, kişiye bağlı, başkalarına devredilemeyen mutlak bir haktır. Yararlanma hakkı, soybağına bağlı bir sonuç olduğundan, sadece velayet hakkına sahip ana baba değil, kusurları olmaksızın kendilerinden velayet hakkı alınan ana baba da yararlanma hakkına sahiptir⁴².

Ana ve baba, çocuk mallarının gelirlerini, öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için; hakkaniyete uyduğu ölçüde de aile ihtiyaçlarını karşılamak üzere sarfedebilirler (TMK md.355/1). Gelir fazlası çocuk mallarına katılır (TMK md.355/2).

Çocuğun mallarının yönetimi ile mallardan faydalanma arasında birtakım farklar bulunmaktadır. En çok dikkat çeken fark, malların idaresi, hem ana babaya tanınmış bir hak hem de yüklenmiş bir ödevdir. Bu nedendir ki ana baba, çocuğun mallarının idaresinden vazgeçemezler. Oysa ki mallardan yararlanma ana babaya yalnızca hak verir. Yani ana baba isterlerse bu hakkı kullanmaktan feragat edebilirler⁴³.

5.4 Çocuğun Temsili Bakımından

Ana ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocukların yasal temsilcisidirler (TMK md.342/1). Ana baba temsil düşmanlığı olmayan her hukuki işlemi çocuk adına yapabilirler. Diğer bir ifadeyle ana babanın, çocuğu temsilen yaptıkları hukuki işlemler, çocuğun menfaatlerine aykırı olamaz.

İyi niyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler (TMK md.342/2). İyi niyetli üçüncü kişilerin, çocukla ilgili hukuki işlemlerden doğan ilişkilerde korunması için ana ve babadan biriyle yaptıkları işlemlerde, ana ve babanın

⁴¹ ÖZLÜ, s.45.

⁴² Bkz ÖZTAN, Temel Kavramlar, s.472; ZEVKLİLER, s.1124.

⁴³ Farklar konusunda daha kapsamlı bilgi için bkz. BAKTİR-ÇETİNER s.85.

diğerinin rızasına uygun hareket ettiklerinin kabulü gerekecektir. Bu varsayım, ana ve babanın velayet haklarını birlikte kullanması ve hiçbirine üstünlük tanınmaması ilkesinden kaynaklanmaktadır⁴⁴.

Kanun koyucu, bazı hukuki işlemlere girişmeden önce mahkemeden izin alma konusunda veliler ile vasiler arasında farklı bir düzenleme yapmıştır. Vasilerin, TMK.'nın 463 ve 463. maddeleri gereğince, önemli hukuki işlemlerde vesayet dairelerinden yani vesayet ve denetim makamlarından önceden izin almaları gerekirken, aynı konuda velilerin böyle bir zorunluluğu yoktur. Veliler bu işlemleri de, diğerleri gibi vesayet dairelerinden izin almaksızın yapabilirler. Ergin olan çocuklar kısıtlanarak vesayet altına konulacak yerde ana ve babalarının velayeti altında bırakıldıklarında da (TMK md 335/2), velilerin önemli hukuki işlemleri yapmadan önce vesayet dairelerinden izin almaları gerekmez⁴⁵.

6 HAKİMİN VELAYETE MÜDAHALESİ

6.1 Müdahale Sebepleri

Bazı durumlarda, çocuğun menfaatlerinin gereği olarak velayet altındaki çocuk hakkında hakimin belirleyeceği bazı tedbir kararları alınması gerekebilir. Bunu gerektiren sebepler, velayetin kaldırılmasını gerektirecek kadar ağır sebepler olmamakla birlikte, velayette hakim kararı ile değişiklik yapılmasını gerektirecek sebeplerdir. Diğer bir ifadeyle velayet son bulmaz, yalnızca velayette bazı düzenlemelere gidilir. Velayette hakimin müdahalesini gerektiren sebepleri, genel hatlarıyla aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz.

6.1.1 Boşanma veya Ayrılık

Ana babanın boşanması veya haklarında ayrılık kararı verilmesi -ki bu karar, boşanma sebeplerinden biri gerçekleşmiş olmasına rağmen ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunuyor ise hakim tarafından verilebilecek bir karardır-, velayet hususunda değişiklik yapılmasını gerekli kılmaktadır. Hakim, boşanma veya ayrılık davası açıldığında bu dava devam ederken, çocuğun bakımı ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır ve

⁴⁴ ÖZUĞUR, s.459.

⁴⁵ AKINTÜRK, s.403, 404.

boşanmaya veya ayrılığa karar verirken çocuğun menfaatlerinin gereği olan önlemleri alır (TMK md 169 vd.).

Velayetin kaldırılması sebepleri düzenlenirken boşanma ve ayrılığa yer verilmemiş olması, boşanma ve ayrılık durumlarında ana veya baba üzerindeki velayetin sona ermeyeceği şeklinde anlaşılabilir. Bu nedenle konu, velayetin sona erdiği haller başlığı altında düzenlenmemiştir. Her ne kadar hakim, boşanma veya ayrılık halinde, velayetin ana ve baba tarafından nasıl kullanılacağı, çocuğun kimin yanında kalacağı ve diğer eşin çocuğu hangi şartlarda göreceği konularında düzenlemeler yapmakta ise de bu durum, velayetin ana veya babadan tamamen alındığı anlamına gelmemelidir. Eğer bir taraf, çocuk üzerindeki tüm egemenlik, eğitim, yetiştirme, temsil etme vs. haklarını hem de hiçbir kusuru olmadan kaybediyorsa sadece belirli günlerde çocuğunu alıp sevmesinin, onunla oynamasının onun ana ve babalık hislerini tatmin ettiğini söyleyebilir miyiz⁴⁶?

Boşanma veya ayrılık kararı ile çocuğun velayeti bir eşe verildiğinde, diğer eş bakımından artık velayetin son bulduğu ve o eşin velayetin kendisine tanımış olduğu hak ve yetkilerden hiçbirini kullanamayacağına dair görüşler de mevcuttur⁴⁷. Hatta Yargıtay'ın da geçmiş kararlarında boşanma veya ayrılık halinde velayet hakkının ana baba tarafından müşterek kullanılmayacağına ilişkin kararı mevcuttur; fakat Yargıtay da artık belli konularda karşı tarafın fikrinin alınması gerektiğini kabul etmiştir. Bu hususa örnek teşkil eden bir kararında Yargıtay, “velayet kendisinde olan ananın, davalının (babanın) tek oğlu olan çocuğunu ona haber vermeden sünnet ettirmesini, oy çokluğu ile velayetin kötüye kullanılması” olarak kabul etmiştir⁴⁸.

Velayet kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle hakim, boşanma veya ayrılık durumunda kendisine tanınan takdir yetkisini keyfi olarak kullanamaz. Ayrıca hakim velayet konusunda yapmış olduğu müdahale, çocuğun menfaatlerine uygun olmalı ve verilen kararın infazı mümkün olmalıdır. Hakim ana baba ile çocuk arasında kişisel ilişki hükmü kurarken titiz davranmalı ve infaz güçlüğü doğurmaktan kaçınmalıdır⁴⁹. Zaten hakim, Hukuk Usulü

⁴⁶ BAKTIR-ÇETİNER, s.108.

⁴⁷ Bu yöndeki bir görüş için bkz. AKYÜZ, Emine: Velayet Hakkının Kaldırılması, AÜEBFD, C.12, S.1, 1992, s.22 vd.

⁴⁸ Y. 2.HD'nin, 21.05.1991 Tarih, 4235 Esas ve 8188 Karar sayılı ilamı.

⁴⁹ Emsal teşkil eden bir karar için bkz. Y. 2.HD'nin, 17.11.1987 Tarih, 8810 Esas ve 8920 Karar sayılı ilamı.

Muhakemeleri Kanunu'nun 389. maddesinin bir gereği olarak da bu hususa dikkat etmek durumundadır⁵⁰.

6.1.2 Fiili Ayrılık

Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesinde, (eşlerden herhangi birisine öncelik veya üstünlük tanınmadan) evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın, velayeti birlikte kullanacağı öngörülmüş; ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmiş ise hakim kararı ile velayetin eşlerden birine verilebileceği düzenlenmiştir.

4721 sayılı Medeni Kanun'dan önce yürürlükte bulunan 1926 tarihli Türk Kanun-u Medenisi'nde, fiili ayrılık halinde velayet konusunda eşlerin durumunun ne olacağı hususu hakkında bir düzenleme mevcut değil idi. Eski Medeni Kanun'un 263. maddesine göre "Evlilik mevcut iken ana ve baba velayeti birlikte icra ederler, anlaşmazlık halinde ise babanın oyu geçerli idi". Görüldüğü üzere, 4721 sayılı Medeni Kanun'un kabulünden önce 336/2. maddesinde belirtildiği üzere ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmiş ise hakim kararı ile velayetin eşlerden birine verilebileceğine dair bir düzenleme bulunmamakta idi. Peki bu durumda velayetin ayrı yaşayan eşlerden hangisi tarafından ve hangi şartlarda kullanılacağı konusundaki uyuşmazlıklarda çocuğun menfaati gereği hakimin velayete müdahale etmesi mümkün değil miydi?

Evli olan ve fakat fiilen ayrı yaşayan tarafların, zıtlaşarak fiilen yanlarında bulundurdukları çocukların öteki tarafça görülmesine engel olması halinde ne yapılacağı hususunda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 8.11.1967 günlü ve 245/512 sayılı ve Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 18.9.1984 tarihli, 7436 Esas ve 6648 Karar sayılı ve 06.04.1990 tarihli, 10977 Esas ve 3764 Karar sayılı kararlarında da belirtildiği üzere, ortada bir kanun boşluğu söz konusu olup, hakimin bunu doldurması ve çocuğun kimde kalacağını belirlemesi gerekmektedir. Ne var ki bu belirleme çocuğunu görmesine karşı tarafın engel olduğunu ileri süren tarafla müşterek çocuk arasında kişisel ilişkiyi düzenlemekten ibarettir. Yoksa evlilik birliği içerisinde velayetin birlikte kullanılacağına ilişkin yukarıda açıklanan yasa hükümleri gözden uzak tutularak velayetin düzenlenmesi yoluna gidilmesi, tarafların yarattıkları yasaya aykırı fiili durumlara hukuksal sonuç ve geçerlilik tanınmasına yol açar ve kuşkusuz böyle bir yol velayet hukuku açısından kabul edilemez.

⁵⁰ HUMK md.389: "Verilen karar ile iki tarafa tahmil ve bahşedilen vazife ve haklar şüphe ve tereddüdü mucip olmayacak surette gayet sarih ve açık yazılmalıdır".

Görülmektedir ki, 4721 sayılı Medeni Kanunumuzun 336/2. maddesi hükmünden sonra ortada hakim kanun yaratmasını gerektirecek bir kanun boşluğu kalmamıştır ve hakim, evli olmakla beraber fiilen ayrı yaşayan eşler arasında velayetin nasıl kullanılacağı konusunda müdahale etmesi yasal bir düzenlemeye kavuşmuştur.

Ayrı yaşayan eşler, aralarında çocuğun da görüşüne önem vererek velayetin kullanılması konusunda bir anlaşmaya varmışlar ise, bu durum hakim müdahalesini gerektirmez. Aksi durumda ise hakim, çocuğun menfaatleri ne gerektiriyorsa ona uygun bir karar vermelidir. Yukarıda boşanma ve ayrılık kararı verilmesi hallerinde hakim müdahalesi konusunda bahsettiğimiz, çocuğun menfaatlerinin gözetilmesi, alınan kararların infaz kabiliyetinin bulunması, velayet kendisine verilen eşin önemli işlerde diğer eşi de haberdar etmesi gerektiği gibi hususlar burada da geçerlidir. Tekrara başvurmamak için aynı hususlara yeniden değinilmeyecektir.

6.1.3 Çocuğun Menfaatinin ve Gelişmesinin Tehlikeye Düşmesi

Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için gerekli önlemleri alır (TMK md.346). Medeni Kanunumuz, ana ve babanın çocuğa karşı velayetten doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde hakime, uygun koruma önlemleri alma yetkisini vermektedir. Hatta önlem alma, hakime tanınmış bir yetki olduğu kadar ona yükletilmiş bir ödevi, bir yükümü de ifade eder⁵¹.

Ana veya babanın suiistimali, ihmali vb. gibi kanunda sayılmış sebeplerden dolayı çocuğun menfaati ve gelişmesi bozulursa bu, velayetin kaldırılması sebebidir. Oysa tedbirler velayetin kaldırılması için yeterli sebep olmadığı veya bu ağır sonuçtan önce ana babaya bir şans daha tanınması halinde alınır⁵².

Şunu belirtmekte fayda vardır ki; velayet hakkının hiç veya gereği gibi kullanılmamasında ana babanın kusurlu olup olmadıkları prensip olarak sonuca etkili olmaz. Yani çocuğun, ana babanın görevlerini yerine getirmemeleri sonucu fikren, ruhen ve bedenen gelişmemesi vakıası gerçekleşmişse ananın babanın kusuru aranmaksızın çocuğun

⁵¹ AKINTÜRK, s.423.

⁵² BAKTİR-ÇETİNER, s.116.

kurtulması, sıhhatine, normal gelişmesine kavuşturulması için kanunda öngörölmüş olan tedbirlerin alınması yoluna gidilir⁵³.

Kanun koyucu, çocuğun korunması için genel anlamda uygun önlemlerin alınmasını emretmiş; fakat bunların nelerden ibaret olacağını sınırlı bir şekilde teker teker saymayarak hakime geniş bir takdir yetkisi vermiştir. O halde, alınacak önlemlerin nelerden ibaret olacağını hakim serbestçe belirleyecektir. Ancak, burada hakimin gözden uzak tutamayacağı tek husus, alacağı önlemin çocuğun menfaatini korumaya elverişli bir önlem olmasıdır⁵⁴.

Hakimin, kendisine tanınmış geniş takdir yetkisi çerçevesinde alacağı uygun önlemler, yerine göre ana babaya uyarıda bulunmak, yol göstermek, yardımcı olmak, öğüt vermek, çocuğun ana baba ile olan ilişkisini sürekli denetlemek ya da bu iş için birini görevlendirmek gibi önlemler olabilir⁵⁵. Fakat hakim, hafif bir tedbir ile önlenmesi mümkün olan bir durum için, daha ağır bir tedbire karar veremez. Örnek olarak, ana babanın çocuk aleyhine olan davranışlarının, onların uyarılması ile giderilmesi mümkün ise, hakim çocuğu onlardan alıp bir aile ya da resmi kuruma yerleştirme yoluna gidemez⁵⁶.

6.1.4 Çocuğun Bedensel ve Zihinsel Gelişmesinin Tehlikede Bulunması

Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hakim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir (TMK md.347/1). Madde hükmünden anlaşıldığı üzere hakim, bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan çocuğun mağdur olmaması için ve onun menfaatleri gereği olarak çocuğu bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirme yetkisine sahiptir.

Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi, gerçekten ana baba ile arasındaki bağı koparılmasını gerektirecek derecede tehlikeye maruzsa, çocuk ana babadan alınmalıdır. Aksi halde, özellikle hakimin ana babayı uyarması ya da benzer tedbirler ile tehlikenin giderilmesi imkanı varsa bu yola kesinlikle başvurulmamalıdır. Bu açıdan çocuk ile ana babası arasındaki bağ, kural olarak, ancak tehlikenin "sürekli" olması halinde koparılmalı, aksi halde çocuk ana babadan alınmamalıdır⁵⁷.

⁵³ CANSEL, s.143.

⁵⁴ AKINTÜRK, s.423.

⁵⁵ ZEVKLİLER, s.1125.

⁵⁶ OĞUZMAN, Kemal / DURAL, Mustafa: Aile Hukuk, B.2, İstanbul 1998, s.301.

⁵⁷ OĞUZMAN/DURAL, s.305.

Çocuğun bedeni ve zihinsel gelişmesinin sürekli tehlike içinde olması şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini, çocukla ana baba arasındaki ilişkiyi, halin tüm icabını ve özellikle çocuğun eğilimlerini titizlikle inceleyerek hakim takdir eder. Örneğin, ananın ağır verem hastası olması, ana babanın terbiye etme yetkilerini sürekli olarak kötüye kullanmaları, üvey ananın çocuğa kötü davranması ve babanın buna ses çıkartmaması, ana babanın zeka özürlü çocuklarının eğitimi için gerekli olanı yapmaması, aklen ve bedenen sakat olan çocuğa babanın ilgisiz kalması, ananın, kızının pornografik dergilere bakmasına ya da cinsi münasebette bulunurken kızının kendisini seyretmesine izin vermesi, babanın alkolik olması ve ananın da tek başına çocuğu eğitmemesi gibi hallerde hakim, çocuğun ana babadan alınmasına karar verebilir⁵⁸.

6.1.5 Çocuğun Manen Terk Edilmiş Halde Kalması

Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hakim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir (TMK md.347/1).

Belirtmek gerekir ki, çocuğun esenliğinin sürekli tehlikede olması ve manen terk edilmiş olması arasındaki sınır oldukça kaypaktır. Çünkü bir çok halde, manen terk edilmiş bir çocuğun bedeni veya fikri gelişmesi de tehlikeye düşmüş demektir. Genellikle, çocuğun maruz olduğu tehlikeye karşı ana babanın mücadele etmemeleri halinde, çocuğun manen terk edilmiş sayılacağı kabul edilmektedir⁵⁹.

Bazen bir çocuğun maddi tüm gereksinimleri karşılandığı, yani iyi beslendiği, sağlık koşullarına uygun giydirildiği ve iyi barındırıldığı halde, manevi yönden tatmin edilmemiş olduğu görülür. Buna neden, ana veya babanın bilgi noksanlığı, çocuğa karşı isteksizlikleri, eşlerden birinin ölümü ya da ana babanın iş yoğunluğu olabilir. Örneğin bir ananın çocuğunu başka çocuklarla veya akrabalarıyla görüştürmemesi de manen terktir⁶⁰. Yargıtay, çocuğun anası veya babasını hiç sevmemesini de çocuğun manen terk edildiğinin kanıtı olarak kabul etmiştir⁶¹.

⁵⁸ OĞUZMAN/DURAL, s.306.

⁵⁹ OĞUZMAN/DURAL, s.306.

⁶⁰ BAKTİR-ÇETİNER, s.119.

⁶¹ Örnek teşkil edecek karar için bkz. Y. 2.HD.'nin 28.05.1985 Tarih, 2779 Esas ve 5208 Karar sayılı ilanı.

Şüphesiz çocuğun ana babadan alınması, onun ruhi bakımdan sarsıntıya uğraması gibi olumsuz sonuçlar doğurabilir. Ancak, ana babanın çocuğu manen terk etmesi durumunun gerçekleşmesi halinde çocukta oluşacak ruhi sarsıntı, kanun koyucu tarafından daha çok önemsenmiş olacak ki, hakime çocuğu aileden alınarak başka bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirme yetkisi tanımıştır. Fakat unutulmamalıdır ki, çocuğun bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi önleminin alınmış olmasına karşın ana ve babanın velayet hakları yine de devam eder⁶².

6.1.6 Çocuğun Aile İçinde Kalmasının, Aile Huzurunu Katlanılamayacak Derecede Bozması

Çocuğun aile içinde kalması, ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hakim aynı önlemleri alabilir (TMK md.347/2). Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa, bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır (TMK md.347/3). Nafakaya ilişkin hükümler saklıdır (TMK md.347/4).

Çocuğun aile içinde kalması halinde ailenin huzuru, onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuluyor ve bu başka türlü önlenemiyorsa, Aile Mahkemesi hakimi yine çocuğu ana babadan alıp bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirecek, giderler ana, baba ve malları varsa çocuk tarafından ödenecektir. Ancak ana babanın veya çocuğun ödeme güçleri yoksa bu giderler Devlet tarafından karşılanacaktır. Nafakaya ilişkin hükümler saklı tutulduğundan hakim, ana babaya nafaka yükü yükleyebilecek, devlet de ödeme güçleri olan ana babaya karşı nafaka davaları açabilecektir⁶³.

Madde lafzından da anlaşıldığı üzere, bu sebeple çocuğun bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi için, birlikte gerçekleşmesi gereken şartlar bulunmaktadır. Bu şartlardan ilki, “çocuğun aile içinde kalmasının, ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozmasıdır”. İkinci şart, “durumun gereklerine göre başka çarenin kalmamış” olmasıdır. Üçüncü ve kanımızca en önemli şart ise, “ana ve baba veya çocuğun istemidir”⁶⁴.

⁶² AKINTÜRK, s.425.

⁶³ ÖZUĞUR, s.462.

⁶⁴ Şematik açıklama için bkz ÖZTAN, Temel Kavramlar, s.471.

Eski Medeni Kanunda bu durum, “Çocuk, şirretliği hasebiyle ana ve babanın emirlerine karşı gelmekte temerrüt ederse; müessir başka bir ıslah çaresi bulunmadığı takdirde, aynı tedbirler, ana babanın talebi üzerine hakim tarafından ittihaz edilir.” şeklindeki bir hüküm ile ifade edilmekte idi. Fakat Yeni Medeni Kanunu’nun temel anlayışı farklı olduğu için, bu konuda da mevcut farklılıklar dikkat çekmektedir. Eski kanunda tedbirin uygulanması sebebi olarak, çocuğun şirretliği ve ana babasının emirlerine karşı gelmesi belirtilmiştir. Bu düzenleme, tedbiri yalnızca çocuktan kaynaklanan bir sebebe bağlamış ve hakime başvurma hakkını da yalnızca ana babaya tanımıştır. Çocuk ana babanın emirlerini yerine getiren bir robot olmadığına göre, Yeni Medeni Kanun’un düzenlemesi çocuğun menfaatlerini korumaya daha çok hizmet etmektedir. Kaldı ki, çocuklarının bir aile yanına ya da bir kuruma yerleştirilmesini isteyen ana baba, emirlerine itaat edilmediği kozunu her zaman kullanmak isteyeceklerdir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 347/3. maddesi ile tedbir sebebi, çocuk olabileceği için ana baba da olabilir ve hakime bu sebeple başvurma hakkına ana baba ile birlikte çocuk da sahiptir. Ayrıca Yeni Kanun metni, üvey çocuğun da, aile içinde kalmasının, ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozması durumunda aile yanına ya da kuruma yerleştirilebileceği şeklinde yoruma elverişlidir⁶⁵.

Çocuğun yetişmesi için bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi, ana babanın sadece çocuğu yetiştirme yetkisini ellerinden alır, yoksa onların velayet haklarına son vermez. Çocuğun bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi tedbiri, kural olarak çocuğun reşit olması ile sona erer. Çocuğun durumu reşit olmasından sonra da bu tedbirin devam etmesini gerektiriyorsa, o zaman çocuk kısıtlanır⁶⁶.

6.2 Müdahalenin Sonuçları

Velayet hakkını haiz ana ve babanın boşanması veya haklarında ayrılık kararı verilmesi, ana ve babanın fiilen ayrı yaşamaları, çocuğun menfaatinin ve gelişmesinin tehlikeye düşmesi, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesinin tehlikede bulunması, çocuğun manen terk edilmiş halde kalması ve çocuğun aile içinde kalmasının aile huzurunu katlanılamayacak derecede bozması sebeplerinden birinin varlığı halinde, hakimin velayete müdahale ederek çocuğun menfaati doğrultusunda velayetin kullanılmasında düzenleme yapabileceğini incelemiştik.

⁶⁵ ÖZLÜ, s.64.

⁶⁶ OĞUZMAN/DURAL, s.308.

