

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

VELAYETİN TEVDİİ

HASİBE SENA AKKIŞLA

ANKARA 2017

Tez Başlığı: Velayetin Tevdii

Tezi Hazırlayan: H.Sena AKKIŞLA

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

Prof. Dr. Mehmet YAZICI
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.

Prof. Dr. Mehmet TURHAN
Özel Hukuk AnaBilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup yüksek lisans tezi olarak uygun bulunmuştur.

Yrd. Doç. Dr. Tolunay OZANEMRE YAYLA
Tez Danışmanı

Tez Savunma Tarihi: 22/06/2017

Tez Jüri Üyeleri:

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN (Çankaya Üniv.)

Yrd. Doç. Dr. Tolunay OZANEMRE YAYLA (Çankaya Üniv.)

Yrd. Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM (Gazi Üniv.)

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, tez çalışmamda bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallar gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı: H.Sena AKKIŞLA

Tarih: 12.07.2017

İmza: *H.Sena Akkişla*

ÖZET

VELAYETİN TEVDİİ

AKKIŞLA, Hasibe Sena

Yüksek Lisans Tezi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

M.A., Özel Hukuk

Tez Yöneticisi : Yrd. Doç. Dr. Tolunay OZANEMRE YAYLA

Haziran 2017 , 260 sayfa

Bu çalışma, velayetin tevdiî halini ve bu kapsamda çocuk menfaati, anne ve baba sorumluluğu ile hâkimin takdir yetkisi bakımından yapılan bir incelemedir. Tezin, çocuk menfaatine zarar vermeden kanun koyucunun amaçladığı ve bu hedefte belirlediği kurallar kapsamında velayetin tevdiî gerek doktrin anlamında gerekse uygulama bakımından tartışılmıştır. Bu çalışmamızda anne ve babanın sorumlulukları, bu kapsamda kanun tarafından kendilerine tanınan hak ve yetkiler ile çocuğun velayetinin tevdisi için gerekli olan koşullar tartışılmıştır. Velayetin düzenlenmesinde hakimin ne gibi yetkileri olduğu, bu yetkilerini hangi ölçüde kullanabileceği, çocuk menfaatinin nasıl korunması gerektiği gibi sorularının cevaplanmaya çalışılmıştır. Uygulamada karşılaşılan problemlerin karanlıkta kalmış sorunları aydınlatmaya çalışmış bulunmaktayız.

Anahtar Kelimeler: Velayetin tevdiî, Velayet, Çocuk, Anne ve Baba Sorumluluğu, Çocuk Menfaati

ABSTRACT
DEPOSIT THE CUSTODY

AKKIŞLA, Hasibe Sena

Master's Thesis

Social Sciences Institute

M.A., Private Law

Thesis Advisor: Tolunay OZANEMRE YAYLA

June 2017, 260 pages

This study consists of the examination of the case of depositing the custody of the child, and the child's benefit and interests in this scope, with respect to parents' responsibility and judicial discretion. Thesis discusses the deposit of the custody in scope of the rules aimed and defined by the law maker to protect the child's interests, in terms of both the doctrine and practice. In this study, the responsibility of the parents, their rights and authorities defined for the parents by the law maker, and the necessary conditions required for the deposit of the custody of the child have been discussed; we have tried to enlighten the problems encountered in practice and to answer the questions such as the authorities of the judges in the arrangement of the custody, to which extent the judge can use such authorization, and how the interests and benefit of the child can be protected.

Keywords: Deposit of the Custody, Custody, Child, Parent Responsibility, Child's Benefit

TEŐEKKÖR

Tez alıŐmalarım sűresince deęerli yardım ve katkılarıyla beni bilgilendiren ve yűnlendiren tez danıŐmanım Yrd. Doç. Dr. Tolunay OZANEMRE YAYLA'ya, yine kıymetli deneyim ve bilgi birikiminden faydalandıęım hocam Prof. Dr. Bilge ÖZTAN'a ve jűri űyelięimi yapmayı kabul eden deęerli hocam Yrd. Doç. Dr. Abdűlkerim YILDIRIM'a, okulumuzdaki deęerli hocalarıma, çalıŐmalarım esnasında benden yardım ve desteklerini esirgemeyen babam Av. Mesut AKKIŐLA'ya ve annem Av. ŐahverAKKIŐLA'ya, manevi destekleriyle beni hiçbir zaman yalnız bırakmayan kardeŐlerim M. Deniz AKKIŐLA ile Ece AKKIŐLA'ya teŐekkűrű bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xii
ÖNSÖZ.....	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

VELAYET KAVRAMI, VELAYETİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ

I.VELAYET KAVRAMI, VELAYETİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ.....	4
A.Genel Olarak	4
B.Velayet Kavramı.....	17
C.Velayetin Tanımı.....	22
D.Velayetin Hukuki Niteliği.....	25
II. VELAYETİN ÖZELLİKLERİ.....	27
A.Velayette Çocuğun Yararının Temel İlke Olması.....	28
1.Genel Olarak	28
2.Çocuğun Yararı Kavramı	32
B. Velayetin Ana ve Babanın Kişiliğine Sıkı sıkıya Bağlı Bir Hak Yükümü Olması	36
1.Velayetin Bölünmezliği İlkesi	39
2.Bölünmezlik İlkesine Getirilen İstisnalar	40

C. Velayetin Süreye Bağlı Olması ve Sınırlanabilmesi.....	46
---	----

İKİNCİ BÖLÜM

VELAYETİN ANA VE BABADAN BİRİNE TEVDİİNİ GEREKTİREN DURUMLAR

III. EVLİLİK İÇİNDE DOĞAN ÇOCUKLARDA VELAYETİN ANA BABADAN BİRİNE TEVDİİ.....	50
A. Genel Olarak.....	50
B. Boşanmada Velayetin Tevdii.....	51
1.Genel Olarak	53
2.Boşanmada Kusurun Velayetin Tevdii Bakımından Gözönünde Tutulup Tutulamayacağı.....	60
C. Ayrılık Halinde Velayetin Tevdii	63
D. Butlan Halinde Velayetin Tevdii.....	66
IV. EVLİLİK DIŞINDA DOĞAN ÇOCUKLARDA VELAYETİN TEVDİİ	69
A. Genel Olarak.....	69
B. Çocuğun Babaya Soybağıyla Bağlanması Halinde Velayetin Tevdii ...	70
V. CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ HALİNDE VELAYETİN TEVDİİ.....	71
A. GENEL OLARAK	72
B. VELAYETİN CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ DURUMUNDA TEVDİİ HALİ	77

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

VELAYETİN TEVDİİNDE ÇOCUK, ANA VE BABA AÇISINDAN GÖZÖNÜNDE TUTULACAK HUSUSLAR

IV. VELAYETİN TEVDİİNDE ÇOCUK AÇISINDAN GÖZÖNÜNDE TUTULACAK HUSUSLAR.....	80
A. Genel Olarak.....	80
B. Çocuklar Açısından Özel Olarak Gözönünde Tutulacak Hususlar	84

1. Çocuğun Özellikleri	84
2. Çocuğun Yaşı.....	86
3.Çocuğun Cinsiyeti.....	91
4.Çocuğun Yüksek Menfaati.....	93
5.Çocuğun Dinlenilmesi.....	96
6.Kardeşlerin Ayrılmaması.....	101
7.Çocuğun Çevresi	104
8.Çocuğun Eğitim Durumu	107
9.Çocuğun Sağlık Durumu.....	118

VII. VELAYETİN TEVDİİNDE ANA VE BABA AÇISINDAN GÖZÖNÜNDE TUTULACAK HUSUSLAR		120
A. Genel Olarak.....		120
B. Ana Baba Açısından Özel Olarak Gözönünde Tutulacak Hususlar		120
1. Ana ve Babanın Çocuğa Bakma Olanakları		120
2. Ana ve Babanın Çocuğu İhmal Etme İhtimalinin Olması		122
3.Ana ve Baba Tarafından Çocuğun Kaçırılma İhtimalinin Varlığı		123
4.Ana veya Babanın Çocuğu Terketme Olasılığının Varlığı		124
5.Çocuğun Taraflarla Arasındaki İlişki		126
6.Ana ve Babanın Ayrı Ayrı Sosyal ve Ekonomik Durumları.....		126
7.Ana ve Babanın Yaşam Tarzları		127
8.Ana ve Babanın Çocuğa Karşı Duyarlılıkları		128
9.Ana veya Babanın Çocuğu Yönlendirilmesi.....		129
10.Ana ve Babanın Çocuğa Şiddet Uygulamakta Olması		130
11.Ana ve Babanın Velayeti İstememesi Olasılığı.....		131
12.Ana ve Babanın Meslekleri		132
13.Ana ve Babanın Hastalığı.....		134
14.Din ve Mezhep Sorumluluğu		135

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

VELAYETİN TEVDİİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

VIII. VELAYETİN KENDİSİNE TEVDİİ EDİLDİĞİ EŞ İLE ÇOCUK ARASINDAKİ KİŞİSEL VE MALİ İLİŞKİLER.....	137
A. Kişisel İlişkiler	137
B. Mali İlişkiler.....	140
1.Genel Olarak	141
2.Malları Yönetme Hakkı.....	143
3.Malları Kullanma Hakkı.....	150
4.Malların Yönetimi ve Kullanımında Hâkimin Müdahalesi.....	152
5.DeFTER Tutma Mecburiyeti	156
6.Yönetme ve Kullanma Hakkının İstisnaları.....	157
a)Kazandırmalar.....	158
b) Saklı Pay.....	165
c) Meslek ve Sanat İçin Verilen Mal	165
d) Kişisel Kazanç.....	167
7.Hakkın Kötüye Kullanılması ve Alınacak Önlemler	168
8.Yönetim Hakkının Sona Ermesive Ana Babanın Sorumluluğu	170
IX. VELAYETİN KENDİSİNE TEVDİİ EDİLMEDİĞİ EŞ İLE ÇOCUK ARASINDAKİ KİŞİSEL VE MALİ İLİŞKİLER.....	177
A. Kişisel İlişkiler	177
1.Genel Olarak	178
2. Kişisel İlişkinin Düzenlenmesinde Hâkimin Dikkate Alacağı Hususlar	179
a)Çocuk Açısından.....	180
b)Kişisel İlişki Kuracak Ebeveyn Açısından	182
3. Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi ve Değişen Koşullara Uyarlanması	184
a)Düzenlenişi	185

b)Değişen Koşullara Uyarlanması.....	186
4. Kişisel İlişkinin Kurulamaması	187
5. Kişisel İlişkiye İlişkin İlamlar ve Bu İlamların İcrası	187
a)Kişisel İlişkiye İlişkin İlamlar.....	187
b) İlamların İcrası.....	188
B. Mali İlişkiler	189
1. Genel Olarak	189
2. İştirak Nafakası.....	190
a)İştirak Nafakası İçin Gerekli Koşullar	195
b) İştirak Nafakasının Özellikleri.....	205
aa) Kişiler Bakımından	205
bb) Süre Bakımından	207
cc) Miktar Bakımından	211
3.İştirak Nafakasının Tespitinde Yetkili ve Görevli Mahkeme.....	221
SONUÇ.....	223
KAYNAKÇA	227
ÖZGEÇMİŞ:	244

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AMK	Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
bkz.	Bakınız
BK	Borçlar Kanunu
C.	Cilt
CD.	Ceza Dairesi
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	Çeviren
ÇHDS	Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
dn.	Dipnot
E.	Esas
EHFD	Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
EMK	Eski Medeni Kanun
HD.	Hukuk Dairesi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İBGK	İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İEK	İlköğretim ve Eğitim Kanunu
İHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İFM	İsviçre Federal Mahkemesi
İİK	İcra İflas Kanunu
İKİD	İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İMK	İsviçre Medeni Kanunu
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

K.	Karar
m.	Madde
METK	Milli Eğitim Temel Kanunu
MHB	Milletlerarası Hukuk Bülteni
MHMÖHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MÜHFD	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Nr.	Numara
RG.	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
T.	Tarih
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TBK	Türk Borçlar Kanunu
Tüzük	Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük
TVK	Türk Vatandaşlık Kanunu
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
Y.	Yıl
Yarg.	Yargıtay
YCGK.	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	Yargıtay Dergisi
YHGK.	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi

ÖNSÖZ

“Velayetin Tevdii” konulu bu çalışma Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı bünyesinde Yrd. Doç. Dr. H. Tolunay OZANEMRE YAYLA danışmanlığında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır.

Hukuk öğretilerinde önem taşıyan ve uygulama alanı bakımından yaygın rastlanılma niteliğinden ötürü seçilmiş olan bu özel konunun tez kapsamında incelenilmesinde, öncelikle temel görüşlerin detaylı incelemesi yapılmış ve öğretilerde Türk Medeni Kanunu bakımından velayetin genel hususları değerlendirilmiş, velayetin tevdii durumları ele alınmış ve yine Kanun ile birlikte öğretilerde ağır basan görüşlerin incelemesi yapılmıştır. Bunun yanında hukukumuzu velayet bakımından etkilemiş olan uluslar arası sözleşmeler ve kanun maddeleri değerlendirmeye alınmış daha sonra uygulamada karşılaşılan kararların incelemeleri yapılmıştır. Çalışmada ayrıca konuya ilişkin yargı kararları ve mahkeme ilamlarına yer verilmiş, örneklendirmeler yakın zamanlı güncel haber ve incelemelerden yapılmıştır.

Yoğun çalışmaları arasında çalışmanın danışmanlığını üstlenen, beni her aşamada destekleyen, çalışmamda sabırla yardımseverlik gösteren değerli hocam Yrd. Doç. Dr. H. Tolunay OZANEMRE YAYLA’ya teşekkür ederim, benim bu çalışmayı yapmamdaki en büyük destekçimdir.

Bu çalışmamda bana ilham kaynağı olan ve çalışma zamanlarımda konuşmalarıyla beni cesaretlendiren, çalışma zamanlarında bana yol gösteren, emeğini ve tavsiyelerini asla eksik etmeyen sevgili biricik Saygıdeğer hocam Prof. Dr. Bilge ÖZTAN’a teşekkürü borç bilirim.

Çalışmamın zorlu aşamasında beni yalnız bırakmayan ve tavsiyeleriyle zorlu geçen süreçleri atlatmamı sağlayan sevgili anneciğim Av. Şahver AKKIŞLA ile benim için zaman kavramını genişleten ve beraber çalıştığımız büroda bana her

zaman destek olan gerektiğinde çalışma imkânı yaratan, kimi zaman uygulamadaki hususlarla ilgili tartişmalarda bana yol gösteren sevgili babacığım Av. Mesut AKKIŞLA 'ya teşekkür ederim. Ayrıca kardeőlerim M. Deniz AKKIŞLA ve Ece AKKIŞLA'yateőekkür ederim onları ihmal etsem bile benden manevi desteklerini esirgemedikleri için.

H.Sena AKKIŞLA

Ankara 2017



GİRİŞ

Toplumun temelini aile oluşturur. Önceleri tamamen babanın egemen olduğu ve çocukların çocuklarını da kapsayan oldukça geniş bir yapıyı karşılayan aile birliği, günümüzde çekirdek aile de dediğimiz ana, baba ve çocuktan meydana gelen birliği ifade eder olmuştur. Gelmiş geçmiş tüm toplumlarda çocuk, üyesi olduğu toplumun bütün dikkatlerini üzerine çekmiş en önemli varlıklarından biridir. Çünkü çocuk toplumların geleceğini garantiye alan, toplumu geleceğe taşıyan tek varlıktır. Bu nedenle çocuğun gelişiminde görülen herhangi bir bozukluk veya sapma ilgilileri tedbirler almaya yönelmektedir. Kanun koyucu bu birliğe ayrı bir önem vermiş ve dört kitaptan oluşan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun üçüncü kitabında "Aile Hukuku" düzenlenmiştir. Çocuklar ile ana ve babaları arasındaki ilişkileri ifade eden velayet, haklar ve yükümlülükler gibi çift yönlü unsurlar Aile Hukuku'nun içinde, "Hısımlık" başlığı altında ikinci kısımda düzenlenmiştir.

İncelememizin odak noktasını çocuk oluşturmaktadır, çünkü çocuk, velayetin yapıtaşıdır ve burada ilk bölümde genel olarak velayet ve velayetin özellikleri incelenmiştir. Çocuğun doğduğu andan itibaren büyüme süreci içinde ailesiyle kurduğu etkileşimden çıkardığı sonuçları özümsemesi, kişiliğinin ve gençlerin her yönden sağlıklı yetiştirilmeleri kişilik gelişimleri için çok önemlidir¹. Velayet işte burada önem kazanmakta ve çocuğun menfaatini devreye sokmaktadır. Bu bölümde doktrindeki tanımlamalar, kurallar ve temel prensiplerin yanında kanunumuza ilham veren hukuk anlayışları ele alınmıştır.

Tezin ikinci bölümünde velayetin tevdisi ve bunu gerektiren şartlar detaylıca ele alınmış ve incelememizin hatları belirlenmiştir. Burada çocuğun temel ihtiyaçları ile anne ve baba yani velinin sorumlulukları, taşıdıkları özellikler ele alınmıştır. Çocuk ana babaya yalnızca bakım ve beslenme açısından değil aynı zamanda ilgi ve

¹ Kars, Özcan, "Çocuk İstismarı ve İhmali", T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Bilim Serisi, Ankara 1990, s. 379.

sevgi bakımından da muhtaçtır. Gerçekten de, çocuk sevgi dolu huzurlu bir aile ortamında kurduğu temellerle davranışlarını, sosyal ilişkilerini ve topluma uyumunu düzenler. Nesillerin iyi yetişmesi, ana ve babaların tutumlarına bağlıdır. Bu nedenle ana ve babaların çocuğa karşı olan tutumları, çocuğun yetiştiği ortam, çevredeki diğer yetişkinlerin davranışları çocuğun kişiliğinin sağlıklı gelişmesi açısından önemlidir. Ana ve babaların tutumları ise kendi kişilik özelliklerinden, içinde yetiştikleri sosyal-kültürel ve sosyal-ekonomik koşullardan, eğitim düzeyinden, çocuklarına ait özelliklerden ve içinde buldukları toplumun geleneksel çocuk yetiştirme yöntemlerinden etkilenmektedir. Tüm bunlar velayetin tevdiinin emel esaslarını oluşturmaktadır.

Velayet hakkı, Roma Hukuku döneminde sadece çocuklar üzerinde değil, ailenin tüm bireyleri üzerinde mutlak olarak babaya verilmiş bir hak olarak karşımıza çıkarken; daha sonraları anneye de tanınan bir hak olmuştur. Çocukların toplumdaki yerinin önemsenmesiyle birlikte söz konusu hakkın mutlaklığı zayıflamış, birtakım ödevler de eklenerek velayet kurumu oluşmuştur. Hakkın denetimsiz bir şekilde kullanılmasını engellemek adına birtakım sınırlamalar getirilmiş, hatta daha da ileri gidilerek kamu menfaati gerekçesiyle hâkimin söz konusu hakkın kullanımına müdahale edebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu şekilde ana babanın, kişisel zevklerini ve ihtiyaçlarını tatmin etmek için dünyaya getirdikleri bir canlı olarak çocukları üzerinde her türlü hakka sahip olduklarına ilişkin anlayıştan uzaklaşmıştır. Çocukların üzerinde kurulan keyfi ve denetimsiz otorite, yerini bir yönüyle kamusal niteliği olan hak ve yükümlülükler toplamına bırakmıştır. Tezimizin üçüncü bölümünde ise artık kanunun gözetileceği ve hâkimin değerlendireceği bir aşamaya gelmiş olduğundan bunlar gerek doktrin bağlamında gerekse uygulama bağlamında ele alınarak incelenmiş ve örneklendirilmiştir.

Velayet, genellikle kabul gördüğü üzere, önce çocuk ve onun mutlak yararı içindir. Bununla birlikte ana ve babanın, kaynağını Anayasa'dan alan hakkıdır. Söz konusu hak, çocuğun eğitiminin takibinin yanı sıra onun sosyal yaşamı, geleceğinin altyapısının oluşturulması ve çocuğun malları üzerindeki yönetim ve kullanma hakkına kadar pek çok alanda karşımıza çıkar. Ana ve babanın, çocukları üzerinde sahip oldukları tüm bu hakların sınırları da kanunlarla belirlenmiş olmakla beraber velayet hakkı zamanla değişen ve şekillenen bir yapıya sahiptir. Tezimizin dördüncü

ve son bölümünde ise u anlatılanlar bağlamında çocuğun şahıs hakları, taraflarla ilişkileri, malvarlığı hakları ve anne babanın sorumlulukları, hukuki boyutlarıyla incelenmiş daha çok uygulamada karşımıza çıkan somut sorunlar ki bunlar çocuğun bakımı, maddi desteği, kişisel ilişkileri gibi sıkça karşımıza çıkan sorunlar olmakla birlikte burada değerlendirilmiş ve incelenmiştir.

Son olarak denilebilir ki velayetin tevdi uygulamasında çok sıkıntılı bir kurum olsa dahi çocuğun menfaati kavramını bir el feneri gibi bu karanlık tünelde yolumuzu aydınlatmak için kullanır, incelenmiş olan bilimsel görüşler ve içtihatlardan yararlanırsak kanun koyucunun korumak istediği menfaatler ve amaçladığı hedefler gerçekleştirilebilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

VELAYET KAVRAMI, VELAYETİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ

I.VELAYET KAVRAMI, VELAYETİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ

Velayet; tarih boyunca pek çok millet tarafından çeşitli şekillerde yorumlanmış ve gerek koruma gerek otorite gerekse bir sevgi unsuru olarak genel manada küçükler üzerinde oluşturulmuş bir kavram olmuştur. Velayet hukukumuzda Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olup özel hukukun bir parçasıdır. Aile hukuku içerisinde kendisine özgü bir ağırlığı olmakla birlikte hukukun pek çok alanında kurallara referans olmuştur. Bu başlık altında öncelikle Roma Hukuku'nu temel alarak velayet kavramı ve velayet kavramına katkıda bulunarak gelişmesini sağlayan Alman ve Fransız hukuku ele alınacak; daha sonra velayetin Türk Hukukunda gösterdiği gelişme incelenecektir.

A.Genel Olarak

Aile Hukuku'nda yer alan velayet kurumunun temeli Roma Hukuku'dur. Roma Hukuku'nda kabul edilen vesayet kavramı, günümüz çağdaş hukukunda da kullanılan hem velayet ve hem de vesayet kurumlarına karşılık gelmektedir. Yani Roma'da vesayetten ayrı olarak velayet kurumu bulunmamaktadır². Roma Hukukundaki özellik çocuk üzerinde baba egemenliğinin bulunması idi. Devlet aile egemenliğine müdahale edemezdi. Aile babasının çocukları üzerindeki mutlak

² Güneş Peschke, Seldağ, Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004, s.25; Karabacak, Ayşegül, "Eşlerin Çocuklar Üzerindeki Velayet Hakları",Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s.13 vd.; Akyüz, Emine, Çocuk Hukuku, Pegem Yayıncılık, Ankara 2015, s.20 vd..

yetkisi çerçevesinde ana ve babanın ortak egemenlikleri bulunmaktaydı. Bu egemenlik çocuğun hem bedenini hem de ruhunu kapsamaktaydı.

Roma Hukuku kökenli olan *patriapotestas*, bir aile babasının kendi ölümüne kadar geçen süre içerisinde kendi çocukları ve himayesi altındakiler üzerinde sahip olduğu güç ve yetkiydi³. *Patriapotestas*, aile babasına, hem aile bireylerinin şahısları hem de ailenin malvarlığı üzerinde egemenlik yetkisi tanımaktaydı. Babanın sorumluluğu sadece kendisine ve tanrıya karşıydı⁴. Roma Hukuku'nda aile babasının, aile evlatları üzerindeki yetkilerini üç başlıkta toplayabiliriz: aile babasının çocuklar üstünde yaşam ve ölüm hakkı vardı (*iusvitae et necis*); aile babasının aile evladını üç kez satma hakkı vardı (*iusvendendi*); aile evladının kazandığı her şey aile babasının oluyordu⁵. Aile evladı, aile babasının ölümü, aile babasının vatandaşlığını ya da

³ Güneş Peschke, Roma Hukukundan Günümüze, s.33; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.20 vd.; Akyüz, Emine, İnsan Hakları Eğitim Dizisi - Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 2000, s.42-43; Baktır Çetiner, Selma, Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s.25 vd. ; Umur, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, 3. Bası, Beta Kitapevi, İstanbul 1999, s.168 vd. ; Akyüz, Emine; Hakimın Velayet Hakkına Müdahalesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1974 ,s.3 vd.; Karadeniz Çelebican, Özcan, Roma Hukuku, Ankara 1974 , s.169 vd.; İnan, Ali Naim, Çocuk Hukuku, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, N. 3, Ankara 1968, s.4-5; Ayiter, Nuşin ; Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 1963, s.42 vd.; Di Marzo, Salvatore, Roma Hukuku, (Çev. Ziya UMUR) , İstanbul 1954, s.143 vd. ; Usta, Sevgi, Çocuk Hakları ve Velayet, XII. Levha Yayınları, İstanbul 2012, s.35-36.

⁴ Özlü, Hakkı, Türk Medeni Hukukunda Velâyetin Kaldırılması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul,2001, s.10 vd.; Yılmaz Önal, Burcu; Velayetin Kapsamı ve Hakimın Müdahalesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2008, s.4 vd.; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.21 vd., Akyüz burada XII Levha Kanunu ile ilgili çocuğundan çıkar sağlamak amacıyla çocuğun satılmasını önlemek için çocuğunu üç defa satan aile yöneticisinin çocuğu üzerinde sahip olduğu hakkın sonlanacağı hükmüne dikkat çekmek istemiştir.

⁵ Güneş Peschke, Roma Hukukundan Günümüze,s. 33 vd.; Serdar, İlknur, “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, Y.2008, s.155- 156 ; Baktır Çetiner , Velayet Hukuku, s.66 vd. ; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.21 vd..

özgürlüğünü kaybetmesi veya *emancipatio*⁶ ile *sui iuris* duruma gelebilmekteydi. *Iustinianus Dönemi*'nde, çocuklarını kötü yollara sevk eden aile babasının hâkimiyet hakkı, ceza olarak kaldırılırdı⁷. Bu hukuk sisteminde, kadınlar da tıpkı aile evlatları gibi baba egemenliği altında bulunuyorlardı⁸. Velayet, babanın hayatı boyunca devam etmekteydi. Klasik dönemde *paterfamilias*'ın velayete ilişkin yetkilerinden dolayı devlete karşı bir sorumluluğu söz konusu değildi. Cumhuriyet sonrası dönemde bazı *magistralar*, aile babalarının egemenlik haklarını kötüye kullanmalarını önlemek için tedbirler almaya başladılar. Bunların başında censorun aile evladına verilecek cezayı sınırlandırma yetkisi gelmekteydi⁹. Klasik Sonrası Dönem de ise, baba egemenliği eski kapsamını yitirmişti.

Modern hukukun diğer kaynağı Germen Hukuku'nda, aile reisi, değil çocuklarının, torunlarının üzerinde dahi tam bir egemenliğe sahipti. Baba ve ananın çocuklarının eğitimi konusunda hiçbir rolleri yoktu. Bu hukuk sisteminde baba, çocuk üzerinde *Muntadı* verilen bir velayete sahipti. Bu velayet, çocuğu koruma hak

⁶ Umur, Ziya; Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983, s.64, burada bahsedilen aile temsilcisinin sorumluluğu altında bulunan bir *alieni iuris*'i egemenliğinden çıkararak *sui iuris* yapmak için uygulanan yola *emanci patio* denildiğini söylemeliyiz ; KARABACAK, Ayşegül, Eşlerin Çocuk Üzerindeki Velayet Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s.12-16; Akyüz, Çocuk Hukuku, , s.22 vd..

⁷ Güneş Peschke, Roma Hukukundan Günümüze, s. 43vd.; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.21-22.

⁸ Roma'da evlenen kadının durumu, kocasının yanında farklı ve yeni bir duruma ve sosyal hayata katılması sonucu olurdu. İlk zamanlarında Roma hukuku, ailelerin ayrı ayrı bir sosyal kültür ve dini birlik halinde olmasıyla bilinirdi. Böylelikle, evlenmiş olan kadın evlenene kadar yaşamış olduğu çevrede ve uyduğu aile din ve kültür kurallarına baba evinden ayrılması ve kocasının yanına taşınmasıyla artık kocasının tabi olduğu dini kurallar ve dini ritüellere, sosyal yaşama ve merasimlere katılması zorunlu olacaktır. Geleneklere göre, aynı evde iki ayrı dini tapınmanın yapılması olasılıksızdır ve sonuçta evlenen kadın, kocasının evinde yeniden doğmuş gibi kabul edilebilir, PARİBENİ, R., Roma Ailesi, (Çev. Şemsettin Talip), *Capitolium I.*, İstanbul 1935, s.36-37'den naklen SOMER, Pervin, “*Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, İstanbul 2002, s.159, dn.29.

⁹ ÖZLÜ, Hakkı, Türk Medeni Hukukunda Velâyetin Kaldırılması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001, s.10vd. , Özmen, İsmail, Velayet Hukuku Davaları Çocuk Hakları Aile ve Çocuk Mahkemeleri, Adalet Yayıncılık, Ankara 2013, s.14; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.22.

ve görevinin yanı sıra onun mallarının idaresini de kapsamaktaydı. Ancak baba, çocuğun mallarına verdiği zarardan sorumluydu¹⁰. Roma Hukuku'nda devamlı olan velayet; Germen Hukuku'nda, çocuğun bağımsızlığını ispat edip baba evinden çıkması ile son buluyordu. Bu kız çocuklarında evlenme, erkek çocuklarında bağımsız bir ev kurma ile gerçekleşmekteydi¹¹. Bu hukuk sistemi, anaya da velayet hakkı tanımaktaydı; ancak, annenin velayeti babanın ölümünden sonra söz konusu oluyordu¹².

1789 öncesi Roma Hukuku etkisinde kalan Güney Fransa Hukuku, *patriapotestassistemini* koruyarak anaya velayeti kullanma hakkı tanımamış; Kuzey Fransa Hukuku ise, çocuğun korunması fikrinden hareketle ana babaya velayet hakkını kullanma yetkisivermiştir. 1789 devriminden sonra ise, tüm Fransa'da küçüklerin velayete tabi olacağı, reşitlerin ise olmayacağı kabul edilmiştir¹³. Fransız hukukunda ana ve babanın haklarının kanuni kaybının dışında haklı sebeplere

¹⁰ Baktır Çetiner, *Velayet Hukuku* , s.25; Serozan, *Çocuk Hukuku*, 2005, s.253, n.102; Baygın, Cem, *Soybağı Hukuku*, İstanbul 2010, s.259 vd.; Akyüz; *Çocuk Hukuku* , s.21, Usta, s.36 , burada Usta; Germen uluslarının bir bakımdan Roma toplumunda uygulanan kurallara benzediğinin ve ev hakimiyetinin (munt), pater familias egemenliği altında olduğunu ifade ederek bu kapsamda “koruma” ve “kayıma” (schutz und schirm) sorumluluklarının da içinde bulunduğunu belirtir. Ev reisi, çocuğu üzerindeki egemenlik hakkını kullanırken her tür tasarruf ve işlem yetkisine sahip olmakla birlikte çocuğunu tanıması ve koruması ile çocuk hak ehliyetine sahip olmasına bağlı olarak sınırlanmakta olduğu ayrıca çocuğun öldürülmesi kasten adam öldürme olarak cezalandırıldığı belirtilmesi gerektiği düşünülmüştür.

¹¹ Akyüz, *Hâkimin Müdahalesi*, s.19 vd..

¹² Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit, “*Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti*”, *Adliye Ceridesi*, C.31, Ankara 1940, s.984 vd.; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, , s.22 vd., burada anlatılmak isteneni şöyle açıklayabiliriz: 1896 yılında Alman Medeni Kanunu'na çocuğun korunması amacıyla hâkimin müdahalesi ilkesini getirilmiş, I. Dünya savaşı sonrası Almanya'da çocukların korunmasını sağlamak amacıyla çocuk mahkemeleri kurulmuştur. Alman Medeni Kanununa göre velâyet sadece anne ve babanın hakkıdır. Bu durumda çocuğun mal varlığı ve şahsi haklarına özenle temsil sorumludurlar. Bu haklarını kötüye kullanmaları sonucu velâyet hakkının kaldırılır.

¹³ Akyüz, *Hâkimin Müdahalesi*, s.20 vd. ; Serdar, İlknur, *Birlikte Velayet*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 1, İzmir 2008, s.155- 156.

dayanılarak velâyet hakkının hâkim tarafından kaldırılmasına da imkân sağlanmıştır. Ana ve babanın yararlanma ve yönetim hakkına bazı sınırlamaların getirilebileceği kabul edilmiştir. 1883 yılında kötü davranışlara maruz kalarak manen terk edilen çocuklara yönelik bir kanun çıkartılmıştır. 1792 yılında çıkarılan bir kararname ile yalnız küçüklerin velâyete tâbi olacağı, erginlerin olamayacağı kabul edilmiştir¹⁴.

İslamiyet kabul edilmeden önce, eski Türklerde de baba egemen bir aile düzeni vardı. Bununla birlikte babanın sahip olduğu yetkiler Roma hukukundaki aile babasının sahip olduğu yetkilere göre daha sınırlıdır¹⁵. Ana, ancak babanın yokluğunda velayet hakkına sahip olabilirdi. Özellikle yerleşik yaşama geçen Uygurlara ait kalıntılarda bir babanın velayet hakkına dayanarak, diğer oğullarına danıştıktan sonra, bir olgunu satabildiğini gösteren belgeler bulunmuştur¹⁶. Türklerin İslamiyet'e geçmesinden, Medeni Kanun'un kabulüne kadar ki sürede, velayet kavramına ek olarak hıdane kurumunun da yer almıştır. Velayetin amacı, küçüğün halini ıslah etmek olarak açıklanmıştır¹⁷. Velayet altındakilerin malvarlıklarının idaresi, evlendirilmeleri, korunup gözetilmesi velayet altında; terbiye ve eğitimi ise hıdane altında düzenlenmiştir¹⁸. Aile hukuku, İslam Hukuku'nda, en gelişmiş ve esasları en ayrıntılı düzenlenmiş alandı. İslam hukukunda münekehat ve müfarekat olarak adlandırılan bilim, aile hukukuna ilişkindir¹⁹. İslam hukukunda velâyet hakkı babaya tanınmıştır. Baba velâyet hakkına istinaden erkek çocuklarını erginliğe erinceye kadar kız çocuklarını da evleninceye kadar bakıp eğitmekle yükümlüdür. Ananın çocuklar üzerinde velâyet hakkı yoktur. Babanın velâyet hakkının kullanamaz hale gelmesi durumunda çocuğa vasi tayin edilmesi yoluna

¹⁴ Akyüz, Hâkimin Müdahalesi, s.21 vd. ; Yılmaz Önal, Velayetin Kapsamı, s. 5-6, Serdar, Birlikte Velayet , s.155- 156

¹⁵ Aydın, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2005, s.18; Serdar, Birlikte Velayet, s.155-156; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.22-23.

¹⁶ Üçok, Coşkun/Mumcu Ahmet/Bozkurt, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1999, s.37.

¹⁷ Döndüren, Hamdi, Delilleriyle İslam Hukuku, İstanbul 1983, s.145-146; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.15; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.23-24.

¹⁸ Aydın, 2005, s.291; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.23-24.

¹⁹ Ünal Mehmet, "Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Karamamesi", AÜHFD, 1978, S. 1-4, s.196.

gidilmekteydi İslam Hukukunda çocukları veya temyiz kudreti olmayanları yetkili kimselerin korumasına, onlara eğitim vermelerine ve bakım yapmalarına “*hıdane*”, hıdane hakkını kullanan kişiye ise “*hazin*” denirdi²⁰. Hıdane hakkı öncelikle anaya aittir; çünkü ana daha şefkatlidir. Anaya ait olan öncelik hakkı kız çocuklarında dokuz, erkek çocuklar için ise yedi yaşına kadar devam ederdi. Mal üzerindeki velayet hakkı ise, yalnız babaya veya babanın yokluğu halinde babanın babasına tanınmıştı. Baba veya onun yokluğu halinde babanın babası, veli olunca, şahıs ve mal üzerindeki velayet hakkının tamamını kullanma yetkisine sahip olurdu²¹.

Çocuk velayeti ve çocuğun malları konusunda; Osmanlı Devleti’nde ailenin reisi babadır. 1833 yılında Kınalızade Ali Efendinin yazdığı ahlak kitabı olan *Ahkal-ı Alai*’in 3 bölümünden biri aileye ayrılmıştır. Bu kitaba göre aile reisi olan baba evin nasıl idare edileceğini bilmeli, çalışıp evi geçindirmeli aynı zamanda elde ettiği parayı nasıl harcayacağını da bilmeliydi²².

1869 yılında yürürlüğe giren Mecelle’de genel olarak aile hukukuna ve velâyete ilişkin hükümler bulunmamaktaydı. Ancak Mecelle’nin 974. maddesinde kimlerin küçüğün velisi olacağı hükme bağlanmıştı. Osmanlı Devletinde aile hukukuna ilişkin son düzenleme 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi’dir. Kararnamenin velâyete yönelik birkaç hükmü istisna tutulduğu takdirde aile hukukuna ilişkin tüm meseleleri değil sadece evlenme ve boşanma konularını düzenlediği görülür. Ancak bu kararnamenin yürürlüğe girmesinden sonra nesep, nafaka, çocuk büyötmeye ilişkin komisyon çalışmaları devam etmiştir²³.

Modern hukuk sistemlerinde çocuğun korunması, çocuğun da bir kişi olarak sevgiye ve şefkate layık olması ve çocuğun milletin bir parçası olması ve kamu yararının korunması fikrine dayanır ve bu düşünsel temelde çocukların korunmasına

²⁰ Bilmen, Ö. Nasuh, Hukuki İslamiye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, C.2, İstanbul, 1988, s.428.

²¹ Uman, Osman Nuri, Boşanma Halinde Çocukların Üzerindeki Velâyet Hakkı, Adliye Dergisi, 1943, s.214; Sapmazlı, Hüseyin; Çocuk Hakları ve Himaye Müesseseleri, Ankara 1943, s. 31; Yılmaz Önal, Velayetin Kapsamı, s.6-7; Üçok/Mumcu/Bozkurt, 1999, s.45 vd..

²² Yediyıldız, Bahaeddin, “*Osmanlı Toplumı*”, Osmanlı Devleti Tarihi, C.2, İstanbul 1999, s.482.

²³ Ünal, Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukuku, s.196.

dair kanunlar çıkarılmıştır²⁴. 1950'lerde esas olarak tarım toplumundan sanayi toplumuna geçişle birlikte toplum ve aile yapısında, 1970'lerde feminist hareketin kadının bireysel ve toplumsal statüsündeki önemli değişiklikler kadının aile içindeki rolünü de etkilemiştir²⁵.

Ana babasının yardım ve korunmasından yoksun veya onlar tarafından maddi ve manevi yoksulluğa terkedilmiş olan çocukların kurtarılmaları, bedeni, ruhi, ahlaki ve fikri anlamda korunmaları amacıyla Türk Hukukunda Cumhuriyetten sonra çok sayıda kanun ve tüzükler çıkartılmıştır. Bu kanunların başında 743 sayılı Medeni Kanun gelir. Medeni Kanun ile birlikte çocuğun korunması iki ilkeye dayandırılmıştır. Bu ilkelerden birincisi kişilik fikri diğeri ise korunmaya muhtaç kavramı içerisinde değerlendirilen çocuğa yardımın gerekliliği²⁶.

743 sayılı Medeni Kanunun takiben kabul edilen 745 sayılı Ceza Kanunu'nda yer alan hükümler de Medeni Kanun'un çocuğun korunmasına yönelik hükümlerini tamamlayıcı niteliktedir. Değınilen bu iki kanun dışında çocuğun korunmasına yönelik hükümler içeren çok sayıda kanun, tüzük ve yönetmelik çıkarılmıştır.

²⁴ İnan durumu nitelemek bağlamında Fransız Medeni Kanunu'nda yer alan çocukların korunması ile ilgili hükümlerle birlikte münferit olan bu hükümler kamu hukuku alanında çıkarılan 24 Temmuz 1889 tarihli "Fena Muameleye Maruz ve Manen Terkedilmiş Çocukların Korunması Hakkında Kanun" ve izleyen kanunlar tarafından tamamlanmış olduğu İnan tarafından belirtilmiş olup Alman Medeni Kanunu (BGB) çocukların korunması ile ilgili yegane 1666.paragrafının hükmü 11 Ağustos 1961 tarihli "Gençliğin Esenliği Hakkında Kanun" ile tamamlanmıştır denilebilir. Esasen hukukken çocukların korunması hükümleri, temel bakımından direkt medeni kanun tarafından düzenlenmiş ancak tamamlayıcı niteliğe sahip başkaca kanunların varlığı da devam etmekte olduğu belirtilmiştir, İnan, Çocuk, s.9 vd. ; Usta, s.39, dn.21.

²⁵ Wollstone Craft, Mary, Kadın Hakları Gerekçelendirilmesi, (Çev.Deniz Hakyemez) , İş Bankası Yayınları, İstanbul 2007, s.19 vd. ; Akyüz, Hakimin Müdahalesi, s.7 vd. ; Usta, s.40, Usta'ya göre velayet hakkının çocuğun yararına bir kurum olduğu görüşü hakim olması ile Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarına göre değerlendirme yapıldığında, velayet hakkının kapsamını çocuğun doğal koruma ihtiyacı belirlemektedir o halde velayet ilk planda ana babanın çocuğun koruma ve yetiştirme görevi sayılmalı ve karşılığında da çocuğun kendisinin yetiştirilmesini isteme hakkı vardır.

²⁶ Özlü, Velâyetin Kaldırılması, s.17; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.12-13.

Önemli kanun ve tüzüklerden bazıları şunlardır: Anayasamızın 10, 41, 42, 50, 58, 61 ve 62'nci maddelerin de çocuk haklarına ilişkin düzenlemeler yer almakla beraber; TMK 285-363 maddeleri arasında çocuk hukukuna ilişkin düzenlemelerde bulunmuştur. Ayrıca anne baba ve çocuk ilişkileri düzenlenmiştir. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda çocuğun korunmasıyla ilgili hükümler ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmaktadır. Bunların yanında çocuk ve çocuk koruma hükümlerine ilişkin pek çok düzenleme 1580 sayılı Belediyeler Kanunu, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 5387 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu, 2916 Sayılı Özel Eğitime Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun, Milli Eğitim Kanunu, Vatandaşlık Kanunu, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu, Belediye Kanunu, Ceza Kanunu, İş Kanunu, Küçükleri Koruma Kanunu, Özel Eğitime Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun, Nüfus Kanunu ve Af Kanunlarında yapılmış bulunmaktadır, Bunların yanında 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Türkiye Cumhuriyeti 1989 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen bu sözleşmeyi 5 yıl sonra 09/10/1994 yılında bir yasa ile onaylayarak 23/12/1994 de bakanlar kurulu kararı ile yürürlüğe koymuştur. Ancak Türkiye Cumhuriyeti sözleşmenin azınlık çocuklarının dil, eğitim ve kültür alanındaki haklarına ilişkin hükümlerini sıkça eleştirilen bir çekince koymuştur), bu sözleşmeyle çocukların ihmal, istismar ve her türlü kötü muameleye karşı korunmaları için evrensel ilkelerin yerleştirilmesi amaçlanmaktadır²⁷.

²⁷ Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2015, s.861-863; Akyüz, Koruma , s.67; Serozan, 1997, s. 233 vd.; Fırat Şimşek, Ayşe, Çocuk Mallarının Yönetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2004, s.29 vd.; Polat,Oğuz/Güldoğan, Evin, Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi,TBB Mayıs-Haziran 2015, S. 118, s.244; Ancak belirtelim ki bu anlaşmada Türkiye 1982 Anayasası'nın 3 ve 6. maddeleri ile 25 Temmuz 1923 tarihli Lozan Antlaşması hükümlerine aykırı gördüğü gerekçesiyle ÇHS.'nin 17, 29 ve 30. maddelerine çekince koymuştur.

Günümüzde yasaları değerlendirirsek; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 41 maddesi, "Aile²⁸ Türk toplumunun temelidir. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle annenin ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilat kurar." hükmünü haizdir. Söz konusu hükümle, ailenin toplum için önemi belirtilmiş; devletin aile kurumunu korumak adına birtakım tedbirler alabileceği ifade edilmiştir. Böylece aile kavramı önemli bir biçimde vurgulanıp korunma altına alınmıştır.

Velayete kural olarak TMK m. 335 f. 1'e göre henüz erginlik yaşını doldurmamış, küçük olan çocuklar tabidir, yasal sebep olmadıkça onlardan alınamayacağı hüküm altına alınmıştır. Buradan da anlaşılacağı üzere, çocuk en iyi aile ortamında korunur. Devletin getireceği koruma tedbirlerinde de bu yol izlenilerek çocuk için öncelikle ana baba yanında koruma tedbirleri alındığı görülür. Doktrinde İnan, bunu devletin aileye yardımcı olma ilkesi şeklinde açıklamıştır²⁹. Çocuk üzerindeki velayet, küçüğün³⁰ erginliğe ulaşmasıyla kendiliğinden ortadan

²⁸Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İstanbul, Cilt 2, Beta Yayınevi, 10. Baskı, 2006, s.5-6; Öztan, Aile, 2015, s.1076; Karabacak, s.17 vd.; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.24 vd., Akyüz'e göre dar anlamda aile, sadece eşlerden oluşan birliktir ve ana, baba ve çocuklardan oluşan birlik geniş ailedir. Ayrıca buna "velayet ailesi" denilebilir. En geniş anlamda ise, aile, bir ev başkanının yönetiminde, aynı çatı altında aile halinde birlikte yaşayan kimselerden oluşan insan topluluğudur.

²⁹ İnan, Ali Naim, "Medeni Hukukta Velayet Vesayet ve Kayyumluk", İBD, C. 69, S.1-2-3, İstanbul 1995, s.73; Karabacak, s.18 vd.; Akıntürk, Aile, s.422; Saymen/Köprülü, 1964, s.449; Özdemir,Hayrünnisa/Ruhi,Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku, Adalet Yayıncılık, Ankara 2012, s.755, Kanunun amacı küçük olan çocukların velayet altında olmasına rağmen; istisnalar mümkündür şu şekilde, ergin olmuş bir çocuk kısıtlandığı zaman vasi atanmasına gerek görülmezse TMK m. 335 f.2 gereğince velayet altında kalmaya devam etmelidir. Bu halde de TMK m. 419 f.2 maddesinde 'kısıtlanan ergin çocuklar kural olarak vesayet yerine velayet altında bırakılır' denilmiş ve kısıtlı ergin çocukların velayet altına alınmalarının faydalarına ve menfaatleri doğrultusunda olacağı açıklanmıştır. Çocuğun şahsi haklarını ve mal varlığı haklarını samimiyet ve önemle yönetecek olanların ana ve babası olduğuna dair kanaat bu şekilde kabul edilmelidir.

³⁰ Esasen burada en çok dikkate edilmesi gereken husus küçükler ile ergin çocuklar üzerinde velayetin kullanımından kaynaklı farklılık oluşturmakta ve ana ile babanın ergin çocukları

kalkar yani ergin olmuş çocuklar ana ve babanın velayeti altında değildir. Ana ve babanın, ergin çocuklar üzerinde başlıca hak ve görevlerinin artık çocuğun temsili ve mallarını idare etmekten ibaret olduğu, ergin çocukların terbiye ve tahsilinin mümkün olmayacağı ileri sürülmektedir³¹. Ancak çocuk sadece onsekiz yaşını doldurarak ergin olması ile değil, aynı zamanda evlenme ve hâkim kararı ile ergin kılınması hallerinde de velayet altından çıkar.

Velayet hakkı, aralarında soy bağının bulunmasına bağlı ana babaya ait bir hak olarak, sadece çocuklar üzerinde söz konusu olur³². Türk Medeni Kanunu'nda³³ velayete tabi kişiler sayılmıştır. Bu kişileri dört başlık altında ele alabiliriz;

İlk olarak ergin olmayan çocukların incelenmesi yapılmalıdır. Kural olarak ergin olmayan çocuklar ana ve babasının velayetine tabidir. Ancak ergin olmayan her küçüğün mutlaka ana babasının velayetine tabi olduğu söylenemez. Örneğin, çocuğun doğduğu esnada ana baba evli değil ve ana küçük, kısıtlı yahut ölmüş ise, çocuk doğduğu andan itibaren ana babasının velayetine tabi olmayacaktır. Yine, hem ana hem de baba ayırt etme gücüne sahip değilse, küçük, onların velayeti altında olmayacaktır. Böyle bir durumla karşılaşan hâkim, çocuğa vasi tayini yoluna başvurabilir. Zira kanunumuzun 404.maddesine göre küçükler velayet altında değil ise vesayete tabi olacaklardır.

üzerindeki velayet hakkıyla ilgili hak ve görevlerini çocuğun temsili ile mallarının idaresi oluşturması gerekmektedir.

³¹ Gönensay, 1944, s.759.

³² Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1998, s.273; Dural, Mustafa/Öğüz,Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, İstanbul 2005, s.519; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s.755 buradan şöyle bir çıkarım yapılabilir, velayet hakkı, ana ve babaya sadece çocuklar üzerinde tanınmış olduğu kabul edilirse, ana ve baba dışındaki üçüncü kişiler çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olamayacaklardır. Velayet, kanundan dolayı hem anaya hem de babaya bağımsız bir hak olarak tanınmıştır. Evlilik devam ettiği sürece, ana ve baba velayeti birlikte kullanır denilebilir.

³³ RG. 08.12.2001/24607; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.273; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.15; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.227.

İkinci olarak bahsedilmesi gereken grup ise kanunda 335/2'de düzenlenmiş olan hâkimin vasi atanmasına gerek görmediği kısıtlanan ergin çocuklardır. Hâkim çocuğun ergin olmasından sonra kısıtlama kararı verir ise, kurala göre çocuğu ana babasının velayeti altında bırakacaktır.

Bir diğer grup ki bunların değerlendirilmesi oldukça önemlidir çünkü velayet hakkına sahip ana babanın bir başkası ile evli olması halinde, eşler ergin olmayan üvey çocuklarına özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler (TMK m.338). İhlali halinde, evlilik birliğinin temelinden sarsılma sebebiyeti doğabileceği gibi, velayet hakkına sahip tarafın ihlali önlemedeki başarısızlığı, velayetin kaldırılması sebebi olarak da değerlendirilebilir³⁴. Eski Kanun'da üvey evlatlar ile ilgili bir düzenleme yer almamaktaydı. 4721 sayılı Kanun, diğer eşe tam anlamıyla velayet hakkını tanımamış; ancak birtakım hakların kullanılmasında diğer eşe yardım yükümlülüğü getirmiştir³⁵. Söz konusu hükmün, velayet hakkına sahip olanların kapsamının genişlemediğine, üvey ana yahut babanın velayet hakkına sahip ana baba yerine

³⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, 2005, s.519; Karabacak, s.20 vd.; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.273; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.227, Akyüz şöyle bir açıklama getirmiştir bu durum için, üvey anne ile baba velayet hakkına sahip olmayıp TMK m.338 f.2 maddesine göre değerlendirme yapıldığında üvey ana veya baba, kendi çocuğu üzerinde velayet hakkını kullanan eşine yardımcı olmalıdır, ancak önemli ve hayati konularda çocuğu temsil edecektir ayrıca bu yükümlülük tamamlayıcı özellik taşır ve çocuğun eğitimine yardımcı olmak amacı taşımaktadır. Üvey ana ve babanın temsili, velayet hakkına sahip olan eşin, çocuğun velayetini yerine getiremediği ve çocuğun temsilinin acil olduğu istisnai durumlarda söz konusu olabilir bu halde velayet hakkına sahip olan eşin muhtemel iradesi göz önünde tutularak mesela okul karnelerinin imzalanması, acil olarak doktora götürme gibi durumlarda onu temsil etme yetkisi olduğu kabul edilebilir; Oğuzoğlu, Velayetin Ehemmiyeti, s.10 vd.; Akyüz, Koruma, s.239; Öztan, Aile, 2015, s.1078 – 1079; Baygın, Soybağı Hukuku, s.261.

³⁵ TMK'nın gerekçesi değerlendirildiğinde, Kanunumuzda karşılığı olmamasına karşın İsviçre Medeni Kanununun 299. maddesinden ilham almış olan 1984 tarihli Ön Tasarının 254. Maddesi değerlendirilirse kişi ergin olmayan üvey çocuğuna karşı yeterli özen ve ilgi göstermesini, velayeti kullanan tarafa yardım etmesi ve ihtiyaç halinde çocuğu temsil etmesi bir sosyal ahlak gerekliliği sonucuna ulaşılabilir.

çocuğu temsil etmesinin aile içindeki iş bölümüne dayandığı belirtilmiştir³⁶. Söz konusu hüküm, her ne kadar çocuğun temsil edilmesi gibi velayet hakkına bağlı bir hakkın kullanımı ile ilgili ise de, somut olay değerlendirildiğinde eğer velayet altındaki çocuğun menfaati gereği bu temsil zorunlu ise hakkın genişletilmesinden ziyade çocuğun ihtiyaçlarının karşılanması ve evli olan eşlerin birbirlerine yardım etmeleri gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır.

Son olarak ele alacağımız grup ise ana babanın velayeti altında bulunanlar, yalnızca onların çocukları olmayıp Türk Medeni Kanunu m.314'e göre evlatlıkla evlat edinenin arasında soybağı ilişkisi doğacağını ve ana babanın sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin evlat edinene geçeceğini düzenlemiş bulunduğundan, henüz erginliğe kavuşmamış evlatlık da evlat edinenin velayeti altında olacaktır. Evlat edinenin evlatlık üzerindeki velayet hakkı, evlat edinme işlemlerinin tamamlanmasıyla yani hâkim kararı ile doğrudan doğruya kanundan doğmaktadır³⁷.

Hukukumuzda ana baba için velayet hakkı, Anayasa'da yer alan temel haklardan olmamakla birlikte, söz konusu temel haklardan türetilmiş bir haktır³⁸.

³⁶ Öztan; Aile, 2015, s.1079 vd..

³⁷ “Anne ve babadan başka evlat edinilen(ler) de veli sıfatına sahip olabilir. Çünkü evlat edinme, evlat edinilen ile evlat edinilen arasında hukuki (ya da yapay) bir soy bağı oluşturur (TMK m. 282/III). Evlat edinilen kişi(ler), anne ve babanın sahip oldukları hak ve yetkiler ile görevlere sahip olurlar. Evlat edinilen de anne ve babasına karşı olan haklarını ve ödevlerini, evlat edinene karşı da kullanır.”, Yılmaz Önal, Velayetin Kapsamı, s.22 vd.; Baygın, Soybağı Hukuku, s.260-261; Zevkliler, Aydın/ Acabey, Beşir/Gökayla, Emre, Medeni Hukuk , Ankara 1999, s.1118 ; Akıntürk, Aile, s.420 ; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.273; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.227, Akyüz burada bir Yargıtay kararı ile açıklama yapmıştır ve buna göre, evlat edinme mukavelesinin tekemmülü ile ana ve babanın velayet hakkı kaybolur ve bu hak evlat edinene geçecektir, evlat edinenin vefatı sonucunda ise, bu hak tekrar ana ve babaya veya bunlardan sağ kalana dönmeyecektir bu durumda çocuğa bir vasi tayin edilmesi gerekecektir; Olgaç, Senai, İlmi ve Kazai İçtihatlarla Türk Medeni Kanununun Şerhi, İstanbul 1976, s.202 vd., “Kişisel ilişki egelik hakkının sonucu bir hak değil, irs ve soydanlık ilişkisinden doğmaktadır. Bu nedenle evlatlığın, öz anası ve babası arasında kişisel ilişkinin düzenlenmesi doğrudur.” (Y. 2.HD. 01.04.1976 tarih ve 2631/2863 sayılı kararı); Özkan, Hasan, Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, C.I, İstanbul 1987, s.45 vd..

³⁸ Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2000, s.32; Karabacak, s.26 vd..

Velayet, sadece ana ve babanın sahip olabileceği bir haktır yani dede ve babaanne velayet hakkına sahip olamazlar³⁹. Anne ve baba birbirleriyle evli iseler, onların velayet hakkı çocuğun doğum anı ile kanundan kaynaklanır. Evlilik devam ederken veya evliliğin sona sonlanmasından sonra 300 gün içerisinde doğan çocuklar üzerinde velayet hakkı, doğumla birlikte kazanılmış olur.

Velayet hakkı yalnız ana ve babaya ait olduğu için bir çocuğun velayete tabi olması, ancak onun ana babasının veya bunlardan birinin sağ ve medeni haklarını kullanma ehliyetine sahip olmasına bağlıdır. Bunlardan biri ölmüş, medeni haklarını

³⁹ Evlilik birliği devam ettiği sürece velayet birlikte temsil edilir, Y. 2.HD. 06.10.2003 tarih ve 11898/12737 sayılı kararı www.karartek.com.tr; Özüğür, Ali Ihsan, “Boşanma, Evlenme İptali, Ayrılık Davası, Ailenin Korunması İle İlgili Tedbirler, Tanıma, Tenfiz, Aile Mahkemesi İlişkisi”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 69, Ocak 2004, S. 1, s.978; Dural/Oğuzman, Türk Özel Hukuku, s.273 vd.; Özmen, Velayet Hukuku Davaları , s.14-15, bu kapsamda Özmen şuna dikkat çekmiştir, velayet yalnız çocukları kapsamaktadır ve küçük çocuklar üzerinde ana babanın dışında büyük ana ve büyük babaların velayet hakkı yoktur.Y. 2.HD. 01.12.1980 tarih ve 7442/8596 sayılı kararı; Özmen, İsmail, Açıklamalı İçtihatlı Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara 2005, s.38; Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.343; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.227 burada velayet hakkının, TMK m. 335 f.1 maddesinde ‘ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altındadır hükmü ile açıkça sadece birbirleri ile evli olan ana ve babaya tanınan onlar tarafından kullanılabilen bir hak olmasına değinilmiştir; Akyüz, Koruma, s.239; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s.755; Öztan, Aile, 2015, s.1076-1077; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.15-16, Özmen’e göre velayet hakkı sadece ana babaya ait olduğundan her ikisinin de ölmesi yahut fiil ehliyetlerini kaybetmeleri durumunda ya da velayetin kaldırılması ile çocuk artık velayet altında bulunmayacaktır bu hak yalnızca anne ve babaya verilmiştir, evlat edinme hali hariç, başka hiç kimseye tevdi edilemeyecektir. Mahkemece ana ve babası bulunmayan küçüğe vasi atanması gerekirken, dedelerinin velayeti altına alınması usul ve yasaya aykırı olduğu şeklinde ifade edilmektedir, bir Yargıtay kararında ise velayet hakkının münhasıran anne veya babaya tanınan bir hak olması sebebiyle ana ve baba dışında hiç kimseye tevdi olunamayacağıdır, Y. 2HD. 22.12.2003, 16099- 17026 EK sayılı karar, Gençcan, Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat, Yetkin Yayıncılık; Ankara 2004, s.1528; Y 2.HD, 21/05/2012, e.2011/17988, k.2012/13764, www.corpus.com.tr

kullanma ehliyetini kaybetmiş veya velayet her ikisinden de nez edilmişse, çocuk artık velayete tabi olmaz; ona vasi tayin olunur⁴⁰.

B.Velayet Kavramı

Velâyet evlilik birliği içerisinde ana ve babaya tanınan bir egemenlik türü olup, sadece çocukları kapsar⁴¹. Velayet; küçüklerin ve istisnai olarak kısıtlı ergin çocukların kişilik haklarına, Aile Hukuku mallarına özen gösterme, koruma ve onları temsil etme konularında, kanunun ana ve babaya yüklediği yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin iyi bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak amacıyla onlara tanınan hakların tümüdür⁴². Velâyet, fizikî ve ruhî açıdan korunmaya muhtaç

⁴⁰ Akyüz, Hâkimin Müdahalesi, s.34, buna göre boşanma sonucu velayeti alan tarafın vefat etmesi halinde velayet kendiliğinden sağ kalan tarafa geçmeyecek talep olmaz ise askıda kalacaktır, Y. 2.HD. 08.02.1974 tarih ve 649/746 sayılı kararı; Özmen; Çocuk Mahkemeleri, s.386, bu bölümde Özmen'in dikkat çekmek istediği noktayı şöyle açıklayabiliriz, babanın bu vazifeleri ifa edemeyeceği ve çocuğunu manen eksik bırakacağı hissiyatı olmuş buna karşı MK' un 272,273,274 gereğince babanın velayet hakkının nez'ine ve çocuğun teyzesi davacı nezdinde yerleştirilmesi suretiyle tedbir alınmasına ve çocuğa da davacının vasi olarak tayini için sulh hukuk mahkemesine müzekkere yazılmasına karar verilebileceğidir; Y. 2.HD. 12.05.1955 tarih ve 2841/2597 www.copus.com.tr , Özkan, s.47-53 ; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s.755; Aynı yönde, Y 2.HD, 13.11.1987 tarihli, 6706/8727 EK sayılı, YKD, Cilt 14, Sayı 2, Şubat 1988, s.176; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.27; Akyüz, Koruma , s.245; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.42 vd..

⁴¹ Yılmaz Önal, 2008, s.16; Dural/Oğuzman, Aile Hukuku, s.293 vd.; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.41 vd.; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.223.

⁴² Akıntürk, Aile, s.419; Tekinay, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku,7.Baskı, İstanbul 1990, s.483; Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, Aile Hukuku, 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s.503; Köprülü,Bülent/ Kaneti,Selim, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s.246 vd.;Saymen,Ferit Hakkı/Elbir,Halit Kemal, Türk Medeni Hukuku, C.III, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1960, s.368 vd.; Zevkliler, Aydın, Medenî Hukuk, Ankara 1999, s.917; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.272 vd..

konumda olan çocuğun en iyi şekilde bakımını ve yetiştirilmesini amaçlayan hukukî kurumlardan biridir⁴³.

Velayet kurumu son yüzyıllarda önemli değişikliklere uğramıştır. Önceden çocuğun üzerinde hâkimiyet hakkı olarak görülürken bugün artık ana ve babaya tanınan ve birtakım görevler içeren hak olarak kabul edilmektedir⁴⁴. Oğuzoğlu⁴⁵ bu

⁴³ Cansel, Erol, “*Velâyet Hakkı ve Kötüye Kullanılması Sebebiyle Kaldırılması*”, AÜHFD. 50.Yıl Armağanı, C.1.Ankara 1977, s. 137vd.; Öztan, Aile, 2004, s.625 vd.; Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku , Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C.II , İstanbul 2002, s.400 ; Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s. 250 vd.; Zevkliler,Aydın/Acabey,Beşir/Gökyayla,Emre ,Medeni Hukuk, Ankara 2000, s.1013 vd.; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, 1994, s.272 vd.; Tekinay, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990, s.477 vd.; Feyzioğlu, Aile Hukuku, s.503 vd.; Gönensay, Samim, Medeni Hukuk, Aile Hukuku, Nesep, Velâyet, Vesayet, C.2, İstanbul 1940, s.43 vd.; Köprülü/Kaneti, Aile Hukuku, 1989, s.245; Oğuzoğlu, Velayetin Ehemmiyeti, s.8 vd.; Tandoğan, Haluk, “*Velâyetten Doğan Kanun İhtilafları*”, AÜHFD., (erişim: 05.10.2016) www.ankara.edu.tr, s.505; İnan, Çocuk Hukuku, s.122; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C.I, Aile Hukuku , 5. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965, s.363 vd..

⁴⁴ Öztan, Aile, 2015, s.1076; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.27 vd.; Akıntürk, Aile , s.419; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, 1998, s. 272; Tekinay, Aile Hukuku, s. 483; Hatemi/Serozan, Aile Hukuku , s.341; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, 2005, s.519; Oğuzoğlu, Velayetin Ehemmiyeti , s.7; Saymen/Köprülü, s.448; Köprülü/Kaneti, Aile Hukuku, 1989, s.248; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.29-30; İnan, Kayyumluk, s.74; Gönensay, 1944, s.765,Esasen velayet, ana ve babanın doğuştan kazandığı temel hakkı değildir aksine çocuğun temel hakkı olan çıkarımın ve güvenliğinin sağlanması amacıyla ana babaya verilmiş sorumluluktur. İMK, bireysel eşitlik, özgürlüğe yönelme ve sosyal gelişmeyi dikkate almakla birlikte bu gelişimin yavaş yavaş yapılmasına çalışmış genel olarak ana baba ve çocuktan oluşan aileyi, bireyin bu kuruma olan ihtiyacına göre düzenlemiş gözükmektedir , Özlü, Velayetin Kaldırılması, s.17 vd.; Oğuzoğlu, Velayetin Ehemmiyeti, s.988; Usta, s. 21, dn.83, Ancak velayet kaldırıldığında dahi ana babanın görevleri devam ettiği bazı yazrlarca savunulmakta kişilerin görevlerinden feragat edemeyecekleri söylenmektedir. Kaldı ki velayet sadece hak olarak kabul edilemeyeceği çocuğun sorumluluğunun bir anne ve baba için daima var olacağı bir gerçektir. Velayet sadece görev olarak kabul edilse dahi velayetin sona ermesi ile ana ve babanın çocukla ilgili bir talepleri olmamalıdır. Böylece velayet kendisine bırakılmayan ana babanın, çocuğu görme ve onunla

değişimi “velayetin evin hudutları dâhilinde hudutsuz bir kudret değil, icabında çocuğun himayesini temin zımında hâkimin müdahalesini mümkün kılan, daha ziyade vazifelerden mürekkep bir müessesedir” şeklinde ifade etmektedir. Berki⁴⁶’ye göre ise; velayet sadece görev olarak kabul edilmiştir. Nedeni olarak da; ana babanın velayeti kullanırken çocuğa bir vasi tayin edilmesini isteyerek velayetin külfetinden kurtulamayacakları veya velayeti bir başkasına devir edemeyecekleri gösterilmektedir. Gürsel⁴⁷ tarafından da velayetin her şeyden önce görev olduğu belirtilmiştir. Velayetin kendi içindeki düzenlenmesinde de sınırları mevcuttur. Türk Medeni Kanununda ana babaya velayetin kullanılmasında eşit söz hakkı tanınması⁴⁸,

kişisel ilişki tesisini isteme gibi hakları da olmayacağı kabul edilebilmelidir; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.29-30; Serdar, Birlikte Velayet, s.155- 156; İnan, Kayyumluk, s.74; Gönensay, 1944, s.765; İmamoğlu, S. Hülya, Yeni Medeni Kanundaki düzenleme ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, AÜHFD, C.54,S.1,s.166, buna göre velayet ana ve/veya babanın, çocuğun başta bakımı, eğitimi ve temsili olmak üzere menfaati ile ilgili hak ve yükümlülüklerini kapsamakta olup Türk Medeni Kanunu’nun 335 ila 351’inci maddelerinde düzenlenmiştir. Kural anne ve babanın evli olması halinde velayetin birlikte kullanılması iken ayrılık halinde hâkim eşlerden birine velayeti verebilir. Boşanmada velayet, çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir. Ancak çocuğun korunmasına yönelik önlemler ile velayete sahip olmayan tarafla çocuk arasındaki kişisel ilişki kurma hakkı saklıdır.

⁴⁵ Oğuzoğlu, Velayetin Ehemmiyeti, s.8 vd..

⁴⁶ Berki, Şakir, Türk Medeni Kanununda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumûlü, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1970, s.5 vd. ; Kılıçoğlu, Ahmet Mustafa, Medeni Hukuk Temel Bilgileri, Turhan Yayınevi, Ankara 2015, s.626 vd..

⁴⁷ Gürsel, Nurettin, “Çocuk Malları ve Ana Babanın İstifade Hakkı”, Adalet Dergisi, S. 7, Ankara 1949, s.434 – 435; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.224.

⁴⁸ “Eşler, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler (TMK m.185/2). Bu sorumluluk her ikisine ait olduğundan, eşler çocukla ilgili eğitim ve öğretimi birlikte yürüteceklerdir. Yukarıda bahsedildiği üzere, Eski Kanun’da, ana babanın çocukla ilgili herhangi bir konuda aynı fikirde olmaması halinde babanın oyuna üstünlük tanınıyordu. Doktrinde bu husus eleştirilmiş; kadına çocukların yetiştirilmesi ve bakımı konusunda büyük külfet getirilirken, velayet hakkının kullanılmasında söz konusu olduğunda kadının söz hakkı bulunmadığının ve son sözün kocaya ait olduğunun kabulünün adil bir çözüm olmadığı belirtilmiştir.”,

Kılıçoğlu, Ahmet, “*Medeni Kanun Açısından Kadın-Erkek Eşitliği*”, ABD, S.1, Yıl 48, Ankara 1991, s.15; Karabacak, s.4-8, Oğuzoğlu; Velayetin Ehemmiyeti, s.990; Hatemi/Serozan, Aile Hukuku , s.343 vd., burada anne ve baba arasındaki görüş ayrılığında yabancı müdahalenin, ailenin dengesizleşmesi ve esenliğinin bozulması yönünden taşıdığı sakınca, uzlaşmaz babanın keyfi otoritesinin denetimsizliğinin yol açabileceği sakıncanın yanında hafif kalacaktır, babaya son sözü söyleme yetkisi veren hükümde yapılan değişiklik sonucu, kadın ve erkeğin hukuksal anlamdaki eşitliklerinin sağlanması konusunda ciddi bir adım atılmış olmasından bahsedilmekle birlikte söz konusu hüküm, mehz İsviçre Medeni Kanunu’ndan da 1984 yılında yapılan değişiklikle çıkarılmıştır. Eski Medeni Kanun’un ilgili maddesi, değişikliğe uğramadan önce açıkça Anayasa’da yer alan eşitlik ilkesine aykırıydı ancak aile gibi çekirdek bir yapıda çocuğun menfaatini gerektiren işleri en doğruyu analiz ederek, onun için en iyi seçeneği tercih edecek olan kuşkusuz anne ve babanın olacağı bariz bir şekilde görülmektedir. Öğretinin bu konuda ise aykırı olarak ifade ettiği taraflardan her ikisinin uzlaşmadığı bir durumda “babanın denetimsiz otoritesi ve keyfiliği” yerine tamamen tarafsız olan hâkimin görüşünün alınması daha doğru olabileceği ihtimalinin kuvvetlenmesidir. Artık bu halde, tarafların ancak ciddi anlaşmazlıkların ortaya çıkması durumunda hâkime başvuracak olabilmeleridir; Kılıçoğlu, Kadın Erkek Eşitliği, s.16 vd.; Dural/Oğuzman, Aile Hukuku, s.273 vd.; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.40-41, “... Aile reisinin, hâkimin veya en azından bir çeşit hakemin olduğu bir üçlü aile ortaya çıkacaktır. Tenkit etmek kolaydır. Yeni metinde ‘hâkim’ kelimesinin aşağı yukarı 25 defa okunduğu doğru ise, bu onun yetkilerinin arttığı anlamına gelmez. Şayet tek bir maddede ona genel yetkiler verilseydi, bu yetkiler çok daha fazla artmış olurdu. Tam tersine, yetkileri daha çok sınırlandırılmıştır. O artık her zaman her konuda müdahale etmek ve karar vermek durumunda değildir. 1976’da, Federal Meclis ‘babanın velayet yetkisi’ yerine ‘ana babanın idaresi’ (*autoritéparentale*) kavramına yer verdi. Mahkemeler yine çocukların mesleki formasyon için karar vermekte yetersiz kalan eslerin istilasına uğramadılar. Yeni evlenme hukuku vatandaşları sık sık hâkime danışma zorunda bırakmayacaktır; hakim en son başvuru olan kişidir. Onlar, ancak çok ciddi problemler halinde bu yola başvururlar. Yeni hukuk her şeyden önce ‘barışma gayretleri’ üzerinde ısrar etmektedir. O, karı kocayı ‘evlilik danışma bürolarına’ göndermektedir. Hâkim sadece bu gün, dünkünden hiç de farklı olmayan bunalım durumlarında, zorlayıcı tedbirler nedeniyle müdahale edecektir.”; Knoepfler, F., ‘3 Eylül 1985’de Bale’de Komisyonun Genel Kurulunda Verilen Konferans’ dan naklen Özer, Ahmet, “*İsviçre Aile Rejiminde Son Gelişmeler*”, YD, C.14, Ocak-Nisan, S.1-2, Yıl 1988, s.127, Esasen bir değerlendirme yapılacak olursa taraflar velayet hakkından kaynaklanan otoriteyi kullanmamaları halinde evlilik birliğini koruyucu önlemleri gibi yada

velayetin otoritesinin artık çocuktan yana olarak yumuşatılması, TMK 345 inci madde hükmü ile de çocuk ile ana baba arasında menfaat çatışması olduğunda kayyım atanarak gerekli işlemleri onun yapması, devletin müdahalesinin TMK 346, 347, 348 maddeleri ile yoğunlaştırılması ve en önemlisi velayetin yürütülmesinde TMK 339 maddesi ile çocuğun menfaati göz önünde tutularak çocuğa da söz hakkı verilmesi velayetin sınırlarını oluşturmaktadır⁴⁹.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Ebeveynlerin Velayet Sorumlulukları Hakkında Tavsiye Kararı Eki'nde velayet, bir ödevler ve yetkiler toplamı olarak şu

ayrılık ve boşanma kararı yahut da çocuğun korunmasına ilişkin yasal düzenlemelerin sağladığı hukuksal araçlarla soruna çözüm aranması gereklidir; Koçhisarlıoğlu, Cengiz, “İsviçre’de Evlilik Birliği Hukuku’ndaki Son Gelişmeler”, Jale Akipek’e Armağan, Konya 1991, s.449; Aksi görüş bakımından, Uçar açıklamalarına şu şekilde ifadeler kullanmıştır: ailede çocuğu yakından tanıyan, her zaman hak ve menfaatlerini en iyi şekilde değerlendirip koruyacak kişiler anne ve babasıdır. Aksi halde aileye tamamen yabancı hakim, ana ve babanın yerine geçerek çocuk hesabına son sözü söylemesi tehlike yaratabilecektir. Hakimin bu hususta vermiş olduğu kararın ileride çocuk aleyhine sonuçlar doğurması durumunda, aile içinde tartışmalar başlamasının yanında ailenin dağılmasına dahi sebebiyet verebilir. Bu durum korumakla yükümlü olduğu değerleri tamamen ezip geçmesi anlamına gelecek ve ailenin evlilik birliğinin korunması amacıyla bağdaşmayacaktır o halde eski düzenlemelerin daha yerinde olabileceğidir, Uçar, Ayhan, “4721 Sayılı Medeni Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, EHFD, C.6, S.1-4, Yıl 2002, s.330 dn.36.

⁴⁹ Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.256; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.224, Kaldı ki, çocuğun yararı ilkesi ve artık iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş olan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca, çocukla ilgili konuda son sözü söyleyenin kim olduğu önemini yitirmiştir. Önemli olan, çocuğun menfaatini ön planda tutarak bir karara varılması gerekliliğidir. Kanun koyucu, m.195/3 'e göre “hâkim anılan yöntemlerle uyumsuzluğu aşamazsa bu takdirde gerekirse kanunda öngörülen önlemlerden birini alır.” Şeklinde düzenleme ile önlemlerin türü ve süresini belirlemeyi hâkime bırakmış ve sonucunda incelenen olayın özelliklerine uygun çözümü bulma konusunda da hakime geniş takdir yetkisi tanıdığını bir kez daha vurgulamıştır; Şeker, Hilmi, “Birlikte Yasamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisi ile Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri”, <http://www.turkhukusitesi.com/makale 155.htm> Erişim,11.08.2016.

şekilde ifade edilmiştir: “Ebeveynlerin velayet hakları (sorumlulukları) ifadesi, özellikle çocuğu bakıp gözetmek, çocukla kişisel ilişki kurup sürdürmek ve çocuğa eğitimini, barınmasını sağlamak, yasal temsilciliğini yapmak ve mal varlığını yönetmek suretiyle, çocuğun manevi ve maddi esenlik ve refahını güvence altına almayı amaçlayan bir ödevler ve yetkiler toplamıdır”⁵⁰.

C.Velayetin Tanımı

Tarihi açıdan çocuğun korunmasına yönelik müdahaleler ailenin gücüne ve ailenin üyesi bulunduğu devletin sistemine bağlı bir anlayışla olgunlaşmıştır. Geçmişte çocuklar üzerinde yalnız babanın hakları olduğunu kabul eden toplulukların yanısıra, bu yetkiyi tümüyle devlete veren topluluklar da bulunmaktaydı⁵¹. Sözlüğe bakıldığında “sevmek ve yardım etmek” olan velayet terimi, hukuk alanında bir başkasına sözünü geçirmek, kişi üzerinde egemenlik ve otoriter bir hakimiyete sahip olma yetkisini ifade etmektedir⁵².

“Velâyet”⁵³ etimolojik bakış açısıyla ise Arapça kökenli bir sözcük olup egemenlik olgusunu vurgulayan bir kavram olduğu anlaşılır. Velâyetin kavram olarak kökü soy bağı ilişkisine dayanır⁵⁴. Velayetin ana baba ve çocuklar arasında bir

⁵⁰ Gemalmaz, Semih, Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s.404 vd.; Polat/Güldoğan; Uzman Görüş , s.246.

⁵¹ İnan, Çocuk Hukuku, s.5 vd.; Yılmaz Önal, Velayetin Kapsamı, s.5-8 vd.; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.12-13vd..

⁵² İnan, Çocuk Hukuku, s.125; Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku 3. Bası, Ankara 1958, s.200; Tepeci, Kamil, Neseb Hukuku Ana Baba , Evlat Hakları 2. Cilt, Doğuş Matbaası, Ankara 1944, s.4vd.; Usta, s.19 vd..

⁵³ Velayet; sözlük anlamı olarak sevmek, sahip çıkmak, yardım ve idare etmek şeklinde tanımlanmıştır, Develioğlu, Ferit, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Sözlük, Ankara 2001; Yılmaz, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Ankara 1992, ise ‘velayet’ deyimini yerine ‘koruma ve bakma’ deyiminin kullanıldığını, bu nedenle koruma ve bakma hakkına pederşahi velayet deyiminin hiç yakışmadığını ileri sürülmektedir; Serozan, Çocuk Hukuku 2005, s.250; İnan, Kayyumluk, s.74vd..

⁵⁴ Yılmaz Önal, s.16 vd.; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, 1998, s.293vd.; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.41 vd.; Akyüz, Çocuk Hukuku, 2015, s.223, Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.1117; Tekinay, Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel

tabiiyet bağı kurduğu söylenebilir. Yeni hukuk sistemlerinde bu tabiiyet bağı, aileyi meydana getiren kişilerin bağımsızlığı ve karşılıklı yararları dikkate alınarak düzenlenmiştir⁵⁵.

İngiltere’de 1975 tarihli Çocuk Yasası, “*parental rightsandduties*” (ana babanın hakları ve ödevleri) deyimini kullanırken, bu Yasa’yı değiştiren 1989 tarihli Çocuk Yasası, haklara yer vermeyerek “*responsibilityforchildren*” (çocuklar için sorumluluk) deyimini kullanmıştır. Serozan da bu anlayışla velayet kelimesini yakışsız bir deyim saymış ve yakışanın koruma-bakma olmalıdır görüşünü ileri sürmüştür. Bağımlılık ve otorite sanısı uyandıran velayet (*elterlicheGewalt*) deyimini yerine kollayıp gözetme ve bakma anlamında; *ElterlicheSorge*, *Garde*, *Parentalresponsibility* daha uygundur⁵⁶.

Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992, s.483; Akıntürk, Aile, 2006, s.419; Öztan, Aile, 2015, s.1074; İnan; Kayyumluk, s.74; Feyzioğlu, Aile Hukuku, s.503-504; Akyüz, Emine; Medeni Hukuka Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, A.Ü. Eğitim Bilimleri Fakültesi Yayınları, No:125, Ankara 1983, s.22; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2005, s.519; Cansel, s.137; Ruhi, Ahmet Cemal, “Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velayet Konusundaki İlamların Türkiye’de Tenfizi”, EHF, C.7, S.3-4, Erzincan 2003, s.721; Ceylan, Ebru; Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006, s.152.

⁵⁵ “küçük veya istisnai olarak haklarında kısıtlılık kararı alınmış çocuklar hakkında gerekli kararları almak amacıyla kanun koyucunun ana babaya tanıdığı bir yükümlülük, bir yetkidir.” Öztan, Aile, 2015 s.1074; Tekinay, Aile Hukuku, s.483; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, 1998, s.273; Köprülü/Kaneti, Aile, 1986, s.248, Dural / Öğüz/ Gümüş, Türk Özel Hukuku, s.519; Akyüz, Medeni, s.22; Özmen, İsmail; Velayet Hukuku Davaları Çocuk Hakları Aile ve Çocuk Mahkemeleri, Adalet Yayıncılık, Ankara 2013, s.41 vd.

⁵⁶İnan; 1995, s.73, Baygın; s.260-261; Black-Bridge, A, *Practical Approach to Family Law*, London1991 s.303’ten naklen Baktır Çetiner; 2000, s.29-30, Serozan, Rona; Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s.250- 253, Alman Hukukunda bu amaçla BGB §1626 da “velayet hakkı” kavramı 18.7.1979 tarihli özel yasa ile değiştirilerek “bakım hakkı” olarak yeniden düzenlenmişti, bu düzenleme ile ana babaya bi nevi egemenlik hakkı veren velayet hakkına dönüştürülmüştür. Zevkliler/Acabey, 1999 s.1122; İsviçre de velayet ayrımı 25.6.1976 tarihli federal yasa ile tümüyle değiştirilmiş “hısımlık otoritesi” başlığı altında yeni 296 ve 317 inci

Kanunda velayet kurumunun bir tanımı yapılmamış olmasına rağmen gerek doktrinde gerekse sözlük anlamı bakımından velayet kavramı tanımlanmaya ve açıklanmaya çalışılmıştır. TMK m. 339 hükmü çerçevesinde velâyeti; küçüklerin bazen de kısıtlı ergin çocukların kişiliklerinin ve mallarının korunması ile temsil etmek bakımından ana ve babanın sahip oldukları hak ve yükümlülüklerle donatılmış yetkiyi anlatan hukukî bir terim olarak tanımlamak mümkündür⁵⁷.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde velayetin tanımı yapılmamış, ancak 5. maddesinde ana babanın sorumlulukları, hakları ve görevlerini düzenlemiştir. Sözleşme, çocuk, ana babası ve devlet arasındaki ilişkiler için bir çerçeve oluşturmaktadır (ÇHS m. 5 - 8). Esnek bir tanım karşısında “ana babanın sorumlulukları” ile “çocuğun gelişim halindeki yeteneklerini” ve hakları bizzat çocuğun kullanacağına vurgu yapılarak, çocuğun kendi haklarının aktif bir öznesi olarak bakıldığını açıkça ortaya koymaktadır⁵⁸.

Doktrinde velayetin tanımı; kapsamı ve niteliği esas alınarak yapılmış olup ağırlıklı görüş velayetin çift yönlü olduğu, velayetten kaynaklanan hak ve sorumlulukları içinde barındırdığı şeklindedir ve gerek ergin olmayan gerekse

maddeler yer almıştır; Feyzioğlu, Feyzi/Özakman,Cumhur/Sarıal,Enis, Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 1986, s.503, dn.57; Usta, s. 19-20.

⁵⁷ Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s.28; Baygın, s.259-260 açıklandığı gibi velayet yetki ve sorumlulukla tanımlansa bile, haklar sınıflandırılmasında başkasının kişiliği üzerindeki mutlak haklardan sayılmaktadır; Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, 2006, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 13. Baskı, Arıkan Yayınevi, s.20; Özlü, s.27; Baktır Çetiner, s.23; Usta, s.23; Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, 2015, s.341 – 342 ; Oğuzman/Dural, s.272 ; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s.503; Köprülü/Kaneti, s.246; Tekinay, s.483.

⁵⁸ Bu açıklamalara karşın sözleşme, ne “aile karşıtı” bir içerik taşımakta ne de çocukları ana babaları ile karşı karşıya getirmektedir. Aksine aileyi yüceltmekte, ana babanın birincil sorumluluğunu vurgulamakta, devlet müdahalesine ve çocukların ana babalarından ayrı tutulmalarına katı sınırlamalar getirmekle beraber bu eğitimin amaçlarından biri de çocuğun ana babasına saygısının geliştirilmesi gerekliliğini vurgulamaktadır, Hodgkin,Rachel/Newel,Peter, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Uygulama Elkitabı, Birleşmiş Milletler Çocuk Fonu, UNİCEF 1998, s.85; Usta, s.20 vd..

kısıtlanmış ergin çocukların şahıs hakları ve mal varlığı haklarının korunması ve temsilieri konusunda sahip olunan tüm hak ve ödevler olarak tanımlanmaktadır⁵⁹.

D.Velayetin Hukuki Niteliği

Velayet hakkı, modern zamanlardaki fikirce çocuğun korunmasını sağlayan bir kurumdur; çocuğu geleceğe hazırlayabilmek için ana babaya verilmiş hukuki bir ödevdir⁶⁰. İki taraflı velayet ilişkisinde ana baba ile çocuğun çıkarları genelde aynı yönde olur. Tarafların çıkarlarının çatışması durumunda hangisinin çıkarının öncelikli olarak korunacağı konusunda Kanun'da açık bir hüküm yer almamaktadır. Kanun, yalnızca çocuğun yararı tehlikeye düştüğü takdirde alınacak tedbirleri

⁵⁹ Akyüz, Emine, Çocuk Hukuku, 1. Bası, Ankara 2010, s.151, Akyüz'ün tanımı velayetin kullanılmasında hareket ettiği ve yöneldiği amacı dikkate alır biçimdedir. Akyüz'e göre; "küçüklerin, bazı durumlarda da ergin kısıtlı çocukların kişiliğine mallarına özen göstermek ve onu temsil etmek konusunda ana babaya yüklenen görevlerle, bunların çocuğun yararına uygun biçimde yerine getirilmesini sağlayan yetkileri içeren ve yalnızca çocuğun korunmasını sağlayan" bir kurumdur; Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, s.326; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.272; Köprülü/Kaneti, Aile,s.245 - 246; Tekinay, Aile Hukuku, 1990, s.483; İmamoğlu, s.1666; Akıntürk, Aile, 2006, s.41; İnan, s.125; Öztan, Aile, 2004, s.364; Tiryakioğlu, Bilgin, Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar, TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayını, Bilim Serisi 6, Ankara 1991, s.62; Feyzioğlu/Özakman/Sarial, s.386; Özlü, s.17; Saymen/Elbir, s.368; Egger, August, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Aile Hukuku,(Çev: Tahir Çağa), Ankara 1949, s.73-74; Baktır Çetiner, s.30; Sarı, Suat, "Evlilik Birliğinde Ana Babanın Velayeti Birlikte Kullanması", Legal Hukuk Dergisi, Ocak Sayı: 49, Y.2007, s.86; Usta, s.21vd.; Yargıtay da örnek teşkil edebilecek bir kararında küçüklerin bakım ve korumalarını sağlamak için onların malları ve şahısları üzerinde ana babanın sahip oldukları, görevlerin, hakların, yetkilerin hepsine birden velayet denilmesinden bahsetmiş ve ana babanın doğrudan çocuğun şahsına ve mallarına karşı görevleri olduğundan bunların yerine eksiksiz getirilmeye çalışılmasına karar vermiştir, Y. 2HD. 26/12/2005 - 20432/18313 Kazancı Bilişim İctihat Bilgi Bankası; Akıntürk, Aile, 2006, s.419; Baktır Çetiner, Koruma, s.32.

⁶⁰ Ceylan, 2006, s.153; Baygın, s.271; İmamoğlu, Tedip Hakkı, s.171; Serozan, s.65; Özer Taşkın, Özden, Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2006, s.23; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.89; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.224.

düzenlemiştir. Söz konusu hak; doktrinde de, “Velayet hakkı kullanılırken, çocuğa bağımsızlık kazandırılması, dolayısıyla güvenliğinin korunması ve gerçekleştirilmesine yönelik bir hizmet görüldüğünden, velayet hakkı bunu kullananın değil çocuğun yararına bir hak”⁶¹ olarak nitelendirilmektedir.

Velayet; çocuğa bağımsız kişilik kazandırarak zamanla kendi kendini yönetecek ve koruyabilecek duruma getirmektir. Çocuğun zamanla ana babasına olan gereksinimi azalacak ve çocuk oluncaya kadar velayetin kapsamı gittikçe daralmaktadır⁶². Velayetin tarihsel ve hukuki gelişim sürecinde temel alınabilecek bazı fikirler doğmuştur ve velayet mutlak baba otoritesinden, çocuk yararına kullanılması gereken ödev-hak niteliğine dönüşmüştür⁶³. Velayet artık aile içinde bir ilişki olmaktan çıkarılıp toplumsal nitelikli bir ilişki haline gelmiştir, yan, velayeti yerine getirilmediği toplum tarafından denetlenebilir, gerekirse hâkimin müdahalesi istenebilir⁶⁴.

Kanun’da “velayet” başlığı altında bazı örnekler verilmek suretiyle ana babanın çocuklarının şahısları üzerindeki hakları ve görevleri sayılmıştır. Ancak, ana babanın sahip olduğu hak ve görevler bu ayırmada sayılanlarla sınırlı değildir. Nitekim özellikle, “soy bağının hükümleri” başlığında düzenlenen birbirlerine yardım etme, saygı ve anlayış gösterme ve aile onurunu gözetme (TMK m.322) ile

⁶¹ Jorio T.;*Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht Diss.*, Zürich 1977, s.66’dan naklen Akyüz, 1983, s.23; Serdar, s.160- 161; Baygın, s.271; İmamoğlu, Tedip Hakkı, s.171; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.89.

⁶²Akyüz, Koruma , s.237; Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit, Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku - Aile Hukuku, Ankara, 1963, s.242; Akyüz, Koruma, s.237; Kılıçoğlu, Medeni Hukuk , s.626 vd. ; Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.250; Yılmaz Önal, 2008, s.16 - 17; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.43-44; Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.250; Usta, s.19.

⁶³Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.253; Usta, s.19, İnan, Çocuk Hukuku, s.125

⁶⁴ Baktır Çetiner, Koruma, s.27; Usta, s.20; Oğuzman,Kemal/Barlas,Nami, Medeni Hukuk, İstanbul 2002, s.102; Tekinay, S. Selahattin, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku. İstanbul 1992, s.139; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 2000, s.122 vd..

çocuğun bakım ve ihtiyaçlarının karşılanması (TMK m.327) gibi hükümler de bu kapsamda sayılabilecektir⁶⁵.

Velayet hakkı; çocuğun kiminle arkadaşlık edeceğine, nereye gidip gidemeyeceğine, hangi kitapları okuyup nasıl giyineceğine veya ana babanın çocuğun özel günlük defterlerini okuyup telefon görüşmelerini dinleyebilecek kadar geniş yorumlanabilir mi⁶⁶? Her ana ve baba velayet haklarını kullanırken kendi doğruları ile hareket eder ve çocuğuna da onları öğretme çabasıdadır. Çocuğun da ana ve babanın hareketlerinden, yaşamından etkilenmesi ve bu doğruları kabul etmesi kişilik haklarını zedeleyici değildir. Ancak bu doğruların ana ve baba tarafından çocuğa zorla kabul ettirilmeye zorlanması, özellikle ayırt etme gücüne sahip çocuklar için kişilik haklarına aykırılık olarak kabul edilmektedir⁶⁷. Çocuğun inanç özgürlüğünü TMK 341 inci maddesi ile ancak erginlikte kazanması da ölçüsüz bir temel hak sınırlaması olarak kabul edilmekte, din ve vicdan özgürlüğünden daha erken yaşlarda yararlanması gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁸.

II. VELAYETİN ÖZELLİKLERİ

Velayet Kavramı tek bir nitelendirmeye tabi tutulamayacağından dolayı burada özellikleri açıklanmaya çalışılmıştır. Velayet; her şeyden önce çocuğun yararınadır ve temel ilke çocuk ve menfaat uyumudur, bunun dışında velayet ana ve babanın kişiliğiyle sıkı ilişki içinde bulunan bir kurumdur, üçüncü kişiler ile ilişkilendirilemez. Son Olarak velayet süreye bağlıdır ve sınırlandırılabilir niteliktedir çünkü bilindiği üzere velayeten tabi olmanın bir süresi vardır ve velayet hem hak hem de yükümdür. Aşağıda bu hususlar ayrıntılı biçimde ele alınmıştır.

⁶⁵Akyüz, Hâkimin Müdahalesi, s.49; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.268; Akıntürk, Aile, 2006, s.403, bu görüşe göre ana babanın velayet hakkına sahip olup olmaması sadece soybağı nedeni ile sahip oldukları hak ve ödevler olarak nitelendirirken; velayet hükümleri, velayet hakkına sahip olan ana ve baba arasındaki ilişkileri düzenlediğini belirtmekte ve buna dikkat çekmek istemektedir.

⁶⁶ Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.53; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.43 vd..

⁶⁷ Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.44 vd..

⁶⁸ Serozan, Rona, Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuku Alanında Korunmasında Yetersizlikler, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul, 1997, s.389.

A.Velayette Çocuğun Yararının Temel İlke Olması

Çocukluk adı ile biçimlendirdiğimiz insan yaşamının vazgeçilmez ve hasiyet gösterilmesi gereken bir dönemidir. Çocukluk dönemi ile çocuk-çocukluk kavramlarıasırlar boyu değişmiştir. Eski zamanlarda toplumlar çocukluk evresiniinsan yaşamının sıradan bir süreci olarak görüyorlardı, çocuk için gelişim sürecinde ki sahip olduğu ilk on sekiz senenin belirleyici niteliğe sahip oluşunu düşünmeleri bir yana çocukluğun bitmesinden sonrakiyaşam kalitesi ve bireysel karar alma mekanizması gelişiminin ve işleyişinin temelini oluşturduğunu düşünmemektedirler⁶⁹.

Tarih boyunca çocukluk sürecipek çok eski toplum tarafından yetişkin yaşam ritmindenfarklı bir hayat kesiti olarak değerlendirilmiş bununla birlikte çocukluğa ilişkin evrensel değerlendirmelerde yapılmıştır⁷⁰.

1.Genel Olarak

Çocuk haklarının modern zamanlarda ortaya çıkması ve önem kazanmasında sanayi devrimi etkili olmuştur. Uluslararası alanda çocukların korunmasına yönelik örgütün kurulmasını ilk olarak 1894 yılında Jules De Jeune ortaya atmıştır. Ancak bu alanda en önemli gelişme, 1920’de Cenevre’de “Uluslararası Yardım Birliği” ortaya çıkmasıdır. Bu birliğin ve “Uluslararası Kadınlar Meclisi”nin çabaları sonucu Milletler Cemiyeti 26 Eylül 1924 tarihinde Cenevre Çocuk Hakları Beyannamesi adı altında bir beyanname yayınlamıştır. Mustafa Kemal Atatürk tarafından da bizzat imzalanan bu beyanname çocuğun gelişmesi, korunması, tedavi görmesi, eğitilmesi,

⁶⁹ Akyüz, Çocuk Hukuku, s.91.

⁷⁰ Çocuk, yaş esasına dayanarak yetişkin olanlarla, küçüğü ayırmak için kullanılmakta yani yetişkin olmayan kişileri ifade etmektedir. Bir kişinin bu anlamda hangi sürede çocukluktan yetişkinliğe adım attığı sosyal çevreye, yaşanılan bölgeye dinsel ve kişisel görüşlere göre değişik sınırlara bağlı olabilmektedir. Günlük dilde çocukluk kavramı, erkek ve kız evlatları yani soybağını belirlemek amacıyla kullanılmaktadır. Yani insan, yaşı ne olursa olsun, yaşamı boyunca ana-babasının çocuğu olarak kalmaktadır şeklinde söylenebilir; Akyüz, Koruma, s.66; Fırat Şimşek, Ayşe, Çocuk Mallarının Yönetimi, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2004, s.25 vd.

istismardan korunması, en önce yardım görmesi prensiplerini içeren beş maddeden oluşmaktaydı. II. Dünya Savaşı'ndan sonra Birleşmiş Milletler Örgütü de çocukların korunmasına yönelik çalışmalara katıldı⁷¹.

Çocuk haklarını konu alan ikinci önemli uluslararası belge 20 Kasım 1959 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca da kabul edilen ve on maddeden oluşan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Beyannamesidir. Burada çocuklar bakımından ayrımcılığın önlenmesi, çocukların ad ve vatandaşlığa sahip olma hakkı ve bu hakkını koruyabilmesi, sağlık ve sosyal güvence sahibi olabilme hakkı, eğitim görme, bunu talep etme ve bu konuda kendisini ifade edebilme hakkı gibi pek çok yeni ama temel argümanların ortaya çıkışı yer alır.

Çocuk Hakları Sözleşmesi tarihte en geniş kapsamlı kabul gören insan hakları belgesidir⁷². İlk kez 1989 yılında onaylanan sözleşme bu gün 191 Birleşmiş Milletler Ülkesi tarafından imzalanmıştır. Çocuk Hakları Sözleşmesinin düzenlediği ve garanti altına aldığı çocuk hakları genel olarak insan haklarından ayrılamaz. Bir başka anlatımla çocuk hakları ferdi insan haklarının özel olarak çocuklar bakımından güvence altına alınmış biçimleridir. Bu sebeple Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin özünde doğal hukuk anlayışı bulunmaktadır⁷³.

⁷¹ Civelek; 1992, s. 333, Yılmaz Önal, Velayetin Kapsamı, s.9 vd..

⁷² Çocuk Hakları Sözleşmesine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. İnan, (erişim www.ankara.edu.tr. 05.10.2016) , s.765-778; Akyüz, Çocuk Hukuku, , s.45-46.

Tiryakioğlu, s.20 vd. ; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.41-44.

⁷³ Karaosmanoğlu, (erişim www.cocukhaklari.com.tr 05.10.2016), buna göre Çocuk Hakları Sözleşmesi ile birlikte imzacı devletler çocuğu korumayı, menfaatleri doğrultusunda refah içinde yaşamasını, yeteneklerini talep ve istekleri doğrultusunda geliştirmeyi ve çocukla ilişkili durularda çocukların katılımlarını sağlamayı garanti altına almışlardır; Polat/Güldoğan, Uzman Görüş, s.244; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.99, Akyüz günlük dildeki çocukluğun psikolojideki çocukluktan daha uzun sürmekte olduğunu, çocukluk yaşından yetişkinlik yaşını ayıran sınır bölgeye, sosyal çevreye, yaşa, dinsel ya da kişisel görüşlere göre değiştiğini ifade etmiştir. Bu ölçütlere göre, günlük dilde çocukluk 13-18 yaşları arasında sona erer. İkinci anlamda, halk, çocuk kavramını erkek ve kız evlatları yani soybağını belirlemek amacıyla kullanılmaktadır yani insan, yaşam süresince ana-babasının

Çocuk yararının önceliği ilkesi, “çocuklara birinci öncelik” şeklinde de ifade edilmekte ve çocukların gelişmekte olan beden ve zihinlerinin korunması ile toplumun elinde bulunan kaynaklar açısından ilk önceliği taşıması anlamına gelmektedir. 1990 yılında New York’ta toplanan Dünya Çocuk Zirvesi’nde bütün ülkelere “çocuklara birinci öncelik” ilkesi kılavuz etmeleri çağrısı yapılmıştır. Çocuk yararının önceliği ilkesi, “çocukların temel gereksinimlerinin, iyi günde, kötü günde, gerek ulusal ve uluslar arası düzeyde, gerekse aile içinde, eldeki kaynakların tahsisi sırsında üst düzey bir öncelik taşıması gereğini ifade etmektedir⁷⁴.

çocuğu olacaktır. Bununla birlikte halk dilinde çocukluk kavramı, soy bağından çok küçüklüğü anlatmak için kullanıldığı görülmektedir.

⁷⁴Akyüz, Koruma, s.6, “Çocukların Yaşatılmaları, Korunmaları ve Geliştirilmelerine İlişkin Dünya Bildirgesi” ile bu Bildirgenin 1990’lı yıllarda uygulanmasına ilişkin “Faaliyet Planı” ve 1991 yılında ki UNİCEF tarafından ortaya koyulan “Dünya Çocuklarının Durumu” New York 1989, çocuk hukuku ve velayet bakımından önem teşkil etmektedir; Özlü, H, Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Alan Yayıncılık, Ankara 2002, s.5; Fırat Şimşek, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 3. Maddesinde “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.” şeklinde ifadeye yer verilmiştir. Bu durum çocuğun yararına olan aynı zamanda toplumun da yararınadır görüşünü belirginleştirmiştir ki bu toplumda ilerleyen zamanda zararlı davranışların ortaya çıkması istenmemesi olasılığının olmamasını sağlamak için yetiştirilen çocukların menfaatleri üstün tutulmalı ve çocuklar korunarak, güvenlikleri sağlanmalı sonucunu varılmasında etkili olmuştur. Ayrıca bu sözleşmenin 18. maddesi ile de çocuğun yetiştirilmesinden sorumlu olan ana, baba veya yasal varislerin çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket etmeleri düzenlenmiştir, Çocuğun yararı yerine çocuğun güvenliği terimi de kullanılmaktadır; Akyüz, Koruma, s.242; Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.250; Köprülü/Kaneti, Aile, 1986, s.248; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.89; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s. 33-38; Akyüz, Hâkimin Müdahalesi, s. 64 vd. ; Baygın, s.271, “Çocuğun yararı kavramının içeriğine onun bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimi ile sosyal ve ekonomik çıkarları girer. Bu bağlamda çocuğa iyi bir eğitim sağlanması, çocuğun sağlıklı bir çevrede ilgi ve sorumlulukla şekillenmiş, sürekli ve istikrarlı bir ilişkinin hâkim olduğu ortamda büyümesi çocuğun yararındır.” İmamoğlu; Tedip Hakkı, s.171; Sarı, s.93; Hatemi/Serozan, s.343; Oğuzman/Dural, s.274; Usta, s.27.

Ülkelerin yasama organları çocuk hakları konusunda düzenleme yaparken çocuk yararının önceliği ilkesini göz önünde tutacaklardır. Yasaların uygulayıcısı konumunda bulunanlar da bu uygulama faaliyeti çerçevesinde çocuk yararının önceliği ilkesini gözeteceklerdir⁷⁵.

⁷⁴ Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuk, Ankara, 1997, s.1057; Feyzioğlu, Aile Hukuku , s.503-504; Öztan, Aile, 2004, s.374 vd. ; Akıntürk, s.342; Gençcan, Ömer Uğur, Velayet Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.61; Oğuzman/Dural, Türk Medeni Hukuku, s.272 vd.;Tekinay, Aile Hukuku, s.483; Feyzioğlu; Aile Hukuku , s.503-504; Akyüz, Medeni, s.22; Baktır Çetiner, Çocuk Hukuku, s.30; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.1117; Medeni, Akıntürk; 2006, s.419, İnan; 1995, s.74, Dural/Öğüz/Gümüş; 2005, s.519; Cansel, s.137; Ceylan, Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006, s.153 buna göre bir Yargıtay kararı değerlendirmesini inceleyebiliriz ve denilebilir ki velayet hakkı çocuğun korunmasını sağlamak için onların şahısları ve malları üzerinde ana babaların sahip oldukları görevlerin, hakların ve yetkilerin tümüdür, Y. 2.HD. 25.01.2000 tarih ve 13346/581 sayılı kararı, ABD, S.3, Yıl 2000, s.30-331; Baygın, s.259-260, Baygın'a göre velayet bir hak olduğu kadar belki ondan fazla olarak bir yetkidir bundan dolayı da velayet hakkı bunu kullananın değil aslında çocuğun yararına bir hak olmalıdır; Akyüz, Emine, “*Velayet, Çocuğun Korunması ve Koruyucu ile Hizmetleri*”, Koruyucu Aile, Evlat Edinme Hizmetleri ve Ruh Sağlığı, Ankara 2008, s.23; Gençcan, Velayet , s.61'den naklen Y 2.HD. 16/01/2008, 2461-214.

⁷⁵ Hatemi/Serozan, Aile Hukuku, s.281; Akyüz, Koruma, s.7 vd. ; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku , s.32-33, Velayet, Dünya Çocuklarının Durumu Raporu, UNİCEF New York 1992, buna göre çocuk yararının önceliği ilkesi 1959 tarihli Çocuk Haklarının Beyannamesinde de düzenlenmiştir. Bu madde 2'nin incelemesi yapıldığında her çocuk özgürlük ve kişiliği içinde sağlıklı ve normal şekilde bedensel, fikirsel, ruhsal, ahlaksal ve sosyal yönlerden gelişmesini sağlayacak imkan ve araçlara ulaşma imkanını kanunlar ve diğer araçlarla sağlanması gereklidir. Bu amaçla hazırlanan kanunlarda çocuğun çıkarları önemle göz önünde bulundurulmalıdır sonucu ortaya çıkmaktadır; Özlü, 2002, s.3; Fırat Şimşek, s.45 vd.; Serdar, s.163-164; Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 41.maddesine göre çocuk hakları ile velayete hâkim esas olan çocuğun yararı, özellikle çocuğun velileri tarafınca hak süjesi sıfatıyla idrak edilmesini, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesini ve çocuğun kişiliğinin çok yönlü geliştirilmesini gerektirir denilmektedir bu durumda çocuğun üstün yararı, her işte ve işlemde ve yargıda belirleyici olmalıdır. İç hukukta çocuk yararına daha elverişli bir kural yürürlükte ise o kuralın uygulanmasına öncelik verilmesi gerekir. Sözleşmeyi onaylayan

2.Çocuğun Yararı Kavramı

Çocuğun yararı ilkesi; çocuk hukukunun anayasası niteliğindedir. Çocuğun korunmasındaki en üst kuraldır. Kural çocuğun yararının ve gelişmesinin tehlikeye düşmesini engellemeyi amaçlar. Ana babanın velayet görevini ihmalkâr davranmış olup olmadığına bakılmaz; çünkü çocuğun korunmasına ilişkin düzenleme, ana babayı cezalandırmak değil, çocuğu korumak amacına yöneliktir. Önemli olan çocuğun gelişiminin tehlikeye düşmemesi ve düşme tehlikesinin bulunduğu hallerde nasıl korunacağıdır⁷⁶.

Çocuk Hakları Sözleşmesinde 18 yaşının altında olanlar “çocuk” olarak tanımlanmıştır. Sözleşmeye göre çocuklarla alakalı bütün konularda çocuğun yüksek devletler tüm bu ilkelerle uyumlu yeni yasalar çıkarma ve yürürlükteki yasalarını çocuk hakları sözleşmesinde yer alan ilkeler doğrultusunda değiştirme yükümün üstlenmişlerdir; bu amaçlar imzalanan sözleşmeler, Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi; Çocukların Uluslararası Kaçırılmalarının Hukuki Yönlerine Dair La Hey Sözleşmesi; Küçüklerin Korunmasına Dair Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair La Hey Sözleşmesi ile Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma, Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme; bu dört sözleşmenin de ortak amacı, çocuğun yüksek menfaatlerinin öncelikle göz önüne alınmasını sağlamaktır.; Çelikel, Aysel, “*Yabancı Mahkemelerden Verilen Velayete İlişkin Kararların Tanınası ve Tenfizi*”, Yılmaz Altuğ’a Armağan, MHMÖHB, S.1-2, İstanbul 1997-1998, s.107- 108.

⁷⁶ Öztan, Aile, 2015, s.1137; Çocuğun menfaati kavramı, ilk olarak 1959 Çocuk Hakları Bildirgesi’nde yer almıştır. Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde, idari ya da özel sosyal yardım kurumları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organlarıncı yapılan ve çocukları ilgilendiren tüm ekinliklerde, çocuğun yararının temel düşünce olduğunu bir ilke olarak kabul edilmiştir. ÇHS’ne, kavramın Sözleşme diline göre karşılığı çocuğun yararının “öncelikli düşünce” (a primary consideration) olmasına rağmen, Türkçe resmi metinde karşılığı “çocuğun yararı”dır, Şirin, Memduh Cemil,“Çocuğun Yüksek Yararı: İdare Hukuku’nda Uygulanabilirliği Üzerine Bir Deneme” I: Türkiye Çocuk Hakları Kongresi, Yetişkin Bildirileri Kitabı-2, Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2011 , s.58 vd

menfaatli olmalıdır. Devlet çocukların sahip oldukları haklarına tam ve bütün bir saygı gösterilmesini sağlayacak önlemleri almakla yükümlüdür⁷⁷. Bu çerçevede sözleşme veli olmadurumu ile sorumluluğu, bunun ihmal edildiği durumlarda ise devletin rolü ve sorumluluğu, çocuğun yaşama ve değişme hakkı, sağlık hizmetlerine erişim hakkı, eğitim hakkı, sosyal güvenlik hakkı, işkenceden, özgürlükten yoksun bırakıcı uygulamalardan korunma hakkı; ifade, düşünce, din ve vicdan dernek kurma özgürlükleri hakkı, kendileriyle ilgili konularda görüşlerini ifade etme hakkı, özel yaşamı saklı tutma hakkı, özel gereksinimleri olan çocuk hakkı, adil bir çocuk ceza adaleti sisteminin uygulanması gibi hususları düzenlemektedir⁷⁸.

⁷⁷ Çünkü çocuğun yararlarının korunması ve velayete ilişkin hak ve yükümlerin yerine getirilmesi kamuyu da ilgilendiren bir kurumdur. Velayetin 3 boyutu vardır. Bunlar; çocuğun çıkarları, anne ve babanın çıkarları ve toplumun çıkarlarıdır. Çocuğun çıkarları iyi bakılıp büyütülmek ve yetiştirilmektir. Anne ve babanın çıkarları ise hem soylarını devam ettirmek hem de bir insan yetiştirmenin mutluluğunu hissetmektir. Toplumun çıkarları ise iyi yetiştirilmiş bireylerden meydana gelen toplumdaki huzur ve güven ortamına kavuşmaktır. Çocuğun çıkarları ile anne ve babasının çıkarlarının çatışması halinde çocuğun çıkarlarına üstünlük tanınması sadece çocuğun çıkarları için değil toplum çıkarları için de gereklidir. Çünkü toplumda ileride kötü olayların, zararlı durumların ortaya çıkması istenmiyorsa, yetişen çocukların menfaatleri üstün tutulmalı ve güvenlikleri sağlanarak korunmalıdır, Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s. 33, dn. 57'den naklen Francis, "The Confused Constitutional Status and Meaning Parental Rights" 22 G.A Law Review 1988, s. 975; Akyüz, Hakimin Müdahalesi, s. 64 vd.; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s. 33- 38, çocuğun çıkarlarının korunması söz konusu olduğunda bu müdahaleyi kimin yapacağı da önemlidir. Velayet, kamu düzenine ilişkin bir hak olduğundan toplumun yararı da korunması gereken çıkarlardan olduğu düşünülmeli ve çocuk iyi bakılmalı ve iyi yetiştirilmelidir. Ana babanın çıkarı, nesillerinin devamını sağlamak, bir insan yetiştirmenin mutluluğudur. Toplumun çıkarı ise, iyi yetişmiş bireylerden meydana gelen toplumdaki huzura kavuşmaktır; Sarı, s.93; Hatemi/Serozan, s.343; Oğuzman/Dural, s.274; Usta, s.27.

⁷⁸ Toplumun çekirdeği olarak nitelendirilen aile üzerinde, velayet hakkının kullanılmasına ilişkin koruma tedbirleri alınabilmektedir. Yargıtay ilgili bir kararında, "Velayet hakkının düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgili olup, tarafların bu konuda anlaşmaları yeterli değildir. Hâkimin de anlaşmayı uygun bulması gerekir." hükmünü kurarak velayetin kamu düzeninden kaynaklanan bir hak olduğunu açıklamıştır, Y. 2.HD. 18.02.2000 tarih, 1593/2024 sayılı kararı, Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s.71; hatta Yargıtay'ın bu konuyla

Türk hukuk sisteminde küçüklüğün başlangıcı, kişiliğin kazanılmasına ile olur. Kişiliğin korunması, hak ve sorumluluklara sahip olması bakımından ne zaman kazanıldığı önemlidir. Medeni Kanununun 28. maddesine göre; kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü anda başlayarak elde eder⁷⁹. Çocuğun

ilgili şöyle bir kararı vardır velayetin düzenlenmesi kamu düzenini ilgilendirdiğinden hâkim tarafların isteği ile bağlı olmayacaktır ve çocuğun yararını gözeterek alacağı önlemi takdir eder. Tarafların bu konudaki anlaşmaları hâkimi bağlamaz, Y. 2.HD. 28.09.1995 tarih ve 8706/9558 sayılı kararı, YKD, C.21, S.12, Aralık 1995, s.1846-1847; Çocuğun menfaati ilkesi, sadece çocuk için şahsi bir çıkar olmayıp; aynı zamanda toplumun da çıkarına bir durum meydana getirmektedir; Akyüz, Emine; “*Önemli Kanunlarımızda Çocuğun Korunmasına İlişkin Hükümler ve Boşluklar*”, AÜEFĐ, 1979, S. 1-4, s.137; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.33, Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.90; Sebep olarak burada şöyle bir açıklama yapılabilir çocuklar toplumun en önemli unsurudur ve toplumun sağlam temeller üzerine kurulması çocukların iyi yetişmeleri ile mümkündür. Velayet, gerek kişilik hakları gerek malvarlığı haklarının korunması ve temsili ile ilgili ana babaya tanınmış hak ve sorumluluklar yanı sıra bu konuda kamu düzenini ilgilendirir, Yargıtay’ın bir ilamına göre boşanma kararı veren hâkimin evlilik içinde doğan çocukların velayeti ile ilgili düzenleme yapması zorunludur. Boşanma halinde velayetin düzenlenmesi kamu düzenine ilişkin olup, hâkim tarafından re’sen gözetilmelidir, Y. 2HD. 02/10/2014, E.2014/8404, K.2014/19295 erişim: www.corpus.com.tr ; “Velayete ilişkin kurallar kamu düzeniyle ilgilidir. Velayetin değiştirilmesi, kaldırılması davalarında çocuğun üstün yararının gözetilmesi, bu konuda Aile Mahkemesi uzmanlarından, bu uzmanların bulunmadığı yerlere Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’da belirtilen diğer uzmanlardan rapor alınma imkânı üzerinde durulması gerekir.” Y.2HD. 14/12/2009, 9071 – 21525 erişim Gençcan, Velayet , s.81 – 83; Yargıtay 2.HD. 28/11/2012, E.2012/8598, K.2012/28547 erişim: www.corpus.com.tr ; kamu düzenine uygulamada karşılaştığımız örneklerden bir karar ekleyerek ne kadar önem verildiğini belirtebiliriz velayetin kamu düzenine ilişkin özelliklerden bir diğeri de velayetin yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerekliliği bulunmalıdır, Y 2.HD 24/09/2014, E.2014/6880, K.2014/18260 erişim: www.corpus.com.tr

⁷⁹ Oğuzman,M.Kemal/Seliçi,Özer/Oktay Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 7. Bası, İstanbul 2002, s.10 vd.; Akyüz, Koruma, s.68; Fırat Şimşek, s.26 vd. ; Dural,Mustafa/Öğüz,Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt - 2 - Kişiler Hukuku, Filiz Yayınevi, İstanbul 2002, s.15 vd.; Akyüz, Koruma,s.68.

döllenmesi doğal, yapay veya tüp bebek yöntemi ile gerçekleşmesi kişilik kazanmayı etkilemez. Küçükler, ister on sekiz yaşını doldurarak, ister ergin kılınma ya da evlenme dolayısıyla ergin olsunlar; ergin oldukları güne kadar kural olarak ana babalarının velayeti altında bulunurlar (TMK md.335/I)

Velayet; anne babaya tanınmış bir hak olsa da asıl işlevi çocuğun korunmasıdır. Yani velayet, anne ve babaya bir ayrıcalık olarak düzenlenmemiş aksine çocuğun menfaatinin korunması amacıyla düzenlenmiştir⁸⁰.

Çocuk yararı, velayetin yürütülmesinde, velayetin çocuğun şahsı ve malları bakımından kapsamında ve bunun gibi bütün konularda ön planda tutulmak zorundadır⁸¹. Çocuk ile ilgili bir kanun hükmünün yorumunda daima çocuğun yararı

⁸⁰ Akyüz, s.648; Serozan, s.250; Serdar, s.166; Yurdakul, Özlem; Velilerin Çocuğu Eğitme Hakkının İncelenmesi, Basılmamış yüksek lisans tezi, İzmir 2015, s.34; Fırat Şimşek, s.32 vd.; Akyüz çocuğun menfaatinin ve onun kendi ayakları üzerinde durabilen, sorumluluklarını bilen, toplum içinde sorun yaşamadan ve yaratmadan hayatını sürdürebilmesinin sağlanması amacıyla göz önünde bulundurulması zorunlu olan menfaat şeklinde tanımlanabileceğini söylemiştir Akyüz, s.117; Buna bağlı olarak çocuğun menfaati; çocuğun tek başına hayatını idame ettirebileceği yaşa gelmesine kadar olan süre içerisinde, anne ve babası tarafından çocuk adına alınacak kararların sınırlarını oluşturmaktadır. Yani çocuğun kendi başına karar alacak yaşa gelmesine kadar onun adına karar verme yetisine sahip olan anne ve babanın bu, yetkilerin sınırını çizmektedir. Bu sınır, anne ve baba ile çocuğun çıkarlarının karşı karşıya geldiği durumlarda daha da önem taşımaktadır.

⁸¹ Serozan, Çocuk Hukuku, 2000, s.49; Fırat Şimşek,s.27 vd.; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.32-33 vd.; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.89; Akyüz, Çocuk Hukuku, 2012, s.220; Zevkliler, Medeni Hukuk, 1997, s.1057; Feyzioğlu, Aile Hukuku,s.503-504; Öztan, Aile, 2004, 374; Akıntürk, s.342; Gençcan, Velayet Hukuku, s.61; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.272 vd.; Tekinay, Aile Hukuku, s.483; Akyüz, Medeni, s.22; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.30; Zevkliler/Acaby/Gökyayla, Medeni, s.1117; Akıntürk, Aile, 2006, s.419; İnan, Kayyumluk , s.74; Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, s.519; Cansel, s.137; Ceylan, s.153; Velayet hakkı çocuğun korunmasını sağlamak amacıyla çocuğun şahıs hakları ile maddi hakları üzerinde ana babaların sahip olduğu sorumluluk, hakların ve yetkilerin tümü olmalıdır denilmiştir bir ilamda Y. 2.HD. 25.01.2000 tarih ve 13346/581 sayılı kararı ABD, S.3, Yıl 2000, s.30-331; Baygın, s.259-260.

göz önünde tutulmalıdır. Örnek olarak, kanun tarafında ana babaya tanınan velayet hakkının yorumunu, çocuğun menfaati göz önünde tutularak yapılmalıdır⁸².

B. Velayetin Ana ve Babanın Kişiliğine Sıkı sıkıya Bağlı Bir Hak Yükümü Olması

Velayet, hukuken anne ve baba olma sıfatına bağlanmış olması nedeni ile kişilik hakkıdır. Kişilik hakkı olarak velayet, klasik anlamdaki kişilik hakkından farklıdır. Klasik anlamda kişilik hakları, hak sahibinin yararına tanınmış, hak sahibinin menfaatini koruyucu nitelikte oldukları halde velayet, hak sahibi olan anne babanın yararlarına değil, çocuğun yararına tanınmış olup çocuğun menfaatlerinin korunması amacına hizmet eder⁸³.

Velayet hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup başkalarına devredilemez, mirasçılara geçmez ve bu haktan feragat edilemez. Bu halde ayırt etme gücüne sahip küçüğü ilgilendiren ve velisinin rızası ile yapılacak hukuki işlemler için ana babadan birinin tek başına irade açıklamasında bulunarak diğer eşe rıza beyanında bulunma yetkisi vermesi mümkün değildir⁸⁴. Yargıtay'ın da velayetin

⁸² Öztan, 2000, s.398; Serozan, Çocuk Hukuku, 2000, s.48 vd.; Özlü, 2002; s.5; Fırat Şimşek, s.30 vd.; Zevkliler, Medeni, 1997, s.1057; Feyzioğlu, Aile Hukuku, s.503-504; Öztan, 374, Akıntürk, s.342; Gençcan, Velayet Hukuku, s.61; Oğuman/Dural, Aile Hukuku, s.272 vd.; Tekinay, Aile Hukuku, s.483; Akyüz, Medeni, s.22; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.30; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, Medeni, s.1117, Akıntürk, Aile, 2006, s.419; İnan, Kayyumluk, s.74; Dural/Öğüz/Gümüş, 2005, s.519; Cansel, s.137; Ceylan, s.153; Velayet hakkı çocuğun mal ve şahıs varlığın korunması ve temsili bakımından ana babaların sahip oldukları görev, hak ve yetkilerin tümüdür, Y. 2.HD. 25.01.2000 tarih ve 13346/581 sayılı kararı ABD, S.3, Yıl 2000, s.30-331; Baygin, s.259-260.

⁸³ Akyüz, s. 650 vd.; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.90-91.

⁸⁴ Akıntürk, Aile, 2006, s.421; Gürsel' e göre velayet ödev olması itibariyle feragat edilemez, Gürsel, Çocuk Malları, s.435; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.43; Hatemi Serozan, Aile Hukuku, s.342; Öztan, Aile, 2015, s.1078; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.276, Akıntürk, Aile, 2006, s.421; İnan; Medeni Hukukta Velayet, s.75; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, Medeni, 1999, s.1117-1118, Feyzioğlu, Feyzi N., Aile Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1971, s.387; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.91; Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, s.520; İnan, Ali Naim, "Özel Medeni Hukuk Bakımından Ana Baba ile Çocuk

sıkı sıkıya kişiye bağı bir hak olduğunu kabul ede görüşleri vardır⁸⁵. Velayet hakkı ana ve babanın kişiliklerinin bir parçasıdır⁸⁶. Ancak velayet hakkı, asıl kişilik haklarından farklı olarak ana ve babaya kendi çıkarları için değil çocukların çıkarları için tanınmıştır. Çocuğun evlatlık olarak verilmesinde, evlenmesinde velayetten feragat veya velayetin devri söz konusu değildir. Velayet hakkının kullanım yetkisi, her an geri alınabilmesi saklı kalmak şartıyla geçici ve süreli olarak bir başkasına, mesela okul süresince yatılı okul yönetimine bırakılabilir⁸⁷.

Anne baba için velayet kanundan doğan bir haktır⁸⁸. Hatta evlilik dışı doğan çocuğun velayetinin babaya verilmesine, boşanmada çocuğun bırakılacağı tarafın

İlişkileri ve Çocukların Ana-Babaya Karşı Korunması”, Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara 1995, s.22; Feyzioğlu, 1986, s.505; Ceylan, s.153; “Velayetin nez’ini mucip bir sebep olmadıkça veli velayetten feragat ile çocuğa bir vasi tayinini talep edemez” Y. 2.HD. 13.04.1954 tarih ve 2082/2008 sayılı kararı www.corpus.com.tr; Y. 2.HD. 13.03.1952 tarih ve 1722/1597 sayılı karar www.corpus.com.tr; Özkan, Asliye, 1987, s.45-48, Bu konuda doktrinde yer alan bir diğer görüş, velayeti başkalarının şahısları üzerindeki hak olarak kabul etmektedir, Tekinay, Genel, s.139 –140, Zevkliler ise, Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesi karşısında kimsenin bir başkasının kişiliği üzerinde hak sahibi olamayacağını; ancak, bir başkasının yaşam alanına giren davranışları ve bazı ilişkileri üzerinde hak sahibi olmanın mümkün olduğunu belirtmiştir, Zevkliler/Acabey/Gökyayla, Medeni, 1999, s.121, Akıntürk’e göre, velayet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağı olan haklardandır. Bu itibarla sağılararası bir hukuki işlemle başkalarına devredilemeyeceğı gibi, ölüm halinde mirasçılara da geçmez. Velayet hakkından feragat edilemez (vazgeçilemez) ve bu hak bir hukuki işlemle sınırlandırılmaz, Akıntürk Aile, 2006,s.421; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.91-93; Akyüz, 2012, s.226; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2015, s.343; Oğuzman/Dural, s.276; Akıntürk, s.408-409.

⁸⁵ Velayetten feragat edilemeyeceğı yönünde 2.HD 13.03.1952 tarihli 1721 /1597 EK sayılı karar erişim Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s.90.

⁸⁶ Zevkliler / Acabey/ Gökyayla, Medeni, 1999, s.1117; Akyüz, Koruma, s.238.

⁸⁷ Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.252; Hatemi/Serozan, s.342; Öztan, Aile, 2015, s.1079-1080.

⁸⁸ Öztan, Bilge, Medenî Hukuk’un Temel Kavramları, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007, s. 199; Özmen, Medeni, s. 37; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.44, esasen velayet ana baba için bir hak olmasının yanında, onlara yükümlülükler de getirmektedir. Böyle bir durumda

belirlenmesine ya da velayetin değiştirilmesine ilişkin yargısal kararlarla dahi velayet kanundan dolayı anne ya da babaya ait olur. şunu da belirtmek gerekir ki anne ve baba velayet hakkına birbirlerinden bağımsız olarak sahiptirler⁸⁹. Yani velayete sahip olmak için birbirlerine ihtiyaçları yoktur. Nitekim evlilik birliği içinde bazen birinden kaldırılrsa da diğerinin velayeti devam edebilir.

Konuyla ilgili bir diğer görüş, çocukların nasıl yetişmesi gerektiği konusunda devletin belirleyici olması gerektiği řeklindedir⁹⁰. Ancak etiner'e göre, bu görüşe katılmak mümkün değildir; zira çocuk, yalnızca devletin değil, ailenin de bireyidir. Kaldı ki, devletin çocuğun nasıl yetiştirilmesini belirlemesi, ülkedeki kültürel ve dini çeşitliliği engelleyecektir. Hatta bu durum birbirine benzemezlik ölçüsüne dayanan demokrasi kurumunu da zayıflatacaktır⁹¹. HDS'nin 30. maddesi, "Soya, dine ya da dile dayalı azınlıkların ya da yerli halkların var olduğu devletlerde, böyle bir azınlığa mensup olan ya da yerli haktan çocuk, ait olduğu azınlık topluluğunun diğer yeleri ile birlikte kendi kültüründe yararlanma, kendi dinine inanma ve uygulama ve kendi dilini kullanma hakkından yoksun bırakılamaz." şeklinde olup; söz konusu hükme Türkiye, Anayasa ve Lozan Anlaşması hükümleri çerçevesinde çekince koymuştur. Esasında devlet bireylerinin nasıl yetişmesi gerektiği hususunda belirleyici olabilmelidir.

topluma kazandırılacak birey üzerinde ebeveynlerin kendi alişkanlık ve doğrularını yaşatmaya çalışması, çocuğun kişilik hakkının tamamen ortadan kaldırılması olarak anlaşılmamalıdır. Bununla birlikte, bu doğruların çocuğa zorla kabul ettirilmeye çalışılması, özellikle sezgin küçükler açısından, çocukların kişilik haklarına aykırılık oluşturacaktır"; Helvacı, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, s.865; Ancak burada mutlak bir hak olan kişilik hakkına, velayet altındakiler de sahiptir ve hatta özel durumları nedeniyle bu kişiler diğer kimselere nazaran daha çok korunmaya en çok ihtiyaç duyanlar olduğu unutulmamalıdır.

⁸⁹ Oğuzman/Dural, 1998, s. 276; zmen, Velayet Hukuku Davaları, s.91vd..

⁹⁰ Carter, The Culture of Disbelief, California 1993 s.162'den naklen Baktır etiner, Velayet Hukuku, s.45.

⁹¹ Baktır etiner, Velayet Hukuku, s.45.

1.Velayetin Bölünmezliği İlkesi

Velayet hakkı, evlilik birliği devam ettiği sürece ana ve baba tarafından birlikte kullanılmaktadır⁹². Kanunumuz m.336'da evlilik birliği içinde velayetin bölünemeyeceğini açıkça belirtmiştir. Birlikte velayet; ana babanın çocuğun bakım, eğitim ve öğretimini birlikte yönetecekleri anlamını taşımaktadır⁹³.

Hâkim çocuğun velayetini belirli bir süre veya koşula bağlı olarak ana ya da babadan birine tevdi edemez. Örneğin çocuğun velayetinin okul çağına gelineye kadar anneye daha sonra da babaya ait olması biçiminde bir düzenleme yapılamaz. Aynı nitelikte olmak üzere velayet bir bütün olarak verilmelidir. Hâkim çocuğun bakım ve eğitimini anaya, malların yönetimini babaya bırakması mümkün görülmemektedir. Velayet koşullu olarak verilemez. Örneğin, hâkimin diğer tarafın muvafakati olmaksızın, çocukların yurt dışına çıkarılmaması koşuluyla velayeti ana ya da babaya vermesi mümkün değildir⁹⁴. Önemli konularda ana ve baba birbirlerine danışarak kesin kararı verirler. Çocuk için alınacak önemli konularda ve yetiştirme ilkelerinde ana ve babanın anlaşmaları, nitelik bakımından olmasa da içerik bakımından velayetin sınırlandırması sonucunu meydana getirmektedir⁹⁵.

Ortak hayata sonlanmış veya ayrılık hali gerçekleşmiş ise, velayet eşlerden birine verilir. Bu halde velayet eşlerden birine bırakılmışsa, kendine bırakılan taraf velayeti kullanacaktır. Boşanma veya ayrılık halinde eşlerin velayeti beraber kullanmaları, özellikle İsviçre ve Almanya'da⁹⁶ gündeme gelmiş ise de bu uygulama

⁹² Tekinay, Aile Hukuku, s483; Öztan, Aile, 2015, s.1078; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.42; Akıntürk, Aile, 2006, s.420-421; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.225; Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, 2015, s.343.

⁹³ Akyüz, Koruma, s.243; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.89; Baygın, s.278-279.

⁹⁴ Baygın s.370; Gençcan, Ömer Uğur, Boşanma - Tazminat - Nafaka, 2.Cilt, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000, s.1190.

⁹⁵ Akyüz, Koruma, s.243; Köprülü, Bülent, Medeni Hukuk Genel Prensipler Kişiler Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 1971, s. 90; Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s. 99

⁹⁶ Akyüz'e göre Alman Medeni Kanunu'nun 1671. paragrafı çocuğun güvenliğinin gerektirmesi şartıyla hâkimin bakım ve eğitim görevini ana babadan birine, malların idaresini de diğerine vermesi gerektiğini söylemiştir, Akyüz, Medeni, s.100.

henüz Yargıtay tarafından kabul görmemiştir. Uygulamada çocuğun ikametgâhı ve buna bağlı eğitimi, ancak çocuk kendisine bırakılan (tevdi edilen) tarafa ait olmaktadır. Yargıtay, küçüğün temsili bakımındanana veya babanınaçacağı davada, nüfus kaydından eşlerden diğèrinin de sağ olması halinde, evlilik süresi boyunca ana ve baba velayeti birlikte kullanacağından diğèr eşe de dava ihbar edilerek onun muvafakati alınmadan davanın görülmesi usul ve yasaya aykırı olduğu belirtilmiştir⁹⁷.

Ana ve babanın velayet hakkını fiilen birlikte kullanmasının imkânsız olması halinde; mesela babanın askere gitmesi, geçici olarak iş için yurt dışında bulunması gibi ya da hastalık halinde çocuğun yanındaki taraf tek başına hak ve sorumluluk sahibi olacaktır⁹⁸. Ancak bu durumda velayeti kullanan ana veya babanın bu geçici dönemde çocukla ilgili önemli kararları alamayacağı, almak zorunda olduğunda karşı tarafı haberdar edip fikrini sorması gerektiği ileri sürülmektedir. Yani velayeti fiilen tek başına kullanan tarafın yetkisinin, diğèr tarafın velayeti tamamen kaybettiği durumlardaki gibi geniş olmadığı kabul edilmektedir⁹⁹.

2.Bölünmezlik İlkesine Getirilen İstisnalar

Velayetin zaman yönünden taksim edilmesi belli süre anaya belli süre babaya verilmesi hususu tartışmalıdır. Berki¹⁰⁰'ye göre; velayet zaman yönünden taksim

⁹⁷ Y. 2HD. 06.10.2003 tarihli 11898/12737 EK sayılı YKD Cilt 30, Sayı 2, Şubat 2004, s.186-187 ; Y. 18HD., 25.03.2002 tarihli 1070/2960 EK sayılı karar Gençcan, Medeni, s.1552.

⁹⁸ Oğuzan/Dural, Aile Hukuku, 1998,s. 275; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.42 -245; Akıntürk, Aile, 2006, s.421.

⁹⁹ Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.43; Akyüz, Koruma, s.245.

¹⁰⁰ Burada velayet hakkının, boşanma ya da ayrılık halinde küçüğün belli bir yaşa erişmesine kadar annenin, ancak daha sonra ise babanın olmasının yararlı olup olmayacağı hususunda doktrinde farklı görüşlerin olduğunu görmekteyiz Berki'nin de katıldığı bir görüşe göre, ana baba arasında velayetin zaman bakımından bölünmesi ile ana baba sorumluluğu paylaşmış olacaklardır bununla birlikte çocuğun yaşına göre anne ve babaya duyacağı ihtiyaç ve gereksinimi değişmektedir. Bu nedenle, velayetin önce anaya, belli bir yaştan sonra babaya ait olması çocuğun yararına olduğu savunulmaktadır, Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumûlü, s.11 vd..

edilebilir. Çocuğun mutlak olarak ergin oluncaya kadar, daima ana veya daima babanın velayetine tabi olmasının şart olmadığı, belli bir yaşa kadar anasının belli bir yaşa kadar babasının velayetine tabi olabileceği ileri sürülmektedir. Diğer bir görüşe¹⁰¹ göre ise; çocuğun velayetinin ana baba arasında zaman yönünden taksim edilmesinin, çocuk ile yanında olan ana baba arasındaki ilişkilere zarar vereceği, bu nedenle çocuğun güvenliğinin esas alınmasının gerektiği ileri sürülmektedir. Esasında; çocuğun velayetinin ana ve baba arasında zaman yönünden taksim edilmesi, çocuğun gelişmesini olumsuz yönde etkiler. Çünkü velayete sahip olan ana veya babanın yanında belli bir düzen içerisinde yaşarken belli bir süreden sonra diğeri tarafından velayetin kullanılması çocuğun gelişmesi esnasında uyumsuzluklar yaratabilir. Ancak daha sonra velayetin kullanılmasını engelleyen bir sebep ortaya çıkarsa bu durumda zaten velayet hususu değerlendirilecektir.

Hâkim, velayet hakkını süre ile sınırlamamalıdır, çünkü bu halde velayet kendisine bırakılan eş ile çocuk arasındaki ilişkiler zarar görebilir. Kanun, hâkime yeni gelişmeler karşısında, örneğin, ana babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi, ölmesi gibi durumlarda birtakım yeni tedbirler alma yetkisi vermiştir. TMK m. 183'e göre anne veya babanın başka kişilerle evlenmesi, başka bir yere gitmesi

¹⁰¹ Diğer yandan değerlendirilme yapıldığında çocuğun velayetinin belli bir süre anaya veya babaya daha sonra da diğer ebeveyne verilmesi çocuk açısından sakıncalıdır; çünkü alıştığı, belirli bir yasa kadar yanında yaşadığı ana veya babadan bir gün zorunlu olarak ayrılacağı endişesi, hem çocuğu hem velayete sahip olan ebeveyni huzursuz bir psikolojiye doğru sürüklemektedir, Akyüz, Medeni, s.101; Feyzioglu, Dersler, s.383; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.49; İnan, Kayyumluk , s.74, Yargıtay'da bu görüşe katılmış ve velayetin kullanılmasının süre ile sınırlanamayacağına karar vermiştir, "MK 148/1. maddesi uyarınca boşanma ve ayrılık kararı verilmesinde hâkim, çocukların gelecek yaşantılarını, yararlarını ve durumun özelliğini göz önünde tutarak velayetin hangi tarafça kullanılacağına karar verir. Hâkim bu konudaki takdir hakkını süre ile sınırlayamaz. Bu yön göz önünde tutulmadan ve tarafların velayet konusundaki delilleri toplanıp değerlendirilmeden 1984/1985 ders yılı ile sınırlı olarak velayetin düzenlenmesi usul ve kanuna aykırıdır." Y. 2.HD. 04.06.1985 tarih ve 3296-5461 sayılı kararı; İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi; Yargıtay konu ile ilgili bir başka kararında, "Velayetin küçüğün altı yasına kadar anaya, altı yasından sonra babaya verilmesini" muhtemelen çocuğun güvenliği bakımından uygun bulmamıştır Y. 2.HD. 01.04.1954 tarih ve 1889/1738 sayılı kararı, İnan, Kayyumluk, s.21.

veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hakim, re'sen veya anne ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır.” Buna göre, çocuğun velayet hakkı kendisine velayet hakkı verilmeyen ana veya babanın nafaka yükümlülüğü ile çocukla kişisel ilişkilerinde sonradan bir değişiklik meydana geldiğinde alınacak önlemler hükme bağlanmıştır. Madde de sözü edilen önlemler bu konularda alınan kararların değiştirilmesini ifade etmektedir.¹⁰² Durum değiştiğinde zorunluluk doğacak, hak kendinde olmayan eş belli bir süre sonra velayete sahip olabilecektir. Yine velayet hakkının kaldırılmasına ilişkin koşullar gerçekleştiğinde, hâkim tarafından velayetin el değiştirmesine her zaman karar verilebilecektir. Bu nedenlerle, velayete ilişkin kararların sonucunda velayet hakkı kendisine bırakılan eşin, mutlak olarak çocuk ergin hale gelinceye kadar velayete sahip olacağı söylenemeyecektir.

Velayet ana ve baba arasında bölünemez¹⁰³. Evlilik birliği içinde ana ve babanın velayeti kullanırken aralarında taksim edilemeyeceği TMK m.336 f.1 hükmü ile de açıktır. Kanun'da, boşanma veya ayrılık halinde velayetin çocuğun bırakıldığı tarafa ait olacağı hüküm altına alındığından yalnızca lafzı göz önünde tutarak velayete ilişkin hakkın bölünebileceği söylenemez (TMK m.336). Yargıtay, velayetin ortak kullanımının, Kanunumuzun sistemine uygun olmadığına, karar vermiştir¹⁰⁴. Medeni Kanunumuzun lafzından velayetin bir bütün olduğu ve bölünemeyeceği anlaşılmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar, velayetin ana babaya bırakılmasından

¹⁰² Kılıçoğlu, 2015, s.197, 2.HD. 15.12.2003 T. 15792/16686; Özüğür , s.985; Velidedeoğlu, 1956, s.216vd.

¹⁰³ Öztan, Aile, 2015, s.1079; Akyüz, Medeni, s.98, buna göre velayetin kapsadığı hak ve görevler ana baba arasında bölünemez yapıdadır ve bazı hak ve görevlerin anaya, bazılarının babaya verilmesi mümkün değildir.

¹⁰⁴ Buna ilişkin bir ilamla daha açık anlatmak gerekirse velayetin nez'i ve tebdili hususunda kanunda yazılı şartlar gerçekleşmedikçe ana babanın velayetine hükmen müdahale olunamaz. Velayet babada bırakılmak suretiyle ananın çocuklara fiilen bakması şeklindeki hüküm velayeti müşterek kullanmaya müncer olmaktadır ki, bu husus kanunumuzun sistemine uymamaktadır şeklinde değerlendirilmelidir Y. 2.HD. 08.04.1971 tarih ve 2238/2310 sayılı kararı erişim Özkan, Asliye, s.48-56.

sonra, çok istisnai ve çok önemli nedenlerin bulunması halinde, çocuğun bakılmak ve eğitilmek üzere, diğerinin yanında yetiştirilebileceğini ileri sürmüşlerdir¹⁰⁵.

Velayet hakkının görevsel bölünmesi yani bazı hakların anaya bazılarının babaya bırakılması, her şeyden önce çocuk için sakıncalı olabilir. Örneğin, çocuğun bakımı, ihtiyaçlarının karşılanması ve eğitimi hakkında ana ve babanın farklı uygulamaları, çocuğu psikolojik olarak olumsuz etkileyecek ve neyin doğru neyin yanlış olduğu konusunda kafasının karışmasına neden olabilecektir. Ancak bu velayetin kapsamına giren yetkilerden bazılarının hak sahibinden alınamayacağı, dolayısıyla velayet hakkının sınırlandırılmayacağı anlamına gelmez. Ana babanın görevlerine aykırı davrandıklarında, başka bir deyişle çocuk korunmaya muhtaç duruma düştüğünde, hâkim her zaman gerekli önlemleri alabilir¹⁰⁶.

Velayet altında olan küçüklerin yahut ergin kısıtlıların, boşanma ya da ayrılık halinde velayetlerinin ana veya babadan birine bırakılması, yani kardeşlerin mümkün olduğunca birbirinden ayrılmaması gerektiği Yargıtay kararlarında belirtilmiştir¹⁰⁷. Kararlarda da açıkça belirtildiği üzere, kardeşlerin birbirlerinden ayrılması, onların fikri ve bedeni gelişimlerine olumsuz etki yapar. Örneğin, kardeşlerin velayetinin

¹⁰⁵ Akyüz, Medeni , s.99'dan naklen Egger, Agust, Zürcher Kommentar; Das Familienrecht, Das Eherecht (Art. 90-251), Zürich 1936, Art. 156, Nr. 9, s.191'e göre anlaşıldığı gibi boşanma veya ayrılık halinde velayete sahip olmayan taraf eşlerden birisi kişisel ilişki kurulmasında, hâkim takdir yetkisini kullanırken, çocuğun sağlık, eğitim, ahlak bakımından menfaatlerinin özellikle ön planda tutmak zorundadır.