Hakimin sayılan sebeplerin varlığı halinde velayete müdahale etmesi neticesinde velayet sona ermez. Çünkü velayetin kaldırılması sebepleri kanunda sayılmıştır ve bu sebepler içerisinde, hakimin velayete müdahalesi sebebi olarak belirttiğimiz sebepler bulunmamaktadır. Başka bir açıdan ele alacak olursak, hakimin velayetin kaldırılması kararı verebilmesi için kanun koyucu çok ağır şartlar öngörmüş iken; velayetleri altında bulunan çocuklarına karşı yükümlülüklerini kusursuz şekilde yerine getirmelerine rağmen örneğin, evlilik birliğini devam ettiremeyeceklerini anlayarak boşanan eşlerden, çocuğun kendisiyle birlikte kalmasına karar verilmeyen eş için velayetin sona erdiğini söylemenin yanlış ve haksız bir sonuç olduğu kanaatindeyiz. Akyüz, velayetin bölünemeyeceği görüşünden hareketle, boşanma ve ayrılık durumunda velayetin ana ya da babadan birine bütün olarak verildiğini belirtmektedir⁶⁷. Bu görüşe göre; boşanma veya ayrılıkta velayet kendisinde olan ebeveyn, çocuğun hangi mesleki eğitimi alacağına hatta eğitim alıp almayacağına, dini eğitimin ne olacağına, evlatlık verilip verilmeyeceğine ve çocuğu temsile tek başına yetkilidir⁶⁸. Daha önce de örnekleriyle değinildiği üzere, Yargıtay'ın da boşanma veya ayrılık halinde velayet hakkının ana baba tarafından müşterek kullanılmayacağına ilişkin geçmiş kararları bulunmasına rağmen, yeni kararlarında, belli konularda karşı tarafın fikrinin alınması gerektiği görüşünü kabul ettiği görülmektedir.

Hakimin velayete müdahale ederek velayetin kullanılmasına yönelik bir takım düzenlemeler yapması örneğin, velayet altındaki çocuğun eşlerden birinin yanında kalmasına karar vermesi, diğer eşi çocuğa karşı yapmakla yükümlü olduğu yükümlülüklerin kurtarmaz. Her iki eş de çocuğun bakım masraflarına müşterek katılmaya devam edeceklerdir. Yalnız, çocuğun mallarından istifade etmek ve istifade edilen bu geliri çocuğun bakım giderleri için harcamaya, çocuk kendisine bırakılan eş yetkili olacaktır. Çocuğun yanında kalmasına karar verilmeyen eşin çocuğu görme hakkı, onunla ilişki kurma ve zaman geçirme hakkı devam eder. Hakim vermiş olduğu kararda bu hususu da düzenlemek zorundadır. Hakim bunu düzenlerken çocuğun menfaatlerini göz önünde tutarak infaz kabiliyeti mümkün olan bir karar vermelidir.

⁶⁷ AKYÜZ, s.22 vd.

⁶⁸ BAKTİR-ÇETİNER, s.107.

BÖLÜM II

VELAYETİN KALDIRILMASI

1 GENEL OLARAK VELAYETİN SONA ERMESİ

Velayetin sona ermesi sebeplerinin incelemesi ile ilgili farklı sınıflandırmalar yapmak mümkündür. Örneğin, velayetin sona ermesi, kanundan kaynaklanmasına veya hakim kararından kaynaklanmasına göre sınıflandırılabilir gibi; genel sebepler ve velayetin çocuğun yararı için sona erme sebepleri şeklinde de sınıflandırılabilir.

Bu başlıkta, velayetin sona ermesi ve sona erme nedenleri incelenirken, velayetin kanundan kaynaklanan ve mahkeme kararından kaynaklanan sona erme sebepleri şeklinde bir sınıflandırma yapılması tercih edilmiştir. Fakat daha önce boşanma ve ayrılık konusu, hakimin velayete müdahalesi başlığı altında, hakimin velayetin düzenlenmesi amacıyla velayete müdahale etme sebeplerinden biri olarak incelendiğinden ve tarafımızca bu hallerde, velayetin kaldırılmasında olduğunun aksine velayetin son bulmadığı, yalnızca ana baba arasında velayetin kullanımına hakim tarafından düzenleme getirildiği görüşü kabul edildiğinden boşanma, ayrılık veya evliliğin butlanı, velayeti sona erdiren sebepler arasında incelenmeyecektir.

Yukarıda da bahsedildiği üzere velayeti sona erdiren sebepler, kanundan kaynaklanan sebepler ve mahkeme kararı ile sona erme sebepleri şeklinde iki başlık altında incelenecektir.

1.1 Velayetin Kanundan Dolayı Sona Ermesi

Velayet, çocuğun erginliğe kavuşması, çocuğun veya ana babanın ölümü, kısıtlanan çocuğa vasi atanması, çocuğun üçüncü kişi tarafından evlat edinilmesi, nesebin reddi veya evlatlık ilişkisinin sona ermesi gibi nedenlerle sona erer. Saymış olduğumuz bu nedenler kanunda düzenlenmiş olan, diğer bir ifadeyle kanundan kaynaklanan sona erme nedenleridir.

1.1.1 Çocuğun Reşit Olması

Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır (TMK md.335/1) hükmü gereğince, velayetin kural olarak çocuğun ergin olması ile sona ereceği anlaşılmaktadır. Çocuk on sekiz yaşını doldurmakla ergin olacağı gibi (TMK md.11/1), on sekiz yaşını doldurmamakla birlikte evlenmek suretiyle (TMK md.11/2) veya on beş yaşını doldurmuş ise kendisinin isteği ve velisinin onayı ile mahkeme kararı sonucu ergin kılınabilir (TMK md.12/1). Kanunda düzenlenmiş bu ergin olma sebeplerinden herhangi biri nedeniyle ergin olunması durumunda velayet sona erer. Fakat ergin olan çocuk kısıtlanmış ise ve kendisine bir vasi atanmasına gerek görülmemişse ana ve babasının velayeti altında kalır (TMK md.335/2).

1.1.2 Velayet Altındaki Reşit Çocuğun Kısıtlılık Halinin Kalkması veya Kısıtlılık Altındaki Çocuğa Vasi Tayini

Hakim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babalarının velayeti altındadır (TMK md.335/2). Bu madde hükmünden yola çıkarak velayetin sona erme sebeplerinden ikisine ulaşmak mümkündür. Buradaki velayetin sebebi, artık küçüklük değil kısıtlılık olduğundan, kısıtlılık sebebinin ortadan kalkmasıyla velayet de sona erecektir⁶⁹.

Kısıtlılık sebebinin varlığına rağmen hakim, çocuğun ana babasının velayeti altında bırakılmasını değil de çocuğa bir vasi atanmasına karar verirse, bu durumda da velayet sona erer. Çünkü kısıtlanan ergin çocukların velayet altında kalacağı kuralının istisnası olan, hakimin bu çocuklara vasi atanmasını uygun görmesi halinde velayet, yerini vesayet kurumuna bırakmaktadır.

1.1.3 Çocuğun Evlat Olarak Üçüncü Kişiye Verilmesi

Ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçer (TMK md.314/1). Eğer ana baba, çocuklarını bir başkasına evlat olarak vermişlerse, ana babaya ait hak ve yükümlülükler evlat edinene geçeceğinden, ana babanın velayeti de sona erer ve velayet hakkı evlat edinen kişi ya da kişilere geçer. Bu nedenle, küçüğün ana babasının temsilci sıfatları kalmadığından, çocukları adına evlatlık sözleşmesinin kaldırılmasını talep edemezler⁷⁰.

⁶⁹ BAKTIR-ÇETİNER, s.91.

⁷⁰ Bkz Y. 2.HD.'nin, 22.04.1988 Tarih, 3324 Esas ve 4564 Karar sayılı ilamı.

Yargıtay'a göre, evlat edinene geçen velayet hakkı, evlat edinenin ölümü ile ortadan kalktığında, velayet tekrardan ve kendiliğinden ana babaya veya bunlardan hayatta olana dönmez, bu gibi hallerde vasi tayini gerekir⁷¹.

1.1.4 Ana Babanın ya da Çocuğun Ölümü veya Gaipliği

Velayet ana babaya tanınan şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak ve ödev olduğundan onların ölümü ile velayet sona erer, mirasçılara geçmez⁷². Ancak ana ve babadan biri ölmüşse, hiç şüphesiz ki ölen veli bakımından velayet sona ererken diğer veli bakımından velayet devam eder. Ana babanın her ikisinin ölümü, velayeti sona erdirir ve çocuğa bir vasi atanır.

Çocuğun ölümü ile velayet hakkının sona ereceği tabiidir. Çocuğun ölümünden sonra ana babanın çocuğun ölüsüne saygı yükümlülüğü ve hakkı vardır. Bu hak ve yükümlülük, velayet hakkının sonradan ortaya çıkan etkileridir. Çocuğun nereye gömüleceği, çocuktan organ alınmasına müsaade edilip edilmeyeceği gibi hususlarda hak ve yetkiler ana ve babadadır⁷³.

Gaiplik, ölümün sonuçlarını doğurduğundan, hakkında gaiplik kararı verilen ana baba veya çocuk için de velayet sona erer (TMK md.32 vd.).

1.2 Velayetin Mahkeme Kararı İle Sona Ermesi – Velayetin Kaldırılması

Velayetin, mahkeme kararı ile de sona ermesi mümkündür. Hakim gerekiyorsa, istek üzerine veya kendiliğinden velayeti kaldırır. İlgililer dışında üçüncü kişiler de velayet hakkının kaldırılması için hakime başvurabilirler. Mahkeme kararı ile velayetin sona ermesi, hakim velayetin kaldırılmasına karar vermesi ile gerçekleşir.

Velayetin kaldırılması için gerekli sebepler, hakim velayetin kaldırılmasına karar vermesi, velayetin kaldırılmasının sonuçları, velayetin kaldırılmasına ilişkin durumun değişmesi gibi tüm hususlar Medeni Kanun'un 348 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Velayetin kaldırılması da velayete hakim müdahalesi durumudur; fakat bu müdahale daha

⁷¹ Bkz. YHGK'nun, 20.12.1965 tarih, 17 Esas ve 24 Karar sayılı ilamı.

⁷² BAKTIR-ÇETİNER, s.89.

⁷³ ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, B.3, Ankara 2000, s.489.

önce incelediğimiz aksine velayette birtakım düzenlemeler yapmak için değil, velayeti sona erdiren bir karar -ki bu karar velayetin kaldırılması kararıdır- almak içindir.

Velayetin kaldırılması müessesesi, bundan sonraki bölüm başlığı altında, sebepleri, sonuçları, yargılamaya ilişkin özellikleri, konu ile ilgili yargısal uygulamalar ve yüksek mahkeme kararları gibi tüm hatları ile ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

2 VELAYETİN KALDIRILMASI

2.1 Genel Olarak

Medeni Kanun'un 348. maddesine göre velayet hakkı mahkeme kararı ile ana babadan alınabilir. Velayet hakkı ana babanın kişilik haklarından olduğundan kanun koyucu, velayet hakkının kaldırılmasını hakim kararına bağlamıştır. Velâyetin geri alınması yalnız hâkimin yetkisindedir ve Medeni Kanunun tek tek saydığı sınırlı koşullar içerisinde gerçekleşmektedir. Başka bir deyişle velâyet hakkı devir ve ferağ edilemez. Bu hakkın kaldırılmasına ana ve babanın rıza gösterip göstermemesinin hiçbir hukuksal önemi yoktur. Velayet hakkı sadece anadan veya sadece babadan alınabilir, bu durumda diğer ebeveynin sahip olacağı velayet hakkının kapsamı, tıpkı diğer eşin ölmesinde olduğu gibi genişir⁷⁴. Ancak velayet hakkının eşler bir arada yaşarken, onlardan birinden kaldırılması, istisnai durumlarda söz konusu olur. Çünkü, velayet hakkı kaldırılmış olan eşin, idari makamların isteğinin aksine ve eşinin rızası hilafına kendisinden alınan velayet hakkının kapsamına giren bazı işleri yapmaya devam etmesi mümkündür⁷⁵.

Çocuk Hakları Sözleşmesinin 19/I. maddesinde; taraf devletlerin, çocuğun, ana ve babasının ya da onlardan yalnızca birinin, vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken, bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suiistimale, ihmal ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alacakları belirtilmektedir. Velâyetin kaldırılması da bu önlemlerden birisidir. Çocuğun korunması için alınabilecek olan "genel koruma önlemleri" ile "çocuğun yerleştirilmesi" önleminde sonuç alınamazsa veya

⁷⁴ ÖZTAN, Aile Hukuku, s.491.

⁷⁵ AKYÜZ, Velayet Hakkının Kaldırılması, s.11.

bu önlemlerin alınmasının gereksiz olacağı sonucuna varılır ise, velâyetin kaldırılması yoluna kuşkusuz son çare olarak başvurulmaktadır⁷⁶.

Velâyetin kaldırılması ana baba ile çocuk arasındaki bağı önemli ölçüde etkilediği için, soyut iddialarla velâyetin kaldırılmasına karar verilmemesi gerekmektedir. Velâyetin kaldırılmasını gerektiren sebeplerin somut olaylara bağlanması ve şüpheyeye düşülmeyecek şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. “Velâyet hakkının kullanılmasına hâkimin müdahale edebilmesi için ana ya da babanın vazifelerini yerine getirmediğinin sabit olması gerekir. Davaya konu olayda davalı ananın velâyet görevini yerine getirmediği ispatlanmamış, aksine davacı tanıkları bile davalının iyi niyetli ve sorumluluklarını müdrik bir kimse olduğunu açıklamışlardır. Şu durumda mahkemece velâyet hakkının kullanılmasını engelleyici nitelikte olmak üzere verilen karar, sabit olan maddi olgulara değil, yalnızca ihtimallere ve davalı kadının cahil olması vakasına dayandırılmıştır. Oysa Medeni Kanunun olayla ilgili maddeleri varsayıma dayalı düşünceleri değil, gerçekleşen ve sübuta eren olayları öngörmüştür”⁷⁷.

Velâyetin kaldırılması çocuğun korunması amacına yönelik olduğu için, ana ve babanın kusurlu olmaları şartı aranmamaktadır. Önemli olan velâyetten doğan yükümlülüklerin yeterli olarak yerine getirilmemesi, yetkilerin ve hakların gereği gibi, amacına uygun kullanılmamasıdır. Kusur ancak ana ve babanın çocuğun mallarını kullanmaya devam edip edemeyecekleri noktasında etkili olmaktadır⁷⁸.

2.2 Velayetin Kaldırılmasının Şartları

Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınmaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hakim aşağıdaki hallerde velayetin kaldırılmasına karar verir: 1-Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi, 2-Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması. Velayet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır. Kararda aksi belirtilmedikçe, velayetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar (TMK md.348).

⁷⁶ SEROZAN, s.398.

⁷⁷ Y. 2.HD.’nin 03.03.1987 Tarih, 1987/642-1722 Esas ve Karar sayılı ilamı.

⁷⁸ OĞUZMAN/DURAL, s.313.

Velâyetin ana ve babadan alınması çok ağır bir önlem olduğu için, kaldırılması koşulları Eski Medeni Kanun'da olduğu gibi Yeni Medeni Kanun'da da sınırlı olarak sayılmıştır. Birinci grupta ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması gibi nedenlerle velâyet görevinin gereği gibi yerine getirilememesi halleri belirtildikten sonra, ikinci grupta ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması hali düzenlenmiştir⁷⁹. Belirtilen bu koşullardan başka bir sebeple velâyet hakkı ana ve babadan alınamayacaktır. Ancak diğer kanunlarda yer alan ve velayetin kaldırılmasını gerektiren haller istisnadır. Örneğin mahkum olma nedeniyle velayet hakkının kaldırılması gibi. Bu hususlara ileride değinilecektir.

Medeni Kanunumuzun 348. maddesinde düzenlenmiş olan ve sınırlı olarak iki grup altında sayılmış olan velayetin kaldırılması şartlarının ön koşulu da aynı maddenin başında belirtilmiştir. Hakimin, velayetin kaldırılmasına karar verebilmesinin ön şartı, çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaması ya da bu önlemlerin yetersiz olacağından önceden anlaşılmasıdır. Diğer önlemlerle çocuğun korunması sağlanacaksa velâyetin kaldırılması önlemine başvurulmaması gerekir. Önlemler uygulanırken belirli bir sıra takip edilmeli, hafiften ağıra doğru gidilmelidir. Ancak diğer önlemlerin alınmasının sonucu etkilemeyeceği baştan anlaşılabilir durumda ise tabii ki velâyetin kaldırılması önlemi baştan alınabilmelidir. Çünkü asıl olan çocuğun korunmasıdır. Çocuk yararı diğer hususlardan önde gelmektedir.

“...(Eski) Medeni Kanun'un 274. maddesi uyarınca velâyetin kaldırılmasına ancak çok ciddi durumlar karşısında gidilmelidir. Çocuğun korunması için alınacak önlemlerin mümkün olduğu kadar kademeli bir şekilde olması, daha hafif önlemlerle yetinmek mümkün iken ağırına başvurulmaması gerekir. Bu sebeple mümkün oldukça ana baba dinlenmeli, eğer onların uyarılması ile çocuğun üzerindeki tehlikenin giderilmesi umulur ise onların uyarılmasına veya diğer önlemlere başvurulmalıdır...”⁸⁰.

Velâyetin kaldırılması koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmeden önce ana ya da babanın bu hakkı kullanma imkanına eylemli olarak sahip olup olmadığının tespit edilmesi de gerekmektedir. Yasal olarak velâyet hakkını kullanma hakkına sahip ana ya da

⁷⁹ ÖZTAN, Temel Kavramlar, s.472.

⁸⁰ Y. 2.HD.'nin 02.04.1992 Tarih, 1992/3630-3888 Esas-Karar sayılı ilamı.

baba, bu hakkı fiilen kullanma imkanına sahip olmamışlar ise velâyetin kaldırılması koşullarının gerçekleştiğinden de bahsedilemeyecektir⁸¹.

“...babanın şehit olması sonucu velâyeti davalı anneye yasa gereği geçen 1992 doğumlu Şeyma'nın dede yanında kaldığı, annenin 1994 yılında resmi olmayan bir evlilik yaptığı, bu evliliğin iki ay sürdüğü, Şeyma'nın davacı dede tarafından alıkonulduğu anlaşılmaktadır. Davalı anne, velâyet hakkını eylemli olarak kullanma olanağı bulamamıştır. Çocuğa bağlanan aylıklara da dokunmayarak bankada çocuk adına biriktirdiği, velâyeti kötüye kullandığına dair başka bir delilin de bulunmadığı dikkate alınmadan velâyetin kaldırılması gibi ağır bir yaptırım uygulanması doğru bulunmamıştır....”⁸².

2.2.1 Velayet Görevinin Gereği Gibi Yerine Getirilememesi

Velayetin kaldırılması nedenlerinden en önemlisi, ana ve babanın velayet görevlerini, deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri nedenlerle gereği gibi yerine getirememeleridir⁸³. Ana babanın velayet görevlerini gereği gibi yerine getirememeleri, diğer bir ifadeyle velayeti kullanmada yetersiz olmaları, objektif ya da subjektif sebeplere dayanabilir. Velinin ağır hastalığı, yerinin bilinmemesi, yetersizliğin objektif sebeplerine örnek olabilir. Psikopatik bir bünye, alkolizm, ahlaka aykırı hayat sürme, çocuğun özürlü olması nedeniyle ona bakamama, subjektif yetersizlik örnekleridir. Bunun gibi, evliliğinin köklü sarsılması da, genellikle velayetin gereği gibi yerine getirilememesine sebep olarak gösterilmektedir⁸⁴.

Ana babanın, yukarıda sayılan hususlardaki görevlerinin bilinci içinde olmamaları, isteseler de olamayacakları bir ruhsal ve beyinsel yapıya sahip olmaları durumudur. Onların fakir, yardıma muhtaç olmaları, velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Fakat ana ve baba yoksul olmalarına karşın, çalışmaktan ısrarla kaçıyorlar, tembelliği bir meslek haline getirmişlerse bu durum velayetin onlardan kaldırılması için haklı bir neden sayılabilir. Ayrıca ana ve baba acz içinde buldukları takdirde, çocuklarının bir aile yanına konulmasına, bir kuruma yerleştirilmesine karşı çıkıyor ve bunda ısrarlı iseler bu durum da velayetin kaldırılma

⁸¹ ÇELİK, Cemil: Velayetin Kaldırılması, AÜHFD, C.54, S.1, 2004, s.269.

⁸² Y. 2.HD.'nin 24.03.1997 Tarih, 1997/2351-3231 Esas ve Karar sayılı ilamı.

⁸³ ÖZUĞUR, s.463.

⁸⁴ OĞUZMAN/DURAL, s.314.

nedeni sayılmalıdır⁸⁵. “Ananın mali durumunun zayıf olması, başlı başına velayetin kaldırılması sebebi değildir”⁸⁶.

Ana ve baba velâyet görevlerini gereği gibi yerine getiremeyebilirler. Velâyet görevinin gereği gibi yerine getirilemediği haller Kanun hükmünde eski metinden farklı olarak tek tek sayılmıştır. Bunlar ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı veya başka yerde bulunmasıdır. Ancak ana ve babanın velâyet görevini gereği gibi yerine getirememesi halleri, bu sayılanlarla sınırlı tutulmamıştır. Medeni Kanununun 348/1. maddesindeki “veya benzeri sebeplerden biriyle” şeklindeki düzenleme, sayılanların sınırlı olmadığını göstermektedir. Bu bentte belirtilen sebeplerin ortak özelliği; velâyet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen ve belli bir süreklilik arz eden sebepler olmalarıdır.

2.2.1.1 Ana ve Babanın Deneyimsizliği

Ana ve babanın deneyimsizliği ifadesi, ana ve babanın yaş küçüklükleri ve benzeri sebeplerle çocuğa karşı birtakım görevlerin yerine getirilememesi şeklinde algılanmamalıdır⁸⁷. Doktrinde tecrübesizlik ve bilgisizlik nedeniyle velayetin kaldırılmasına, çocuğun aşırı şımartılması, davranışlarına hiçbir sınır konulmaması ya da tam aksine kişiliğinin tamamen baskı altında tutulmasına yol açacak derecede sert davranılması, sertlik ve şımartma arasında dengesiz ve açık bir değişiklik gösterilmesi gibi ana-baba davranışları örnek gösterilmektedir. Velâyetin deneyimsizlik nedeniyle kaldırılması koşulu, uygulamada hemen hemen hiçbir zaman tek başına bulunmamaktadır. Bu koşul daha çok diğer koşullarla birlikte ortaya çıkmaktadır⁸⁸.

Hâkimin, ana ve babanın deneyimsizliği nedeniyle velayetin kaldırılmasına karar vermeden önce ana ve babanın tecrübesizliğini ve deneyimsizliğini ortadan kaldırmak için başka bir önlem alması gerekir. Örneğin ana ve babanın tecrübesizliklerini ortadan kaldıracak kurslara devam etmesine karar verebilme, maddi imkansızlık nedeniyle kursa devam edememe ihtimali halinde masrafın devlet tarafından karşılanmasına karar verme gibi. Ancak velâyetin kaldırılması koşullarının gerçekleşmesi durumunda, hâkime velâyeti kaldırmama ya da başka bir önlem alma yetkisi tanınmamıştır. Bu sonuç, 348. maddede belirtilen “aşağıdaki hallerde hakim velayetin kaldırılmasına karar verir” şeklinde yer alan ve taktir yetkisi

⁸⁵ ÖZMEN, İsmail: Velayet, Nesep ve Evlat Edinme Davaları, Ankara 1999, s.275.

⁸⁶ Y. 2.HD.’nin 04.11.1983 Tarih, 8892-9227 Esas ve Karar sayılı ilamı.

⁸⁷ GÜRSOY, Serhan / BULUT, Harun: Aile Mahkemeleri Uygulaması, B.1, İstanbul 2004, s.752.

⁸⁸ AKYÜZ, Velayet Hakkının Kaldırılması, s.12.

tanımayan düzenlemeden çıkmaktadır. Ancak Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 6/I-d. maddesi; hâkime, ana ve babayı tecrübesizliklerini gidermeleri için meslek edinme kursuna veya uygun görülecek bir eğitim kurumuna gönderme imkanı vermektedir⁸⁹.