¹⁰⁶ Akyüz, Medeni, s.98, bununla birlikte kanunda bununla ilgili şu hüküm de yer almıştır, çocuğun ruhsal ve fiziksel gelişmesini tehlikeye sokar veya çocuk manen terk edilmiş duruma girerse hâkim, çocuğu yeni bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir (TMK m. 34vd.).

¹⁰⁷ Y. 2.HD. 12.01.2004 tarih ve 16504/79 sayılı kararı, Özüğür, Ali İhsan, Velayet Vesayet Soybağı ve Evlat edinme Hukuku, Ankara, Seçkin Kitapevi, 2002 s.974; Y. 2.HD. 22.09.2003 tarih ve 10714/11801 sayılı kararı, Özüğür Velayet, 2002, s.980; Esasen küçük yasta olan iki kardeşin birbirlerinden ayrılmaları onların fikri ve bedeni gelişmelerini olumsuz etkileyecek ve korunmak istenen menfaatlere ters bir durum oluşacaktır. Bu nedenle her iki çocuğun velayetinin anneye verilmesi gerekir kararı Yargıtay'ın bu konudaki fikirlerine ışık tutmaktadır, Y HGK. 30.04.2003 tarih ve 2-314/306 sayılı kararı, İBD, C.79, S.6, Yıl 2005, s.2203.

farklı dinlere mensup ana ve babaya verilmesi yahut maddi durumu daha iyi olan babanın yanında kalan çocuğun özel okulda eğitim alırken diğer çocuğun devlet okulunda eğitim alması gibi birtakım farklılıklar çocukların bir araya geldiklerinde ruhsal ve fikri gelişimlerini olumsuz etkileyecektir. Bu nedenle, her iki çocuğun da velayetinin taraflardan birine verilmesinin daha doğru olacaktır. Bununla birlikte, bazı istisnai durumlarda kardeşlerin birbirleriyle kişisel ilişki kurmalarının ve kardeşlik duygularının tatmininin sağlanması koşulu ile kardeşlerin birbirinden ayrılabileceği doğrultusunda Yargıtay kararları da vardır¹⁰⁸.

Mahkeme tarafından malların belirli bir miktarı aşan kısmının bir tarafa, geri kalanının diğer tarafa bırakılmasına karar verilemez. Velayet hakkının bir bütün olduğu ve çok istisnai bir durum olmadığı takdirde, çocuğun şahsı ve malları üzerindeki hakları bölünmenin çocuğun yararına olmayacağını söyleyebiliriz¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Hem şahsi ilişki tesisinde, çocuklardan biri anneye biri babaya verilmişse, çocuklarında birbirlerini görmelerini sağlayacak şekilde düzenleme yapılmalıdır, Y HGK. 07.02.2001 tarih ve 2-13-35 sayılı kararı www.corpus.com.tr; Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s.483, “Müşterek çocuklardan 1987 doğumlu Serhat’ın velayeti babaya, 1997 doğumlu İmren’in velayeti de anneye verilmiştir. Velayet kendisine verilmeyen çocukla kurulan kişisel ilişki sonucu kardeşlerin birbirlerini görme imkânı bırakılmamıştır. Açıklanan husus üzerinde durulmaması usul ve yasaya aykırıdır.” Y. 2.HD. 14.04.2003 tarih ve 4340/5321 sayılı kararı www.corpus.com.tr ; “Çocukların velayetlerinin bazılarının anneye bazılarının babaya verilmesi halinde kişisel ilişki, çocukların da birbirlerini görebilmelerine imkân verecek şekilde düzenlenmelidir.” Y. 2.HD. 05.11.1999 tarih ve 9325/11884 sayılı kararı Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s.473.

¹⁰⁹ Çocuk malları çocuğun hak ve ödevleri için harcanması gerekirken çocuğun mal varlığını yöneten veli ile çocuğun kişi varlığını koruyan onun gelişimi için kararlar alan veli arasında anlaşılabilirlik olması halinde çocuk yararı ilkesi çiğnenecektir. Bu da gösterir ki velayet bir bütün olarak kullanılmalı ve parçalanarak çocuğun aleyhine doğabilecek durumların önüne geçilmesi gerekmektedir. Bunlarla birlikte çocuğun kimi zaman anne kimi zaman da baba da kalması çocuğun gelişimini ve çocukta oluşabilecek güven duygusunu zedeleyecek üstelik bu durum ileride tarafların birbirlerine karşı çocuğu doldurmaları ve çocuğun aile ortamından uzaklaşmasına yol açacaktır. Bu gibi pratikte zarar verici olayları önlemek için velayetin bölünmesi durumları çocuk ve anne- baba ilişkisi düşünülerek çocuğun maksimum faydası baz alınarak karar verilmelidir. Sarı, s.88; Oğuzman/Dural, s.274; Köprülü/Kaneti,

Örneğin, miras yolu ile kendisine bir fabrika ve bir apartman intikal eden çocuğun, söz konusu mallarının yönetim ve kullanma hakkı velayetin bırakıldığı eşe ait olmalıdır. Aksi halde mallardan sağlanan gelirlerin tamamının çocuk yararına kullanılmasının denetimi zor olacaktır.

Çocuğun eğitimi yahut tedavisi gibi mali bazı şartların yerine getirilmesine bağlı kararları birbirinden çok uzakta oturan iki taraf kolayca veremezse, yaşanacak gecikme çocuğun aleyhine olur¹¹⁰. Bir görüşe göre, şahıs ve mallar üzerinde yapılacak bir ayırımın sakıncalı olmak bir yana faydalı da olabileceği yönündedir¹¹¹. Bu hususta Koçhisarlıoğlu, alıkoyma hakkının TMK'nın 310. maddesi uyarınca ana babadan velayet kaldırılmadan alınabileceğini, yani alıkoyma hakkı ile velayet hakkı arasında mutlak bir bağ olmadığını; hâkim tarafından belirlenen alıkoyma sahibinin, Kanun tarafından velayet hakkı sahibi sayıldığını; boşanmada velayet tevdi edilirken velayet bütünüünün bir parçası olan alıkoymanın kime tevdi edileceğinden çok, velayet bütünüünün kime tevdi edileceğine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Doğru tanımlamanın ise, velayet hakkı sahibinin alıkoyma hakkına da sahip olduğu ve kural olarak alıkoymanın çocuğun yalnızca şahıs varlığını ilgilendirdiğini, onun malvarlığını ilgilendirmediğini savunmuştur¹¹².

Velayetin taksimi ile ilgili bir görüşe¹¹³ göre de; velayetin çocuğun malları yönünden kullanımında, eğer çocuk büyük malvarlığına sahip ve eşlerin boşanmaları

s.246; Dural/Öğüz/Gümüş, s.520; Öztan, Aile, 2004, s.521 ; Feyzioğlu/Özakman/Sarial, Aile , s.504; Usta, s.26.

¹¹⁰ Yazar aynı zamanda birlikte velayet konusunun, İsviçre Medeni Kanunu'nda çocuk hukukuna ilişkin değişiklikler uzmanlar kurulunca tartışılırken, bazı yazarların velayetin an ya da babaya tevdiinden sonra, çocuğun bakılmak ve eğilmek üzere, diğerinin yanına yerleştirilebileceğini ancak bunun çok istisnai durumlarda kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır, Akyüz, Medeni, s.98-99.

¹¹¹ Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.47.

¹¹² Koçhisarlıoğlu, Cengiz, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Vedat Kitapçılık, Ankara 2004, s.123-133.

¹¹³ Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.47; YHGK. 22.06.1960 tarih ve 2/25-29 sayılı kararı, İnal, Nihat, Medeni Hakların Kullanılması ve Kısıtlanması Davaları, Ankara 1994, s.428, buna göre istisnaya değinilen kısım bakımından, Türkiye'nin de taraf olduğu ÇHDS'nin 9.

ile çocuğun anaya olan gereksiniminden dolayı velayeti anaya verilmiş, ananın da malların yönetimi ile ilgili de bilgisi ve deneyimi yok ise; baba da çocuğa düşkün, gözetiyor ve mali konulardan da anlıyorsa velayetin taksim edilemeyeceği gerekçesi ile malların yönetiminin de anaya bırakılmasının çocuğun yararına olmadığı ileri sürülmektedir.

Velayetin bölünmesinin bazı olumlu yanları olabileceği gibi ki bunlar sorumluluğun paylaşılması ya da çocuğun kaldığı veli ile diğer taraf arasında bir ilişki kopmaması olmaması olabilir ancak olumsuz yanlarının da olabileceği ve bunların çocuk lehine olmayacağı velayet altındaki süresinin daha zor geçeceğini de düşünülmesi gereklidir. Çocuğun mallarına yönelik bir bölünmenin maddi anlamda bir yönetici konumuna gelmesine yol açabileceği gibi çocuğun kişi varlığı ile maddi varlığı arasında bir çatışma da doğabilir.

C. Velayetin Süreye Bağlı Olması ve Sınırlanabilmesi

Velayet hakkı sürelidir¹¹⁴. Türk Medeni Kanunu'nun 335. maddesi hükmü uyarınca çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır, ancak çocuk erginliği kazanırsa velayet hakkı sona erecektir. 'Ergin olma', sadece onsekiz yaşın tamamlanmasıyla değil mahkeme kararıyla ergin olma ve evlenme ile ergin olma hallerini de kapsar. Ancak erginlikten sonra çocuğun kısıtlanmasını gerektiren bir neden ortaya çıkarsa

maddesi, Taraf Devletler, anne ve babasından ayrılmasına karar verilen çocuğun, menfaatini tehlikeye sokmadıkça, anne ve babayla düzenli kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı göstermelidirler. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, çocuk yanında bulunmayan ana ya da babanın çocukla kişisel ilişkisi düzenlenirken TMK m.182 maddesine göre; şahsi ilişkinin bir sözden ibaret bulunmadığını ana ya da baba çocuklarını kendilerine ısındıracak derecede görüp gözetmek, nasihat etmek ve terbiye etmek gibi haklarını kullanacak ölçüde olması gerektiğini belirtmektedir. Böylece Yargıtay, velayet kendisine bırakılmayan eşin çocukla sağlıklı kişisel ilişki kurabilmesi için gereken koşulların sağlanması gerektiğini vurgulamıştır.

¹¹⁴Akıntürk, Aile, 2006, s.421; Öztan, Aile, 2015, s.1075; Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.251; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.43 vd.; Hatemi/Serozan, Aile Hukuku, s.341; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.90; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.225; Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, 2015, s.342 vd..

yeni bir vesayet rejimi kurulmayarak eski velayet rejimi devam ettirilir¹¹⁵. TMK m. 419 f. 3 gereğince kısıtlanan ergin çocuklar, vesayet yerine ana ve babanın velayeti altında bırakılacağı hükme bağlanmıştır.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 1. maddesinde de, "daha erken yaşta ergin olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır" denilmektedir. Çocuğun on sekiz yaşına gelmesiyle velayet kendiliğinden sona erecektir. Bununla birlikte, Kanunun 12.maddesine göre, evlenme ile çocuk ergin kılınabileceği gibi; on beş yaşını dolduran küçük kendi isteği ve velisinin rızası ile mahkemece de ergin kılınabilir. Bu hallerde on sekiz yaşın doldurulması şartı aranmayarak Kanun hükmü gereği, çocuk üzerindeki velayet hakkı sona erdirilecektir. On sekiz yaşını doldurmakla yahut Kanun'da sayılan diğer hallerden biri ile ergin kılınmış çocuk, kısıtlandığı takdirde, hâkim kendisine bir vasi atanmasına gerek görmedikçe ana ve babasının velayeti altında kalacaktır (TMKm.335/2). Bu durumda dahi velayet süresiz değildir; kısıtlanmaya sebep olan durum ortadan kalktığında velayet sona erecektir.

Velayetin nihai amacının, çocuğa bağımsız bir kişilik kazandırmak olduğu göz önünde tutulduğunda, velayet sahibinin yetkisini bu amacı temin edecek yönde kullanması gerekir. Bu nedenle, çocuğun büyümesiyle birlikte, çocuğun kendisiyle ilgili işlemlere katılımının artan oranlarda devam etmesi gerekir. Bu şekilde anne ve babanın hak ve görevleri de müdahaleden çok nezaret ve denetime dönüşür¹¹⁶.

Çocuğun şahsı üzerindeki velayet hakkı, çocuğun adının konulması, yerleşim yerinin belirlenmesinden, başkalarıyla ilişkilerine kadar birçok konuyu içinde barındırmaktadır. Ancak anne babanın çocuğun şahsı üzerinde sahip oldukları bu hak sınırsız değildir. Ana babanın bu alandaki yetkilerinin sınırını, hem kanun ki bunlar

¹¹⁵Akıntürk, Aile, 2006, s.421; Öztan, Aile, 2015, s.1075; Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.251; Hatemi/Serozan, Aile Hukuku, s.341; Köprülü/Kaneti, Aile, 1986, s.249; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.90, Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, 2015, s.342 vd..

¹¹⁶ Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s. 276; Akyüz, Emine; Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 649.

öz ad seçme yetkisini sınırlayan Nüfus Kanunu, eğitim yetkisini sınırlayan Milli Eğitim Temel Kanunu gibi sayılabilir, hem de çocuğun “asgari bir yaş haddine” bağlı olmaksızın Anayasal temel hakların sınırlanmasında geçerli olan “ölçülülük ilkesi” çizer¹¹⁷.

Velayet hakkının amacı, çocuğun esenliği ve güvenliğidir.¹¹⁸ Ancak, kuskusuz her hak gibi velayet hakkının da sınırı vardır. Velayet çocuğun yararına bir hak olduğundan onun aleyhine kullanılamaz. Nitekim ÇHDS'nin 3. maddesinde, çocuğu ilgilendiren bütün işlemlerde çocuğun menfaatinin korunmasının esas olacağı belirtilmiştir. Velayet hakkı, özünde ve daha baştan çocuğun bağımsız ve onurlu kişiliğiyle, onun üstün yararıyla ve devletin gözetim yetkisiyle sınırlıdır.¹¹⁹ Başka bir deyişle, çocuğun bedensel, fikrinsel ve ruhsal bakımdan tam ve kusursuz olarak gelişebilme konusundaki kişilik hakkı, ana baba tarafından kullanılan velayet hakkının en önemli sınırını oluşturur¹²⁰. Zira kişilik hakkının korumasından yararlanabilmek için fiil ehliyetine sahip olmaya gerek yoktur¹²¹.

ÇHS m.3 açık bir şekilde velayete devletin müdahalesini öngörmüştür. Söz konusu maddede, “Taraf Devletler, çocuğun ana babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla

¹¹⁷ Serozan, Çocuk Hukuku, 2000, s.175; Esasen ölçülülük ilkesi, velayet hakkının kullanılması esnasında kullanılacak araçla amaç arasındaki ölçüyü belirtmek için kullanılmaktadır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ise, velayetle ilgili konularda genel bir sınır hükmü getirmiş ve bunu çocuğu ilgilendiren tüm faaliyetlere yaymıştır. Söz konusu sınır ÇHDS'nin 3. maddesinde “çocuğun yüksek yararı” olarak adlandırılmıştır. Çocuğunun suç işlediğinden şüphelenen ana baba, bu çerçevede çocuğun çantasını arayabilecek, telefonlarını dinleyebilme hakkı olacaktır, Akyüz, Çocuk Hukuku, 2015, s.91.

¹¹⁸ Akyüz, Hakimin Müdahalesi, s.24 vd..

¹¹⁹ Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.32.

¹²⁰ Akyüz, Hâkimin Müdahalesi, s.24.

¹²¹ Esasen bu aşamada çocuk gelişme çağındadır, dış dünyayı büyükler kadar iyi tanımaz, oradan kendisine yönelecek tecavüzlere aynı güçte katlanamaz, daha fazla zarara uğrar. Kendisini koruyacak durumda değildir, bu nedenle kuvvetlendirilmiş korumaya muhtaç olduğu dikkate alınmalıdır denilmiştir, Helvacı, Serap, “*Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku*”, Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s.865.

tüm uygun yasal ve idari önlemler alınır” denilerek velayete, öncelikli olarak sahip olan ana babanın yanı sıra, devletin müdahalesinin de mümkün olduğu gösterilmiştir. Doktrinde de, ana babanın velayete öncelikli olarak sahip olduğu kabul edilmiş; ancak, devletin özellikle çocukların, ana babalarının yanlış davranışlarından korunması ve çocukların yaşam şartlarının iyileştirilmesi konularında müdahalesinin kaçınılmaz olduğu savunulmuştur¹²².



¹²² Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.38; Karabacak, s.36 vd.; Şeker, Hilmi; “Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisi ile Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri”, <http://velayethareketi.blogcu.com/kisisel-ilski-tesis-ve-velayet-hakki/45713> (erişim: 10.07.2016) ; Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, 2015, s.342

İKİNCİ BÖLÜM

VELAYETİN ANA VE BABADAN BİRİNE TEVDİİNİ GEREKTİREN DURUMLAR

Velayetin kime bırakılacağı, daha çok ergin olmayan çocuklar için gündeme gelir. Ancak kısıtlılık altına alınmış ve velayet altına konmuş ergin çocuklar için de velayetin kime bırakılacağı sorusu belirlenmelidir¹²³.

Hâkim çocuğun tevdiinde hem “re’sen hareket ilkesine”, hem “kendiliğinden araştırma ilkesine” bağlı kalacaktır. Re’sen hareket ilkesine göre taraflar bir talepte bulunsa da, hâkim bu talepten tamamen bağımsız olarak, çocuğun menfaatine uygun bir karar verecektir. Kendiliğinden araştırma ilkesine göre, mahkeme görevi gereği araştırma yapacaktır. Çocuğun dinlenilmesi, bilirkişi raporları vb. hâkimin, çocuğun velayetinin hangi tarafa vereceğine ilişkin olarak çok geniş bir takdir yetkisi vardır¹²⁴.

III. EVLİLİK İÇİNDE DOĞAN ÇOCUKLARDA VELAYETİN ANA BABADAN BİRİNE TEVDİİ

A. Genel Olarak

Anne ve baba velayet hakkını beraber kullanma yetkisine sahiptirler. Türk Medeni Kanunu 336. maddesinin ilk fıkrasında velayetin birlikte kullanılacağı açıklanmıştır. Velayetin birlikte kullanılması, anne babanın çocuğun şahsına özen

¹²³ Alıntılanan Lünchinger/Geiser, BaK. Art. 156, n.3: Bühler/Spühler, BaK. Art. 156, n.11, alıntılan Öztan, Aile, 2015, s.779.

¹²⁴Öztan, Aile, 2015, s.785-786; Akkaya, s.95; Akıntürk, Turgut; Boşanmanın Hukuki Sonuçları, AÜHF, 50. Yıl Armağanı, Ankara 1977, s.198; Feyzioğlu/Özakman/Sarial, s.381; Schwarz, Andreas, Roma Hukuku Dersleri, Doğan Kardeş Matbaacılık, (Çev: Türkan Rado), İstanbul 1963, s.177; Akyüz, s.55; Zevkliler, s.854; Köprülü/Kaneti, s.198; Akyüz, Ruh Sağlığı, s.23; Gençcan, Velayet Hukuku, s.61; Sarı, s.93, Hatemi/Serozan, s.343; Oğuzman/Dural, s.274; Usta, s.27.

göstermeleri, onun malvarlığını yönetmeleri ve hukuki işlemlerde onu temsil etmeleri anlamına gelir¹²⁵. Velayet sorumluluğunun yerine getirilmesinde bağımsızlığına karşın anne baba, velayet hakkının kapsamına giren tüm ödev ve görevlerde birlikte karar verip hareket edeceklerdir ve çocuğun birlikte temsil edeceklerdir¹²⁶.

B. Boşanmada Velayetin Tevdii

Evliliğin temel amacı tarafların mutluluğunun yanında yeni nesillerin yetişmesi ve evliliğin devamlılığı sayesinde toplumsal faydanın da oluşmasıdır.¹²⁷Ancak evlilik taraflar açısından bekledikleri olguları sağlayamamış ise

¹²⁵ Esasen anne ve babanın, çocuğu temsil yetkisi denildiği zaman bu , davada temsil anlamına da gelmektedir. Bu hak dolayısıyla ana baba, çocuğun davacı yahut davalı olduğu davalarda usul işlemlerini ve bunlara ait icra takibinde de yapabilirler. İstisnai olarak çocuğun tam fiil ehliyetine sahip olduğu durumlarla ilgili davada velinin temsil yetkisi yoktur; çocuk dava ile ilgili tüm işlemleri bizzat kendisi yapar. Örneğin, bir meslek ve sanat için ana babası tarafından kendisine bırakılanlarla (TMK m.359/1) ilgili taraf sıfatıyla bulunarak usul işlemlerini bizzat yapabilir, Oğuzman/Dural, s. 276-295; Akıntürk, Aile, 2006, s. 432; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.26 vd.;Baygın, Soybağı Hukuku, s.364; Gençcan, Boşanma, s.1160, buna ek olarak Y.2 HD. 11.12.2006. E.20405/ K.17343; Sarı, s.88; Oğuzman/Dural, s.274; Köprülü/Kaneti, s.246; Dural/Öğüz/Gümüş, s.520; Öztan, Aile, 2004,s.521; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, 1986, s.504, Usta; s.26.

¹²⁶ Sarı, s.88; Oğuzman/Dural, s.274; Köprülü/Kaneti; s.246; Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, s.520; Öztan, Aile, 2004, s.521; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, 1986, s.504; Usta; s.26.

¹²⁷Yalçınkaya,Namık/Kaleli,Şakir, Yeni Boşanma Hukuku, Ankara 1988, C.I, s.62, Atalay, Ö; Boşanma Bir Sorun Mudur? , ABD, 1976, s.1025; Akkaya, s.67; Berki, Şakir, Boşanma ve Ayrılık, dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/311/2988.pdf , s.135-136; Bir görüşe göre, velayetin 3 boyutu vardır. Bunlar; çocuğun çıkarları, anne ve babanın çıkarları ve toplumun çıkarlarıdır. Çocuğun çıkarları iyi bakılıp büyütölmek ve yetiştirilmektir. Anne ve babanın çıkarları ise hem soylarını devam ettirmek hem de bir insan yetiştirmenin mutluluğunu hissetmektir. Toplumun çıkarları ise iyi yetiştirilmiş bireylerden meydana gelen toplumdaki huzur ve güven ortamına kavuşmaktır. Çocuğun çıkarları ile anne ve babasının çıkarlarının çatışması halinde çocuğun çıkarlarına üstünlük tanınması sadece çocuğun çıkarları için değil toplum çıkarları için de gereklidir. Çünkü toplumda ileride kötü olayların, zararlı durumların

boşanma kararı almalarından daha doğal bir sonuç olmayacaktır. Evliliğin taraflardan birisi ya da her ikisi açısından da yürütülemeyeceği anlaşılmışsa artık evlenme kararı almış ve bunu gerçekleştirmiş olan taraflar pekâlâ boşanma kararını da özgür biçimde verebileceklerdir¹²⁸.

Boşanma, evliliğin hâkim kararı ile sona ermesidir. Evlenme sözleşmesi yapıldıktan sonra ortaya çıkan zaruretler neticesinde, eşlerden birinin talebine istinaden hâkim kararıyla evliliğe son verilebilmektedir¹²⁹. Boşanma ile evlilik birliğinin ortadan kalktığı vakit, çocukların ana babadan hangisine tevdi edileceği meselesi çok büyük bir ehemmiyet kazanır. Zira burada ana babanın çocuklara olan sevgi şevkât ve bağlılık hisler, çocuğa tayin edilecek nafaka bakımından mali menfaatleri ile karşı karşıyadır ve birbirine zıttır. Keza bizzat çocuğun menfaati de gayet ehemmiyetlidir. Ayrıca çocuk menfaati, iyi ve topluma faydalı bir şekilde yetiştirecek olan tarafa tevdiinde doğrudan kamunun da menfaati vardır¹³⁰. Boşanma halinde velayet hakkı, hâkim tarafından anne ya da babadan birine bırakılabilir.(TMK 157/II; 182/I) Velayet hakkı üçüncü şahsa bırakılamaz. Hâkim velayet hakkının ana babadan birine bırakmadan önce, tarafları dinler, çocuğun yararına olan durumları dikkate alır (TMK 182/II)¹³¹.

ortaya çıkması istenmiyorsa, yetişen çocukların menfaatleri üstün tutulmalı ve güvenlikleri sağlanarak korunmalıdır, Baktır Çetiner; Velayet Hukuku, s. 33, dn. 57 naklen Francis, “The Confused Constitutional Statusand Meaning Parental Rights” 22 G.A Law Review 1988, s. 975.

¹²⁸ Yalçinkaya/Kaleli, s.7; Gürsoy, K.T., Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler, AÜHF, 50. Yıl Armağanı, Ankara 1977, C.II, s.2; Velidedeoğlu, s.137; Zevkliler, s.794; Akkaya, s.66.

¹²⁹ Feyzioğlu, Dersler, s.50 vd. ; Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1989, s. 870; Tekinay, Genel, s. 171; Yalçinkaya/Kaleli, Yeni, s. 589.

¹³⁰ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C. II Aile Hukuku, İstanbul 1956, s.212; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, 1998, s.141 vd.; Öztan, Aile, 2015, s. 779; Akkaya, s.67.

¹³¹ Sarı, s.93; Gençcan, Velayet Hukuku, s.61, Y 2.HD. 16/01/2008 , 2461-214; Hatemi/Serozan, s.343; Oğuzman/Dural, s.274; Usta, s.27; Akıntürk, Aile, 2006, s.321; Öztan, Aile, 2015, s.1089; Koçhisarlıoğlu, s.25; Baygın, s.264-265; Y 2.HD. 1.4.2009,

Bütün bunların yanında belirtmek gerekir ki hâkim çocuğun tevdiinde boşanacak eşlerden her ikisinin de çocuğa bakmasının sakıncalı bulması, anne ve babanın çocukla ilgilenmek istememeleri yahut daha sonra inceleyeceğimiz başkaca sebeplerin varlığı halinde çocuğun menfaatinin korunması amacıyla çocuğa bir vasi ataması yapabilir, yani velayetin tevdiinde ne anne ne de baba odaklı bir karar vermeyebilir bu konuda Kanunun hâkime tanıdığı olduğu takdir yetkisi kapsamında olduğunu düşünebiliriz.

1.Genel Olarak

Çocuğun kendisine tevdi hususunda boşanan eşlerin karşılıklı uğraşmaları bazen şefkat hislerinden ziyade maddi düşüncelere ve boşandığı eşine eziyet ederek ondan intikam almak his ve arzularına dayanmakta ve bu keyfiyet boşanan eşlerin ruhi haletleri üzerinde çok büyük bir rol oynamaktadır. Bazen de kadın çocukların kendisine verilmesini isterken, çok defa, fazlaca nafaka koparmayı, koca ise çocukları kendisine alarak nafakadan kurtulup işi ucuza mal etmeyi düşünmekte ve böylece birçok vaka'larda menfaatler ve hisler hâkim olarak çocuğun menfaati ikinci planda kalmaktadır. Bu noktada içtimai yaralardan birisidir ve hâkimin çok dikkatli ve basiretli olması gerekmektedir. Bu itibarla çocukların tevdi hususu gibi ince ve

3619/6144 , Yargı Dünyası, S.163, s.24-25; Oğuzman/Dural, s.141 vd.; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.269, Velayet, küçüklerin ve ergin ama kısıtlı çocukların şahıs hakları ve malvarlığı haklarının korunması konusunda anne ve babanın hak ve yükümlülüklerdir, bununla birlikte çocuk, ana ve babasının velayeti altında olduğu ve yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınmaz. Kısıtlanan ergin çocuklar hâkim vasi atanmasına gerek görmediği sürece, ana ve babanın velayeti altındadır; Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s. 250; Baktır Çetiner, s. 129; Boşanma davasında velayet bırakılan anne veya babadan birinin ölmesi halinde velayet kendiliğinden öbür tarafa geçmediği gibi küçük vesayet altına alınır Yargıtay'ın da buna ilişkin bir kararını örnek gösterebiliriz, Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi, E.2005/10209, K.2005/12282, T.19.09.2005 www.corpus.com.tr ; Aras, Bahattin, “Boşanmanın Çocuklar Yönünden Sonuçları”, http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/28.sayi/09_32_48.pdf s.280; Akgün, Zerrin: Boşanma Hukuku, Ahmet Halit Kitabevi, İstanbul 1949, s.97; Yalçınkaya/Kaleli, s.97; Tekinay, s.272; Akıntürk, s.238; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s.381; Zevkililer, s.853; Oğuzoğlu, s.134.

nazik bir nokta üzerinde karar verirken hâkimin çok tedbirli hareket etmesi gereklidir. Hâkime bu hususta rehberlik edecek olan şey, bizzat çocuğun menfaati ve selameti olmalıdır¹³².

Aile mahkemesinde görülmekte olan boşanma davası sonucunda boşanma kararı verilmiş ise TMK'nin 182/1'inci maddesine göre velayet konusunu da karara bağlanması gerekir. Buna göre hâkimin, anne ve babayı dinlemesinin ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra ana babanın haklarını ve kişisel ilişki düzenlenmesi yoluna gitmesini hükme bağlamıştır¹³³.

Boşanma nedeniyle çocukların büyük bir yük altına girmeleri ve kendilerini güvensiz hissetmeleri tabiidir. Bu itibarla, çocukla, boşanan anne ve baba arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi, çocuğun velayetinin hangi eşe bırakılacağı hususu anne ve babanın arzusuna bırakılmamalıdır. Hâkim, ana baba ve çocuk arasındaki ilişkiyi düzenlerken her türlü araştırmayı doğrudan doğruya yapar ve ilişkinin düzenlenmesinde ana babanın velayetinin kimde kalacağı hususunda yaptıkları anlaşmaları, beyanları, hâkimi yapılan anlaşmanın çocuğun yararına olup olmadığını

¹³² Velidedeoğlu, 1956, s.212; Oğuzman/Dural, 1998, s.141 vd.; Akıntürk; s. 291, Öztan,s. 465, Baktır Çetiner; “*Velayet*” s. 111, Zevkliler/Acabey/Gökayayla; s. 941, Oğuzoğlu, Medenî Hukuk, s. 134, Yargıtay 2. HD, 3.6.1985, 513/5389 www.kazancı.com.tr buna göre boşanma kararı verilirken hâkim, çocuğun ileriye dönük olarak hayatın olağan akışı ve durumun özelliğine göre zamanla sınırlanmadan velayetin hangi tarafa verileceğine karar verir; Zevkliler/Acabey/Gökayayla; s. 641 dn. 235, ARAS, Boşanma, s.281-282; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.233 vd.

¹³³Öztan, Aile 2004, s. 465; Serozan, s. 267; Zevkliler/Acabey/Gökayayla, Medenî, s. 941; Velidedeoğlu, Medenî, 1965, s. 267; Tekinay, Genel, s. 274; Akıntürk, Turgut, Medenî Hukuk, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003 s. 291; Köprülü/Kaneti, Aile, s. 199; Petek, Hasan, Medenî Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları, İzmir Barosu Dergisi, S. 52, Yıl. 65, Temmuz 2000, s. 12 ; “Küçüklerin velayeti daha önce boşanma kararı ile birlikte babaya verilmiş ve bu karar kesinleşmiştir. Babanın sonradan ölümü ile velayet kendiliğinden anneye geçmez. Mahkemece delillerin bu çerçevede değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir.” Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi, 10.05.2004 T, 2004/5253 E. www.karartek.com.tr ; Aras, Boşanma, s.280-281.

araştırma yükümlülüğünden kurtarmaz. Hâkim çocuğun velayetinin düzenlenmesinde sadece çocuğun yararını esas alacaktır¹³⁴. Henüz doğmamış çocuklar için velayetin verilmesi sözkonusu olamaz. Bu çocuklar için, doğumlarından sonra ayrı bir davanın açılması gerekir¹³⁵.

TMK 182/II'nci maddesi, velayet kendisine tevdi edilmeyen eşin çocukla ilişkilerinin düzenlenmesine ilişkin kuralları açıklamıştır. Öztan'a göre¹³⁶ bu maddenin yorumu çocuğun velayetinin sadece bir eşe bırakılmasının zorunlu olduğu şeklinde yapılamayacağıdır. Kanunun 336/II'nci maddesine göre, velayet, çocuğun kendisine bırakılan tarafta olursa, hükmün emredici olduğu ve bu şekilde hâkimin tarafından velayetin her iki eşe birlikte verilemeyeceği şeklinde dar yorumlanamayacağı savunulmuştur. Bu nedenle Kanun'da bu boşluk çocuk yararına doldurulmalıdır denilmiştir. Hâkim çocuğun anneye mi babaya mı bırakılacağına karar verirken çocuğun yüksek yararı ilkesi doğrultusunda hareket eder. Hâkim bu amaçla 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine

¹³⁴ Öztan, Aile 2015, s.778- 779; Özüğür, Velayet, s.995; Koçhisarlıoğlu, 2004, s.40vd.;Serozan, s. 294; Baktır Çetiner, s. 131; Öztan, Aile, 2004,s. 466; Akıntürk, s. 492; Yargıtay anne yanında kalmasının çocuğun fiziki, fikri, ahlaki gelişiminde tehlike yaratacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı halde ana bakım, şefkatine muhtaç 20.12.1999 doğumlu küçük Kaan C'nin Türk Medenî Kanunu'nun 182, 336/2'nci maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırı bulmuştur, Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi, E.2004/1935, K.2004/3106, T: 11.03.2004 www.corpus.com.tr ; Baktır Çetiner, s. 131; Y. 2. HD, 11.2.1992 ,1165/1473 www.corpus.com.tr ; Şener, Esat, "Uygulama ve Teoride Boşanma", 2. Baskı, Ankara 1997 s. 628 ; HGK, 12.3.1975, 2-274/328, İKİD, 1972-1975, n. 592; Öztan, Aile, 2004,s. 468; Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi, 22.06.2004 tarih ve E.2004/5448, K.2004/8252, T: 22.06.2004 yargitay.gov.tr boşanma kararının kesinleştiği 20.11.2001 tarihinden itibaren annenin davacı babanın çocukla kişisel ilişkisine zarar verdiği ve engellediği ispatlanmamıştır. Çocuğun fiziksel ve zihinsel ilerlemesinin anne yanında tehlike teşkil etmesi ve annenin velayet görevini ihmal ettiğine ilişkin başkaca bir delilde bulunmadığına göre (TMK'nin 183, 348 ve 349'uncu maddelerindeki şartları da oluşmamıştır) 1999 doğumlu olup, anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun velayetinin anadan alınması doğru görülmediği açıklanmıştır; Aras, Boşanma, s.281.

¹³⁵ Öztan, Aile, 2015, s. 779; Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, 2005, s.141.

¹³⁶ Öztan, Aile, 2015, s.782 vd.

Dair Kanun'un 5'inci maddesi hükmü gereğince mahkeme bünyesinde bulunan uzmanlar¹³⁷dan görüş alabileceği gibi taraflar da Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun 293'üncü maddesine göre hakim uzman görüş alabilir¹³⁸.

¹³⁷ Bu kişilerin görevleri, mahkemece kendilerinden istenen araştırmaları yapmak ve bu araştırmaların sonucunu bildirmek, gerekli hallerde duruşmalarda hazır bulunmak, rapor düzenlemek ve mahkemece verilen diğer işleri yapmak olarak belirlenmiştir. Kabaoğlu, F.; Ana Babası Evli Ve Boşanmakta Olan Çocuk Ve Ergenlerin Ana Ve Babalarından Algıladıkları Kabul veya Red Düzeyleri İle Kişilik Özellikleri Arasındaki İlişki, Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s.37; Aile Mahkemesi'nde görev alan uzmanların hukuki niteliği tartışmalıdır ve bu kişiler bilirkişi statüsündedirler denilmiştir, Aras, B.; Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri Ve Türk Aile Mahkemelerinin Yapısı. Ankara Barosu Dergisi, 2006-2, 89-114, Web: <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/> adresinden 19 Eylül 2016 tarihinde alınmıştır; Solak, s.64; Bir görüş ise bilirkişilik statüsünü kabullenmeyip bundan ayrı olarak aile mahkemesi hâkimi tarafından verilen koruyucu önlemlerin yerine getirilmesinde yardımcı kişidir. Bilirkişiler ile bu uzmanlar arasındaki farklar belirgindir. Öncelikle bilirkişilere, uyuşmazlık konusunda başvurulurken, bu uzmanlara uyuşmazlığın nedeninin belirlenmesi için başvurulur. Bilirkişiye talep olması halinde ve re'sen başvurulabilirken, bu uzmanlara re'sen başvurulur. Ayrıca bilirkişi raporlarına itiraz mümkünken, uzman raporlarına itiraz mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir, Tercan, Erdal , Türk Aile Mahkemeleri. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2003, S. 3, s.15, Web: www.acikarsiv.ankara.edu.tr 19 Eylül 2016 tarihinde alınmıştır. Ancak buna göre görevlilerin aile mahkemesinde bulunmaması, iş yoğunlukları nedeniyle verilen görevi yerine getirememeleri, bilirkişilik görevlerini ifa etmelerinde hukuki ya da fiili engel bulunması gibi durumlarda başka bilirkişilerden rapor alınabilmesi ihtimali de değerlendirilmelidir.

¹³⁸ “Çocuğun yüksek menfaatinin tespiti için bilirkişilere başvurulması daha uygun olacaktır.” 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun madde 5; Gençcan, Ömer Uğur; Boşanma Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 1150; Yıldırım, 2008, s.89; Yargıtay bazı kararlarında anlaşmalı boşanmalarda dahi bilirkişi raporunun alınması gerektiğine hükmetmiştir, 2. HD, T. 23.05.2005, E. 5776, K. 8097, 2. HD, T. 09.06.2005, E. 6160, K. 8943, 2. HD, T. 14.04.2004, E. 3825, K. 4729, 2. HD, T. 08.11.2005, E. 12496, K. 15273 www.corpus.com.tr ; Gençcan, Boşanma, s. 850 vd.; 2. HD, T. 28.09.1993, E. 7040, K. 8381 www.karartek.com.tr ; Şener, Düşünceler, s. 192 vd.; Ceylan, s. 155; Solak, s.64; Aras, s. 105, Yargıtay'ın kararlarından yola çıkarak bir değerlendirme yapmak ve olayı daha somutlaştırmak için şunu gösterebiliriz, müşterek

Hakimdavanın özelliğine göre, psikiyatris, psikolog, pedagog, sosyal çalışmacı ve adli tıp uzmanı gibi farklı disiplinlere ait olan görevlilerden görüş alınması tarafları anlamak ve durumu daha iyi değerlendirmek için gerekli olabilir¹³⁹.

Anlaşmalı boşanma halinde de durum değişmez. Mahkemeye birlikte başvuran eşlerin uzlaşma sağladığı koşullarını uygulamada “anlaşmalı boşanma protokolü” denilen sözleşme maddeleriylekararlaşmış oldukları, ortak çocuğa sahip olmaları halinde velayeti de gene aynı protokol ile düzenledikleri bilinmelidir. Hâkim anlaşmalı boşanma protokolü hazırlamış eşlerin uzlaştıkları argümanlar ile bağlı değildir ve çocuğun menfaati doğrultusunda hazırlanmış protokolde farklı düzenlemeler yapabilir¹⁴⁰. Uygulamada bir problem olan sorun hâkimin velayetin tevdiini hangi tarafa bırakacağı konusunda kararsız kalmasıdır. Boşanma sonrası

çocuklardan Medine 1997, Şennur 1999. Kenan ise 2001 doğumludur. İdrak çağında olan çocuklar Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesinin 5. ve 6. maddeleri gereğince dinlenmeden, gerektiği takdirde uzman bilirkişilerden rapor alınmadan müşterek çocuklar için yazılı şekilde velâyet düzenlemesi yapılması usul ve yasaya aykırı olacaktır kararı verilmiştir, 2. HD, T. 23.02.2012, E. 1807 K. 3624 Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır; Bir başka karar ise şudur: “O halde, mahkemece yapılacak iş; yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuğa, kendisini doğrudan ilgilendiren velâyet konusunda danışılarak, görüşünü gerekçeleriyle birlikte ifade etme olanağı sağlanması, ifade edeceği bu görüş, çocuğun kendi çıkarına ters düşmediği takdirde, buna önem verilmesi ve gerektiğinde Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un 5 ve 6. maddeleri uyarınca uzman bilirkişiden de görüş alınmak suretiyle birlikte değerlendirme yapıp sonucuna göre bir karar verilmesi, olmalıdır.”HGK, T. 16.03.2012, E. 2-884, K. 197. Web: karara.com adresinden 19 Eylül 2016’de alınmıştır, Yıldırım, 2008, s.89,

¹³⁹ Mevzuatımıza göre her Aile Mahkemesi’nin çevresinde görev yapmak üzere Adalet Bakanlığınca bir psikolog, bir pedagog ve bir sosyal hizmet uzmanı atanmalıdır ve bu şurada da belirtilmiştir, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m.5; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s.771; Solak, s.63 vd. ; Kabaoğlu, s.37; Çiftçi, Aile , s.174.

¹⁴⁰ 2. HD, T. 01.02.1999, E. 14425, K. 443 alınan Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s. 71; Akıntürk, Aile, 2002, s.31; İnal, Uygulama , s.652; Aras, Boşanma, s.305; Kucuroğlu, s.58; Demirci, 2010, s.121; Özer Taşkın, s.110; Akıntürk, Aile, 2002, s.311; Özüğür, s. 944; Koçhisarlıoğlu, Boşanmada, s. 40; Solak, s.65.

anne babanın velayet konusunda anlaşmazlığının çocuğun stresli olan boşanma sürecine uyumunu zorlaştırmakta; konuyla ilgili ebeveynler arasındaki uyum, çocuğun annesi ve babası arasındaki sinir harbinde zarar görmeden çıkmasını sağlamaktadır¹⁴¹.

Çekişmeli boşanmada eşler, anne ve baba olduklarını bir an olsun unutup, çocuğun velayetinin alınması uğruna çocuğun menfaatinin tehlikeye atabilirler. O halde de çocuğu bir silah gibi birbirlerine karşı kullanmaktan çekinmezler ve velayetin düzenlenmesine ilişkindavaların sık açılmasına sebebiyet verirler¹⁴².

Doktrinde, anlaşmalı boşanma davalarında hâkimlerin üzerlerine düşen araştırmayı iş yoğunlukları sebebiyle yapamadıkları ve çocuğun yüksek yararına uygun olup olmadığını belirleme yoluna gitmeksizin anlaşmaları onayladıkları belirtilmektedir. Bu gibi durumlarda boşanma anlaşma ile olduğu için de taraflar hükmü temyiz etmemekte ve bu sebeple hüküm Yargıtay denetiminden geçmeden kesinleşmektedir. Hâkimin velâyetin hangi tarafa verileceği konusunda yeterli inceleme yapamayacak durumda olması halinde dahi iştirak nafakasına ve kişisel ilişkiye ilişkin anlaşma hükümlerini incelemesi gerektiği öne sürülmüştür¹⁴³.

Anlaşmalı boşanma davalarında üç ayrı ihtimal söz konusu olabilir:

- İlk ihtimalde; ana babanın yapmış olduğu anlaşma çocuğun da menfaatine uygun ise hâkim anlaşmayı onaylar ve kararını anlaşmaya göre verir.
- İkinci ihtimalde ise anlaşma genel hatları ile çocuğun menfaatine uygun olmakla birlikte bazı kısımları çocuğun menfaatine zarar verecek nitelikteyse hâkim anlaşmaya müdahale eder ve gerekli değişiklikleri yaparak ona göre karar verir.
- Son ihtimalde; ana babanın yapmış olduğu anlaşma çocuğun menfaatine tamamen aykırı ise hâkim anlaşmayı yok sayar ve çocuğun menfaati neyi

¹⁴¹ Öngider, (erişim: 10.10.2016); Polat/Güldoğan, s.246.

¹⁴² Polat/Güldoğan, s.246.

¹⁴³ Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s. 110; Solak, s.66.

gerektiriyorsa ona göre karar verir bu durumda ana babanın istekleri göz önünde bulundurulmaz¹⁴⁴.

Doktrinde bir görüşe göre ana babanın anlaşması hâkimi bağlar; ana ve baba eşit konumlarda anlaşma sağlamışlardır. Bu nedenle de çocuğun yüksek menfaatine de eşit konumdadırlar. Avrupa Konseyi konuya ilişkin tavsiye kararlarında boşanma halinde yetkili otoritenin, çocuğun çıkarlarına aykırı düşmedikçe ana ile baba arasında yapılan anlaşmaları dikkate alması gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁵.

Velayet konusu küçükler ile kısıtlanmış erginlerin gerek kişilik haklarının gerek malvarlığı haklarının korunması ve temsili kanunun ana babaya verdiği ödev ve ödevlere ilişkin hakların kullanılması hakkında anlaşmalar onay ile anlaşma ilkesine göre gerçekleşebilir. Boşanma ve ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Şimşek, Canan ; Türk Hukuku Ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2012, s.61; Solak, s.66.

¹⁴⁵ Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.111; Solak, s.65; Çelikel, Serdar, Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukukî Sonuçları, Legal Yayınevi, Ankara 2012, s. 96; Koçhisarlıoğlu, Boşanmada, s. 40.

¹⁴⁶ Gençcan, Velayet, 2015, s.116 vd.; bunun yanında Yargıtay'ın da bu hususta ilgili bir kararı bulunmaktadır buna göre mahkeme tarafından tarafların boşanma davasının kabulü ile tarafların tazminat taleplerinin reddine, müşterek çocukların velayetlerinin davacı-davalı kadına bırakılmasına, kadın yararına 250 TL, yoksulluk nafakası ile müşterek çocuklar yararına 350'şer TL, iştirak nafakasına hükmedilmiş, bu karar davalı-davacı koca tarafından kusur belirlenmesi, yoksulluk nafakası ve iştirak nafakası, velayet ve kendi tazminat taleplerin reddi yönünden temyiz edilmiştir. Temyiz öncesinde önce davalı-davacı koca tarafından 8/7/2014 tarihli dilekçe ekinde boşanmanın mali sonuçları ve müşterek çocukların velayetine ilişkin olarak taraflar arasında düzenlenen protokol ibraz edilmiş olup, mahkemece bu protokol uyarınca işlem yapılmak üzere hükmün bozulmasına karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir, Y 2.HD. 17/05/2004, 5558-6378 www.corpus.com.tr

2.Boşanmada Kusurun Velayetin Tevdiî Bakımından Gözönünde Tutulup Tutulamayacağı

Velayetin ana babadan birine verilmesinde, eşlerin boşanmada, kusurlu olup olmamaları göz önünde tutulmaz; çünkü kötü bir eş, çok iyi bir ebeveyn olabilir. Çocuğun yararı bakımından ana ve baba arasında fark görülüyorsa çocuğun velâyetinin boşanmada kusursuz olan tarafa verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁴⁷.

Eski Alman Medeni Kanunu'nda ve eski Fransa Medeni Kanunu'nda velâyet boşanmada kusursuz olan tarafa verilmekteydi¹⁴⁸. Ancak bu uygulama günümüzde terk edilmiştir. Boşanma davasında boşanmaya sebebiyet vermiş olan kusuru ispatlanmıştarafa velâyetin tevdiine engel bir hüküm yoktur. Bu konuda boşanma sebebi değil, boşanmaya sebep olan argümanların çocuğun menfaatine aykırı olup olmadığı dikkate alınmalı ve velâyet ona göre düzenlenmelidir¹⁴⁹. Hâkimin değerlendirme yaparken göz önünde tutacağı temel ilke çocuğun yüksek menfaatidir. Ana babanın menfaatleri, boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal statüleri ya da maddi olanakları gibi durumlar çocuğun menfaatini etkilediği oranda dikkate alınır¹⁵⁰. Boşanma akıl hastalığı, terk, küçük düşürücü suç işleme veya

¹⁴⁷ Öztan, Aile, 2015, s.785 vd.; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.984 vd.; Tekinay, s.274 vd.; Velidedeoğlu, Medeni, 1956, s.212 – 213; İnal, Uygulama, s.651; Solak, s.68.

¹⁴⁸ Schwarz, Andreas, Aile Hukuku, (Çev:Bülent Davran), İstanbul Üniversitesi Yayınları, 176/38, Yıl: 1946, s.177; Solak, s.66; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.141 vd..

¹⁴⁹ Akıntürk, Aile, 2002, s. 311; Demirci, 2010, s.120; Gençcan, 2006, s.876; Özer Taşkın, s.109.

¹⁵⁰ Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, 1998, s.141 vd.; Akyüz, Çocuk, 2010, s. 155; Solak, s.67; velayet düzenlenirken esasen çocuğun yararının her şeyin üstünde olduğu, doktrinde ve uygulamada kabul görmüş, velayetin tevdiinde, boşanmaya sebep olan eşin kusuru göz önüne alınmaması gerektiği belirtilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kusuru ispatlanmış eş, çocuğun geleceği bakımından faydalı olacaksa velayet kendisine verilebilir. Aksi halde kötü bir eş iyi bir veli niteliği taşıyabilir. Yargıtay, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12'nci maddesi ile Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 6'ncı maddesi uyarınca müşterek çocuklar dinlenmeksizin mahkemenin karar vermiş olmasını bozma sebebi olarak değerlendirilmiştir, Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 984; Tekinay, s. 274; Öztan, s. 468; Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi, 05.04.2004,

haysiyetsiz hayat sürme gibi bir sebepten ileri gelmekteyse bu durumların velâyet konusunda karar verilirken dikkate alınması gerekir¹⁵¹. Ancak boşanma sebebini şiddetli geçimsizlik oluşturuyorsa hâkimin değerlendireceği tek unsur çocuğun yüksek menfaatidir. Eğer çocuğun yüksek menfaati gerektiriyorsa çocuk boşanmada kusurlu tarafa bile verilebilir¹⁵². Kusurlu tarafın, ana veya baba olarak kötü olduğu söylenemeyeceği gibi, çocukların velâyetinin ana babanın boşanmadaki kusur derecelerine göre belirlenmesi, boşanma ile çocukların velâyeti aracılığıyla onlara bir çeşit ceza veya ödül verilmesine benzer bir sonuç doğurur ki bu da çocukların yüksek menfaatlerine aykırılık oluşturur¹⁵³.

Boşanma davasının sonucunda çıkan hüküm doğrudan velâyetin düzenlenmesine etki etmez ancak zina eden eşe velâyetin verilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁵⁴. Ana veya babanın sadakatsizliğinin velâyet konusunda karar verilirken dikkate alınması gerektiği öne sürülmüştür. Ancak ana bakım ve şefkatine muhtaç çocuk idrak çağında değilse bu husus dikkate alınmaz. Doktrinde bu görüşün tam aksini savunanlara göre zina eden eşe de velâyet verilebilir; evli bir kadının zina yapması ve boşanmanın da bu sebeple gerçekleşmiş olması durumunda ana sırf bu sebeple velâyet hakkından mahrum bırakılamaz. Ananın bu yaşam biçimi çocuğun ahlakını ve sağlığını etkileyecek sakıncalar taşımadığı sürece çocuğun velâyetinin anaya verilmesinde bir sakınca yoktur. Ancak ana veya babanın ahlaki çöküntü

3590/4216 (YYK) kararına göre velisinin küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmesi değerlendirilir, babanın karşı koymasının dürüstlük kuralı kapsamında haklılığı aranır, boşanma dosyası incelenir ve gerekli değerlendirmeler yapılarak karar verilir; Aras, Boşanma, s.281; Akıntürk, Aile, 2006, s.322.

¹⁵¹ Velidedeoğlu, Medeni, s.267; Akıntürk, Aile, 2002, s.273; Öztürk; s.90.

¹⁵² Schwarz, Aile, s.177; Velidedeoğlu, Medeni, s.219; Oğuzman/Dural, Aile, s.141 vd.; Akyüz, Çocuk, s. 155; Solak, s.67; Arsebük, Esat, Medeni Hukuk Cilt II, Recep Ulusoglu Basımevi, Ankara 1940, s. 787; Aras, Boşanma, s. 303.

¹⁵³ Schwarz, Aile, s.177; Aras, Boşanma, s. 305; Solak, s.67 vd.; “Her iki tarafın kusur durumu da değerlendirilerek velâyet ve boşanma istemlerinin fer’i niteliğindeki nafaka ve tazminat talepleri ile ilgili olumlu ya da olumsuz bir karar oluşturmak gerekir.”, 2. HD, T. 10.10.2012, E. 19370, K. 24137, Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır; Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.141 vd.

¹⁵⁴ Ergün, s. 1082; Solak, s.67.

içerisinde olduğu sabitse bu durumun çocuğun gelişimini de kötü yönde etkileyeceği göz önünde bulundurulmalıdır¹⁵⁵. Bu noktada doktrinde ve Yargıtay kararlarında¹⁵⁶ ananın iffetsizliği ya da zinası işlenmişken babanın iffetsizliğine ilişkin herhangi bir hususun inceleme konusu yapılmaması dikkat çekicidir. Esasında baba da en az ana kadar iffetsiz bir hayat sürüyor olabilir. Örneğin eve hayat kadını getiren ve çocuğun görebileceği ya da duyabileceği şekilde onunla birlikte olan bir babanın sürdüğü yaşam biçimi de çocuğu etkiler.

Aile mahkemesi hâkimi velayeti düzenlerken boşanma davasında gerçekleşen kusurlu davranışları dikkate almalıdır. “Velayet düzenlemesi yazılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun üstün yararı (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md.3: Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md.1; TMK m.339/1, 343/1. 346/1; Çocuk Koruma Kanununda.4/b)’dir. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Mahkemece uzman bilirkişiden müşterek çocuk Yaren’in velayetine ilişkin sosyal inceleme raporu da alınarak deliller hep birlikte değerlendirmek suretiyle velayet hakkında düzenleme yapılması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır”¹⁵⁷.

Velayetin boşanmada kusursuz olana verileceği yolunda bir kural/zorunluluk yoktur¹⁵⁸. Çünkü kötü bir eşin aynı zamanda kötü bir ana ya da baba olduğunu kimse söyleyemez¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Tekinay, 1971, s. 275; İnal, Uygulama, s. 651; Aras, Boşanma, s.303; Çelikel, s. 90; Gençcan, 2006, s. 868.

¹⁵⁶ HGK, T. 5.7.1965, E. 3635, K. 3592 www.karartek.com.tr ; İnal, Uygulama , s.652; Solak, s.68.

¹⁵⁷ Y 2.HD. 11/06/2014, E.2014/12302, K.2014/12992 www.corpus.com.tr

¹⁵⁸ Y 2.HD 16/5/1985, 4586-4777 yargitay.gov.tr

¹⁵⁹ Tekinay, s.282; Gençcan, Velayet, 2015, s.127.

C. Ayrılık Halinde Velayetin Tevdii

Kanunumuzda ayrılık kurumu ile boşanma kurumu iç içe düzenlenmiştir. Eğer dava ayrılık istemiyle açılmışsa, hâkimin ayrılığa hükmedebilmesi için boşanma nedenlerinden birinin varlığı ispat edilmiş olmalıdır. İddia edilen boşanma nedeninin ispat edilmiş olmasına rağmen, eğer davacı ayrılık istemişse, hâkim boşanmaya hükmedemez; ayrılığa karar vermek zorundadır. Davacının boşanma isteminde bulunması durumunda ise, durum farklıdır. Bu takdirde, boşanma nedeninin ispat edilmiş olması koşuluyla, hâkim boşanma yerine ayrılığa hükmedilebilir. Ancak burada hâkimin sınırsız bir takdir yetkisi yoktur. Hakim, anlaşmalı boşanma talebiyle karşısına gelen olması halinde ve taraflar bakımından bir araya gelinemeyeceği evlik birliğinin devam etmesinin mümkün olmadığı durumlarda boşanmaya karar verecektir. Elbette ki dava boşanmaya dair olup karı kocanın barışmaları ihtimali bulunduğu takdirde hâkim ayrılığa hükmedebilir¹⁶⁰.

Ayrılık kararı, boşanmadan farklı olarak eşler arasında evlilik birliğini sona erdirmemekte ve ayrılık süresince eşler, karı koca olarak kalmaktadırlar. Evlilik devam ettiği için eşlerin, evlilikten doğan hak ve ödevleri de sona ermeyecektir. Dolayısıyla eşler ayrılık kararı verilmesine rağmen taraflar velayetin birlikte devam etmesini dilerlerde mahkeme evlilik birliği devam ettiği için ve eğer çocuğun menfaati tehlikeye düşmeyecekse ortak velayete karar verir.

Ayrılık ile ilgili yapılan düzenlemeler ailenin çözülmesini önleme amacı taşımaktadır. Eşlerin birbirinden devamlı olarak ayrılmayı isteyip istemediklerini tespiti yarar. Eşlerin hırslarının geçmesi ve bu suretle evlilik birliğinin devamının bir kez daha düşünülmesini sağlar. Ayrılık süresini tayini hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu süre 1 yıl ile 3 yıl arasında değişmektedir. Hâkim ayrılık süresi tayin ederken evlilik bağının ne derecede sarsılmış olduğunu, davaya sebep olan

¹⁶⁰ Yalçınkaya/Kaleli, Yeni, s.1496; Akkaya, s.73; Berki, Boşanma, s.146-147; Kucuroğlu, s.14 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, 2011., s.132 vd. ; Tekinay, Aile, 1990, s.232 vd..

olayların izlerinin silinmesi için ne kadar bir zamana ihtiyaç bulunduğunu göz önüne alacaktır¹⁶¹.

Velayetin ana babadan birine tevdi bakımından boşanma ve ayrılık arasında fark gözetilmemiş olmakla beraber, boşanma halinde velayet çocukların tevdi edildiği tarafa aittir düzenlemesi doktrinde ve uygulamada ayrılıklara yol açmıştır. Velayetin tevdi edilemeyeceği görüşünü¹⁶² savunanlarca ayrılık durumunda evlilik birliği ortadan kalkmamakta, devam etmektedir. Bu durumda velayet ana babada kalır. Ancak çocuğun bakımı işi ana babadan birine verilir. Çocuk kendisine bırakılmaya taraf yönünden velayet hakkı kısıtlanmamıştır. Velayeti fiilen, çocuğun bakım hakkına sahip olan kullanır. Ancak meslek seçimi, tıbbi bir ameliyata karar verme gibi durumlarda, bakım hakkına sahip olmamakla birlikte, velayete sahip olan tarafın da rızası alınır. Oysa ayrılık durumunda da, boşanmada olduğu gibi, geçici de olsa velayetin birlikte kullanılması için gerekli olan temel ortadan kalkmıştır. Eşler artık aynı çatı altında yaşamadıklarından velayet hakkını fiilen beraber kullanabilmeleri söz konusu olamaz. Bu durumda, velayet hakkını birlikte kullanmaları, aralarında yeni bir takım tartışmaların ortaya çıkmasına neden olur. Çocuk bu tartışmalardan olumsuz yönde etkilenir.¹⁶³ Böylece temel amacı, eşlerin yatışması ve evlilik birliğinin devamının bir kez daha düşünülmesini sağlamak olan ayrılık kurumunda yeni bir takım uyumsuzluk yaratılmış olur ki bu da ayrılık kurumunun amacına ters düşer. Evlilik birliğinin devamını tehlikeye düşüreceği ve çocuğun ruh sağlığını olumsuz yönde etkileyeceğinden, velayet hakkının birine tevdi gerekir.

¹⁶¹ Tekinay, s.234; Dural/Öğü/Gümüş, s.134; Kucuroğlu, s.14 vd.; Köprülü/Kaneti; Aile Hukuku, İstanbul 1986, s.179; Tekinay, Aile, s.234; Yargıtay bir kararında davalı davacıyı evden uzaklaştırıp, eve anne ve babasını getirip onlarla yaşamaya başladığını ve davacının ayrı yaşamakta haklı olduğunu bu durumda konut ve ev eşyalarından eşlerin hangi oranda yararlanacağı ve davalının yapacağı parasal katkının belirlenmesinin gerekli olmasından bahsetmiştir, Y 2.HD. 22.11.2005. 13308 /16082, www.karartek.com ; Aras, Boşanma, s.261 vd.

¹⁶² Yalçınkaya/Kaleli, Yeni , s.1464 vd. ; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s.336; Akkaya, s.74.

¹⁶³ Berki, Boşanma , s.148; Akyüz, s.32; Akkaya, s.75.

Eşlerin, evlilik birliğini fiilen kaldırmaları velayet hakkını etkilemez. Ancak eşler haklı sebeplerin varlığı sebebiyle birlikte yaşamaya ara vermişlerse, gerekiyorsa, hâkim TMK 197/4. maddesine göre gerekli tedbirleri alabilir ve bu çerçevede velayet hakkını kullanmayı eşlerden birine bırakabilir¹⁶⁴. Ancak unutulmamalıdır ki velayete ilişkin düzenlemelerde çocuğun menfaati ön plana alınmalıdır. Buna göre anne ve baba çocuğun velayetini ortak yürütme konusunda hemfikir olup istekli ve uyumlu olmaları koşuluyla hakim çocuğun velayetini birlikte velayet şeklinde vermelidir. Her ne kadar birlikte velayet kavramı kanunumuz tarafından desteklenmese de yeni gelişmeler ışığında kanunumuzun ayrılık halinde velayeti kabul eden ve kanun koyucunun amaçladığı çocuğun menfaatinin korunması bağlamında bu uygulanabilir duruma gelecektir. Elbette ki burada taraflar birbirlerine olan öfke, kin ve kıskançlık gibi duygularını bir tarafa bırakmış olmaları ve çocuğun faydasını düşünerek hareket etmeleri gerekecektir.

1985 tarihinde imzalanan 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün onaylanmasını takiben 25 Mart 2016 günlü Resmi Gazete'de yayınlanan 6684 sayılı Kanun m.5'e göre eşler evlilik birliğinin sonlanması halinde anne ve baba olarak çocukla ilişkileri medeni hakları ve sorumlulukları bakımından eşit şekilde olacaktır şeklinde bir açıklamanın ardından çocuğun güvenliği, bakım ve ihtiyaçlarına ters hareket etmemek için eğer gerekli koşullar var ise ortak velayete karar verilebilir denilmiştir. Bu konuda uygulama bakımından yer bulmayan ortak velayet kavramı Yargıtay'ın bakış açısını genişlettiği ve yeni gelişmeler doğrultusunda kararlar verdiği görülmektedir¹⁶⁵. Burada değerlendirilmesi gereken eşlerin boşanmış olması, çocuğun anne ve babası oldukları gerçeğidir. Anne ve baba iletişimi sağlıklı kurabilirse çocukları, yaşadıkları birçok psikolojik ve toplumsal sorunu yaşamayacak ve daha güvenli bir ortamda yetişebilecektir. Bu protokol ile uygulamada sorunlar doğabilecektir çünkü anne ve baba bir anlık duygusal fırtına altında çocuğun menfaatlerini tehlikeye sürükleyebilir bu sebeple literatürümüze girmiş olan bu protokolün uygulanması ve denetlenmesi çok dikkatli yapılmalıdır.

¹⁶⁴ Akıntürk, s.410; Baygın, s.265; Öztan, Aile, 2004, s.1088; Velidedeoğlu, Aile , s.185 vd..

¹⁶⁵ Y 2.HD. 2016/15771, K.2017/1737, T.20/02/2017 , erişim: <http://www.cocukhaklari.org.tr/wp-content/uploads/2017/01/ORTAKVELAYET.pdf>

D. Butlan Halinde Velayetin Tevdii

Evlilik birliğinin sürekli olarak sona erdiren durumlardan biri olan evlenmenin butlanı Türk Medeni Kanunu m.145 ve devamında düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu evlenmenin butlanı nedenlerini mutlak ve nisbi butlan nedenleri olarak ayrı ayrı düzenlemiştir. TMK m.145’de mutlak butlan¹⁶⁶ m.148’de ise nisbi butlan¹⁶⁷ düzenlenmiştir. Kanun buralarda evlenmenin butlanına karar verilecek maddeleri saymıştır. Evlenmenin butlanında şeklen meydana gelen bir durumun

¹⁶⁶ Doktrinde evlenmenin mutlak butlanı, kurulmuş olan bir evliliğin, TMK. m. 145’de sayılan sebeplerden birinin bulunması sebebiyle hakim kararıyla iptal edilmesi ve hükümsüzlüğün ancak belli koşulların varlığı halinde hâkimin vereceği karar ile ilerisi için hüküm doğuran bir geçersizlik hali olduğu kabul edilmektedir, Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2005, s. 81; Öztan, Aile, 2015, s. 569; Tekinay, Medeni , s. 114; Feyzioğlu, Dersler , s. 112; Akıntürk, Aile, 2006, s. 201; Meral, Can Sibel, Aile Mahkemesinin Görevine Giren Davalar ve Bunlara Özgü Yargılama Usulleri, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2009, s.36vd. ; Birsen, Kemalettin, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1963, s. 235; Velidedeoğlu, Aile, s.224 vd.; Akkurt, Sinan Sami, Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Butlanı, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008, s.15-16.

¹⁶⁷ Doktrinde nisbi butlan sebepleri sınırlı şekilde belirtilmiştir ve bunlar dışındaki nedenler nisbi butlan nedeni sayılmaz ayrıca genişletici yoruma tabi de tutulamaz. TMK m.148’e göre, evlenme sırasında geçici bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olan eş, evlenmenin iptalini dava edebilir, “İrade bozukluğu halleri TMK m. 149, 150, 151’de, yanıлма, aldatma, korkutma olarak düzenlenmiştir. İrade bozukluğu halleri genel olarak Borçlar Kanunda düzenlenmiştir. Bir kimsenin iç iradesi ile onun dışı açıklanması arasında istenmeyen bir uygunsuzluk meydana gelmiş ise o kimsenin iradesinin fesada uğradığından söz edilir. Bu istenmeyen uyumsuzluğu doğuran hallere “irade bozukluğu (fesadı)” halleri denilmiştir, Akıntürk, Aile, 2006, s. 207; Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s. 100; Meral, 2009, s.36vd.; Velidedeoğlu, Aile , s.226 vd. buna göre yasal temsilcinin izni alınmaksızın evlenme durumunda, bu evliliğin nisbi butlan nedeniyle iptalini isteme hakkı, yasal temsilciye ait olmakla birlikte onun açacağı iptal davası altı aylık ve beş yıllık hak düşürücü sürelerle tabi değildir. Bu nedenle yasal temsilcinin evlenen kişinin velayet ve vesayetten kurtulmasına ya da kadının gebe kalmasına kadar bu davayı açabileceğini kabul etmek gerekir; Zevkililer, Aile, s. 851; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2005, s. 92; Öztan, Aile, 2015, s. 598 vd; Meral, 2009, s.37vd..

sonradan ortadan kaldırılmasını gerektiren bazı noksanlıkların mevcudiyeti ifade edilmek istenir. Batıl olan bir evlenmeden evlilik ilişkisi doğmuştur. Evlenme akdinin bütün esaslı unsurları bu halde mevcut olacaktır¹⁶⁸. Fakat Kanun'un taraflarda veya iradelerinde aradığı vasıflardan bazıları gerçekleşmemiştir. Bununla birlikte evlenme mutlak butlanla batıl olsa bile, hâkim hükmüyle iptal edilinceye kadar evlenmenin tüm hüküm ve sonuçlarını meydana getirirler.

TMK m.146'ya göre mutlak butlan davası Cumhuriyet savcısı tarafından re'sen açılır. Diğer ilgililer de dava açabilir. Maddeden de anlaşılacağı gibi mutlak butlan davasında davacılar savcı ve ilgililerdir¹⁶⁹. Dava; savcı veya ilgililer tarafından açılıyorsa davalı her iki eştir. Davacı; dava açmadan ölmüşse, mirasçılarının dava açma hakkı yoktur. Mirasçılar ancak açılan davaya devam edebilirler.¹⁷⁰ Eşlerden birisi ölmüşse dava diğer eş ve ölen eşin mirasçılarına karşı açılır. Her iki taraf da ölmüşse dava tarafların mirasçılarına karşı açılır.¹⁷¹

Mutlak butlan davası, nisbi butlan davasının aksine herhangi bir süre ile kısıtlanmadığından her zaman açılabilir¹⁷². Çünkü mutlak butlanla sakat evlilikler belli bir sürenin geçmesiyle geçerli hale gelmez¹⁷³. TMK.m.147/I'e göre sona ermiş

¹⁶⁸ Tekinay, s.111; Akıntürk, s.168; Zevkliler, s.763; Oğuzoğlu, s.61.

¹⁶⁹ “..Evlenmenin butlanı davası açma yetkisi, Cumhuriyet Savcılarında da tanınmıştır. Bu durumda davanın davacısı olan Cumhuriyet Savcısı usulen davet edilmeden ve onun huzuru olmadan hüküm kurulamaz.”, Y 2. HD. 1995/11437 E., 1995/11015 K., 25.10.1995 T., (Corpus İçtihat Programı), İlgililerden maksat evlenmenin butlanını istemekte maddi ve manevi menfaati bulunan her şahıs girer; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s. 97; Öztan, Aile, 2015, s. 593; Meral, 2009, s.35vd..

¹⁷⁰ Bu konuda şu kararı örnek gösterebiliriz evlenmenin butlanını dava etme miras hakkı olarak intikal etmeyeceğinden; ancak mirasçılar açılmış olan bir dava olması halinde davaya devam edebilirler. Cumhuriyet Savcısının açacağı davada davalı eş ölmüşse husumet mirasçılarına yöneltmesi gerekmektedir , Y 2. HD., 2003/1677 E., 2003/2836 K., 04.03.2003 T., (Corpus İçtihat Programı).

¹⁷¹ Dural/Öğüz/Gümüş, 2005, s. 92; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s. 97; Meral, 2009, s.22 vd.

¹⁷² Öztan, Aile, 2015, s. 593 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2005, s. 93; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s. 98; Berki; s.210.

¹⁷³ Öztan, Aile, 2015, s. 593; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s. 98; Meral, 2009, s.22vd..

bir evliliğin mutlak butlanı Cumhuriyet savcısı tarafından re'sen açılmaz. Ancak ilgililer isterlerse evlilik sona ermiş olsa bile mutlak butlan davası açabilirler. Evliliğin boşanma, gaiplik veya ölümle sona ermesi arasında bir fark yoktur¹⁷⁴. Nisbi butlan sebeplerinden birinin varlığı halinde açılan nisbi butlan davası evliliğin ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. Nisbi butlanla geçersiz evlilik hâkim kararı ile ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir evliliğin tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur. Hâkimin evliliğin ortadan kaldırılması konusunda verdiği karara “iptal kararı” ve evliliğin bu yolla, ortadan kaldırılmasına “evliliğin iptali” denilir¹⁷⁵. İptal davası açma hakkı bu hakka sahip olan eşin ölümü üzerine onun mirasçlarına geçmez. Ancak eş ölmeden önce iptal davası açmış ise, mirasçılar bu davaya devam etme hakkına sahiptir (TMK m. 159).