Konu ile ilgili Yargıtay kararları:

“Velayet hakkı tevdi olunan annenin acizliği ve görevini yerine getirmediği kanıtlanmadıkça velayet hakkı kaldırılamaz”.

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 07.09.1999 Tarih, 7102-8157 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“ Velayetin kaldırılmasını mucip bir sebep olmadıkça veli velayetin feragat ile çocuğa bir vasi tayinini talep edemez”.

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 13.04.1954 Tarih, 2082-2008 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“ (Eski) Medeni Kanununun 274. maddesinde velayetin ana veya babadan kaldırılması (nez'edilmesi) için velinin aciz veya mahcur olması, yahut nüfuzunu ağır surette suistimal veya fahiş ihmalde bulunması gerekir.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 07.11.1968 Tarih, 6055-6365 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Ana baba vazifelerini ifa etmedikleri takdirde hakim, kamu düzeni mülâhazasıyla gerekli tedbirleri alır ve gerekirse velayeti nez'eder (kaldırır). Velinin menfaatinin çatışması halinde küçük için bir kayyım tayin edilir.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 23.03.1972 Tarih, 1742-1746 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“ Velayet hakkı kendisine verilen eşin ihmali veya velayet görevini yerine getirmekte acizliği belirlenmedikçe, sadece evlenmiş olması velayetin nez'ini (kaldırılmasını) gerektirmez.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 21.11.2000 Tarih, 12525-13085 Esas-Karar sayılı ilamı).

“ Velayetin nez'i (kaldırılması) davası, velayet hakkı kendisine verilen eşe yöneltmeli, görevi yerine getirmede acizlik veya ihmal gerçekleşirse sonucuna göre velayet hakkı nez edilmelidir (kaldırılmalıdır).”

⁸⁹ ÇELİK, s.271.

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 22.06.1999 Tarih, 6847-7169 Esas ve Karar sayılı ilamı).

2.2.1.2 Ana ve Babanın Hastalığı

Hastalık hali, objektif veya subjektif bir sebebe bağlı olabilir. Ağır hastalık hali, objektif sebebe örnek teşkil eder. Hastalık konusunda Umumi Hıfzısıhha Kanunu gözden uzak tutulmamalıdır⁹⁰. Ana ve babanın aynı anda veya onlardan herhangi birinin hastalığı, ancak bu hastalığın ana ve babanın ya da onlardan birinin velayet görevlerini yerine getirmesine, ya tamamen mani olacak derecede ya da büyük bir kısmını ifa etmelerine engel olacak derecede ağır olmalıdır. Yoksa her hastalık velayetin kaldırılması nedeni olmayacaktır⁹¹.

Eski Medeni Kanunda açık olarak ana ve babanın hastalığı velâyetin kaldırılmasını gerektirecek bir durum olarak düzenlenmemiştir. Bu durum hâkimin takdirine bırakılmıştır (EMK.md.274/1). Hâkim de ana ve babanın hastalığını, velâyetin gerektirdiği yükümlülükleri yerine getirmede yetersizliğe neden olduğu gerekçesiyle velâyetin kaldırılmasına karar verebilmekteydi. Şimdi ise ana ve babanın hastalığı açık olarak velâyetin kaldırılması nedeni olarak öngörülmüştür. Ancak her tür hastalık tabii ki velâyetin kaldırılması sonucunu doğurmayacaktır. Hastalığın, ana ve babanın velâyet görevini yerine getirmelerine engel olması gerekmektedir⁹².

Sürekli olarak temyiz kudretinden yoksun kalma durumunda bu koşul gerçekleşmiş olmaktadır. Doktor raporuna göre uzun süre iyileşme olasılığı bulunmayan akıl hastalığı ve akıl zayıflığında da durum aynıdır⁹³. Bununla beraber geçici fiziksel rahatsızlıklar velâyetin kaldırılması sonucunu doğurmayacaktır. Ancak felç gibi fiziksel rahatsızlıklar nedeniyle velayetin kaldırılmasına karar verilebilecektir. Bulaşıcı hastalıklar, ölümcül hastalıklar, evliliğe nispi engel teşkil eden sebepler, küçüğün korunması bakımından velayetin kaldırılması gerekçesi olabilirler⁹⁴.

4721 sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 348. maddesinin ilk fıkrasının (1) nolu bendinin "Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi." şeklindeki

⁹⁰ ÖZLÜ, s.73.

⁹¹ GÜRSOY/BULUT, s.752.

⁹² ÇELİK, s.271.

⁹³ AKYÜZ, Velayet Hakkının Kaldırılması, s.12.

⁹⁴ YETİK, Nurten: Ehliyet-Velayet-Nüfus-Vesayet-Nafaka, Ankara 2003, s.79.

ilk haline göre, ana ve babanın özürlü olması nedeniyle, velayet görevini gereği gibi yerine getirememeleri gerekçesiyle velayetin kaldırılmasına karar verilebilmekte iken; 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un⁹⁵ 38. maddesi hükmü ile, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 348. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi, "Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi" şeklinde değiştirilmiştir.

Konu ile ilgili Yargıtay kararları:

"...Kısıtlanarak vesayet altına alınan anne halen felçli olup başkasının yardımıyla yaşamını sürdüren, sakatlara özgü üç tekerlekli bisikletle sokağa çıkan, dilencilikle geçinen biri olduğuna göre velayetin ona verilmesi çocuk yönünden hiçbir yarar sağlamaz..."

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.11.1993 tarihli, 2-593 Esas ve Karar sayılı ilamı).

"...Davalı akıl hastası olup velayet görevini gereği gibi yerine getiremeyecektir. Bu yön gözetilmeden küçük Yüksel'in velayet hakkının da anneye verilmesi gerekirken babaya verilmesi kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir..."

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 05.06.2003 Tarih, 6627-8302 Esas ve Karar sayılı ilamı).

"Davalıda psikolojik rahatsızlıklar bulunduğu, tedavi gördüğü çekişmesizdir. Vesayet altına alınmasına gerek olmadığına ilişkin sulh dosyası getirtilerek birlikte Adli Tıbbı gönderilmesi, davalıda bulunan ruhsal rahatsızlığın, çocuğun gelişmesi, eğitimi, ruhsal sağlığı yönünden sakınca yaratıp yaratmayacağı hakkında bilgi alınması, sonucuna uygun karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi isabetsizdir."

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 18.06.2001 Tarih, 819-9535 Esas ve Karar sayılı ilamı).

2.2.1.3 Ana ve Babanın Başka Bir Yerde Bulunması

Daha önceki açıklamalarımızda da değindiğimiz üzere velayet altındaki çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının yerleşim yeridir (TMK md.21/1). Eğer ana ve babanın ortak bir yerleşim yeri yoksa, çocuğun yerleşim yeri, bırakıldığı velisinin yerleşim yeridir. Eğer velayet hakkı, ana babadan yalnızca birine tanınmış ise, çocuğun yerleşim yeri de bu velinin

⁹⁵ Resmi Gazete, 07.07.2005 tarih, 25868 sayı.

yerleşim yeridir. Bu açıklamadan ve bu açıklamaya esas teşkil eden kanun hükmünden yola çıkarak diğer bir anlatımla, velâyetin temel özelliklerinden biri de ana ve baba ile çocukların birlikte yaşamalarıdır. Yargıtay'ın bu hususa dikkat çektiği bir kararı şu şekildedir:

“...Velayet hakkı çocuk ve mahcurun ve korunmalarını sağlamak için onların şahısları ve malları üzerinde ana babanın sahip oldukları görevlerin, hakların ve yetkilerin tümüdür. Çocuk küçük iken ana ve babanın velayeti altındadır. Karı kocadan birinin vefatı halinde velayet sağ kalana ve boşanma halinde çocukların tevdi olunduğu tarafa ait olur. Boşanma ve ayrılık vukuunda hakim hakkı velayetin kullanılmasına ve ana baba ile çocuklar arasındaki şahsi münasebetlere dair gereken tedbirleri alır. Öncelikle şu noktaya değinmek gerekir ki çocuğun tevdi edildiği taraf ile velayet hakkının tanındığı taraf sözleri eşanlamlı olup velayet ana babadan birine verilip, çocuğun devamlı velayet verilmeyen tarafa verilebileceği anlamında değildir. Velayet hakkına sahip olmak çocukla velinin aynı çatı altında yaşamasını gerektirir. Zira velayetin kapsamını düzenleyen Medeni Kanun'un 264 ve devamı (Yeni Medeni Kanun'da 339 ve devamı) maddeleri çocukla velinin bir arada olması ile tatbik yeri bulabilir. Hakim velayet verilmeyen taraf ile çocuğun şahsi ilişkisini düzenlerken tarafların arzusu ile bağluda değildir. Bilindiği gibi velayete ilişkin mahkeme kararları kesin hüküm teşkil etmez, değişen şartlara göre velayet değiştirilebilir. Hatta nez edilir (kaldırılır). Velayet tevdi edilmeyen anneye haftanın beş gün, velayet verilen babaya da haftanın son iki gününün çocukla beraber olma biçiminde karar verilmesi velayet hakkını sınırlar. Velayete ilişkin görevlerin yerine getirilmesini engeller niteliktedir. Mahkemece velayetin babada kalması uygun görüldüğüne göre babanın, çocukla annenin şahsi ilişkisinin yeniden düzenlenmesi isteği yerindedir. Babanın velayet hakkını kullanabileceği şekilde şahsi ilişki düzenlenmelidir...”⁹⁶.

Bunun aksine ana ve babanın çocuğun yerleşim yerinden başka bir yerde bulunması velâyetin kaldırılmasına neden olabilmektedir. Çünkü bu durum velâyetin normal biçimde kullanılmasına engel olmaktadır. Ancak ana ve babanın geçici olarak çocuğun bulunduğu yerden uzaklaşmaları veya çocuğu başka bir yere göndermeleri bu koşulun gerçekleşmesine yetmeyecektir.

“...davalının, eşinin ölümü nedeniyle üzüntü, maddi sıkıntı içinde kalması ve özellikle eşinin miras haklarını almak amacı ile çocukları geçici bir zaman için amcalarına emanet ettiği anlaşılmaktadır. Davalı ise lise mezunudur. Aciz ve mahcur bir durumda bulunmadığı gibi, nüfuzunu ağır bir surette suiistimal ettiği ve fahiş bir ihmalde bulunmak maksadı ile

⁹⁶ Y. 2.HD.'nin 11.06.1998 Tarih, 1998/6412-7398 Esas ve Karar sayılı ilamı.

hareket eylemediği açıkça anlaşılmaktadır.velayetin nez'ini (kaldırılmasını) gerektirecek bir durum sabit görülmediğinden velayetin nez'ine (kaldırılmasına) dair karar usule aykırıdır...”⁹⁷.

Bu halin velayetin kaldırılması sebebi olarak kabulü için, velayet hakkını haiz ana ve babanın devamlı surette velayet altındaki çocuk ile ayrı şehirlerde hatta ayrı ülkelerde yaşamaları, uzun zamandan beri bir araya gelememiş olmaları, bu sebepten de velayet görevinin yerine getirilme olasılığının ortadan kalkmış olması gerekir⁹⁸. Farklı bir ifadeyle, başka bir yerde bulunma nedeniyle velayetin kaldırılabilmesinin koşulları⁹⁹, ana baba ile çocuğun birlikte yaşamaya son vermiş olmaları, başka bir yerde bulunmanın terk amacı güdüyor olması ve bu başka yerde bulunma durumunun haksız olması gerekir¹⁰⁰. Bir kimse görevi gereği veya hastalık ya da tutukluluk sebebiyle çocuktan farklı bir yerde bulunuyorsa, burada terk amacı bulunmadığından bu hal “başka bir yerde bulunma” anlamına gelmeyecektir¹⁰¹. Ancak koşulları oluştuğunda diğer sebeplerden biriyle velâyetin kaldırılmasına karar verilebilecektir.

Farklı bir yerde bulunmanın haksız olması, çocukla birlikte yaşamaya son verme ve terk amacı gütmesi şartları mevcut değil iken velayetin kaldırılması söz konusu olmayacaktır; fakat bu durumda da velayet altındaki çocuğun hem ana hem de babasıyla zaman geçirmesinin sağlanması probleminin çözülmesi gerekecektir. Bir çocuğun ebeveynleri ile zaman geçirmesi onun en tabii hakkıdır ve çocuğun sağlıklı gelişimi için hem ana hem baba şefkatinden hatta varsa kardeş sevgisinden yoksun yetişmemesi onun menfaatinedir. Yargıtay da bir çok kararında, çocuğun bu menfaatinin temini için hakimin gerekli düzenlemeyi yapması gerektiğini vurgulamaktadır. Yargıtay’ın bu konudaki tutumunu ve yerleşmiş görüşünü gösteren ve bazı kararları şunlardır:

“ Kişisel ilişki düzenlenirken, ana ve babalık duygularının tatminine özen gösterilmesi gerekir. Tarafların aynı şehirde oturdukları da dikkate alınarak, mahkemece kabul edilen dini bayramların ilk gününe ilaveten, milli bayramların tensip ve takdir edilecek bir günü ile her hafta sonu Cumartesi veya Pazar günlerinden birinde başlama ve bitiş saatleri de gösterilerek çocukla baba arasında kişisel ilişki düzenlenmesi uygun olacaktır.”

⁹⁷ YHGK’nun 10.02.1978 Tarih, 2-490/226 Esas ve Karar sayılı ilamı.

⁹⁸ GÜRSOY/BULUT, s.753.

⁹⁹ Koşullar konusunda daha kapsamlı bilgi için bkz. ÖZLÜ, s.84 vd.

¹⁰⁰ YETİK, s.80.

¹⁰¹ ÖZLÜ, 86.

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 20.06.1991 Tarih, 7147/9636 Esas ve Karar Sayılı ilamı).

“ Çocukla baba arasında kişisel ilişki düzenlenirken, baba-evlat şefkat ve sevgisinin tatmini göz önünde tutulmalıdır.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 18.12.1972 Tarih, 7626/7129 Esas ve Karar Sayılı ilamı).

“ Çocukların velayetlerinin bazılarının anneye, bazılarının babaya verilmesi halinde kişisel ilişki, çocukların da birbirlerini görebilmelerine imkan verecek şekilde düzenlenmelidir.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 05.11.1999 Tarih, 9325/11884 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“ Şahsi ilişki düzenlenirken, kardeşlik duygularını tatmin edecek şekilde çocukların birbirlerini görebilmeleri de sağlanmalıdır.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 01.11.1999 Tarih, 8166/11516 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“ Velayet tevdi olunan anne Almanya'da bulunduğu göre, baba ile çocuk arasında şahsi münasebet düzenlenirken tarafların durumu, infaz imkanları ve çocuğun menfaatleri ön planda tutulmak icap eder. Buna rağmen her hafta çocuğun babası tarafından görülmesi yolunda şahsi münasebet tesisi usul ve kanuna aykırıdır.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi.'nin 24.02.1972 Tarih, 978-979 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“ Davacı, tarafların ayrı kentlerde oturduklarını ileri sürmüştür. Kişisel ilişkinin, amacına uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu yön araştırılmadan hüküm kurulması doğru değildir. Diğer taraftan küçük Kader'in nüfus kaydı celbedilmeden eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması da yasaya aykırıdır. Mahkemece yapılacak iş, Kader'e ait nüfus kayıtlarını celbetmek, yine aynı kentte oturup oturmadıklarını araştırmak, aynı kentte oturuyorlarsa daha uygun süreli kişisel ilişki düzenlemek,sonuca göre hüküm tesis etmekten ibarettir.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 14.03.2002 Tarih, 2547-3521 Esas ve Karar sayılı ilamı).

Fakat Yargıtay başka bir kararında, ailesinden uzaklaşarak yabancı bir ülkeye giden, ailesiyle ilgilenmeyen ve onlarla irtibatı kesen baba hakkında, başka bir yerde bulunma sebebiyle velayetin kaldırılması için gereken tüm şartlar gerçekleşmiş olmasına rağmen ve velâyetin kaldırılmasına karar vermesi gerekirken, velâyetin tek başına kullanılmak üzere

önlem olarak anneye bırakılmasına karar vermiştir. Yargıtay'ın isabetli bulmadığımız bu kararı ise şu şekildedir:

“...Evlilik devam ettiği sürece, ana ve baba bu hakkı (velayet hakkını) birlikte kullanırlar. Bu haklar yanında yasa, ana ve babaya birtakım sorumluluklar da yüklemiştir. Çocuğa gereken eğitimi vermek, özel bir eğitime muhtaçsa bunu sağlamak, mesleki eğitim yaptırmak, çocuğun mallarını iyi bir şekilde yönetmek örnek olarak gösterilebilir. Ana ve baba işte bu vazifelerini gereği gibi yerine getirmedikleri takdirde hakim, çocuğun himayesi için gerekli tedbirleri kendiliğinden yahut talep üzerine almak zorundadır.

Toplanan delillerden tarafların 07.07.1992 de evlendikleri, 15 gün kadar beraber kaldıktan sonra kocanın eşini bırakarak Almanya'ya gittiği, bu arada 03.04.1993 tarihinde küçük Ç.'nin dünyaya geldiği, davalı kocanın eşini ve çocuğunu aramadığı, onlarla ilgilenmediği, çocuğu bir kere olsun gelip görmediği ve bu durumun özel bir nedenden kaynaklandığı da ileri sürülüp ispat edilemediği anlaşılmaktadır. Gerçekten babanın bu davranışı Medeni Kanunun 274. maddesinde (Yeni Medeni Kanun'un 348. maddesi) ifadesini bulan ve velâyetin nez'ini (kaldırılmasını) gerektirecek ağırlıkta bulunmamakta ise de, dilekçede açıklandığı gibi, davacı anne pasaport çıkartmamakta ve çocuğun bu nitelikteki diğer işlerini de yapamadığı görülmektedir. Ana ve babanın birlikte kullanmaları gereken velâyet hakkının açıklanan şekilde askıda kalmasının küçüğün geleceğine olumsuz etki yapacağı kuşkusuzdur. O halde mahkemece taraflar arasındaki ihtilaflar çözümleninceye kadar tek başına kullanılmak üzere velâyetin tedbiren anneye bırakılmasına karar vermek gerekirken yazılı biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 18.01.1995 Tarih, 13131-519 Esas ve Karar sayılı ilamı).

2.2.1.4 Benzeri Sebepler

Türk Medeni Kanunu'nun 348. maddesinde kanun koyucu, velayetin kaldırılması sebeplerini saymış olmakla beraber bu sayım, sınırlı bir sayım değildir. Bu durum, “benzeri sebepler” ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. O halde, birinci bentte örnek olarak sayılan sebeplere benzeyen bir başka sebep de pekala velayetin kaldırılması sonucun doğurabilir. Örneğin ana veya babadan birinin ayırt etme gücünü kaybetmiş olması veya kısıtlanmış bulunması halinde de velayet o ana veya baba için kaldırılabilir¹⁰². Velayetin kaldırılmasına konu edilen hususun, “benzeri sebeplerden” biri olabileceği veya olamayacağı hususunu,

¹⁰² AKINTÜRK, s.427.

somut olayın özelliklerine göre hakim takdir edecektir. “ Velayetin nez’i (kaldırılması) için kanunun aradığı sebeplerin vücudunu hakim takdir eder”¹⁰³.

Eski Medeni Kanunda kısıtlanan kişiden velâyet hakkının kaldırılacağı belirtilmekteydi (EMK.m.274/I). Fiil ehliyeti kısıtlanan bir kişinin, kanun koyucuya göre, kendi işlerini görmekten aciz olacağından başkasının işlerini de görmeyeceği, özellikle temsil edemeyeceği için çocuk açısından bir tehlikenin bulunduğu faraziyesinden hareketle bu husus Kanunda açık olarak düzenlenmişti¹⁰⁴. Kısıtlanan kişiden velâyet hakkının kaldırılmasında hâkimin takdir yetkisi olup olmadığı konusunda bir fikir birliği bulunmamakta idi. Bu konuda hakim takdir yetkisinin olduğu görüşünün yanında hâkimin takdir yetkisinin olmadığı görüşü de ileri sürülmüştü. Fakat Yargıtay, kanunun lafzından yola çıkarak ana babanın hacir altına alınmasının (kısıtlanmasının), her halde velayeti sona erdirmeyeceği, duruma göre hakim, takdir hakkını kullanarak velayetin kaldırılmasına karar verebileceği görüşündedir. Yargıtay’ın, bizim de katıldığımız bir görüşü şu şekildedir:

“Hakim mahcur olan ana ve babadan velayet hakkını nez’edebilir (kaldırabilir). TMK.nun bu açık hükmünden anlaşıldığı gibi, hacir her halde velayet hakkını ortadan kaldıran bir sebep değildir. Duruma göre hakim, takdir hakkını kullanır. O halde babanın bir yılı aşkın bir süreyle hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkum edilmesi ve cezanın yerine getirilmekte (infaz edilmekte) bulunması, kendiliğinden velayet hakkının kalkmasını gerektirmez. Öte yandan az önce belirtilen şekilde bir kararın varlığı da iddia ve ispat olunmamıştır.

Evlilik devam ederken ana ve baba, velayet hakkını birlikte kullanırlar. Bu bakımdan, fikir birliğine vararak küçük adına ana-baba, kanuni temsilci (veli) olarak dava açarlar. O halde küçüğün yaşının düzeltilmesi davasını açmak için babanın vasisinin vesayet makamından izin almasına gerek yoktur”¹⁰⁵.

Yeni Medeni Kanun’da eski metne nazaran daha ayrıntılı düzenleme getirilmekle beraber, kısıtlanan kişiden velâyet hakkının kaldırılıp kaldırılmayacağı açık olarak düzenlenmemiştir. Bu durum, yasa koyucunun güttüğü amaç ile uyumlu değildir. Ana ve babanın “deneyimsizliği” velâyetin kaldırılması sebebi olarak açık bir şekilde düzenlenirken,

¹⁰³ Y. 2.HD.’nin 12.03.1951 Tarih, 7100-1936 Esas ve Karar sayılı ilamı.

¹⁰⁴ OĞUZMAN/DURAL, s.314.

¹⁰⁵ Y. 2.HD.’nin, 25.12.1979 Tarih, 9326/9536 Esas ve Karar sayılı ilamı.

sebepleri dikkate alındığında çocuğun korunması açısından daha ağır sonuçları olacak “kısıtlı” olandan velâyet hakkının kaldırılmasının koşul olarak Kanunda açık olarak belirtilmemesi bir eksiklik olmuştur¹⁰⁶. Ancak bu demek değildir ki kısıtlanan kişi, çocuğu üzerindeki velâyet hakkını kullanmaya devam edecektir. Kısıtlama kararının alınmasına sebep olacak akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, bir hastalık olmalarından dolayı, velâyetin kaldırılması sebebi olarak zaten mevcuttur. Bunların dışındaki savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim ve özgürlüğü bağlayıcı ceza durumları (TMK.m.405,406), velâyet görevinin gereği gibi yerine getirilmemesi halleri kapsamında, “diğer benzeri sebepler” içerisinde değerlendirilerek velâyetin kaldırılmasına karar verilebilecektir¹⁰⁷.

Ana ve babanın velayet görevlerini gereği gibi yerine getirememelerine neden olabilecek hallere örnek olarak, ana babanın nerede olduklarının bilinmemesi, savaş esiri olmaları gibi zorunlu ikamet halleri gösterilebilir ve bu gibi hallerde de velâyet kaldırılabilir. Ancak bu gibi durumlarda ikamet devâm edeceği süre, bu süre içerisinde çocuğu kontrol imkanının bulunup bulunmaması, bu durumun sona ermesinden sonra velâyete sahip olan ebeveynin çocuğun yanına dönme olasılığı gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Bu zorunlu ikamet hallerine tutukluluk halini de dahil eden görüşler vardır. Bu görüşe göre, tutukluluk nedeniyle çocuğun kontrol edilme imkanı ortadan kalkmış ve velinin çocuğun yanına dönme ihtimali çok düşük ise velayetin kaldırılabilmesi mümkündür¹⁰⁸.

Yargıtay’ın, bizim de katıldığımız üzere, devamlılık özelliği taşımadığından ve hukuki işlerin görülmesine engel teşkil etmediğinden tutuklamanın, tek başına velayetin kaldırılması sebebi olamayacağı görüşümüzü yansıtan kararı bulunmakla birlikte; bunun tam aksi istikamette olan ve tutuklu velinin velayetinin kaldırılması gerektiğini belirten kararı da mevcuttur. Yargıtay’ın, eşini öldürmekten sanık olan kadının tutuklanması ile ilgili olarak vermiş olduğu birbirine aykırı iki örnek kararına aşağıda yer verilecektir. Bu kararlardan eski tarihli olanı, tutuklamayı velayetin kaldırılması sebebi saymamakta; yeni tarihli ve bizim katılmadığımız kararı ise ananın tutuklanmasını velayetin kaldırılması sebebi kabul etmektedir. Bu başlık altında bahsedilen bir çok hususu da içerisinde barındırması açısından önemli olan Yargıtay’ın farklı iki kararı şu şekildedir:

¹⁰⁶ ÇELİK, s.274.

¹⁰⁷ ÇELİK, s.274.

¹⁰⁸ AKYÜZ, Velayet Hakkının Kaldırılması, s.13.

“ Velayetin nez’ine (kaldırılmasına) ilişkin karar, ilerde doğacak çocuklara bile şamil olup nez’inden (kaldırılmasından) itibaren bir yıl geçmedikçe velayet iade edilemez. İşte bu derece ağır sonuçlar doğuran bir karar verilebilmesi için önemli sebeplerin bulunması icabeder. Bu bakımdan kanun koyucu biri diğerinden ehemmiyetli sebepler arasına hacir altına alınmayı da katmıştır. Çünkü; kişisel işlerini görebilmek imkanından yoksun olan bir kişiye çocuklarına ait işlerin bırakılması caiz değildir.

Tutuklanma hali kazai bir tedbirdir. Ne kadar devam edeceği önceden kestirilemeyeceği gibi beraat etmek ihtimali de büyük ölçüde mevcuttur. Öte yandan tutuklu kişi bizzat veya vekili ile her çeşit hukuki tasarrufta bulunma imkanına sahiptir. Görülüyor ki, hacir haliyle tutukluluk arasında hukuki benzerlik yoktur. Hal böyle olunca kıyas yoluyla maddenin kapsamını genişletmek ilerde telafisi imkansız sonuçların doğmasına yol açabilir.

Hacri gerektirmeyecek nitelikteki akıl zayıflığı, aptallık derecesine varan saflık, idraki azaltan içki iptilası ve benzeri haller aciz kapsamına girer. Bunların ortak vasfı devamlılıktır. Oysa tutuklamak, yukarda açıklandığı gibi devamlılık ifade etmez ve aciz sebebi sayılamaz. O halde, davalının eşini öldürmekten sanık olarak tutuklu bulunması velayetin nez’i (kaldırılması) sebebi sayılamaz.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi’nin, 23.10.1972 Tarih, 6553/6031 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Olayda çocukların babası Mustafa, 24.11.2005 tarihinde ölmüştür. Velayet hakkına sahip olan (TMK m. 336/3) anne Neriman ise, kocasını kasten öldürmek suçundan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası istemiyle yargılanmakta olup bu suçtan 24.11.2005 tarihinden bu yana cezaevinde tutukludur. Yargılandığı suçun niteliği itibariyle kısa sürede salıverilme olasılığı da uzak görünmektedir. Annenin cezaevinde tutuklu olması, velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine engeldir. Bu bakımdan velayetin kaldırılmasına karar verilmesi ve her iki çocuğa da bir vasi atanması için yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulması yönünde hüküm tesis edilmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçelerle davanın reddedilmesi doğru görülmemiştir.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi’nin, 23.01.2007 Tarih, 6553/220 Esas ve Karar sayılı ilamı).

Yukarıda yer verdiğimiz iki Yargıtay kararının, birbirine tamamen aykırı nitelikte olmasını, somut olayın özelliğine göre yüksek mahkemece varılan kanaate bağlamak

mümkündür. Bu bağlamda, iki olay arasında en dikkat çeken fark, tutukluluk halinin sürekliliği konusunda farklı kanaatlere varılmış olduğudur. Bazı durumlarda ise, somut olayın özelliğine göre, çocuğun ana babası tarafından maruz bırakıldığı durum, hem ana ve baba üzerindeki velayetin, ana babanın velayet görevini gereği gibi yerine getirmedikleri gerekçesiyle kaldırılmasını hem de çocuğun bir aile yanına ya da bir kuruma yerleştirilmesini gerektirebilir. Bu durumda hakim, hem velayetin kaldırılması hem de çocuğun korunması hükümlerine uygulayacak; ayrıca ana ve babasının üzerindeki velayet hakkı kaldırılan çocuğa bir vasi atanması gerekecektir. Yargıtay'ın, bahsetmiş olduğumuz bu duruma örnek teşkil eden bir kararı şu şekildedir:

“ Toplanan delillerden, annenin A.O. isimli bir kişi ile zina yaptığı, bu suçtan dolayı mahkum olduğu, bilahare eşini boşayarak bu şahıs ile evlendiği, annenin A.O. ile ilişkisi devam ederken hazırladığı ortam sonucu A.O.'nun küçük B.'nin ırzına geçtiği, ancak açılan davanın delil yetersizliği sonucu beraatle sonuçlandırıldığı, babanın da aşırı şekilde içkiye düşkün olduğu, davalı ile evli olduğu sırada eve yabancı erkekleri getirdiği, onların eşine karşı yaptıkları sarkıntılıklara seyirci kaldığı, kız çocukları kendi yanında iken onlara karşı olan olumsuz davranışları üzerine, kaçarak Kilimli Karakolu'na sığındıkları, karakolda küçükleri, dayıları H.'ye teslim ettikleri anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu velayetleri kendisine bırakılan anne ile davacı babanın, açıklanan olaylar karşısında velayeti ifadan aciz oldukları görülmektedir.

Medeni Kanun'un 273. maddesi (Yeni Kanun'un 347. maddesi), çocukların bedenen ve fikren gelişmesinin tehlikede bulunması veya çocukların manen yüzüstü (metruk) bırakılması halinde hakimin çocuğu ana babadan alarak bir aile yanına ya da bir müesseseye yerleştirebileceğini öngörmüştür. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, anne ve babadan, çocuklar üzerindeki velayet hakkının nez'ine (kaldırılmasına) karar vermek, imkan bulunması halinde küçükleri bir aile yanına yerleştirmek, bunun mümkün olmaması halinde 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu uyarınca korunmaya alınmasını sağlamak ve ayrıca her iki çocuğun vesayet altına alınması için ilgili mahkemeye gerekli ihbarı yapmaktan ibarettir.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 09.06.1995 Tarih, 6045-6867 Esas ve Karar sayılı ilamı).

2.2.2 Ana ve Babanın Çocuğa Yeterli İlgiyi Göstermemesi

Türk Medeni Kanunu'nun 348. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde, ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi de velayetin kaldırılması sebeplerinden biri olarak sayılmıştır. Buna göre velayet hakkını haiz ana ve baba, velayet altındaki çocukla aynı çatı altında yaşamalarına, çocuğun maddi gereksinimlerini karşılamalarına rağmen, çocuğun zihinsel gelişiminde en temel ihtiyaç olan gerekli sevgi ve şefkati göstermiyorlarsa, bu hal için de kabule değer bir özürleri bulunmuyor ise ve bu durum süreklilik arz ediyor ise, çocuğun öncelikli menfaatleri gereği, çocuğuna yeterli ilgi ve şefkati göstermeyen ya da ilgisiz kalan ana ya da babanın velayet hakkı kaldırılabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, ilgisizliğin süreklilik arz etmesi, ana ve babanın ya da bunlardan herhangi birinin bu durumun meydana gelmesinde kusurlu olması, ilgi ve şefkat gösterilmemesi sebebiyle velayet altındaki çocuğun menfaatlerinin zarar görmüş olması ya da zarar görmesinin kuvvetle muhtemel olması gerekir. Bunların gerçekleşmesi halinde de ilgi ve şefkat göstermeyen ana ve babanın ya da bunlardan herhangi birinin velayet hakkı kaldırılabilir¹⁰⁹.

Eski Medeni Kanun'un 274/1. maddesinde yer alan, ana ve babanın *nüfuzunu suistimal etmesi* yani velâyet görevini kötüye kullanması hali, yeni metinde düzenlenmemiştir. Bunu, kanunun bir eksiği olarak kabul eden görüşler mevcuttur. Özlü'ye göre, hem eski hem de yeni kanunun her ikisinin de ifadelerinin yerine maddenin “çocuğun fiziksel, cinsel, duygusal, ekonomik açıdan sömürü aracı ve amacı olarak kullanılması” şeklinde düzenlenmesi daha uygun olacaktır¹¹⁰. Bu görüşün hareket noktası, ana babanın çocuğa yeterli ilgi göstermemelerinin ihmalî davranış olduğu, bunun bir sonraki aşamasının da velayet görevinin ağır biçimde savsaklanmasının olduğu, böylelikle kanun koyucunun aynı fıkarda hem ihmalî durumu, hem de ağır ihmalî durumu belirttiği ve ana ve babanın ihmalinin farklı şekilde de olsa iki kez tekrar edilerek yanlışlık yapıldığıdır¹¹¹.

Bu konudaki kişisel görüşümüz ise, daha önceki açıklamalarda ve örnek Yargıtay kararlarında yer aldığı üzere, velayetin kaldırılması koşullarının oluşup oluşmadığının her bir somut olaya göre değerlendirilip takdir edilmesi konusunda kanun koyucu, hakime takdir

¹⁰⁹ GÜRSOY/BULUT, s.753.

¹¹⁰ ÖZLÜ, s.105.

¹¹¹ Bkz. ÇELİK, s.276.

yetkisi tanımıştır. Hal böyle iken, kanun koyucu, madde ifadesini “nüfuzun suistimali” veya “fahiş ihmal” şeklinde yahut “çocuğun ilgisizliği” veya “yükümlülüklerin savsaklanması” şeklinde düzenlemiş dahi olsa, somut olayın özelliklerine göre velayetin kaldırılmasının şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini hakim takdir edip karar verecektir. Bu nedenle önemli olan, kanun maddesi hükmünün, konuyu nasıl ifade ettiği değil; temelde kanun koyucunun amaçladığı, çocuğun yüksek menfaatleri anlayışının, verilecek mahkeme kararlarında tutarlılık ve karar birliği içinde kendisini göstermesidir.

Yeterli ilginin veya ilgisizliğin ne olduğu, çocuğun çıkarı ve ihtiyaçları ile saptanacaktır. Yeterli ilgiyi göstermeme hallerine, çocuğun başıboş bırakılarak tehlikeli alanlarda ve işlerde dolaşmasına veya onun kötü alışkanlıklar edinmesine ses çıkartılmaması, çocuğun eğitimi ile ilgilenilmemesi hatta okula hiç gönderilmeyerek sokaklarda mal sattırılması veya bir zanaatkarın yanına çırak olarak verilmesi, tehlikeli bir hastalığa yakalanmış olan çocuğa tedavi imkanı sağlanmaması, başkasının yanına bırakılıp bir daha aranmaması örnek olarak gösterilebilir¹¹².

Hangi durumlarda ana babanın velayet altındaki çocuğa yeterli ilgi göstermediklerinin belirlenmesi açısından, Yargıtay’ın bu konudaki kararları örnek teşkil etmektedir:

“ Toplanan delillerden, yeniden evlenen davalının, velayeti kendisine bırakılan küçük çocuğunu, babası ölmüş gibi göstererek Kütahya Merkez Çocuk Yetiştirme Yurdu’na yerleştirdiği ve kendisiyle yeterince ilgilenmediği gerçekleşmiştir. Bu durumda velayetin anadan alınarak babası davacıya verilmesi gerekirken, çocuğun ana şefkatine muhtaç bulunduğu söz edilerek davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi’nin, 13.05.1985 Tarih, 4405-4618 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“ Velayet hakları babaya tevdi edilen çocukların, babaanneye bırakıldıkları, okula gönderilmedikleri belirlenmiştir. Velayetin değiştirilmesine karar verilmesi gerekir.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi’nin, 21.03.1994 Tarih, 2167-2768 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“ Davalının, velayeti kendisinde olan çocuğu, zorunlu olan ilköğretime kaydettirmeyip göndermediği anlaşılmaktadır. İlköğretim parasız olup davalının davranışı velayet görevini ağır ihmaldir. Velayet hakkının nez’i (kaldırılması) gerekir.”

¹¹² YETİK, s.83; AKINTÜRK, s.427, AKYÜZ, Velayet Hakkının Kaldırılması, s.15.

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 14.09.2000 Tarih, 9763-10306 Esas ve Karar sayılı ilamı)

“Dosyadan ve özellikle başka delillerle de teyit edildiği için delil gücü kazanan teyp bandındaki sözlerden, okul idare yetkililerinin anlatımlarından ve öteki delillerden anlaşıldığı gibi, davalı kadının; çocuğuna iyi örnek olmayacak ve genç dimağında ahlaki çöktüntüye yol açacak bir yaşantı içinde olduğu, Türk toplumunun tasvip etmeyeceği bir hayat sürdüğü, sözgelimi tek başına erkeklerle kayağa gittiği, gazinoda masanın üstüne çıkarak oynayacak kadar hafif hareketler yaptığı, çocuğunu hiçe sayarak onun yanında başka erkeklerle ve çocuğun görmemesi gereken ilişkilere girdiği, ayrıca içki alışkanlığının bulunduğu anlaşılmıştır. Bütün bu sayılanlar karşısında velayetin baba tarafından kullanılması daha uygun olup o yolda karar verilmesi gerekirken, bu yön temyiz incelemesi sırasında gözden kaçmış olmakla, bu kere davacının karar düzeltme isteğinin kabulü ile onama kararının kaldırılması ve hükmün gösterilen sebeple bozulması gerekmiştir...”

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.10.1987 Tarih, 2-99/746 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“ Küçükler Gurbet ve Muhammet'in babaları Sabri, 20.02.2002'de ölmüştür. Bu tarihten beri küçüklerin, davacı Dursun'un yanında kaldıkları ve eğitimlerine devam ettikleri anlaşılmıştır. Anne Sultan'ın, küçüklere yeterli ilgiyi göstermediği ve küçüklere karşı yükümlülüklerin ağır şekilde savsakladığı sabit olmuştur. Davacının, küçükler Gurbet ve Muhammet'in velayetinin kaldırılması isteminin kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 25.04.2006 Tarih, 21280/6222 Esas ve Karar sayılı ilamı).

Ana ve babanın, velayetleri altındaki çocuğa yeterli ilgiyi göstermemelerinin kanun tarafından korunmadığını, bunun velayetin kaldırılması sebebi olduğunu; fakat velayetin kaldırılması için ana babanın kusurlu olması ve ilgisizliğin sürekli olması gerektiğinden bahsettik. Ancak yeterli ilgiyi göstermeme hallerinin hafif şekilleri velâyetin kaldırılmasına neden olmamalıdır. Çocuğa yeterli ilginin gösterilmemesi hali, velayetin kaldırılmasına yol açacak şekilde ağır ve sürekli değil ise bu, velayetin kaldırılmasına sebep olamaz. Örneğin ananın muayyen bir erkekle içli dışlı ilişki kurması, ana babanın gündüzleri işe giderek çocuklarını yabancı kişilere bırakmak zorunda olmaları gibi. Ananın konsomatris olması da tek başına velâyetin kaldırılmasını gerektirmemektedir. Ancak ana bu nedenle velâyet hakkını kullanırken çocuğa gerekli ilgiyi göstermiyorsa, kendisinden velâyet hakkı kaldırılabilir.

Ana ve babanın, velayetleri altındaki çocuklarına karşı olan ilgisizliğinin ağır ve sürekli olmaması durumlarında, velayetin kaldırılamayacağı yahut kaldırma yerine, çocuğun menfaatlerinin gerektirdiği şekilde velayette değişikliğe gidilmesi gerektiği yönünde örnek Yargıtay kararları mevcuttur:

“Toplanan delillerden, müşterek çocuğun, boşanma kararı ile ananın velayetine bırakıldığı, fakat eylemli olarak baba tarafından kullanıldığı gerçekleşmiştir. Dosyada, ananın velayet görevini kötüye kullandığını veya aşırı biçimde ihmal ettiğini gösterir delil bulunmadığından, velayetin nez'i (kaldırılması) söz konusu olamaz ise de; kadının, çocuğu eylemli olarak babasında bırakması ve küçüğün bu çevreye alışmış bulunması karşısında, velayetin anadan alınıp, babaya verilmesi küçüğün bedeni ve fikri gelişmesini olumlu yönde etkiler. Bu nedenle yerel mahkeme kararının, çocuğun velayetinin alınarak, babaya verilmesine şeklinde düzeltilmesi ve bu şekil ile onanması gerekir.”

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.05.1980 Tarih, 2-731/2015 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“ Çalışmakta olan kadının, çalıştığı sürelerle sınırlı olarak çocuğunu annesi yanına bırakması, ihmal olarak kabul edilemez.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 29.11.1993 Tarih, 10383/11462 Esas/ Karar sayılı ilamı).

“ Annenin gündüzleri çocuğunu kreşe gönderdiği, bakım görevini yerine getirdiği anlaşılmaktadır. Velayet hakkı nez edilemez (kaldırılamaz).”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 30.01.1997 Tarih, 281/1143 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“ Babanın şehit olması sonucu velayeti davalı anneye yasa gereği geçen 1992 doğumlu Şeyma'nın dede yanında kaldığı, annenin 1994 yılında davacı dede tarafından alıkonulduğu anlaşılmaktadır. Davalı anne velayet hakkını, eylemli olarak kullanma olanağı bulamamıştır. Çocuğa bağlanan aylıklara da dokunmayarak bankada çocuk adına biriktirdiği, velayeti kötüye kullandığına dair başka bir delilin de bulunmadığı dikkate alınmadan velayetin nez'i (kaldırılması) gibi ağır bir yaptırım uygulanması doğru bulunmamıştır.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 24.03.1997 Tarih, 2351/3231 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Davalı kadının meslek olarak konsomatrisliği seçmiş olması, kanunen velayetin nez'i (kaldırılması) sebeplerinden sayılamaz. Fakat velayet vazifesini yerine getirmediği, çocuğunu vaktiyle genelevde çalışmış olan anneannesinin yanında daimi surette bıraktığı, toplanan delillerde sübuta ermiş ve bu haller velayetin davalıda kalmasında ciddi sakıncalar yaratmış

olmasına binaen sair temyiz itirazları yerinde değil ise de; davalının sabit olan ahvali, velayetin davacı babaya tevdiini gerektirirken nez'ine (kaldırılmasına) karar verilmesi doğru bulunmamıştır.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 02.05.1969 Tarih, 2490/2349 Esas ve Karar sayılı ilamı).

2.2.3 Ana ve Babanın Çocuğa Karşı Yükümlülüklerini Ağır Biçimde Savsaklaması

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye göre; ana babanın ya da onlardan yalnızca birinin (hatta vasi veya çocuğun bakımını üstlenen kişinin), çocuğu ihmal etmesi ya da ihmalkar muamelede bulunması karşısında, taraf devletler gerekli önlemleri alacaklardır (md.19). Yine taraf devletler, her çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesine hakkı olduğunu kabul etmişlerdir. Bu görev öncelikle, imkanları ve mali güçleri çerçevesinde ana babaya aittir (md. 27/I,II)¹¹³.

Türk Medeni Kanunu'nun 348. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde düzenlenen, velayetin kaldırılması sebeplerinden bir diğeri ise, ana ve babanın velayeti altındaki çocuğa karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklamasıdır. Buna göre velayet hakkını haiz ana ve baba veya bunlardan herhangi biri, velayetin kendisine yüklediği görevleri yerine getirmekte savsaklama gösteriyorlar ise, bu savsaklama durumunun gerçekleşmesi halinin meydana gelmesinde kusurları var ise, bu süreklilik gösteriyor ve çocuğun menfaatlerine zarar veriyor ise, bu halde velayet görevini savsaklayan ana ve babanın ya da bu hakkı kullanan ana ya da babadan birinin velayeti kaldırılacaktır¹¹⁴.

Eski metinde bu husus “fahiş ihmal” olarak belirtilmişti. Yeterli ilgiyi göstermeme ile ağır biçimde savsaklama arasında tam bir ayırım yapmak mümkün değildir. Çünkü neticede her iki durum da ihmali hareket ile oluşmaktadır. Ağır biçimde savsaklama halinde zaten yeterli ilgiyi göstermeme durumu da vardır¹¹⁵. Ana babanın çocuğa karşı olan velayet görevlerini fahiş biçimde ihmal etmelerinde, ana baba açısından bir nevi hakkın kötüye kullanılması durumu da söz konusudur. Çünkü velayet madem ki hem ana babaya tanınmış bir hak; hem de onlara yüklenilmiş bir sorumluluklar bütünüdür, o halde hakkı kullanıp sorumlulukları yerine getirmede fahiş ihmal, savsaklama durumu söz konusu olur ise bu,

¹¹³ BAKTIR-ÇETİNER, s.103.

¹¹⁴ GÜRİSOY/BULUT, s.754.

¹¹⁵ ÇELİK, s.276.

pekala hakkın kötüye kullanılması olur. Nitekim ana baba, çocuğu güçleri yettiği ölçüde yetiştirmek, terbiye etmek, eğitmek ve ona bir meslek kazandırmakla yükümlüdürler. Şu halde onun sıhhatine ihtimam göstermede, beslenmesinde, tıbbi muayeneden geçmesinde, okuyup bir meslek sahibi olmasında, gerekli dikkat ve ihtimamı göstermeye mecburdurlar. Ayrıca ana baba, çocuğa iyi örnek olmak üzere kendilerini de eğitmek, ahlaklı bir hayat sürmek zorundadırlar. Bu görevlerini fahiş şekilde ihmal eder ve çocuğu ruhen ve bedenen hasta, fikren geri kalmış, eğitilmediği için bir meslek edinme yolunu tutmamış hale getirirlerse, sorumlu olurlar ve velayet hakkı bu nedenle kendilerinden alınabilir¹¹⁶.

İhmal (savsaklama), iki şekilde ortaya çıkabilir: 1- Ana baba, çocuğun güvenliğinin gerektirdiği tedbirleri almazlarsa onun şahsına karşı olan görevlerini yerine getirmemiş olurlar. Örneğin hasta çocuğun doktora muayene ve tedavi ettirilmemesi, bedenen ya da fikren geri çocuğa, kendi durumuna uygun eğitim yaptırılmaması gibi. 2- Ana baba, bizzat kendilerini çocuğa yetiştirmek için gerekli yeteneklere sahip kılmayarak veya ahlaki olmayan bir hayat tarzı sürerek çocuğa kötü örnek teşkil ederler. Örneğin karı koca arasındaki düşmanca davranış ve tutumlar, kocanın bir daha dönmek üzere evi terk etmesi, ananın hilekar, sinsî ve hafif meşrep davranışlarda bulunması, babanın alkolik olması ve istikrarsız bir yaşam sürmesi gibi¹¹⁷.

Velayet görevinin ağır biçimde savsaklanması nedeniyle velayetin kaldırılabilmesi için, ana ve babanın kusurunun bulunması şarttır. Ayrıca savsaklama eylemi kural olarak süreklilik de göstermelidir. Ancak sonucunun ağır olması şartıyla bir defalık olaylar da velâyetin kaldırılması sebebi olabilir. Örnek olarak baba ya da ananın, çocuğu bir defalık tacizi de sonucu ağır olduğu için velayetin kaldırılması sebebi olur. Önemli olanın, çocuğun esenliği olması nedeniyle ana babanın davranışlarının onun üzerindeki etkisine bakılmalıdır, yoksa onların genel olarak davranış biçimleri ölçü olarak alınmaz¹¹⁸.