Evlenmenin iptali ile velayetin birlikte kullanılması için gerekli olan temel ortadan kalkmıştır. Yani eşler artık aynı çatı altında, bir arada yaşamamaktadır. Bu nedenle velayet hakkının eşlerden birine tevdi edilmesi gerekmektedir.¹⁷⁶ Butlan sebeplerinden iptal edilen bir evliliğin çocuklar bakımından sonucu ise TMK m.157'nci maddesinde düzenlenmiş ve bu tip bir evlilikten doğmuş olan çocuklar, ana ve baba iyiniyetli olmasalar bile evlilik içinde doğmuş sayılırlar denilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise çocuklar ile ana ve baba arasındaki ilişkilere boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır denilmiştir¹⁷⁷. Evlenmenin butlanında

¹⁷⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2005, s. 93; Öztan, Aile, 2015, s. 594; Zevkliler, Aile, s. 830 vd..

¹⁷⁵ Zevkliler, Aile , s. 853; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2005, s. 93 vd..

¹⁷⁶ Akyüz, s.188; Zevkliler, s.781; Tekinay, s.160; Öztan, Aile, 2015, s.636; Tekinay, s.160; Berki, s.226; Yazıcı,Hilmi/Atasoy, Hasan, Şahıs Aile Ve Miras Hukuku İle İlgili Yargıtay Tatbikatı, 1952-1970, Ankara 1970, s.190; Tutumlu,Mehmet Akif , Evliliğin Butlanı, Boşanma- Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2002, s.109.

¹⁷⁷ Esasen kişisel ilişki kurulmasına ilişkin, mektupla, telefonla, e-mail yoluyla veya direkt olarak yapılabilir ancak burada önemli olan, çocuğun velayet hakkına sahip olmayan tarafa yabancılaşmasının önüne geçilmesidir. İlişkinin doğrudan doğruya olanına “ziyaret hakkı” denir. Ziyaret hakkı, çocukla velayet hakkına sahip olmayan taraf arasında karşılıklı bir hakka dayanmaktadır bunun amacı çocukla ilişkinin sıcaklığının korunmasıdır ancak şu

velayetin hangi tarafa tevdi edileceği, bakım ve terbiye masraflarına tarafların ne ölçüde katkıda bulunacağı, velayeti almayan eşin kişisel ilişki kurma hakkı boşanma hükümlerine göre çözümlenir.¹⁷⁸

IV. EVLİLİK DIŞINDA DOĞAN ÇOCUKLARDA VELAYETİN TEVDİİ

A. Genel Olarak

Çocuğun evlilik dışı doğmuş olması hali; evlilik içinde doğmamış olması, evlilik içinde ancak ana rahmine düşmemiş olması ya da ana rahmine düşme tarihi ile doğum tarihi arasında ana ve babası arasında evlilik bağı kurulmamış olması, ya da çocuğun nesebinin düzeltilmemiş olmasıdır¹⁷⁹. Evli olmayan anne ve babanın durumu, TMK m. 337 birinci cümlesi gereğince kural olarak doğum ile birlikte anaya aittir. Kural evlilik dışında doğan çocukların velayetinin anaya ait olacağı ise de; TMK m. 337 c. 2 gereğince doğum aşamasında anne sıfatına sahip kadın küçük, kısıtlı, ölmüş olması veya ananın velayet hakkının çocuk doğmadan kaldırılmış olması durumunda hâkim, çocuğun menfaatinin gözetilerek çocuğa vasi atar ya da velayeti çocukla soy bağının kurulmuş olması şartı ile babaya verebilir.¹⁸⁰

Ana baba evli değilse, Kanun'a göre velayet anaya ait olacaktır (TMK m.337/1). Eski Kanun'un yürürlüğünde, evlilik dışındaki çocuklar için velayet anaya ancak hâkim kararı ile verilebilmekteydi. Yeni düzenlemede ise, "doğuran kadın anadır" prensibine uygun olarak, evlilik dışı doğan çocuğun anası kendiliğinden ve kanun hükmüyle velayet hakkına sahip olmaktadır.¹⁸¹

şekilde düşünmek yanlış olacaktır bu hak kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir kişilik hakkı değildir; Öztan, Aile, 2015, s.790; Akkurt, s.191 vd..

¹⁷⁸ Akyüz, s.188; Zevkliler, s.781; Tekinay, s.160; Öztan, Aile, 2015, s.636; Tekinay, s.160; Berki, s.226; Yazıcı/Atasoy, s.190; Tutumlu, Butlan, s.109; Akkurt, s.117- 191.

¹⁷⁹ Akkaya, s.78 vd..

¹⁸⁰ Özüğür, Velayet , s.356 vd..

¹⁸¹ Huysal, Burak, Devletler Özel Hukukunda Velayet, İstanbul 2005, s.21; Karabacak, s.25vd. ; Özdemir,Hayrünisa/Ruhi, Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku, Adalet Yayıncılık, Ankara 2012, s.755 vd.. ; Gençcan, Velayet, 2015, s.193'den alıntılanan Yargıtay ilamına göre Y 2HD. 27/09/2007, 17705-12697, ayrıca anne ve baba evli olmadığı durumlarda

B. Çocuğun Babaya Soybağıyla Bağlanması Halinde Velayetin Tevdii

TMK m. 337 hükmüncüce “ Ana ve baba evli değilse velayet anneye aittir. Anne eğer küçük yaşta, kısıtlı durumda veya ölmüş ya da daha önceden velayet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir.” madde, anne ve babanın evli olmaması halinde velayeti düzenlemektedir¹⁸². Maddenin I. fıkrasına göre anne ve baba evli değilse, velayet anneye ait olacaktır. Yasa koyucu, evlilik dışı doğan çocuğun baba ile soybağı kurulmasına rağmen anne ile birlikte olduğu, onunla yaşadığı yaşam deneyimlerinden hareketle bu çözümü kabul etmiştir¹⁸³. Maddenin II. fıkrası, anne ve babanın evli olmaması halinde velayetin anneye ait olduğuna ilişkin kuralın üç istisnasına yer verilmiştir. Bunlardan birincisi, annenin küçük olmasıdır. Küçükten kasıt, henüz onsekiz yaşını ikmal etmemiş, evlenmeyle ergin olmamış veya mahkeme kararıyla ergin kılınmamış olmaktadır.(TMK m.12) İkinci istisna, annenin kısıtlı olmasıdır. TMK m. 405- 408’de öngörülen sebeplerden biriyle anne kısıtlanmışsa, velayet anneye ait olmayacaktır. Üçüncü istisna ise, velayetin anneden alınmış olmasıdır. Velayetin anneden alınması TMK m.348 hükmüne dayanabilir. Bu hallerden birinin varlığı durumunda, çocuğun velayeti mahkeme kararı ile babaya

velayet ana tarafından doğumla kazanılan bir hak olmakla birlikte velayetin yedinden düzenlenmesi yönünde talep olmazsa resen velayet düzenlemesi yapılamaz buna ek olarak bir diğer Yargıtay ilamın buna ilişkin olarak 2. HD. 26/04/2010, 19724-8213 www.corpus.com.tr ; velayet düzenlemesi talebi halinde durum hâkimin değerlendirmesi ve takdir yetkisine göre yapılmaktadır denilmiştir, Y 2.HD, 04/03/2002, 1761-2821, www.corpus.com.tr

¹⁸² Evlilik dışı doğmuş çocuk anasının kızlık soyadını ve vatandaşlığını kazanır. Ananın nafaka, eğitim ve gözetim ödev ve yükümlülükleri aynı sahipsenepli çocuklara karşı olduğu gibidir. , Huysal, s.21; Karabacak, s.16vd.; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s.755; Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, s.625; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.236 vd.

¹⁸³ Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, s.625 vd.; Akkaya, s.78; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s.505; Tekinay, s. 517, buna göre velayetin babaya verilebilmesi için çocuğun bedensel ve ruhsal güvenliği, babası yanında her bakımdan sağlanabilmedir. Bu temel kuraldır. Baba bir başkasıyla evli ise, onun kurmuş olduğu aile, çocuğa karşı biyolojik, duygusal ve sosyal işlevini uygun biçimde yerine getirebilecek özelliklere sahip olması gerekmektedir; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.237.

verilebilir ya da çocuğa bir vasi atanır¹⁸⁴. Şüphesiz ki, velayetin babaya tevdisi için çocuk ile babası arasında tanıma veya babalık davası yoluyla soybağının kurulmuş olması gereklidir. Eğer doğumu evlilik dışı ise, taraflar daha sonra evlenerek çocuk ile baba arasında da soybağı kurulup, çocuk ana babanın ortak velayeti altına girer¹⁸⁵.

V. CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ HALİNDE VELAYETİN TEVDİİ

4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda cinsiyet değişikliği ile ilgili yeni düzenleme yapılmıştır. Kanun koyucu cinsiyet değişikliği hakkındaki maddeleri kişisel durum sicili (nüfus kütüğü) ile ilintili görmüş ve TMK m.40 hükmü ile düzenlemiştir. Buna göre; cinsiyet değiştirmek isteyen kişi mahkemeye şahsen başvuru yapmalı ve cinsiyetinin değiştirilmesini talep etmelidir. Mahkeme bu talebi değerlendirecek ve cinsiyet değişikliğine izin verebilmek için istem sahibinin 18 yaşını doldurmuş olması, evli olmaması, transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunduğunu bir eğitim araştırma hastanesinden alınacak resmi bir sağlık kurulu raporuyla belgelemiş olması şartlarını arayacaktır. Gerekli izinlerin alınması ve raporların düzenlenmesi sonucunda başvuru sahibi yani cinsiyet değiştirmek isteyen kişi tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı ile

¹⁸⁴ Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, s.625; burada yapılan değerlendirme küçük ve anne sıfatına sahip kadının ergin olması veya hakkında var olan kısıtlılık kararının kalkmasıyla velayet anneye tevdi edilebilecekse, hâkim velayeti babaya vermekte acele etmemelidir. Velayetin babaya verilmesi daha çok ananın ölümü veya velayetin anadan kaldırılması durumunda söz konusu olmaktadır; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.238; Gençcan, Velayet Hukuku, 2015, s.196-197; Y 2.HD, 04/02/2008, 21135-795 ile Y 2.HD, 04/05/2004, 4807-5745 kararlarına erişim: www.karartek.com.tr

¹⁸⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, 2015, s.342 – 343; Elçin Grassinger, Gülçin; Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler; On İki Levha Yayıncılık, 1. b. , İstanbul, 2009, s.13, dn. 20; Usta, s.28; Öztan, Aile, s.636.

cinsiyetini değiştirdiğini ispat ederek nüfus sicilinden cinsiyetinin değiştirilmesini talep edebilecektir¹⁸⁶.

A. GENEL OLARAK

Türk Medeni Kanunu m.134 gereğince birbiriyle evlenecek erkek ve kadınlardan söz edilir. TMK m.136'da ise "erkek ve kadınlardan her biri" ifadesine yer verilmiştir. Genel kapsamda kanunumuzun iki cinsten bahsetmesi ve evliliğin iki cins arasında olabileceğini ifade etmiştir. Öğretide kabul edilen görüşe göre; evlilik iki ayrı cinse mensup kişilerin sürekli bir birlik meydana getirmek üzere birleşmelerini ifade ediyor olması ve bu sebepten ötürü aynı cinse mensup kişiler arasındaki bir evlilik, yok evliliktir¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Sağlam, İpek, Türk Medeni Kanunu Madde 40 zerinde Bir Değerlendirme", *EÜHFD*, C.VIII, S.3-4, s.455 vd ; Akipek, Jale G./ Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman , Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2012, s. 493

¹⁸⁷ ztan, Aile, 2015, s.574 - 573; Tekinay, s.108; Feyzioğlu, s.96; Tutumlu, Butlan, s. 28-29; Kocayusufoaşaoğlu, N; Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilirler mi? İstanbul 1986, s.27; Dural/gz/Gümüş, Aile, 2011, n.375, buna göre 344 sayılı Kanun ile Eski Medeni Kanun'un 29. maddesine şu fıkra eklenmiştir: "Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır. Bu konuda açılacak davalarda cinsiyeti değiştiren kişi evli ise, eşe de husumet yöneltilir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur". Söz konusu Kanun'u yürürlükten kaldıran 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40/1. maddesi ise, "Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemeye cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için istem sahibinin on sekiz yasını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır." şeklinde değerlendirilmiş ve uygulamada hayat bulmuştur. ; Hatemi/Kalkan/Oğztrk, ř3, n.12; ztan, Aile, 2015, s. 573 vd; Tekinay, Aile Hukuku , s.108; Feyzioğlu, Aile Hukuku , s.96; Oğzman/Dural, Aile Hukuku, 1998, s.89, s.111; Akıntürk , Aile, 2006, s.213 vd. ; Akkurt, s.43; EMK m.97'de de iki ayrı cinsin

Türk Medeni Kanunu m.40 hükmünde cinsiyet değişikliği için aranan şartlardan biri de cinsiyet değiştirecek olan kişilerin evli olmamasıdır. Olağan durum bu olmakla birlikte mahkemeden izin almadan evli bir kişinin cinsiyet değiştirmesi durumunda evliliği ne olacağı tartışmalıdır. Doktrinde bu konuda ileri sürülen görüşlerden ilki; cinsiyet değiştiren kişinin evliliğinin kendiliğinden sona ereceğidir. Bu görüşe göre; evlenme durumunu düzenleyen maddeye göre farklı cinste olma koşulunun yerine getirilmemesi nasıl evliliğin yok hükmünde kabul edilmesine sebep oluyorsa evlilik devam ederken cinsiyet değiştirilmesi halinde de evlilik hiçbir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın kendiliğinden hükümsüz sayılmalıdır. Geçerli evlilik için aranan şartlar evliliğin devamı boyunca da aranmalıdır. Eşlerden birinin evli iken cinsiyet değiştirmesi aynı zamanda kamu düzenine de aykırıdır. Evliliğin butlanı sebepleri kanunda tüketici olarak sayıldığı için bu durumda cinsiyet değiştirme evliliğin butlanı sebepleri arasında sayılamayacaktır. NumerusClasus ilkesine aykırı olacağı için bu durumu mutlak butlan sebebi sayılamayacağına göre tek çözüm yokluğu kabul etmektir¹⁸⁸.Ancak bu eleştirilmiş ve açıklaması şu şekilde yapılmıştır;

evliliği ile ilgili hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Ve evlilik kadına erkeğin, sürekli bir birlik oluşturmak üzere birleşmeleri ifade edildiği için aynı iki cinsin birleşmesiyle evlik olmayacağı düzenlenmiştir; Akkaya, s.68-69; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s.96; Zevkliler, s.750 vd.; Güven, Kudret, Cinsiyet değişikliği ve hukuki sonuçları,s.7.

¹⁸⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2012, s. 74; Akkurt, s.43vd.; Akipek,Jale/Akıntürk,Turgut/Ateş Karaman,Derya;Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku I. Cilt, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 201; Turan Başara, Gamze, “Türk Medeni Kanunu’nun 40. maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, TBBD, Y.2012, S.103, s. 258; burada hukuki anlamda bir evlilikten bahsetmek için evlenmenin kurucu niteliklerini taşıması gereklidir; Öztan, Aile, 2015, s. 573 vd.; Tekinay, Aile Hukuku , s.108 vd.; esasen Feyzioğlu, cinsiyet değiştirmenin vasıfta hata gibi düşünülüp evlenmenin nispi butlanla iptali sebebi sayılması olasılığını vurgulamış olduğu halde, nispi butlan sebeplerinin evlenme akdinin yapıldığı sırada var olması koşuluyla evliliğin iptaline yol açması, iptalin düşünülmemeyeceğini ifade etmiştir, Feyzioğlu, Aile Hukuku, s.96; cinsiyet değiştirmeye önemli ölçüde zemin hazırlayan hermafroditler bakımından farklı düşünülmelidir çünkü hermafrodizm evlilik öncesi, hatta doğuştan var olan bir hilkat garabeti olarak değerlendirilmiştir, burada kişinin fiziksel durumunda belirgin ve dıştan fark edilen bir aksaklık olmasa bile, cinsel organ bakımından çift cinsiyete sahip olma anlamına gelen hermafrodizm, evlenme tarihine kadar gizlenebilir. Hermafroditlerde psikolojik arazlar

evliliğin yok hükmünde sayılması için ancak evlilik sırasında mevcut olan evliliğin kurulmasına engel bir sebebin varlığını gereklidir.¹⁸⁹ TMK da bu konuda bir

genellikle bulunmamakta ve doğum sonrası belirlenen resmi cinsiyet karakterin şekline girecekleri belirtildiğinden durumlarının kolay anlaşılabilmesi doğaldır. Evlenme sonrası anlaşılmalı bir hermafroditizm, şahısta hata veya şartları varsa hile sebebiyle nispi butlan iddiasını haklı göstermelidir, Güven, Kudret, “*Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları*”, GÜHFD, C.1, S. 1, 1997, s.9; Hatemi/Serozan, Aile Hukuku, s. 87; Nitekim Y. HGK. 18.1.1969 t. ve E: 67/2-835, K: 69/ 835/52 sayılı kararı ile kadınlık cinsiyet organının cinsel ilişkiyi imkânsız kılacak nitelikte olması, eşin niteliğinde yanılma olarak nispi butlan sebebi teşkil ettiğini kabul etmiştir, Bkz. Yazıcı/Atasoy, s.173; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.89 - 111; ayrıca mahkeme verdiği kararda, cinsiyet değişikliğine ve evlenmenin yok sayılmasına hükmedebileceği; verilmiş olan hükmün kesinleştiği tarihte, evliliğin, yapıldığı andan itibaren mevcut olmadığı anlaşılmaktadır, Akıntürk , Aile, 2006, s.213; Öztan, Aile, 2004, s.320-321; Zevkliler, Aydın Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası, BBD, Yıl: 1922, S.2, s.262 ; Akkaya, s.71; Öztan, s. 179, dn. 1 ile ifade olunan görüşün, yokluk müeyyidesinin hukuki anlam ve özellikleriyle bağdaşmadığı söylenebilir. Çünkü yok hükmü, hukuki muamelenin kuruluşu safhasında, kurucu unsurlardaki eksikliklerden kaynaklanır. Muamele bir defa meydana gelmiş ise sonradan ortaya çıkan sebeplerle exnunc etkili feshinden bahsedilebilir, yoksa exnunc etkili yokluk anlayışı yokluk kavramı ile çelişir. Ayrıca bu halde cinsiyet değişikliği anında evliliğin sona erdiğini (yokluk tabirini kullanmamakla beraber) kabul etmek gerektiği yolundaki katılmadığımız görüşler için Bkz. Oğuzman, s. 103; Köprülü/Kaneti, Aile, s. 65 vd.; Güven, Cinsiyet Değişikliği, s.7 vd..

¹⁸⁹ Geçersizlik müeyyidesinin en ağır halini oluşturan yokluk kavramı, bir hukuki muamelenin teşekkül edebilmesi için şart kılınan kurucu (muhteva) unsurlarının, görünüş itibarıyla bile meydana gelmediği hallerde söz konusu olur. Butlan ile aralarındaki temel fark ise burada ortaya çıkar. Butlanda muamelenin meydana gelmesi için aranılan kurucu unsurlar tamamlanmış, fakat hukuk düzeni, bu muhteva ile kurulan hukuki muameleye uygun sonuçların bağlanmasını kesinlikle reddedilmektedir; Tekinay, S.Sulhi/Akman,Sermet/Burcuoğlu,Haluk/Altop,Atilla,Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 378; Buna karşın yokluk, bir hukuki muamelenin kurucu unsurlarının bulunmaması haline bağlanan bir müeyyide oluşturur. Butlan, akdin kurucu unsurlarında değil, geçerlilik unsurlarındaki eksiklikten dolayı, yani hukuka aykırılık nedeni ile ortaya çıkmaktadır. Kurucu unsurlar akdi kurar, geçerlilik unsurları ise kurulmuş bir akdin geçerli hukuki sonuçlar doğurmasını sağlar, Eren, Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, s. 403; Cinsiyet ayrılığının evlenme akdinin kurucu unsurlarından olduğu ve

düzenleme yoktur ancak iki ayrı cinsin birleşmesi konu alındığı için ve evlilik müessesesi ve aile hukuku bu iki ayrı cinsin durumlarına hukuki bir tanımlama getirmiş bazı şekil kuralları koymuştur. Örneğin; resmi evlendirme memuru önünde yapılmayan evlilik, keza aynı cinsten iki kişinin evliliği gibi. Hâlbuki cinsiyet değişikliğinde evlilik yapılırken buna engel bir hal mevcut değildir. Cinsiyet değişikliği geçerli evlilik yapıldıktan sonra ortaya çıkmıştır. Bir hukuksal işlem geçerli bir şekilde kurulmuşsa sonradan ortaya çıkan sebepler yok sayılmasına, iptaline, butlanına değil ancak feshine yol açabilir. Evlilik hukukunda ise sonradan ortaya çıkan sebepler ancak boşanmaya sebep olabilir. Bunun tek istisnası gaiplik halinde evliliğin feshinin talep edilebilmesidir. Bütün bunlar dışında “evliliğin yok hükmünde sayılması” demek diğer eşin ve çocukların yok sayılması demektir.

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise evlilik kanunda sayılan sebeplerden sadece ölüm halinde kendiliğinden sona erdiğine göre cinsiyet değiştirme durumunda evlilik kendiliğinden sona ermez. Mahkeme kararıyla evliliğin sona ereceği haller, boşanma ve butlan sebepleri ile evliliğin gaiplik nedeniyle feshi gibi kanunda sınırlı sayıda belirtilmiştir. Kanunda sınırlı sayıda sayılan bu durumlar dışında yeni bir durum yaratılamayacağına göre eşlerden birisinin cinsiyet değiştirmesinin kanuna butlan sebebi olarak eklenmesi gerektiği savunulmuştur. Esasen uyumsuzluğun mevcut hukuki durum içerisinde değerlendirilmesi ve çözüme kavuşturulması gerektiği için yeni bir madde eklenmesi, kanunun değişmesi ya da Medeni Kanundaki cinsiyet değişikliğine ilişkin hükmün değiştirilmesi suretiyle

akdin yapıldığı anda var olması gerektiği konusu açıktır. O halde evlenme akdi yapılmadan önce vaki bir cinsiyet değişikliğinden sonra, tespit ve tescil edilmiş cinsiyetine göre erkek veya kadın olan bir kimsenin, karşıt cinsten birisi ile yapacağı evliliğin geçerliliğinden şüphe edilmemeli ancak transseksüelliğin diğer taraftan gizlenmiş olması halinde hile veya sonradan öğrenilmesi halinde vasıfta hata söz konusu olup evliliğin iptali mümkün görülmektedir, Feyzioğlu, s. 96; Hatemi/Serozan, s. 84; Güven, Cinsiyet Değişikliği, s. 8 vd.; Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara 1993, s. 58 vd.

mümkün olabilir denilmiştir. Eşlerden birisinin cinsiyet değiştirmesinin kanuna butlan sebebi olarak eklenmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁹⁰.

Üçüncü bir görüşe göre; Kanunumuza göre hukuken tanınmış evlilik ölüm hariçyalnızca mahkeme kararı ile sona erecektir. O halde eşlerdenbirinin cinsiyet değiştirmesi evliliği kendiliğinden sona erdirmeyecek ve mahkemeden izin alınmadan gerçekleştirilen cinsiyet değişikliği hukuken tanınmayacağından, kişi fiilen cinsiyetini değiştirmesine rağmen hukuken tanınmış olan cinsiyetini korumaya devam edecektir. Evlilik aynı cinsten farklı iki kişi arasında devam edecektir. Kanunda evliliğin geçersizliğine ilişkin haller sınırlayıcı olarak sayılmış olup, bunlar arasında evlenmeden sonra cinsiyet değiştirme kavramına yer verilmemiştir. Bu sebeplerle eşin başvurabileceği tek hukuki yol genel boşanma sebeplerine dayalı olarak boşanma davası açmaktır¹⁹¹.Evliliğin yokluğu veya butlanı evlenme anına kadarki bir sakatlıkla gündeme gelen yaptırımlardır. Evlilik gerçekleşikten sonra ortaya çıkan sebepler ise sadece boşanma sebebi olarak değerlendirilebilecektir. Eşler evlendikten sonra birisinin cinsiyet değiştirmesi evlenme anındaki bir sakatlık olarak sayılmayacağı, evlendikten sonra ortaya çıkan ve ortak yaşamı çekilmez hale getiren bir sebeptir şeklinde değerlendirmeye alınacağı söylenebilir.Evlilik gerçekleştirilmiş ise cinsiyet değişikliği yokluk yaptırımı değil ancak boşanma sebeplerinden birisi olarak kabul görecektir. Boşanma sebebi için ise en uygunu “evlilik birliğinin sarsılması” ile ilgili TMK m.166 hükmüdür. Bu durumda eşlerden herhangi biri bu nedenle dava açabilir. Aynı cinsten iki kişinin evliliklerini devam ettirmesi mümkün olmadığından boşanmaya karar verilmelidir.

Burada tarafların ayrılması halinde velayetin ne şekilde olacağı ele alınacaktır. Yani her halükarda butlan ile yok sayılsa da mahkeme kararıyla boşanmaya da karar verilse çocuk ile ilişkilerde ve velayetin tevdiinde boşanma halinde velayetin tevdi durumundan ayrı karar verilemeyeceği düşünülebilir.

¹⁹⁰ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, Medeni , s. 835; Öztan, Aile, 2015, s. 573 vd.; Hatemi/Serozan, Aile Hukuku, s. 103; Hatemi, Hüseyin, Kişiler Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 77 ; Akkurt, s.45 vd.; Zevkliler, A; Tedavi Amaçlı Müdahaleler ile Kişilik Haklarına Saldırının Sonuçları, DÜHFD, 1993, S.1, s.35 vd..

¹⁹¹ Ayan, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Şen Matbaası, Ankara 2004, s. 154; Sert, s.261-262.

Görüldüğü üzere cinsiyet değişikliği ve sonuçlarına dair doktrinde pek çok tartışma bulunmaktadır ancak konumuz gereği burada değinilmesi gereken kişilerin cinsel eğilimlerine göre hareket etmelerinin yanı sıra evli olan çiftlerden herhangi birisinin cinsiyet değişikliği halinde müşterek çocuğun durumun ne olacağıdır. Çünkü taraflar her ne koşulda olursa olsun çocuğun menfaatini korumak en önemlisidir.

B. VELAYETİN CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ DURUMUNDA TEVDİİ HALİ

Cinsiyet değişikliğine karar veren mahkemenin, müşterek çocuğun velayetinin tayin edilmesi konusunda, boşanma veya ayrılık halinde hâkimin ana ve babayı dinledikten sonra velayet hakkının kullanılmasına ve ana baba ile çocuklar arasındaki şahsi ilişkilere dair gereken tedbirleri alacağına dair genel hükmün, özel bir halinden ibarettir. O halde aynı esasların bu duruma da uygulanması gerekecektir.

Daha önceden söylediğimiz gibi velayetin tevdiinde hâkim takdir yetkisine sahiptir (TMK m.4). Hâkim bu yetkiyi kullanırken her olayın özelliğini dikkate alarak toplumda yerleşik adalet duygusuna ve acıma duygusuna göre ve özellikle çocuğun menfaatini dikkate alarak karar vermek zorundadır¹⁹². Esasen cinsiyet değişikliği halinde de bu ilkelerden ayrılmamak icap eder.

Velayet, tabii nesep ilişkisine dayanır. O halde biyolojik babası veya anası olduğu konusunda tereddüt edilmeyen kişilerin cinsiyet değiştirmesi sonucunda bile nesep ilişkisi ortadan kalkmadığına göre, cinsiyet değiştiren tarafa da velayet hakkı verilmelidir. Velayetin tevdiine ilişkin, hükmün verildiği anda ona esas olan şartları değiştiğinde açılacak değişiklik davası ile (*Abaen-derunksklage*) değiştirilebilir¹⁹³. Çocuk menfaati doğrultusunda verilmiş olan hüküm, değişen şartlara göre yeniden düzenlenebilir. Velayet hakkı kendisine verilen transseksüel yeniden evlenmesi,

¹⁹² Güven, Cinsiyet Değiştirme, s.31-32.

¹⁹³ Değişiklik davaları için bkz. Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, İstanbul 2001, s.605 vd.; Kuru,Baki/Arslan,Ramazan/Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2003, s.521 vd..

velayeti ifadan aciz olması, velayet hakkını kötüye kullanması, velayeti ifada aşırı ihmali bulunması velayetin nez'i sebebi sayılacaktır.

Velayetin tevdiinde ana çıkış noktası çocuğun menfaati olmakla beraber, tek kriter değildir¹⁹⁴. Cinsiyet değiştirmekle beraber tabii kan bağı ile bağlı bulunduğu biyolojik ana ve babanın ekonomik, sosyal ve psikolojik durumu da hâkime kanaat verir. Çocuğa maddi, manevi yakınlık gösteren sevecen, sakin, tahammüllü, çocuk psikolojisinden anlayan, mesleğinde başarılı, toplum ile barışık bir transseksüele velayet hakkının verilmesi, bu özellikleri taşımayan diğer tarafa velayetin tesliminden daha tutarlı görülecektir. Diğer taraftan, çocuğun temyiz kudretine sahip olması koşulu ile velayetin cinsiyet değiştiren tarafa verilmesi yolundaki iradesine de önem verilmesi gerekir.

Velayet hakkı bakımından cinsiyet değiştirme ameliyatında evli olmama şartı arandığı için velayet hakkı bakımında da herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Velayet hakkının düzenlendiği genel hükümlere göre sorunun çözülmesi gerekecektir. Çocukların velayeti konusunda boşanma halinde uygulanacak hükümler uygulama imkânı bulacaktır.

TMK m. 182/1 velayet hakkı konusunda hâkime takdir yetkisi tanımış ancak bu takdir yetkisinin sınırı olarak çocuğun yararının göz önüne alınması gerektiğini belirtilmiştir. Velayet hakkının tanınması bakımından anne ve baba eşit durumdadır. Bu bakımdan cinsiyet değiştiren kişinin de cinsiyet değiştirmeyen eşe göre velayet hakkı bakımından herhangi bir önceliği veya sonralığı söz konusu değildir. Cinsiyet değiştiren kişinin hayatı düzenli, sosyal ve maddi yaşantısında problem olmadığı gibi çocuğuna da rahatlıkla bakabilecek durumda ise velayet hakkı kendisine verilmelidir¹⁹⁵. Doktrinde aksi görüşe göre ise, hâkim çocuğun velayetini transseksüel yapıda olan eşe vermemelidir. Bu eşe çocuğun velayetinin verilmesi çocuğun psikolojisinin bozulmasına sebep olabilecektir¹⁹⁶. Esasen velayet hakkı bakımından önemli olan çocuğun yararınıdır. Çocuğun yararına olan eş transseksüel yapıda olsa dahi çocuğun bakımını üstlenebilecek durumda ise ayrıca sosyal, psikolojik ve maddi

¹⁹⁴ Güven, s.31vd..

¹⁹⁵ Güven, Cinsiyet Değişikliği, s.73; Sert, 2015, S.118, s.263.

¹⁹⁶ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, Medeni, s.279; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.269 vd.

durumu da iyiye çocuğun velayet hakkını almasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Velayet hakkının cinsiyet değiştiren eşe bırakılmaması durumunda; cinsiyet değiştiren eş Türk Medeni Kanunu m.182/2 hükmü anlamında çocuğu ile kişisel ilişki kurulmasını isteyebilecektir. Çocuğun psikolojisinin olumsuz etkilenebileceği durumlar söz konusu ise bu talep reddedilebilecektir.

Duruma velayet hukuku açısından bakarsak, cinsiyet değiştiren taraf baba olduğu takdirde, çocuğu doğuran kadın anadır prensibinden hareketle velayet anaya verilecektir. Ancak ananın cinsiyetini değiştirmesi halinde ortada başından beri geçersiz sayılan bir evlik bulunduğundan, esasen çocuk evlilik dışı sayılacak ve sözü geçen prensip uygulama alanı bulamayacağından hâkim velayetin kime verileceğine karar verecektir. Zira çocuk ile babaya arasındaki soybağının kurulması velayet açısından önem arz eder. Çocuk ile baba arasında tanıma veya hâkim hükmü (babalık davası) ile soybağı kurulursa hâkim çocuğun velayetini babaya verebileceği gibi somut olayın özelliklerine göre çocuğa vasi tayin ederek bir kuruma yerleştirilmesine de karar verebilir. Çocuk ile baba arasında soybağı kurulamıyorsa bu takdirde esasen çocuğa vasi tayini yoluna gidilmelidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

VELAYETİN TEVDİİNDE ÇOCUK, ANA VE BABA AÇISINDAN GÖZÖNÜNDE TUTULACAK HUSUSLAR

IV. VELAYETİN TEVDİİNDE ÇOCUK AÇISINDAN GÖZÖNÜNDE TUTULACAK HUSUSLAR

Velayet tevdiinde çocuklar açısından hassas olunmalı ve hem çocukların hakları korunmalı hem de onların dilediği hayat şartları oluşturulmasına dikkat edilmelidir. Burada en büyük görev öncelikle anne ve babanıdır; çünkü çocukları için iyi olanın ve faydalı olan hususların farkında olacaklardır. Burada öncelikle göz önünde tutulacak hususlarda genel şartların ve hâkimin takdir yetkisine değineceğiz daha sonra çocuk için özel olarak göz önünde tutulması gereken hususları ayrıntılarıyla beraber inceleyeceğiz.

A. Genel Olarak

Bu başlık altında çocuğun genel şartlar altında korunması gereken hususlar ile hâkimin takdir yetkisi ve alabileceği tedbirleri ele alacağız. Öncelikle hakim dışarıdan gören bir göz olarak çocuğu ve velayeti tevdi edeceği anne ya da babayı objektif olarak değerlendiren, ilk şart olarak pragmatik bir yaklaşımla çocuğun hayat şartlarını en iyi seviyede tutabilecek ve bunun yaparken de çocuğun menfaatinin onu dinleyerek bir fikir oluşturacaktır. Bu sebeple kanunkoyucuhakime hem durumu iyi değerlendirebilmesi hem de verdiği kararları uygulayabilmesi bağlamında ona geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Korunmaya muhtaç durumda olan çocuk çok sayıda tehlike ile karşı karşıyadır. Çocuğun bu kadar fazla tehlike ile karşı karşıya olması hâkim tarafından alınabilecek önlemlerin de çeşitli olması sonucunu doğurur. Türk Medenî Kanunu'nda hâkim tarafından alınabilecek önlemler tek tek sayılmayarak, alınacak önlemlerin niteliğinin belirlenmesi hususunda hâkime geniş takdir yetkisi tanınması yoluna gidilmiştir. Hâkim bu takdir yetkisini kullanırken çocuğun menfaatinin göz önünde tutmakla yükümlüdür. Önlemler çocuğun menfaatinin gerektirdiği ölçü ve tarzda olmalıdır. Yine alınan önlemlerle çocuğun karşılaştığı

tehlikenin büyüklüğü arasında orantı bulunması gereklidir. Hâkim hafif bir önlemlerle çocuğun karşılaştığı tehlikeyi bertaraf edebilecek durumda olmasına karşın ağır bir önlem alma yoluna gitmesi çok uygun değildir¹⁹⁷. Bunun gibi velâyet hakkına gereksiz müdahale de çocuğun çıkarını tehlikeye düşüren ve ana ve babanın kişilik haklarını haksız olarak sınırlandıran bir durumdur. Buna karşılık hâkim müdahaleyi gerektiren bir durumu öğrendiği takdirde müdahaleden kaçınmamalı, gerekiyorsa re'sen müdahale ederek gerekli önlemleri almalıdır.

Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır. (TMK. m. 346). Bahsi geçen madde MK m. 272'de yer alan "Ana ve baba, vazifelerini ifa etmedikleri takdirde hâkim çocuğun himayesi için muktazi tedbirleri ittihaz ile mükelleftir" hükmünün kısmen karşılığıdır. Düzenleme ile çocuğun korunmasına yönelik tedbirler genişletilmiş, ana ve babanın görevlerinin yapmamalarının yanında, çocuğun menfaatinin ve gelişiminin tehlikeye düşmesi halinde ana ve baba çare bulamaması yahut güçlerinin yetmemesi durumunda hâkime çocuğun menfaati doğrultusunda önlemler alma yetkisi tanınmıştır. Hâkimin başvuracağı tedbirler TMK m. 346, 347 ve 348 'de belirtilmiştir. Hâkimin alabileceği en hafif önlemler TMK m. 346'da düzenlenen doktrinde¹⁹⁸ genel koruma tedbirleri

¹⁹⁷ 2. HD. 02.04.1992 tarih, 3630 E., 3888K, www.corpus.com.tr ; Öztan, Aile, 2004, s.672; Akıntürk, Aile, 2006, s.449; Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.301; buna göre koruma tedbirlerine sadece velayet hakkına sahip ana ve babaya karşı başvurulabilir ve çocuk, ana ve babadan sadece birinin velayeti altında ise, koruma tedbirleri sadece ona uygulanır. Ana ve babanın velayet hakkına birlikte sahip oldukları durumda içlerinden sadece biri çocuğun zararına hareket etmişse; tedbir sadece ona karşı uygulanmalıdır; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2005, s.529; Köprülü/Kaneti, Aile, 1986, s.259; Öztan, Aile, 2004, s.672.

¹⁹⁸ Akıntürk, Aile, 2002, s. 360 - 361; İnan, Çocuk Hukuku, 1968, s.140; Köprülü/Kaneti, Aile, 1989, s.259 bun göre genel koruma tedbirleri velayet hakkına nispeten daha az müdahale eden önlemdir; Saymen, Ferit, "Medeni Kanunumuzda Çocukların Ana-Babalarına Karşı Korunmaları", İş Mecmuası1943, C.IX, S.34, s.176, burada ana ve babaya yol gösterilmesi, öğüt verilmesi, ihtarda bulunulması gibi velâyet hakkını sınırlamayan önlemler ile ana ve babanın denetime tabi tutulması gibi velâyeti hafif ölçüde sınırlayan önlemler genel koruyucu önlemler arasında gösterilmiştir; Zevkliler, Medenî, 1999, s.1125;

adı verilen tedbirlerdir. Bu tedbirlerin daha ağırları TMK. m. 347 ve 348 'de düzenlenen ve doktrinde¹⁹⁹ özel koruma tedbirleri olarak adlandırılan velâyeti hukuken ya da fiilen kaldıran tedbirlerdir. Bunlar dışında 4320 sayılı Kanunda yer alan tedbirleri de bu kapsamda değerlendirmek mümkündür.

Hâkimin TMK m. 346 kapsamında, gerekli tedbirleri alabilmesi için; ana veya babanın kusurlu veya kusursuz olarak yükümlülüklerini yerine getirmeyerek çocuğun menfaatinin, gelişmesinin tehlikeye düşmesi gereklidir. Ayrıca velayetten doğan yükümlülüklerin ana ve babanın her ikisi tarafından veya sadece biri tarafından ihmal edilmiş olması önemli değildir; önemli olan çocuk ile ilgili yükümlülüklerin ihmal edilmiş olması ve bu nedenle çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düşmelidir²⁰⁰. Ana ve babanın sadece çocuk ile ilgili yükümlülüklerinin

Velidedeoğlu, H. Veldet; Türk Medenî Hukuku, C.2, Aile Hukuku, İstanbul 1960 , s.341-342; Oğuzman/Dural, Aile , 1998.s. 304

¹⁹⁹ İnan, Çocuk Hukuku, s.143; Oğuzoğlu, Velâyetin Ehemmiyeti, s.1000 buna göre Oğuzoğlu şöyle bir örnek açıklamıştır TMK 346 ile 347'nci maddelerinde düzenlenen tedbirlerin alınması ve kaldırılması Aile mahkemesine veya Aile mahkemesi sıfatıyla Asliye Hukuk mahkemesine aittir. Bu tedbirler ana ve babaya kanunun kendilerine yüklediği yükümlülükleri hatırlatmak, talimat vermek, yol göstermek, öğüt vermek, onlar ile birlikte tehlikeyi bertaraf edici tedbirler almak, belirli davranışlarda bulunmayı yasaklamak, velayet hakkının kendilerinden alınacağını ihtar etmek, kayyım tayini şeklinde olabilir; Y. 2HD. 20.01.2003 tarihli 14048/679 EK sayılı karar alınmıştır Gençcan, Medeni, 2004, s.1567; Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.301-305; Akıntürk, Aile, 2006, s.449; Köprülü/Kaneti, Aile 1986, s.259.

²⁰⁰ Akıntürk, Aile, 2006, s.450; Hatemi/Serozan, Aile, s.368; Köprülü/Kaneti, Aile 1986, s.259; Hâkim tarafından çocuğun korunması için alınması gerekli, TMK m. 346'ya göre, çocuğun şahsı ve mallarına ilişkin ödevlerin yerine getirilmemesi halinde uygulanacağı düşünülse de; doktrinde söz konusu maddenin sadece çocuğun şahsının korunmasına ilişkin önlemler olduğu kabul edilmektedir, Oğuzman/Dural, Aile 1998, s.302; Öztan, Aile, 2004, s.668; Gönensay, A. Samim; Medeni Hukuk, İstanbul, Cilt 2, Kısım 2, 1940, Medeni Hukuk, s.62; İnan, Ali Naim; Çocuk Hukuku, İstanbul, 1968, s.142; Bazı yazarlar da uygun önlemlerin alınması için bizzat çocuğa da hakime başvurma yetkisi olduğunu savunmaktadırlar. Ayrıca doktrinde gerekli önlemlerin alınması için ilgililerin istemde bulunmasının şart olmadığı, çocuğun menfaatinin korunmasının gerekliliği nedeni ile hâkim tarafından da re'sen harekete geçilerek alınabileceği de ileri sürülmektedir;

ihlal edilmiş olması tek başına hâkimin koruma tedbirlerine başvurması için yeterli değildir. Yükümlülüğün ihlali ile birlikte çocuğun menfaati ve gelişimi ciddi tehlikeye düşmelidir²⁰¹. Ciddi olmayan tehlikeler için hâkim koruma tedbiri alamaz. Ana ve babanın kendi başlarına bu tehlikeyi karşılayacak güçleri olmazsa veya buna çare bulamazlarsa bu madde uygulanarak gerekli önlemler alınır. Ana ve babanın kusurlu olup olmadığı aranmaz²⁰². Kusur sadece alınacak tedbirlerin niteliği ve derecesi üzerinde etkili olmaktadır²⁰³.

Ana ve baba çocuklarına yönelik görevi gerekli dikkat ve özeni göstererek layıkıyla yapmadıkları takdirde; hâkim müdahale ederek ödevlerinin ifa etmeye davet edebilir, gerektiğinde ödevi ifa etmek için tedbirler alabilir. Bu tedbirlerin tespiti hâkimin takdirine bırakılmıştır. Burada önemli olan çocuğun yararının, güvenliğinin sağlanmasıdır. Uygun koruma önlemlerinin alınması hâkime tanınmış bir yetki olduğu kadar aynı zamanda hâkime yükletilmiş bir görevdir.²⁰⁴

Hâkim ana ve babaya sorumluluklarını hatırlatmak amacıyla ihtarda bulunabilir. Ana ve babalar kimi zaman çocuğu tehlikeye düşürdüklerinin bilincinde olmayabilirler. İşte ihtar ile hâkim ana ve babaya tehlikeyi belirterek, alınabilecek önlemleri hatırlatılır. İhtar ile velâyet sınırlanmaz, sadece uyarıcı açıklamalarda bulunulur ve ihmalin devamı halinde velâyet hakkının sınırlandırılabilmesi yahut kaldırılabilmesi hususlarında ana ve baba uyarılır. Hâkim tarafından alınan bu önlem

Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2005, s.529; Gençcan, Medeni, s.1575; Y 2 HD 04.06.2002 tarihli 2002/6834-7495 EK sayılı, YKD, Cilt 29, Sayı 1, Ocak 2003, s.17-18.

²⁰¹ Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.303; Öztan, Aile, 2004, s.669

²⁰² Öztan, Aile, 2004, s.671; Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.302; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2005, s.529; Akıntürk, Aile, 2006, s.449-450.

²⁰³ Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.302; Öztan, Aile, 2004, s.668.

²⁰⁴ Akıntürk, Aile, 2006, s.448; Hatemi/Serozan, Aile, 1993, s.368; Köprülü/Kaneti, Aile, 1986, s.259, Çocuğun bedeni, fikri, ruhi gelişiminin tehlikeye düşeceğine ilişkin ciddi belirtilerin olması hali koruma önlemlerinin alınması için yeterlidir. Çocuğun gereği gibi beslenmemesi, sağlığının ihmal edilmesi, okula gönderilmemesi, velayet hakkına sahip olmayan tarafın çocuk ile olan görüşmesinin engellenmesi, çocuğun büyük ana ve baba ile olan görüşmesinin engellenmesi bu kapsamda düşünülmelidir; Öztan, Aile, 2004, s.671; Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.301 - 305; Akıntürk, Aile, 2006, s.449

özellikle küçük şehirlerde ana ve babanın yanlış tutumlarını engelleyebilir. Hâkim TMK m. 346 kapsamında ana ve babaya yapacağı ihtarla, mevcut tehlikeye işaret ederek alınması gerekli tedbirleri belirtir. İhtarla ana ve babanın sahip olduğu velayet hakkı sınırlanmaktadır. İhtar sadece ana ve babaya karşı değil hareketleri ile ana ve babanın görevlerini yerine getirmelerini engellemesi halinde çocuğa karşı da yapılır²⁰⁵.

Koruma önlemlerin takdiri hâkime bırakıldığından, hâkim tarafından, ana babanın hareketlerinin kontrolü için yardımcı bir şahıs tayin edilebileceği ileri sürülmektedir²⁰⁶. Yardımcı şahıs vesayet dairelerinin yardımcısıdır, çocuğu temsil edemezler. Ana ve babanın hareketlerini kontrol ederler, gerektiğinde bir değişiklik olduğunda ana babadan bilgi isterler ve vesayet makamına bildirirler. Ana ve babaya da tavsiyede bulunurlar, ancak tavsiyelerin zorlaması için ana babayı zorlayamazlar²⁰⁷.

B. Çocuklar Açısından Özel Olarak Gözönünde Tutulacak Hususlar

1. Çocuğun Özellikleri

Evlilik birliğinin çözülmesi, aile çocuklu ise, çocuk için çok büyük önemde psiko-sosyal sorunları da beraberinde getirir²⁰⁸. Uygulamada boşanmaların çoğunlukta olduğu zamanlar araştırıldığında evliliğin ilk yıllarında (özellikle ilk beş yıl), olduğu görülmüştür, aile birliğinin bozulmasından en çok zarar görenlerin ise

²⁰⁵ Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.304; Öztan, Aile, 2004, s.673; Tekinay, Genel, s.499; Çocuğun korunması amacıyla ana ve babanın ihtar edilmesinin sonuç vermemesi halinde hâkim gerekli davranışının gerçekleştirilmesi için ana ve babaya emir verir. Örneğin hâkim çocuğun tedavi kurumunda tedavi alınmasını ya da sokaklarda çalıştırılmamasını emredebilir.

²⁰⁶ Öztan, Aile, 2004, s.673; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.102-103; Bu durumda denetimci olarak tayin edilen kimsenin evine gelmesine ve çocukla görüşmesine izin verir. Denetimci, çocuğun gelişimini ve eğitimini sıkı biçimde denetler bununla birlikte tavsiyede bulunur ve düzenlediği raporu ilgili makama sunar Bu önlem tipinde velâyet hakkı bir miktar sınırlanmaktadır; Öztürk, s.146

²⁰⁷ Öztan, Aile, 2004, s.673vd..

²⁰⁸ Akyüz, Müşterek Hayatın Tatili, s.9; Çelikel, s.25.

küçükler olduğu ortadır. Çocuğun kişiliğinin gelişim zamanı ise bu ilk yıllarda olduğu bilinmektedir, çocuk için en önemli şey ise, ana ve babasıyla birlikte sıcak yuvada, sevilerek, çevresine güven duyarak yetişmektir²⁰⁹. Anne ve babasının iyi anlaşmalarını, geçindiklerini gören çocuk, rahatlık hisseder kendini güvende bulur, geleceğe karşı stres altında olmayacaktır.

Çocuğun gelişimine katkı sağlayacak ve yön verecek olan bu durumu, aile içindeki yakın üyelerle gerçekleştirilebilir. Bu dönemde değer yargılarının oluştuğu, kişisel tercihlerin yapıldığı yer ailedir²¹⁰. Çocuğun sağlıklı bir kişilik gelişimine sahip olabilmesi için şu üç olguya dikkat edilmesi gereklidir, fiziksel gelişim, duygusal yaşamın sürekliliği ve toplumsal uyumun sağlanması²¹¹. Boşanma sonrası çocuğun en azından duygusal yaşamının sürekliliği kesilir, çünkü çocuk duygusal olarak anne ve baba tarafından yıpratılır ve çoğu zaman taraflar arasında seçim yapılmaları için zorlanır. Bu durum ise çocukta çoğu zaman depresyon, okula uyum sağlayamama, hırçınlık, saldırganlık ve sürekli tedirginlik gibi davranış bozukluklarına yol açmaktadır²¹². Çocukların ilerleyen yaşlarında bu durum depresyon, endişe, ayrılık endişesi, kişilik sorunları ve konsantrasyon bozukluğu olarak ortaya çıkabilir.

Bu çocuklar, bütün hayatları boyunca ellerindekiyle yetinmezler, daha fazla şey isterler ve sürekli ilgi çekmek isterler. Kendilerine hedef belirleyip, onlara erişmekte güçlük çekerler, yalnız kalamazlar ve diğer insanlara anlayış göstermezler. Çünkü kendilerine de anlayış gösterilmemiştir²¹³. Okul öncesi çağıdaki çocuklar daha çok birlikte yaşadıkları anne veya babalarının da onları terk edip gitmesinden, yiyecek ya da yatacak yer bulamamaktan ve giden anne veya baba tarafından eskisi

²⁰⁹ Yörükoğlu, Atalay, Çocuk Ruh Sağlığı, T. İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1983, s.200; Çelikel, s.25

²¹⁰ Yavuzer, Haluk, Çocuk Psikolojisi, Remzi Kitapevi, İstanbul 2000, s.135-136; Çelikel, s.26.

²¹¹ Dolto, Françoise, Çocuk ve Boşanma, (Çev: Nuriye Yiğitler), 1. Baskı, İstanbul 1998, s.16 vd.;Çelikel, s.26.

²¹² Özkan, Zülfikar; Türkiye’de Boşanmaların Sebep ve Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul 1989, s.111; Çelikel, s.26 vd..

²¹³ Benedek, Elissa/Catherine, F.Brown, Boşama ve Çocuğunuz, (Çev: Serap Katlan), HYB Yayıncılık, Ankara 1997, s.51-52; Çelikel, s.27.

kadar sevilmemekten korkarlar. Davranış şekli, ağlamak, yanında kaldığı ana veya babadan başka kimse ile kalmayı reddetmek veya anne babayı göz önünden ayırmamak şeklinde ortaya çıkar²¹⁴. Büyük yaştaki çocuklar öfkelerini genellikle boşanmadan sorumlu tuttıkları anne babaya yönetirler. Bazı çocuklar ise öfkelerini içlerine kapanarak ve dış dünya ile ilişkilerini keserek belli ederler. Sosyal yaşam, bireyin yaşama isteğini arttırdığı gibi, ona güvenlik hissi de verir. Çevredeki etkenler, bebeğin daha sonra da çocuğun ve yetişkinin hayatı üzerinde devamlı etkiler bırakır. Çocuk ruhunda da dayanışma ve sosyal duygu vardır. Çocuk, bundan dolayı çevresiyle beraber ve sosyal bir varlık olarak değerlendirilmelidir²¹⁵.

Bu değerlendirmeler ışığında öncelikle her çocuğun eşsi bir nitelikte olduğunu ve evlilik birliğinde yaşanan sorunlar sonucunda hâkimin velayeti vereceği tarafın ve çocuğun niteliklerini dikkate alarak karar vermesi gerekmektedir. Velayetin tevdi; belki de en çok boşanmalar sonrasında sıkıntılı bir hal olmakta ve daha önceden incelediğimiz velayetin tevdi durumlarından çocuk için en yıpratıcı hal aldığını söyleyebiliriz. Ancak unutulmamalıdır ki her çocuk anne ve babası arasında sıkışıp kalmakta bundan dolayı da hâkimin çocuğu değerlendirerek karar vermelidir.

2. Çocuğun Yaşı

Velâyet düzenlenirken çocuğun yaşının dikkate alınması gerekmektedir.²¹⁶ Çünkü çocuklar her yaşta farklı özellikler gösterebileceği gibi anne ve babaya karşı da alacağı tavır ve davranışları farklı olacaktır.

Boşanma davalarında velâyet hakkında karar verilirken çocuğun hangi yaşa kadar korunmaya ve bakıma muhtaç olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu belirleme ise çocukluk dönemleri ile yakından ilgilidir. Konuşma dilinde ve diğer uzmanlık

²¹⁴ Benedek/Catherine;s.53; Arıkan, Çiğdem, Halkın Boşanmaya İlişkin Tutumları Araştırması, Başkanlık Aile Araştırma Kurumu, Ankara 1996, s.229.; Çelikel, s.27

²¹⁵ Benedek/Catherine, s.55; Özkan, s.115; Çelikel, s. 28 - 30.

²¹⁶ Gençcan, Boşanma, 2006, s.857; Çelikel, s.43; Schwarz, Aile, 1946, s.177; Demirci, s.114; Solak, s.42; Velidedeoğlu, 1956, s.213, Y 2HD 12/06/2014, E.2014/2367, K.2014/13271, www.corpus.com.tr

alanlarında çocukluk farklı dönemleri kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Psikoloji biliminin verileri her çocuğun gelişiminin farklı olduğunu ve çocukluk dönemlerinin belli yaş sınırları ile belirlenmesinin mümkün olmadığını göstermektedir²¹⁷.

Annenin bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun velâyet hakkı annenin görevini yerine getirmesini engelleyen haklı bir neden olmadıkça anneye verilmelidir²¹⁸. Yargıtay'a göre, ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği takdirde ana bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun velayetinin anaya verilmesi gerekir²¹⁹. Anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun anaya verilmesinde küçüğün menfaati bulunduğu konusunda hiçbir duraksama görülmemekte bu gibi durumlarda velâyet hakkının anneye verilmesi yerleşik bir uygulama oluşturmaktadır, fakat eşitlik ilkesi gereğince anne ve baba

²¹⁷ İmamoğlu, Tedip Hakkı, s.189; Usta, s.8 vd.; Çocukluk kavramında psikolojik açıdan bakıldığında ise çocukluk sürecinin gelişimsel dönemler ayrıldığı görülmektedir. Psikolojideki çocuk kavramı ile tıptaki çocuk kavramı aynıdır. Her iki bilim dalı da çocukluk gelişime bağlıdır. Erinliğin başlaması ile tıbbi bakımdan da çocukluk sona erer ve gençlik çağına girilir. Tam aile yapısının bozulmasının çocuk üzerindeki etkilerinin velayetin belirlenmesi dâhil alınması gereken tedbirlerin hem çocuğun içinde bulunduğu gelişimsel dönemden kaynaklanan ihtiyaçları hem de gelişim sürecinin devamında gündeme gelecek ihtiyaçları açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Velayetin belirlenmesi sadece statik değil, dinamik bir araştırmayı gerektirmektedir, çünkü çocuk erginliğe ulaşana kadar farklı aşamalardan geçmektedir; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.99.

²¹⁸ Özmen, Çocuk Mahkemeleri., s.68'den alıntıdır, 2. HD, T. 23.01.2001, E. 14230, K. 1048; İnal, Uygulama, s.649; Gençcan, Boşanma, s.1157; Velidedeoğlu, Medeni, s.219; Ergün, Boşanma, s.596; Solak, s. 42; Akkaya, s.98; Akıntürk, s.198; Velidedeoğlu, s.268; Zevkliler, s.852.

²¹⁹ Baygın, s.366- 367; "...müşterek çocuk D. 1998 doğumludur. Toplanan delillerden davalının R. İsimli evli ve beş çocuklu bir kişi ile ilişkiye girdiği, onunla yaşadığı anlaşılmaktadır. Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce küçüğün bedeni ve fikri gelişimi dikkate alınmalıdır. Altı yaşındaki D.'nin bu şartlar altında anne yanında kalması onun gelişimine olumsuz etki yapacağı açıktır. Babanın velayeti ifa edemeyecek durumda olduğu da ispat edilmemiştir. Mahkemece velayetin babaya bırakılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır...", Y. 2. HD. 11.03.2004 T., E.2151/ K.3077. (Kazancı Bilişim İçtihat Bankası)

velayetin kendilerine bırakılması durumunda eşittirler yani anne öncelik hakkına sahip değildir²²⁰.

Yaşı itibariyle ananın ilgi ve şefkatine muhtaç olan çocuğun belirlenmesinde kesin kıstaslar ya da belli bir yaş sınırlaması yoktur. Hâkim somut olayın ve çocuğun gelişimine, özelliklerine göre çocuğun ana bakım ve şefkatine muhtaç olup olmadığını belirleyecektir. Uygulamada hangi yaş grubu çocukların ana bakım ve şefkatine muhtaç olduğunun tespiti konusunda hâkimler zorlanmaktadır²²¹. Oral dönem adı verilen ve tıp ile psikoloji bilimine göre 0- 3 yaş aralığındaki çocuklar doğal yapıları gereği anne ilgi ve şefkatine ihtiyaçları bulunmaktadır. Bu yaş grubundaki çocuklar anaya fazlasıyla bağlı ve bağımlıdır. Psikoloji biliminin verilerine göre bu yaş grubunda çocuğun yaşadığı en büyük sarsıntı çocuğun anasından ayrılmasıdır²²². Çocuğun benlik duygusu bu dönemde gelişmektedir ve anasından bu dönemde koparılan çocuk sosyalleşme sıkıntısı yaşar²²³. Bu yaş grubundaki çocuklar için Yargıtay farklı bir ölçüt kabul etmektedir. Yüksek mahkeme, kararlarında hemen meydana gelebilecek bir tehlikenin varlığı ispatlanamadığı takdirde çocuğun velâyetinin anaya verilmesi gerektiğini vurgulamaktadır²²⁴. Bu yaş grubundaki çocukların velâyetlerinin düzenlenmesinde ananın yaşantısının hiçbir önemi yoktur. Önemli olan tek unsur, çocuğun velâyetinin anaya verilmesinde hemen meydana gelebilecek bir tehlikenin varlığının kanıtlanmasıdır. Sadece bu halde çocuğun velâyeti anaya verilmez. Bunun haricinde örneğin, ananın başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunması, hatta değişik erkeklerle birlikte olması, hayat kadını olması, dini nikâhla başka bir erkekle yaşaması gibi

²²⁰ 2. HD, T. 23.01.2001, E. 14230, K. 1048 www.karartek.com.tr ; 2. HD, T. 20.03.2000, E. 1529, K. 3266 www.karartek.com.tr ; Bulut, Harun, Aile Hukukunda Velâyet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Nafaka Davaları, İstanbul 2007, s.23; Kucuroğlu , s.64; Solak, s.43; Öztan, Aile, 2015, s. 7779- 784.

²²¹ Eergün, Boşanma, s.596; Çelikel, s.71; Özer Taşkın, s.97 vb..

²²² Akyüz, Çocuk, s. 57 vd.; Solak, s.43vd.

²²³ Tutumlu, Mehmet Akif; Yeni Türk Medeni Kanununun Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri Ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Kitapevi, Ankara 2006, s.595; Solak, s.43vd.; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.96.

²²⁴ 2. HD, T. 12.05.1986, E. 2821, K. 4897, www.kararte.com.tr ; Gençcan, Boşanma, 2006, s.858 vd..

sebepler dahi bu yaş grubundaki çocuğun velâyetinin anaya verilmesine engel değildir. Çünkü 0-3 yaş grubundaki çocuklar ananın yaşantısını idrak edebilecek ya da olumsuz davranışlarını kavrayabilecek yaşta değildir²²⁵.

Nitekim gene Psikoloji ve tıp bilimine göre adlandırılmış olan ilk çocukluk döneminde (3-6 yaş aralığı) ve orta çocukluk döneminde (6-13 yaş aralığı) de çocuklar anne ilgi ve şefkatine sahip olmalıdırlar özellikle ilk çocukluk döneminde hala yetişme evresinde olduklarından anneye verilebilir. Orta çocuklukta ise artık anne ilgi ve şefkatinin yanında çocuğun velâyeti konusunda karar verilirken, yaşından çok diğer ihtiyaçları ve eğilimleri dikkate alınmalıdır²²⁶. Bu dönem okul yaşından erginliğe kadar sürer. Okul çağı ya da orta çocukluk öncesi dönemlerden farklı olarak, toplumun gittikçe arta bir rol oynadığı sakin ve kararlı bir büyüme dönemidir. Bu dönemde çocuk için annesi, babası ve varsa kardeşleri önemli bir sosyal çevre oluşturmaktadır. Çocuk bakımından aynı yaşta olduğu kişiler önemlidir ve zamanla büyük-küçük algısı biçimlenmeye başlar ve böylece sosyal ortamında dahil olmak istediği yaş grubu pek çok etkinliğe nazaran öncelik kazanır. Bu dönem boyunca kişisel kimlik arayışı birçok yol izler. Erikson'a göre, bu arayış kişinin bir toplum içinde verimliliği sağlamada yararlı beceriler öğrenmesi üzerinde odaklaşır.

²²⁵ Gençcan, Boşanma, 2006, s. 858 vd., buna göre verilmiş olan kararda 2. HD, T. 03.04.1950, E. 1709, K. 1770 , anne şerefe uygun düşmeyen davranışlarda bulunmuştur ancak böyle olsa bile durum henüz ana bakım ve şefkatine muhtaç olan ve fenalığı ayırt edemeyecek yaşta olan çocuğun velâyetinin babaya bırakılmasında isabet olmadığıdır; İnal, Uygulama, s.650 vd. burada ise çocuğun yaşı, ananın olumsuz davranışlarını anlayacak durumda değildir. Ana bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun velâyet hakkı anaya verilmelidir kararına varılmıştır; Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s.71 alıntılanan 2. HD, T. 26.01.1999, E. 12808, K. 117.

²²⁶ “Küçük beş yaşından beri babanın yanında olup, on yaşını geçmiş ana bakım ve şefkatine ihtiyaçtan kurtulmuştur. Babanın herhangi bir ihmali kanıtlanamadığına göre velâyet hakkının değiştirilmesi yasaya aykırıdır.” 2. HD, T. 01.02.2000, E. 13602, K. 964 Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s.71; “Dokuz yaşındaki küçükle baba daha çok ilgilenmektedir. Velâyet hakkı babaya verilmelidir.” 2. HD, T. 24.05.1994, E. 2193, K.5066 www.karatek.com.tr; Özmen, Çocuk Mahkemeleri , s.69; Tutumlu, s.596 vd..

Bu süreç, uygun cinsiyet rolü davranışlarının benimsenmesiyle devam eder²²⁷. Okul, çocuğun toplumsal gelişiminde önemli duruma gelir. Çünkü çocuklar günlerinin büyük bir bölümü orada geçirirler; öğretmenleriyle ve yaşlılarıyla etkileşmeyi ve okuma, yazma, matematik gibi araçları nasıl kullanacaklarını öğrenirler. Bu araçlar, Erikson'un çalışkanlık ve üretkenlik diye adlandırdığı duyguyu geliştirmede çocuklara yardımcı olacaktır²²⁸.

Çocuk, anne bakım ve şefkatine muhtaç olmasa bile özellikle ergenlik dönemi adı verilen 13-18 yaş aralığındaki çocuklar için artık anneye bağımlılık daha azalmıştır; bu yaş grubundaki çocuklar ana bakım ve şefkatinden ziyade baba otoritesine ihtiyaç duyuyor olabilirler. Bu nedenle çocuğun bu yaşta ana ve babasını model alabilecek çağda olması da birlikte gözetilerek karar verilmesi uygun olur²²⁹ diye düşünülebilir ancak babanın özellikleri dikkate alındığında velâyetin babaya verilmesi sakıncalı olabilir. Örneğin, babanın ayyaş, esrar bağımlısı olması ya da mesleği gereği sık sık evden ayrılmak zorunda olması gibi durumlarda velâyetin babaya verilmesi uygun olmaz²³⁰. Hâkim, tarafların istekleri, çocuğun isteği, bilirkişi raporları ile kendi gözlemlerine göre çocuğun ana bakım ve şefkatine muhtaç olup olmadığını saptamalıdır. Örneğin, on yedi yaşında olmasına rağmen gerek zekâ, gerekse bedensel özürlü olan çocuğun da ana bakım ve şefkatine muhtaç olduğu düşünülebilir²³¹.

²²⁷ Akyüz, Çocuk Hukuku, s.98 vd.; Erikson, E., İnsanın Sekiz Çağı, (Çev.Bedirhan, E/Vedat, Ş.) Ankara 1984.

²²⁸ Akyüz, Çocuk Hukuku, s.98.

²²⁹ Gençcan, Boşanma, 2006, s.860; Solak, s.47; Akıntürk, Aile, 2002, s.311, dn. 141a, Akyüz, Koruma, s.6 vd.; UNİCEF, “Çocukların Yaşatılmaları, Korunmaları ve Geliştirilmelerine İlişkin Dünya Bildirgesi”; Özlü, Velayetin Kaldırılması, s.5 vd.; Fırat Şimşek, s.36 vd., buna göre çocuk yararının önceliği ilkesi her durumda çocuk yararının korunmasının onun başka önceliklerin insafına terk edilmemesini gerektirmektedir.

²³⁰ Ergün, Boşanma, s.598; Tekinay, S. S. Türk Aile Hukuku, İstanbul 1971, s.275; Akıntürk, Aile, 2002, s.273; Akkaya, s.98-99; Yalçinkaya/Kaleli, Yeni, s.1943; Çakmaklı, Kemal, Aileler İçin Sosyal Hizmet, İstanbul 1991, s.79; Yanbastı, G.; Anne Yoksunluğunun Etkileri, Doktora Tezi, Yıl.1971, s.8 vd.

²³¹ Yalçinkaya/Kaleli, Yeni, s.1846; Ergün, Boşama, s. 596; Çelikel, s.70.

3.Çocuğun Cinsiyeti

Boşanma davalarında velâyete ilişkin bir karar verilmeden önce çocuğun cinsiyeti değerlendirilmelidir²³². Çocuklar için belirli yaşlardan sonra gerek yaşam koşulları gerekse kendilerini rahat hissedebilmeleri bakımından anne ve baba ile daha yakın ilişki kurmak isteyebilirler. Öte taraftan bakılırsa anne ve babanın da çocuklarına öğretecekleri onların ihtiyaçlarına cevap verebilmeleri açısından velayetin kimde kalması hususunda bir anlaşmaya varabilirler ya da hâkim takdiri yoluyla karar verilir. Örneğin ergenlik döneminde olan bir kız çocuğu anasının ilgisine muhtaçtır²³³. Bu husus Yargıtay kararlarına da konu olmaktadır²³⁴. Ancak, kız çocuğun velayetinin anneye, erkek çocuğun velayetinin babaya verilmesi şeklinde bir kural yoktur ve bu şekilde karar verilmesi çocuğun menfaatine olmayabilir²³⁵.

Kız çocukları anneye erkek çocukların babaya verilmesi de her zaman çocuğu yararına olmayabilir²³⁶. Çocuğun hem anneye hem de babayla iletişime ihtiyacı vardır. Ev ortamında anne ya da baba modelinin olmaması, çocukta işbirliği, tartışma ve uzlaşma gibi birtakım sosyal ve yaşamsal yeteneklerin yeterli derecede öğrenilmesini engelleyebilmektedir²³⁷. Yapılan bir araştırmaya göre; babanın kız çocuğun gelişiminde, anne kadar önemli rol oynadığı, yapılan ölçümler sonucunda

²³² Schwarz, Aile , s.177; Gençcan, Boşanma , s.854.

²³³ Gençcan, Boşanma - Tazminat, s. 1157; Solak, s.46; Ergün, Boşanma, s.597; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.99.

²³⁴ Yargıtay da bir kararında bir kız çocuğunun yaşı itibariyle ananın ilgi ve yakınlığına ihtiyacı olduğuna karar vermiştir, 2. HD, T. 09.07.2002, E. 8334, K. 9186 alıntılanan Gençcan, Boşanama, s. 854 vd.; 2. HD, T. 09.07.2007, E. 8334, K. 9186, www.karartek.com.tr ; Gençcan, Boşanma - Tazminat, s.1157; Velidedeoğlu, Aile , s.213.

²³⁵ 2. HD, 26.10.1992, E. 10083, K. 10252, alıntılanan Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s. 474, Çelikel, s.45; Velidedeoğlu, Medeni, s.218; İnal, Uygulama, s.650.

²³⁶ Yargıtay 2. HD. 22.09.2011 T.; E.2010/12075, K.2011/13939 www.corpus.com.tr ; Çelikel, s.73.

²³⁷ Sönmez, Fatih; Anne Babası Boşanmış Ergenlerle Anne Babası Boşanmamış Ergenlerin Benlik İmgelerinin Karşılaştırılması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Psikoloji Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001,s.27; Çelikel, s.73 vd..

baba ile olumlu ilişkiler içinde olan kız çocuğunun sosyal gelişiminin daha iyi olduğu görülmüştür²³⁸.

Çocukların sağlıklı gelişmelerinde anne baba çok önemli rol oynar. Anne babalarına güvenle bağlı çocukların daha sosyal, güvensiz çocuklara göre alışkın olmadıkları insanlarla daha iyi işbirliği kurdukları, güvenle bağlanan çocukların yaşlılarıyla da sosyal alanda daha güvenli, karmaşık ve kritik durumlarda daha sabırlı ve istekli oldukları görülmüştür²³⁹. Yapılan çalışmalarda, yalnız annelerin çocuklarının, genellikle erkek çocuklarının, tam aile çocuklarına oranla, zeka ve kişilik gelişmelerinde, sosyal davranışlarda daha çok zarara uğradığı, bu çocukların okul başarılarının ve zeka-yetenek gibi test sonuçlarının düşük olduğu saptanmıştır. Beş yaşında önce babadan ayrılan erkek çocuklar, erkeksi davranış ve yönelmelerde daha az avantajlıdır. Eğer anne olumlu erkeksi davranışları destekler ve çocuğu bağımsız olması için teşvik ederse, cinsel kimlik daha az zarar görmektedir. Buna karşılık anne oğluna karşı aşırı duygusallık sergilerse, erkek çocuk hem erkeksi hem kadınsı davranışlara yönelerek çift cinsiyet özelliklerini gösterme eğilimi artacaktır²⁴⁰.