Yükümlülüklerin ağır biçimde savsaklanmasının ölçüsü, kusurun ağırlığı yanında çocuğun kişiliği üzerinde bıraktığı etkidir. Çocuğun bedensel ve ruhsal gelişimini zedeleyen ana babanın kusurlu davranışları, velayetin kaldırılması sebebi sayılacaktır¹¹⁹. Bu bakımdan

¹¹⁶ CANSEL, s.147.

¹¹⁷ AKYÜZ, Velayet Hakkının Kaldırılması, s.16.

¹¹⁸ OĞUZMAN/DURAL, s.316.

¹¹⁹ YETİK, s.84.

hakim takdir yetkisini kullanırken çok dikkatli olmalıdır¹²⁰. Çünkü ihmal gibi soyut bir kavramın ne zaman aşırı sayılacağını tespit güçtür. Hakim bu durumda karar verirken, uzman eğitimcilerden, pedagoğlardan yararlanmalıdır¹²¹. Bu, hakimin, çocuğun ruhi durumuna vakıf olması açısından önem teşkil eder. Aksi halde çocuğun ruhi durumuna vakıf olmadan verilecek hükümde isabetsizlikler olabilir. Zaten aile hukukundaki ilişkilerde her dosya ayrı bir olaydır, diğeriyle çok az benzerlik gösterir. Her olayın cereyan ettiği yer, o olay için farklı bir yaklaşım ve bakış açısını gerektirir. Örneğin, kültürlü bir çevrede çocuğun okul öncesi eğitime gönderilmemesi ihmal olarak nitelenebilirken, kırsal kesimde bu durum ihmal olarak nitelenmez. Bununla birlikte çağımız teknoloji çağı olduğundan, eğitim ve çevre faktörleri de süratle değişmektedir ve çevre kadar zaman faktörü de olayların değerlendirilmesinde önem arz eder¹²². Bu nedenle eski içtihatlardan yararlanmak, hakimler için her zaman doğru sonuç vermeyebilir. Yargıtay'ın eski bir kararında velayetin kaldırılması için ağır bir savsaklama sayılmayan bir davranış belki de çağın gelişimi ile günümüzde ağır ihmal olarak kabul edilebilecektir.

Özetle, yukarıda da yer yer bahsedildiği üzere, doktrinde savsaklama hallerine, tehlikeli bir hastalığa yakalanmış olan çocuğa tedavi imkanının sağlanmaması, babanın, çocuklarının eğitimini olumsuz etkilemeye sebep olacak derecede sık sık yerleşim yeri değiştirmesi, ev haricinde yaşayan çocuğun sık sık kendi başına yer değiştirmesine ses çıkartılmaması, çocuğun bakım için verildiği yerin sürekli değiştirilmesi, çocuğun gelişimini etkileyecek derecede haysiyetsiz hayat sürme, ana ve baba arasındaki düşmanca davranış ve tutumlar, babanın bir daha dönmek üzere evi terk etmesi, ananın hilekar, sinsî ve hafif meşrep davranışlarda bulunması, babanın alkolik olması ve istikrarsız hayat sürmesi, babanın kazancını kendisine sarf etmesi ve ailesini zaruret halinde bırakması gibi davranışlar örnek gösterilmiştir. Böyle bir halin gerçekleştiğine karar verirken, hakimin takdir yetkisinin çok önemli bir yer tuttuğundan da bahsetmiştik. Bu anlatılanların sonunda, anlattıklarımıza örnek nitelikte bazı Yargıtay kararları şunlardır:

“Velayetin nez’edilebilmesi (kaldırılabilmesi) için, velayet nüfuzunun ağır surette suistimal edilmesi veya fahiş ihmalde bulunulması icap eder.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 05.05.1972 Tarih, 2884/2844 Esas ve Karar sayılı ilamı).

¹²⁰ OĞUZMAN/DURAL, s.317.

¹²¹ BAKTİR-ÇETİNER, s.103.

¹²² BAKTİR-ÇETİNER, s.103.

“Ananın gayrimeşru bir şekilde bir erkekle yaşayıp çocukla hiç ilgilenmemesi, çocukla birlikte olduğu sırada dahi sabahları uyumayı tercih edip çocuğu aç olarak okula göndermesi aşırı ihmaldir.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 19.11.1991Tarih, 10951/14317 Esas ve Karar sayılı ilamı)

“Davacının kardeşi Muzaffer ile davalı Mukaddes 31.12.1992'de boşanmış, 16.6.1992 doğumlu küçük Mehmet'in velayeti anneye verilmiş, Muzaffer daha sonra 4.8.2001'de ölmüştür. Toplanan delillerden; 28.3.1993'ten (on bir yıldan) beri küçük Mehmet'in Serdal isimli üçüncü bir kişinin yanında kaldığı, bakım ve eğitiminin onun tarafından karşılandığı anlaşılmaktadır. Bu durum annenin velayet görevini kullanmada ağır ihmalinin bulunduğunu (savsakladığını) göstermektedir. Mahkemece velayetin anneden kaldırılmasına karar verilmesinin, vesayet altına alması için ilgili ve yetkili vesayet makamına gerekli ihbarın yapılmasının düşünülmemesi usul ve yasaya aykırıdır.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 14.06.2004 Tarih, 6832/7827 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Tarafların müşterek evliliklerinden olma ve boşanma kararı ile velayeti babaya verilen 1988 doğumlu zihinsel özürlü Bahadır'ın, 17.1.1999 tarihinde baba tarafından davalı annenin evinin önüne bırakılması temin edildikten sonra çocuğa davalı annesi tarafından bakıldığı anlaşılmaktadır. Babanın bu davranışı velayet hakkının ağır ihmali oluşturur (TMK. Md.348). Çocuğun menfaatlerinin korunması bakımından babada olan velayetin kaldırılması (nez'i) ile velayetin anaya verilmesi, özel bakım ve özel eğitime muhtaç küçük için bu masraflarını karşılayacak iştirak nafakası takdiri gerektiğinin düşünülmemesi usul ve kanuna aykırıdır”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 09.05.2002 Tarih, 5376/6107 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Velinin, çocuğa ait malları kendi yararına kullandığı ve onun ekonomik geleceğini tehlikeye düşürdüğü takdirde velayet görevi, yerine göre savsaklanmış ve hatta kötüye kullanılmış sayılır. Dede, ölen çocuğundan, davalı kadın ve çocuklarına önemli miktarda para kaldığını, kadının işin idaresini erkek kardeşine terk etmek suretiyle çocukların paylarını sorumsuzca harcadığını ileri sürmüştür. Öyle ise, tarafların bu konudaki delillerinin toplanması, sonucu uyarınca hüküm verilmesi gerekir.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 12.04.1979 Tarih, 3841/3262 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Boşanma davasına ananın ahlaki durumu sebep olmasına rağmen çocuğun ana velayetine tevdi edilmiş olması, sonradan açılan velayetin nez’i (kaldırılması) davasının dinlenilmesine mani teşkil etmez.”

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 19.12.1951 Tarih, 2/130 - 145 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Mahkemece taktir edilen şahadete nazaran davalının çocuk üzerindeki velayetini fahiş surette ihmal veya suistimal eylediğini tahakkuk etmemiş ve ananın sonradan evlenmesi velayetinin nez’ini (kaldırılmasını) mucip ahvalden bulunmamış, delillerin taktiri yargıca mevdu olup vaki taktirde de bir isabetsizlik olmadığı anlaşılmış olmakla...”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi’nin 10.05.1952 Tarih, 2407/2857 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Toplanan tüm delillerden, velayeti davalı anneye boşanma sonucu bırakılan ortak çocuğun, İsviçre’de gündüzleri kreşe gittiği, kreş yetkilisinin beyanlarında çocuğun kreşteki ortalama uyumu sağladığı ve mutlu olduğu, davacı tanıklarının beyanlarında geçen annenin davranışlarının çocuğun yaşantısına yansıtılmadığı, annenin bakım görevini mevcut koşullara göre yaptığı anlaşılmaktadır. Bu yönlerin gözetilmemesi, yasal koşulların bulunmadığı dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi’nin 30.01.1997 Tarih, 281/1143 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Medeni Kanununun 348/2. maddesi; ananın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması halinde velayetin kaldırılmasına karar verilebileceğini hükme bağlamıştır. 25.7.1986 doğumlu Rahime ile 19.9.1994 doğumlu Dilek’in babası Kenan 1996’da ölmüş, bu çocukların velayeti anneye kalmıştır. Anne bir başka erkekle ilişkiye girmiş, onunla yaşamaya başlamış ise de, çocuklara karşı olumsuz davranışlarda bulunduğu ispat edilmemiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi’nin 16.04.2003 Tarih, 4523/5537 Esas/Karar sayılı ilamı)¹²³.

“Küçük Ece 25.3.1997 doğumlu olup anne ve babasının boşanması sonucu yaşının küçüklüğü nedeniyle velayeti annesine verilmiştir. Babası "Atipik Psikoz" tanısıyla Medeni Kanunun 355. maddesi uyarınca 7.3.2000 tarihinde vesayet altına alınmıştır. Tüm dosya kapsamından özellikle hazırlık evrakındaki davalı ile Abdullah Y.’in ifadelerinden ; davalı ile Abdullah isimli evli ve çocuklu şahsın 1999 yılından beri evlilik dışı birlikte yaşadıkları

¹²³ Bu ve velayetin kaldırılması ile ilgili daha fazla Yargıtay kararı için bkz. GENÇCAN, Ömer Uğur: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, C.2, B.2, Ankara 2007, s.2513 vd.

anlaşılmaktadır. Küçük Ece İstanbul Üniversitesi, İstanbul Tıp Fakültesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı Başkanlığı'na bağlı poliklinikte tetkik ve takibinin yapıldığı dönemde görüşmeyi yapan doktora annesinin birlikte yaşadığı şahsın kendisine karşı uygunsuz davranışlarını anlatmıştır.

Uzman doktorların 13.6.2002 tarihli raporlarında da; çocuğun bireysel psikiyatrik değerlendirilmesinde istismara ait ifadesinin olduğu 8 ay önceki psikiyatrik değerlendirme ve tanının önem kazandığı ifade edilmiştir. Toplanan delillerle; velayeti elinde bulunduran annenin çocuğa karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığı, olayda velayetin kaldırılması koşullarının gerçekleştiği (TMK. md. 348) anlaşılmaktadır. Davalı anneden velayetin kaldırılarak çocuğa vasi tayini için ihbarda bulunulması gerekirken yazılı şekilde davanın reddi doğru değildir”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 03.03.2003 Tarih, 1468/2770 Esas ve Karar sayılı ilamı).

2.2.4 Velayet Hakkına Sahip Ana veya Babanın Yeniden Evlenmesi

Her hangi bir yasal sebeple aralarındaki evlilik sona ermiş, bunun sonucunda velayet altında bulunan çocukların velayetleri, eşlerden birine verilmiş olabilir. Velayete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi, velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak, çocuğun menfaati gerektirdiğinde velayet sahibi değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velayet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir (TMK. md. 349). Benzer bir düzenleme ile bu husus, Eski Medeni Kanun'un 275. maddesinde “Velayeti haiz olan ana ve baba yeniden evlenirse, icap ettiği halde çocuğa bir vasi tayin edilir. Karı kocadan birinin vasi nasbı caizdir.” şeklinde idi. Görüldüğü gibi velayetin kaldırılması ifadesi açıkça yer almasa da icap ettiği halde çocuğa vasi tayininden bahsedilerek velayetin kaldırılması işaret edilmiştir.

Eski kanun hükmü, “ana ve babanın yeniden evlenmesi” ifadesini kullandığı için eleştirilmekte idi. Çünkü bu ifadeden, çocuğun öz ana ve babasının birbiriyle yeniden evlenmesi gibi bir anlam çıkmaktadır¹²⁴. Fakat bu ifade yanlışlığından yeni kanunda vazgeçilerek “ana veya baba” ifadesi kullanılmıştır. Bu bakımdan velayet hakkına sahip ana ya da babanın yeniden evlenmesi, bu hükmün uygulanmasının objektif şartıdır. Bu evlenmenin eski eşin dışında bir kimse ile olması gerekir. Boşanan eşlerin yeniden birbirleriyle evlenmeleri TMK. md. 349'un kapsamı dışında kalır¹²⁵. Ayrıca, Eski Medeni

¹²⁴ BAKTIR-ÇETİNER, s.104.

¹²⁵ OĞUZMAN/DURAL, s.315.

Kanun'un 275. maddesinde velâyet hakkı kendisinde bulunanın evlenmesi halinde, hâkimin "icap ettiği takdirde" önlem alacağı belirtilmişti. Ancak evlenmenin kural olarak velâyet hakkına etki etmeyeceği açıklanmamıştı. Uygulamada var olan bu durum Yeni Medeni Kanun ile birlikte yasal hale getirilmiştir¹²⁶.

Madde hükmünde de belirtildiği üzere, velayet hakkına sahip olan ana veya babanın başka biriyle yeniden evlenmesi, kural olarak velayetin değiştirilmesi veya kaldırılması sebebi değildir. Bunun bir diğer ispatı, yeniden evlenmenin, Medeni Kanun'un 348. maddesinde düzenlenmemiş olmasıdır. 348. maddede düzenlenen sebepler velayetin mutlak kaldırılması sebepleridir¹²⁷. Kural, yeniden evlenmenin velayetin kaldırılması sebebi olmadığı ise de; istisnası da TMK.'nın 349. maddesinde belirtilmiştir. Çocuğun menfaatlerinin gerektirmesi veya durum ve koşulların gerekli kılması halinde velayet değiştirilebileceği gibi kaldırılabilir de. Demek oluyor ki, TMK. md. 348'de sayılmış olan sebeplerden birinin bulunması durumunda velayet mutlaka kaldırıldığı halde, md. 349'un öngördüğü durumda velayet ancak gerekli olduğu takdirde kaldırılabilir¹²⁸.

Velayet hakkı kendisinde olan anne veya baba, evlendikten sonra velayet görevlerini gereği gibi yerine getirmiyor veya çocuğun menfaatleri gerektiriyorsa, (örneğin üvey anne, üvey babanın baskısı, kötü davranması, ilgisizliği, velayet hakkı kendisine verilen eşin buna engel olmaması gibi nedenler varsa), Aile Mahkemesi hakimi durumun gereklerine göre çocuğun velayet hakkını değiştirebileceği gibi, ağır savsaklamalarda velayet hakkını kaldırabilecektir de¹²⁹. Burada hakim, geniş takdir yetkisine sahip olup, evlilik sonrası çocuğun maruz kaldığı duruma göre, velayetin kaldırılmasının gerekip gerekmediğine karar verecektir.

Tekrar evliliğin, velayetin kaldırılmasına neden olabilmesi için çocuğun maddi ve manevi durumunun bu evlilikten dolayı ciddi biçimde kötüleşmesi, çocuğun veya üvey ebeveynin bir arada yaşamalarını imkansız kılacak derecede birbirini reddetmeleri gerekir. Bu nedenle çocuğun bu evlilikten yalnızca hoşlanmamış olması yeterli değildir. Fakat velayetin kaldırılması için TMK.'nın 348. maddesindeki şartların gerçekleşmesine de lüzum yoktur¹³⁰. Bundan başka çocuğa zarar vereceğinden endişe edilen tehlikenin varlığı, velayet hakkına

¹²⁶ ÇELİK, s.278.

¹²⁷ ÖZMEN, İsmail: Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara 2005, s.421.

¹²⁸ AKINTÜRK, s.428.

¹²⁹ ÖZUĞUR, s.464.

¹³⁰ AKYÜZ, Velayet Hakkının Kaldırılması, s.17.

sahip olan ana veya babanın kusurlu olmalarına bağlı değildir. Böyle hallerde velayet hakkı sadece menfaatleri tehlikeye giren çocuk yönünden kaldırılır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, velayet hakkına sahip annenin, sonradan sabıkalı bir şahısla evlenmesinin, küçüğün gelişim ve yaşantısını olumsuz yönde etkileyeceğinden bahisle velayetin anadan alınmasına karar vermiştir¹³¹. Bu gibi tehlikeler, evlenmeden bir süre sonra da ortaya çıkabilir¹³².

Velayet hakkı kendisinde olan ana veya babadan birinin henüz evlenmeyip evlilik hazırlığı içinde olması, örneğin nişanlanması halinde, Medeni Kanun'un 349. maddesi uygulanmamalıdır. Velayet hakkı kendisinde olan ana veya babanın nişanlanması sonucunda nişanlısı ile ilişkileri, çocuğu ihmal etmesine neden oluyorsa, velayet bu durumda, belki çocukla ilgilenmeme veya ihmal nedeniyle kaldırılabilir¹³³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, velayet hakkı kendisinde olan ananın evlenme ihtimalinin bulunması halinde bu sebeple velayetin kaldırılamayacağına karar vermiştir¹³⁴. Çocuğa yönelik üveylik ilişkisinin, çocuğun mevcut durumunu kötüleştirme mümkün olduğu gibi, iyileştirme de muhtemeldir¹³⁵. Zaten her evlenme halinin çocuğun menfaatine aykırı olacağı gibi bir önyargının kabulü mümkün değildir. Çoğu zaman yeniden evlenme çocuğun durumunu düzeltmektedir. Hatta üvey ana ya da baba onun yetişmesi için maddi ve manevi destek de olabilmektedir. Keza o güne kadar başka bir aile veya kuruma yerleştirilmesinde zorunluluk bulunan çocukların tekrar ana ya da babaya bırakılması imkanı doğabilmektedir. Böyle bir durumda, o zamana kadar velayet hakkına sahip olandan, sırf evlenme nedeniyle bunu almanın faydasız, hatta sakıncalı olduğu görülmektedir¹³⁶.

Çocuğun velayeti kendisinde bulunan ana ya da babanın, sonradan başka biri ile evlenmesinin hangi durumlarda velayetin kaldırılması sebebi sayılabileceği ya da sayılamayacağı konusunda verilmiş bazı Yargıtay kararları şu şekildedir:

“...Bu hükmün uygulanabilmesi için şartlar elverişli olmalıdır. Diğer ifadeyle kanun koyucu, evlenme keyfiyetini, velayetin nez'i (kaldırılması) için bir bahane veya vesile olarak değil, halin icabına göre çocuğun menfaatinin korunması bakımından müdahale amacı olarak

¹³¹ YHGK'nun 08.03.2000 Tarih, 2-167/168 Esas ve Karar sayılı ilamı.

¹³² ÖZTAN, Aile Hukuku, s.496.

¹³³ BAKTİR-ÇETİNER, s.105.

¹³⁴ YHGK'nun 09.09.1964 Tarih, 2-240/540 Esas ve Karar sayılı ilamı.

¹³⁵ ÖZLÜ, s.108.

¹³⁶ AKYÜZ, Velayet Hakkının Kaldırılması, s.17.

öngörmüştür. Yani evlenme ile çocuğun menfaatleri gerçekten tehlikeye düştüğü takdirde vesayet tedbirlerine başvurulabilir. Mesela, ana baba ahlaken düşük birisi ile evlenebilir, yahut saldırgan bir delinin ana babasıyla hayatlarını birleştirirler, uyuşturucu madde kullanan ya da imal eden kişilerle evlenirler veya benzeri davranışlar ve atmosfer içine girerler ise, bu takdirde 275. madde (Yeni Kanun'daki 349.madde) hükmü uygulanabilir. Yoksa afaki olarak ve birtakım önyargılarla üvey ananın veya üvey babanın yanında çocuğun kalmasının sakıncalarından bahsetmek suretiyle nez (kaldırma) müessesesi harekete geçirilemez.

Olayda toplanan deliller nez'i (kaldırmayı) haklı kılacak nicelik ve nitelik taşımaktadır. Dosyadan anlaşıldığına göre, uyuşmazlığın Medeni Yasa'nın 149. (Yeni Kanun'un 183.) maddesi çerçevesinde incelemeye tabi tutulması gerekmektedir. Eşler, boşandıktan sonra başkalarıyla evlenmişlerdir. Ancak velayetleri kendisine tevdi olunan davalı ana, evlenince çocukları ile ilgilenmemiş, onları yanına almadan başka mahalde bulunan kocasının yanına gitmiştir. Bu davranış, Medeni Yasa'nın 149. (Yeni Kanun'un 183. ve 349.) maddesi gereğince velayetin değiştirilmesini haklı kılacak mahiyettedir. O halde velayetin anadan alınarak babaya verilmesi suretiyle hüküm tesis edilmesi lazım gelirken, ana ve babanın velayetinin nez'i (kaldırılması) yanlıştır.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 24.10.1983 Tarih, 2754/2632 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Velayet hakkı kendisine verilen eşin ihmali veya velayet görevini yerine getirmekte acizliği belirlenmedikçe, sadece evlenmiş olması velayetin nez'ini (kaldırılmasını) gerektirmez.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi 21.11.2000 Tarih, 12525/13085 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Velayet kendisine verilen davalı ananın, ağır imal ve kusuru ispatlanmadığı gibi, yeniden evlenmiş olması ve küçüğün fiili durum yaratılarak büyük babası yanında bulunması velayetin davalıdan nez'ini (kaldırılmasını) gerektirmez.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 28.01.1985 Tarih, 209/666 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Davalı ana Samsun'da oturmaktadır. Yüksek tahsilli ve varlıklı bir kimsedir. Çocuğu iyi şartlar altında yetiştirmektedir. Şahitlerden hiçbiri, davalının sonradan evlenmesi sebebiyle çocuğun kötü bir duruma düştüğü yolunda şahadette bulunmamıştır. Mücerret olarak taraflardan birinin başkasıyla evlenmiş olması, velayetin nez'i (kaldırılması) sebebi olamaz. Çocuğun menfaati bakımından, velayet hakkının anneden alınıp davacı babaya verilmesini gerektirecek bir durumun mevcudiyeti ispat edilmemiştir.”

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.02.1968 Tarih, 2-1617/104 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“...Velayet hakkının verilmesi kamu düzeni ile ilgili olduğundan, bu hakkın kaldırılması da Medeni Kanun'un 274. ve 275. (Yeni Medeni Kanun'un 348. ve 349.) maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir...Takip eden 275. maddeye (Yeni Medeni Kanun'un 349.) göre ise, velayet hakkına tek başına sahip olan ana veya baba, bir başkası ile evlenirse velayetin kaldırılması mümkündür. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kendisine velayet tevdi edilmiş eşin evlenmiş bulunması, Medeni Kanun'un 275. (Yeni Medeni Kanun'un 349.) maddesi uygulanarak, velayet hakkının kaldırılmasına başlı başına yeterli değildir. Yeniden evlenmenin çocuklar için maddi veya manevi zararlar vereceğini gösteren ciddi belirtiler bulunmalıdır. Somut olayda, velayetin nez'ini (kaldırılmasını) gerektirecek nitelik ve ağırlıkta bir olayın varlığı kanıtlanabilmiş değildir.”

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.11.1991 Tarih, 2-360/502 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“...Bu evlilik ya da başka bir sebepten çocuğun fikri veya bedeni tekamülünün tehlikede bulunması ya da çocuğun yararlarının bu değişikliği zorunlu kılması gerekir. Çok ciddi olmayan sebeplerden dolayı çocuğun eğitiminde, bakılıp gözetilmesinde yapılacak değişiklik onun yararına olmaz...”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 27.10.2000 Tarih, 12525/13085 Esas ve Karar sayılı ilamı)

“...Davalı, babanın 14.9.1991'de ölümünden sonra 14.10.1993'te evlenmiştir. Davalının evlendiği kişinin Türk Ceza Kanununun 503, 491 ve 191. maddesini ihlal sebebiyle bir çok mahkumiyetinin olduğu dosya arasındaki resmi kayıtlarla bellidir. 20.2.1984 doğumlu ve mümeyyiz olan küçük Esin'in üvey babası hakkındaki tanıklarca da doğrulanan beyanlarını samimi kabul etmek gerekir. Diğer yandan davalı annenin yeni evlendiği kişinin küçüğe karşı davranışlarını hoş gördüğü; babanın ölümünden sonra da çok uzun süreli çocuğu davacı yanında bırakarak velayet hakkının kullanılmasında ağır ihmalde bulunduğu dosya içeriğinde bulunan şahadetle sübuta ermektedir. Medeni Kanunun 275. (Yeni Medeni Kanun 349.) maddesindeki koşulları aşan bir düzeyde Medeni Kanunun 274. (Yeni Medeni Kanun 348.) maddesi şartları olduğu halde, yetersiz gerekçe ile istemin reddi doğru değildir. Mahkemece yapılacak iş gerekli geçici tedbirleri alarak davalının velayetinin nez'i (kaldırılması) ile, çocuğa bir vasi tayini için evrakı sulh hakimine göndermekten ibarettir.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 27.10.2000 Tarih, 12486/13084 Esas ve Karar sayılı ilamı)

2.2.5 Ana ve Babanın Hapis Cezasına Mahkumiyeti

Yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, çocuğun korunması için en ağır önlem olan velâyetin kaldırılması, koşulların gerçekleşmesi halinde hâkim kararıyla olmaktadır. Hâkim talep üzerine veya resen velâyetin kaldırılmasına karar verebilmektedir. Ancak bazı olaylar vardır ki, kanun koyucu böyle bir durumda çocuğun korunmasını sağlamak maksadıyla hukuk hâkiminin kararını gerekli görmemiş, ceza mahkemesince verilecek ferî ceza niteliğinde velâyetin kaldırılması müeyyidesini getirmiştir¹³⁷. 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nun 33. maddesi ile 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde, hapis cezasına mahkumiyet durumunda, velayet yetkisinin ceza süresince kullanılamayacağı hususu düzenlenmiştir. Her ne kadar 765 sayılı TCK, eski ceza kanunumuz ise de, ceza hukukundaki suç tarihi itibarıyla sanık lehine olan hüküm uygulanır ilkesinin gereği olarak 765 sayılı kanunu da uygulama imkanı bulunmaktadır. Bu iki madde arasında birtakım farklı düzenlemeler mevcuttur. Bu ceza maddelerini inceleyecek olursak:

765 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 33 - Beş seneden ziyade ağır hapis cezasına mahkum olanlar ceza müddetleri zarfında mahcuriyeti kanuniye halinde bulundurulur. Ve emvalinin idaresinde mahcurlar hakkındaki kanunu medeni ahkamı tatbik olunur.

Beş seneden ziyade ağır hapse mahkum olan şahsın ceza müddeti zarfında babalık hakkından ve kocalık sıfatının bahsettiği kanuni haklardan mahrumiyetine de hüküm verilebilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 53 - 1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,

b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasî hakları kullanmaktan,

c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,

d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasî parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,

e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır.

2) Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar bu hakları kullanamaz.

3) Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci

¹³⁷ ÇELİK, s.280.

fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.

4) Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

5) Birinci fıkra da sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adlî para cezasına mahkûmiyet hâlinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adlî para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.

6) Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet hâlinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar.

Görüldüğü üzere, her iki ceza kanunu hükmü de, hapis cezasına mahkum edilen kişinin özel hukuka ilişkin haklarının sınırlandırılmasına ilişkindir. Fakat en çok dikkat çeken fark, 765 sayılı kanunun 33. maddesi, 5 yıldan fazla olan hapis cezalarına mahkumiyet için getirilmiş bir düzenleme olup mahkum kişinin babalık hakkından ve kocalık sıfatının bahsettiği haklardan ceza süresi boyunca faydalanamamasına karar vermek konusunda, “hüküm verilebilir” ifadesi ile, hakime takdir hakkı tanımıştır. Hakime takdir hakkı tanıyan bu maddenin uygulanmasında yetkinin bu konuda uzmanlaşmış olan hukuk hakimine ait olması gerektiğini savunan Özlü’ye göre, aynı olayda ceza hakimi ile hukuk hakiminin yaklaşımı farklı olacak, ceza hakimi pek hafif sayılacak durumları bile bu yetkiyi kullanmak için yeterli görecektir¹³⁸. Oysa ki 5237 sayılı TCK’nın 53. maddesi, “kasten işlenen hapis cezasına mahkumiyet halinde” ifadesiyle belli bir süre belirtmemiş ve mahkum olunan ceza süresince düzenlenen diğer haklar ile birlikte, “velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan” mahrumiyet öngörmüş ve bu hususu “yoksun bırakılır” ifadesi ile hakimin takdirine bırakmamıştır. Fakat aynı maddenin 3. fıkrasında “Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz.” şeklindeki bir düzenleme ile kuralın istisnası belirtilmiş ve böylelikle açıkça belirtilmese de velayet hakkından mahrumiyet için gerekli hapis cezasının alt sınır da belirlenmiştir. 5237 sayılı TCK.’nın 51. maddesinde iki yıl ve daha az süreli hapis cezasının ertelenebileceği düzenlenmiş; şartlı tahliyeye ilişkin hükümler de infaz kanunlarında açıkça düzenlenmiştir. Böyle bir ceza ve hak mahrumiyeti kararının verilmiş olması durumunda artık ayrıca hukuk

¹³⁸ ÖZLÜ, s.139.

mahkemesinin velayetin kaldırılması kararına gerek olmaksızın velâyet kaldırılmış olmaktadır¹³⁹.

“5237 sayılı TCK'nın 53/1-c maddesinde belirtilen kendi alt soyu üzerindeki velayet hakkında; vesayet veya kayyımlığa ait hizmette bulunmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirinin aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca koşullu salıverme tarihine kadar, diğer hak yoksunluklarının ise infazın tamamlanmasına kadar uygulanacağına hükümde gösterilmesi gerekirken gösterilmemesi bozmayı gerektirmiştir.”

(Yargıtay İkinci Ceza Dairesi'nin, 04.06.2008 Tarih, 2575/10138 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Hapis cezasına mahkum edilen ve bu cezası ertelenmeyen sanık hakkında 5237 sayılı TCK.'nın 53/1. maddesinde belirtilen hak yoksunluklarına karar verilmemesi, belirtilen hak yoksunluklarının hapis cezasıyla mahkumiyetin doğal sonucu olmaları nedeniyle bu husus bozma nedeni yapılmamıştır.”

(Yargıtay İkinci Ceza Dairesi'nin, 14.04.2008 Tarih, 954/7059 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” başlığı altında yeni sistemde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş bulunan ve hapis cezası mahkumiyetinin yasal sonucu olan hak mahrumiyetleri kararda gösterilmemiş olsa bile, 5237 sayılı TCK.'nın 53. maddesinin infaz sırasında dikkate alınması mümkün görülmüştür”

(Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.12.2006 Tarih, 11301/296 Esas ve Karar sayılı ilamı).

2.3 Velayetin Kaldırılmasının Sonuçları

2.3.1 Çocuğun Vesayet Altına Alınması

Velayet ana ve babanın her ikisinden de kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır (TMK. md.348/II). Velayetin kaldırılması, evlilik devam ederken eşlerden biri için söz konusu olursa, diğer eş velayete tek başına sahip olur. Yargıtay bir kararında bu hususu, “Eşlerden birinin vefatı halinde velayet sağ kalan eşe ait olur ve asıl olan küçüklerin velayet altında bulunmasıdır. Ananın velayet hakkı nez edilmedikçe (kaldırılmadıkça) velayet altında bulunan çocukların vesayet altına alınması ve kendilerine vasi tayin edilmesi usul ve kanuna

¹³⁹ OGUZMAN/DURAL, s.317.

aykırıdır.”¹⁴⁰ şeklinde belirtmiştir. Velayetin ana ve babanın her ikisinden birlikte alınması ya da birinden dahi olsa velayetin alınması vesayeti gerektiriyorsa (örneğin diğer tarafın ölmüş olması ya da gaip olması durumunda olduğu gibi), Aile Mahkemesi, velayetin kaldırılmasına ilişkin karar ile birlikte, çocuğa vasi tayinine de karar veremeyecek, durumu Sulh Hukuk Mahkemesi’ne ihbar edecektir¹⁴¹.

Velayetin mutlaka ana ve babanın her ikisinden birlikte kaldırılması zorunluluğu yoktur. Hangisi bu görevi gereği gibi ifa etmezse, yalnızca onun velayeti alınmakla yetinilebilir. Hakim, velayeti bir taraftan kaldırması durumunda, diğer tarafın bu görevi tek başına yerine getirebilecek yeteneğe sahip olup olmadığını araştırır ve velayetin diğer eşe bırakılıp bırakılmayacağını takdir yetkisini kullanarak tayin eder¹⁴². Burada önemli olan, velâyetin kaldırılmasını gerektiren durumun kim tarafından gerçekleştirildiğidir. Eğer yalnız biri tarafından gerçekleştirilmiş ise, hâkim sadece ondan velâyetin kaldırılmasına karar verecektir. Bu durumda velâyet hakkı tek başına diğer tarafa ait olacaktır. Ancak, hem ananın hem de babanın fiilleri velâyetin kaldırılmasını gerektiriyorsa bu durumda hâkim, velâyeti ikisinden de kaldıracaktır (TMK.md.348/II). Bunun üzerine çocuğa vasi atanması gerekecektir (TMK.md.348/II). Artık bundan böyle çocuk velâyet değil, vesayet altında bulunacak ve vesayete ilişkin hükümler uygulanacaktır¹⁴³.

Aile Mahkemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra bu Kanunun kapsamına giren olaylarda vesayet makamı ile denetim makamında değişiklikler olmuştur. Aile Mahkemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce velâyeti kaldıran mahkemenin; çocuğa vasi atanması için karar kesinleştikten sonra dosyayı çocuğun yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine göndermesi gerekiyordu. Çünkü vesayet makamı Sulh Hukuk Mahkemesi, denetim makamı ise Asliye Hukuk Mahkemesiydi (TMK. md.397/II).

Aile Mahkemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra ilk etapta vesayet makamı, velâyetin kaldırılmasına karar veren mahkeme olmuştu. Çünkü kanun hükmü gereğince Medeni Kanun’un vesayete ilişkin maddeleri de Aile Mahkemesi’nin görev alanı içerisinde düzenlenmişti. Fakat 5133 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 2. maddesi ile "4787 sayılı

¹⁴⁰ Y. 2.HD.’nin 18.12.1986 Tarih, 10828/11187 Esas ve Karar sayılı ilamı.

¹⁴¹ BAKTİR-ÇETİNER, s.123.

¹⁴² ÖZLÜ, s.169.

¹⁴³ Bkz, OĞUZMAN/DURAL, s.319; AKINTÜRK, s.428; CANSSEL, s.147; ÖZTAN, Aile Hukuku, s.497.

Kanunun 4. maddesinin (I) numaralı bendine "Türk Medeni Kanununun" ibaresinden sonra gelmek üzere "üçüncü kısım hariç olmak üzere "ibaresi eklenmiştir." hükmü getirilmiştir. 4787 sayılı Kanunda yapılan söz konusu değişiklik gereğince, vasi tayinine ilişkin davalarda Aile Mahkemesi görevli olmadığından mahkemece velayetin kaldırılmasına karar verildikten sonra, küçüğün vesayet altına alınması için ilgili ve yetkili vesayet makamına gerekli ihbarın yapılmasına karar verilmesi gerekir. Bu vesayet makamı ise daha önceden olduğu gibi Sulh Hukuk Mahkemesi'dir.

Vesayet makamı, haklı sebepler olmadıkça öncelikle vasilik koşuluna sahip olmaları şartıyla çocuğun yakın hısımlarından birini vasi olarak atayacaktır. Atamada vasinin yerleşim yerinin yakınlığı ve çocukla olan kişisel ilişkiler göz önünde bulundurulacaktır (TMK. md.414). Çocuğun yakın hısımlarından birinin vasi olarak atanması, o kişinin vasilik şartlarını haiz olması koşuluyla mümkün olmakla birlikte; çocuğun bu yakın hısımlardan birinin velayeti altına alınmasına karar verilemez. Çocuğun ana ve babasından başkası kanun gereğince velayet hak ve görevine sahip olamaz. Yargıtay bir kararında bunu "...Velâyetin babadan alınması halinde anne yok ise küçüğe vasi tayini içinihbar yapılması gerekirken küçüğün velâyet hakkının dedeye verilmesi bozma nedenidir."¹⁴⁴ diyerek belirtmiştir. Zaten asıl olan küçüklerin velayet altında bulunmasıdır. Bu mümkün olmadığı hallerde çocuk, vesayet altına alınır. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, "...Eşlerden birinin vefatı halinde velâyet sağ kalan eşe ait olur ve asıl olan küçüklerin velâyet altında bulunmasıdır. Ananın velâyet hakkı nez edilmedikçe velâyet altında bulunan çocukların vesayet altına alınması ve kendilerine vasi tayin edilmesi usul ve kanuna aykırıdır..."¹⁴⁵ şeklindeki kararından da Yargıtay'ın bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır.

2.3.2 Velayetin Kaldırılmasının Mevcut ve Doğacak Çocuklara Etkisi

Kararda aksi belirtilmedikçe, velayetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar (TMK md.348/III). Bu itibarla, ana ve baba sonradan doğacak olan çocuklarının üzerinde de velayet hakkına sahip değildirlen, bu çocuklara bir vasi atanması gerekir¹⁴⁶. Eski Medeni Kanunun 274/II. maddesinde; "... nez'in hükmü ileride doğacak çocuklara şamildir" şeklinde bir hüküm bulunmaktaydı. Bu hüküm, velâyetin kaldırılmasının doğurduğu

¹⁴⁴ Y. 2.HD.'nin, 04.01.1998 Tarih, 14140/14. Esas ve Karar sayılı ilamı.

¹⁴⁵ Y. 2.HD.'nin, 18.12.1986 Tarih, 10828-11187 Esas ve Karar sayılı ilamı.

¹⁴⁶ AKINTÜRK, s.429.

sonuçların sadece ileride doğacak çocukları kapsayacağı şeklinde yanlış bir anlam vermeye müsait olduğu gerekçesiyle eleştirilmişti. Eski kanun hükmünün eleştirildiği ikinci bir husus ise, çocukların tümü için velayetin kaldırılmasını gerektirmeyecek, örneğin çocuğun eğitimi güç bir çocuk olması ya da bedensel veya zihinsel özürlü olması gibi durumlarda dahi velayetin tüm çocuklar için kalkmasının, velayetin kaldırılması kurumunun, çocuğun menfaatlerini korumak amacıyla çıkıp velileri cezalandırmak amacına saptığı noktasındadır¹⁴⁷.

Yeni Medeni Kanun ile bu hata düzeltilmiştir. Medeni Kanunun 348/III. maddesinde; kararda aksi belirtilmedikçe, velâyetin kaldırılmasının mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsayacağı belirtilmiştir. Buna göre hâkim, velâyetin kaldırılması koşulunun gerçekleşme şekline göre velâyetin bir çocuk üzerinden kaldırılmasına karar verebileceği gibi, velayetin hangi çocuk üzerinden kaldırıldığını belirtmeksizin yalnızca velâyetin kaldırılmasına da karar verebilecektir. Kararda aksi belirtilmediği zaman kanun hükmü gereği velâyetin kaldırılması, mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsayacaktır. İleride doğacak çocukların kapsamına, velâyetin kaldırılmasından sonra nesebi düzeltilen çocukların da gireceği kabul edilmektedir. Bunun gibi, sadece kendilerinden velâyet kaldırılan eşlerin boşanıp bir üçüncü kişi ile yaptıkları evlilikten doğan çocukları yönünden de velayetin kaldırılması sayılacağı ileri sürülmektedir. Fakat velayetin kaldırılması sebebi yeniden evlenme ise, velayetin kaldırılmasının bu yeni evlilikten doğan çocuklar üzerindeki velayete bir etkisi olmaz¹⁴⁸.

Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun durumu, TMK'nın 337. maddesinde düzenlenmiştir. Evlilik dışı doğan çocuğun velayeti anaya aittir (TMK md.337/I). Mahkeme, ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayeti kaldırılmış ise çocuğun menfaatine göre çocuğa vasi atar yada babanın velayetini uygun görebilir (TMK md.317/II). Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun, babasına yönelik soybağı, tanıma veya babalık hükmüyle kurulmuş olsa bile ana ve babası velayeti ortak kullanamazlar. Hakim hal ve koşullara göre velayet konusunda bir karar verir. Ana veya babanın evlilik içindeki ya da evlilik dışındaki çocuklarından birine ilişkin olarak velayet hakları kaldırıldığında, hakim kararda, bunun mevcut ve doğacak tüm çocukları da kapsayacağını belirtebilir¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Bkz, AKYÜZ, Velayet Hakkının Kaldırılması, s.8.

¹⁴⁸ OĞUZMAN/DURAL, s.318.

¹⁴⁹ ÖZLÜ, s.150.

Evlat edinme durumunda, ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler, evlat edinene geçtiğinden (TMK md.314/1), velayetin kaldırılması, kararda aksi belirtilmedikçe kendisinden velayet hakkı kaldırılan ana veya babanın evlat edindiği çocuk ya da çocuklar için de geçerli olacaktır. Hâkim velâyetin kaldırılması kararının kapsamını, bunu gerektiren koşullara göre belirlemelidir. Eğer velâyet ana ve babanın kısıtlanmasından dolayı kaldırılmışsa, kaldırma kararı genel olmalıdır. Yani mevcut ve sonradan doğacak çocukları kapsmalıdır. Fakat bu önlemin alınmasına yol açan neden, yetkinin kötüye kullanılması veya ağır biçimde savsaklanması ise, velayetin kaldırılması kararı yalnızca buna maruz kalan çocuklar hakkında geçerli olmalıdır¹⁵⁰.

2.3.3 Velayetin Kaldırılmasının Ana ve Babanın Hak ve Yükümlülüklerine Etkisi

Velâyetin kaldırılmasıyla birlikte kural olarak ana ve babanın velâyetten doğan hak ve yükümlülükleri sona ermektedir. Yani veli artık çocuğu eğitemeyecek, terbiye edemeyecek, onun mallarını yönetemeyecek ve çocuğu temsil edemeyecektir. Şayet velâyet ana ve babanın ikisinden de kaldırılırsa ya da velâyete tek başına sahip olanın velâyeti kaldırılırsa, çocuğa atanan vasi tek başına ya da Aile Mahkemesi'nin katılımıyla bu konularda yetkili olacaktır¹⁵¹.

Velayet hakkı kaldırılan ana babanın, kural olarak velayet doğan hak ve yükümlülükleri sona ermekte ise de, bunun istisnaları da vardır. Ana babanın çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakları saklıdır. Bununla beraber çocuğun esenliği aksini gerektiriyorsa, ana babanın çocuğu görme hakları sınırlanabilir, hatta tamamen kaldırılabilir¹⁵². Ana ve babanın, velayetin kendilerinden kaldırılmasına rağmen çocuğun geçim ve bakımını sağlama ödevleri de devam eder. Nafakaya ilişkin hükümler saklı kalmak koşuluyla ana ve baba çocuğun geçim giderlerini karşılamakta acz içine düşerlerse, bu hallerde geçim giderlerini Devlet karşılar¹⁵³. Ana babanın çocuğun mallarından yararlanma hakkına gelince, velayet hakkının kaldırılması, velinin kusurlu olduğu bir sebepten kaynaklanmıyorsa, velinin çocuğun mallarından yararlanma hakkı da devam eder¹⁵⁴. Bu bahsedilen istisnai durumları ayrı ayrı başlıklar altında incelemek gerekirse:

¹⁵⁰ AKYÜZ, Velayet Hakkının Kaldırılması, s.8.

¹⁵¹ OĞUZMAN/DURAL, s.319.

¹⁵² ÖZTAN, Aile Hukuku, s.498.

¹⁵³ ÖZMEN, 2005, s.423.

¹⁵⁴ OĞUZMAN/DURAL, s.320.

2.3.3.1 Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkına Etkisi

Velâyet hakkının kaldırılmasıyla birlikte ana ve babanın hak ve yükümlülükleri sınırlandırılmaktadır. Bununla beraber bunun istisnalarının da olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu istisnalardan biri de ana babanın çocuk ile olan kişisel ilişkilerinin devam etmesidir. Çünkü ana ve babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, velâyetten bağımsız bir haktır. Ana ve babadan her biri, velâyeti altında bulunmayan çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptirler (TMK. md.323). Yargıtay bir kararında bu durumu "...velâyetin babadan nez edilmiş (kaldırılmış) olması, çocukla baba arasında kurulmuş olan nesep bağı ortadan kaldırmaz. Baba çocuğun iâşe ve terbiyesi için gerekli olan her türlü giderleri karşılamak zorundadır. Buna karşılık baba olmanın kendisine verdiği duyguyu da tatmak ihtiyacındadır. O halde mahkemece küçüğün bedeni ve fikri gelişmesine engel olmayacak, infazda güçlük çıkartmayacak biçimde çocukla baba arasında uygun bir şahsi ilişkinin kurulması gerekmektedir...." şeklinde ifade etmiştir¹⁵⁵.

Velâyeti kaldırılarak bir kuruma ya da başka aile yanına yerleştirilen çocuğun çıkarı aksini gerektirmedikçe, ana veya babasının onu görme hakkı devam eder (ÇHS md.10). Çocukları kendisinden alınan eş, kusurlu olduğuna hükmedilmiş dahi olsa, çocuklarıyla uygun surette kişisel ilişki kurma hakkını muhafaza eder. Çocuklarına soyadlarını ve uyruklarını veren, kendilerine mirasçı olma şansı kazandıran ana babanın, küçük çocuklarıyla buluşup görüşme hakları da olmalıdır¹⁵⁶.

Hakim, ana baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi düzenlemek zorundadır. Hâkim tarafından düzenlenecek kişisel ilişki, ana ve babalık duygularını tatmin edecek düzeyde olmalıdır. Üçüncü kişi nezaretinde kişisel ilişki düzenlenmemelidir. Yetersiz ve belirsiz ilişki düzenlemesi de yapılmamalıdır¹⁵⁷. Kişisel ilişkinin şeklini ve zamanını da hakim belirleyecektir; fakat hakimin kararı, halin icabına uygun, çevre değişikliklerine dikkat edilmiş ve infaz güçlüğüne yol açmayacak şekilde olmalıdır¹⁵⁸. Bahsedilenlere örnek olacak bazı Yargıtay kararları şunlardır:

¹⁵⁵ Y. 2.HD.'nin 24.12.1992 Tarih, 12614/12903 Esas ve Karar sayılı ilamı.

¹⁵⁶ ÖZLÜ, s.160.

¹⁵⁷ ÇELİK, s.285.

¹⁵⁸ ÖZLÜ, s.161.

“Velayet kendisine bırakılmayan taraf ile müşterek çocuk arasında kişisel ilişkinin belli bir zaman diliminde ve infazda tereddüt yaratmayacak bir biçimde düzenlenmesi gerekir. Onun için olayda olduğu gibi, taraflar ayrı şehirlerde buldukları için yılın belli bir ayında çocuğu yanına almak suretiyle ilişki kurulması icap eder. Bu yön göz önünde tutulmadan davalının yurda döndüğü ya da davacının yurt dışına çıkacağı zaman içinde kişisel ilişki kurulması Usul ve Kanuna aykırıdır.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 10.10.1989 Tarih, 7990/8969 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Davacı; evlilik birliği devam etmekte ise de, tarafların ayrı yaşadıklarını, bu sebeple davalı baba yanında bulunan 1985 doğumlu müşterek çocuk Muharrem'in kendisine gösterilmediğini açıkladıktan sonra yaşı sebebi ile ana bakım ve şefkatine muhtaç olduğu için küçüğün tedbiren kendisine verilmesini istemiştir. Hiç şüphesiz bu istek içinde, davanın reddedilmesi halinde küçük ile davacı arasında kişisel ilişki kurulması da mündemiçtir. Esasen davanın niteliği itibari ile çocuğun eşlerden biri yanında bırakılması halinde, ana ve babalık duygularının tatmini için çocukla diğer eş arasında kişisel ilişki kurulması hususu davanın tabii sonucudur. Olayımızda; annenin isteği reddedilmiş, çocuk baba yanında bırakılmış ve fakat müşterek çocuk ile anne arasında ilişki kurulmamıştır. Kararın bu eksiklik nedeniyle bozulması gerekir.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 27.12.1990 Tarih, 10835/14095 Esas/Karar sayılı ilamı).