Baba-oğul ilişkisinin kurulmadığı, belki de düşmanlık ve hasımlıkla dolu olduğu durumlarda erkek çocukların pasif saldırgan bir kişilik geliştirdikleri, daha az rekabetçi, sporla daha az ilgili ve başkalarına bağımlı oldukları ve babadan ayrı yetişen çocuklarda özgüven sorunları yaşadığı araştırılmıştır. Baba ile uyumlu frekansta olan, iletişimin doğru kurulabildiği erkek çocukların ise, sorumluluk taşıdıkları ve lider pozisyonda oldukları saptanmıştır²⁴¹. Erkek çocuklar sorumluluk, başarı, babalık, diğer insanlara geçinme, karşı cinsle ilişki kurma ve saldırgan

²³⁸ Kaynaroğlu, Nilgün, Orta Sosyo- Ekonomik Düzeydeki Boşanmış Ailelerin Altı Yaş Grubu Çocuklarındaki Psiko-sosyal Özelliklerin İncelenmesi, H.Ü Çocuk Gelişimi ve Eğitimi Programı Doktora Tezi, Ankara 1984, s.10 vd..

²³⁹ Aslıhan, s.3; Çelikel, s.74 vd..

²⁴⁰ Kaynaroğlu, s.6 vd.; Çelikel, s.74 vd..

²⁴¹ Kaynaroğlu, s.11 vd. ; Benedek/Catherine, s.10 vd.; Çelikel, s.74.

davranışlarını kontrol etme gibi konularda uygun erkek davranışlarını da babalarından öğrenirler²⁴².

4.Çocuğun Yüksek Menfaati

Çocuğun menfaati; onun kendi ayakları üzerinde durabilen, sorumluluklarını bilen, toplum içinde sorun yaşamadan ve yaratmadan hayatını sürdürebilmesinin sağlanması amacıyla göz önünde bulundurulması zorunlu olan menfaat şeklinde tanımlanabilir²⁴³. Buna bağlı olarak çocuğun menfaati; çocuğun tek başına hayatını idame ettirebileceği yaşa gelmesine kadar olan süre içerisinde, anne ve babası tarafından çocuk adına alınacak kararların sınırlarını oluşturmaktadır. Yani çocuğun kendi başına karar alacak yaşa gelmesine kadar onun adına karar verme yetisine sahip olan anne ve babanın bu, yetkilerin sınırını çizmektedir. Bu sınır, anne ve baba ile çocuğun çıkarlarının karşı karşıya geldiği durumlarda daha da önem taşımaktadır. Velayet anne babaya tanınmış bir hak olsa da asıl işlevi çocuğun korunmasıdır. Yani velayet, anne ve babaya bir ayrıcalık olarak düzenlenmemiş aksine çocuğun menfaatinin korunması amacıyla düzenlenmiştir²⁴⁴.

²⁴² Benedek/Catherine, s.10; Çelikel, s.74 vd..

²⁴³Akyüz, 2001, s.117; Fırat Şimşek, s.32 vd., Çocuğun yararı ilkesi; çocuk hukukunun temelidir ve çocuğun korunmasındaki en üst kuraldır. O halde çocuğun yararının ve gelişmesinin tehlikeye düşmesini engellemeyi amaçlar. Ana babanın velayet görevini ihmalkâr davranma ihtimali önemli değildir çünkü çocuğun korunmasına ilişkin düzenleme, ana babayı cezalandırmak amacıyla değil, çocuğu korumak amacına yöneliktir. Önemli olan çocuğun gelişiminin tehlikeye halinde nasıl korunması gerektiğidir, Öztan, Aile, 2015, s.1137vd..

²⁴⁴ Akyüz, 2001, s.648; Serozan, Rona, “Yeni Medeni Kanun’un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) ilişkin Düzenlemesi” Beta Yayınları, İstanbul 2003, s.250; Serdar, s.166; Yurdakul, s.34; Fırat Şimşek, s.32 vd.; Akyüz’e göre medeni hukuk bakımından çocuğun korunması için alınacak bütün önlemlerin temel koşulu ve ölçüsü çocuğun yararının tehlikede olmasıdır. Çocuğun yararının tehlikeye düşmesi, ana ve babanın kanunun kendilerine yüklediği görevleri yerine getirmediklerini ya da getiremediklerini gösterir. Çocuğu yetiştirme ve eğitme görevinin kapsamı, çocuğun bakım, koruma ve yetiştirilmeye olan gereksinimi belirlemelidir ve ana babanın çocuğa yereli özeni gösterememelerinin nedeni önemli değildir. Yani çocuğun yararının tehlikeye düşmesinde

Türkiye'nin katıldığı, onaylayarak yürürlüğe konulan 2 Mayıs 2002 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin²⁴⁵ 3. ve 6. maddelerine göre çocuk yararının önceliği ilkesi, temel ilkelerden birisi olarak kabul edilmiştir²⁴⁶ ve ayrıca Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları

ana babanın kusurlu olma ihtimalinin de önemi yoktur. Çocuğun yararı daima ana babanın yararından önce gelmelidir, Akyüz, Çocuk Hukuku, s.269.

²⁴⁵ Çocuk Hakları Sözleşmesine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. İnan, Ali Naim, erişim: www.ankara.edu.tr, 05.10.2016, s.765-778; Akyüz, Çocuk Hukuku, , s.45-46; Tiryakioğlu, 1991, s.20; ilk kez 1989 yılında onaylanan sözleşme bu gün 191 Birleşmiş Milletler Ülkesi tarafından imzalanmıştır. Çocuk Hakları Sözleşmesinin düzenlediği ve garanti altına aldığı çocuk hakları genel olarak insan haklarından ayrılamaz. Bir başka anlatımla çocuk hakları ferdi insan haklarının özel olarak çocuklar bakımından güvence altına alınmış biçimleridir. Bu sebeple Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin özünde doğal hukuk anlayışı bulunmaktadır; Karaosmanoğlu, erişim: www.cocukhaklari.com.tr, 05.10.2016.

²⁴⁶ Hatemi/Serozan, Aile Hukuku, s.281; Akyüz, Koruma , s.7vd.; Baktır Çetiner , Velayet Hukuku , s.32-33; Velayet, Dünya Çocuklarının Durumu Raporu, 1992, UNİCEF New York 1992; Çocuk yararının önceliği ilkesi 1959 tarihli Çocuk Haklarının Beyannameinde de düzenlenmiştir. Buna göre her çocuğa özgürlük ve haysiyet içinde sağlıklı ve normal şekilde bedensel, fikirsel, ruhsal, ahlaksal ve sosyal yönlerden gelişmesini sağlayacak imkan ve araçlar, kanunlar ve diğer araçlarla sağlanmalıdır. Bu amaçla hazırlanan kanunlarda çocuğun çıkarları önemle göz önünde bulundurulması gereklidir ; Özlü, 2002, s. 3-5; Fırat Şimşek, s.54 vd; Serdar, s.163-164, çocuk hukukuna ve velayete hâkim genel bir ilke olarak çocuğun yararı, özellikle çocuğun ana baba tarafından hak süjesi olarak idrak edilmesini, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesini ve çocuğun kişiliğinin çok yönlü geliştirilmesini gerektirir.”; Çocuğun üstün yararı, her işte ve işlemde ve yargıda belirleyici rehber olmalıdır. Eğer iç hukukta çocuk yararına daha elverişli bir kural yürürlükte ise o kuralın uygulanmasına öncelik verilmelidir (ÇHS. m.41). Sözleşmeyi onaylayan devletler tüm bu ilkelerle uyumlu yeni yasalar çıkarma ve yürürlükteki yasalarını çocuk hakları sözleşmesinde yer alan ilkeler doğrultusunda değiştirme yükümünün üstlenmişlerdir. “Çocuk yararı, velayetin yürütülmesinde, velayetin çocuğun şahsı ve malları bakımından kapsamında ve bunun gibi bütün konularda ön planda tutulmak zorundadır.” Serozan, Çocuk Hukuku, 2000, s.49; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.32-33 vd.; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.89 vd.; Akyüz, s.220; Öztan, s.374-398; Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuk, Ankara, 1997, s.1057; Feyzioğlu, Aile, 1986, s.503-504; Gençcan, Velayet Hukuku, s.61; Oğuzman/Dural; 1998, s.272 vd.; Tekinay; 1990, s.483; Akyüz, Emine; Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın

Sözleşmesi'nin²⁴⁷ 12. maddesinde çocuğun, haklarının aktif öznesi olduğu düşüncesinin bir sonucu olarak, taraf devletlere, belirli bir görüş oluşturma yeteneğine sahip her çocuğun, kendisini ilgilendiren bütün konularda görüşlerini serbestçe ifade edebilmesi ve çocuğun görüşlerine yaşı ile olgunluk derecesi göz önüne alınarak gereken önemin verilmesini sağlama yükümlülüğü getirmektedir. Boşanma sonrası velayetin kimse kalacağı gibi çocuğun özne olduğu bir konuda çocuğun görüşü elbette ki çok önemlidir²⁴⁸. Çocuk menfaatinin ön planda tutulmasının gerekliliği, “çocuklara birinci öncelik” şeklinde de ifade edilmekte ve çocukların gelişmekte olan beden ve zihinlerinin korunması ile toplumun elinde bulunan argümanlar bakımından birincil olmalıdır. 1990 yılında New York'ta toplanan Dünya Çocuk Zirvesi'nde bütün ülkelere “çocuklara birinci öncelik” ilkesi kılavuz etmeleri çağrısı yapılmıştır. Çocuk yararının önceliği ilkesi, “çocukların temel gereksinimlerinin, iyi günde, kötü günde, gerek ulusal ve uluslar arası düzeyde,

Tatili, Ayrılık Ve Boşanmada Çocuğun Korunması, Ankara 1983, s.22, Zevkliler/Acabey/Gökayayla, Medeni , s.1117; Akıntürk; Aile, 2006, s.419; İnan, 1995, s.74; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2005, s.519; Cansel, s.137; Ceylan, s.153; “Velayet hakkı çocuğun korunmasını sağlamak için onların şahısları ve malları üzerinde ana babaların sahip oldukları görevlerin, hakların ve yetkilerin tümüdür.” , Y. 2.HD. 25.01.2000 tarih ve 13346/581 sayılı kararı, ABD, S.3, Yıl 2000, s.30-331; Baygın, s.259-260.

²⁴⁷ Çocuk haklarını konu alan ikinci önemli uluslararası belge 20 Kasım 1959 günü Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca tarafından hazırlanan, on maddeden oluşan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Beyannamesidir. Bu Beyanname ayrımcılığın önlenmesi, çocukların ad ve vatandaşlığa sahip olma, sağlık ve sosyal güvence hakkı, eğitim hakkı gibi ilkeler koymuştu.

²⁴⁸ Polat/Güldoğan, s.251; Gençcan, Velayet Hukuku, s.109 vd.; Ayrıca Yargıtay bir kararında şu noktaya değinmiştir, velayeti davacı anneye verilen müşterek çocuk İsmail Hakkı 22/12/1999 doğumlu olup, mahkeme huzurundaki beyanda velayetinin basına verilmesini istediğini söylediği ve halen babasının yanında kaldığı anlaşılmaktadır. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. Ve 6. Maddeleri ile BMÇHS 12. maddesi; idrak yaşındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınmasının doğru olacağını ve bu doğrultuda uygun kararın verilebileceğini açıklamıştı, Y 2HD. 25/09/2014, E.2014/6735, K.2014/18568 www.coprus.com.tr

gerekse aile içinde, eldeki kaynakların tahsisi sırasında üst düzey bir öncelik taşıması gereğini ifade etmektedir²⁴⁹.

Anayasa'nın 41. maddesinde "çocuğun yüksek yararı", Medeni Kanun'da m.339 ve 346'da "çocuğun menfaati", 305. madde "çocuğun yararı" , Çocuk Koruma Kanunu'nun 4/b. maddesi "çocuğun yarar ve esenliği" olarak ifade edilmiştir. Doktrinde de "çocuğun esenliği", "yararı", "güvenliği" gibi kavramlar kullanılmıştır²⁵⁰. Çocuğun yararı kavramı Anayasa'da ailenin korunması ve çocuk haklarını düzenleyen 41. madde de çocuğun kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkı kapsamında yer almaktadır. Bu maddeye göre "Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir"; aynı zamanda Anayasa'nın bahse konu maddesinde ve anayasal sosyal devlet ilkesinde güçsüz çocuktan yana tavır alma zorunluluğu öngörülmüştür²⁵¹.

5.Çocuğun Dinlenilmesi

Çocuk hakkında korunmaya muhtaç olup olmadığının tespitinden hakkında tedbir kararının verilmesi gibi tedbir alınmasının her aşamasında çocuğun görüşünün alınması gerekmektedir²⁵². Çocuğun dinlenilmesinin önemi şuradan gelmektedir.

²⁴⁹ Akyüz, Koruma, s.6 vd.; UNİCEF, "Çocukların Yaşatılmaları, Korunmaları ve Geliştirilmelerine İlişkin Dünya Bildirgesi"; Özlü, 2002, s.5; Fırat Şimşek, s.36 vd..

²⁵⁰ Elçin Grassinger, s.57; Usta, s.93.

²⁵¹ Serozan, Çocuk Hukuku, 2005,s.65; Usta, s.93 vd..

²⁵² Gençcan, Velayet Hukuku, s.104-105. "Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. Ve 6. , Birleşik Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. Maddeler; idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir, Y 2HD. 21/01/2014, E.2013/15483, K.2014/1063, www.corpus.com.tr ; Sayita, Sevgi, "Mağdur Çocuklar Hakkında Koruma Tedbirleri ve Vesayet-Kayyımlik –Vekalet Sorunu", Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu, İstanbul Barosu Yayını, Yıl 2004, s.92; Baygın, s.365; Gençcan, Boşanma, s.1148; Oktay Özdemir, Saibe, Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan , C.2,İstanbul 2009, s.1236-1237; Y 2.HD, 21/01/2014, E.2013/15483, K.2014/1063 www.corpus.com.tr ; Y.2HD, 11/12/2013, E.2013/16184, K.2013/29266 www.corpus.com.tr

Çocuğun hissiyatı ve kendi gözlemi, düşüncesi ve anne ile babasına olan bakış açısı çocuğun rahat edeceği ortamın oluşması açısından dinlenilmesinde fayda vardır.

Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesinde, velayetin tevdi düzenlenirken çocuğun dinlenilmesine yer verilmemişse de, burada bir boşluğun olduğunun kabulü gerekir; çünkü çocuğun yararı belirlenirken, onun arzusu, düşüncesi, yaptığı değerlendirmeler hesaba katılmalıdır²⁵³. Türkiye'nin de taraf olduğu Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. , 4. ve 5. maddeleri gereğince, çocukları ilgilendiren davalarda özellikle velâyet ve kişisel ilişki davalarında, çocuk yeterli olgunluğa erişmişse, çocuğa dava hakkında bilgi sahibi olma, görüşünü ifade edebilme, kendi seçtiği bir kişiden ya da bir avukattan yararlanma hakkı tanınmalıdır.²⁵⁴ Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa

²⁵³ Öztan, Aile, 2015, s. 780 - 784; Velidedeoğlu, Aile , s.213; “Müşterek çocuklardan Seda 1997 doğumlu, Efekan ise 2000 doğumlu olup, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5. maddesi uyarınca velâyete ilişkin alınan uzman raporundan da anlaşıldığı üzere küçükler velâyetlerinin analarına verilmesini istemişler ve birlikişi de küçüklerin velâyetlerinin analarına verilmeleri yönünde görüş bildirmiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. , Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri de dikkate alınarak küçüklerin velâyetlerinin analarına verilmesi gerekirken, bu yöndeki talebin reddi doğru görülmemiştir.” 2. HD, T. 05.04.2012, E. 5038, K. 8555 Web: khyk.kazancihukuk.com ; 2. HD, T. 08.11.2005, E. 12496, K. 15273 www.corpus.com.tr ; Bulut, s. 30; Gençcan, Boşanma , s. 846; Demirci, s.80; Öztürk , s.90; Solak, s.46; “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12., Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri gereğince küçük anası ile birlikte kalmaktadır ve onun yanında kalmak istediğini beyan etmektedir. Velâyet hakkı her ne kadar babaya verilmişse de baba uzun süre çocuğu yanına almamıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 183. maddesinin koşulları oluşmuştur bu nedenle çocuğun velâyet hakkının anaya verilmesi gerekir.” 2. HD, T. 28.06.2004, E. 7643, K. 8532 www.karartek.com.tr ; “babanın anayı sık sık sokak ortasında dövmesi ve bu sebeple çocuğun ruhsal yapısını zedelemesi hususları ile birlikte müşterek çocuğun anayla kalma isteğinin dikkate alınması gerektiğine ” hükmetmiştir; Akıntürk, Aile, 2002, s.311vd..

²⁵⁴ Özüğür, Ali İhsan, Boşanma, Ayrılık Ve Evlenmenin İptali Davaları, Ankara 2008, s.947; Keçer, Sevda; Boşanmalarda Çocuğun Kişi Varlığının Hukuksal Açından Korunması. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s.36;

Sözleşmesi'ne göre; yeterli idrak gücüne sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen çocuk, adli merci önünde görülen ve kendisini ilgilendiren davalarda, görüşünü ifade edebilme hakkı vardır. Ayrıca çocuk ilgili tüm bilgileri almak, kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek, görüşlerinin uygulanmasının ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek haklarına da sahiptir. Çocuğun yüksek menfaatine açıkça ters düşmedikçe, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışılmalı ve çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önem verilmelidir²⁵⁵. Nitekim ÇHDS'nin 12. maddesi, "Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. Türk Medeni Kanunu uluslararası hukuka paralel olarak, çocuğun düşüncesini alma yükümlülüğü getirmiştir. Belirtmek gerekir ki esasen çocuğun düşüncelerinin göz önünde tutulmasında muhatap sadece velâyet görevini yerine getirenler değil, aynı zamanda çocuğun menfaatinin ilgilendiren durumlarda karar verecek olan resmi makamlardır²⁵⁶. Bu bağlamda Aile Mahkemesi hâkimi çocuğu bizzat dinlemelidir²⁵⁷. Çocukla yapılacak konuşma, mahkeme salonunda yapılmamalıdır. Hatta bu konuşma tarafların ya da vekillerinin huzurunda da olmamalı ve mutlaka kararı verecek olan hâkim tarafından yapılmalıdır²⁵⁸. Çocuğun istekleri değerlendirilirken, bu isteklerin çocuğun gerçek arzusu olup olmadığı saptanmalıdır. Bu yapılırken çocuğun yaşı itibariyle düşüncelerini açıklayıp açıklayamayacağı, çocuğun gerçekten ana veya babadan birine bağlı olup olmadığı ve çocuğun yaptığı seçimle daha fazla maddi olanak ya da bağımsızlık elde etme amacı güdüp gütmmediği hususlarına dikkat

Şimşek, s.74 vd.; Akkaya, s.96; Tiryakioğlu, Bilal, Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku, Ankara 1991, s.67 vd..

²⁵⁵ Gençcan, Boşanma Tazminat , s.1145; Özer Taşkın, s.100; Solak, s.47.

²⁵⁶ Fankhauser, s.100; Solak, s.48 vd..

²⁵⁷ Tekinay, 1971, s. 277; Feyzioğlu, F. N.; Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1986, s.382; Yıldırım, N.; Uygulamada Boşanma Davaları Ve Boşanma Davalarının Sonuçları. Ankara 2008, s.89.

²⁵⁸ 2. HD, T. 01.10.2003, E. 513, K. 521 www.karartek.com.tr ; Bulut, s.33; Fankhauser, s. 100; Solak, s.49.

edilmelidir²⁵⁹. Bu konuda uzman psikologlardan yardım alınabilir²⁶⁰. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.” hükmünü haizdir. Yargıtay kararlarında çocuğun dinlenecek yaşta olması halinde görüşünün alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır²⁶¹.

²⁵⁹ Fankhauser, s. 100; Solak, s.50; “Çocuğun dinlenilmesi için önemli olan çocuğun idrak gücüne sahip olmasıdır; belli bir olgunluğa erişmesi aranmaz.”; Şimşek, s.79; “Yeterli idrak gücüne sahip çocuğun isteklerinin de velâyet düzenlenirken göz önünde tutulması gerektiği doktrinde savunulmaktadır.” İnal, Uygulama, s.650; Akıntürk, Aile, 2002, s.311; Öztan, Aile, 2015, s.468; Gençcan, Boşanma- Tazminat, s. 1145; Velidedeoğlu, Aile, s.213 vd. “Çocukların kişisel olarak daha düşkün oldukları ana veya babanın yanında kalmak istediklerini beyan edebilmelerine olanak tanınmalı ve çocuğun menfaatine de uygun ise velâyete çocuğun isteği doğrultusunda karar verilebilmelidir.” Velidedeoğlu, Medeni, s.219.

²⁶⁰ Güneşlioğlu, F.; Boşanma Ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009, s. 97; Solak, s.50; Akkaya, s.96; Birsen, Müfit ; Çocuk ile Ana Baba Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi ve Bu Husustaki Temyiz Mahkemesinin Görüşü, İBD 1967, s.3 vd.; Baygın, s.365; Gençcan, Boşanma, s.1148; Oktay Özdemir, s.1236-1237; Y 2.HD, 21/01/2014, E.2013/15483 , K.2014/1063 www.corpus.com.tr ; Y. 2.HD, 11/12/2013, E.2013/16184, K.2013/29266 www.corpus.com.tr

²⁶¹ Fankhauser, s. 105 ; Güneşlioğlu, s.97; 2. HD, T. 07.06.2005, E. 6527, K. 8789, 2. HD, T. 18.10.2005, E. 8391, K. 14409 alıntı Gençcan, Boşanma, 2006, s.847, dipnot 3087 vd. , Solak, s.47 vd.; “Küçükler G. ve S.’nin velayet hakları anneye verilmiş, ancak annenin küçüklere karşı şiddet kullandığı 27.02.2002 tarihli Adli Tıp Kurumu Eskişehir Şubesi raporu, 12.03.2002 tarihli psikiyatri raporu gibi delillerle belirlenmiştir. Küçük S. 04.04.2002 tarihli oturumda dinlenmiş iddiayı doğrulamıştır. Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesi ve Avrupa Sözleşmesi’nin 3, 4, 5, 6. maddeleri gereğince çocukların yası ve olgunluk derecelerine göre dava ile bilgilendirilmesi ve bu görüşlere gereken özenin gösterilmesi de gerekir. O halde mahkeme küçük G.’in da dinlenmesi, delillerin hep birlikte takdiri sonucuna göre karar verilmesi gerekirken davanın yazılı gerekçelerle reddi bozmayı gerektirmiştir.” (Y. 2.HD. 09.12.2003 tarih ve 11130/16531 sayılı kararı), Özüğür, Ali İhsan, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma Ayrılık ve Evliliğin İptali Davaları, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2004, s.986; “Tabiatıyla

Hiçbir gerekçenin, çocuğun dinlenilmesinden vazgeçilmesini gerektirmeyeceği doktrinde savunulmuştur²⁶². Bu görüşe göre, çocuğun küçük olması, çocuğun ana baba arasında seçim yapmaya zorlanarak ruhsal baskı altına alınmasının isabetsiz olması, küçük çocukların gerçek duygularını iyi anlatamaması, yanında kaldığı ana veya babasının öğrettiklerini tekrarladıkları gibi sebepler dahi çocuğun dinlenilmesinden vazgeçilmesi için yeterli görülmemiştir²⁶³. Bir diğer görüşe göre ise çocuğun dinlenilmesinin çocuğa getireceği yük, beklenen yarardan fazla ise çocuğun dinlenilmesinden vazgeçilebilir²⁶⁴. Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, çocuğun isteğinin ve görüşünün velâyet konusunda karar verilirken tek başına yeterli olmamasıdır²⁶⁵. Çocuğun davranışları, ana ve babası ile olan ilişkileri bir bütün olarak değerlendirilmeli ve çocuğun genel tutumuna göre karar verilmelidir²⁶⁶.

Çocuğun dinlenilmesi, bazı noktala bağlamında eleştirilmiştir, çocuğun ana ya da babası arasında seçim yapmaya zorlanarak duygusal yönden yıpranacağı ve seçmediği ebeveynine karşı suçluluk hissedebileceğidir²⁶⁷. Çocuğun böylesi durumda psikolojik bir baskı hissedeceği gerçeği dikkate alınması gereken bir durumdur. Ancak boşanma süreci ile düzeni değişmiş ve dolayısıyla sarsılmış olan çocuğun

hâkim, çocukların ana ve babalarına karşı besledikleri duyguları da gözden uzak tutmamalıdır. Hâkimin bunu tespit edebilmek bakımından çocukları dinlemesinde yarar vardır.”, Akıntürk, Boşanmanın Hukuki Sonuçları, s.199, 20 Kasım 1989 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda onaylanarak 02 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe giren ve Türkiye Cumhuriyeti’nce de kabul edilip, 27 Ocak 1995 gün ve 22184 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır, Öztan, Aile, 2015, s. 780.

²⁶² Solak; 2014, s.48, Fankhauser; s.100.

²⁶³ Gençcan; 2006, s.846, Solak, s.48.

²⁶⁴ Fankhauser; s. 103, Solak, s.48.

²⁶⁵ Fankhauser; s.100, Solak, s.48, Öztan,s.782 vd.

²⁶⁶ Gençcan; 2006, s.846, Fankhauser; s.100, Solak; 2014, s.48.

²⁶⁷ Polat/Gündoğan, s.243-254 alıntılanan Eekelaar, J., “The Interests of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism”, International Journal of Law and the Family, 8: 42-61, 1994, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/App_Themes/TumDergiler/118.pdf

boşanmadan sonra birlikte yaşamak istemediği ebeveyniyle yaşamak zorunda kaldığında bunun sarsıcı etkilerinin büyüklüğü de ayrıca dikkate alınmalıdır²⁶⁸.

Çocuğun kendi fikirlerinin olmaması olasılığı da diğer bir eleştiridir buna göre çocuk duygusal anlamda etki altında bırakılabilir ve tarafların dolduruşlarından bağımsız harekete edemeyeceği yönündedir²⁶⁹. Ancak alanında uzman psikolog, psikiyatrist, sosyal hizmet uzmanı ve pedagogların yapacağı görüşmelerle ve bu görüşmelerde kullanacakları çocukla görüşme için özel olarak belirlenmiş görüşme tekniklerini kullanarak gerektiğinde oyun tekniğini kullanarak çocuğun gerçek iradesini ortaya çıkarmak mümkündür. Bu şekilde yapılacak görüşmelerle hem çocuğun zarar görmemesi hem de gerçek iradesinin ortaya çıkması sağlanır²⁷⁰

6.Kardeşlerin Ayrılması

Ana babanın evlilik birliğinin bozulması ailenin parçalanmasına sebep olmaktadır. Bu durumda kardeşlerin de birbirlerinden ayrılması bu parçalanmayı daha da derinleştirir. Çocuklar, anne veya babasından ayrılmakla kalmamakta, bir de kardeşlerinden de ayrılmaktadırlar. Bu durum çocukların ruhi gelişimlerini olumsuz etkiler. Psiko-sosyal öğretimi, hukuk öğretisi ve uygulamada egemen olan görüş çocukların hepsinin aynı tarafa verilmesinin çocukların gelişimine olumlu etkide bulunacağı merkezindedir²⁷¹.

²⁶⁸ Polat/Güldoğan, s.251; Akyüz, Koruma, s.7 vd..

²⁶⁹ Polat/Güldoğan, s.252 vd..

²⁷⁰ Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.549.

²⁷¹ Gençcan, Boşanma, 2006, s.874; Yıldırım, s.91; “Çocukların alıştıkları ortamdaki birbirlerinden ayrılması da, bedeni ve fikri gelişmelerine olumsuz etki yapacaktır.” Gençcan, s.1200; Çelikel, s.92; Tekinay s.284; Akıntürk, s.273; Öztan, s.291; Zevkliler, s.984; “Velayet düzenlenmesinde asıl olan çocuğun menfaatidir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6.maddesi; iç hukuk bakımından idrak çağında olduğu kabul edilen çocuğun kendisiyle ilgili kararlarda görüşünün alınmasını ve görüşüne gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Velayet çocukları ilgilendiren koşulların başında gelir. Çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki yönden üstün yararı gerektirdiği takdirde görüşünün aksine de karar verilmesi mümkünse de; bunun haklı gerekçelerinin kararda gösterilmesi gerekir. Diğer yandan velayet

Velayet tevdi edilirken birden fazla çocuk olması durumunda kardeşlerin birbirinden ayrılmaması gerekmektedir. Birden fazla çocuğun velâyeti düzenlenirken çocukların birbirlerini görmeleri kardeşlik duygularının gelişmesi bakımından gereklidir²⁷². Yargıtay uygulaması da bu yöndedir²⁷³. Bu gibi durumlarda çocuklardan bir kısmının velâyetinin anaya bir kısmının velâyetinin ise babaya ya da kızların velâyetlerinin anaya erkeklerin velâyetlerinin babaya verilmesi gibi bir kural yoktur.

Çocukların yüksek menfaatlerinin gerektirdiği şekilde bir kısmı anaya bir kısmı babaya verilebileceği gibi hepsi yalnız anaya ya da yalnız babaya da verilebilir²⁷⁴. Kaldı ki anne baba da kardeşlerin ayrılmasından dolayı sıkıntı çekebilecekleri gibi çocukları arasındaki iletişimi de engelsiz biçimde sürdürülmesine ister istemez engel olduklarını göreceklerdir. Kardeşlerin birlikte kalıp kalmamaları çocuğun okul başarısını etkileyen bir faktördür. Kardeşlerin farklı ortamlarda yetişmeleri onların daha da kopmalarına sebep olmaktadır. Nitekim doktrinde belirtildiği gibi “kardeşlerden her birinin ayrı şartlar, çevreler ve terbiye

düzenlemesine tabi birden fazla çocuk varsa; çocukların kardeşlik duygusunu yaşayarak gelişimleri için üstün yararları gerektirmediği sürece, velayetin aynı ebeveyne verilmesi tercih edilmelidir...” Y 2.HD, 11/12/2013,E.2013/16184, K.2013/29266, www.karartek.com.tr ; Akyüz, Koruma, s.76; Tekinay, s.276 - 284; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.1039; Çakın, s.119; Velidedeoğlu, s.268; Yalçinkaya/Kaleli, s.1851; İnal, s.1137; Dolto, s.40; Çelikel, s.92; Gençcan, Velayet, 2015, s.122.

²⁷²Ergün; 2009, s.598, Kucuroğlu; 2011, s.65, Demirci, s.120. HGK, T. 07.02.2001, E. 2-3, K. 35; 2. HD, 01.11.1999 81166, 11515K; 2. HD, 01.03.1999, 14313, 1678K, Ceylan, 2002, 158; 2. HD, 14.11.1991 1138, 14149K, Şener, E. Uygulamada Ve Teoride Her Yönü İle Boşanma. Ankara 1998, s. 629; Akıntürk, Aile, 2002, s.303; Velidedeoğlu, 1965, s.219.

²⁷³ 2. HD, T. 03.05.2005, E. 3357, K. 7227 alıntı Gençcan, Ö. U. Boşanma, Tazminat Ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yayıncılık Ankara 2008, s. 874, buna göre Yargıtay bir kararında küçük kardeşler ana yanındadır. Onların birbirlerinden ayrılmaları ruhsal yönden olumsuz eki yapacağından velâyet hakları, ana bakım ve şefkatine de ihtiyaç duyduklarından anaya verilmesi gerektiğine hükmetmiştir, 2. HD, T. 14.09.2000, E. 8291, K. 10249 alıntı Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s. 69.

²⁷⁴ Velidedeoğlu, Medeni , s.219; Y. 2.HD T.03.05.2005, E.3357 K.7227 alıntı Gençcan, Boşanma, s.1183; Baygın, s.369; Tekinay, s.275-276; Akıntürk, s.322-323.

sistemleri içinde yetişmeleri, onları birbirine karşı bir takım ruhi kompleksleresürükleyebilir”²⁷⁵. Yapılan araştırmalara göre ana babası boşanmış aileler de çocukların kardeşleri ile bir arada kalmamaları halinde okul başarısı, kardeşleri ile kalmaya devam eden çocuklara nazaran daha çok düşmektedir. Bu çerçevede boşanan ebeveynin müstakbel eşinin çocuk ile ilişkisi ya da bu konudaki istekliliği de deęerlendirilmelidir²⁷⁶.

Çocuğa iyi bir aile ortamı sağlanması ile birlikte kardeşlerin ayrılmaması da önemli bir boyuttur. Çocuğun yüksek yararı açasından durum değerlendirildiğinde yukarıda anlatılan “tam aile kavramı” ön plana çıkmaktadır. Velayetin tevdiinde kardeşlerin; ayrılması çocuklar açasından zor bir durum ve psikolojik bir problem oluşturacaktır. Ancak taraflardan bir tanesinin anne, baba ve kardeş figürlerinden oluşan yeni bir tam aile yapısı oluşturması mümkün ise bu durum çocuğun, normal ve sağlıklı büyüyebilmesi için gereken bakım, ilgi, sevgi, şefkat ve korumayı sadece biyolojik ana ya da baba değil, çocukla duygusal bağ kurmuş, biyolojik ana babanın yerine geçmiş başka kişiler yani psikolojik ana baba da sağlayabildiğinden bu durum mahkeme tarafından dosyanın diğer boyutlarıyla birlikte dikkate alınmalıdır. Ayrıca velayetin verilmesi düşünölen tarafın birden çok çocuğu yetiştirmeye ekonomik gücünün yeterli olmaması nedeni ile, çocukların anne baba arasında paylaştırılması da doğru olmaz. Çünkü, iştirak nafakasıyla bu sorun bir oranda çözülebilmektedir²⁷⁷.

²⁷⁵ Tekinay, Aile, 1971, s.276; Yargıtay buna ilişkin olarak tarafların müşterek çocuklarının davacının annenin evi terk ettiği günden beri baba yanında kaldıkları anlaşılmaktadır. Müşterek çocuk M.’ın velâyeti davalı babaya bırakılmıştır. Kardeşlerin birbirinden ayrılmaması, çocukların fikri ve ruhi gelişimleri için de yararlarına olacağından müşterek diğer çocuk F. N’un velâyetinin de davalı babaya verilmek üzere karar vermiş ve verilmiş olan hükmü bozmuştur, 2. HD, T. 03.07.2012, E. 10552, K. 18429, Legal Bank sitesinden alınmıştır.

²⁷⁶ Karakuş, S.; Ana Babası Boşanmış Ve Boşanmamış Çocukların Depresyon Düzeylerinin İncelenmesi Ve Okul Başarısına Yansımaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, İzmir 2003, xv. Polat/Güldoğan, s.252.

²⁷⁷ Çelikel, s.93; Akyüz, Koruma, s.8 vd..

7.Çocuğun Çevresi

Çocuğun alıştığı ortamın korunması, velayet düzenlemesinde dikkate alınması gereklidir. Çevreye uyumsuzluk, özellikle de tam aile yapısının bozulması gibi başlı başına bir travma ile birlikte gerçekleşen değişimlerin psikolojik ve sosyal gelişimi üzerinde olumsuz etkisi vardır²⁷⁸. Beş yaşın altındaki çocuklarda, ebeveynleri ile olan bağın kopması, çocuğun çevresinin değiştirilmesi, çocuğun süre zarfındakı kabul ettiği, benimsediği kişilik özelliklerini ve yeteneklerinin kaybolmasına sebebiyet verebilir. Duygusal olarak zorlandığı bu dönemde çocuk, yakın zamanda öğrendiklerini hızlı bir şekilde unuttur. Özellikle konuşma yeteneğinin gerilemesi, içe kapanıklık ve sosyal yaşamdan uzaklaşma gibi talihsiz sonuçlar ortaya çıkabilir. Uzun süre ağlama, yemek yememe, mide bulantıları, uyku bozuklukları, uykudan ağlayarak uyanma, zihinsel sorunlar, unutkanlık, gelişimsel gerilik görülebilmektedir²⁷⁹. Boşanmanın ileriye yönelik etkilerini hafifletmekte ve çocuğun boşanmadan sonraki hayata alışmasındaki en önemli faktör, çocuğun hayatında istikrarın ve sürekliliğin sağlanmasıdır. Velayetin tevdi edildiği taraf yaşadığı çevre itibarıyla çocuk için rahat ve huzurlu bir ortama sahip olmalıdır²⁸⁰. Çünkü evlilik

²⁷⁸ Polat/Güldoğan, s.250, alıntılanan Gindes , M.,The psychological effects of relocation for children of divorce Journal of the American Academy of Mat-rimonial Lawyers, 15,119–148, Y.1998

²⁷⁹ Polat/Gündoğan, s. 249 vd. alıntılanan Goldstein, J., Freud A. &Solnit , A. J., Beyond the Best Interest of the Child. TheFree Pres, Newyork 1973.

²⁸⁰ Baygın, s.368; Gençcan, Boşanma, s.1182; Özer Taşkın, s.98; Özüğür, s.665-666; Y 2.HD 26.11.2001T., E.14851, K.16692, Akyüz, Çocuk Hukuku, s.252; Yargıtay 2. HD. 12.04.2001 T., E.2001/4756, K.2001/5817, www.corpus.com.tr ; Ergün, s.638-660; Çelikel, s.75; “Mutsuz ortamda çocukların ruhsal yönden oluşacak rahatsızlıklarının ileride vereceği zararların önlenmesi ve çocuğun yararının dikkate alınması gerekir. Bunun için çocuk boşanmadan sonra mümkünse oturmaya alıştıkları ve anne babayla birlikte yaşamış oldukları ortamdan ayrılmalıdır. Çocuğun boşanmadan sonra düzenli bir ortama yerleştirilmesi ve bu ortamın sık sık değiştirilmemesi halinde çocuk boşanmayı daha kolay kabullenebilmektedir.” Akyüz, Koruma, s.16; Çelikel, s.75; Dolto , s.17; “çocukları alıştıkları çevreden uzaklaştırmak onların ruhsal yapılarını etkileyecektir. Onları alıştıkları ortamdan ayıracak şekilde, velayetin anneye verilmesine bir engel olmamasına rağmen, varlıklı olduğundan bahisle velayetin babaya verilmesi yanlıştır.” Özüğür, Boşanma ve Ayrılık, s.824; Gençcan,

birliğinin bozulması sonrasında çocuğun yaşayacağı durumlar ve çevre değişmesinden kaynaklı problemler göz önüne bulundurulmalı ve olabildiğince gerek fiziksel gerek sosyal çevrenin çocuğa göre düzenlenmesi gerekmektedir.

Çocuğun velâyetinin anneye mi yoksa babaya mı verilmesi gerektiği konusunda karar verilirken, mümkün olduğunca çocuğun alıştığı çevre ve ortamdan ayrılmaması gerekir²⁸¹. Çocuk ancak ailenin sevgisi, ilgisi ve kılavuzluğu ile sağlıklı büyüyebilir. Duygusal zihinsel bakımdan gelişmesi ve topluma uyumlu bir birey olmasında en büyük yardımcısı ailesidir. Ayrıca ana babası boşanan çocuğun bir de alıştığı çevreden ayrılması çoğu kez çocuğun daha çok sarsılmasına sebebiyet verir²⁸². Küçük yaşlardaki çevre değişikliği, çocuğun o ana kadar istikrarlı bir çevrede yaşaması halinde geliştirdiği kabul edilen çeşitli kişilik özelliklerinin ve yeteneklerinin gerilemesine sebep olabilir²⁸³. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir²⁸⁴.

Çocuğun yerleşim yerinde bir değişiklik meydana gelecek ise de, velayet hakkı ana ve babada kalmakta bir başka deyişle ana ve babanın velayet hakkı, çocuğa

s.1204; Yargıtay 2. HD. 17.04.2003 T ., E.2003/4287, K.2003/5573, www.corpus.com.tr ; şener, Esat, Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Boşanma, Ankara 1998, s.60 vd..

²⁸¹ 2. HD, T. 07.07.1986, E. 4607, K. 6886 alıntı Baktır Çetiner, Velâyet Hukuku, s.115, dipnot 110; Demirci, s.115.

²⁸² Ergün, Boşanma , s.598; Gençcan, Boşanma, 2006, s.861; 2. HD, T. 11.04.2000, E. 1876, K. 4538 alıntı Özmen, Çocuk Mahkemeleri , s.70; Özer Taşkın, s.98; Solak, s.5; Akkaya, s.102; Küçük Kurt, M., Ailenin Psikolojik Fonksiyonu, Türkiye Aile Yıllığı, Ankara 1990, s.85; Ayhan, R., Ailenin Hukuki Raporu, Türkiye Aile Yıllığı Ankara 1990, s.20- 21.

²⁸³ Akyüz, Koruma , s. 61; Öztürk, s.91; Solak, s.51; Dolto, s.16; Çelikel, s.75; Akyüz, Koruma, s.16; Özuğur, Boşanma, s.824; Gençcan, s.1204, Yargıtay 2. HD. 17.04.2003 T ., E.2003/4287, K.2003/5573, Ergün,s.638; şener, Esat, Uygulama Ve Teoride Boşanma, 2. Baskı, Ankara 1979, s.60.

²⁸⁴ 2. HD, T. 10.03.2005, E. 1657, K. 3658 alıntı Gençcan, Boşanma, s. 861; “Çocuk uzun yıllar babasının yanında kalmış ve o muhite alışmıştır. Çocuğun alıştığı ortamdan ayrılması gelişimi ve eğitimi üzerinde olumsuz etki yapar bu nedenle velâyet hakkının anaya verilmesi doğru değildir.”; Yargıtay’ın bir kararında ise (2. HD, T. 30.06.1999, E. 5886, K. 7616) uzun zamandan beri ana yanında kalan küçüklerin buldukları çevreden ayrılmalarını gerektiren bir hal olmadıkça velâyet hakkı ana yerine babaya verilemez denilmiştir alıntı Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s. 70.

karşı bakım yükümlülüğü devam etmektedir Ancak bu yükümlülük çocuk kendi yanlarından alındığı için para verme yükümlülüğüne dönüşmüş olmaktadır²⁸⁵.

Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanamayacak derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare kalmamışsa ana, baba ve çocuğun istemi üzerine TMK m.347 f.2 gereğince hâkim aynı önlemleri alabilir ve bunun için tehlikelilik devamlı olmalıdır. Bu madde uyarınca hâkimin çocuğu ana ve babanın yanından alması, çocuğun veya ana ve babanın kişiliğini korumak için zorunlu olmalıdır²⁸⁶.

Çocuğun bedeni veya fikri gelişmesi ana ve baba arasındaki bağı koparılmasını gerektirecek nitelikte sürekli tehlikeye maruz ise, çocuk ana ve babadan alınmalıdır. Tehlikenin sürekli olmasının aranması, onun doğmasına kadar bekleneyeceği anlamına gelmediği belirtilmekte olup tehlikenin mevcut olup olmadığını ve doğup doğmayacağını takdir hakkının hâkime ait olduğu ve hâkimin tehlikeyi daha doğmadan önlemekle yükümlü olduğu belirtilmektedir²⁸⁷. Çocuğun ana ve baba yanından alınarak nereye yerleştirileceği hususunda hâkime geniş takdir yetkisi verilmektedir. Hakim çocuğu ana ve baba yanından alarak bir aile yanına yerleştirmeyi uygun görebileceği gibi onun bir bakımevine, yetiştirme yurduna veya yatılı bir okula yerleştirilmesine karar verebilir²⁸⁸. Çocuğun ana ve babadan

²⁸⁵ Öztan, Aile, s.794 vd.;Velidedeoğlu, Aile, s.211; Kılıçoğlu, 192 vd.

²⁸⁶ Öztan, Aile, s.794 vd.; Velidedeoğlu, Aile, s.211; Kılıçoğlu, 192 vd

²⁸⁷ Öztan, Aile, s.795 vd.;Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.306; Velidedeoğlu, Aile, s.215 vd.; Kılıçoğlu, 649 vd.; “Mutsuz ortamda çocukların ruhsal yönden oluşacak rahatsızlıklarının ileride vereceği zararların önlenmesi ve çocuğun yararının dikkate alınması gerekir.” Yargıtay 2. HD. 12.04.2001 T., E.2001/4756, K.2001/5817, www.corpus.com.tr; Ergün, s.660; Çelikel, s.75, Akyüz, Koruma, s.16; Dolto,s.17; Özüğür, Boşanma, s.824; Gençcan, s.1204; Yargıtay 2. HD. 17.04.2003 T ., E.2003/4287, K.2003/5573 www.corpus.com.tr; Şener, Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Boşanma, s.60vd..

²⁸⁸ Oğuzman/Dural, s.305; Akıntürk, Aile, 2006, s.450; buna ilişkin olarak çocuk ana ve baba tarafından alınarak bir aile ya da kuruma yerleştirildiği takdirde, çocuğun bakım masrafı yine ana ve babadan alınmaktadır. Ana ve babanın ödeme gücü olmadığı takdirde bu giderler TMK m. 347 f.3 gereğince devlet tarafından karşılanmaktadır. Ana ve babanın ödeme gücü olmayıp çocuğun malvarlığı olduğu takdirde giderler çocuğun malvarlığından ödenmelidir ; Öztan, 2015, s.1045 vd.;Zevkliler/Acabey/Gökyayla, Medeni, 1999, s.1126.

alınmadan önce acil bir durum olmadığı takdirde, nereye yerleştirileceğinin belirlenmesi gerektiği ve çocuğun durumuna uygun yere yerleştirilmesinin gerektiği mesela; çocuk ergin olmaya yakınsa kendisine bağımsız bir yer temin edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir²⁸⁹.

8.Çocuğun Eğitim Durumu

Çocuğun eğitimi gelişme hakkının diğer önemli parçasıdır. Çocuk her şeyden önce eğitim hakkına sahiptir her birey gibi, ayrıca ailesinin bir çocuğa verebileceği eğitimi taraflar boşanmış olsalar bile hiçbir eksiklik hissettirmeden çocuklarına verebilmelidirler. Bundan dolayı hâkim takdir yetkisinde bu hususları değerlendirmeli ve velayeti bunlara göre düzenlemelidir. Okul öncesi eğitim ve ilköğretim aracılığı ile ana baba ve devlet arasında paylaştırılmış kanundan doğan yükümlülüktür. Çocuğun eğitimi, bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini koruma ve sağlanması genel, mesleki ve dini eğitim ile birlikte değerlendirilmektedir. Geniş anlamda çocuğun yetiştirilip, büyütülmesi ve eğitilmesini ifade etmektedir²⁹⁰. Eğitim sadece okulda alınmadığı için velâyet hakkı verilirken çocuğun evdeki eğitim ihtiyacının da gözetilmesi gerekir. Bu bağlamda velâyet çocuğun bedenî, fikrî, ahlaki, sosyal ve ruhî gelişimini sağlayacak tarafa

²⁸⁹ Öztan, 2015, s.756 vd.

²⁹⁰ Elçin Grassinger s.25-29; Akyüz, s.157; Akıntürk, Aile, 2006, s.424; Özlü, s.36; Velidedeoğlu, Aile Hukuku, s.339; Oğuzman/Dural, s.278; Akyüz, Emine , Eğitim Hakkı, Prof. Dr. Ali Naim İnan Armağan, Seçkin Kitapevi, Ankara 2009, s.1031; Usta, s.126, dn.182; Berki, Velayetin Küçüğün Şahsı ve Malları Bakımından Şümulü, s.37; Akyüz, Emine; Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s.656, Yurdakul; 2015, s.41; Girişken, Neriman, Çocuk Eğitiminde Ailenin Etkisi, Atatürk Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi 5, Yıl 2010, s.141-..160; Ayrıca belirtelim ki eğitimin önemi her daim vurgulamış bir unsurdur. Eğitime küçük yaşlarda başlanması, çocukları iyi davranışlara alıştırmak ve onları toluma yaralı birer insan olarak yetiştirmek gerekir. Platon, “Çocuk bütün vahşi hayvanların en huysuzudur.” demiştir. Aile içindeki bireyler çocuğa iyi ve düzgün bir eğitim vermeli kötü ve çirkin davranış, karakter ve iradenin oluşmamasını sağlamalıdır.

verilmelidir²⁹¹. Örnek olarak velayetin kendisine tevdi edilecek tarafın bir öğretmen olması ya da toplum kurallarıyla uyumlu yaşayan bir kişi olması çevresince örnek gösterilen bir kişi olması olumlu bir nitelik taşıyacaktır.

Yapılan araştırmalarda ana babası boşanmış ve boşanmamış çocukların okul başarıları arasında belirgin bir farklılık saptanmıştır. Hâkim çocuğun velâyetini verirken çocuğun eğitim durumunu da gözetmeli, kimin yanında eğitimine devam ettiğini araştırmalı ve durumu ilgili eğitim kurumundan sormalıdır, boşanma sürecinde çocukların eğitimlerine kesintisiz olarak devam etmelerini sağlamalıdır. Çocuğun eğitimine devam ettiği okulun değiştirilmesi çocuğun menfaatine aykırılık teşkil ediyorsa velâyet hakkı ona göre verilmelidir²⁹².

Çocuğun genel eğitimi; onun dürüst, saygı ve sevgi dolu, namuslu, erdemli bir birey olmasını ve bu şekilde toplum için faydalı bir kişi olmasını sağlamaya yönelik olan eğitimidir. Genel eğitim, çocuğun günlük hayatta ihtiyacı olan davranış ve hareketlerin anne ve baba tarafından öğretilmesi, ilerde sosyal ortamlarda herhangi bir sıkıntı yaşama ihtimalini ortadan kaldırma amaçlarını güder²⁹³. Çocuğun genel eğitimi konusunda değinilmesi gereken düzenlemelerden diğeri ise; Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 27. maddesidir. Bu maddeye göre, çocuğun gelişmesi için gerekli olan şartların sağlanması konusunda sorumluluk; sahip olunan imkânlar çerçevesinde öncelikli olarak anne ve babaya veya çocuğun bakımını üstlenmiş olan diğerk kişilere düşer. Bunun yanı sıra, devletin çocuğun eğitim alma hakkının gereği gibi uygulanması için gerekli olan önlemleri almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Devleti alacağı önlemler arasında maddi yardım ve destek sağlamak da yer almaktadır²⁹⁴.

²⁹¹ Özüğür, Boşanma ve Ayrılık , s. 944; Solak, s.53; Öztan, Aile, 2015, s.1110 vd.; Girişken, s.141-160; Y 2 HD. 14/10/2008, 10091 – 1333 www.karatek.com.tr

²⁹² Solak, s.52; Öztan, 2015, s.1110 vd.; Gençcan, Boşanma , s.856; Solak, s.53; Ergün, Boşanma , s.660; Gençcan, Boşanma Tazminat, s.1161.

²⁹³BERKİ, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumûlü , s.38; Çelik, Cemil , Velayetin Kaldırılması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 54(1), Ankara 2004, s.264; Yurdakul, s.43 vd..

²⁹⁴ Baygın, s.285; Yurdakul, s.44.

Ana ve baba, çocuğun eğitimi konusunda onun menfaatini göz önüne tutarak gerekli kararları alarak uygularlar²⁹⁵. “...Velayeti anneye verilen müşterek çocuk Halil 1998 doğumlu olup, öğrenim çağındadır. Çocuğun eğitim ve öğretimi olumsuz yönde etkileyecek ve annenin de velayet hakkını kısıtlayacak şekilde kişisel ilişki kurulamaz. Bu husus gözetilmeden çocuğun ayda iki hafta gibi baba yanında kalacak şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi doğru görülmemiştir”²⁹⁶.

Çocuğun okul eğitimi mevzuatımızda; Anayasa, Milli Eğitim Temel Kanunu ve İlköğretim Temel Kanunu’nda düzenlenmiş; ana babaya bu konuda bir seçim hakkı bırakılmamıştır. İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur; devlet okulları parasızdır (AY m.42). Türk Hukuku bakımından, anne ve babanın sahip oldukları çocuğa eğitim verme yükümlülüğünde, eğitim verme veya vermeme gibi bir seçim hakkına sahip olamadıkları görülmektedir. Zira Anayasa’nın 42. Maddesinde; kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamayacağı ve ilköğretimin kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Aynı maddede, ilköğretimin devlet okullarında ücretsiz olduğu belirtilmiştir. Anayasa’daki, bu hüküm dışında; 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’nun 7. Maddesine göre ilköğretim kurumlarından sonraki eğitim kurumlarından vatandaşların yararlanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Aynı kanunun 22. Maddesinde ise; kız erkek ayrımı yapılmaksızın altı ile on dört yaş arasındaki her çocuğun, ilköğretim görmesinin zorunlu olduğu ve devlet okullarının parasız olduğu düzenlenmiştir. 1982 Anayasası’nın Din ve Vicdan Hürriyeti kenar başlıklı 24. Maddesinin birinci fıkrasındaki “Herkes vicdan, din, inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir” hükmüyle din, inanç ve kanaat hürriyeti tam olarak tanınmış; 14. Madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, din ayin ve örenler serbesttir” hükmüne

²⁹⁵ Gençcan, Velayet, 2015, s.251, buna göre Gençcan boşanmış aile çocukları birbiri ile uyum içerisinde ve birbirini tamamlayacak şekilde ahlak kurallarıyla donatılıp, yetiştirilemez. Çocuğa yapılan telkinler farklı olduğu gibi, birbirini de bütünlemez. Anne veya babasından başka, toplumdan başka terbiye alan çocuk hangisine uyacağını şaşırır. Baba disiplini ve eğitimi, sosyal duyguya az önem vermekte ve çocuğa devamlı güçlü olma idealini aşılacaktır. Çocuğa sosyal duyguyu anne şefkati verir. Ancak anne, rolünü aşırı şekilde yerine getirirse, o zaman çocuk yalnız anneye ilgi duyar ve başka insanlara karşı ilgisiz kalacağı görülmektedir; Özkan, s.118-119; Çelikel, s.31.

²⁹⁶ Y 2.HD, 18/06/2007, 21373-10239, www.karartek.com.tr

yer verilen ikinci fıkrasıyla, ibadet, dini ayin ve törenleri 14. Maddenin kapsamında kabul edilmiştir²⁹⁷.

TMK m.339/I velayetin kapsamıyla ilgili genel hükümde ana babaya çocukların eğitimiyle ilgili kararları alma ve uygulama yükümlülüğü öngörülmüştür. Ancak yasa koyucu, sözü edilen bu genel hükümle yetinmemiş, çocukların gelecekleri açısından önemli olması nedeniyle 340. maddesinde velayetin kapsamıyla ilgili özel olarak hükme bağlamıştır²⁹⁸. TMK m.340 hükmüne göre; “ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar Ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel engelli olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki eğitim sağlarlar.” madde, velayet bakımından oldukça önem taşıyan eğitim konusunu hükme bağlamaktadır.

Maddenin I. fıkrası ana ve babanın eğitim görevinden kaynaklanan yükümlülüğünün sınırı olarak “olanaklarına göre” ölçüsünü getirmiştir. BMÇHS’nin 27. Maddesine göre; her çocuğun zihinsel, ruhsal ahlaki ve toplumsal gelişmesini sağlamaya yönelik yeterli hayat seviyesine sahip olma hakkı vardır. Aynı maddede, her anne ve babanın, çocuğun bu hayat seviyesine sahip olmasını sağlamak için imkânlarını bu yönde kullanmakla sorumlu olduğu belirtilmiştir. Çocukların eğitimine kendisini adayabilecek durumda olan ana veya babaya velâyetin verilmesi uygun olur²⁹⁹. Anne ve baba maddi olanakları ölçüsünde çocuğun eğitimine katkıda bulunacaktır. Çocuğun gelişiminin sağlanırken anne babayı sınırlandıracak olan, sahip oldukları imkânlardır. Her anne ve baba ekonomik, sosyal ve kişisel durum bakımından eşit olamayacağından bu durum çocuklarına sağlayabilecekleri imkânları

²⁹⁷ Yaşar, 2000, s.170-171; Yurdakul, s.46 vd..

²⁹⁸ Kılıçoğlu, Ahmet, Aile Hukuku, Ankara 2015, s.630 vd.; Özkan, s.118-119; Çelikel, s.31; Özüğür ,Boşanma ve Ayrılık , s. 944; Solak, s.53; Öztan, 2015, s.1110 vd.; Girişken, s.141-160.

²⁹⁹ İnal, Uygulama, s.651; Solak, s.53, Anne baba, çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimi konusunda, sahip oldukları olanaklar çerçevesinde çocuğun menfaatini de göz önünde bulundurarak, onun gelecekte kendisine yeten, donanımlı bir birey olmasını sağlamakla yükümlüdür; Köseoğlu,Bilal/Kocaağa,Köksal; Aile Hukuku ve Uygulaması, TBB Yayınları 163, Ankara 2009, s.514; Yurdakul, s.42 vd.;Girişken, s.141vd.

da etkilemektedir³⁰⁰. Öte yandan, anne ve baba ekonomik açıdan çok zorda olduklarını iddia ederek çocuklarının eğitim hakkından yoksun bırakmak yönünde karar alırlarsa, bu durum hâkimin müdahalesinin talebi sonucunu beraberinde getirecektir³⁰¹. Anne babanın çocuğunun eğitimi ve yetiştirilmesi konusunda sahip oldukları bir diğer sınır ise, çocuğun yetenek ve eğilimleridir. Esasen anne ve baba, çocuğun eğitim ve bakımını yerine getirirken onun ilgisini çeken konuları ve yetenekleri de göz önüne almaları gerekmektedir. Bu konuda kendileri çocuğun eğilimlerinde karar verebilecekleri gibi bir uzman yardımıyla da çocuklarının yetenek ve eğilimleri konusunda karar alabileceklerdir. Çocuğun yetenekleri, anne ve babanın ekonomik, sosyal imkânlarını onları zor duruma düşürecek şekilde zorlamadığı sürece anne ve baba çocuğun yeteneklerini geliştirmesi için gerekli eğitimi çocuğa sağlamakla yükümlüdürler.

Maddenin II. fıkrasında ise çocukların gelişmesi ve sağlıklı eğitimlerinin önünde engel olacak olumsuzlukların ortadan kaldırılmasına ilişkin bir yükümlülük getirilmiştir. Çocukların gelişmesi ve eğitimlerinin önündeki engeller bedensel ve zihinsel engellerdir. Madde ana ve babaya çocuğun bu engellerinin ortadan kaldırılması için çocukların yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek genel ve mesleki bir eğitim sağlanması görevini öngörmüştür. Burada doğuştan ya da sonradan bedensel ya da zihinsel engelli çocukları için ana ve baba genel ve mesleki bir eğitim sağlayacaklardır. Aynı şekilde, çocuğun yetenek ve eğilimleri yaşitlarından farklı nitelikler göstermekte ise, bunlar için genel ve mesleki eğitim olanakları sağlanacaktır³⁰².

³⁰⁰ Tekinay, Aile Hukuku, s.485; Akyüz, Armağan , s.657; Öztan, 2015, s.1107 vd.;Yurdakul, s.42; Velidedeoğlu, Aile , s.215vd. Kılıçoğlu, Aile, s.630 vd., Köseoğlu/Kocaağa, s.514; Girişken, s.141 vd.; İnal, Uygulama, s.651; Solak, s.53.

³⁰¹ Zeybek, Elvan, Velayet Hakkının Kullanımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akara Üniversitesi, Ankara 2009, s.26 vd.; Elçin Grassinger, Gülçin, Türk Medeni Kanunu'nda yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığı İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009, s.29; Yurdakul, s.42; Tekinay, Aile , s.485; Akyüz, Armağan , s.657; Öztan, 2015, s.1107 vd.; Velidedeoğlu, Aile , s.215vd.

³⁰² Kılıçoğlu, Aile, s.630 vd..

Çocuğun bedensel veya zihinsel özürlü olması halinde, anne ve baba onların yetenek ve eğilimlerinin yanı sıra ihtiyaçlarını da göz önünde tutmakla yükümlüdür³⁰³. Birleşmiş Milletler Çocuk hakları Sözleşmesi'nin 23. Maddesinde, bu konuya ilişkin bir düzenleme mevcuttur. İlgili maddeye göre; taraf devletler, özürlü çocuklara ihtiyaç duydukları özel bakımdan yararlanma hakkı tanır. Yine devletler, sahip oldukları kaynaklar ve yapılan başvurular üzerine yardımdan yararlanabilecek durumda olan çocuklara, onların bakımlarından sorumlu olan kişilere içinde buldukları şartlara uygun olacak şekilde yardım yapılmasını teşvik ve taahhüt ederler³⁰⁴. Bedensel veya zihinsel özürlü çocukların ihtiyaç duydukları eğitim ve bakım diğer çocuklardan farklı olabilmektedir. Bu nedenle bu çocukların eğitimi konusunda anne ve baba, sosyal ve ekonomik imkânları doğrultusunda gerekli olan özel eğitim ve ilgiyi sağlamalıdır. Bu konuda anne ve babayı sınırlayan ailenin yaşadığı yerde, bedensel ve zihinsel özürlü çocuklar için eğitim veren kurumların olup olmamasıdır³⁰⁵. Çocuk özel bir eğitime muhtaçsa³⁰⁶, ana baba

³⁰³ Çelik, s.264; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.63; Özlü, s.36; Yurdakul, s.42; Çocuk anne ve babanın gücü oranında eğitim alır. Ancak bunun yanında ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel özürlü olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlayacakları gibi çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya ait olmalıdır, Gençcan, Velayet, s.252 alıntı Y 2HD, 31/03/2010, 3096-6210; Bunun yanında kanun koyucu, anne ve babanın eğitim yükümlülüğüne ilişkin olarak, TMK 340/II' ye göre, bedensel ve zihinsel özürlü olan çocukları da kapsayan bir şekilde anne ve babanın çocuğun yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki eğitim sağlaması gerektiğini düzenlemiştir. Çocuğun alacağı eğitim göz önünde bulundurulurken, anne ve babasının ekonomik imkânları ön planda tutulur; çocuğun özel eğitimine ihtiyaç duyduğu, devlet okullarında gerekli ve yeterli eğitimin sağlanamayacağı hallerde ise, anne ve babanın ekonomik durumlarına uygun düştüğü hallerde çocuğa özel okullarda eğitim verilmesi gerekecektir. Anne ve babanın, çocuklarının zihinsel veya bedensel özürlü olduklarını fark ettikleri anda çocuk için en uygun eğitim imkânını bulabilmek için gerekli araştırma yapılmalıdır.; Öztan, Aile, 2015, s.1110 – 1148; Elçin Grassinger, s.35.

³⁰⁴ Avrupa Konseyi, çocuğun eğitim hakkının, ailesinin imkânlarından bağımsız olarak garanti altına alınması gerektiğini belirtmiştir. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Achievements%2008_08.pdf, (10.10.2016)

³⁰⁵ Elçin Grassinger, s.34vd.; Yurdakul , s.42.

olanakları ölçüsünde çocuğa bu eğitimi de sağlamalıdır. İştirak nafakası çocuğun eğitim ve öğrenim giderlerini karşılayacak miktarda olmalıdır³⁰⁷. Ancak bu masrafların hepsini iştirak nafakası yükümlüsü karşılamayacaktır, bu masraflar velayete sahip tarafla paylaşılacaktır. Çocuğun yetenekleri özel eğitim almasını gerektirebilir. Örneğin; çocuğun müzik alanında yetenekli olması halinde gerekli eğitimi alması için yapılan giderler de nafaka belirlenirken göz önünde tutulmalıdır. İştirak nafakası bu eğitim masraflarını karşılayacak miktarda değilse sonradan nafakanın arttırılması davası açılabilir³⁰⁸. Ana babanın ekonomik durumları iyi ise çocuğun özel okula gönderilmesi için gerekli giderler de nafaka belirlenirken göz önünde tutulmalıdır. Çocuk eğitim için başka bir şehirde bulunuyorsa, yurt veya ev kirası gibi giderler de iştirak nafakası belirlenirken dikkate alınmalıdır³⁰⁹. Çocuğun eğilim ve yeteneklerinin yok sayılması ise, anne ve babanın velayeti kötüye kullanması anlamına gelmektedir. Çocuk Hakları Sözleşmesinin 28. Maddesinde ise, çocuğun eğitim gördüğü kurumda, disiplin amacıyla çocuğun onuruna ve sözleşmede bahsi geçen diğer haklarına zarar verecek uygulamaların gerçekleştirilemeyeceği belirtilmiştir. Bu da anne ve babanın sahip oldukları velayete müdahale edilmesini

³⁰⁶ 2709 sayılı Anayasa'nın 42. Maddesinde, devletin durumları nedeniyle özel eğitime ihtiyaç duyan kişiler ile yine Anayasa'nın 61. Maddesinde, devletin korumaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için gereken önemleri alacağı düzenlenmiştir. Anayasa'daki bu düzenlemelerle paralel olarak 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 9. Maddesine göre devlet; koruma bakım ve yardıma muhtaç çocukların korunması, bakımı ve yetiştirilmesi için gerekli hizmetlerin yürütülüp, özürsüz çocukların ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla gerekli sosyal hizmet kuruluşlarını kurup işletmekle yükümlüdür. Kanunun 25. Maddesinde ise, özel eğitim gerektiren ve korumaya muhtaç çocukların eğitimlerinin Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı resmi ve özel eğitim kurumlarında yapılacağı düzenlenmiştir.

³⁰⁷ “TMK m.340/2 hükmü gereğince ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel özürsüz olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlamak zorundadırlar.” Gençcan, s.1243; Yargıtay 2. H.D. 03.06.2011T, E. 2003/5179, K. 2003/8201 www.corpus.com.tr ; Gönensay, Samim, Medeni Hukuk, C.II, Aile Hukuku, İstanbul 1940, s.41; Akkaya, s.92.

³⁰⁸ Gençcan, s.1245; Baygın, s.123.

³⁰⁹ Çelikel, s.139; Baygın, s.123; Öztan, Aile, 2015, s.1060.

gerekli kılmaktadır³¹⁰. Aynı zamanda, çocuk anne ve babası tarafından kendi ilgi ve eğilimlerinin dışında bir mesleğe zorlanırsa, hâkime başvurarak gerekli önlemlerin alınmasını da isteyebilir.

Çocuğun eğitimini ana baba olanaklarına ve çocuğun bireysel yetenekleri ve eğilimlerine göre geçekleştirilecektir (MK m.340/I). Çocuğun yaşı gereği aldığı eğitim ve alması gereken dini, sosyal ve pozitif bilimler açısından velayetin tevdiin de hâkimin göz önünde bulundurması gereken unsurlar vardır³¹¹. Burada ilk başta her anne ve babanın çocuğunu istediği dinde yetiştirebilme özgürlüğü olduğunu hatırlatmamız gerekecektir. Bu sebeple velayetin tevdi edildiği taraf ile diğer taraf arasında bir durum tespit edilmeli ve çocuğun eğitiminde nasıl ve ne şekillerde yol izlenmesi gerektiğine karar verilmez. AİHS'nin 9. maddesinde din eğitimi ve öğretim hakları düzenlenmiştir. Anılan maddenin 2. fıkrası ise bu hakkın sınırlarını belirlemektedir. Sözleşmeye ek 1 Nolu Protokolün 2. maddesi eğitim hakkı ve özgürlüğü ile ilgilidir. Ancak hüküm kısadır ve sınırlama nedenlerine yer verilmemiştir. Bu yönde sözleşmede düzenlenmiş diğer hak ve özgürlüklerden farklılık göstermesi durumu, söz konusu özgürlükten yararlananlar ile hak ve özgürlükler arasındaki ilişki, özel hayata saygı, dini ve/veya felsefi inancın korunması prensipleri arasında kurulan hassas denge ile açıklamak istenmektedir³¹².

³¹⁰ Özlü, 2002, s.38; Yılmaz Önal , s.30.

³¹¹ Oğuzman/Dural, s.277; Akıntürk, s.405; Dural, s.523; Dural/Öğüz/Gümüş, s.330; buna göre anne ve babanın çocuğu eğitim sorumluluğu , ekonomik gücüyle orantılı olarak yapmakla beraber, daima kendi sosyal felsefi, dini, görü ve düşüncelerinin cins ve seviyesinden kendini kurtararak çocuğun dürüst, haysiyetli, namuslu, faziletli yetişmesine ve eğitilmesine gayret etmeleridir

³¹² Eğitim ve öğretim hakkı düzenlenirken devlete “ana babanın dini ve felsefi inançlarına riayet etme mükellefiyeti” yüklenmektedir. AİHM bu maddeyi; devlet okullarında ana babanın dini ve felsefi inançlarına uygun bir ders programı yapma yükümlülüğünde olduğunu kabul etmiştir. Esasen özel okullarda bu imkânın sağlanmış olması devletin bu konudaki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Buna ek olarak denilebilir ki devletin ana babanın dini ve felsefi inançlarına aykırı nitelikte belli bir fikri aşılmasını yasaklamaktadır. Ancak bu hüküm Devletin dini ve felsefi bilgi vermek amacıyla okul programlarına din dersi koymasına engel değildir. Konulan ders “çoğulcu, objektif ve bilimsel” nitelikte ise ana babaya bu dersin konulmasına engel olma hakkı tanımamıştır.

Anayasamızın 2.maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti laik bir devlettir. Laik hukuk sistemlerinde kişilerin başkalarının ya da Devlet'in belirledikleri belirli bir din ve inançta olma zorunlulukları yoktur. Anayasamızın 24.maddesinde "Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir" temel özgürlüğüne yer verilmiştir³¹³.

TMK m.185/II, evlilik birliğinin hüküm ve sonuçları arasında ana babanın çocukları eğitim yükümlülüğüne de yer vermiştir. O konular arasında ananın ve babanın çocuklarına dini eğitim vermeleri ele alınmış konuyla ilgili olması nedeniyle TMK m.341 hükmü de işlenmiştir³¹⁴. TMK m.341 "Çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir. Ana ve babanın bu konudaki haklarını sınırlayacak her türlü sözleşme geçersizdir. Ergin, dinini seçmekte özgürdür." madde ana babanın çocuklarına verecekleri dini eğitim konusuyla ilgili görünmesine rağmen, konuyla yakından ilgili olması nedeniyle çocukların bu konudaki özgürlüklerini de kapsamaktadır³¹⁵.

Devletin her ana babanın inançları ya da felsefi görüşü doğrultusunda devlet okullarında eğitim sağlama zorunluluğu olmamalıdır; Gölcüklü,Feyyaz/Gözübüyük,Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması,Ankara 2002, s.432-434; Yurdakul, s.47; Serdar, s.161 vd.;Turhan, Nedim, Ana Babanın Çocuklarına Karşı, Çocukların Ana Babaya Karşı Olan Hak ve Yükümlülükleri ve Ehliyet Sorunu, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2001, C.27, S.3, s.346; Yaşar,Nuri, İnsan Hakları Avrupa Sisteminde ve Türk Hukukunda Eğitimi Hakkı ve Özgürlüğü, İstanbul 2000, s.43.