“Mahkemece, çocuğun senenin çift aylarında baba yanında, tek aylarında ise ana yanında kalması şeklinde kişisel ilişki kurulması öngörülmüştür. Bu düzenleme, çocuğun zararındır. Çünkü 1977 doğumlu olup her yönden yetişecek çağda bulunan bir çocuğun, her ay değişik bir ortamda ve değişik bir yetiştirme (terbiye) tarzı ile karşı karşıya kalması, onun kişilik kazanmasını olumsuz yönde etkiler. Öte yandan, çocuk okul çağına geldiğine göre, her ay çevre değiştirmesi, okulu iki eve de ne kadar yakın olursa olsun, eğitim zorluğu meydana getirir. Küçüğün böylesine "göçebe" denecek bir yaşam içinde bulunmasının daha birçok sakıncaları olduğu söz götürmez. Bu bakımdan yapılan düzenleme yanlış olup, velayet anaya verildiğine göre, eğitim ve gelişim konusunda ona ağırlık vermek suretiyle ve sadece babaya, babalık duygusunu tatmin edecek miktarda makul bir görme süresi tanınması uygun olur.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 17.01.1983 Tarih, 103/81 Esas ve Karar sayılı ilamı).

Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girerse veya ana baba bu haklarını, yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar ya da çocukla ciddi olarak ilgilenmezlerse veya

diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir. Çünkü kişisel ilişkiler düzenlenirken ön planda tutulması gereken husus çocuğun çıkarı ve esenliğidir. Çocuğun çıkarı, ana babanın onunla kişisel ilişki kurma hakkının dahi üstünde tutulmalıdır¹⁵⁹.

2.3.3.2 Çocuk Mallarını Yönetme ve Kullanma Hakkına Etkisi

Ana ve baba, velâyetleri devam ettiği müddetçe çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler, kural olarak hesap ve güvence vermezler (TMK. md.352). Ancak velâyetin kaldırılmasıyla birlikte bu haklarını kaybedeceklerdir. Ana ve baba, velayetleri sona erince çocuğun mallarını, hesabıyla birlikte ergin çocuğa, vasisine veya kayyımına devretmek yükümlülüğü altındadırlar (TMK. md.362). Ana ve baba bu yükümlülüklerini yerine getirmedikleri zaman vekil gibi sorumlu tutulacaklardır (TMK. md.363/I). Bu yükümlülük, ana babanın her ikisinden de velayetin alınması halinde söz konusu olur. Eğer sadece birinden velayet alınmışsa, diğeri velayeti sürdüreceğinden hesap verme ve mal teslimi söz konusu olmaz¹⁶⁰.

Çocuk mallarının kullanılması hususunda kanun koyucu, ana ve babanın kusurlu olup olmamasına göre bir ayırım yapmıştır. Buna göre ana ve baba kusurlarıyla velâyetin kaldırılmasına sebep olmuş iseler, örneğin görevlerini savsaklamaları veya görevlerini kötüye kullanmaları gibi sebeplerle velâyetin kaldırılmasına sebep olmuşlarsa çocuk mallarını kullanma haklarını kaybedeceklerdir. Ancak velâyetin kaldırılmasında kusurları yok ise, örneğin çok yaşlı olmaları ve hastalıkları yüzünden görevlerini gereği gibi yerine getirememeleri sebebine dayanıyorsa, çocuk mallarını kullanmaya devam edeceklerdir (TMK. md. 354)¹⁶¹. Eğer velayet ana ve babanın kusurlu davranışı nedeniyle kaldırılmışsa, çocuk mallarını teslim edecekler ve vekil gibi sorumlu olacaklardır. Bunun bir sonucu olarak ana baba, kullandıkları malların telef ve hasarından, değerinin eksilmesinden, kendi kusurlarının olmadığını ispat edemedikleri sürece, sorumlu olacaklardır¹⁶². Yargıtay'ın aşağıda yer verilen kararı açıklananlara güzel bir örnektir:

¹⁵⁹ ÖZLÜ, s.162.

¹⁶⁰ ZEVKLİLER, s.1128.

¹⁶¹ ÇELİK, s.286.

¹⁶² ZEVKLİLER, s.1129; ÖZLÜ, s.165.

“Ancak veli de küçüğün ve mahcurun mallarını yönetirken gerekli kararları alırken kendi malında tasarruf edermişçesine sınırsız davranamaz. Aksi halde çocuğun malları tehlikeye düşerse hakim, vasiler üzerinde haiz olduğu denetimi ana ve baba hakkında da tatbik eder. Vasiler ise mahcurun mallarını bağışlayamaz, vakfedemez, onun hesabına kefalet edemez. Ana babanın idare hakkının sona ermesinde mallar reşit olan çocuğa veya vasisine hesap görülerek teslim olunur. Evliliğin sona ermesinden sonra velayeti haiz olan karı veya koca, çocuğun malının vaziyetini gösterir bir müfredat defteri verecek, çocuğun mallarında ehemmiyetli değişme olduğunda bunu da yine hakime bildirecektir. Ana ve babanın yararına olarak çocuk ile üçüncü şahıs arasında yapılacak herhangi bir tasarrufta, çocuk borç ilzam etmiş olursa hususi bir vasinin iştiraki, hakimin tasdiki gerekir. Ana baba çocuğun mallarını idarede intifa hakkı sahibi gibi sorumludur.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 14.05.1990 Tarih, 12983/4759 Esas/Karar sayılı ilamı).

2.3.3.3 Bakım Yükümlülüğüne Etkisi

Velâyetin kaldırılması ana baba ile çocuk arasındaki soybağını ortadan kaldırmamaktadır. Velâyetin kaldırılmasında güdülen amaç çocuğun korunmasıdır. Çocuk ile ana baba arasındaki soybağı devam ettiği için bu bağın sonucu olarak ana ve babanın birtakım yükümlülükleri de devam etmektedir. Çocuğun bakım masraflarının ödenmesi de ana ve babaya, sırf ana-baba olmaları nedeniyle yüklenen bir yükümlülüktür¹⁶³. Velâyetin kaldırılması halinde de ana ve babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam etmektedir (TMK. md.350/I). Ana baba, güçleri oranında çocuğun beslenme, barınma, giyinme, eğitim gibi giderlerine katkıda bulunacaklardır.

Velâyet hakkı ana ve babadan birinden kaldırılmış ise, velâyet hakkı kaldırılan taraf, diğerine gücü oranında uygun bir iştirak nafakası vermek zorundadır (TMK. md.182/II). Diğer tarafın zengin olması nafakaya hükmedilmesini engellememektedir¹⁶⁴. Hatta çocuğun özel gelirinin bulunması da ebeveynin iştirak nafakası ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz¹⁶⁵. Bu konuda Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin birbiri ile çelişen kararlarına rastlamak mümkündür. Dairenin 06.10.1995 tarih, 7307/9962 Esas ve Karar sayılı “Çocuğun gelirinin yeterli olması durumunda, ana ve baba iştirak nafakası vermek zorunda değildir.”

¹⁶³ ÖZTAN, Aile Hukuku, s.498.

¹⁶⁴ ÇELİK, s.287.

¹⁶⁵ BAKTİR-ÇETİNER, s.146.

şeklindeki kararının, mevcut yasal düzenlemelere aykırı olduğu görüşünderiz. Karardaki muhalefet şerhinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşler şu şekildedir: "...Aynı yasanın 148/2. maddesi (Yeni Kanun md.182/II) "velayet kendisine verilmemiş olan anne baba ekonomik gücü oranında çocuğun geçim ve eğitim-öğretim giderlerine katılmakla yükümlüdür" ilkelerine yer vermiştir. O halde kendisine velayet verilmeyen tarafın çocuğun giderlerine katılması yasa gereği zorunludur. Ancak bu zorunluluk çocuğun en zorunlu giderleri ve yükümlütün ekonomik gücü ile uyumlu bir miktarla sınırlıdır. Medeni Kanununun 281. maddesi ile öngörülen (Yeni Kanun md.355), çocuğun gelirinin öncelikle kendisinin geçimi için harcanacağına ilişkin hükmü, anne-babanın nafaka veremeyecek durumda olmaları haline özgüdür. Anne-babanın gücü oranında vereceği nafaka çocuğun gereksinmelerini karşılamıyorsa o zaman çocuğun gelirlerine başvurulabilir. Belirtilen ayrıcalık durumlar dışında anne-babanın çocuğun zorunlu giderlerine katılımını ortadan kaldırmaz. Hükmün bu nedenlerle bozulması gerekir. (Dairemizin 24.05.1995 gün 5219-6119 sayılı kararı da bu doğrultudadır) Sayın çoğunluğun çocuğun gelirinin geçimine yeterli olması halinde anne-babanın iştirak nafakası vermek zorunda olmadıklarına ilişkin görüşlerine katılmıyorum."

Hâkim, ana ya da babanın ekonomik ve sosyal durumunu, çocuğun bakım ve eğitim giderlerini tespit ederek ödenmesi gereken nafaka miktarını belirleyecektir. Ayrıca gelecek yıllarda nafakanın ne kadar arttırılacağına da karar verebilecektir (TMK. md.182/III). Çocuk yönünden tayin edilecek nafaka, onun ihtiyaçları yani, bakımı, eğitimi ve korunması için yetecek miktarda olmalıdır. Borçlu bakımından ise bu miktar, hayat koşulları ve ödeme güçleri dikkate alınarak belirlenir. Nafaka, tarafların sosyal durumları dikkate alınarak, bilirkişi tarafından tayin olunur¹⁶⁶.

Velâyet ana ve babanın ikisinden de kaldırılmışsa, bu durumda ikisinin de çocuğun bakım masraflarını karşılamaları gerekmektedir. Ana ve babanın bakım ve eğitim giderlerini karşılama gücü yoksa giderler çocuk mallarından karşılanacaktır (TMK. md.327/II). Ana ve babanın giderleri karşılayacak maddi gücü olmaması ve çocuğun da kişisel mallarının giderleri karşılamaya yetmemesi halinde giderler, Devlet tarafından karşılanacaktır (TMK. md.350/II). Ana, baba veya çocuk ekonomik güce ulaştıklarında veya malvarlıkları oluştuğunda Devlet, bu kişilere başvurarak yaptığı ödemeleri tahsil edecek veya ayrıca kanun koyucu nafakaya ilişkin hükümlerin saklı olduğunu belirttiğinden (TMK. md.350/III), çocuğa

¹⁶⁶ ÖZLÜ, s.167.

yardım nafakası ödeme yükümlüğü olan ana babasına veya akrabalarına rücu edebilecektir¹⁶⁷. Çünkü Devletin muhtaç veya fakir çocukların bakımını karşılaması, onların bakımıyla yükümlü kimsenin bulunmaması veya ödenen nafakanın bakımını karşılayamayacağına anlaşılması durumunda geçerlidir¹⁶⁸. Ana babanın bakım yükümlülüğünün, velayetin kaldırılması halinde de devam ettiği ve bu bakım esnasında yapılacak masrafların karşılanmasının hangi kurallara tabi olduğu konularında Yargıtay'ın örnek teşkil eden bazı kararları şunlardır:

“...Velayetin kaldırılması halinde, ana ve babanın çocukların bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder (TMK. md.350). Vesayet altındaki küçüğün babasından, vasinin bu maddeye dayanarak nafaka isteme hakkı da bulunmaktadır...”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 16.06.2003 Tarih, 7748/8811 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Davacı eş, ayrı yaşama hakkı bulunduğunu ispat etmeden diğerinden nafaka isteyemez. Başka bir şart aranmadan koca, karısı yanında bulunan çocuklarının infak ve iâşe masraflarını karşılamak zorundadır. Ancak, çocuklar için tayin edilen nafaka çocukların ihtiyaçları ile tarafların mali ve içtimai durumları ile bağdaşır nitelikte olmalıdır.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 18.06.1992 Tarih, 6547/6908 Esas ve Karar sayılı ilamı).

“Boşanma davası sırasında iştirak nafakası istenmemiş olması veya iştirak nafakasından vazgeçilmiş olması, sonradan istenmesine engel değildir.”

(Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin, 12.03.1999 Tarih, 2315/2284 Esas ve Karar sayılı ve 21.01.1982 Tarih, 8757/270 Esas ve Karar sayılı ilamları)¹⁶⁹.

2.3.4 Durumun Değişmesi Halinde Velayet Hakkının İadesi

Velayetin kaldırılması kararı, Medeni Kanun'un 346. ve 347. maddelerinde düzenlenen koruma önlemleri ve çocuğun yerleştirilmesine ilişkin alınan tedbirler gibi, çocuğun korunmasına ilişkin bir tedbir olduğundan, hiçbir şekilde kesin değildir. Başka bir deyişle bu

¹⁶⁷ ÖZUĞUR, s.465.

¹⁶⁸ ÖZLÜ, s.168.

¹⁶⁹ KAÇAK, Nazif: Boşanma, Nafaka, Mal Rejimleri, Velayet, Ankara 2004, s.684.

tedbir de ancak, çocuğun yararlarının gerektirdiği sürece devam eder¹⁷⁰. Velayetin kaldırılması kararının kesin olmadığını Yargıtay da: "...Bilindiği gibi velayete ilişkin mahkeme kararları kesin hüküm teşkil etmez, değişen şartlara göre velayet değiştirilebilir hatta nez edilir (kaldırılır)..."¹⁷¹ "...Önlem niteliğindeki kararlarda kesin hükümden bahsedilemez. Değişen koşullara göre hâkimin müdahalesi imkan dahilindedir..."¹⁷² şeklindeki kararları ile belirtmektedir. Bununla beraber velayet, ana babaya kendiliğinden geri dönmez. Buna hakim karar verir. Velayetin kaldırılmasını gerektiren şartlar ortadan kalkmışsa, ana ve baba velayetin iadesini talep edebilecekleri gibi, hakim herhangi bir talep olmaksızın kendiliğinden (re'sen) de iadeye karar verebilecektir (TMK md.351/II).

Velayetin iadesini ana ve baba isteyebileceği gibi hakim re'sen de iadeye karar verebileceğine dair kanun hükmünden, velayeti yalnızca ana ve babanın talep edebileceği anlaşılmamalıdır. Velayetin kaldırılmasını veya iadesini talep etmek, kamu düzeni ile ilgili olduğundan, üçüncü kişiler de hakime başvurabilir. Hakimin re'sen karar vermesi sözünden, üçüncü kişilerin ya da Cumhuriyet Savcısı'nın, re'sen dahi yapması gerekli velayetin iadesi işleminin yerine getirilmesi için gerekli şartların oluştuğunu hakime ihbar etmesi de anlaşılmalıdır¹⁷³.

Velayetin kaldırılması için çok ağır ve istisnai şartların gerçekleşmiş olması gerektiğinden, iadesi için de söz konusu şartların ortadan kalkmış olup olmadığının titizlikle incelenmesi lazımdır¹⁷⁴. Buna göre velayetin kaldırılmasını gerektiren nedenler ortadan kalktığında veya velayetle ilgili önlemler aile yanına veya kuruma koyma, ana babanın deneyimsizliğinin, özür veya hastalığının kısaca velayet görevini yerine getirmesini engelleyen nedenlerin ortadan kalkması, sorumluluk bilincine ulaşılması, görevlerin yerine getirilmesine engel gösterilen nedenlerin sona ermesi hallerinde, Aile Mahkemesi hakimi, kendiliğinden veya ana babanın istemleri üzerine tedbirleri kaldırarak, velayet hakkını ana veya babaya yeniden iade edecektir¹⁷⁵.

Velâyet, ana ve babanın hastalığı veya başka bir yerde bulunması gibi nedenlerle kaldırılmışsa, bunların ortadan kalktığına tespiti kolaydır. Fakat bunun dışındaki nedenlerle,

¹⁷⁰ AKYÜZ, Velayet Hakkının Kaldırılması, s.19.

¹⁷¹ Y. 2.HD.'nin 11.06.1998 Tarih, 6412-7398 Esas ve Karar sayılı ilamı.

¹⁷² Y. 2.HD.'nin 11.06.1991 Tarih, 5153-9136 Esas ve Karar sayılı ilamı.

¹⁷³ ÖZLÜ, s.200.

¹⁷⁴ AKYÜZ, Velayet Hakkının Kaldırılması, s.20.

¹⁷⁵ ÖZUĞUR, s.465.

özellikle de görevlerin ağır ihmali nedeniyle velâyet kaldırılmışsa, bu koşulların ortadan kalkmış olup olmadığının tespiti oldukça güçtür. Ana ve babanın, çocuğu velâyetin kaldırılmasından sonra ziyaret etmesi, gelişimi ile ilgilenmesi, onların çocuğa karşı olan tutumlarının düzeldiğine ilişkin bazı ipuçları verirse de, bunlar velâyetin iadesi için yeterli değildir. Bizzat ana ve babanın durumundaki gelişmeler de onların düzeldiğine delil olabilir¹⁷⁶. Mahkeme, velayetin kaldırılması sebeplerinin ortadan kalkıp kalkmadığını inceleyip araştırırken, mahkeme bünyesinde görevli uzman psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan birisinden veya her üçünden birden uyumsuzlukla ilgili araştırma ve inceleme yapılmasını istemek suretiyle yardım alabilecektir. Mahkeme nezdinde uzman kişiler bulunmadığı takdirde, diğer kamu kuru ve kuruluşlarında görevli uzmanlardan da yararlanabilecektir¹⁷⁷.

Velâyet hakkı ana ve babanın her ikisinden de kaldırılmış olmakla beraber, sebepleri, birisi yönünden ortadan kalkmış ve hâkim de onun, tek başına velâyeti gereği gibi ifa edebileceğine kanaat getirmişse, velâyeti sadece ona verecektir. Velâyetin kaldırılması sebebi sadece çocuklardan biri için ortadan kalkmışsa, hâkim sadece o çocuk bakımından velâyeti geri verebilecektir¹⁷⁸. Velayetin geri verilmesi kararı, ileri dönük olarak hüküm ifade eden bir karardır ve kararın verildiği gün, başlangıç günü sayılır. Bu karar ile velayeti geri verilen ana ve baba, yeniden çocuk üzerinde hak ve görevlere sahip olacaktır¹⁷⁹. Velayetin kaldırılması kararı yürürlükteyken, çocuğun reşit olması, evlatlık olarak verilmesi veya ölmesi hallerinde ise, velayetin iadesinden bahsolunamaz¹⁸⁰. Velayetin kaldırılması ile çocuğa bir vasi atanmış ise; velayetin iadesinde vasi, hakim veya hakimin belirleyip atayacağı bir memur huzurunda, defter gereğince aldığı malları ana babaya geri vermelidir. Yine velayetin iadesi ile birlikte, SHÇEK.'in ilgili birimince düzenlenen rapor da dikkate alınarak İl Müdürlüğü'nün teklifi ile çocuğa yönelik koruma kararı, Çocuk Mahkemesi ya da Aile Mahkemesi'nce kaldırılır¹⁸¹.

Eski Medeni Kanun'un 276/II. maddesi; "Nez'i (kaldırılması) tarihinden itibaren bir sene geçmedikçe velâyet iade edilemez" şeklindeydi. Yeni Medeni Kanunumuz ise, kaldırılan velayetin iadesine karar verilebilmesi için, beklenmesi gereken bir süre öngörmemiştir. Kanun koyucunun Eski Kanun'da, kaldırılan velayetin iadesi için bir yıllık asgari bir süre koymuş

¹⁷⁶ AKYÜZ, Velayet Hakkının Kaldırılması, s.20.

¹⁷⁷ ÖZKAN, Hasan: Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı, B.2, İstanbul 2005, s.1410.

¹⁷⁸ OĞUZMAN/DURAL, s.321.

¹⁷⁹ ÖZKAN, s.1411.

¹⁸⁰ ÖZTAN, Aile Hukuku, s.497.

¹⁸¹ ÖZLÜ, s.203.

olmasının sebebini, hakim, velayetin kaldırılması sebebinin gerçekten gelecek için tamamen ortadan kalkıp kalkmadığını gereği gibi değerlendirmesini temin etmek olarak değerlendirmek mümkündür¹⁸². Fakat Yeni Kanun'da böyle bir süre öngörülmemiş olsa dahi hakim, velayetin kaldırılması sebeplerinin gerçekten ve kalıcı olarak ortadan kalktığına kanaat getirene kadar titiz bir inceleme ve araştırma yapmakla yükümlüdür. Özetle, velâyetin kaldırılmasından sonra koşullarda düzelme olduğu takdirde Eski Kanunda aranan bir yıllık sürenin aksine, velâyetin kaldırılmasından sonra geçecek süreye bakılmaksızın velâyetin iade edilmesi gerekecektir. Bunun için velâyetin kaldırılmasını gerektiren olayların niteliğinin de önemi yoktur. Önemli olan koşullardaki düzelmedir¹⁸³. Bununla ilgili olarak Yargıtay'ın bir kararı şu şekildedir:

“Olayda 10.05.1989 tarihinde kesinleşen boşanma kararı ile müşterek çocuk (01.10.1987) doğumlu Mehmet'in velayeti anneye verilmiş, bilahare, anneannenin 09.1.1997 tarihinde anneye karşı açtığı dava sonucunda; (Eski) Türk Kanunu Medenisinin 274. maddesi gereğince annenin çocuk üzerindeki velayet hakkı nez edilmiştir (kaldırılmıştır). Karar 9.6.1997'de kesinleşmiştir. Bundan sonra, nez'e (kaldırmaya) karar veren mahkemenin ihbarda bulunması üzerine Banaz Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 4.12.1997 tarihli 97/343-519 sayılı kararı ile "... küçük Mehmet'in velayetinin babası (davalı) Yüksel'e verilmesine, babanın veli tayinine karar verilmiştir. İşbu dava ise çocuğun anası tarafından 10.04.2003 tarihinde açılmıştır. Davacı, çocuğun velayetinin davalı babadan alınıp kendisine verilmesini ve çocuk için iştirak nafakasına hükmedilmesini istemektedir. İstek "... velayetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalktığından bahisle velayetin iadesi (TMK. md.351/2) niteliğindedir. Delillerin bu çerçevede değerlendirilip hasıl olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı görülmüştür”¹⁸⁴.

Velâyet hakkı kaldırılırken ana ya da babanın kendilerinden velâyet hakkının kaldırılmasını istemeleri veya diğer tarafa verilmesine rıza göstermeleri, koşulların değişmesi durumunda velâyetin tekrar kendilerine verilmesine engel oluşturmamaktadır. Yargıtay bir kararında bu noktaya şu şekilde dikkat çekmiştir: “...Babanın İsveç'te bir suçtan dolayı hapse girdiği de anlaşılmıştır. Şu durumdan çocukların velayetinin babadan alınması her yönü ile onların yararınadır. Kadının başka biri ile evlenme hazırlığı içinde olması ya da evlenmiş bulunması, hatta boşanma davası sırasında velayetin babaya verilmesine razı olması

¹⁸² OĞUZMAN/DURAL, s.320.

¹⁸³ ÇELİK, s.301.

¹⁸⁴ Y. 2.HD.'nin 24.03.2004 Tarih, 2686-3690 Esas ve Karar sayılı ilanı.

çocukların velayetinin anneye verilmesine engel değildir. Öyle ise çocukların velayetinin babalarından alınıp annelerine verilmesi gerekirken açıklanan yönler gözetilmeden davanın reddolunması usul ve kanuna aykırıdır”¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Y. 2.HD.’nin 01.12.1980 Tarih, 7422-8596 Esas ve Karar sayılı ilamı.

BÖLÜM III

VELAYETE İLİŞKİN DAVALARDA USUL

1 VELAYETİN KALDIRILMASI VE İADESİ DAVALARINDA USUL

1.1 Davanın Tarafları ve Yargılama Usulü

1.1.1 Davanın Tarafları

Velayetin konusu kamu düzenini ilgilendirdiğinden, velayetin kaldırılması davası ve velayetin kaldırılması sebepleri ortadan kalktığında açılan velayetin iadesi davası, velayet altındaki çocuğun yakın akrabaları, halin icabına göre davaname ile Cumhuriyet Savcısı, çocukların korunması ile görevlendirilmiş kamu kurumlarının yetkilileri, velayet altındaki sezgin çocuk ve diğer ilgililer tarafından ana ve baba aleyhine açılabileceği gibi, velayet kendisine tevdi edilen ana ya da baba aleyhine diğeri tarafından da açılabilir¹⁸⁶. “Velayetin nez’ini (kaldırılmasını) yahut değiştirilmesini gerektiren durumların mevcut olması halinde hakim, istek üzerine veya re’sen gerekli tedbiri almak zorundadır. Çünkü bu konu kamu düzenini ilgilendirir. Onun için velayetin nez’ini (kaldırılmasını) yahut değiştirilmesini istemek sırf ana veya babaya ait haklardan olmayıp, üçüncü kişiler de bu yolda hakime başvurup onu harekete geçirebilirler”¹⁸⁷.

Türk medeni Kanunu’nun 348. maddesinde, kanun koyucunun öngördüğü durumlar gerçekleştiği takdirde hakimin velayetin kaldırılmasına karar vereceği ve yine aynı kanunun 351/II. maddesinde de hakimin re’sen ya da ana veya babanın isteği üzerine velayeti iade edeceği belirtilmiştir. Bu hükümlerin lafzından hareketle, yukarıda saydığımız ilgili kişilerin veya ana babadan birinin diğeri karşı hakime başvurması teknik anlamda bir dava olmayıp, bir çeşit ihbar olarak kabul edilebilir. Yargıtay bir kararında bunu şu şekilde ifade etmiştir: “Gerek kanun koyucunun bu hükümleri düzenlemekteki amacı, gerekse küçüklerin korunması

¹⁸⁶ GÜRSOY/BULUT, s.754.

¹⁸⁷ Y. 2.HD.’nin 11.03.1974 Tarih, 1496-1412 Esas ve Karar sayılı ilamı.

ilkesine kamu açısından verilen özen ve değer gözetildiği takdirde şartları varsa hakim bu konuda her çeşit tedbiri re'sen de alabilir. Bunun tabii sonucu olarak ana babanın mahkemeye başvurması bir dava olmayıp, hakimi tedbir alma yönünde uyarma niteliğindedir. Onun için hakim gerçekleşen duruma göre karar vermekle yükümlü ve görevli olup, tarafların arzu ve istekleriyle bağlı değildir. Bu bakımdan bir dava içinde bu yolda bir istek ileri sürülür, ya da hakim gerekli görürse velayeti gözden geçirip çocuk yararını da üstün tutarak bir düzenleme yapabilir. Bu itibarla nafaka davası içinde hakimin velayet konusunu doğrudan doğruya istek ve hatta bir ihbar üzerine araştırmasını engelleyici bir kanun hükmü yoktur¹⁸⁸.

1.1.2 Yargılama Usulü

Velayetin kaldırılması ve iadesi hakkındaki yargılama usulü, HUMK. ve çocuk hukuku ile ilgili mevzuatta dağınık olarak tayin edilmiştir. Velayete ilişkin davalarda HUMK.'un 176/4. ve 507/1. maddeleri gereğince basit yargılama usulü uygulanır. Bu davalar, şahısvarlığı hakları ile ilgili davalardan olup yenilik doğuran niteliktedirler ve hükmün kesinleşmesinden sonra sonuç doğururlar. Ayrıca bu davalarda re'sen araştırma ilkesi uygulanır ve bunun sonucu olarak hakim, davanın ispatı için gerekli bütün delillere re'sen başvurur ve taraflar da dava sonuçlanıncaya kadar delil ve tanık gösterebilirler¹⁸⁹.

1.2 Görevli ve Yetkili Mahkeme

Velâyetin kaldırılması kararını vermeye görevli mahkeme, AMK.'nun yürürlüğe girmesinden sonra değişikliğe uğramıştır. Eski Medeni Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi iken, AMK.'nun yürürlüğe girmesinden sonra Aile Mahkemesi olmuştur. Yetkili mahkemede ise bir değişiklik yapılmamıştır.

1.2.1 Görevli Mahkeme

Yeni Medeni Kanun'da velâyetin kaldırılması kararını verecek mahkeme belirlenmemiştir. AMK.'nun yürürlüğe girmesinden sonra görevli mahkemede de değişiklik yapılmıştır. AMK.'nun 4. maddesinde; Aile Mahkemelerinin, Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabı ile Türk Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanuna

¹⁸⁸ Y. 2.HD'nin 30.12.1975 Tarih, 9587-9916 Esas ve Karar sayılı ilamı.

¹⁸⁹ ÖZLÜ, s.133.

göre; aile hukukundan doğan dava ve işlere bakacağı belirtilmiştir. Velâyetin kaldırılmasını ve durumun değişmesi halinde velayetin iadesini düzenleyen 348 vd. maddeler de Medeni Kanun'un ikinci kitabı içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle çocuk hakkında velâyetin kaldırılması kararını Aile Mahkemesi verecektir. Aile Mahkemesi'nin bulunmadığı yerlerde ise, AMK.'nun 2. maddesi uyarınca Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek Asliye Hukuk Mahkemesi verecektir.

"4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 4/1 maddesi; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabından (TMK. md. 118-494) kaynaklanan bütün davaların Aile Mahkemesi'nde bakılacağını, geçici 1. maddesi de; sonuçlanmamış davaların yetkili ve görevli aile mahkemesine devredileceğini hükme bağlamıştır. Karar bozulmakla sonuçlanmamış hale gelmiştir. Bu açıklama karşısında işin görev yönünün de düşünülmesi zorunludur"¹⁹⁰.

Eğer Aile Mahkemesi'nin vereceği velayetin kaldırılması kararı sonucunda, küçük için bir vasi atanması gerekiyor ise, mahkeme vasi atanmasına ilişkin kararı kendisi vermeyip küçüğe vasi atanması için görevli mahkeme olan Sulh Hukuk Mahkemesi'ne bildirimde bulunacaktır. Yargıtay yeni tarihli bir kararında bunun yasal dayanağını şu şekilde açıklamıştır: "4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un "Aile Mahkemelerinin görevleri" kenar başlığını taşıyan 4'üncü maddesinin birinci bendine göre: "22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabı ile 3/12/2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler" aile mahkemelerinin görevleri arasında bulunmakta iken; 5133 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 2'nci maddesi ile "4787 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin (I) numaralı bendine "Türk Medeni Kanununun" ibaresinden sonra gelmek üzere "üçüncü kısım hariç olmak üzere "ibaresi eklenmiştir." hükmü getirilmiştir. 4787 sayılı Kanunda yapılan söz konusu değişiklik gereğince, vasi tayinine ilişkin davalarda aile mahkemesi görevli olmadığından mahkemece velayetin babadan kaldırılmasına, küçüğün vesayet altına alınması için ilgili ve yetkili vesayet makamına gerekli ihbarın yapılmasına karar verilmesi gerekirken kısa kararda küçüğün dedesinin vasi olarak atanmasına karar verilmesi de doğru bulunmamıştır"¹⁹¹.

¹⁹⁰ Y. 2.HD.'nin 22.01.2004 Tarih, 117-760 Esas ve Karar sayılı ilamı.

¹⁹¹ Y. 2.HD.'nin 11.03.2008 Tarih, 19530-3196 Esas ve Karar sayılı ilamı.

1.2.2 Yetkili Mahkeme

Medeni Kanun'da yer itibariyle yetkili mahkemenin hangisi olduğu da belirtilmemiştir. Bu durumda HUMK.'nun 9. maddesinde belirtilen genel yetki kuralı uygulanacaktır. Bu Kanunun 9. maddesinde; genel yetkili mahkeme; davalının ikametgahı (yerleşim yeri) mahkemesi olarak belirtilmiştir. Buna göre, velayetin kaldırılmasında genel yetkili mahkeme, davalının, dava açıldığı tarihteki yerleşim yerine göre belirlenecektir. Davalının yerleşim yerindeki mahkemede dava açıldıktan sonra, davalı yerleşim yerini değiştirirse, bu değişiklik mahkemenin yetkisine etki etmeyecektir. Yani davalı, davanın yeni yerleşim yerindeki mahkemeye gönderilmesini isteyemeyecektir. Mahkeme de yerleşim yeri değişikliği nedeniyle yetkisizlik kararı veremeyecektir¹⁹².

Velâyetin kaldırılması davalarında davalı, çocuğun velâyeti altında bulunduğu ana ve baba ya da ikisinden birisidir. Dolayısıyla yetkili mahkeme ana ve babanın yerleşim yeri mahkemesidir. Fakat geçici yerleşim yeri değişiklikleri yetkili mahkemeyi değiştirmez. Yargıtay'ın da bir kararında belirttiği üzere, yerleşim yerinin değişmiş sayılması için, sürekli oturma amacı bulunmalıdır. "...Velayetin kaldırılmasına ilişkin davalar, davalının yerleşim yeri mahkemesinde görülür. Davalının Ankara'da memuriyeti dolayısıyla bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalının Ankara'da sürekli (TMK. md.19) kalma niyetiyle oturduğu da kanıtlanamamıştır. O halde yetki itirazının reddi ile işin esasının incelenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır"¹⁹³.

Ancak çoğu zaman ana ve babanın yerleşim yeri, çocuğun da yerleşim yeridir. Medeni Kanun'un 21. maddesinde; velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yerinin ana ve babasının, ana ve babasının ortak yerleşim yeri yok ise çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeri olduğu, diğer hallerde çocuğun yerleşim yerinin onun oturduğu yer sayılacağı belirtilmektedir. Velayetin iadesi davalarında ise yetkili mahkeme velayetin kaldırılmasına karar veren mahkemedir. Eğer karardan sonra velayet hakkının kendisine geri verilmesini isteyen ana veya babanın yerleşim yeri değişmiş ise, yeni yerleşim yerindeki mahkeme yetkili mahkemedir¹⁹⁴.

¹⁹² KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder; Medeni Usul Hukuku, B.14, Ankara 2003, s.166.

¹⁹³ Y. 2.HD.'nin 02.06.2003 Tarih, 6798-7962 Esas ve Karar sayılı ilamı.

¹⁹⁴ GÜRSOY/BULUT, s.768; ÖZKAN, s.1409.

Velayete ilişkin olarak, velayetin kaldırılması ve velayet hakkının iadesi davalarını, davanın tarafları, yargılama usulü, görev ve yetki kuralları olmak üzere inceledik. Velayete ilişkin diğer davalar olan velayetin düzenlenmesi davası, koruma kararı ve koruma tedbirlerine ilişkin davalar ve nafakaya ilişkin davalarda usul kuralları da genel hatları ile takip eden başlıklar altında incelenecektir.

2 VELAYETİN DÜZENLENMESİ İLE İLGİLİ DAVALARDA USUL

2.1 Davanın Tarafları ve Yargılama Usulü

2.1.1 Davanın Tarafları

Velayetin düzenlenmesine ilişkin davalar, hakimin velayete son vermemekle birlikte velayet üzerinde birtakım düzenlemeler yapmasını gerekli kılan davalar olduğundan, bu davanın tarafları eşlerdir. Örneğin, taraflarını eşlerin oluşturduğu boşanma davalarında ya da fiili yahut hukuki ayrılık hallerinde hakim, davayı sonuçlandırırken velayeti de düzenleyecektir¹⁹⁵.

2.1.2 Yargılama Usulü

Velayetin düzenlenmesine ilişkin davalarda, velayetin kaldırılması ve iadesi davalarında olduğu gibi, HUMK.'un 176/4. ve 507/1. maddeleri gereğince basit yargılama usulü uygulanır.

2.2 Görevli ve Yetkili Mahkeme

2.2.1 Görevli Mahkeme

Boşanma veya ayrılığa ilişkin davaya bakan hakim, boşanma veya ayrılığa karar verdiğinde velayetle ilgili düzenlemeyi de yapacaktır¹⁹⁶. Dolayısıyla velayetin düzenlenmesinde görevli mahkeme AMK'nin 4. maddesi gereğince Aile Mahkemesi'dir. Aile

¹⁹⁵ BAKTIR-ÇETİNER, s.149.

¹⁹⁶ BAKTIR-ÇETİNER, s.149.

Mahkemesi'nin bulunmadığı yerlerde ise kararı, AMK.'nun 2. maddesi uyarınca Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek Asliye Hukuk Mahkemesi verecektir.

2.2.2 Yetkili Mahkeme

Velayetin düzenlenmesi davaları, müstakil dava olarak açılmadığı sürece asıl davadaki yetki kuralına tabi olur. Müstakil dava olarak açılmış ise de, hakkında Medeni Kanun'da düzenlenmiş bir yetki kuralı bulunmadığı için HUMK.'nun 9. maddesi gereğince genel yetki kuralları uygulanacak ve yetkili mahkeme davalının yerleşim yeri mahkemesi olacaktır.

3 KORUMA KARARI VE KORUMA TEDBİRLERİNE İLİŞKİN DAVALARDA USUL

3.1 Davanın Tarafları ve Yargılama Usulü

3.1.1 Davanın Tarafları

Çocuk hakkında koruma kararı veya koruma tedbiri alınmasını gerektiren durumlar, daha önce de belirtildiği üzere, velayetin kaldırılmasını gerektirecek kadar ağır olmamakla beraber, kamu düzeni ile ilgilidir. Kamu düzeni ile ilgili olduğu için, tıpkı velayetin kaldırılması veya iadesi davalarında olduğu gibi, eşler birbirleri aleyhine bu davayı açabilecekleri gibi, herhangi bir kimseden veya kurumdan gelen ihbar üzerine yahut gördüğü lüzum üzerine re'sen Cumhuriyet Savcısı da ana baba aleyhine bu davayı açabilir.

3.1.2 Yargılama Usulü

Koruma kararı verilmesi için mahkeme tarafından oturum açılmasına, duruşma kararı verilmesine ve yargılama yapılmasına gerek yoktur¹⁹⁷.

¹⁹⁷ ÖZMEN, 1999, s.106.

3.2 Görevli ve Yetkili Mahkeme

3.2.1 Görevli Mahkeme

Koruma kararı ve koruma tedbirlerine ilişkin davalarda görevli mahkemenin Aile Mahkemesi mi yoksa Çocuk Mahkemesi mi olduğu konusunda uygulamada bazı tereddütler yaşandığı gözlenmektedir. Bu noktada bir çözüme ulaşabilmek için gerekli yöntem, Çocuk Koruma Kanunu ile Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un göreve ilişkin hükümlerini incelemek ve bir kıyaslama yapmaktır.

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 6. maddesinin 2 nolu bendinde, Aile Mahkemesi'nin, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere görev alanına giren konularda küçükler hakkında:

- a) Bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almaya,
- b) Bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan veya manen terk edilmiş halde kalan küçüğü, ana ve babadan alarak bir aile yanına veya resmî ya da özel sağlık kurumuna veya eğitimi güç çocuklara mahsus kuruma yerleştirmeye,
- c) Çocuk mallarının yönetimi ve korunmasına ilişkin önlemleri almaya,
- d) Genel ve katma bütçeli daireler, mahallî idareler, kamu iktisadî teşebbüsleri ve bankalar tarafından kurulmuş teşekkül, müessese veya işletmelere veya benzeri işyerlerine yahut meslek sahibi birinin yanına yerleştirmeye karar verebileceği düzenlenmiştir.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 2. maddesi, kanunun kapsamını, "korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında alınacak tedbirler ile suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin usûl ve esaslarına, çocuk mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin hükümler" olarak belirtmiştir. Yine tanımlar başlıklı 3. maddesinde korunma ihtiyacı olan çocuk, "bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuk" olarak tanımlanmıştır. Görev hususundaki sorunu çözmeye yönelik hüküm ise kanunu 7. maddesinde düzenlenmiştir. 5395 sayılı kanunun "Koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınması" başlıklı 7. maddesi şu şekildedir:

- (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.

Madde gayet açıktır. Çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararını, re'sen ya da çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine çocuk hakimi verecektir. Çocuk hakimi, uygulanan tedbirin kaldırılmasında ve değiştirilmesinde de görevlidir. Ayrıca maddenin 7. fıkrası Çocuk Mahkemesi'ni, 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 görevli kılmıştır.

Her ne kadar, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'da da çocuğun korunmasına ilişkin hüküm bulunuyor ise de; kanunun 6. madesinin 2. bendinin başında "diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere" ibaresinin bulunması ve her ikisi de özel kanun niteliğinde bulunan bu kanunlardan, 4787 sayılı kanunun yürürlük tarihi 18.01.2003 iken; 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun yürürlük tarihinin 15.07.2005 olması karşısında ve sonraki tarihli kanun uygulanır ilkesinin gereği olarak, koruma kararı ve koruma tedbirlerine ilişkin davalarda görevli mahkemenin Çocuk Mahkemesi olduğu aşıkardır.

5395 sayılı kanunun 27. maddesinde Çocuk Mahkemelerinin yargı çevresinin, kurulduğu il ve ilçenin mülkî sınırlarıyla belirleneceği belirtilmiştir. Bu maddeden hareketle,

Çocuk Mahkemesi kurulmamış bulunan yerlerde, koruma kararı ve koruma tedbirlerine ilişkin kararlarda hangi mahkemenin görevli olacağı sorusunun cevabını da yine 5395 sayılı kanunun Geçici 4. maddesinde bulmaktayız. Bu maddeye göre, “Çocuk mahkemesi bulunmayan yerlerde, bu mahkeme kurulup göreve başlayıncaya kadar korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında tedbir kararları, görevli Aile veya Asliye Hukuk Mahkemelerince alınır. Tüm bu düzenlemelerden hareketle koruma kararı, öncelikle ve ivedilikle Çocuk Mahkemeleri; bu mahkemenin olmadığı yerde Aile Mahkemeleri’nce alınır¹⁹⁸. Aile Mahkemesi’nin bulunmadığı yerlerde ise kararı, AMK.’nun 2. maddesi uyarınca Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek Asliye Hukuk Mahkemesi verecektir.

3.2.2 Yetkili Mahkeme

Koruma kararına ilişkin olarak görevli mahkemenin öncelikle ve ivedilikle Çocuk Mahkemeleri olduğunu söylemiştik. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, çocuk hakkında alınacak koruyucu ve destekleyici tedbirlere ilişkin kararlarda, hangi yer çocuk mahkemesinin yetkili olduğu hususunu da düzenlemiştir. Kanun, “tedbirlerde yetki” başlıklı 8. maddesinde, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirlerin, çocuğun menfaatleri bakımından kendisinin, ana, baba, vasisi veya birlikte yaşadığı kimselerin bulunduğu yerdeki çocuk hâkimince alınacağını hükme bağlamıştır. Bu hüküm, özel yetki kuralı getirmektedir. Madde lafzından anlaşıldığı üzere, bu özel yetki kuralının düzenlenmesindeki temel sebep, çocuğun menfaatlerinin gerekleridir.

4 NAFKAYA İLİŞKİN DAVALARDA USUL

4.1 Davanın Tarafları ve Yargılama Usulü

4.1.1 Davanın Tarafları

Nafakaya ilişkin davalara gelince, çocuğa bakmak ve geçindirmek ana-babanın görevidir. Ana-babadan birisi veya her ikisi bu görevini yerine getirmediğinde birbirleri aleyhine veya küçük, yasal temsilcisi aracılığı ile bu görevi yerine getirmeyen ana-babaya karşı; çocukların bakımını yapan vasiler ya da üçüncü kişiler de ana-babaya karşı dava

¹⁹⁸ ÖZLÜ, s.190.

açabilecektir. Sosyal Hizmetler Kurumu'na da küçüğün ana ve babasına karşı dava açma yetkisi verilmiştir (SHÇEKK. md.30)¹⁹⁹.

4.1.2 Yargılama Usulü

Nafakaya ilişkin davalarda, velayetin kaldırılması ve iadesi davalarında olduğu gibi, HUMK.'un 176/4. ve 507/1. maddeleri gereğince basit yargılama usulü uygulanır.

4.2 Görevli ve Yetkili Mahkeme

4.2.1 Görevli Mahkeme

AMK.'nin, 5133 sayılı kanun ile ekleme yapılan 4. maddesi gereğince, Medeni Kanun'un İkinci Kitabının İkinci Kısımında bulunan nafaka davalarında görevli mahkeme Aile Mahkemesi'dir.

4.2.2 Yetkili Mahkeme

Nafakaya ilişkin davalarla ilgili olarak da Medeni Kanun'da düzenlenmiş bir yetki kuralı bulunmadığı için HUMK.'nun 9. maddesi gereğince genel yetki kuralları uygulanacaktır²⁰⁰.

¹⁹⁹ BAKTIR-ÇETİNER, s.151.

²⁰⁰ BAKTIR-ÇETİNER, s.152.

SONUÇ

Aile, bir toplumu oluşturan temel yapı taşıdır. Toplumun gelişmişlik düzeyi, eğitim seviyesi, ekonomik refahı, insan haklarına verilen önem gibi birçok unsur, aile kurumu ile bağlantılıdır. Öyle ki, bir toplumdaki her türlü değişimin sonuçları aileyi etkilemekte; ters yönlü olarak da ailelerin oluşum ve niteliği de genel olarak toplumu yapılandırmaktadır. Bu nedenle, ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkiler yumağını düzenleyen velayet kurumu, tarih boyunca devletlerin gözardı edemeyecekleri bir önem arz etmiş ve kamu düzeninden sayılmıştır.

Velayette esaslı unsur çocuktur. Çocuk, küçük olması ve sürekli başkalarının bakımına muhtaç olması nedeniyle savunmasız ve korunmaya muhtaçtır. Şüphesiz ki, bir çocuğa en iyi bakacak olan ve ona muhtaç olduğu korumayı sağlayacak olan, çocuğun ana ve babasıdır. Ana ve babanın kendi çocukları üzerindeki velayetleri nedeniyle birtakım haklara sahip olduklarının kabulü kaçınılmazdır. Fakat devlet hiçbir zaman çocuğu, yalnızca ana babasının merhametine bırakıp çocuğun bakımında onların tekel haklarının bulunduğunu düşünerek çocuğu kaderine terk etme lüksüne sahip değildir. Ana babanın, çocuk üzerindeki velayet haklarının kapsamı konusunda mutlak ve sınırsız bir egemenliğe sahip oldukları gibi bir düşünce ile hareket etmeleri her zaman için olasıdır.

Çocuğun menfaatlerinin korunması düşüncesinin gelişimi, velayet anlayışının tarih içindeki gelişimi ile paralellik gösterir. Velayet, yalnızca babanın çocuk üzerinde sahip olduğu mutlak bir hak iken, zamanla bu hakka sınırlı şekilde de olsa annenin de sahip olduğu kabul edilmeye başlanmış; çağın gelişimi ile velayetin yalnızca ebeveyne tanınmış haklar değil, aynı zamanda yükümlülükler de içerdiği düşüncesi gelişmiştir. Halen velayet konusundaki anlayış gelişmekte ve çağdaşlaşmaktadır. Günümüzde velayetin ana babaya değil çocuğa tanınmış haklar bütünü olduğu ve ana babanın ancak yükümlülüklere sahip olduğundan bahsedilebileceği fikirlerine rastlanmaktadır.

Velayete ilişkin hükümler bakımından Yeni Türk Medeni Kanunumuz ile Eski Medeni Kanun arasındaki farklar, velayet konusundaki evrensel anlayıştaki gelişime, ülkemiz kanun koyucusunun da yabancı kalmadığını göstermektedir. Çocukların menfaatlerinin gözetilmesi noktasında, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme gibi tüm dünya devletlerinin ortak akıl ürünü olarak oluşturulmuş ve oluşturulacak milletler arası sözleşmeler, dünya devletlerinin

1

2

3