³¹³ Kılıçoğlu, Aile, s.631; Akyüz, Armağan, s.661; Zeybek, s.29; Yurdakul, s.48; O halde anne ve baba çocuğun eğitimi konusunda onun yararlarını gözetererek gerekli kararları icra etmelidirler. Ayrıca çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir. Ana ve babanın çocuğun dini eğitimin belirleme hakkını sınırlayacak her türlü sözleşme geçersizdir; Gençcan, Velayet, s.117.

³¹⁴ Kılıçoğlu, Aile, s.631; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumûlü, s.43; Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.279; Yurdakul, s.47.

³¹⁵ Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumûlü, s.43; Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.279; Yurdakul, s.44-48 vd. ; Kanunumuzun düzenlemesine göre çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı, ana ve babaya aittir; ana babanın bu haklarını kısıtlayacak her türlü sözleşme geçersizdir (TMK m.341). Dini eğitim de, çocuğun genel eğitiminin bir parçasını oluşturmaktadır. Kanun, bu hususta dini eğitimin çerçevesini çizmediği gibi, bu hakkın nasıl kullanılacağını da düzenlememiştir. Yani yalnızca bu eğitimin ana baba

Boşanma sonucunda velayet eşlerden birine verileceği için çocuğun dini eğitimi hakkında da o karar verecektir. Dolayısıyla çocuğun dini eğitimi hakkında diğerlerinin karışma hakkı yoktur. Dini terbiye geniş anlamda dinin seçilmesini ve buna uygun eğitim verilmesini kapsar. Dini terbiye verme hakkı velayet hakkının kapsamına dâhil olduğu için velayet kendisine verilen eş evvelkine aykırı düşecek bir dini terbiye verebilir³¹⁶. Yargıtay, velayet kendisine verilmemiş olan tarafın, diğerini verdiği dini terbiyeye müdahale edemeyeceği ve velayet kendisinde olan eşin çocuğu görüşündedir³¹⁷. Ancak bu durum doktrinde iki taraflı bir tartışmaya yol açmış ve çocuğun din anlayışının biçimlenmesinde din dışı yetiştirilebilmesinin olanaklı olduğu görüşü³¹⁸ ile din dışı yetiştirilme hakkının olmadığını savunan görüş³¹⁹ ortaya çıkmıştır. Öztan ise, gene çocuğun isteği ve talepleri doğrultusunda uygun bir çözüm olarak velayet kendine verilen taraf çocuğa dini terbiye vermez ise çocuğun hâkime müracaat hakkı olduğu görüşünde³²⁰ bulunmuştur. Böylece gerek taraflar arasında çocuğunun dini eğitim sorunu gerekse çocuğun kendi tercihlerini yapabileceği bir durumda hak arama sorununun çözümlenmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Bir diğer eğitim ise sosyal ve toplumsal eğitimidir Çocuğun gelenek ve kültürleri, toplumsal kuralları öğrenmesi bakımından velayetin tevdi edildiği tarafın

tarafından verilebileceğini hükme bağlamıştır, Kılıçoğlu, Aile, s.631; Cansel, 1977, s.139; esasen anne ve baba çocuklarını dini açıdan nasıl yetiştirmek isterlerse istesinler; çocuklarını dini açıdan nasıl yetiştirmek isterlerse istesinler; çocuğun menfaatini baz alarak bu sorumluluklarını gerçekleştirebilirler; Akyüz, Armağan , s.661; Zeybek, s.29; “Çocuklar ergin oluncaya kadar ana ve babalarının kültürleri ve inançları yönünde yetiştirilir ve eğitilirler. Ancak çocuklar ergin olduklarında bu kültür, din ve inancı taşımak zorunda değildirler. Bu nedenle, çocuk ergin olduktan sonra dinini seçmekte özgür kılınmıştır. Bu özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin olarak, ana veya babaya ya da ergin olduktan sonra, bizzat çocuk tarafından yapılan sözleşmeler ve taahhütler de keza TBK m.27 gereğince hukuka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır.”

³¹⁶ Gençcan, Velayet , s.118; Öztan, Aile, 2004, s.392; Akıntürk, s.348; Akyüz, s.78; Oğuzman/Dural, s.279

³¹⁷ Y2 HD. 27/12/1978, 8661-9031, www.karartek.com.tr

³¹⁸ Oğuzman/Dural, s.279; Köprülü/Kaneti, s.252.

³¹⁹ Akıntürk, s.348; Öztan, Aile, 2004, s.392.

³²⁰ Öztan, Aile, 2004, s.392; Gençcan, Velayet , s.118.

nitelikleri ve çocuğa verebileceği eğitim önem taşımaktadır. Çünkü çocuğun topluma faydalı ve yararlı bir birey olması, toplumla uyum içinde yaşayabilmesi için önemlidir. Ana baba çocuğa en başta genel bir eğitim vermek, ona toplum içinde, diğer kişiler arasında nasıl davranması gerektiğini öğretmek, üstün değer yargılarını aşılama ile yükümlüdürler³²¹. Çocuğun sosyal hayatı içerisinde arkadaşları, öğretmenleri ve akrabaları en temel olmakla birlikte velayetin tevdi edildiği tarafın da çevresi çocuk için sosyal ve toplumsal bir portföy çizecektir. Velayeti tevdi alan taraf bakımında çocuğu kahvehane, gazino ve daha pek çok yaşına uygun olmayan yerlere götürmek ve çocuğun burada kumar öğrenmesi yahut içki hazırlanmasının bilinmesi gibi hem çocuk için olumsuz hem de eğitim hayatını daha en baştan karartan yerlere götürülmemesi önemlidir. Ancak çocuk için sosyal ve toplumsal yaşam eğitimi bakımından parklar, kütüphaneler ve spor sosyal tesisleri gibi yerler hem çocuğun sosyal eğitimi hem de ileriki eğitim hayatına olumlu etki katacaktır.

Ve diğer bir eğitim olan pozitif eğitim yani çocuğun okul hayatı ve yüksek tahsili için gerek tarafların meslekleri gerek maddi durumları gerekse yapabilecekleri yatırımları önem arz etmektedir. Pozitif eğitim de anne ve baba gerektiğinde çocuğuna tavsiye vermeli ve onu hem maddi hem de manevianlamda desteklemelidir. Velayetin tevdi edildiği taraf kadar kişisel ilişki içerisinde olan tarafa da bu konuda eşit pay düşmektedir. Çocuğu okula kayıt ettirme okul ve öğretmenleriyle görüşmek kısmını velayetin tevdi edildiği kişi üstlenmiş olsa da çocuk ile ilgilenilmesi her ki taraf için de bir sorumluluktur.

Çocuğun tek başına hayatını sürdürebilmesine bir meslek sahibi olmasının rolü azımsanmayacak ölçüde büyüktür. Bu nedenle anne ve baba, çocuğun yatkın olduğu alanda eğitim alabilmesi için imkânları dâhilinde hareket etmek zorundadır³²². Çocuğun mesleki eğitimi konusunda anne ve babanın dikkat etmesi gereken nokta, çocuğun istekleridir³²³. Zira alacağı eğitim, çocuğun gelecekte sahip olacağı meslekte büyük rol oynamakta, çocuğun eğiliminin olmadığı bir alanda eğitime zorlanması, hayatı boyunca mutsuz olması ihtimalini de yanında

³²¹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.1122 – 1123; Çelikel, s.42; Akyüz, Çocuk Hukuku, s.245 vd..

³²² Cansel, s.138; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.64; Yurdakul, s.44.

³²³ Berki, s.38; Akyüz, Armağan, s.660; Yurdakul, s.44 vd..

getirmektedir. Çocuğun hayatını tek başına idame ettirebilmesi için bilmesi gereken her şey ve mesleki eğitim alabilecek hale gelinceye kadar alacağı okul eğitimi genel eğitim kapsamında değerlendirilir. Eski Medeni Kanun'daki "Ana baba çocuğun mesleki terbiyesini (eğitimini) sevk ve idare eder. Mümkün merteye kuvvet ve kabiliyetini nazara alır." (EMK m.265) hükmü Yeni Kanun'a alınmamıştır. Ana baba, çocuğu mesleki eğitimden yoksun bırakmak isterse, hâkimin müdahale edebileceği kabul edilmişti³²⁴. Söz konusu hak, Yeni Kanun'da da korunmuştur. Ayrıca, Kanun'un 340. maddesinin gerekçesinde hükmün Kanun'a alınmama nedeni açıklanmamış; ancak, genel olarak eğitimin, mesleki eğitimi de kapsadığı belirtilmiştir.

9.Çocuğun Sağlık Durumu

Velâyet düzenlenirken çocuğun sağlık durumu da göz önünde tutulmalıdır³²⁵. Çocuğun bir hastalığının bulunması ve tedaviye ihtiyaç duyuyor olması gibi özel bir durumu varsa tedavisini en iyi şekilde olabilmesi için gereken şartlar değerlendirilmeli ve velâyet hakkı ona göre ana veya babaya verilmelidir. Hasta zayıf çocukların bakım ve kuvvetlendirilmesi için çocuğun velâyetinin daha iyi bakım yapacak olan tarafa verilmesi gerekir³²⁶.

Çocuğun sağlık problemi olması halinde tedavi olanakları da araştırılmalı çocuğun tedavisi için en uygun ortam belirlenmelidir³²⁷. Doktrinde çocuğun sağlık problemlerinin olması halinde velâyetin anaya verilmesinin uygun olduğu ve ananın sağlık güvencesinin yeterli olmaması halinde babaya verilmesi gerektiği

³²⁴ Cansel, s. 132-138; Meral, s.99 vd..

³²⁵ Schwarz, Aile , s.177; Gençcan, Boşanma - Tazminat, s.1164; Solak, s.53; Y.2HD. 20/11/2013, E.2013/13503, K.2013/26995, www.corpus.com.tr; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku , s.32-33 vd.; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.89; Akyüz, s.2012, s.220; Velayet bir hak olduğu kadar belki ondan fazla olarak bir yetkidir. Velayet hakkı bunu kullananın değil aslında çocuğun yararına bir haktır. Akyüz, Ruh Sağlığı, s.23; Gençcan, Velayet Hukuku, s.61, alıntı Y 2.HD. 16/01/2008, 2461-214; Sarı, s.93; Hatemi/Serozan, s.343; Oğuzman/Dural, s.274; Usta, s.27.

³²⁶ İnal, Uygulama, s.650; Solak, s.54.

³²⁷ Gençcan, Aile, s.857; Solak, s.54.

savunulmuştur³²⁸. Bu olumsuzluk iştirak nafakasının miktarının belirlenmesi suretiyle aşılabilir. Ayrıca birlikte velâyet kabul edilmiş olsa idi, ana bakım ve şefkatine muhtaç çocuk anası ile kalabilecek bununla birlikte babasının sağlık güvencesinden de faydalanabilecekti.

Her şeyden önce çocuğun sağlık probleminin olup olmaması, taraflardan birisinin bu problemi ortadan kaldıracak donanıma sahip olması ya da çocuğa daha iyi koşullar verebilecek olması boşanan taraflar arasında velayetin düzenlenmesinde etkili olmaktadır. Bir anne ve baba çocuklarının sağlığını korumak adına her şeyi göze almaları bir yana ellerinde bulundurdukları imkânlar aynı olmayabilir ya da gerek iş gerekse bir başka sebepten ötürü çocuklarına fazla zaman ayıramıyor olabilirler bu halde hâkim durumu tespit ettikten sonra gereken düzenlemeyi yapabilecektir.

Bedensel ve ruhsal sağlığı bozuk olan bir çocuğun bakımı zordur ve giderleri daha fazladır³²⁹. Buna bağlı olarak iştirak nafakasının miktarı da arttırılacaktır. Örneğin; çocuk sürekli bir hastalığa (lösemi) tutulmuşsa, tedavisi için belli aralıklarla hastaneye gidiliyorsa, ilaçları pahalıysa veya yurtdışında tedaviye devam etmesi gerekiyorsa bu gideler de ana baba arasında paylaşılmalıdır. Bütün giderler velayete sahip olması gerekçe gösterilerek çocuğun yanında bulunduğu ana babaya yüklenmemelidir³³⁰.

Küçüğün velayeti kendisine bırakılan taraf küçüğe yardım ve bakım yükümünün bir gereği olarak sorumlu olmaktadır. Velayetin tevdi halinde velayeti almayan taraf tıbbi müdahale sözleşmesinden doğan ücret borcuna hâkimin belirleyeceği iştirak nafakası ile katılır. Taraflar arasında önceden belirlenmiş bir iştirak nafakası varsa ve sonradan ortaya çıkan tedavi ücreti çok yüksekse bu durum

³²⁸ Ergün, Boşanma, s.598 ; Solak, s.54; Çakmaklı, s.1; Akkaya, s.96- 97; Cebiroğlu, Rıdvan, Boşanmış Ailede Çocuğun Ruhsal Durumu, 13. Ulusal Psikiyatri ve Nöroloji Bilimler Kongresi, http://ailetoplum.aile.gov.tr/data/54293dab369dc32358ee2b0f/kutuphane_5_aile_yazilari_3.pdf, s.35; Akyüz, s.56.

³²⁹ Şener, s 627.

³³⁰ Çelikel, s.138; Akıntürk, Aile, 2002, s.316.

hâkim tarafından dikkate alınmalı ve iştirak nafakası yeniden şartlara göre değerlendirilerek yükseltilmelidir³³¹.

VII. VELAYETİN TEVDİİNDE ANA VE BABA AÇISINDAN GÖZÖNÜNDE TUTULACAK HUSUSLAR

A. Genel Olarak

Velâyet konusunda karar verilirken çocuğun özellikleri kadar velâyet hakkının verileceği tarafın özellikleri de göz önünde tutulmalıdır. Çocuğun menfaatinin belirlenmesi için ana babanın özellikleri çok büyük öneme sahiptir. Ana babanın sahip olması ve olmaması gereken özellikler bir arada değerlendirilmelidir³³². Velayetin tevdi, çocuk bakımından en öncelikli koşullar değerlendirilerek yapılmalıdır bu kapsamda anne babanın özellikleri de önem taşımaktadır. Hâkim çocuğun taraflarla olan ilişkisini gözlemlemeli hassasiyet derecelerine, çocuğun yetiştirilmesine katkılarına gerek gözlemleriyle gerekse alacağı yardımlarla karar verecektir.

B. Ana Baba Açısından Özel Olarak Gözönünde Tutulacak Hususlar

1. Ana ve Babanın Çocuğa Bakma Olanakları

Anne ve babanın bakmaolanakları denildiğinde hem maddi hem de manevi anlam taşıyan bir anlam çıkarılmalıdır. Maddi olarak anne ve baba çocuklarına iyi bir hayat ve gelecek sağlayabilmelidirler elbette bu kendi ellerindeki imkânlardâhilinde değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Bir işadınının çocuğuna verebileceği maddi olanaklar ile bir bahçıvanın çocuğuna verebileceği maddi imkânlar arasında kıyas etmek doğru olmayacaktır. Ancak anne veya baba velayetin kendisine tevdi edilmesinden sonra çocuğuna imkânları ölçüsünde rahat edebileceği bir gelecek sağlamalıdır. Madalyonun diğer yüzü diyebileceğimiz çocuk ile manevi anlamda ilgilenilme bağlamında çok yoğun mesai halinde çalışan bir ebeveyn çocuğuna bakma imkânı bulamayacak ve ilgisizlik çocuğu olumsuz etkileyebilecektir. Bu

³³¹ Gülen, İlhan, Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, S.5 Nisan 2011, s. 627.

³³² Akıntürk, Aile, 2002, s. 311; Solak, s.54.

anlamda çocuğuna zaman ayırabilen ve bu zamanını en verimli şekilde kullanabilmesi çocuğa bakma olanağı bağlamında değerlendirilecektir.

Velâyet konusunda karar verilirken ana veya babanın çocuğa şahsen bakabilme olanakları dikkate alınmaktadır. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir³³³. Çocuğa şahsen bakma ifadesi çocuğun ihtiyaçlarıyla daha çok ilgilenebilme olanağını ifade etmektedir. Bu bağlamda çocuğun beslenme, eğitim, giyinme gibi ihtiyaçlarıyla daha çok ilgilenecek tarafa velâyet hakkı verilmelidir³³⁴. Doktrinde bu ihtiyaçların ana tarafından daha iyi karşılanacağı, çalışmak zorunda olan babanın çocuğa yeteri kadar zaman ayıramayacağı ifade edilmekteyse de değişen ekonomik koşullar nedeniyle ana da çalışma hayatına katılmak zorunda kalabilmektedir³³⁵. Çocuğa daha çok ve daha anlamlı zaman ayıran tarafa velâyet verilmelidir. Hâkim, çocuğun ana veya baba tarafından başkasına bırakılması halinde bu durumu özellikle dikkate almalıdır. Fiilen çocuk yanında olan taraf çocuğa bakmıyor onu başkasının bakım ve gözetimine bırakıyorsa velâyet bu tarafa verilmemelidir³³⁶. Burada önemli olan ana veya babanın çocuğa çok fazla zaman ayırabilmesi değildir. Asıl önemli olan, çocukla bu sınırlı sür içinde yoğun biçimde ilgilenebilmesidir. Bu konuda esas alınması gereken ilke, çocuğun onu kişisel olarak yetiştiremeyecek eşe hiçbir zaman tevdi edilemeyeceği anlamına gelmez.

³³³Akyüz, Eğitim, s.61-65, Demirci, 2010, s.118; Özer Taşkın, s.105; Öztürk, s.90; Solak, s.55; 2. HD, T. 25.02.2003, E. 15481, K. 2440, 2. HD, T. 06.05.2003, E. 3684, K. 6706, Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır; Akkaya, s.104; Akıntürk, s.239.

³³⁴ Baygın, s.369; Gençcan, Boşama, s.1179; Tekinay, s.275; Özer Taşkın, s.105 vd..

³³⁵ Güneşlioğlu, s.99; Solak, s.55; Akyüz, Eğitim, s.65vd..

³³⁶ “Mahkemece müşterek çocuklardan Rabia ve Yunus Emre`nin velâyeti babaya, Beyza nur ve Zeynep`in velâyeti anaya bırakılmıştır. Davacı ana karardan sonra müşterek çocuk Beyza nur`u Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna yerleştirmiş, Zeynep`i ise davalı babaya bırakmıştır. Davacı ana velâyeti kendisine bırakılan küçüklerle ilgilenmemiş, velâyet görevini gereği gibi yerine getirmemiştir. Küçüklerin birbirlerinden ayrılmaması hususu da göz önüne alınarak küçükler Beyza nur ve Zeynep`in velâyetinin de davalı babaya bırakılması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” HGK, T. 20.03.2013, E. 2-672, K. 263, Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır; Gençcan, Boşanma, s.863; Çelikel, s.80; Bulut, s.24 vd..

Ana baba için çocuğun yetiştirilmesi ve bakımı yükümlülük teşkil eder. Türk Medeni Kanunu 327. maddesi uyarınca, bu yükümlülüklerini öncelikle kendi giderleriyle yerine getirmelidirler. Yanıvelayetin tevdi edileceği kişi kendi kazancını hem kendi ihtiyaçları hem de çocuğunun ihtiyaçlarını karşılayabilecek ve çocuğun maddi anlamda sıkıntıya sürüklemeyecek dereceye sahip olması gerekmektedir. Aksi halde çocuk gerek maddi sıkıntı gerekse yaşam koşullarının elverişsizliği sebebiyle olumsuz etkilenebilir. Bununla birlikte, yine aynı maddede sayılan istisnai hallerde (ana babanın yoksul olması veya çocuğun özel durumunun olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde yahut olağandışı bir hal söz konusu olduğunda), çocuğun mallarından da onun bakım ve eğitime yetecek belli bir miktarı hâkimin izniyle sarf edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Çocuk mallarından elde edilen gelirin çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için sarf edilen kısım ile ana ve babanın aile ihtiyaçlarının karşılanması için hakkaniyete uydukları ölçüde sarf ettikleri miktar dışında kalan gelir fazlası, çocuk mallarına katılır (TMK m.355/2)³³⁷.

2. Ana ve Babanın Çocuğu İhmal Etme İhtimalinin Olması

Her anne ve baba çocuğuna karşı ilgili ve duyarlı olmalıdır. Ebeveynliğin temelinde çocuğuna duyduğu sevgi olduğundan ilgili ve tedbiri bir yapıya sahip olmaları gerekmektedir. Ancak bazen durumlar farklı hissiyat halinde bulunmaktadırlar. Hâkim velayetin tevdiinde hâkim anne ve babadan çocuklarına olan duyarlılığı konusunda araştırma yapmalıdırlar. Elbette taraflar arasındaki duyarlılık derecelendirilmesi yapılamaz ancak tarafların çocukla olan ilgisi, bağı ve çocuğun tavırları velayetin tevdiinde hâkimin kararını etkileyen unsurlardan birisi olacaktır. Çocuk sevildiğini ve onunla vakit geçirmek istediği tarafın ilgisine muhtaçtır. Çocuk ancak kendisiyle ilgilenen, kendisini seven tarafa verilmesi çıkarlarına daha uygundur. Velâyete ilişkin karar verilirken ana babanın çocuklar karşısındaki tutumları, yaşama şartları, ilgi ve sevgileri dikkate alınmalıdır³³⁸. Ana veya babadan birinin çocuğu sevmemesi, nefret etmesi, çocukla hiç ilgilenmeyip adını dahi bilmiyor olması durumlarında velâyetin bu tarafa verilmesi uygun

³³⁷ Akıntürk, Aile, 2006, s. 441; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s. 286; Tekinay, Genel , s. 493; Meral, 103 vd..

³³⁸ Schwarz, Aile , s.177; Solak, s.56.

olmaz³³⁹. Deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulanması ve benzeri sebeplerle velâyet görevinin gereklerini yerine getiremeyecek durumda olan ya da çocukla yeteri kadar ilgilenmeyen ana veya babaya velâyet verilmez. Ana cezaevinde ise babanın bir engeli olmadığı takdirde velâyet babaya verilmelidir³⁴⁰. Eğer hem ana hem baba çocuğa karşı yükümlülüklerini yerine getirmiyorsa bu durumda her ikisine de velâyet hakkı verilmez³⁴¹.

Burada anne veya babanın kusurlu davranışlarından kaynaklanan velayet hakkının kötüye kullanılmasının çocuğa maddi ve manevi zararlar vermesi söz konusudur. Belirtilen yeterli ilgiden kastedilen, velayet hakkı kedisine tevdi edilen ana ya da babanın velayeti kendisinde bulunan çocuğa karşı velayetin kapsamında çocuğu önemseme, sevmeye, yakınlık gösterme, özen gösterme, çocuğa karşı maddi ve manevi desteği esirgememektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus ilgisizliğin süreklilik arz etmesi, ana ve babanın ya da herhangi birinin bu durumun meydana gelmesine kusurlu olması, ilgi ve şefkat gösterilmemesi sebebiyle velayet altındaki çocuğun menfaatlerinin zarar görmüş olması ya da zarar görmesinin kuvvetle muhtemel olması halinde de ilgi ve şefkat göstermeyen ana ve babanın ya da bunlardan her hangi birinin velayet hakkı kaldırılabilir³⁴². Bunun ölçüsü yaşam deneyimleri, tarafların eğitim, sosyal ve ekonomik durumlarına göre değişecek bir olgu olmamasına rağmen, her somut olaya göre ana ya da babanın çocuğa karşı yeterli ilgiyi gösterip göstermedikleri tespit edilecektir.

3.Ana ve Baba Tarafından Çocuğun Kaçırılma İhtimalinin Varlığı

Boşanma davası sürerken ya da velâyetle ilgili hüküm kurulduktan sonra çocuğun anası veya babası tarafından kaçırılması halinde çocuğu kaçıran ve diğer

³³⁹ Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s. 115; Solak, s.57; 2. HD, T. 28.05.1985, E. 2779, K. 5208 www.karartek.com.tr, 2. HD, T. 16.05.1985, E. 4586, K. 4777 www.karartek.com.tr.

³⁴⁰ Şener, 1998, s.664; Gençcan, Boşanma, s.864, alıntı HGK 21.09.1994 2-283/539; Gençcan, Boşanma - Tazminat, s.1191.

³⁴¹ Özüğür, Boşanma ve Ayrılık, s.944; Solak, s.56.

³⁴² Gürsoy, Kemal Tahir, “Boşanma Hukukunun tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Cilt I (Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977); Bulut, s.16-17.

tarafından gizleyen tarafa velâyet hakkı verilmemelidir. Maddi ve fiziki olarak güçlü baba tarafından, çocuk kaçırıldığında ananın çocukla görüşmesi, ana tehdit edilerek ya da anaya karşı şiddet uygulanarak engellenmektedir. Ayrıca ananın çocuğu arayıp sormadığı, görmeye gitmediği iddia edilmektedir. Bazı durumlarda analar da babanın çocukla görüşmesini engellemekte daha sonra da babanın çocukla ilgilenmediği iddiasında bulunabilmektedirler. Böyle bir iddianın olması halinde hâkimin gerekli araştırmayı yapması ve durumu değerlendirmesi gerekir. Çocuğun yurt dışına kaçırılma ihtimali olması halinde hâkim, tedbiren çocuğun yurt dışına çıkarılması konusunda yasak koyabilir³⁴³. Ayrıca Türkiye'nin de taraf olduğu Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme ile taraf devletlere yasal olmayan yollardan götürülmüş çocuğun iadesini sağlama yükümlülüğü altındadır³⁴⁴.

4. Ana veya Babanın Çocuğu Terketme Olasılığının Varlığı

Anne ve baba sorumluluk sahibi ve çocuklarının eğitimcileridir. Hâkim velayet tevdiinde anne veya babadan birisinin bu vasıfla sahip olmadığını tespit eder ya da anne veya babadan birisinin çocuğun velayetini aldıktan sonra bunun layıkıyla yerine getiremeyeceği sorumluluktan kaçabileceği ve çocuk kendisine verilmeden önce bile yaşam koşullarının göçebe bir yaşam şeklinde olması sorumluluklarını

³⁴³ Gençcan, Boşanma, s.865; Solak, s.56.

³⁴⁴ Yargıtay bir kararında çocukların anaları tarafından Şubat 2011 tarihinde babanın muvafakatiyle Avusturya'dan Türkiye'ye getirildiği doğru ise de; daha sonra dönmek suretiyle davalı ananın çocukları haksız olarak alıkoyduğu, bunun sonucu babanın çocukları üzerindeki kanundan doğan velâyet ve ziyaret hakkının ihlal edildiği anlaşılmakta, bu durumda 1980 tarihli Lahey Sözleşmesinin aradığı "haksız alıkoyma" gerçekleşmiştir. Geri dönmelerinin çocukları fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilmeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk bulunduğu ilişkin bir delil ve olgu ortaya konulmamıştır. Çocukların salt yaşlarının küçük olması böyle bir riskin varlığını kabule yeterli değildir. İade isteğinin reddedilmesini gerekli kılan sözleşmede öngörülen diğer sebepler de davada gerçekleşmemiştir. Sözleşme hükümlerinin çocukları yer değiştirmesinin zararlı etkilerinden korumaya yönelik tedbir niteliğinde olduğu da dikkate alınarak iade talebinin kabulü gerekirken, isteğin reddi doğru bulunmamıştır; 2. HD, T. 07.06.2012, E. 10227, K. 15537, Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden 02 Eylül 2013'de alınmıştır.

yerine getirmeyen borca batık ve sözünü tutamayan bir kişi olarak görmesi halinde o kişiye velayeti vermemelidir. Aksi halde hâkim bile bile çocuğun da sorumsuz ve manevi yıpranmışlıklar arasında kalacağı bir duruma koyacaktır.

Ana veya babadan birinin çocuğu terk etmiş olması durumunda bir diğer tarafa velâyetin verilmemesi gerekir³⁴⁵. Ancak terkten söz edilebilmesi için bu fiilin iradi olması gerekir³⁴⁶. Bu fiilin temelinde artık terk eden tarafın çocuğa bakmak istememesi, kendisinde çocuğun ihtiyaçlarını gideremeyecek olmasını düşünmesi gibi pek çok sebep olabilir ki doğal olmayan sebeplerin yanında terk eden tarafın kendisinden kaynaklı şüphelerinin olması ya da bir takım rahatsızlıklarının olması da mümkündür.

Çocuğun esenliğinin sürekli tehlikede olması ve manen terk edilmiş olması arasındaki sınır oldukça kaypaktır. Çünkü birçok 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 ediliş sayılacağı kabul edilmelidir. Bunun göstergesi, çocuğun manevi veya ruhi yönden normalin dışında bir davranış olmasıdır. Örneğin; çocuk sürekli olarak topluma yabancılaşmış, ondan kopmuş ve bir sebeple de kişiliğinin topluma uygun gelişmesi tehlikeye girmişse, çocuk yalancılığa yatkınsa, çalışmaktan kaçırırsa, suça yatkınsa, okuldan kaçırıyor, arkadaşları ile iyi anlaşamıyor, dersleri ihmal edırırsa manen terk edilmiş sayılır. Hâkimin bütün hal ve şartları ve çocuğun

³⁴⁵ Velâyet hakkını kullanmaktan kaçınan ve çocuğu hastane bahçesinde bırakıp kaçan anaya velâyet hakkı verilmemelidir, 2. HD, 16.10.2000 11774, 12287K alıntı Özmen Çocuk Mahkemeleri, s. 68; Bunun yanında annenin bakım ve şefkatine muhtaç çocuğu terk eden kadına, terk ettiği çocuğun velâyeti verilmemelidir, Ceylan, s.158 vd.; “Çocuklarını terk eden ve düzenli bir hayat yaşamayan anaya küçüklerin velâyet hakkı verilmez.” 2. HD, T. 05.07.2000, E. 7540, K. 9281 ,alıntı Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s. 159; Öztan, Aile, s. 1149 vd..

³⁴⁶ Gençcan, Boşanma, s.867, buna göre çocuğunun yanından ayrılmak zorunda kalan ana babanın durumu ise farklı değerlendirilmeli ancak çocuğu terk eden tarafa ya da çocuğu suça sevk eden veya dilendiren tarafa velâyet hakkı verilmemelidir; Gençcan, Boşanma - Tazminat, s.1170 vd.; Solak, s.57.

kişiliğini göz önünde bulundurarak çocuğun manen terk edilmiş olup olmadığını tespit eder³⁴⁷.

5.Çocuğun Taraflarla Arasındaki İlişki

Çocuk, bir ayna gibidir ve anne ve babasıyla olan ilişkisini dışarıya objektif şekilde yansıtabilir. Hâkim gerek çocuğun davranışlarını ve onu dinleyerek elde edebileceği bilgileri gerekse uzamalardan alacağı görüşleri değerlendirerek çocuk ile tarafların arasındaki ilişkiyi değerlendirmelidir³⁴⁸. Çünkü çocuğun bir tarafa daha samimi davranışları yahut bir taraftan korkması, çekinmesi halinde vereceği tepkiler velayetin tevdi aşamasında önem arz eder. Misal olarak baba çocuğu sürekli hırpalıyor, aşağılıyor, küçümsüyor ise hâkim velayetin tevdiinde babaya vekâlet vermeyi düşünmemelidir. Bu çocuk için bir travma yaratacaktır. Burada hâkim çocukla hangi tarafın iyi, samimi ve sevgi dolu bir ilişkiye sahip olduğunu gözlemlemeli ve kararını buna göre vermelidir.

6.Ana ve Babanın Ayrı Ayrı Sosyal ve Ekonomik Durumları

Çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlama ve koruma sorumluluğunun çocuğun eğitimi dışında hangi ihtiyaçlarını karşıladığı konusunda UİHH belgeleri açıklayıcı niteliktedir. ÇHS'nde her çocuğun, Türk Medeni Kanununda yer aldığı gibi, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesinde hakkı olduğu düzenlenmiştir. ÇHS'nin 27.maddesinde böyle bir gelişmenin çocuğun yaşam koşullarından ayrı ele alınamayacağı kabul edilmektedir. Ne kadar önemli olursa olsunlar, yeterli yaşam standardının sadece yiyecek, giyecek ve barınma gibi temel gereksinimlerle sınırlı olmadığını bu madde ile açıklığa kavuşturulmaktadır³⁴⁹.

³⁴⁷ Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.307 vd.

³⁴⁸ Polat/Güldoğan, s.252; Serozan, Soybağı Hukuku, s.115 vd..

³⁴⁹ Bir insan hakkı ihlali olan yoksulluğun çocuğun gelişimindeki olumsuz etkisi artık açık olarak kabul edilmektedir. Bu konuda yapılan çalışmalarda; yoksul ailelerin varsıllara göre daha sağlıksız, kalabalık ve gelişim açısından daha az olanaklara sahip mekanlarda yaşamakta oldukları, okulların genel eğitim kalitesi ve eğitim olanakların düşük olduğu;

Ana babanın kendisi ve çocuğu için sağlayacağı hayat standardı konusunda, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi herkesin sağlığı ve iyi yaşaması için yeterli yaşama standartlarına sahip olma hakkı vardır; bu hak, beslenme, giyim, konut, tıbbi bakım ile gerekli toplumsal hizmetleri ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ya da kendi denetiminin dışındaki koşullardan kaynaklanan başka geçimini sağlayamama durumlarında güvenlik hakkını ifade etmektedir (m.25/I). Uluslar arası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne göre, herkes, yeterli beslenme, giyim ve konut da dâhil olmak üzere, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma ve yaşam koşullarını sürekli geliştirme hakkına sahiptir (m.111). Hakların yerine getirilmesi bir hedef olarak kabul edilmeli ve mümkün olduğu kadar hızlı ve etkin biçimde ilerleme yükümlülüğünü yerine getirmelidir³⁵⁰.

7.Ana ve Babanın Yaşam Tarzları

Bireyler anne ve baba olduktan sonra çocuklarını terbiyeli ve faydalı eğitim verebilmeleri, çocuklarına örnek olmaları ve onların hayatlarına olumlu enerjiler bırakabilmeleri gerekeceği için yaşam tarzlarına dikkat etmelidirler. Örneğin; bir kız çocuğu annesinin gerek evdeki gerekse toplumdaki davranışlarına dikkat ederler ve ya onları taklit eder ya da aynı şekilde davranırlar. Bu yüzden anne ve babanın yaşam tarzları önemlidir. Elbette bunun velayetin tevdi açısından da fark yaratacağı

öğretmenlerin genelde daha kalabalık sınıflarda ders vermek zorunda oldukları, öğrencilerle kurdukları ilişkilerde daha otoriter oldukları ve tek yönlü diyalog kurdukları; yoksul mahallelere göz atıldığında suç oranının daha yüksek olduğu, alkol ve uyuşturucuya daha fazla ulaşım olanaklarının olduğu, fiziksel olarak daha sağlıksız olduğu ve çocukların güvenle oynayabilecekleri mekanların çok daha az sayıda olduğu bulunmuştur. Yabancılaşma ve aidiyet duygusundaki eksiklikler tüm ortamlarda gözlemlenebildiği ileri sürülmektedir; Müderrisoğlu, Serra, “*Psikolojik Gelişim, Yoksulluk ve Hak Temelli Yaklaşım; STK Uygulamalarında İlkelerden Yönteme Doğru, İnsan Hakları İhlali Olarak Yoksulluk*” , (Derleyen; Pınar Uyan Semerci), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s.103; Usta, s.122, dn.167.

³⁵⁰ Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar komitesi, genel yorum 3, İHB/GEN/1,Rev.2, s.55, erişim: <http://www.ihop.org.tr/2007/12/11/ekonomik-sosyal-ve-kueltuereel-haklar-komitesi/> ; Usta, s.122,dn.168.

kesindir. Hâkim velayetin tevdiinde tarafların yaşam tarzlarına ve çocuklarına karşı nasıl bir örnek teşkil ettiğine bakacaktır ve bakmalıdır.

Velayetin düzenlenmesinde gerçekleşen ahlaki, cinsel, dini değer yargıları da gözetilmelidir³⁵¹. Nitekim Yargıtay eşcinsel anaya velayetin verilmemesi görüşündedir³⁵².

8.Ana ve Babanın Çocuğa Karşı Duyarlılıkları

Her anne ve baba çocuğuna karşı ilgili ve duyarlı olmalıdır. Ebeveynliğin temelinde çocuğuna duyduğu sevgi olduğundan ilgili ve tedbiri bir yapıya sahip olmaları gerekmektedir. Ancak bazen durumlar farklı hissiyat halinde bulunmaktadır. Hakim velayetin tevdiinde hakim anne ve babadan çocuklarına olan duyarlılığı konusunda araştırma yapmalıdırlar. Elbette taraflar arasındaki duyarlılık derecelendirilmesi yapılamaz ancak tarafların çocukla olan ilgisi, bağı ve çocuğun tavırları velayetin tevdiinde hâkimin kararını etkileyen unsurlardan birisi olacaktır.

Burada anne veya babanın kusurlu davranışlarından kaynaklanan velayet hakkının kötüye kullanılmasının çocuğa maddi ve manevi zararlar vermesi söz konusudur. Belirtilen yeterli ilgiden kastedilen, velayet hakkı kedisine tevdi edilen ana ya da babanın velayeti kendisinde bulunan çocuğa karşı velayetin kapsamında çocuğu önemseme, sevme, yakınlık gösterme, özen gösterme, çocuğa karşı maddi ve manevi desteği esirgememektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus ilgisizliğin süreklilik arz etmesi, ana ve babanın yada herhangi birinin bu durumun meydana gelmesine kusurlu olması, ilgi ve şefkat gösterilmemesi sebebiyle velayet altındaki çocuğun menfaatlerinin zarar görmüş olması ya da zarar görmesinin

³⁵¹ Gençcan, Velayet, s.119; Velayetin düzenlenmesinde çocuğun ahlak bakımından üstün yararı öncelikli olmalıdır. Velayet hakkına sahip annenin evli olduğu halde bir başkasıyla evlilik dışı ilişkisinin olduğu, zaman zaman ilişkisi olduğu şahsı eve aldığı bu yaşam tarzının 98 doğumlu kızı için ciddi risk taşıdığı ve idrak çağındaki çocuğun görüşü, yüksek yararına açıkça aykırı değilse önem taşır. Bu durum değerlendirilip ona göre velayetin tevdi edilmesi gerekmektedir Y2HD 08/09/2014, E.2014/16098, K.2014/16787 www.corpus.com.tr

³⁵² Y 2.HD, 21/06/1982, 5077-5531 www.kazancı.com.tr

kuvvetle muhtemel olması halinde de ilgi ve şefkat göstermeyen ana ve babanın ya da bunlardan her hangi birinin velayet hakkı kaldırılabilir³⁵³. Bunun ölçüsü yaşam deneyimleri, tarafların eğitim, sosyal ve ekonomik durumlarına göre değişecek bir olgu olmamasına rağmen, her somut olaya göre ana ya da babanın çocuğa karşı yeterli ilgiyi gösterip göstermedikleri tespit edilecektir.

Velâyet düzenlenirken çocukların alıştıkları ortamdan ve kardeşlerin birbirlerinden ayrılmasının onların gelişimlerine olumsuz etki yapacakları gerçeğinin göz ardı edilmemesi ve çocukların velayet hususunda görüşlerinin alınması gerektiği hususunda karar³⁵⁴.

9.Ana veya Babanın Çocuğu Yönlendirilmesi

Velâyet hakkında karar verilirken ana veya babanın çocuğu yönlendirmesi halinde bu durumun dikkate alınması gerekir³⁵⁵. Velâyet düzenlenirken çocuğun görüşüne başvurulabilen durumlarda çocuğu yönlendiren veya tehdit ederek iradesini ve ifadesini değiştiren tarafa velâyet verilmemelidir³⁵⁶.

Anne ve baba çocuklarının hayatına yön vermesi gereken yol göstericilerdir. Tavsiyeleri, telkinleri, uyarıları ve hatta yaptırımlarıyla çocuklarının hayatını etkileyeceklerdir. Ancak bunu yaparlarken çocuğum olumsuz davranışlarını desteklemeleri, onu etki altında bırakacak ve ruhsal yönden hasarlı bir bireye dönüştürecek davranışlardan kaçınmaları gerekmektedir. Çünkü velayet kişilere sıkı sıkıya bağlı bile olsa kamu düzenini ilgilendiren bir durumdur aynı zamanda. Bu haliyle hakim çocuğun velayeti konusunda gerek çocuğun görüşünü alırken çocuğun etki altında kalıp kalmamasına dikkat etmeli gerekse anne ve babanın baskıcı ve otoriter tavırlarından çocuğu korumalıdır. Elbette her anne ve babanın çocuğunu istediği gibi yetiştirme hakkı vardır ancak bu çocuk ileride toplumla beraber yaşayacak bir bireye dönüşeceğinden hakim kamu düzeni ilkesi gereğince hareket

³⁵³ Gürsoy, Serhan/Bulut, Harun, Aile Mahkemeleri Uygulaması, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2004, s.16-17.

³⁵⁴ Y. 2.HD. 18.10.2005, 8391/14409 www.karartek.com.tr

³⁵⁵ Gençcan, Boşanma, s.868; Solak, s.57.

³⁵⁶ Öztan, Aile, 2015, s. 1146; Solak, s.58.

ederek velayetin tevdiinde çocuğun yönlendirilmeye açık olmayacak şekilde ve çocuk menfaatini düşünerek karar vermelidir. Anne ve babanın burada çocuğu yönlendirici hareket ve tutumları velayeti alabilmeleri bağlamında önemli olacaktır.

10. Ana ve Babanın Çocuğa Şiddet Uygulamakta Olması

Şiddet hemtoplumda hem de bireysel anlamda istenmeyen ve yaptırımlara tabi olan bir kavramdır. Eyleme dönüşen şiddet hem zarar verici hem de yıkıcı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu kapsamda anne ve babalık duyularıyla hareket eden bireylerin şiddet içerikli eylem halinde bulunmaları özellikle de çocuklarına karşı bu eylemleri sürdürmeleri toplum nezdinde istemezken hukuk bağlamında hem cezai hem de hukuki yaptırımlara tabi kılınmıştır. Kanun koyucu cezai anlamda Türk Ceza Kanununda düzenlediği maddeler ile şiddetin her türlüünü bir cezaiyi kurala bağlamış, hukuki anlamda ise yaptırımlara tabi kurallar koymuştur. Bunun sonucu olarak velayetin tevdiinde hâkim pek ok ilkeyi ve koşulu birlikte değerlendirir ancak çocuğa şiddet uygulanması halinde o kişi ile çocuk arasında velayet ilişkisini kurmaması gerekmektedir. Çünkü çocuklar korunmaya muhtaçtırlar ve hem fiziksel hem de ruhsal anlamda küçük ve zayıftırlar. Kendilerini koruyamayacakları gibi bu konuda kendilerini temsil edebilecekleri ve hakkını arayabilecekleri bir durumda da olmayacaklardır. Hâkim ise böyle bir noktada şiddet uygulayan tarafı değerlendirecek ve bunun değerlendirmesini yaptıktan sonra ancak velayetin tevdiinde bir sonuca varacaktır.

Çocuğa şiddet uygulayan, kötü davranan, psikolojik baskı yapan ya da çocuğa küfür edip hakarete bulunan ana veya babaya velâyet hakkı verilmez³⁵⁷. Eğer hem ana hem baba çocuğa şiddet uyguluyorsa bu durumda velâyet kaldırılarak, çocuk

³⁵⁷ Öztan, Aile, 2015, s.1146; Y2HD. 02/10/2014, E.2014/8526, K.2014/19193 www.corpus.com.tr bu Karara göre sosyal hizmet kurumu tarafından düzenlenmiş raporda çocukların baba yanında kalmasının uygun olduğu belirtilmiş ise de tanık beyanlarından babanın uyuşturucu maddeler kullandığı ve bundan dolayı bilicini kaybettiği, eşyalara zarar verdiği, uzun süreler eve gelmediği anlaşılmış olup, çocukların üstün yararı tehlikeye girebileceğinden dolayı velayetlerinin anneye verilmesi gerekirken, yazılı şekilde babaya verilmesi usul ve yasaya aykırıdır denilmiştir.

vesayet altına alınabilir. Suç işleyene, haysiyetsiz hayat sürene, acımasız ölçülerde kötü muamele edenlere ve akıl hastalarına velâyetin verilmemesi gerekir³⁵⁸.

11.Ana ve Babanın Velayeti İstememesi Olasılığı

Ana veya babadan birinin velâyeti istememesi buna karşılık diğer tarafın istemesi durumunda hâkim tarafların iradelerini araştırmalıdır. Eğer iradeleri bu yönde ise çocuğun velâyetini isteyen tarafa öncelik tanınmalıdır³⁵⁹. Çocuğun velâyetini istemeyen tarafa çocuğun velâyetinin verilmesi durumunda çocuğun iyi bakılmayacağı kuvvetle muhtemeldir. Unutulmamalıdır ki hâkimin velâyet hususunda karar verirken oldukça geniş bir takdir yetkisi vardır. Taraf çocuğu istemediğini beyan etse bile çocuğun menfaati velâyetin bu tarafa verilmesini gerektiriyorsa hâkim tarafların istek ve iradelerine bağlı olmadığı için çocuğun velâyetini bu tarafa da verebilir. Bu durumda hâkim tarafları çocuğa bakmak konusunda teşvik etmeli ve uyarmalıdır. Ancak bu uyarılardan sonuç alınamazsa;

³⁵⁸ Gençcan, Boşanma, s.876; Solak, s.58; Gençcan, Boşanma ve Tazminat, s.1173 vd.; Öztan, Aile, 2015, s.1136 vd. Gerek kanun koyucunun bu hükümleri düzenlemedeki amacı gerekse küçüklerin korunması ilkesine kamu açısından verilen özen değer gözetildiği takdirde şartları varsa hâkim, bu konuda her çeşit tedbiri resen de alabilir. Bunun tabii sonucu olarak ana babanın mahkemeye başvurması bir dava olmayıp, hâkimi tedbir alma yükünde uyarma niteliğindedir. Onun için hâkimi 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 hâkim gerekli görürse velayeti gözden geçirip çocuk yararını da üstün tutarak bir düzenleme yapabilir. Bu itibarla nafaka davası içinde hâkimin velayet konusunu doğrudan doğruya istek ve hatta bir ihbar üzerine araştırmasını engelleyen bir kanun hükmü yoktur. “Velayetin değiştirilmesi davası TMK m.183.maddesinde düzenlenmiştir. Maddede velayetin değiştirilmesi nedenleri tahdidi olarak düzenlenmeyerek (Bunun sebebi küçüklerin korunması ilkesine kamu açısından verilen önemdir.) her yeni duruma göre çocuğun menfaatlerinin zorunlu kılmasını gerektiren her türlü olgu, sebep olarak kabul edilmiş ve örnek olarak ana ve abanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gösterilmiştir.” Bulut, s.8-9 vd..

³⁵⁹ Gençcan, Boşanma ve Tazminat, s.1173 vd.; Öztan, Aile, 2015, s.1136 vd..

çocuğun velâyetini taraflardan birine zorla vermek yerine çocuğa vasi atanması yoluna gidilebilir³⁶⁰.

Tarafların kati bir şekilde çocuğu istemedikleri durumlarda çocuğun velâyetinin taraflardan birine verilmesi yani tarafların iradelerinin zorlanması durumunda çocuğun menfaatlerine aykırı bir karar verilmiş olacaktır. Nitekim Yargıtay da bir kararında özürlü müşterek çocuğun velâyetini istemeyen ana babaya verilmesinin çocuğa yarar değil zarar vereceği vurgulanarak; bu gibi durumlarda Türk Medeni Kanunu'nun 347. maddesi ile Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümlerinin re'sen uygulanarak karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁶¹.

Günümüzde sıkça karşılaşılan durum, geliri olmadığı için çocuğuyla baba evine dönen ananın çocuğundan vazgeçmek zorunda bırakılmasıdır. Ananın hiçbir geliri olmaması, çocuk ve ana lehine hükmedilen nafakaların miktarının ana ve çocuğun hayatlarını bağımsız olarak idame ettirmelerine yeter düzeyde olmaması gibi sebeplerle boşanan kadın kendi ana babasının evine dönmektedir. Böyle durumlarda maddi olarak zaten sıkıntıda olan büyük ana ve büyük baba torunlarını evde ek bir yük olarak görmekte ve istememektedirler. Çaresiz kalan ana ise çocuğunun velâyetini istemediğini beyan etmek zorunda kalmaktadır. Hâkim bu gibi durumlarda tarafların beyanlarına itibar etmemeli; bilakis gerçek iradelerini ortaya çıkarmalı ve çocuğun menfaatine en uygun kararı vermelidir.

12.Ana ve Babanın Meslekleri

Ana babanın meslekleri, sosyal statüleri, çocuğa sunacakları hayat seviyesi velâyet düzenlenirken hâkim tarafından göz önünde tutulmalıdır. Ancak bu husus da diğer kıstaslarda olduğu gibi tek başına velâyetin bir tarafa verilmesinde yeterli

³⁶⁰ Bulut, s.24; Solak, s.58 vd..

³⁶¹ 2. HD, 07.10.2003 11644, 12972K, Web: <http://emsal.yargitay.gov.tr/> adresinden alıntılanmıştır; Bulut s.24; Solak, s.59; Yargıtay'ın ilgili bir ilamında göre anne veya babadan her hangi birisi çocuğa bakmak istemiyor velayeti almak istemiyorsa hakim velayeti alması için ısrarda bulunamaz ve kanunen de çocuk istemeyen tarafa velayet verilemez, 2. HD, T. 02.05.1985, E. 4024, K. 4223 www.kazanci.com.tr ; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku , s. 115, Özüğür, Boşanma ve Ayrılık , s.945.

olmaz. Velâyetin düzenlenmesinde asıl olan çocuğun yüksek menfaatidir³⁶². Yargıtay taraflardan birinin maddi durumunun daha iyi olmasının velâyetin ona verilmesi için tek neden olamayacağını, çocuğun ihtiyaçları, bakım ve daha önceki çevresinin değişip değişmediğine dikkat edilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁶³.

Ana babanın mesleği çocukları eğitmeleri açısından önemli olduğu gibi, çocukla bizzat ilgilenip ilgilenememeleri konusunda da hâkime yol gösterici niteliktedir. Hâkimin değerlendirmeyi yaparken göz önünde tutacağı temel ilke çocuğun yüksek menfaatidir. Ana babanın menfaati, boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal statüleri ya da maddi olanakları gibi durumlar çocuğun menfaatini etkilediği oranda dikkate alınır. Örneğin bir tarafın maddi durumu iyi ama ahlaki değerleri düşük olabilir. Buna karşılık diğer tarafın maddi olarak daha düşük olanaklara sahip olmasına rağmen düzgün bir hayat tarzına sahipse çocuğun velâyetinin bu tarafa verilmesi daha uygundur³⁶⁴.

Yargıtay bir kararında “davacı ananın genelevde çalışması, onun kötü bir ana olduğunu göstermez.” demek suretiyle çocuğun yüksek menfaatinden başka hiçbir hususun önemli olmadığını vurgulamıştır. Ancak doktrinde haysiyetsiz hayat sürme gibi bir sebeple boşanma gerçekleşmişse çocuğun bu tarafa verilmemesi gerektiği de ileri sürülmektedir³⁶⁵.

³⁶² Akıntürk Aile, 2002, s.311; Yıldırım, s.90; Gençcan, Boşanma, s.1178-1179; Akyüz, Koruma, s.155; 2. HD, T. 1999, E. 2022, K. 2077, alıntı Ceylan, s.158 vd..

³⁶³ 2. HD, T. 12.09.1975, E. 7111, K. 6585 alıntı Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.115; Solak, s.59.

³⁶⁴ Velidedeoğlu, Medeni, s.219, Akıntürk, Aile, 2002, s.311; Akyüz, Koruma, s.155; Özer Taşkın, s.106-107; Gençcan, Boşanma, s.874, Demirci, s.119 vd..

³⁶⁵ Velidedeoğlu, Medeni, s.267; Solak, s.60; 2. HD, T. 5.7.1995, E. 6964, K. 7868, www.karartek.com.tr ; Akıntürk, Aile, 2002, s.311

13.Ana ve Babanın Hastalığı

Velâyet tevdi edilen tarafın velayete ilişkin görevleri bakından sağlıklı olması aranmalıdır. Yani hastalık sebebiyle çocukla ilgilenemeyecek olan tarafa velâyet verilmez³⁶⁶.

Sürekli dengesiz davranışlar sergileyen ana babaya velâyetin verilmemesi gerekir. Ana veya babanın alkol veya uyuşturucu bağımlısı olması, akıl hastalığı ya da ruhsal bunalımda bulunması gibi durumlarda bu tarafa velâyetin verilmemesi yerinde olacaktır. Esrar bağımlısı ana veya babaya velâyet hakkı verilmez. Bu hususlar ana babanın her ikisinde de mevcut ise hâkim ana veya babaya velâyet vermeyerek, çocuğun menfaatleri doğrultusunda çocuğa vasi tayin edebilir³⁶⁷.

Bir görüşe göre, velâyet konusunda karar verilirken hâkim, ana veya babanın değer yargılarını, ahlaki yapılarını, cinsel tercihlerini de göz önünde bulundurarak hüküm kurmalıdır. Yargıtay da bu görüştedir. Ana veya babanın eşcinsel olması durumunda çocuk doğal olarak diğer tarafa verilecektir. Çünkü velâyetin bir tarafa bırakılmasında temel ilke çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişmesine zarar gelmemesidir³⁶⁸. Bu noktada eşcinsel ana babanın çocuğa zarar vermeme ihtimali

³⁶⁶ Kendisi vesayet altında olup gözetime muhtaç bulunan taraf olan anneye velâyet verilmemelidir, Ceylan, s.159 vd.; ayrıca tarafların sağır dilsiz olması halinde ana bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun velâyet hakkı anaya verilmelidir şeklinde bir ilam da bulunmaktadır, 2. HD, 19.03.1996 827, 2825K , alıntı Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s.68; “Alkolik kocaya velâyetin verilmesi uygun olmaz.” 2. HD, 05.07.1965 3635, 3592K, alıntı İnal, Uygulama, s.652, “Baba esrar bağımlısıdır. Küçüğün velâyet hakkının ona verilmesi ruh sağlığına olumsuz etki yapacağından uygun bulunmamıştır.” 2. HD, T. 10.05.1999, E. 5074, K. 4944 alıntı Özmen, 2005, s.71; İnal, Uygulama, s.651; Çelikel, s. 53.

³⁶⁷ Akıntürk, 2002, s. 304, Solak, s.61; Gençcan, Boşanma, s.869; Çelikel, s.53; “Akıl hastası babaya çocuğun velâyeti verilmez.” 2. HD, T. 30.12.2002, E. 6627, K. 8302; Ceylan, s.159; 2. HD, T. 05.06.2003, E. 6627, K. 8302 Web: <http://emsal.yargitay.gov.tr/> adresinden alıntılanmıştır buna ilişkin esrar bağımlısı babaya velâyet hakkı verilmez.

³⁶⁸ 2. HD, T. 04.05.1992, E. 4788, K. 5049 alıntı Şener, Boşanma, 1998, s.198; Gençcan, Boşanma – Tazminat , s. 1173 vd.; Öztan, Aile, 2015, s.1100; 2. HD, 21.06.1982 E. 5077, K.5531, alıntı Baktır Çetiner, Velayet Hukuku , s.115; Gençcan, Boşanma, s.877; Demirci, s.119 vd..

bulunsa bile çocuğun toplum baskısından korunması gerektiği de ileri sürülmektedir³⁶⁹. Bu konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 1999 tarihli Portekiz'e karşı verdiği "*Salgueiro Da SilvaMouta*" kararında, yerel mahkeme, eşcinsel babaya çocuğunu göstermeyen anadan velâyetin alınıp kendisine verilmesini isteyen başvuruçunun talebini reddetmiştir. AİHM, yerel mahkeme kararında başvuruçunun eşcinselliğine gönderme yapıp çocuğun eşcinsel ortamda büyütülmesinin zararlı olacağını kabul edilmesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 8'e aykırı bulmuştur³⁷⁰. Esasında ana ya da babanın eşcinsel olması tek başına çocuğunun velâyetinin kendisinden alınması sebebi teşkil etmemektedir. Sonuç olarak önemli olan ana veya babanın çocuğu olumsuz etkilerden korumalarıdır. Yargıtay'ın bu konuda çelişik kararları mevcuttur³⁷¹. Doktrinde velâyet konusunda karar verilirken ana veya babanın cinsel tercihlerinin değil, ana veya baba olma yeteneklerinin dikkate alınması gerektiğini savunanlar da vardır³⁷².

14.Din ve Mezhep Sorumluluğu

Anayasamızda din ve mezhep ayrımı gözetilmez. Herkes istediği dini ve mezhebi seçmekte özgürdür. Çocuğun din ve mezhebini ana ve baba birlikte seçerler.

Boşanma halinde çocuğun velâyeti hakkında hüküm kurulurken ana babanın dinlerinin ya da mezheplerinin farklı olması önemli bir husus değildir. Velâyet tevdi edilen kişiyalnız kendisi kullanacağından, çocuğun din ve mezhebini de kendisi tek başına belirleme hakkına sahiptir. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, çocuğa dini konularda baskı yapma ihtimali olan ana veya babaya velâyet hakkının verilmemesi

³⁶⁹ Akyüz, Koruma, s. 75; Solak, s.60.

³⁷⁰ http://www.spod.org.tr/turkc,eskisit,wpcontent/uploads/2012/12/LGBT_ictihat_kitap_web_son.pdf. adresinden 19 Eylül 2016 alınmıştır.

³⁷¹ "lezbiyenlik, hastalık derecesine varan bir alışkanlık olması sebebiyle; çocuk henüz kötü alışkanlıklar edinmeden gerekli tedbirlerin alınması zorunludur. Bu nedenle velâyetin babaya verilmesi gerekir." 2. HD, T. 21.06.1982, E. 5077, K. 5531 aksi yönde " 2. HD, 9 yaşındaki kız çocuğunun velâyetinin lezbiyen anaya verilmesini kararını onamıştır." <http://arama.hurriyet.com.tr/arsivnews.aspx?id=56669> adresinden 19 Eylül 2016 tarihinde alınmıştır; Usta, s.24.

³⁷² Güneşlioğlu, s.96; Solak, s.61.

gerekir. Bir görüşe göre, ana veya babadan biri, çocuğu Türk milli çıkarlarına aykırı bir biçimde yetiştirmeyi planlıyorsa, Türk milli çıkarlarına aykırı bir grubun üyesi ise bu durumda çocuğun velâyetinin kamu düzeni gerekçesiyle o ana veya babaya verilmemesi gerekir³⁷³.

Son olarak bu konu hakkında velayetin tevdi edilmeyip çocuğa bir vasi atanması halinde, çocuğun din ve mezhep eğitiminin nasıl olacağı ve çocuğun anne ve babasının din ve mezhep eğitimini mi alacağı yoksa vesayet makamına atanan kişinin sorumluluğunda yapılacak ve buna göre bir eğitim mi verilecektir sorusunu aydınlatmak gereklidir. Burada esasen tartışmaya yer olmayacak derecede bariz olan bir durumu tespit etmek gereklidir ki o da çocuk, her ne kadar anne ve baba dışında bir kişinin sorumluluğu altına verilmiş ise de, anne ve babanın tasarrufu altındadır. Çünkü daha önceden belirttiğimiz gibi anne ve baba olma durumundan ne feragat edilebilir ne de bu hak sonlandırılabilir. o halde denilmelidir ki çocuk vesayet altına alınmış olsa bile din ve mezhep eğitimi anne ve babasının istediği gibi şekillenmelidir³⁷⁴ ancak çocuğun menfaatlerinin korunması ön koşulu koyularak denilebilir.

³⁷³ Ergün, Boşanma, s. 598 vd.; Solak, s.63; Gençcan, Boşanma, s. 876.

³⁷⁴ Gençcan, Boşanma, s. 876; Öztan, Aile, 2015, s.1114-1115; Baygın, s.290 vd. ; Yetik, s.221 vd.; Kılıçoğlu, Aile, s.631; Gençcan, Velayet Hukuku, 2015, s.200 vd.; Yılmaz Önal, s.75 vd.; Ayrıca ÇHS. m.20'de çocukla ilgili koruma çözümleri düşünülürken, çocuğun yerleştirilmesinde sürekliliğin korunmasına ve çocuğun etnik, dinsel, kültürel ve dil kimliğine saygı gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu madde sözleşmedeki çocuğun ana ve babasını tanıma, onlar tarafından bakılma hakkı, çocuğun kimliğinin korunması ve azınlıklara ve yerli halklara mensup çocuklara ilişkin maddeler ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu ilke ile aynı zamanda “çocuğun yararı ilkesi” de dikkate alınmalıdır, UNİCEF, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı, s. 264

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

VELAYETİN TEVDİİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Bu bölümde velayetin tevdi edildiği halde önce tevdi edilmiş olan taraf ile çocuk arasındaki kişisel ve mali ilişkilerini daha sonra tevdi edilmeyen taraf ile çocuk arasındaki ilişkiyi inceleyeceğiz. Velayetin tevdi hüküm ve sonuçlar hem ana baba hem de çocuk bağlamında değerlendirilecektir.

VIII. VELAYETİN KENDİSİNE TEVDİİ EDİLDİĞİ EŞ İLE ÇOCUK ARASINDAKİ KİŞİSEL VE MALİ İLİŞKİLER

Velayet hakkının eşlerden birisine verilmesi üzerine, diğer eş artık velayet hakkını kaybeder. Ancak bu durum TMK m.348 anlamında velayetin kaldırılması niteliğinde değildir. Velayetin tevdiinde, boşanmadan sonra ana babanın çoğu kez çocukla birlikte ilgilenebilme imkânları olamayacağından, hâkim, çocuğun bakım ve gelişimiyle daha fazla ilgilenebilecek tarafa velayeti vermektedir. Yoksa bu tevdi, kural olarak velayet hakkı kendisine verilmemiş tarafın TMK m.348/I, b.1 ve b.2'deki sebepleri taşıdığı anlamına gelmemektedir³⁷⁵. Bu çerçevede, velayetin eşlerden birinden alınması, bu görevi yürütemediği için öngörülen bir yaptırım değildir. Türk Medeni Kanunu'nun 183'üncü maddesi, velayet hakkının ana babadan birine verilmesi halinde, daha sonradan ortaya çıkacak durumlar dolayısıyla velayet hakkının düzenlenmesinde değişiklik olabileceğini öngörmüştür³⁷⁶.

A. Kişisel İlişkiler

Kanunumuzun 28.maddesine göre sağ ve tam doğmak şartıyla ana rahmine düşen çocuk o andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Velayet; çocuğun kişi varlığı ile malvarlığının korunmasını ve her iki alanda da çocuğun temsilini sağlayan bir

³⁷⁵ Baygın, s.371; Elçin Grassinger, s.167; Özlü, s.112-113.

³⁷⁶ Öztan, Aile, 2015, s.786 vd..

kurumdur³⁷⁷. Çocuğun şahsı üzerinde velayet; çocuğun adının konulmasından yerleşim yerine, eğitiminden yetiştirilmesine kadar uzanan geniş bir alandır. Bu sebeple velayete sahip olan eş hem bunlara dikkat etmeli hem de sorumluluklarını tam olarak yerine getirmelidir. Velayet kurumu içerisinde yer alan velayet hakkı, bir şahıs varlığı hakkı olarak görülmektedir³⁷⁸. Şahıs varlığı hakları, malvarlığı dışında kalan, değeri para ile ölçülemeyen, şahsın daha çok manevi dünyasına ilişkin olan haklardır³⁷⁹. Ana ve babanın aile birliği içerisinde sahip olduğu velayet hakkı kişiye

³⁷⁷ Bazı hukuk sistemlerinde, örneğin; İngiliz Hukukunda velayet kuralı olarak sadece çocuğun kişiliği ile ilgili olan yetkileri kapsayacak bir kurum olarak kabul edilmekte ve bu yetkileri ifade etmek için “*custody*” terimi kullanılmaktadır. Buna karşılık çocuğun mallarının yönetimi bakımından yetki, vesayet kurumuna benzer biçimde düzenlenmiş ve ana baba bu konuda “*guardian*” olarak adlandırılmaktadır; Tiryakioğlu, s.62; Baktır Çetiner, s.51-52; Usta, s.91; Çocuk, hak ehliyetine sahip bir varlık olarak, ana babasının malvarlığından ayrı, tamamen bağımsız bir malvarlığına sahiptir. Çocuk malları, mameleki değeri olan bütün hakları; taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet haklarını, sınırlı ayni haklar, alacak haklarını ve fikri ve sınai hakları kapsar; Öztan, Aile, 2015, s.1076-1077; Serdar, s.160- 161; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s.1178 buna göre velayet hakkının kapsamını; ana ve babanın çocuğun şahsı ve malları üzerinde çocuğun temsil edilmesi yoluyla hak ve yükümlülüklerin kullanılmasıdır. Çocuğun şahsı bakımından velayetin içeriği incelendiğinde çocuğun yeterli olgunlukta olmamasından kaynaklı olarak kendi başına alamadığı kararların çocuk adına ve onun üstün faydasına göre anne babanın bu görevi yerine getirmesiyle alakalıdır. Çocuğun malları bakımından velayetin içeriği; çocuğun mallarının yönetilmesi, kullanılması, kısmen sarf edilmesi, çocuk mallarının korunması, gelirlerinin sarfi ile ilgili ana ve babaya ait olan tüm hak ve yükümlülükleri kapsar.

³⁷⁸ Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2002, s.102-103; Tekinay, Genel, s.139; Karabacak,s.45vd.; Sarı, s.87; Köprülü/Kaneti, s.245; Usta, s.22; ayrıca belirtelim ki velayet hakkı bir kişilik hakkı olarak kabul edilmekle beraber bu tanınan kişilik hakkının, ana babanın kendi yararlarına olmayıp çocuğun yararına tanınan bir hak olarak kabul edilmektedir; Akyüz, Medeni ,s.30; Berki, velayeti sadece görev olarak kabul etmektedir. Bu nedenle ana babanın velayeti icraya muktedir oldukları halde çocuğa bir vasi tayin edilmesini isteyerek velayetin yüklediği külfetten kurtulamayacakları veya velayeti başka bir şahsa devredemeyeceklerini belirtmiştir. Berki, Velayetin Şumulu,s.5vd.; Usta, s.22.

³⁷⁹ Oğuzman/Barlas, Medeni, s.102; Tekinay, Genel, s.139; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, Medeni, 1999, s.122.

sıkı surette bağı haklardandır; devredilemez, mirasçılara geçmez, feragat de edilemez, çocuk kendi rızası ile velisini değiştiremez, anlaşma konusu yapılamaz, velayetin kaldırılması söz konusu olmadıkça taraflardan birine verilmesi mümkün değildir, bu emredici hükmün aksine sulh sözleşmesi de yapılamaz³⁸⁰. Bu haklar, kişilere sırf sahip oldukları kişilik dolayısıyla tanınan ve birinci derecede kişilerin sosyal ve manevi yönlerini ilgilendiren haklardan ibarettir. Örneğin; nişanlanma, evlenme, boşanmanın yanı sıra velayet hakkını da bu tür haklardandır.

Anne babanın çocuklarının en üstün faydasını gözeceğini düşünerek hareket edilse bile çocuğun kişilik haklarının korunmasının en temelde yattığını unutmamamız gerekecektir. Çünkü anne ve baba velayet hakkını kullanarak çocuğun bazı kısıtlanmalara tabi tutmaları ya da çocuklarını belirli unsurlara çocuk istemediği halde eğilimli olarak yöneltmeleri çocuğun kişilik haklarını zarara uğratacaktır. Bunun çözümü olarak ise ölçülülük ilkesi burada bize en yardımcı olan ilkedir. Ana ve babanın velayet haklarını kullanmalarının da sınırını, çocuğun yararı ve katılım hakkını düzenleyen TMK 339 uncu maddesinin yanı sıra anayasal temel hakların sınırlanmasında uygulanan “ölçülülük ilkesi” (keyfilik yasağı) oluşturmaktadır. Ana ve baba tarafından hangi koşullarda çocuğun telefon görüşmelerinin dinlenebileceği,

³⁸⁰Tekinay, Genel, s.131; Öztan, Aile, 2015, s.1078; Akıntürk, Aile, 2006, s.421; Doktrinde, velayet hakkını ana babanın kişilik haklarından bir tanesi olarak nitelendiren ancak, ana ve babaya tanınan kişilik hakkını, onların yararlarına değil, çocuğun yararına bir hak olarak kabul eden bir görüş mevcuttur; Akyüz, Medeni, s.26; Velayet hakkı ana babanın kişilik hakkının bir parçasıdır, Y. 2.HD. 01.12.1980 tarih ve 7442/8596 sayılı kararı alıntı Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s.38; Aksi görüş olanlarca ise kişilik hakkı doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanması olmakla birlikte kısaca, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkı şeklinde tanımlanarak anlamlandırılmasıdır; anlaşılacağı üzere kişilik hakkı tekeli bir haktır, yani kişinin sahip olduğu şeref ve haysiyete bir diğer kişi malik olamaz ; Özsunay, Ergun; Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979, s.97; Tekinay, Genel, s.249; Helvacı, Serap; Gerçek Kişiler, İstanbul 2006, s.71-76; Dural/Öğüz, 2004, s.91-92-95, Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.43 vd.; Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.151-164 - 252; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s.505 – 506; Dural/Öğüz/Gümüş, s.327; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.1014; Baktır Çetiner, s.47; Köprülü/Kaneti, s.245- 246; Öztan, Aile, 2004, s.627-628; İnan; 1965, s.125; Hatemi/Serozan; s.342; Usta, s.22, dn.86.

özel mektuplarının, günlüklerinin okunabileceği, çocuğun nereye gideceğine, kimlerle arkadaşlık yapabileceğine ilişkin önlemleri hep seçilen araçla amaç arasındaki uyumlu, ölçülü ilişkiyi kollayan ölçülülük ilkesi kavramından bakılarak belirlenmelidir³⁸¹. Bu ölçü aşıldığı takdirde çocuğun kişilik haklarına müdahale başlayacaktır.

B. Mali İlişkiler

Hak ehliyetine sahip çocuk ana babasının malvarlığından ayrı, tamamen bağımsız bir malvarlığına sahiptir. Bunlar, mameleki değeri olan bütün hakları; taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet haklarını sınırlı ayni hakları, alacak haklarını ve fikri sınaî hakları kapsar³⁸². Malvarlığı hakları, kişinin maddi menfaatlerini koruyan, ekonomik haklarını ifade eden para ile ölçülebilen ve paraya çevrilebilen hak ve borçlarının tümünü ifade eder³⁸³. Miras hakkı, mülkiyet ve mülkiyete ilişkin haklar ile sebebi ne olursa olsun bütün alacak hakları ve fikri hakların mali yönleri malvarlığı hakları meydana getirirler. Çocuk da anayasal olarak mülkiyet hakkına ve buna bağlı olarak mirasçılık hakkına sahiptir, aynı zamanda çalışarak gelir elde edebileceği gibi, şirket ortağı olma, malvarlığından faiz, kira getirisi gibi gelir elde etmesi ve bağımsız olarak malvarlığına sahip olması

³⁸¹ Hatemi/Serozan, Aile Hukuku, s.348; Serozan, Çocuk Hukuku, 2000, s.260- 262.

³⁸² Fırat Şimşek, s.55; Baygın, s.382; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s.1178; burada bahsedilen çocuk malları, mameleki (para ile ölçülebilen) değeri olan bütün hakları; taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet haklarını, sınırlı ayni haklar, alacak haklarını ve fikri ve sınaî hakları kapsamaktadır; Oğuzman/Dural; Aile Hukuku, s. 282; Akyüz, Koruma, s. 259; Berki, Velayetin Şumûlü, s. 3 vd.; alıntılan Özdemiş, Hayrûnnisa, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması Ve Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, s.84 aktaran Rohde, Art. 321 und 322 ZGB , Diss. St. Gallen 2006, Zürich/Basel/Genf 2006, s.37 vd; alıntılan Özdemiş Çocuk Mallarının Yönetimi, s.84 aktaran Herzig, Freiburg 2012, PN. 57, 30; alıntılan Özdemiş, Çocuk Mallarının Yönetimi, s.84 aktaran Hegnauer, Bern 1999, 28.02; Baygın, Cem/Doğan, Murat, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfi”, AÜEHFD. C. IX, S. 1-2, s.380.

³⁸³ Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s.108 vd.; Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s.113; Usta, s.142.

mümkündür³⁸⁴. Bu nedenle çocuğun malvarlığı ana babanın malvarlığı üzerindeki hacizden, rehin tesisinden, gerçekleşen işlemlerden etkilenmez. Ayrıca çocuğun ana babanın borçlularına karşı alacak hakkı açısından öncelik hakkı vardır³⁸⁵. TMK m.352 ve devamında çocuk mallarına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ancak kanunda çocuğun malvarlığı çok keskin hatlarla belirlenmemiş olup yalnızca çocuğun sahip olabileceği malvarlığı haklarına ilişkin haller korumaya çalışılmıştır.

Malvarlığı hakları aynı zamanda bu malların yönetimi ve kullanılması, malvarlığı ile ilgili işlemler yapabilmeye ve başkalarına verilen zararlardan malvarlığı ile sorumlu olmayı da ifade eder. Çocuğun sahip olduğu malvarlığı üzerinde kural olarak velayete sahip olan tarafın yönetme ve kullanma, gelirlerini sarf hakkına sahiptir. Çocuk ise, ayırt etme gücüne sahipse serbest malları üzerinde yönetme ve kullanma hakkına sahiptir.

Çocuğun malvarlığı ile ilgili tek başına hukuki işlem yapabilmesi de, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmasına ve işlemin hukuki niteliğine bağlıdır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun malvarlığı üzerinde hukuki işlem, kural olarak yasal temsilcisi olan ana babası tarafından yapılır. Ayırt etme gücüne sahip çocuk malvarlığı üzerindeki işlemleri ana babasının rızası ile yapabilir. Çocuk yaptığı hukuki işlem veya başkasına vermiş olduğu zararlardan da benzer şekilde malvarlığı ile sorumludur³⁸⁶.

1.Genel Olarak

Çocuk, mallarını ölüme bağlı ve sağlararası işlemler vasıtasıyla farklı şekillerde kazanır. Bu kazanım şekilleri kanunda, çocuğun kendisine intikal eden miras, lehine işlemiş ölüme bağlı bir tasarruf ve sağlararası bağışlamalar şeklinde düzenlenmiştir. Kişilik haklarına yönelik hukuka aykırı bir fiilden doğan tazminat alacağı, sigorta alacağı, destekten yoksun kalma tazminatı, çocuğa yapılan bağışlamalar, lehine bankaya yatırılan paralar da çocuğun malvarlığına dâhildir.

³⁸⁴ Baygın/Doğan, Çocuğun Malları, s.380 vd.; Usta, s.142 vd..

³⁸⁵ Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.282- 283; Öztan, Aile, 2004, s.681; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s.1177 vd.; Akyüz, Koruma, s. 259; Berki, Velayetin Şumûlü, s. 33; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.105 vd.; alıntılardan Özdemir, Çocuk Mallarının Yönetimi,s.83 aktaran Breitschmid, Basel 2010, PN. 1 Art. 318 ZGB

³⁸⁶ Usta, s.142; Öztan, Aile, 2004, s.680- 681; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s.1177 vd.

Ayrıca yasal temsilci tarafından çocuk adına yapılan kazandırıcı işlemler vasıtasıyla da çocuğun malvarlığına bir unsurun dâhil olması mümkündür³⁸⁷.

Çocuğun kendi çalışması sonucu elde ettiği kişisel kazancı, anne ve babasının çocuğun bakımı için harcadığı meblağ, iştirak nafakası da çocuk malvarlığına dâhildir. Bunlara ek olarak, çocuğun TMK m. 364 gereğince üst soyundan (ana ve baba, büyük ana ve büyük baba) ve refah içinde bulunan kardeşlerinden talep edebileceği yardım nafakası da çocuğun malvarlığına dâhildir³⁸⁸. Kanundabir değişiklik sonucu çocuğun ana ve babası yanında yaşadığı sürece kazancını ana ve babaya vereceği ilkesi, bu kazancın çocuğa ait olacağı hükmüdür. Ana ve babaya sadece çocukla yaşadıkları müddetçe çocuktan kendilerine maddi katkıda bulunmasını isteme hakkı tanınmıştır. Bu şekilde Kanun, BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 32. maddesindeki “*Taraf Devletler, çocuğun, ekonomiksömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya dasağlığına veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabulederler*” hükmü ile çocukların ekonomik sömürüye karşı korunması ilkesi gereğince, çocukların ekonomik güvenliğini sarsıcı nitelikteki hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır. Söz konusu bu maddede çocuğa malları üzerinde hâkimiyet hakkı tanınmıştır. Sözleşmenin ikinci fıkrasında, sözleşmeye taraf devletlerin çocukların ekonomik olarak sömürülmesine karşı gerekli tedbirlerin alınması gerektiğine vurgu yapılmıştır³⁸⁹. Sözleşmenin bu

³⁸⁷ Baygın/Doğan, s.381; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.105-106; Oğuzman/Barlas, Medeni, 2006, s.108; Hatemi, Giriş, 2004, s.113; Usta, s.142.

³⁸⁸ alıntılan Özdemiş, Çocuk Malları, s.84 vd. aktaran Hausheer, Andrea/Geiser,Thomas/Aebi-Müller, Bern 2007, PN. 17.122, 299 ; alıntılan Özdemiş, Çocuk Malları, s.84 vd. aktaran Tuor, P/Schnyder, B/Schmid, J/Rumo-Jungo , Zürich 2010.,PN. 34, 502 ; Öztan, Aile, 2004, s.681-682; Baygın/Doğan, Çocuğun Malları, s.380 vd.; Usta, s.142; Oğuzman/Barlas, Medeni, 2006, s.108; Hatemi, Giriş, 2004, s.113.

³⁸⁹ Taraf Devletler, bu maddenin uygulamaya konulmasını sağlamak için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel her önlemleri alırlar. Bu amaçlar ve öteki uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz önünde tutularak, Taraf Devletler özellikle şu önlemleri alırlar:

- a) İşe kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırı tespit ederler;
- b) Çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemeleri yaparlar;

hükmü ile ana ve babanın çocuk mallarının gerektirdiği işlemler bakımından sahip oldukları serbesti muhafaza edilmiştir.

2.Malları Yönetme Hakkı

Yönetme hakkı, velayete sahip olan anne veya babanın evli olmaları durumunda birlikte ayrılmış olmaları durumunda ise velayete sahip tarafın hakkıdır. Velayete sahip olan taraf, çocuğun mal varlıklarını yönetme hakkına tek başına sahip olur. Bu hakka sahip olmak hem sorumluluk ve yükümlülük hem de söz sahibi olmanın avantajlarını beraberinde taşımak demektir. Velayet hakkına sahip ana ve babanın TMK m.352 f.1 gereğince çocuk mallarını birlikte yönetmek hak ve yetkisine sahiptirler³⁹⁰.

c) Bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörürler.

³⁹⁰ Velinin yönetim hakkının kapsamında çocuğun serbest malları dışında kalan bütün diğer malları dahildir. Bununla beraber veli gelecekte sahip olacağı mallarını da yönetme yetkisine sahiptir. Ayrıca yönetim hakkının kapsamına çocuğun mallarının yerine geçen ikame değerler de dâhildir. Yönetim hakkının kullanılması, yönetimin kapsamına giren bu mallar üzerinde fiili egemenliği de gerektirdiğinden ana ve baba çocuğun mallarının fer'i zilyedidirler. Velayet hakkına sahip ana ve baba vasiden farklı olarak, çocuğun mallarını kullanırken hâkim iznine ihtiyaçları yoktur (TMK m. 342/III). Çocuğun mallarını yönetmede ana ve baba, hâkimden izin almayacakları gibi çocuklarının düşünce ve oylarını da almak zorunda değillerdir. Ancak TMK 339/III'e göre, "*Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağını tanırlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar*" hükmü gereğince de çocuğun malları konusunda onun yaşı ve olayları idrak kabiliyeti doğrultusunda ana ve baba çocuğu aydınlatır. Hatta yapılacak işlemler konusunda onun görüşünü de alırlar. Ancak çocuğun işi uygun bulması ana ve babayı sorumluluktan kurtarmaz (TMK m. 450/II'ye kıyasen) Ayrıca çocuğun görüşünün alınması hususu vasilere de açıkça görev olarak yüklenmiştir. Buna göre "*Vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi önemli işlerde karar vermeden önce olarak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür*" (TMK m. 450/I). Ana ve babaya çocuğun mallarının yönetimi hususunda tanınmış olan bu hak, velayet hakkına sıkı sıkıya bağlıdır. Ana ve baba velayet hakkına sahip değillerse, çocuğun mallarını yönetme hakkı da onlara ait değildir ve çocuğun mallarını bağımsız olarak yönetirler; Öztan, Aile,

2004, s. 685; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.282 - 284; Velidedeoğlu, Medeni, s.376; Saymen/Elbir, Aile, s. 377; Yargıtay'a göre çocuğun malvarlığı basiretli ve özenli yönetememeleri durumu ortaya çıkmadıkça hâkim, çocuğun malvarlığı haklarının korunması hususuyla ilgili keyfi biçimde velinin yönetme hakkına müdahale edemez ve bu sonucu doğuracak bir karar veremez, Y. 2. HD., T. 29.03.2011, E. 2010/17939, K. 2011/5497,naklen Kazancı Otomasyon; alıntılanan Özdemir, Çocuk Malları, s.87 aktaran Hegnauer, Bern 1999, PN. 28.03, 231; Akyüz, Emine: Türk medeni Kanununa Göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması, AÜEBFD, S. 1-4, 1979, s.156; Baygın/Doğan, Çocuk Malları, s.386; alıntılanan Özdemir, Çocuk Malları, s.87 - aktaran Bıderbost, Zürich 2007, PN. 7 Art. 318 ZGB; alıntılanan Özdemir, Çocuk Mallarının Yönetimi, s.87 alıntılanan Riemer Hans ZVW 2001 S. 84 Riemer, Mehrfach , 84ff; Baygın/Doğan; s.385; Egger, İMK. 252-359; İnan; 1968, s.134 – 135;Türk Medeni Kanununa getirilen bu düzenleme BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 32. Maddesine de uygundur.” Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.267; Usta, s.145; Akıntürk, Aile, 2006, s.434; Ayrıca belirtelim ki EMK m. 278 hükmünde de anne babanın velayeti devam ettiği müddetçe çocuğun mallarını idare edecekleri belirtilmişti. Yeni TMK' da ise çocuğun mallarını yönetme hakkının aynı zamanda görev (yüküm) olduğunun da altı çizilmiştir; Çağlayan, Serkan, Velayet Hakkı Çerçevesinde Ana Babanın Küçüğün Malvarlığı Üzerinde Sahip Olduğu Hak ve Ödevler ile Küçüğün Malvarlığının Ana Babasına Karşı Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997, s.16; Çelikel, s.50, Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.106-107; Özüğür, Ali İhsan; Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku- Aile Mahkemeleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.466- 467; Yönetim hakkının velayete sıkı sıkıya bağlı olduğu bu nedenle devredilemeyeceği belirtilmişse de; bu durum fiilen çocuğun mallarının yönetiminin üçüncü şahıslara bırakılmasına engel değildir; Köprülü/Kaneti, Aile, 1989, s.255; Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku C. II, İstanbul 2011, s.420; “Annenin başkası ile evlenmesi, çocuklara ait maaşları alması velayet hakkının nez edilmesine sebep olamaz. Çünkü ana-baba velayetleri devam ettikçe çocukların mallarını idare ederler; hesap ve teminat vermek zorunda değildirler” , Y. 2. HD. T. 05.11.1984, E. 1984/8890, K. 1984/8970 www.corpus.com.tr ; “Çocuğun mallarını kendi yararına kullanmak ve onun ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmek, velayet hakkının savsaklandığı hatta kötüye kullanıldığı sonucunu doğurur” , Y. 2. HD. T. 17.04.1979, E. 1979/3041, K. 1979/3262 Corpus İçtihat Programı naklen alıntı.

Velayete sahip olan kişi bakımından çocuğun malvarlığını yönetme hem hak hem de yükümlülüktür. Bu haktan feragat edilemez veya yönetimi devredilemez³⁹¹. Bu durum Türk Medeni Kanun madde 352/I'de, “*Ana ve baba velayetleri devam ettiği sürece, çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler, kural olarak hesap ve güvence vermezler.*” Şeklinde düzenlemiştir. Ancak ana ve baba arasında devir yapılarak çocuğun mallarının yönetiminin ana ve babadan birine bırakılıp bırakılamayacağı hususu tartışmalıdır. Akıntürk³⁹²'e göre; ana ve babadan birinin yönetimi diğerine devredemeyeceği, Egger³⁹³'e göre de; yönetim hakkı, velayetin tefrik edilemez mütemmim cüz'üdür ana ve babanın her ikisine birlikte ait olduğu belirtilmişse de; Öztan³⁹⁴'a göre, yönetim hakkının kullanılmasının ana ve baba arasında devrinin mümkün olduğu, yani bu hakkın ana ve baba tarafından birlikte kullanılabilceği gibi ana veya babadan sadece biri tarafından da kullanılabilceği belirtilmiştir. Velayetin önemli bir kolunu oluşturan çocuğun mallarının yönetimi, velayet hakkına sahip ana ve baba tarafından birlikte yerine getirilmelidir. Her ne kadar ana ve babanın biri tarafından kullanımı uygulamada kolaylık sağlayacak ise de; ana ve baba tarafından birlikte kullanımı velayetin

³⁹¹ Akıntürk/Ateş Karaman, Aile, 2011, s.421; Baygın/Doğan, s.383; Akıntürk, s.408; Öztan, Aile, 2004, s.684; İnan, Çocuk Hukuku, s.134 vd.; Usta, s.145; Esasen şunu belirtelim ki yönetim hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için devredilemezse de mallarının fiili yönetiminin üçüncü bir kişiye bırakılması mümkündür. Velayetin tevdi sonucunda velayeti altında bırakılan ergin çocukların malları üzerinde de yönetim hakkı vardır.” “velayet hakkı evlilik devam ederken anne veya babadan birinden kaldırılmışsa, velayet hakkı devam eden eş çocuğun mallarını yönetir.” Anne babanın çocuğun mal varlığı üzerindeki zilyetliği fer'i zilyetliktir (TMK m. 974/2); Özmen; Velayet Hukuku Davaları, s.107 vd.; Oğuzman / Dural; 1998, s. 284; Akıntürk, Turgut; Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku -Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, C.2, İstanbul, 2008, s. 421, Özüğur; 2003, s.468, Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993, s.352; alıntılanan Özdemir, Çocuk Malları, s.86 aktaran Breitschmid, Basel 2010., PN. 6, Art. 318 ZGB; alıntılanan Özdemir, Çocuk Malları, s.86 – alıntılanan Tuor,P/Schnyder,B/Schmid,J/Rumo-Jungo, Zürich 2010, PN. 32, 501; alıntılanan Özdemir, Çocuk Malları, s.86 alıntılanan Bıderbost, Zürich 2007.,PN. 5 Art. 318 ZGB.

³⁹² Akıntürk, Aile, 2006, s.434.

³⁹³ Egger, Şerh , s.152.

³⁹⁴ Öztan, Aile, 2004, s.685.

içeriğine daha uygun düşeceği ve birlikte kullanımında kendi içerisinde velayetin sınırını oluşturduğu düşünülebilir.

Yönetme hakkı, velayet devam ettiği sürece velayete sahip tarafın çocuğun sahip olduğu mal varlığını muhafaza etmesi ve çocuk adına yönetmesi demektir. Bu sebeple hâkim mal varlığının muhafazası ve yönetimini denetlenmesi için bazı yükümler ve sorumluluklar getirmiştir; velayete sahip olan taraf, hâkime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve bu malvarlığında yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirme yükümlülüğü öngörülmüştür (TMK m.353)³⁹⁵. Çocuğun hem doğduğu anda sahip olduğu mallar hem de sonradan edindiği mallar yönetim kapsamı içindedir. Bunun gibi ikame mallar da velayet hakkına sahip olan kişinin yönetim hakkı içindedir. Örneğin, çocuğa ait olan bir evin yanması nedeniyle, sigortanın yanan ev için ödediği tazminat bedeli, anne ve babanın yönetim hakkının içindedir³⁹⁶.

³⁹⁵ Yönetme hakkı, velayet devam ettiği sürece velayete sahip tarafın çocuğun sahip olduğu mal varlığını koruyacağı için, ana ve babanın evliliğin sona ermesi halinde, velayet hakkı kendisinde kalan eşe, hâkime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirme yükümlülüğü öngörülmüştür; Dural/ Öğüz /Gümüş, Aile, 2015, s.349; Baygın/Doğan, Çocuğun Malları, s.380 vd.; Usta, s.142; Oğuzman/Barlas, Medeni, 2006, s.108; Hatemi, Giriş, s.113; alıntılaman Özdemir, Çocuk Malları, s.89 aktaran Hausheer,Andrea/Geiser,Thomas/Aebi-Müller, Bern 2007., PN. 17.128, 300.

³⁹⁶ Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s. 282; Berki, Velayetin Şumûlü, s. 63; İnan, Çocuk Hukuku, s.134; Y. 2.HD. 14.05.1990 tarih ve 12983/4759 sayılı kararı alıntı Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s.240; Özüğür, Soybağı, s.468; Velayet hakkına sahip anne baba, çocuğun yararına ise, miras sözleşmesi yapabilir; çocuğa düşen mirası reddedebilir; çocuğa yapılan bir bağışlamayı engelleyebilir. Ancak vasiye yasak olan muameleleri (MK m. 449) veli de yapamaz. Ana baba, çocuğun mallarını yönetirken çocuğun malları ile ilgili olarak kefil olmak, vakıf kurmak ve bağış yapmak işlemlerini yapamayacaklarına ilişkin bir Yargıtay kararı da incelenebilir, Y HGK. 12.11.1988 tarih ve 90/86 sayılı kararı www.karartek.com.tr; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.81; Öztan, Aile, 2004, s.683; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.107 vd.

Ana ve baba çocuğun mallarını yönetirken “iyi bir yönetici gibi” yönetmekle yükümlüdür (TMK m. 363/I, TBK. m. 506/II-III)³⁹⁷. Ana ve babanın yönetim hakkı çocuğun menfaatiyle bağdaşabildiği ölçüde çocuğun, ana ve babanın ortak menfaatlerine hizmet etmelidir. Ana ve baba çocuğun mallarının yönetimini sadakat ve özenle yerine getirmelidir. Bu anlamda hem çocuğun malları korunmalı hem de mallar iyi bir şekilde semerlendirilmelidir³⁹⁸. TMK m.363 hükmünce velayete sahip olan taraf vekil gibi sorumlu olacaktır. Yani yönetim hakkının sona ermesinde vekâlet hükümleri uygulanacağından, yönetim sırasında da vekil gibi sorumlu olacaktır. Vekâlet sözleşmesinde, vekilin özen borcu, edim sonucunun başarılı biçimde gerçekleşmesi için yaşam deneyimlerine ve işlerin olağan akışına göre edimin yerine getirilebilmesi için gerekli davranışlardan kaçınmaktır³⁹⁹. Vekilin özen yükümü, TBK. m. 506/II gereğince objektifleştirilmiş bir özen yükümü niteliğindedir. Buna göre, “...benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesigereken davranış esas alınır” hükmü gereği basiretli bir veli olmak

³⁹⁷ Bu terim, Türk Hukukunda Uygulama Tüzüğü'nün 15. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “ Vasinin vesayetine verilen kişinin bakımına eğitimine, kişilik haklarının korunmasına ve hukukî işlemlerde temsiline ilişkin olarak gereken özeni göstermek, mal varlığını iyi bir yönetici gibi yönetmek zorundadır” hükmünde yer almaktadır, naklen Başpınar, Veysel : Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004, s. 182; alıntıl原因an Özdemir, Çocuk Malları, s.88 aktaran Hegnauer, Bern 1999, PN. 65, Art. 290 ; Öztan, Aile, 2004, s.685 ; Başpınar, s.182; Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.267; İnan, Çocuk Hukuku , s.135; Usta, s.145; alıntıl原因an Özdemir, Çocuk Malları , s.86 – aktaran Hausheer, Andrea/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Bern 2007, PN. 17.127, 300; Dural/Öğüz/Gümüş, s.347; alıntıl原因an Özdemir, Çocuk Malları, s.89 – aktaran Biderbost, Zürich 2007, PN. 7 Art. 318 ZGB.

³⁹⁸ Ana ve baba sahip olduğu çocuk malları yönetim hakkı ile ilgili ve amaca uygun olarak gerekli tüm taahhüt ve tasarruf işlemlerini yapar; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.283; Akıntürk, Aile, 2006, s.434; Velidedeoğlu, Aile , s.295; Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.267; İnan, Çocuk Hukuku, s.135; Usta, s.145; alıntıl原因an Özdemir, Çocuk Malları , s.88 – aktaran Hegnauer, Bern 1999, PN. 28.04, 231; alıntıl原因an Özdemir, Çocuk Malları, s.88 – aktaran Biderbost, Zürich 2007, PN. 5-6, Art. 318 ZGB,

³⁹⁹ Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2012, s. 401; Tandoğan, Haluk, Aile Hukuku Ders Notları, Ankara 1965, s. 410; Başpınar, s. 160-166.

zorunda, gerekli özeni göstermek zorundadır. Yönetim esnasında işlerin olağan akışına göre gerekli hamlelerde bulunmalı, önlemler almalı, malların iyi yönetimine engel olacak risklerden kaçınmalıdır⁴⁰⁰. Bu davranışların ölçüsü ise ortalama ana ve babanın velayet yetkisine ilişkin sahip olduğu zihinsel, fiziksel ve ruhsal yeteneklere uygun davranışlardır⁴⁰¹.

Çocuğun mallarının yönetim yetkisi, çocuğun mallarını koruma ve işletmeyi içermektedir. Bu işlemlerin yapılabilmesi için ana babaya hâkimden izin alma şartı yüklenmemiştir⁴⁰². Mesela, çocuğun mallarını kiraya verebilir, parasını faize yatırabilir, gerekli onarım işlemlerini yapabilir, gerektiğinde satabilir⁴⁰³, rehnedebilir. Bunların karşılığı olarak alınan bedel de yine çocuğun malvarlığına dâhildir. Ayrıca çocuğa düşen mirası reddetmek, çocuğa yapılan bağışı kabul etmemek gibi hususlar da yönetim hakkına dâhildir⁴⁰⁴. Malvarlığını yönetimden dar ve teknik manada çıkarım yapılması gerekliyse şöyle denilebilir, malvarlığına dâhil unsurların korunması, bakımı, onarımı, iyileştirilmesi ve ekonomik amacına uygun olarak işletilmesini ilgilendiren fiili işlemler bütünü ile hukuki nitelikteki rizikolar ve anlaşmalar bütünüdür. Esaslı değişiklikler geçiren bir malın, devredilmesi, mal

⁴⁰⁰ Alıntılayan Özdemir, Çocuk Malları, s.88 – aktaran Reusser, Bern 1978, s.78; alıntılayan Özdemir, Çocuk Malları, s.88 – aktaran Biderbost, Zürich 2007, PN. 6, Art. 318 ZGB

⁴⁰¹ Gümüş, Mustafa Alper, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlik, İstanbul 2006, s. 218; Yücel, Özge, Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Turhan Kitapevi, Ankara 2011, s. 138.

⁴⁰² Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.81; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.107 -108.

⁴⁰³ ‘.....Küçüğün TMK 336/son maddesi gereğince velisi olan annesini, küçüğün hisseli mallarını satarak ona tamamına sahip olacağı bir taşınmaz almak için hakimden izin istemiştir. Davacı anne küçüğün velisi ve tek yasal temsilcisidir. Bu olayda TMK 327 ve 356 madde koşulları iddia edilmediği gibi koşulların oluştuğu da kanıtlanmamıştır. TMK 342 ve 462/1-2 maddeleri gereğince 327 ve 356 madde hükümleri koşullarının oluşması dışında hâkimden izin almaksızın taşınır olsun taşınmaz olsun çocuk mallarını satabilecek, TMK 360 ve 361’nci maddelerindeki olumsuz koşullar gerçekleşmedikçe onun mallarını yönetecek ve bununla hükümlü olacaktır. Bu nedenle yerel mahkemenin satış isteğinin reddine ilişkin hükmü yerindedir’, Y. 2 HD. 24.05.2002 tarihli, 5872/6944 EK sayılı karar alıntı Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s.244.

⁴⁰⁴ Öztan, Aile, 2004, s.684; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, 1998, s. 283; Akıntürk, Aile, 2006, s.434; Velidedeoğlu, Aile, s.295.

üzerinde sınırlı aynı hak kurulması gibi işlemlere konu edilmesi teknik anlamda yönetim sayılmayacak buna tasarruf işlemi denilecektir⁴⁰⁵. O halde velayete sahip kişi, çocuğun mallarının bakım ve onarımını yapabilir, mallarını kiraya verebilir hatta mallardan yararlanma yöntemini değiştirebilirler. Ana ve babanın yönetim hakkı, çocuğun doğum anında sahip olduğu ve sonradan kazanacağı bütün mallarını kapsar⁴⁰⁶. Malların yönetim hakkına, bu fiille mündemiç bütün hukuki durumlar dâhildir⁴⁰⁷. Ana ve babaya tanınmış olan çocuğun mallarının yönetimine; malları kiraya vermek, kira bedellerini toplamak, gerekli onarımları yaptırmak gibi sadece “olağan yönetim işleri” değil, aynı zamanda malları satmak, onlar üzerinde aynî hak tesis etmek gibi tasarrufî işlemleri de dâhildir⁴⁰⁸. Çocuğun mallarının yönetimi çocuğun malvarlığının korunması ve işletilmesini ifade eder ve çocuğun alacağını tahsil etme, gerekli tamirat, bakımını yapma, kiraya vermek gibi olağan yönetim işleri dışında, satım, üzerinde aynı hak kurmak gibi tasarruf işlemlerini de ifade eder⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ Arpacı, Abdülkadir, Türk medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul 1990, s.104- 105; Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, PN. 252, 179; İnan, Çocuk, s. 134; Akyüz, Koruma, s. 259.

⁴⁰⁶ Dural/Öğüz/Gümüş; 2013,PN. 1688, 346-347; alıntıl原因 Özdemir, Çocuk Malları, s.86 – aktaran Hausheer, Andrea/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Bern 2007, PN. 17.126, 300.

⁴⁰⁷ Öztan, Aile, 2004, s.684; İnan, Çocuk, s. 134; Akyüz, Koruma, s. 259; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, 1998, s.283; Akıntürk, Aile, 2006, s.434, Velidedeoğlu, Aile , s.295.

⁴⁰⁸ Velidedeoğlu, Aile, 376; Saymen/Elbir, Aile, s.377; İnan, Çocuk, s. 134; Akyüz, Koruma, s. 259; Tandoğan, Ders, s.186; Akıntürk/Ateş Karaman, Aile, 2011, s.421; Anne ve baba velayetleri çerçevesinde 3. kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcileridir ve buna ek olarak yasal temsilci olduklarından 327 ve 356. maddesindeki koşulların oluşması dışında hâkimden izin almaksızın çocuklarına ait taşınır veya taşınmaz malları satabilirler. Kanunun 360 ve 361. maddelerdeki olumsuz koşullar gerçekleşmedikçe malları idare etmekle yükümlüdürler, Y. 2. HD., T. 24.05.2002, E. 2002/5872, K. 2002/6944, naklen Kazancı otomasyon.

⁴⁰⁹ Bununla ilgili ve benzer yolla TMK m. 605 vd.’ na göre çocuğa kalan mirası reddedebilirler, çocuğa yapılan bir bağışlama işlemi BK. m. 236’ ya göre engelleyebilirler.Çocuğun mallarının yönetimi kapsamında anne ve baba, çocuğun malları ile ilgili dava açabilirler, açılan davada irade beyanında bulunabilirler, davadan feragat

3.Malları Kullanma Hakkı

Eski Medeni Kanun m. 280 hükmü uyarınca, anne ve babaya çocuğun mallarını yönetme hakkı yanında, çocuğun mallarından yararlanma hakkı tanınmıştı. Ancak anne ve babaya tanınan çocuğun mallarını yönetme hakkı ile çocuğun mallarından yararlanma hakkı arasında bazı farklar bulunmaktadır. Çocuğun mallarından istifade hakkının şartlarının düzenlendiği EMK m. 280; "Ana babanın velayeti, taksirleri hasebiyle, kendilerinden nez olunmadıkça; rüştüne kadar çocuğun emvalinden intifa hakları vardır." hükmü sevkedilmişti. Madde metninde her ne kadar "intifa hakkı" denilmiş ise de doktrinde, madde metninde isabetsiz olarak intifa denildiğini, asıl anlatılmak istenilenin istifade yani yararlanma hakkı olduğu görüşü baskın olarak kabul edilmekte ve "yararlanma hakkı" şeklinde anlaşılmaktaydı⁴¹⁰.

edebilirler, ayrıca icra takibi yapabilirler şeklinde karar da mevcuttur, Yargıtay 2.HD 21.09.2011 T.; E.2010/23249, K.2011/13745 www.corpus.com.tr ; İnan; Çocuk, s. 134, Akyüz; Koruma, s. 259; Berki, 1970, s. 63; Çelikel, s.50; Özüğür, 2003, s.466 – 467; Öztan, Aile, 2004, s.684; Akıntürk, Aile, 2006, s.434; Akıntürk /Ateş Karaman; s.421; Baygın/Doğan, s.381 vd.; Arpacı, s.104 vd.; Velidedeoğlu, Aile Hukuku, s.376; Saymen/Elbir, s.377; Bozer, Ali , Medeni Kanunumuza Göre Ana ve Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hudutları, AÜHFD, C. IX, S. 3-4, Ankara 1952, s.199 vd.; Usta, s.146; Bununla ilgili olarak malvarlığı üzerindeki tasarrufun önemli olup olmadığı konusunu bir yana bırakırsak miktarına diğer yandan çocuğun tüm malvarlığı ile olan oranına göre belirlenecektir. Çocuğun malları ile ilgili yatırımın önemli sayılmasında da tasarrufların olağan yönetimi aştığı kabul ediliyorsa çocuk ile ilgili yatırımların önemli sayılmasında ölçü kabul edilmektedir, Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.284.

⁴¹⁰ Köprülü/Kaneti, Aile, 1989, s. 254; Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s. 284; Saymen/Elbir, Aile, 1960, s. 383; Berki ise kanunda geçen intifa teriminin yerinde olduğunu, istifade kelimesinin amacı yansıtmadığını, istifade hakkı diye bir hakkın olmadığını belirtir, Bkz. Berki, Velayetin Şumûlü, s. 67-89; Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.284; Tekinay, Aile , s.491, dn.8; Akıntürk, Aile, 2006, s.439; TMK'nın 354. madde gerekçesine göre, "İntifa terimi maddenin asıl amacını tam olarak yansıtmamaktadır. Çünkü maddede ana ve babanın çocuk malları üzerinde intifa hakkı değil, ana ve babanın çocuk malları üzerinde kullanma hakkına sahip oldukları ifade edilmek istenmiştir. Her iki terim birbirinden çok farklı olduğundan maddede 'intifa' terimi yerine doğru terim olan 'kullanma hakkı' ifadesine yer verilmiştir.

Zaten maddenin kenar başlığında da " istifade hakkı" olduğu belirtilmekteydi. Kanun koyucu, kusurları nedeniyle velayet hakkını kaybetmedikleri müddetçe, velayet hakkına sahip olmasalar dahi anne ve babanın çocuğun mallarından yararlanma hakkını korumuştur. Ancak anne ve babadan kusurları sebebiyle velayet hakkının alınmış olması halinde, çocuğun mallarından yararlanma hakları da sona ermiş olmaktadır. Çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip olabilmek için velayet hakkına sahip olma şartı aranırken, çocuğun mallarından yararlanma hakkı için bu şart aranmamaktaydı. Ancak çocuğun mallarının yönetimi, ana ve baba için hem bir hak hem de bir görevdir. Oysa çocuğun mallarını kullanma, ana baba için yalnızca bir haktır. Söz konusu haklar, velayete bağlı haklar olduğundan ana ve babanın şahsına sıkı sıkıya bağlıdır; bu nedenle başkalarına devredilemez. Bununla birlikte, çocuğun mallarını kullanma Kanun'da tek başına hak olarak öngörüldüğü için bu haktan feragat mümkünken, yönetim hakkından feragat mümkün değildir⁴¹¹.

Ana ve baba kullanma hakkından birlikte yararlanırlar. Velayet hakkının ana babadan alınması halinde ana ve babanın kusuru yok ise; TMK m. 354 gereğince kullanma hakları devam eder. Kusurlu davranmaları nedeni ile ana ve babadan alınmışsa kullanma hakları da sona erer⁴¹². Eşlerden birinin ölümü halinde veya birisinin velayet hakkı kusuru nedeni ile kaldırıldıkça kullanma hakkı sağ kalan eşe geçer⁴¹³. Boşanma ve evliliğinin butlanı halinde velayet hakkının eşlerden birine verilmiş olması halinde diğer eşin çocuk mallarından yararlanma hakkının ne olacağı tartışmalıdır⁴¹⁴.

⁴¹¹ Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s. 285; Akıntürk, Aile, 2006, s. 440; Baktır Çetiner, Selma, Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 85 vd..

⁴¹² Öztan, Aile, 2004, s.691; Velidedeoğlu, Aile, 1956, s.297.

⁴¹³ Tekinay, Aile Hukuku, s.491; Öztan, Aile, 2004, s.690.

⁴¹⁴Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.286; Akıntürk, Aile, 2006, s.440; Baktır Çetiner; Velayet Hukuku, s.85; Öztan, Aile, 2004, s.690; Gürsel, Nurettin; "Çocuk Malları ve Ana Babanın İstifade Hakkı", Adalet Dergisi, S. 7, 1949, (Çocuk malları), s.985, "çocuğun mallarını kullanma hakkı ana ve baba için hak olarak düzenlenmiş olduğundan, ana ve babanın kullanma hakkından feragat etmek çocuğun lehine olma şartı ile mümkündür.", "İlgililer kullanma hakkından vazgeçtikten sonra bundan rücu edilemez.

Kullanma hakkı, velayet ana ve babadan kusurları sebebiyle kaldırılmış olmadıkça devam eder. Ana ve babanın çocuğun mallarını kullanma hakkı, çocuk ergin oluncaya kadar devam eder. Ergin olan çocuklar kısıtlandıklarında ana babalarının velayeti altına konularlarsa, ana babaların bu çocukların mallarını kullanma hakları olmayacaktır⁴¹⁵. Kullanma hakkının kullanılabilmesi için ana babanın söz konusu mala gereksinim duymasının gerekli olmadığı savunulmuştur⁴¹⁶. Yani ana babanın maddi durumlarının çok iyi olması, onların çocuğun mallarını kullanmalarına engel değildir.

4.Malların Yönetimi ve Kullanımında Hâkimin Müdahalesi

Çocuğun mallarının yönetilmesinin düzenlendiği TMK 352'nci madde kapsamında anne ve baba, kendilerine düşen yönetim ile ilgili yükümlülükleri yerine getirmedikleri takdirde hâkime müdahale hakkı tanınmıştır⁴¹⁷. Fakat TMK m. 352'de yer alan çocuk mallarının yönetim hakkı, sadece dar ve teknik anlamda yönetim hakkından ibaret değildir. Zira söz konusu bu hüküm TMK m. 342 ve 448 ile birlikte değerlendirilmeli böylece velayete sahip olan tarafın yönetim görevinin aynı zamanda bir tasarrufta bulunma ehliyetine sahip olduğu çıkarımı da yapılmalıdır⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.285; Tekinay, Aile Hukuku, s.492; Akıntürk, Aile, 2006, s.440; Öztan, Aile, 2004, s.689 - 691; Özdemir/Ruhi; Çocuk Hukuku, s.1180; Esasen anne ve babanın çocuğun mallarını kullanma hakkı ergin oluncaya kadar devam eder ve bu hakkı yönetim hakkı ile birlikte kullanırlar. Bu nedenle ergin olan çocuklar kısıtlanarak anne ve babanın velayeti altında bırakıldığında anne ve babanın bu çocukların mallarını kullanma hakları yoktur; Berki, Velayetin Şümülü, s.92.

⁴¹⁶ Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.86.

⁴¹⁷ Kanunda çocuğun mallarına ilişkin şöyle bir düzenleme yapılmıştır, velayet hakkına sahip ana babası tarafından yönetilir. Çocuğun mallarının yönetimi velayet hakkına sahip ana ve baba için birer hak ve görevdir. Bu durum Türk Medeni Kanun madde 352/I de, “ ana ve baba velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler, kural olarak hesap ve güvence vermezler.” Şeklinde düzenlenmiştir. Ana ve baba sözü edilen yükümlülüklerini yerine getirmediğinde hâkim çocuk mallarının korunması için müdahale eder (TMK m.352/II); Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s.1177; Oğuzman/Dural, s.284; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, s.348 – 349.

⁴¹⁸ Akyüz, Çocuk Malları, s.156; Baygın/Doğan, s.382; Özuğur, Soybağı, s.466 vd.

Velayet kendisine tevdi edilmiş kişi çocuğun malvarlığı haklarının yönetimi, temsili bakımından hukuken yasal temsilcisidir. Bu durum velayet hakkı devam ettiği müddet boyunca devam edecektir. Yasal temsilci konumundaki veli, çocuğuna ve hesabına yapacağı hukukî işlemler sonucu çocuğun malvarlığının aktifini artırabilecekleri gibi aldığı risk unsurlarıyla pasifini arttırma durumuna girebilecektir.

Çocuk malvarlığı üzerindeki sahip olunan hak ve yetki mutlak bir hak niteliği taşımaktadır. Veli çocuğun malvarlığında gerçekleştirdiği borçlanmalarda gene çocuğun mallarını rehin edebilir. Çocuğa miras veya bağış sonucu mülkiyeti geçen malları satabilir ve mallar taşınmaz ise tescil talebinde de bulunabilir. Sonuç olarak çocuğun malvarlığı yönetimi bakımından, veli çocuk malları üzerinde amaca uygun her türlü taahhüt ve tasarruf işlemleri dâhildir. Ancak ana ve baba bunu gerçekleştirirken hep çocuğun menfaatini gözetmek zorundadırlar⁴¹⁹. Aksi halde hakim bu yetkisi veliden alacağı durumu TMK m. 352/II “*Ana ve baba yükümlülüklerini yerine getirmediğinde hâkim müdahale eder*” hükmü ile somutlaşmıştır.

Hâkim tarafından koruma önlemlerine başvurulması için ayrıca çocuk mallarının tehlikeye düşmesidir (fakat tehlike gerçekleşmeyebilir) yani burada gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel tehlikenin varlığı yeterlidir⁴²⁰. Çocuk mallarının ana ve babanın borçları için rehin edilmesi, çocuğa ait bir malı ana ve babanın kendi malvarlıklarına katmaları, borca batık ya da mali yönden güvenilir olmayan bir kimse evlenme, çocuğun malvarlığı ile işletilmesi şüpheli yatırımlara girişme çocuk mallarını tehlikeye sokmanın örnekleridir⁴²¹.

⁴¹⁹ Öztan, Aile, 2004, s.684; Akıntürk /Ateş Karaman, Aile, 2011, s.421; Bozer, s.199; alıntılayan Özdemir, Çocuk Malları, s.86 – aktaran Hegnauer, Bern 1999, PN. 38, Art. 290 ZGB; Serozan, Çocuk Hukuku, s.191; İnan, Çocuk, 1968, s.135.

⁴²⁰ Egger, Şerh, s. 176; Oğuzman/Dural, Aile, s.310; Özüğür, Soybağı, s.466 – 473; Öztan, Aile, 2004, s.699; Akıntürk, Aile, 2006, s.445; Bu durumda hangi önlemlerin alınması gerektiği tamamen hâkimin takdirinde yer almaktadır, böylece uygun önlemleri alabilmektedir, hâkimin alacağı tedbirler ya ‘önleyici koruma’ ya da ‘tehlikeyi uzaklaştırma’ şeklinde olacaktır, Yargıtay 2.HD. 2016/4126E., 2016/7637K., 14.04.2016 T. www.corpus.com.tr

⁴²¹ Egger, Şerh, s. 176; Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.310; Öztan, Aile, 2004, s.698- 699.

Çocuğun mallarının yönetilmesi ana ve baba için hem hak hem de yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Nitekim TMK m.352/f.1'de “ana baba, velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler” hükmüne yer verilmiştir. Bu şekilde bir yükümlülük, velayet hakkına sahip ana ve baba arasındaki evlilik birliği sona erince ortaya çıkar. TMK 353. maddesine göre evlilik birliği sona erince velayet kendisinde kalan eş, hâkime çocuğun malvarlığını gösteren bir defter vermek ve çocuğun malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri vesayet makamlarına bildirmek zorundadır⁴²². Ana babanın yükümlülüklerini yerine getirmediği hallerde, hâkim çocuk mallarının korunması için müdahale edecektir (TMK m.352/f.2). Ana ve babanın yönetim hakkı, TMK m.357-360 hükümlerindeki istisnalar bir yana bırakılırsa, çocuğun doğum anında sahip olduğu ve sonradan kazandığı bütün mallarını kapsar. Çocuk mallarını yönetme hakkı, malların yönetilmesine ilişkin tüm hukuki işlemleri yapma yetkisini verir⁴²³.

Hâkimin çocuğun malvarlığı ile ilgili önlemler alma görevi kural olarak velayetin sona ermesine kadar devam etmektedir. Mesela, anne ve baba çocuğa ait işletmeyi ihmal ederlerse, çocuğun haklarını yeterli derecede takip etmezlerse, çocuğun mallarının gelirini onun bakım ve eğitimine harcamazlarsa, çocuğun serbest mallarından yararlanmaları, haklı bir sebep olmaksızın çocuğun iş yapması için gerekli mallarını vermemeleri halinde ödevlerini yerine getirmemiş olurlar. Çocuğun mallarının korunması ile ilgili olarak tedbir alırken ana ve babanın kusurlu olup olmaması önemli değildir⁴²⁴. Çocuğun mallarına ilişkin tedbirler; velayet hakkı eşlerden birinden alınmışsa ya da evlilik birliğinin sona ermesi nedeni ile anne veya baba velayet hakkına tek başına sahipse, velayet hakkına sahip olan tarafa uygulanır. Evlilik birliğinin devam ettiği, anne ve babanın birlikte velayet hakkına sahip olduğu

⁴²²Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.283; Öztan, Aile, 2004, s.680; Gürsel, Çocuk Malları, s. 974; Özüğür, Soybağı, s.466; Özkan, Hasan, Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, C.I, İstanbul 1987, s.48-9; Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s.1177 vd. buna göre ana ve babanın yönetim hakkı, çocuğun doğum anında sahip olduğu ve sonradan kazanacağı bütün mallarını kapsar. Malların yönetim hakkı, bu fille mündemiç bütün hukuki durumları kapsar. Velayet hakkına sahip ana ve baba vasiden farklı olarak, hakim iznine ihtiyaçları yoktur.

⁴²³Oğuzman/Dural, s.284; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2015, s.348 – 349.

⁴²⁴ Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.310; Özüğür, Soybağı, s.472; Egger, Şerh, s.174.

hallerde koruma tedbirlerinin her ikisine uygulanması zorunlu değildir. Tedbir, çocuğun mallarını tehlikeye sokan tarafa karşı uygulanır⁴²⁵. Çocuk mallarının korunması ile ilgili davalar Aile mahkemesinde açılmalıdır⁴²⁶.

Önleyici korumada, somut tehlikenin varlığı şart değildir. Mesela; çocuğa ait büyük bir malvarlığını, işletmenin tehlikeye düşmemesi için tehlike henüz meydana gelmemiş olsa da hâkim önleyici koruma tedbirlerini alır; ana babanın çocuğun malvarlığının yönetimine kayıtsız kalmaları veya çabuk etkilenebilecek bir karaktere sahip olmaları durumlarında hâkim, gerekli önleyici tedbirleri alma yoluna gidecektir⁴²⁷.

Çocuğun malvarlığının büyüklüğünün özel tedbirler alınmasını gerekli kılması, ana babanın tecrübesiz, çabuk etkilenir veya ilgisiz olması halinde hâkim, ana ve babaya belli sürelerle hesap verme yükümlülüğü yükleyerek de çocuğun malları hususunda önleyici tedbirler alma yoluna gider⁴²⁸. Bu tedbirlerin alınması için çocuğun mallarına ilişkin olmak üzere bir tehlikenin doğmuş olması aranmaz. Ayrıca ana ve babanın TMK m. 362 gereğince velayetin sona ermesi ile veya hâkim kararı ile malları yönetme hakkı kendilerinden alınması halinde çocuğun malları vasiye, kayyım, erginliğe ulaşmış çocuğa teslim edilirken ana ve babanın hesap çıkararak vermek yükümlülüğü vardır. Bu şekilde mallar teslim edilirken hesap verilmesi ile de çocuğun mallarını korumaya yönelik önlem olarak kabul edilebilir⁴²⁹.

Hâkim, kendisince verilen talimatlara uyulmaması veya verilen hesapların tatmin edici olmaması halinde TMK m.360 f.2 uyarınca çocuğun mallarının belli bir

⁴²⁵ Oğuzman/Dural, Aile, 1998 , s.309

⁴²⁶ Öztan, Aile, 2004, s.699; Özuğur, Soybağı, s.472

⁴²⁷ Miras bırakan çocuğunun saklı payının yönetimini üçüncü şahsa vermiş ve TMK m.358 f.2 gereğince sulh hâkimine hesap verme yükümlülüğü getirmiş ise hâkim bu mallar için de TMK m.360 f.2 gereğince önleyici tedbirleri alır. Doktrinde hâkimin alabileceği önleyici tedbirlere örnek olarak; malların yönetimi hususunda ana ve babaya talimat vermek, bilgi ve hesap verme yükümlülüğü, ana ve babadan gerekli bilgi ve belgelerin alınması, müfredat defterinin istenmesi verilebilir, Oğuzman/Dural, Aile, 1998 , s.311; Öztan, Aile, 2004, s.699 – 700; Özuğur, Soybağı, s.471 vd.

⁴²⁸ Öztan, Aile , 2004, s.700; Özuğur, Soybağı, s.471 vd.

⁴²⁹ Akıntürk, Aile, 2006, s.447.

yere tevdi edilmesini veya güvence gösterilmesini isteyebilir. Hâkim tarafından ana ve babanın güvence göstermesine karar verildiğinde; ana babanın bu karar üzerine gösterme zorunda oldukları güvence aynı veya şahsi güvence rehin veya kefalet şeklinde olabilir⁴³⁰.

Çocuğun malları ile ilgili olarak bazı hukuki işlemlerin geçerliliği malların korunması amacıyla yönelik olarak hâkim onayına tabi tutulmuştur. Çocuk, ana ve babası ile kendisi arasında veya ana ve babasının çıkarına olarak üçüncü şahıslarla yaptıkları hukuki işlemlerle borç altına girecekse bu işlemlerin geçerliliği bir kayyımın katılmasına ve hâkimin yapılan işlemi onaylamasına bağlanmıştır. Bu tür hukuki işlemlerde, işlemi sadece kayyımın yapması yeterli görülmeyle işlem hâkim tarafından onaylanması aranmıştır. Bu önlem gereğince hâkim, eğer yapılan hukuki işlemin çocuğun yararına uygun düşmediğini, onu zarara soktuğunu saptarsa yapılan işlemi onaylamayacaktır. Bu nedenle hâkim tarafından onaylanmayan hukuki işlem çocuğu bağlamayacak sadece karşı tarafı bağlar ve ‘tek taraflı bağlamazlık’ yaptırımına tabi olur.

5.DeFTER Tutma Mecburiyeti

Yönetimin ana veya babadan yalnız birine ait olduğu durumlarda alınacak ilk önlem, çocuğun malvarlığını gösteren bir defterin mahkemeye verilmesidir⁴³¹. Çocuğun malvarlığını gösteren defter, doğrudan doğruya veli tarafından tutulur. Oysa vesayet altındaki küçüğün malvarlığını gösteren defter, vasi ile birlikte vesayet makamının bu işle görevlendireceği bir kişi tarafından hâkimin talimatları doğrultusunda düzenlenir. (TMK m.348/f.I) söz konusu defter, çocuk mallarının niteliğini ve miktarını doğru ve tam olarak gösteren bir listeyi ifade eder. Bu deftere, velayetin ana babadan birine bırakılması anında çocuğun sahip olduğu, taşınır ve taşınmaz mallar, kıymetli evrak, alacak ve borçlar yazılır. Çocuk evliliğın ortadan

⁴³⁰ Akıntürk, Aile, 2006, s.446; Egger, Şerh, s.178; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, Medeni Hukuk, 1999, s.1127; Köprülü/Kaneti, Aile Hukuku, s.284; Özüğür, Soybağı, s.471.

⁴³¹ Yargıtay 2.HD, 13.01.2004 T., E.2003/1218, K.2004/159. Yargıtay.gov.tr

kalkmasından sonra ve fakat defter verilmeden önce ergin olsa dahi defterin verilmesi gerekir⁴³².

Velayet hakkı sona eren eş açısından, çocuğun mallarını yönetim hakkı da evlilik sona erdiğinde, velayet kendisinde kalan eş, hâkime çocuğun mal varlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve bu mal varlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır (TMK m.353). Evliliğin ölüm, iptal, fesih veya boşanma sebebiyle ortadan kalktığı hallerde, velayet hakkı kendisinde kalan eş, çocuğun mali durumunu yani tüm mal varlığı ile alacak ve borçlarını gösteren bir defteri aile mahkemesi hâkimine verecektir.

6.Yönetme ve Kullanma Hakkının İstisnaları

Kanunkoyucu, TMK m.357 ve devam eden maddelerde, ana ve babanın çocuk malları üzerinde sahip oldukları yönetim ve kullanma hakkının istisnalarını düzenlemiştir. Çocuğun mallarından bir bölümü, kanun koyucu tarafından, çocuğa bağımsız bir şekilde kendi mal varlığını yönetme yeteneği kazandırmak üzere, anne ve babanın yönetim ve kullanma hakkının bulunmadığı ya da bunlardan sadece birinin bulunduğu, çocuğun serbest malları olarak nitelendirilen bir bölüm ayırmıştır⁴³³. Türk Medeni Kanun'da çocuğun serbest malları dörde ayrılmıştır: Kazandırmalar, saklı pay, meslek veya sanat için verilen mallar ve kişisel kazanç. Anne ve babanın yönetim ya da yarananma hakkının sınırlandırıldığı bu mallar aşağıda incelenmiştir.

⁴³² “Evlilik sona erince velayet kendisinde kalan eş, hâkime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır. Eğer ergin çocuk talep ederse, devir teslim sırasında bir hesap cetveli de vermek zorundadırlar.” TMK m.353, Tüzük m.7; Egger, s.157; Akyüz, Çocuk Malları, s.163; Gürsel, Çocuk malları ve ana babanın istifade hakkı, s.981; Öztan, s.687; Akyüz, Çocuk Malları, s.163; Baygın, s.400.

⁴³³ İnan, Çocuk Hukuku , s. 137; Akyüz, Koruma, s. 263; Ayrıca belirtelim ki çocuğun, serbest mallarını kullanarak, mal varlığı yönetimi hakkında tecrübe sahibi olması amaçlanmıştır. Çocuğun serbest malları üzerinde anne ve babanın yönetim ve/veya kullanma hakkı kanunla ya da sözleşme ile sınırlandırılmış ya da tamamen kaldırılmıştır.

a)Kazandırmalar

Malvarlığı yönetimi bakımından bazı meblağlar velayet sahibi kişinin yönetim kullanma yetkisi dışında tutulmuştur. Çocuğun bu şekilde yönetilen mallarına serbest mallar adı verilmektedir⁴³⁴. TMK m. 357-359. maddeleri arasında düzenlenmiş olanlarınbirincisi, çocuğun malvarlığına yapılan karşılıksız kazandırmalardır⁴³⁵. Karşılıksız kazandırmalar, konusunda velayet sahibine getirilen sınırlama, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk olduğu durumlarda, hâkimin belirleyeceği miktarda bu mallara başvurma imkânını kaldırmamıştır. Türk Medeni Kanunu m. 356/II bu tip kazandırmalar içinde uygulanır⁴³⁶.

Karşılıksız kazandırmalar, TMK m. 357/I'de düzenlenmiştir. Buna göre, *“Ana ve baba faiz getiren yatırım ve tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini*

⁴³⁴ Alıntıl原因 Özdemir, s.90 – aktaran Breitschmid, Basel 2010, PN. 5 vd, Art. 318 - 321/322 ZGB ; alıntıl原因 Özdemir, s.90 – aktaran Herzig, Freiburg 2012.,PN. 58, 31 ; alıntıl原因 Özdemir, s.90 – aktaran Rohde Art. 321 und 322 ZGB, Diss. St. Gallen 2006, Zürich/Basel/Genf 2006.,40 vd ; alıntıl原因 Özdemir, s.90 – aktaran Bıderbost, Zürich 2007, PN. 1 Art. 323 ZGB ; alıntıl原因 Özdemir, s.86 – aktaran Tuor, P/Schnyder, B/Schmid, J/Rumo-Jungo, Zürich 2010.,PN. 35, 502 ; alıntıl原因 Özdemir, s.90 – aktaran Hegnauer, Bern 1999, PN. 27.10; Öztan, Aile, 2004, s. 691; Özüğur, Soybağı , s.469 – 470.

⁴³⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2013, PN. 1693, s.348; alıntıl原因 Özdemir, s.90 – aktaran Riemer, ZVW 2001 S. 84 Riemer, Mehrfach, 84 ff ; alıntıl原因 Özdemir, s.90 – aktaran Keller, Bern 1998, 27 ff; alıntıl原因 Özdemir, s.90 – aktaran Hegnauer, Bern 1999, PN. 28.10; alıntıl原因 Özdemir, s.86 – aktaran Bıderbost, Zürich 2007.,PN. 4, Art. 323 ZGB .

⁴³⁶ TMK. m. 356 “ Olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilirler. Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hâkim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanıyabilir; alıntıl原因 Özdemir, s.90 – aktaran Breitschmid, Basel 2010.,PN. 3, Art. 321/322 ZGB.

kendi menfaatlerine sarf edemezler” şeklinde hüküm altına alınmıştır⁴³⁷. Burada bir ikili ayrıl yapılabilir, eğer çocuğun malvarlığına yapılan kazandırma faiz getiren yatırım veyatasarruf hesabı açılması şeklinde olacak ise, velayet sahibi tarafça sarf edilmemesi için kazandırmayı yapanın ayriyeten belirtmesine gerek yoktur. Bir diğer duruma gelince, eğer karşılıksız kazandırmayı yapan kişi kazandırmanın veli tarafından kullanılmasını istemezse bunu en geç kazandırmanın yapıldığı anda belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde yapılan kazandırma sıradan niteliğe dönüşecek ve veli tarafındankullanılmasının önüne geçilemeyecektir. Bunlarda da veli gene yönetim ve kullanma hakkına sahiptir ancak kazandırmayı yapan, bu yönetim hakkının da veliden alınmasını talep edebilir.

Kanun’da sayılmış ilk istisna, çocuğa yapılan kazandırmalardır. Bunlar kısaca, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirleridir (TMK m.357/1). Çocuğa yapılan kazandırma, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılması tarzında ise, bu kazandırmanın gelirinin ana ve baba tarafından kendi menfaatlerine sarf edilmesinin engellenmesi için, bu hususun ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Yani ana ve babanın bu gelirleri kullanma hakkı bulunmamaktadır. Bunun dışındaki kazandırmalarda ise, gelirinin ana ve baba tarafından kendi menfaatlerine sarf edilmesinin engellenmesi için, kazandırmayı yapanın bu yönde irade beyanının bulunması gerekir. Bu beyan, en geç kazandırmanın yapıldığı sırada gerçekleşmelidir⁴³⁸.

TMK m.357/f.1 uyarınca, ana ve baba faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendi menfaatlerine kullanamaz ve harcama yapamazlar. Kanun çocuğa yapılan kazandırmalar açısından bir ayırım yapmıştır, kazandırma faiz getiren yatırım hesabı veya tasarruf hesabı açılması tarzında ise, bu kazandırmaların gelirinin ana ve baba tarafından kendi menfaatlerine sarf

⁴³⁷ alıntılıyan Özdemir, Çocuk Malları, s.90 – aktaran Hausheer,Andrea/Geiser,Thomas/Aebi-Müller, Bern 2007, PN. 17.131, 301; Baygın/Doğan , Çocuk Malları, s.410-411.

⁴³⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2005, s. 527; Akıntürk, Aile, 2006, s. 444; Meral, s.56 vd., Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s. 287; Öztan, Aile, 2004, s. 692; Tekinay; Genel , s. 493.

edilmesinin engellenmesi için, bu hususun ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Bunun dışındaki kazandırmalar açısından ise, gelirinin velayet sahibi tarafından kendi menfaatlerine sarf edilmesinin engellenmesi için kazandırmayı yapanın bu yönde irade beyanının bulunması gerekir. Bu beyan, en geç kazandırmanın yapıldığı anda gerçekleşmiş olmalıdır⁴³⁹.

Faiz getiren yatırımların ya da bankada biriktirilmek üzere çocuğa verilen paranın, anne babanın kullanma hakkı dışında kalacağına ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Faiz getirmesi ya da bankada tasarruf hesabı açtırılması anne babanın yararlanmasına engel olmaya yeterlidir. Zaten bu tür yatırımların kullanılması veya yararlanılması için tüketilmesi gerekeceği için anne babanın bunları kullanma hakkı bulunmamaktadır⁴⁴⁰. Bunların dışında kalan kazandırmalarda ise anne babanın kullanımının engellenmesi için bu hususun açıkça belirtilmesi gerekir. Bu irade

⁴³⁹ “Anne ve babanın yararlanma hakkının bulunmadığı malların ilk grubu TMK m. 357/I’de düzenlenen mallardır. Buna göre, faiz getiren yatırımlardan veya tasarruf hesabı açtırmak suretiyle elde edilen gelirlerden anne ve babanın yararlanma imkânı yoktur. Eski kanunda “kazandırmalar” yerine “bağış” kelimesi kullanılmaktaydı (EMK m. 282). Çocuğa yapılan bağışlar anne ve babanın yararlanma hakkı dışında tutuluyordu. Yeni Medeni Kanun’da bu sınır sadece bağışlarla sınırlı tutulmamış, genel olarak kazandırmalar yararlanma hakkı dışına çıkarılmıştır.”, Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2015, s.349-351; Oğuzman/Dural, s.287; Kaldı ki bunun yanında kazandırmalar olarak nitelenen mallar, faiz getiren yatırımlar, çocuk için açtırılan tasarruf hesapları ile açıkça anne ve babanın kullanmaması şartıyla çocuğa verilen mallardır. Çocuğa doğum gününde yakınlarının açtırdığı hesaplar, dedesinin vermiş olduğu hazine bonoları bu tür mallara örnek olarak gösterilebilir; Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku-Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, C.2, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2008, s. 435.

⁴⁴⁰ Turanboy, Kürşat Nuri, Anne ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma ve Sarf Etmek Hakkı, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. II, Turan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 2129 vd. ; Akyüz, Koruma, s. 263; Özüğür, Soybağı, s.469; Anne ve babanın, çocuğa yapılan bu kazandırmalardan yararlanamaması için niteliğinden ve kanun hükmünden kaynaklanır. Çünkü çocuğa gelir sağlamak üzere, çocuk için vadeli bir mevduat hesabı açtırıldığında, bu paranın faizini anne ve baba aldığı takdirde, işin amacından uzaklaşılır. Çocuğa değil de anne ve babaya bir menfaat sağlanmış sayılır. Bu nedenle çocuğa yapılan kazandırmalardan anne ve babanın yararlanamaması yerinde bir uygulamadır; Köprülü/Kaneti, Aile Hukuku, s. 255-258.

beyanı her hangi bir şekil şartına bağlı olmamakla beraber açık ve anlaşılır olması gerekli ve yeterlidir⁴⁴¹. Kazandırmayı yapan kişi yalnız anne veya babayı kullanma hakkından men edebileceği gibi her ikisini de men edebilir⁴⁴². Eğer yapılan kazandırmadan sadece çocuğun yararlanabileceği açıksa ayrıca anne babanın yararlanmasının dışında kalacağını belirtmesine gerek yoktur. Örneğin çocuğun kursa yazdırılması için verilen paranın anne babanın kullanımı dışında kalacağı açıktır⁴⁴³.

Kazandırmayı yapan kişi, bu kazandırmayı anne babanın kullanmasını istemiyorsa bu iradesini en geç kazandırma işleminin yapıldığı anda beyan etmesi gerekir. Aksi halde bu iradesini sonradan açıklaması ancak anne ve babanın rızası ile geçerli hale gelir⁴⁴⁴. Çocuğa yapılan kazandırmalardan anne baba yararlanamayacak olsa da bu malları yönetme hakkına sahiptirler. Kazandırmayı yapan kişi, yönetim hakkını anne babadan kaldırarak, kendisine veya üçüncü bir kişiye de bırakabilir. Fakat yönetim hakkının anne ve babadan kaldırmasına rağmen yönetecek kişi ile ilgili bir açıklama yapmamış ise çocuk ayırtım gücüne sahip ise kendisi yönetir. Çocuk ayırtım gücüne sahip değil ise yönetim için kayyım tayin edilir⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Oğuzman/Dural; Aile Hukuku, 1998, s. 287, dn. 762 naklen BGE 63 II 8; SJZ c. 14 (1917-1918), 297, Nr. 89; Turanboy, s. 2128; Berki'nin değerlendirmesine göre anne babanın kullanmaması ile ilgili ifadenin açık olması gerekmediğini, kullanılmasına engel olan bir ifade bulunmasının yeterli olduğunu belirtmektedir, Berki, Velayetin Şumûlü, s. 70.

⁴⁴² Berki, Velayetin Şumûlü, s. 71; Özüğür, Soybağı, s.469 vd..

⁴⁴³ Ancak BK. m. 236/II hükmü uyarınca anne babanın çocuğun temsilcisi olarak, yapılan bağışlamaları engelleme haklarının bulunduğunu unutmamak gerekir

⁴⁴⁴ Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s. 287, dn. 764'den naklen Hegnauer; Art. 294; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2008, s. 334, Turanboy, s. 2129 vd..

⁴⁴⁵ Ancak anne babanın kullanmaması açıkça belirtilmiş olmasına rağmen yönetimine dair bir kayıt ileri sürülmemiş ise anne ve baba kullanma hakkı olmadığı kazandırmaları da yönetirler. Yönetimi anne babaya, kullanma hakkı çocuğa aittir ve yönettikleri bu kazandırmaların gelirlerini kendi menfaatlerine kullanamazlar, Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s. 287-288; Akyüz, Koruma, s. 263; Berki, Velayetin Şumûlü, s. 97 vd..

Anne babadan yönetim hakkının alınması nedeniyle ayırt etme gücüne sahip olan çocuk kazandırmaları yönetiyorsa bu kazandırmalar yönünden anne babanın temsil hakkı yoktur⁴⁴⁶.

TMK’da sayılmış ilk istisna, çocuğa yapılan kazandırmalardır. Bunlar kısaca, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça anne ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirleridir (TMK m.357/1). Çocuğa yapılan kazandırma, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılması tarzında ise, bu kazandırmanın gelirinin anne ve baba tarafından kendi menfaatlerine sarf edilmesinin engellenmesi için, bu hususun ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Yani anne ve babanın bu gelirleri kullanma hakkı bulunmamaktadır. Bunun dışındaki kazandırmalarda ise, gelirinin ana ve baba tarafından kendi menfaatlerine sarf edilmesinin engellenmesi için, kazandırmayı yapanın bu yönde irade beyanının bulunması gerekir. Bu beyan, en geç kazandırmanın yapıldığı sırada gerçekleşmelidir⁴⁴⁷.

Kazandırmanın kullanma hakkına sahip olmasalar da, kural olarak ana ve baba, yönetim hakkına sahiptir. Ancak, kazandırmada bulunan kişi, kazandırma sırasında açıkça aksini öngörmüş ise, anne ve baba bunlar üzerinde yönetim hakkına sahip olamayacaktır (TMK m.357/2).

Velayete sahip olan tarafın tasarruf edemeyeceği bir diğer durum, mahfuz hissedir⁴⁴⁸. Çocuğun, murisin kendisine vermek zorunda olduğu saklı paylar üzerinde velinin tasarruf yetkisi olamaz fakat yönetim hakkına sahip olabilir. Miras bırakan, yönetim hakkını yapacağı ölüme bağlı tasarrufla saklı payı velayete sahip olan kişinin yönetiminden hariç tutabilir. TMK m. 358’de, “ölüme bağlı tasarrufla çocuğun saklı payı ana ve babanın tasarrufu dışında bırakılabilir” düzenlemesi bunu açıkça anlatmaktadır. Eğer saklı pay için velinin yönetim yetkisi kaldırılmışsa, o halde bu

⁴⁴⁶ Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s. 288.

⁴⁴⁷ Oğuzman/Dural , Aile Hukuku, s.287; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile,2005, s.527.

⁴⁴⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2013, PN. 1695, 348; alıntılan Özdemir, Çocuk Malları, s.90 – aktaran Hegnauer, Zürich 1983 Hegnauer, Ausschluss,PN. 17 ff; alıntılan Özdemir, Çocuk Malları, s.90 – aktaran Breitschmid, Basel 2010, PN. 4, Art. 322 ZGB, PN. 4 Art. 321-322 ; Öztan, Aile, 2004, 691.

malların gelirlerini ancak TMK. m. 355/I ve 356/ II çerçevesinde kullanabilir.⁴⁴⁹ Ayrıca, miras bırakan saklı payın yönetimini üçüncü bir şahsa bırakmışsa, miras bırakanın tasarrufunda bu kişinin belirli zamanlarda sulh hâkimine hesap vermesini de talep edebilir (TMK m. 358/II). Miras bırakan vasiyetinde böyle bir düzenlemeyi öngörmemişse, üçüncü şahsın yine de vesayet makamına hesap vermesinin gerekir gerekmediği hususunda maddede açıklık bulunmamaktadır. Burada kanunda boşluk vardır ve bu boşluk aynı kuraldan kıyas yolu ile yararlanılarak doldurulmalı ve vesayet makamının yönetimle görevlendirilen üçüncü şahıstan belli aralıklarla hesap isteyebileceği kabul edilmelidir⁴⁵⁰

Çocuğun mallarından velayet sahibi olan tarafın tasarruf edemeyeceği diğer durum, çocuğa meslek ve sanat icra etmesi için verilen mal ve kişisel kazançtır⁴⁵¹. Veli tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın yönetimi çocuğa ait olacağı kanunumuzun 359/f.1’de düzenlenmiştir. Bu takdirde çocuk, icra ettiği meslek ve sanatın gerektirdiği işlemlerde sınırlı olmak üzere fiil ehliyetine sahip olur⁴⁵². Burada çocuğun sınırlı ehliyetsizlik durumunun

⁴⁴⁹ Alıntılan Özdemiş, Çocuk Malları, s.90 – aktaran Breitschmid, Basel 2010, PN. 4, Art. 322 ZGB

⁴⁵⁰ Öztan, Aile, 2004, s. 692; Özüğür, Soybağı, s.470.

⁴⁵¹ Alıntılan Özdemiş, Çocuk Malları, s.91 – aktaran Brückner, Zürich 2000, PN. 244 ; alıntılan Özdemiş, Çocuk Malları, s.91 – aktaran Riemer Bern 2002.,PN. 99 ; alıntılan Özdemiş, Çocuk Malları, s.91 – aktaran Hausheer Heinz/Aebi-Müller Basel 2010., PN. 07.81; alıntılan Özdemiş, Çocuk Malları, s.91 – aktaran Breitschmid, Basel 2010.,PN. 2 Art. 323 ZGB ; alıntılan Özdemiş, Çocuk Malları, s.91 – aktaran Biggler-Eggenberger Basel 2010, PN. 48 vd Art. 19 ZGB ; alıntılan Özdemiş, Çocuk Malları, s.86 – aktaran Büchler Andrea/Vetterli Rolf , Basel 2011, 234 ; alıntılan Özdemiş, Çocuk Malları, s.91 – aktaran Herzig, Freiburg 2012, PN. 59, 31; alıntılan Özdemiş, Çocuk Malları, s.86 – aktaran Huber,61; OG. 2 ZK 1989 HAVE 1989 N. 10, in: SJZ 87/1991, 248 ; alıntılan Özdemiş, Çocuk Malları, s.91 – aktaran Tuor, P/Schnyder, B/Schmid, J/Rumo-Jungo, Zürich 2010.,PN. 35, 502 ; alıntılan Özdemiş, Çocuk Malları, s.86 – aktaran Biderbost, Zürich 2007., PN. 7, Art. 323 ZGB ; Özüğür, Soybağı, s.470- 471.

⁴⁵² Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2013, PN. 1696, 348; Özdemiş, Çocuk Malları ,s.91; Özüğür, Soybağı , s.470- 471.

genişleyerek kendi kazancı ile sınırlı olmak kaydıyla bir tam fiil ehliyetine sahip olması böylece meslek ve sanatının gereklerinin tek başına halledebilecektir.

Çocuk, kendi kişisel kazancı ve bu kazançla elde ettiği malvarlığı değerleri üzerinden yönetim hakkına sahiptir⁴⁵³. Çocuğun kişisel kazancı, onun iş görme faaliyetleri sonucu elde ettiği; bedeni veya fikri emek ürünü olan edinimleri ve bunların yerine geçen değerlerden oluşur. Çocuk evde ana ve babası ile beraber yaşıyor ise, ana ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını talep edebilirler (TMK m. 359/II).

Çocuk ana ve baba ile birlikte oturmuyorsa, ana ve babanın yine de kendisine bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyip isteyemeyeceği, Kanunda özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak mevcut kuralın, çocuğun ana ve baba ile birlikte oturmaması halinde de uygulanmasının kabulü gerekir. Her iki halde de, talep edilecek meblağ çocuğun bütün masraflarını karşılayacak miktarı kapsayabilir. Ana ve baba bakıma muhtaç ise kazancı olan çocuk yardım yükümlülüğü altındadır.⁴⁵⁴

⁴⁵³ Alıntılan Özdemir, Çocuk Malları, s.91 – aktaran Hegnauer, Bern 1999, PN. 28.13; alıntılan Özdemir, Çocuk Malları, s.86 – aktaran Breitschmid, PN. 35, Art. 276 ZGB; alıntılan Özdemir, Çocuk Malları, s.91 – aktaran Huber, 141; Özüğür, Soybağı, s.470-471; ilgili madde önceki yasanın 283 ve 284. Maddelerini karşılar ve incelendiğinde ana baba tarafından bir meslek ve sanatın yapılması için çocuğa verilen mallar ile çocuğun kendi kazancının yönetimi çocuğa verdikleri mallar ve çocuğun kendi kazancı ile edindiği mallar üzerinde yönetim haklarını kaybedeceklerdir. Çocuklar bu malların yönetiminden elde ettikleri gelirleri de serbestçe kullanabileceklerdir. Ancak, çocuk anne ve baba ile aynı evde yaşamını sürdürüyorsa ana baba, çocuğun serbest mallarının yönetimi ile ilgili gelirlerinden kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyebilecektir. Görüldüğü gibi eski düzenlemeden farklı olarak çocukların anne ve baba yanında buldukları dönemde elde ettikleri kazançların anne ve babaya ait olacağı esastan ayrılmış, gelir ve kazançların çocuğa ait olacağı kuralı getirilmiş, anne ve babaya istek halinde bakımı için uygun bir katkı yapılabileceği esası kabul edilmiş olduğu görülür.

⁴⁵⁴ Alıntılan Özdemir, Çocuk Mallarının, s.91 – aktaran Breitschmid, Basel 2010, PN. 9, Art. 323 ZGB; Öztan, Aile, 2004, s. 693.

b) Saklı Pay

Kural olarak ana baba, çocuğa miras yolu ile intikal eden saklı payı üzerinde yönetim hakkına sahiptir⁴⁵⁵. Ancak, miras bırakan ölüme bağlı tasarrufuyla çocuğun saklı payını, ana ve babanın yönetim hakkı dışında bırakabilir (TMK m.358/1). Miras bırakan, ana babayı yönetimin dışında tutarken, bunların yerine üçüncü bir kişiye yönetimi bırakmışsa, tasarrufunda bu kişinin belirli zamanlarda sulh hâkimine hesap vermesini öngörebilir (TMK m.358/2).

TMK m.358 hükmüne göre, ölüme bağlı tasarruf yoluyla çocuğun saklı payı velayete sahip kişi yönetiminden ayrı tutulabilir. Miras bırakan saklı payın yönetimini bir üçüncü kişiye bırakmışsa, miras bırakanın tasarrufunda bu kişinin belirli bir zamanlarda sulh hâkimine hesap vermesini öngörmemesi de mümkündür⁴⁵⁶.

Eski Medeni Kanun' da yer almamasına rağmen yeni kanunda 358. Madde ile yapılan düzenlemeye göre ölüme bağlı tasarruf yoluyla çocuğun saklı payı anne ve babanın yönetimi dışında bırakılabileceği belirtilmiştir. Buna göre, miras bırakan, isterse çocuğun saklı payını, anne ve babanın yönetmesini engelleyebilir. Örneğin, miras sözleşmesine böyle bir kayıt koyabilir. Bu kayıt geçerlidir ve anne ile babayı bağlar. Anne ve babanın yönetimi dışında bırakıl mal da çocuğun serbest malı haline gelir.

Miras bırakanın, çocuğa bırakacağı malları anne ve babanın yönetimi altında bırakmak istememesinin nedeni çocuğun mallarını korumaktır. Anne ve babanın bunları yönetmede başarılı olamayacakları düşüncesi ile bir nevi önlem olarak başvurabileceği bir yoldur⁴⁵⁷. Zaten bu hükmün konuluş amacı çocuğu korumaktır.

c) Meslek ve Sanat İçin Verilen Mal

Ana baba tarafından, hayatını devam ettirebilmesi yahut deneyim kazanması için bir meslek veya sanatla uğraşan çocuğa kendi mallarından bir kısım verilebilir.

⁴⁵⁵ Öztan, Aile, 2004, s. 692; Oğuzman/Dural, Aile, 1998,s. 287; Meral, s.78

⁴⁵⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2015, s.350.

⁴⁵⁷ Akıntürk, Aile, 2008, s. 436.

Bu mallarla ilgili olarak ana babanın yönetim ve kullanma hakkı tamamen sona erer (TMK m.359/1).

Velayet hakkının veliye yüklediği hak ve görevlerden birinin çocuğa mesleki yönden eğitimini sağlamak olduğunu belirtmiştik. Çocuk, ergin olduğunda kendi ayakları üzerinde durabilen, ekonomik özgürlüğe sahip bir birey olması için meslek sahibi olması gerekir. Ayrıca çocuğun yetenekleri yönünde eğitilmesi gerektiği için çocuğun bir sanata karşı yeteneği varsa bunun da desteklenmesi gerekir.

Anne ve baba, çocuğun yetenekleri ve eğilimleri doğrultusunda, ona alıştırmaya yaparak deneyim kazanma, yeteneklerini veya mesleki becerisini geliştirme amaçları ile çocuğa kendi mallarından bir kısmını verebilirler. Çocuk bu mallarla kendi yeteneklerini ortaya çıkarmaya, mesleki gelişimini sağlamaya çalışır. Bu nedenlerle bu mallar çocuğun serbest malları sayılmıştır. Yönetim ve yararlanma hakkı, kanunla çocuğa verilmiştir. Anne ve baba, çocuğun bir kısım mallarını bu amaçlarla çocuğa vermişse kendilerinin yönetme ve yararlanma hakkı sona erer (TMK m. 359/I). Örneğin, anne ve baba, resme ilgi duyan çocuğa resim atölyesi açmak için çocuğun parasının bir kısmını vermişlerse ya da taşınmazını tahsis etmişlerse bunlar çocuğun serbest malları haline gelir.

Çocuk kendisine verilen bu mallar yönünden, meslek veya sanatın gerektirdiği işlemlerle sınırlı olmak üzere fiil ehliyetine sahiptir. Örneğin; atölyenin tadilat işlerini yaptırabilir, gerekli malzemeleri alabilir. Yoksa bu amacın dışına çıkıp çocuğun malları elden çıkarma yetkisi yoktur. Örneğin; kendisine verilen atölyeyi satıp devredemez. Bunun için velisinin izni ya da onayı gerekir. Bu malların, meslek ve sanat edinilmesi gayesi yönündeki yönetim ve yararlanma hakkı çocuğa aittir⁴⁵⁸.

Çocuğun, meslek veya sanat edinmek için kendisine verilen mallardan meydana getirdiği eserler de çocuğun serbest malları arasına katılır. Bir görüşe⁴⁵⁹ göre; çocuk meydana getirdiği bu malları velisinin rızası olmadan satamaz. Ancak çocuğa verilen mallarla birlikte bu yetki de birlikte verilmişse velinin rızası aranmasa da çocuk bu malları bağışlayamaz (TBK m.286). Eğer TMK m. 449 hükmüne

⁴⁵⁸ Feyzioğlu/Özakman/Sarial, Aile, s. 516; Berki, Velayetin Şumûlü, s. 73; Köprülü/Kaneti, Aile, 1989, s. 255

⁴⁵⁹ Berki, Velayetin Şumûlü, s. 74.

aykırılık teşkil etmezse yani önemli sayılmayacak derecede ise velisinin rızası ile bağışlanabilir. Örneğin; çocuk kendi yaptığı masayı ya da tabloyu satabilir ancak bağışlayamaz.

Çocuk meslek ve sanatın icrası kapsamında medeni haklarını kullanma becerisi kazanır. Bununla birlikte anne babanın çocuğun faaliyetlerini gözetleyip denetleme, kontrol etme hakları devam etmektedir. Eğer çocuğun yaptığı faaliyetler, kendisine zarar verme tehlikesi taşıyorsa, anne baba çocuğa meslek veya sanatla uğraşması ile ilgili verdikleri izni geri alabilirler.⁴⁶⁰

Ana baba tarafından, hayatını devam ettirebilmesi yahut deneyim kazanması için bir meslek veya sanatla uğraşan çocuğa kendi mallarından bir kısım verilebilir. Bu mallarla ilgili olarak ana babanın yönetim ve kullanma hakkı tamamen sona erer (TMK m.359/1).

d) Kişisel Kazanç

Çocuk ergin olmadan önce de, anne babasının rızasıyla, bir takım işlerde çalışıp gelir elde edebilir. İşte çocuğun kendi çalışmasının ürünü olan kazançları serbest malıdır. Bunların yönetim ve yararlanma hakkı çocuğa aittir (TMK m. 359/I). Örneğin çıraklık yapan ya da konser veren çocuğun bu işten elde ettiği gelirler kendi kişisel kazançlarıdır ve velisinin bunları yönetim ve yararlanma hakkı yoktur.

Çocuğun çalışması sonucunda elde ettiği kişisel kazancı serbest mallarındandır. Söz konusu kazanç üzerinde ana babanın velayet hakkından kaynaklanan yönetim ve kullanma hakkı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, çalışan çocuk, ana ve babasıyla aynı evde yaşıyorsa, ana ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyebilir (TMK m.359/2).⁴⁶¹

⁴⁶⁰ Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim; Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. b. , Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.

⁴⁶¹ Kural çocuğun çalışması sonucunda elde ettiği kişisel kazancı serbest mallarındandır. Söz konusu kazanç üzerinde ana babanın velayet hakkından kaynaklanan yönetim ve kullanma hakkı bulunmamaktadır. Eğer çalışmasını izin verilen çocuk anne ve babasıyla aynı evde yaşıyor ise anne ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını

Kanunkoyucu bu hükümle de çocuğu koruma amacı gütmüştür. Çünkü EMK m. 283 hükmüne göre çocuk anne babasıyla birlikte yaşadığı sürece, kişisel kazançları miktarı ne olursa olsun onlara ait olmaktadır⁴⁶². Yeni düzenleme ile çocuğun çalıştırılarak sömürülmesi engellenmek istenmiştir. Zaten günümüzde kötü niyetli kişiler ya da veliler tarafından çocuklar bir kazanç kapısı olarak görülmekte, hem maddi olarak hem manevi olarak sömürülmektedir. Burada kanun koyucu bir da yasal düzenleme ile bunların önünü açmamak için bu malları çocuğun serbest mallarından olduğunu hükmetmiştir.

Çocuğun meslek veya sanat için verilen mal ve kişisel kazancının durumu TMK m.359 da düzenlenmiştir. Çocuk ana ve babasıyla aynı evde yaşasın ya da ayrı otursun, ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetim ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir. Ancak, çocuk, ana ve babasıyla aynı evde birlikte yaşıyorsa, ana ve baba onan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyebileceklerdir⁴⁶³.

7.Hakkın Kötüye Kullanılması ve Alınacak Önlemler

Velayete tabi olan küçüğün veya kısıtlının malvarlığını, çocuğun yararını ön planda tutup yönetecek ve koruyacak olanlar, şüphesiz ana babadır. Ancak her hakkın olduğu gibi bu hakkın da kötüye kullanılması söz konusu olabileceği gibi, meydana gelen zararın telafisi de mümkün olmayabilir. Bu nedenle, kanunkoyucu,

isteyebilirler. Burada ailenin ihtiyaçları için değil, sadece çocuğun kendisinin bakım giderleri için katkıda bulunması istenebilir. Buna dikkat etmek gerekir. Yoksa çocuğun kendi kazancı ile ailesinin ihtiyaçlarını karşılaması istenemez. Ayrıca anne ve baba bu istemlerinden çocuk lehine vazgeçebilirler fakat bunu üçüncü bir kişiye temlik edemezler. Çocuk ailesiyle aynı evde yaşamıyor ise çocuktan kendisinin bakımı için katkıda bulunmasını isteyemezler; Oğuzman/Dural, Aile, s. 288; Özüğür, Soybağı, s.470- 471.

⁴⁶² Bu hüküm doktrinde eleştirilmekte ve anne babanın sadece ihtiyaçları oranında çocuğun kazancına sahip olabilmesi ileri sürülmekteydi. Bkz. Berki, Velayetin Şumûlü, s. 75; Özüğür, Soybağı, s.470- 471.

⁴⁶³ Özdemir /Ruhi, s.350.

çocuğun mallarını koruyan ve ana babanın yönetim hakkını kötüye kullanılmasını engelleyen hükümler getirilmiştir⁴⁶⁴.

Türk Medeni Kanunu, anne babanın velayet hakkının içinde yer alan ve onun bir parçası olan çocuk mallarının yönetilmesi hakkının kötüye kullanılması halinde alınacak önlemleri saymıştır; ancak, kanaatimizce söz konusu önlemler sınırlı sayıda değildir. Hakim somut olayın özelliklerini de göz önünde bulundurarak çocuğun menfaatlerine en uygun başkaca tedbirler alabilmelidir. Nitekim TMK 360. madde hükmü, ana babanın yeterli özeni göstermemesi halinde hâkimin uygun önlemleri alabileceğini belirtmiştir.

Kanun koyucu, 352. maddede ana babanın yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, hakimin müdahale edebileceğini öngörmüştür. Çocuk mallarının yönetilmesinde yeterince özen gösterilmediğine kanaat getiren hakim, malların tevdi edilmesine veya güvence gösterilmesine karar verebilir (TMK m.360/2). Çocuğun mallarının tehlikeye düşmesi başka bir şekilde önlenemiyorsa, hakim, yönetimin kayyımına devredilmesine (TMK m.361) ve son olarak çocuğun mallarının gelirlerinin veya bu mallardan ayrılmış belirli miktarların TMK'ya uygun sarf edileceğinden kuşku duyulması halinde, yönetimin ana ve babadan alınmasına karar verilebilecektir (TMK m.361/3). Söz konusu önlemler belirli bir süre için sınırlı olmayarak alınırlar ve en geç velayetin sona ermesi ile kanun gereği sona ererler. Buna karşılık, önlem alınmasına sebep olan olay daha önce sona ererse, tedbirin kalkması için mahkeme kararı gereklidir.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.137 vd.; Gençcan, Velayet Hukuku, 2015, s.700 vd.; Özüğür, Soybağı, s. 471; Hakim, anne ve babanın çocuğun mallarını kötü kullandıkları kanaatine varmış ise koruyucu önlemler alabilir ve çocuğun menfaati doğrultusunda anne ve babayı denetim altına alan kararlar verebilir, Öztan, Aile, 2015, s.1193 vd.; Y. 2.HD, 16/01/2014, E.2013/14208, K.2014/676 www.corpus.com.tr

⁴⁶⁵ Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, 1998 s.313; Özüğür, Soybağı, s.471- 472; Baktır Çetiner, Aile Mahkemeleri, s. 137; Özdemir/Ruhi, s.350 – 351; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2005, s. 527; Meral, s.75 vd..

8.Yönetim Hakkının Sona Ermesine Ana Babanın Sorumluluğu

Velayete sahip olan tarafın yönetim hakkı, velayetin ortan kalkması ya da hâkimin müdahalesiyle velinin yönetim yetkisini sona erdiğinde, çocuk mallarının hesaplanması ve tutulmuş defterlerin, ergin olan çocuğa, çocuk vesayet altında ise vasisine veya yönetimin kayyımına devredilmesi söz konusu olmuşsa kayyımına devredilmesi gerekir (TMK m.362)⁴⁶⁶.

TMK m.363'de, "ana ve baba, çocuk mallarının geri verilmesinde vekil gibi sorumludurlar" hükmü yer almaktadır. Buna göre, sorumluluk ana ve babanın yönetim hakkının ortadan kalkması ile malları devretmeleri halinde söz konusu olacaktır⁴⁶⁷.

Kanunumuz velayet hakkına bağlı olarak anne ve/ veya babaya tanınmış ve yüklenmiş olan çocuğun mallarını yönetme hakkı ve yükümü iki durumda sona erer. Bunlardan biri velayet hakkının sona ermesine bağlı olarak diğeri ise yönetimin anne ve babadan alınmasına bağlı olarak sona ermesidir⁴⁶⁸.

Ana ve baba çocuğun mallarını gerekli dikkat ve özeni göstererek, dürüstlük kuralına uygun olarak yönetmekle yükümlüdür. Ana ve baba gerekli özeni göstermedikleri takdirde hâkim TMK 360, 361'nci maddeleri gereğince gerekli

⁴⁶⁶ Özdemir/Ruhi, s.350 - 351.

⁴⁶⁷ Kanunda düzlendiği şekilde ana ve babanın sorumluluğu açısından iki sınırlama öngörülmüştür. Bu sınırlandırmaların ilki, ana ve babanın, dürüstlük kuralına uygun olarak başkasına devrettikleri malların yerine sadece aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlü olmalarıdır (TMK m.363/f.2). Diğeri ise, ana ve babanın kanuna uygun olarak çocuk veya aile için yaptıkları harcamalardan dolayı tazminatla yükümlü tutulmalarıdır (TMK m.363/f.3); Özdemir/Ruhi, s. 351

⁴⁶⁸ Bununla birlikte anne ve babanın, çocuğun mallarını yönetim hakkı velayetin süresinin dolması ya da anne babadan velayet hakkının kaldırılmasıyla sona ermektedir. O halde TMK 362'nci maddesine göre çocuk ergin olmuşsa malvarlığını çocuğa, vesayet altına alınmışsa vasiye veya kayyım atanması halinde kayyımına devretmelidirler; Akıntürk, Aile, 2006, s. 422; Özüğür, Soybağı, s.473; Helvacı, İlhan, Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi, İstanbul 2002, s.25- 26

önlemleri alır. Bu durumda çocuk mallarının tehlikeye düşmesi şart değildir⁴⁶⁹. Ancak tehlikenin gerçekleşmesi kesin olmalıdır. Herhangi bir zararın da meydana gelmesi aranmaz. Ana babanın çocuk malları hakkındaki planlarının da ciddi endişe uyandırması yeterli kabul edilmelidir. Burada kusur aranmaz⁴⁷⁰. Mesela; anne babanın haciz veya iflas yolu ile takip edilmesi, ana babanın çocuğun mallarını kendi zevk ve isteklerine göre harcamaları, anne ve baba kendi borçları için çocuğun malları üzerinde sınırlı aynı hak kurmaları, çocuk malları ile genel yaşamsal ihtiyaçlar dışında lüks hayat için harcamalar yapmaları.

Çocuğun mallarının tehlikeye düşmesi engellenemiyorsa, TMK m. 361 f.1 gereğince hâkim yönetimin bir kayyım devredilmesine karar verebilir. Bu hükmün çocuk mallarının korunması amacıyla getirilmiş bir önlem mahiyetinde olduğu ileri sürülmektedir. Bu maddede yer alan 'başka bir şekilde önlenemiyorsa' ifadesi yer almaktadır buna göre çocuk malları korunmak amacıyla hâkimin en sıkı tedbire başvurusu hali yani bir son çare çözümü oluşturulmuştur. Mesela; hâkim bu durumda güvence gösterilmesini isteyebilir ya da mallar üzerine tedbir koydurabilir veya çocuk mallarından yapılan her harcamanın onayı için bir kayyım ataması yapabilir. TMK m. 352 f1'de düzenlenen ana ve babanın hesap ve güvence vermekten muaf tutulması kuraldır. TMK m.361 f.1 deki düzenlemede istisnadır⁴⁷¹. Bir başka deyişle hâkim tarafından, çocuk mallarının tehlikeye düşmesinin bir başka

⁴⁶⁹ Akıntürk, Aile, 2006, s.436; Öztan, Aile, 2004, s.687, Öztan, bu esasın sadece evliliğin ölüm, boşanma, iptal, gaiplik gibi sebepler ile mahkeme kararı ile de sona ermesi hallerinde uygulanacağını, ayrılık veya velayetin eşlerden biri tarafından kaldırılması hallerinde uygulanıp uygulanamayacağını açık olmadığını belirtmiştir; Gürsel, Çocuk Malları, s.977.

⁴⁷⁰ Egger, August, Aile Hukuku III. Kısım Vesayet, (Çev. Tahir Çağa), İMK. 252-359, Ankara 1949, s.176; Gürsel, Çocuk Malları, s.977.

⁴⁷¹ Anne ve baba yönetim hakkı sona erince çocuk mallarının devredilmesinde TMK m.363 f. 1 gereğince vekil gibi sorumludurlar. Dürüstlük kuralına uygun olarak velayete sahip olan ve çocuğu malvarlığı bakımından temsil eden taraf başkalarına devrettikleri malları yerine, TMK m.363 f.2 gereğince sadece karşılığında aldıklarını geri vermekle yükümlüdürler. Kanun Koyucu bu hükümle, iyiniyetli olarak dürüstlük kuralına uygun davranan ana ve babanın vekil gibi sorumlu olacağı kuralını yumuşatmıştır, Akıntürk, Aile, 2006, s.436-438; Öztan, Aile, 2004, s.688; Özüğür, Soybağı, s.473 -474.

önlem ile engellenmesi, önlenmesi mümkün olmadığı takdirde çocuğun mallarını ana ve babadan alarak bir kayyıma bırakılmasına imkân tanınmıştır.

Ana ve baba, çocuk ve aile için kanuna uygun harcamalarda bulunmuş olmaları dolayısıyla TMK m. 363 f.3 gereğince tazminatla yükümlü değildir. Kanun koyucu ana ve babayı kanuna uygun harcamalarda sorumluluktan kurtarmaktadır⁴⁷².

Ana ve baba velayet hakları sona erince malları TMK m. 362 gereğince ergin çocuğa teslim etmekle ve Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin uygulanmasına dair tüzüğün 5/1 maddesi gereğince hesap vermekle görevlidirler. Teslim edilmeyen mallar hakkında istihkak davası açılabilir. Ana ve baba malları aynen iade etmeyip eksilmesinde kusurları varsa eksilen miktar kadar müteselsilen sorumludurlar⁴⁷³.

Velayet sona erdikten sonra çocuk hesap istemekten vazgeçebilir. Çocuğun ana ve babadan olan alacağı velayet hakkı devam ettiği sürece zamanaşımına uğramaz. Borç velayet hakkının sona ermesi ile muaccel hale gelir. Velayet hakkı sona erdikten sonra ise açılacak dava 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Artık ana baba ile çocuk arasındaki ilişki aile hukukundan kaynaklanan bir ilişki değil borçlar hukukuna dayanan bir ilişkidir⁴⁷⁴.

Çocuğun alacağının, ana ve babanın mallarının haczi halinde öncelik hakkı vardır. Çünkü malların yönetimi, kanundan dolayı ana ve babada bulunmakta olup çocuk da fiil ehliyetine tam olarak sahip değildir. Bu nedenle çocuğun yararı öncelikle korunmalıdır. Yani kanun, çocuğun ana babasındaki alacaklarını diğer alacaklardan imtiyazlı tutmuştur⁴⁷⁵.

⁴⁷² Çocuğun malvarlığı gelirlerinin veya bu gelir ve kazançların ayrılmış belli bir kısmının Kanun da belirtilen şekilde uygun olarak sarf edileceğinden kuşku duyulması halinde hâkimin, bunların yönetimini kayyıma bırakma imkânı düzenlenmiştir, Akıntürk, Aile, 2006, s.438; Özüğür, Soybağı, s.473 -474.

⁴⁷³ Velidedeoğlu, Aile , s.298; Öztan, Aile, 2004, s.695; Özüğür, Soybağı, s.473 - 474.

⁴⁷⁴ İnan, Armağan, s.36; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, , s 291; Öztan, Aile, 2004, s. 696.

⁴⁷⁵ Öztan, Aile, 2004, s .696 ; Oğuzman/Dural; Aile Hukuku, s.292; Gürsel, Çocuk Malları, s.992- 993.

Anne ve babanın çocuk mallarından sorumluluğu konusunda TMK’da iki açıdan sınırlama öngörülmüştür. İlk sınırlama, dürüstlük kuralına uygun olarak başkasına devretmiş oldukları malların yerine sadece, aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlü olacaklarıdır (m.363/2). Kanun koyucu bu hükümle çocuk malları üzerinde tasarrufta bulunan ana ve babanın vekil gibi sorumlu olacağı kuralını onların iyi niyetli olmaları halinde yumuşatmıştır.⁴⁷⁶ İkinci sınırlama ise, ana babanın kanuna uygun olarak çocuk veya aile için yaptıkları harcamalardan dolayı tazminatla yükümlü tutulmayacaklarıdır (m.363/3). Velayet kendisine tevdi edilmiş olan tarafın harcaması kanuna uygun olduğu takdirde, bu harcama dolayısıyla sorumluluklarına gidilemeyecektir.

Çocuk malvarlığını yönetme ve kullanma yetkisi velayetin tevdi edildiği kişinin velayet hakkı sona ermesiyle ya da bu yetkinin mahkeme kararıyla kendisinden alınmasıyla sonlanacaktır. O halde kanunumuzun 362. Maddesinde düzenlendiği gibi malvarlığını yönetme ve kullanma yetkisi, ergin olan çocuğa, çocuk vesayet altında ise vasisine veya yönetim kayyımına verilmişse ona devredilir⁴⁷⁷. Çocuğun ergin olması, ana ve babanın ölümü veya gaipliğine karar verilmesi de velayet hakkını kendiliğinden sona erdirir⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Ana ve babanın yönetim hakkı yahut velayetleri sona erince, çocuğun malları, hesabıyla birlikte ergin çocuğa; çocuk, vesayet altında ise vasisine veya yönetimin kayyımına devredilmesi söz konusu olmuş ise kayyımına devredilecektir. Medeni Kanunda ana baba, çocuk mallarının geri verilmesinde “intifa hakkı sahibi” gibi sorumlu tutulmaktaydı. Söz konusu ifade mehaz İsviçre Medeni Kanunu’nun 327. maddesinden esinlenerek alınmıştır. Düzenlemeler sonucunda anne ve babanın, çocuğun mallarının geri verilmesinden “vekil” gibi sorumlu tutulacakları öngörülmüştür; Akıntürk, Aile, 2006, s.438.

⁴⁷⁷ Yargıtay’ın bir ilamında davacının nikâhsız birlikteliğinden olma çocuğunun 18 yaşını doldurmak üzere olduğunu, reşit olduğu takdirde mallarını satacağını söylediğini belirterek, küçüğün korunması için malların annesi tarafından satılmasına izin verilmesini talep edilmiştir. Davacı anne küçüğün velisi ve yasal tek temsilcisidir. Hâkimden izin almaksızın taşınır veya taşınmaz hangisi olursa olsun çocuk mallarını satabilecek, onun mallarını yönetecek ve bununla yükümlü olacaktır. Yönetim hakkının sona ermesiyle birlikte çocuğun malvarlığının hesaplanması ve ergin çocuğa, vasisine veya kayyımına devredecektir. Davanın reddine karar verilmesi gerekir” Y. 2. HD., T. 29.03.2011, E. 2009/16485, K. 2010/5916, naklen Kazancı otomasyon.

Velinin sorumluluğu, yönetim ve kullanma yetkisinin alınması ve malları devretmeleriyle ortaya çıkar. Bu kapsamda, TMK 363/f.1’de, “*ana ve baba çocuk mallarının geriverilmesinde vekil gibi sorumludurlar*” hükmü düzenlenmiştir⁴⁷⁹. Buna göre “*velayet son tahlilde vekâlettir*” ilkesi uygulamaya koymuştur⁴⁸⁰. Bu maddeye göre ana ve babanın vekil gibi sorumluluğu, onların yönetim haklarının ortadan kalkması ve malları devretmeleri halinde söz konusu olur⁴⁸¹. Ancak kanun maddesinde bu konuda iki sınırlama öngörülmüştür⁴⁸². İlki kanunumuzun 363.maddesinin ikinci fıkrasında yer alan velayet sahibi olan taraf, dürüstlük kuralına uygun olarak başkasına devrettikleri malların yerine yalnızca aldıkları karşılığı iade ederler. Diğer sınırlama ise gene kanunumuzun 363.maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olan velinin kurallar çerçevesinde çocuk veya aile için yaptıkları harcamalardan dolayı tazminatla yükümlü olmamalarıdır.

Velayet sahibi olan taraf, çocuğun malvarlığında ortaya çıkan zarardan muaf olmak için, zararın meydana gelmesinde herhangi bir kusurlarının olmadığını,

⁴⁷⁸ Özdemir, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması, s.92; Özüğür, Soybağı, s.473 -474; Akıntürk, Aile, 2006, s. 438

⁴⁷⁹ “Davacılar, dava konusu taşınmazların tapu kayıtlarının miras payları oranında iptalini ve payları oranında adlarına tescilini istemektedirler. Terekeye ait bir kısım taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki miras haklarının, ergin olmadıkları dönemde velayete sahip olan anneleri tarafından velayetin kullanılması kapsamında dürüstlük kuralına uygun olarak başkalarına devredilmiş olması, davacılar, annelerine karşı “aldığı karşılığı” isteme hakkı verir. Velayet hakkının kötüye kullanılması halinde ise, velayet hakkına sahip olan ana veya baba, çocuk mallarının geri verilmesinde vekil gibi sorumlu olurlar. Bu sorumluluk da “çocuk mallarıyla” sınırlıdır” Y. 2. HD. T. 21.06.2012, E. 2012/11065, K. 2012/17098, naklen Kazancı Otomasyon, Özdemir, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması, s.92; Özüğür, Soybağı, s.473 -474; Akıntürk, Aile, 2006, s. 438

⁴⁸⁰ Serozan, PN. 146, 295, Özdemir, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması, s.92 vd..

⁴⁸¹ Alıntılan Özdemir, Çocuk Malları, s.93 – aktaran Tuor, P/Schnyder, B/Schmid, J/Rumo-Jungo, Zürich 2010, PN. 36, 504

⁴⁸² alıntılan Özdemir, Çocuk Malları, s.93 – aktaran Hausheer, Andrea/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Bern 2007.,PN. 17.137; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2013, 349; Özdemir, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması, s.93 vd.

yönetim yetkisini kullanırken bilinçli, akıllı ve özenle işlem yaptığını ispatlamalıdır. Aksi takdirde, veli, malvarlığı yönetimi ile ilgili olarak sadece kasıtlarından değil aynı zamanda ihmallerinden de sorumlu tutulacaktır. Velayet ortak kullanılmış ise, çocuğun malvarlığında ortaya çıkan zararlar bakımından her biri kendi kusurunun olmadığına dair bir ispat yükü altına girmiş olacaktır. Bunlardan her biri çocuğun mallarının yönetiminde kendisinden beklenen gerekli özen yükümünü yerine getirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Aksi takdirde ana ve baba çocuk mallarında oluşan zarardan müteselsilen sorumludurlar⁴⁸³.

Çocuk mallarında ortaya çıkan zarar dolayısıyla velinin sorumluluğunu doğuran hukuka aykırı fiil bizzat kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanabileceği gibi, davranışlarından sorumlu oldukları üçüncü kişilerin⁴⁸⁴ gerçekleştirdiği tutumlarından da kaynaklanabilir. Çocuğun malvarlığı hakları, anne ve babanın davranışlarından sorumlu olduğu kişiler sayesinde zarar görmüşse, bu kişilerin seçim ve gözetim, talimat verilmesi ile bu talimatların uygulanmasının denetlenmesinde gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilirler⁴⁸⁵. Aksi takdirde üçüncü kişilerin eylemlerinden, aldıkları risklerden de sorumludurlar. Buna karşın ana ve baba çocuğun mallarında meydana gelen tesadüfî ve ya normal kullanımlardan kaynaklanan eksilmelerden sorumlu değildir⁴⁸⁶. Ayrıca ana ve babanın çocuğun malları için yaptıkları masrafları çocuk mallarından mahsup veya

⁴⁸³ İnan, Çocuk Hukuku, s. 150-151; Öztan, Aile, 2004, s. 694; Baygın/Doğan: Çocuk Malları, s. 406; Özdemir, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması, s.93 vd..

⁴⁸⁴ TBK. m. 66 ve 116'da yer alan yardımcı şahıslar ve ifa yardımcılarıdır. Özdemir, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması, s.93 vd.

⁴⁸⁵ Akyüz, Çocuk Malları, s.175; Özdemir, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması, s.93vd.

⁴⁸⁶ Öztan, Aile, 2004, s. 694; Egger, Şerh, PN. 1, Art. 300, 183; Özdemir, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması, s.95.

tazmin hakları da bulunmamaktadır. Ancak onlar çocuğun malları için olağanüstü harcamalar yapmışlarsa bunun bedelini çocuktan talep edebilirler⁴⁸⁷

Velayet sahibi olan taraf çocuğun mallarını “iyi bir yönetici gibi” yönetmekle yükümlüdür. Yönetim yetkisi, en başta bizzat çocuğun menfaatine uygun olmalıdır. Çocuğun menfaati doğrultusunda velayet tevdi edilmiş olan kişinin ortak menfaatlerine hizmet etmelidir⁴⁸⁸. Ana baba yönetim görevini sadakat ve özenle yerine getirmeli, bu bağlamda hem çocuğun mallarını korumalı hem de onları semerlendirmelidir.⁴⁸⁹ İsviçre hukukunda bir atasözünden ilhamla söylendiği gibi, “çocuk malları demirden mallardır.” Ana ve baba, çocuk mallarının varlığını korumalı ve olağan yönetim ve makul riziko dağılımı çevresinde onları arttırmalıdır. Dolayısıyla, anne ve baba çocuğun mallarını mümkün olduğunca eksiltmeden, güvenli bir şekilde yönetmek, özellikle spekülatif hareketlere girişmekten kaçınmak zorundadır. Kısacası onlar , “iyi bir aile babasının (*bonus paterfamilias*)” göstermesi gereken özeni göstererek yönetim hakkını kullanmalıdır⁴⁹⁰.

Velayet kendisine tevdi edilen taraf, çocuğun malvarlığı haklarını özenle ve akıllıca yönetemez ve değerlendiremez, çocuğun menfaatlerinin tehlikeye atar işhâkim, malların korunması için uygun önlemleri alır⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ Egger, Şerh, PN. 2, Art. 299 ZGB, 182; Akyüz, Çocuk Malları, s. 294; İnan, Çocuk Hukuku, s. 152; Öztan, Aile, 2004, s. 695; Özdemir, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması, s.96.

⁴⁸⁸ Reusser, Ruth: Unterhaltspflicht, Unterstützungspflicht Kindesvermögen, (Çev: Hayrünnisa Özdemir), Bern 1978, s.78; Baygın, s.391.

⁴⁸⁹ İmamoğlu, Hülya, Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/274/2492.pdf> naklen, Hegnauer, Cyril , Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5, überarbeitete Auflage, Bern 1999, 18.03 s.231, n.28.04.

⁴⁹⁰ Burada önemli olan fikir şudur ki ana ve baba, çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermezlerse, hâkim, malların korunması için uygun önlemleri alınmalıdır, Öztan, s.356 – 685; Baygın, 391 – 392; Heagnauer, s.231, n.28.04.

⁴⁹¹ Yargıtay 2.HD. 01.03.2010, E.2009/12905, K.2010/3737 www.corpus.com.tr

Çocuk mallarının korunmasına dair dava aile mahkemesinde görülür. Görev kamu düzenine ilişkindir. Mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dava edilmesi gerekir⁴⁹².

IX. VELAYETİN KENDİSİNE TEVDİİ EDİLMEDİĞİ EŞ İLE ÇOCUK ARASINDAKİ KİŞİSEL VE MALİ İLİŞKİLER

Ana ve babadan her biri velayeti altında bulunmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip olduğu gibi kendine bırakılmayan çocuk ile de uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir⁴⁹³.

A. Kişisel İlişkiler

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, Medeni Kanun'da yer almamış olup Türk Medeni Kanunu ile mevzuatımıza girmiştir. Aslında hep var olan “doğal ilke”, artık Kanun hükmü olarak 323 ile 326. maddeler arasında düzenlenmiştir. Buna ilişkin mahkeme kararıyla, çocuk ile kişisel ilişki düzenlenmesi boyunca, velayet hakkına sahip tarafın ya da çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında çocuk ile kişisel ilişki kurulamaz (TMK m.326/3)⁴⁹⁴. Yargıtay da kararlarında, velayet kendisine

⁴⁹² Yargıtay 2. HD. 21.04.2008, E.2007/21303, K.2008/5758, www.corpus.com.tr

⁴⁹³ Yargıtay 2. HD. 28.09.2004, 7936, 10798 naklen Gençcan, Velayet, 2015, s.241; bir Yargıtay kararında ise ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir. Bu durumda müşterek çocuk ile davacı baba arasında uygun kişisel ilişki kurulması gerekirken bu talebin reddi doğru olmadığı kararı verilmiştir, Y 2.HD, 19/02/2007, 749-2301 www.karartek.com.tr

⁴⁹⁴ “Çocuklarla kişisel ilişki tesisine hakim dört durumda karar verir;

a) evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ya da birliğe ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde kişisel ilişki tesisi;

b) birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde geçici önlem olarak kişisel ilişki

c) boşanma ve ayrılık davası sırasında tedbir olarak kişisel ilişki tesisi

d) boşanma ve ayrılık kararı üzerine kişisel ilişki tesisi” Şeker, İnceleme ve Çözüm Önerileri, <http://velayethareketi.blogcu.com/kisisel-ilski-tesis-ve-velayet-hakki/45713> (Erişim:11.08.2016); Çelikel, s.115 – 116; Dural, s.511; Özmen, Soybağı Hukuku, s.542 – 543.

bırakılmayan tarafın çocukla kişisel ilişkisi düzenlenirken asıl olanın çocuğun yararı olduğunu, küçüğün bedeni ve fikri gelişiminin ön planda tutulması gerektiğini belirtilmiştir⁴⁹⁵.

1.Genel Olarak

Çocukla kişisel ilişki, velayet hakkı kendisine verilmeyen ana veya baba için söz konusudur. Bunu, velayet hakkı kendisine verilmeyen ana veya baba ile çocuk arasındaki görüşme olarak da adlandırmak mümkündür. Hâkim, velayet hakkını düzenlerken, zorunlu olarak velayet hakkını kendisine vermediği ana veya baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkiye de karar verecektir. Boşanma veya ayrılık eşleri birbirinden ayırmakta, ayrı yaşamalarına neden olmaktadır. Boşanma veya ayrılık velayet kendisine verilmeyen eşin çocuklarıyla kopması ve görüşmemesi sonucunu doğuramaz. Çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan taraf, kudretine göre onun infak ve terbiye masraflarına iştirak ile mükelleftir; çocuk ile icabı hale muvafık surette şahsi münasebette bulunmak hakkını da haizdir.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ Velayet hakkının düzenlenmesinde asıl olan küçüklerin yararı olması gerektiği gibi hakim tarafların anlaşmasıyla kendini bağlamayacaktır, Y.2.HD. 01.02.1999 tarih ve 14425/443 sayılı kararı naklen Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s.71; ayrıca burada düşünülmesi gereken müşterek çocuk ile velayet kendisine tevdi edilmeyen taraf arasında kişisel ilişki düzenlenirken bir tarafta analık-babalık duygularının tatmini diğer tarafta, küçüğün ruhsal ve bedensel gelişiminin olumsuz etkilenmemesi gibi iki farklı amaç arasında uygun, makul ve adil bir dengenin kurulması gerekliliğidir, Y. 2.HD. 26.10.1992 tarih ve 9641/1015 sayılı kararı naklen Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s.491 – 493; Y. 2.HD. 20.06.2000 tarih ve 7431/8396 sayılı kararı www.karartek.com.tr

⁴⁹⁶ Kişisel ilişki hakkı, anne babanın, çocukla aralarındaki soy bağına dayanan kişilik haklarından biridir. Bu sebeple, bu haktan feragat edilmesi geçerli olmadığı gibi, hakkın devredilmesi de mümkün değildir. Kişisel ilişki hakkının düzenlenmesi, çocuğun velayeti kendisine verilmeyen anne veya babanın, yetişmesine katkıda bulunmuş olduğu çocuğun gelişimi hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamak, akrabalık ilişkilerini sürdürmek, çocukla yabancılaşmasını önlemek ve sevgi gereksinimlerini tatmin amacı gütmektedir. Kişisel ilişki hakkı velayete sahip olmayan anne veya babanın sadece çocuğu yanına alıp birlikte vakit geçirmesinden ibaret değildir. Kendisine kişisel ilişki hakkı tanınmış anne veya baba, hükmünde açıkça belirtilmese de çocukla mektuplaşabilir, sokakta veya karşılaştığı herhangi

TMK m.345 hükmüne göre; “Çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babasının menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır.” Maddenin kenar başlığı, “çocuk ile ana ve baba arasındaki hukuki işlemler” olmasına karşın, burada sadece bu konu değil, aynı zamanda ana ve baba yararına olarak çocuğun üçüncü kişilerle yaptığı hukuksal işlemler de ele alınmıştır. Bu nedenle, maddenin kenar başlığını “çocuğun ana baba ile ve onlar lehine üçüncü kişiye işlemler” şeklinde anlamak gerekir⁴⁹⁷.

2. Kişisel İlişkinin Düzenlenmesinde Hâkimin Dikkate Alacağı Hususlar

Kişisel ilişki düzenlenmesi için esasen bir talep olmasına gerek yoktur hâkim bunu re’sen düzenleyecektir. Çünkü taraflar arasındaki iletişim keskin bir şekilde kopamayacağından dolayı gerek anne baba gerekse çocuk iletişim kurmak isteyebilecektir. Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde kanunun da düzenlediği 182.maddeye göre, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Buna göre, kanun koyucu kişisel ilişkinin düzenlenmesinde bazı ölçütleri sayarak temel bir çerçeve çizilmiştir, hâkime çocuğun menfaatleri doğrultusunda en uygun bir kişisel ilişki nasıl olarsa o şekilde karar verme olanağı tanımıştır. Kişisel ilişki düzenlenirken annelik ve babalık duygularının tatmini de göz önünde tutulur ancak çatışma durumunda çocuğun yararı anne ve babanınkine üstün tutulmalıdır. Kişisel ilişki düzenlenirken amaç, çocuklara anne baba ile mümkün olduğu kadar çok birlikte olabilme imkânını sağlamak olmalıdır⁴⁹⁸.

bir yerde konuşabilir; Kılıçoğlu Aile, s.194; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.141 vd.; Akyüz, Koruma, s.144; Çelikel, s.116; Dural, s.512; Çelikel; s.117 - 118.

⁴⁹⁷ Kılıçoğlu, Aile , s.639 vd.

⁴⁹⁸ Ergün, s.606; Çelikel, s.118; Benedek/Catherine, s.43; Yargıtay 2. HD, 25.01.2011 T.; E.2010/320, K.2011/1061, buna göre kişisel İlişki düzenlenirken, çocuğun yararının yanında, annelik ve babalık duygusunun tatmin edilmesine ve geliştirilmesine özen gösterilmeli, görüşme süresi bu özen kapsamında uygun ve makul olmalı, taraflar ayrı şehirlerle iseler, tarafların ve çocuğun külfetli sayılabilecek seyahatlere katlanmamalarına dikkat edilmelidir. Yargıtay.gov.tr

Kanunumuza göre velayet sahibi olabilecek taraflardan her biri, diğersinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür (TMK m.324/1) ⁴⁹⁹.

Kişisel ilişki düzenlemesi yapılırken kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzurunun tehlikeye girip girmeyeceği belirlenmelidir. Çocuğun huzurunun tehlikeye girmeyeceği anlaşılırsa ana ve babadan her birinin kişisel ilişki kurma hakkı reddedilemeyeceği gibi kendilerinden de alınmaz⁵⁰⁰. Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye gireceği anlaşılırsa ana ve babadan her birinin kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir⁵⁰¹.

a)Çocuk Açısından

Çocukla kişisel ilişki kurulması konusunda karar verilirken uyulması gereken bazı ilkeler vardır. Bu ilkelerin kimi doktrinde ileri sürülmüş, kimi ise Yargıtay kararları ile yerleşik hale gelmiştir. Öncelikle tepsi edilmesi gereken husus, kişisel ilişki hakkının kurulmasında asıl olan küçüğün yararadır. Söz konusu ilke, aslında evrensel bir sözleşme olan ÇHDS'nin de temel ilkesidir. Kişisel ilişki kurma ana ve babanın kişilik hakları arasında yer aldığından, taraflardan birinin bu haktan feragat etmesi anlamına gelebilecek anlamlar geçerli değildir. Çocukla baba arasında kişisel ilişki düzenlenirken, çocuğun yararı ile ana ve babalık duygularının tatmini gibi

⁴⁹⁹ Yargıtay 2. H.D., 10.01.2005 T., E.2004/14530, K.2005/69 buna göre velayet hakkı mahkemece kendisine verilen davalının kişisel ilişkiyi zedelediği, İzmir 5. İcra müdürlüğü ve Soma İcra Müdürlüğüne tutulan tutanaklar ve toplanan delillerden anlaşılımıştır, Yargıtay.gov.tr

⁵⁰⁰ Gençcan, Velayet , s.250.

⁵⁰¹ Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzurunun tehlikeye girdiğinde veya davalının bu hakkını amacına aykırı kullanıldığına ilişkin dosyada hiçbir delil ve olgu bulunmamaktadır. Kişisel ilişki hakkının babadan alınmasını gerektiren yasal koşullar gerçekleşmemiştir. İsteğin reddi gerekirken yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır, Gençcan , Velayet, 2015, s.250 den naklen Y. 2HD, 12/11/2009, 17341-19660, Y 2HD , 25/05/2010, 8348-10125.

hususların özenle incelenmesi en son olarak çocuğun yararının üstün tutulması gerekir⁵⁰².

Çocuğun sağlığı kavramına, bedensel sağlığı yanında, özellikle ruhsal sağlığı girer. Çocuk, bedensel olarak gelişmemiş ya da engelli olabilir. Bu durumda, velayeti kendisine verilmeyen ana veya baba ile bu çocuk arasında kişisel ilişki kararı verilirken, çocuğun her hafta sonu ve birkaç gün görüşmeye götürülmesi sağlığa zarar verebilir. Aynı şekilde ruhsal sorunları olan bir çocuğun velayeti kendisine verilmeyen ana veya babaya verilmesi de ruhsal gelişmesi bakımından sakıncalı olabilir⁵⁰³.

Çocuğun “eğitim ve ahlak bakımından yararları” da göz önünde tutulacaktır. Bu anlamda olmak üzere, her hafta sonu özel eğitim gören bir çocuğun velayet kendisine verilmeyen ana veya babaya kişisel ilişki kurması çocuk yararına olmayabilir. Aynı şekilde, çocuğun velayet kendisine verilen ana veya babanın kültür ve eğitim anlayışı, yaşadığı ortamdan uzun süre uzaklaşmasının velayet kendisine verilmeyen ana veya babanın kültür ve eğitim anlayışı arasında bocalamasına yol açılmaması da gerekir⁵⁰⁴.

Yargıtay kararlarında daha çok, çocuğun yaşının⁵⁰⁵, eğitim durumunun⁵⁰⁶, cinsiyetinin ve psikolojik durumunun⁵⁰⁷ ana veya baba ile çocuk arasındaki kişisel

⁵⁰²Akıntürk, Boşanmanın Sonuçları, s.201vd.; Yargıtay ilamını değerlendirdiğimizde TMK m.182/II'ye göre ana veya baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişki kararının verilmesinde çocuğun yararını üstün tutmuştur. Bu nedenle, bu kararın verilmesinde “çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları” esas alınacaktır, Yargıtay 2.HD. 09.02.2011, E..2010/714, K.2011/1986 www.karartek.com.tr ; Yargıtay 2.HD. 07/02/2011, E.2010/987, K.2011/1797 www.corpus.com.tr , Kılıçoğlu, Aile, 2015, s.194; 2.HD. 07.10.2003 T. 11644/12972, Yargıtay.gov.tr .

⁵⁰³ Kılıçoğlu, Aile, 2015, s.195; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.544 – 545.

⁵⁰⁴ Kılıçoğlu, Aile, 2015, s.195.

⁵⁰⁵Yargıtay’ın konuyla ilgili olan bir ilamında ana yanında kalması çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki yetişmesine engel değilse, anne bakım ve şefkatine muhtaç 1994 doğumlu küçük M.’nin babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırı kararı verilmiştir, Y.2.HD.27.01.1998 tarih ve 13346/898 sayılı kararı naklen; Özüğür, Yargılama Usulleri, s.1001; “Çocuğun yasına nazaran baba yanında yatılı kalacak şekilde uygun kişisel ilişki

ilişkinin düzenlenmesinde önem taşıdığı belirtilmiştir. Buna göre, ortak yaşama son verildikten sonra anne bakım ve şefkatine muhtaç küçüğün velayetinin annesine verilmesi ve baba ile kişisel ilişkinin kurulması gerektiği karara bağlanmaktadır⁵⁰⁸.

b) Kişisel İlişki Kuracak Ebeveyn Açısından

Kişisel ilişki kurma hakkı mutlak ve dokunulmazdır; yani bu hak devredilemez ve üçüncü kişiler tarafından da kullanılamaz. Hak dokunulmazdır; Kanun'da aksi belirtilmedikçe ana baba bu haktan mahrum edilemez⁵⁰⁹.

düzenlenmesi gerekir, Y. 2.HD. 27.01.1998 tarih ve 13092/14334 sayılı kararı naklen Özüğür, Yargılama Usulleri, s.1001.

⁵⁰⁶ Kişisel ilişki süresinin çocuğun eğitimini ve yetiştirilmesini engellememesi gerekir, Y. 2.HD. 27.10.2003 tarih ve 13346/898 sayılı kararı, naklen Özüğür, Yargılama Usulleri, s.989.

⁵⁰⁷ “Fransız Lape Hastanesi'nin 25.03.2003 tarihli raporunda davalı kocanın 25.04.2002 tarihinde yatırıldığı; anti sosyal kişilik bozukluğu teşhisiyle 30.04.2002 tarihinde taburcu edildiği belirtilmektedir. Bu rapor içeriği nazara alınarak baba ile kişisel ilişkinin çocuğun sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarını zedeleyip zedelemeyeceğinin yine uzman raporuyla belirlenmesi ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken (...), Y.2.HD. 13.11.2003 tarih ve 14527/15589 sayılı kararı naklen Özüğür, Yargılama Usulleri, s.988-989.

⁵⁰⁸ Y. 2.HD. 22.01.2004 tarih ve 117/760 sayılı kararı, İBD, C.78, S.4, Yıl 2004, s.1691; buna göre anne yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilemediği halde ana bakım ve şefkatine muhtaç 19.08.1999 doğumlu küçük Derya'nın TMK 182, 336/2 maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırı olacaktır kararı verilmiştir; Y. 2.HD. 10.11.2003 tarih ve 14112/15310 sayılı kararı naklen Özmen, Çocuk Mahkemeleri, s.456.

⁵⁰⁹ Şeker, İnceleme ve Çözüm Önerileri”, <http://velayethareketi.blogcu.com/kisisel-iliski-tesis-ve-velayet-hakki/45713> (Erişim:11.08.2016), esasen burada çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı, bir ana ve babanın kişilik hakları içinde yer alır; ana veya babanın bu haktan feragat etmesi anlamına gelebilecek anlaşmalar da geçerli olmayacaktır; Akıntürk, Aile, 2006, s.408; Tekinay, Aile, s.278.

Türk Medeni Kanunu m.323 hükmünde, velayet kendisine tevdi edilmeyen tarafın uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkını tanımaktadır. Üvey ana ve babaya da çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanınabilir.⁵¹⁰

Yargıtay'a göre, kişisel ilişki kurma, çocuk için bir hak olduğu kadar ana ve baba için de önemli bir haktır. Bu hak onlara çocukları ile aralarındaki bağları güçlendirmek için tanınmıştır. Bu sebeple, velayet hakkına sahip olmamakla birlikte çocuk ile arasında uygun bir soybağı bulunan ana veya baba da, çocuk ile arasında uygun kişisel ilişkinin kurulmasını talep edebilecektir (TMK m. 323) ⁵¹¹.

Kişisel ilişkinin amaçlarından biri de velayetin kendisinde olmaması nedeniyle çocuğundan ayrı kalan anne veya babanın annelik ve babalık duygularının tatminidir. Kişisel ilişki annelik ve babalık duygularını tatmin edebilecek sıklık ve sürede kurulmalıdır. Çocukla baba arasında ayda bir kez düzenlenen kişisel ilişki yetersiz olup, babalık duygusunun tatmini sağlanmaz⁵¹². Aynı şekilde çocuğun yaşı

⁵¹⁰ TMK'nın 323. madde gerekçesine göre, "Maddede çocuğun ana veya babaya bırakılmamış olması ile kastedilen, esasen velayet hakkı ana ve babadan alınmamakla (nez edilmemekle) birlikte, çocuğun başka bir kimsenin koruma (himaye) ve gözetimine bırakılmış olmasıdır ki, bu husus kanununun 347. Maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır." "Yaklaşık üç yastaki müşterek çocuğun baba ile yalnız dini bayramların birinci günü üç saat kişisel ilişki kurulması yetersizdir. Bu ilişkinin anne yanında kurulması da doğru değildir." Y. 2.HD. 29.01.2004 tarih ve 229/1132 sayılı kararı, İBD, C.78, S.4, Yıl 2004, s.1694; Öztan, Aile, 2004, s.634.

⁵¹¹ Y. 2.HD. 10.05.1999 tarih ve 2970/4920 sayılı kararı Özüğür, Yargılama Usulleri, s.99; Öztekin Gelgel, Günseli; "Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.8, Yıl 4, İstanbul 2005, s.127.

⁵¹² Ergün, s.691; Yargıtay 2. HD., 26.01.2005 T., E.2004/15855, K.2005/768 www.corpus.com.tr , Amaç çocuğu anne baba sevgi ve şefkatinden yoksun bırakmadan bedensel ve ruhsal gelişimini sağlıklı ve normal şekilde sürdürmesini sağlamaktır. Çocuk ergin oluncaya kadar sevgi, yakınlık ve dostluk duygularına ihtiyaç duyacaktır. Ayrıca anne ve baba çocuğun eğitimini, öğretmeni ve yardımcısı olmalıdır bu görevleri gereği çocuk belli bir olgunluk ve yaşa gelinceye kadar çocukla kişisel ilişkileri devam etmelidir.

uygun ise, çocuk her ayın iki hafta sonu ve dini bayramlarda baba yanında yatılı kalacak şekilde anne babayla kişisel ilişki kurulması gerekir⁵¹³.

Tarafların aynı kent veya ülkelerde bulunmaları halinde kişisel ilişki, evlatlık ve babalık duygularını tatmin edecek şekilde düzenlenmelidir⁵¹⁴.

Ana ve babadan her biri, çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezlerse kişisel ilişki kurma hakkı aile mahkemesi tarafından reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir⁵¹⁵.

3. Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi ve Değişen Koşullara Uyarlanması

Velayet hakkına sahip olan, yani boşanmada velayet hakkı kendisine verilen taraf, bir süre sonra durumun değişmesi nedeniyle bu hakkı kullanmakta diğer tarafa göre daha elverişsiz bir duruma düşebilir. İşte bu yeni olgular karşısında çocuğun menfaati, çocuğun velayetinin eşlerin birinden alınıp diğer tarafa verilmesini yahut bir vasi atanmasını gerektirirse, hâkim re'sen veya istem üzerine gereken önlemleri alacaktır (TMK m.183). Kişisel ilişki ile ilgili kararlar teknik anlamda kesin hüküm teşkil etmez, ileride değişen şartlara göre yeniden düzenlenebilir⁵¹⁶.

⁵¹³ Yargıtay 2.H.D, 24.01.2011 T., E.2009/21712, K.2011/759 www.corpus.com.tr , Burada tarafların kişisel ilişki kurma hakkı, herhangi bir süre ile sınırlandırılmamış olmakla birlikte, velayetin sona ermesi yahut kişisel ilişki kuran eş hakkında velayetin kaldırılmasının yanı sıra ilişkinin sınırlandırılmasına da karar verildiyse, bu hak sona erebilecektir; Çelikel, s.124.

⁵¹⁴ Yargıtay 2. HD. 11.09.2000 T., E.9023 K.10085 naklen Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.549

⁵¹⁵ Gençcan, Velayet, 2015, s.252.

⁵¹⁶ Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, 1998, s.142 vd.; Kişisel ilişki tesis edilmesine yönelik kararlar kesin hüküm oluşturmaz. Yeni olguların zorunlu kılması halinde kişisel ilişki yeniden düzenlenebilir Yargıtay 2. HD. 17/01/2011, E.2010/9021, K.2011/135 www.karartek.com.tr ; Yargıtay 2. HD. 12.07.2011 T., E.2010/8185 K. 2011/12038 www.karartek.com.tr ; Çelikel, s.132 - 133, “Velayete sahip olmayan tarafın tekrar evlenmesi kural olarak kişisel ilişki hakkının değiştirilmesini gerektirmez. Fakat bazı durumlarda kişisel ilişkilerin yeniden düzenlenmesi zorunluluk halin alabilir. Örneğin; yeni eş, evlilik birliğinin dağılmasına neden olmuş ve çocuk üzerinde ona karşı antipati oluşmuşsa, kişisel ilişkinin onun da bulunduğu bir yerde (kişisel ilişki hakkı sahibinin

Başka nedenlerle de kişisel ilişki hakkına ilişkin düzenlemelerin değiştirilmesini zorunlu kılabilir. Kanunda sayılanlar örnek niteliğindedir. Çocuğun yararları, sonradan gerçekleşen bir olguyla tehlikeye düşebilecekse düzenlemeler hâkim tarafından her zaman değiştirilebilir⁵¹⁷.

Aile mahkemesi hâkimi ana ve babanın çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenlerken ana ve babanın yaşam biçiminin dikkate alınması zorundadır⁵¹⁸. “...Toplanan delillerden babanın uyuşturucu kullandığı ve hırsızlık yaptığı anlaşılmaktadır. Babanın yaşama biçimi dikkate alındığında kurulan bir ilişki çoktur. Mahkemece daha uygun düzenleme yapılması gerekmektedir. Açıklanan hususun dikkate alınmaması usul ve yasa aykırıdır.”⁵¹⁹

Aile mahkemesi hâkimi, ana ve babanın çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenlerken tarafların çalışma saatlerini dikkate almalıdır⁵²⁰.

a) Düzenlenişi

Çocuğun menfaatleri doğrultusunda ifade ettiği görüşe gereken önem ve değer verilmelidir. Böylece menfaatleri tehlikeye düşmeden idrak çağında bulunan çocuğun mahkemece dinlenmesi ve tercihinin sorulması, velayete ilişkin tüm delillerin birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir⁵²¹.

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, velayet hakkından kaynaklanır. Velayet hakkı ise, kamu düzenine ilişkin bir haktır. Dolayısıyla velayet hakkının bir parçası olan kişisel ilişki kurma hakkı da kamu düzenine ilişkindir. Velayet hakkına sahip

evinde) sürdürülmesi çocuğun duygusal yararını tehlikeye düşürecektir.” Akyüz, Koruma, s.185, “Örneğin, hükümde, ana babanın her ikisinin de aynı şehirde oturduğu göz önünde tutularak görüşmeler haftada bir olarak düzenlenmiş olabilir. Bu durumda hâkim re’sen veya ana babadan birinin istemi üzerine gerekli düzenlemeleri yapar.” Yargıtay 2. HD. 27.10.2003 T., E.2003/13421 K. 2003/14276 www.karartek.com.tr

⁵¹⁷ Çelikel, s.185.

⁵¹⁸ Gençcan, Velayet, 2015, s.253vd..

⁵¹⁹ Y 2 HD. 21/06/2002, 7389 – 8314, www.kazancı.com.tr

⁵²⁰ Gençcan, Velayet, 2015, s.254vd..

⁵²¹ Yargıtay 2. HD. 05.10.2010, E.2009/14046, K.2010/16147 www.corpus.com.tr

olan ana ve babanın hakkın kullanımı konusundaki anlaşmaları kural olarak hâkimi bağlamaz. Gerek taraf olduğumuz çocukların korunmasına dair uluslararası hukuk metinleri gerekse TMK'nın 166/3. Madde metni ile, çocuğun menfaatleri gözetilerek yanlar arasındaki düzenlemelerde hâkime müdahale olanağı ve yetkisi verilmiştir.⁵²²

Kişisel ilişki kurma hakkının tesisinde, hâkimin müdahale hakkı vardır. Bununla beraber, her somut olayı kendi özellikleri içerisinde değerlendirecek olan hakime sağlanan takdir yetkisinin sınırı, hukuk ve hakkaniyet olarak belirlenmiştir (TMK m.4).

Çocuk menfaatini tehlikeye atmadığı sürece hâkim, çocuk ile velayete sahip olmayan taraf arasında kişisel ilişki kurmalıdır. Bu iletişim ise, ziyaret, yazışma, telefonla görüşme, bilgi edinme haklarını içerir şekilde yapılabilir⁵²³ Mahkemeler kişisel ilişki kurulmasında genel ve bütün bir düzenleme yapmaktadır. Ancak uygulamada kişisel ilişki kurma hakkının ihlali nedeniyle icra takipleri ve velayetin değiştirilmesi davaları sıklıkla gündeme gelmektedir. Çocuklar açısından olumsuz süreçler olan bu tür durumların engellenmesi için velayetin belirlenmesinde diğer tarafla kişisel ilişkinin de gözetilmesi, gerekliyse çocuğun korunmasına yönelik tedbirlerin baştan alınması gerekmektedir.

b)Değişen Koşullara Uyarlanması

Velayetin değiştirilmesini gerektiren koşullar oluşmamişsa velayet değiştirilemez⁵²⁴. Velayetin değiştirilmesi davasında görevli mahkeme aile mahkemesidir⁵²⁵. Bu hakkın sınırlarını kanun koyucu 324. maddede çizmiştir. Bu madde de mevzuatımıza yeni düzenleme ile girmiştir. Uygulamada çocuğun velayeti kendisine bırakılan taraf, çoğu kez diğer tarafın çocuk ile kişisel ilişki kurmasını engellediği gibi, bazen de çocuğu kaçıarak bu ilişkiyi tamamen ortadan kaldırmaktadır. Aynı şekilde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına karar verilen taraf,

⁵²² Şeker, İnceleme ve Çözüm Önerileri”, <http://velayethareketi.blogcu.com/kisisel-iliski-tesis-ve-velayet-hakki/45713> (Erişim:11.08.2016).

⁵²³ Serozan, Soybağı Hukuku, s.112 vd.

⁵²⁴ Yargıtay 2. HD. 05.07.2010, E.2010/11406,K.2010/13449, www.corpus.com.tr

⁵²⁵ Yargıtay 2. HD., 01.07.2010, E.2010/7975, K.2010/13271, www.corpus.com.tr

çocuğu ilişki kurma saatinin bitiminde diğer tarafa götürmemekte, uzun süre yanında tutarak veya gizleyerek çocuğun eğitilmesine ve yetiştirilmesine engel olmaktadır⁵²⁶.

Kişisel ilişki sırasında her iki tarafın da uyması gereken kurallar, 324. maddede sayılmış ve yaptırımını da hükme bağlamıştır. Buna göre, ana babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelememek, çocuğun eğitilmesini ve yetiştirilmesini engellememekle yükümlüdür. Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girerse, ana baba yükümlülüklerine aykırı davranırsa, çocuk ile ilgilenmezlerse ya da önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir.⁵²⁷

4. Kişisel İlişkinin Kurulamaması

Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını yasada öngörülen ve düzenlenmiş olan 324.maddeye göreödev ve görevlerine aykırı hareket ederler veya çocuğun menfaatlerini tehlikeye atarlarsa hâkim kişisel ilişki kurma hakkını reddedebilir veya kendilerinden alabilir⁵²⁸.

5. Kişisel İlişkiye İlişkin İlamlar ve Bu İlamların İcrası

a)Kişisel İlişkiye İlişkin İlamlar

Kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili bütün düzenlemelerde çocuğun oturduğu yer mahkemesi de yetkilidir. Bu yetki kuralı kesin yetki kuralı olmayıp çocuğun

⁵²⁶Akıntürk, Aile, 2006, s.408-409.

⁵²⁷ Toplanan delillerden davalının davacıyı tehdit ettiği, küçükle kişisel ilişkisini zedelediği, bununla da kalmayarak küçüğü 23.09.2001 tarihinde okuldan kaçırdığı ve halen de yükümlülüğüne aykırı olarak velisi olan davacıya teslim etmediği belirlenmiştir. TMK. 324. maddesi koşulları olduğundan davanın kabulü ile ana ile küçüğün kişisel ilişkisinin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır, Y. 2.HD. 09.07.2003 tarih ve 7602/10488 sayılı kararı naklen Özüğür, Yargılama Usulleri, s.991-992; Y 2HD, 06/10/2010, 4469-16198naklen Gençcan, Velayet, 2015, s.248 “... Velayeti annede bulunan müşterek çocuklar 1995 doğumlu Mikail İbrahim ve 1996 doğumlu Tuğba'nın velayetlerinin değiştirilerek babaya bırakıldığı halde küçüklere anneleri arasında kişisel ilişki kurulmaması doğru görülmemiştir

⁵²⁸ Yargıtay 2. HD. 26.01.2011, E.2010/10102, K.2011/1242 www.corpus.com.tr

oturduğu yer mahkemesi yetkidir denilip tali yetki kuralı konulduğu anlaşılmaktadır⁵²⁹.

Görevli mahkeme, Aile mahkemesidir. Mahkeme tarafından çocuk ile kişisel ilişkiye yönelik bir düzenleme yapıncaya kadar, velayet hakkına sahip veya çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında kişisel ilişki kurulamaz.

b) İlamların İcrası

İcra İflas Kanununun 24.maddesindeki genel hususlardan başka, çocuğun ilam hükümlerine göre lehine hüküm verilen taraf ile kişisel ilişkide bulunmasına engel olunmaması eğer bu gerçekleşir ise ilam hükmünün zorla yerine getirileceği ve İcra İflas Kanununun 341. maddesine göre cezalandırılacağı ihtar edilmiştir. Borçlu olan tarafbu ilama uymaz ve görevini yerine getirmez ise hüküm zorla yerine getirilir ve çocuk kişisel ilişki hakkı sahibine kişisel ilişki amacı ile teslim edilir. Borçlu alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca İİK m.341 e göre cezalandırılır⁵³⁰.

İcra İflas Kanununa göre, velayet kendisine verilmiş taraf diğerinin çocukla ilişkide bulunmasına izin vermezse, kişisel ilişki hakkı sahibi mahkeme ilamını icraya koyarak takip talebinde bulunabilir. Bu talebi alan icra memuru borçluya bir icra emri gönderilir (İİK m.25/a)⁵³¹.

Çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagoğ veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir (İİK m.25/b)⁵³².

⁵²⁹ Boşanmaya ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin kararlar hususunda yetkili olan mahkemeler, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlar açısından da yetkili olacaklardır; Dural, s.515; Çelikel, s.134.

⁵³⁰ Çelikel, s.131 – 135; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.552-553.

⁵³¹ Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.552; Dural, s.515; Çelikel, s.134 vd.

⁵³² Çelikel, s.131; Özmen, Velayet Hukuku Davaları, s.553; Velidedeoğlu; Aile, s.215vd.; Akyüz, s.40 vd.

B. Mali İlişkiler

1. Genel Olarak

Velayet küçüklerin ve istisnai olarak da kısıtlanmasına karar verilen ergin çocukların gerek şahıslarına gerek mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanunun anne ve babaya yüklemiş olduğu haklar ve yükümlülüklerin tümüdür⁵³³. Türk hukuk sistemine göre, boşanma sonucunda velâyet hakkı ana veya babadan birisine verilmekte ve diğeri için sona ermektedir. Bu durumda velâyet hakkı sona eren tarafa, bu tarafın mali gücü ve çocuğun ihtiyaçları dikkate alınarak iştirak nafakası ödeme yükümlülüğü getirilmiştir⁵³⁴. Velâyet kendisine verilmeyen eşin, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılma zorunluluğuna iştirak nafakası denir (TMK m. 182/2).

Öte yandan, bu nafakaya karar verilirken “çocuğun tüm bakım ve giderlerinin” velayet kendisine verilmeyen eşe yüklenmesi de doğru değildir. Zira TMK m.327 “Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır.” kuralı koymuştur. Bu kural sadece eşler birlikte yaşarken geçerli olmayıp, boşanma veya ayrılık kararı verilirken de geçerlidir. Bunun sonucu olarak nafakaya karar verilirken velayet kendisine verilen eşin de bu yükümlülüğünün bulunduğu göz önünde tutulmalıdır. Bundan, her iki eşin çocuğun giderlerine eşit olarak katlanması gerektiği sonucu çıkartılmamalıdır. Eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasındaki yükümlülüklerini belirleyen bu hüküm evlilik birliği sona erdikten sonra bile geçerliliğini korur. Yani ana babanın, çocukların giderlerine

⁵³³ Özdemir/Ruhi; Çocuk Hukuku, s.90; Öztan, Aile, 2015, s.759; Baygın, s.120, Bu husus kanunda açıkça ifade edilmiştir: “Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. (TMK m. 185), Şahin; Aile Hukuku Davaları Tatbikatı, s.591; Solak, s.83; Velidedeoğlu, Aile, s.215vd.; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, 1998, s.141 vd.; Akkaya, s.93; Akyüz, s.46.

⁵³⁴ Velidedeoğlu, Medeni, s.221; Solak, s.83; Akkaya, s.90 vd.; Köprülü/Kaneti, s.109; Akyüz, s.40; Kılıçoğlu, Aile, s.195-196; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, 1998, s.141 vd.

olanakları ölçüsünde katılma yükümlülükleri evlilik birliği sona erse bile devam eder⁵³⁵.

2. İştirak Nafakası

Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesinde iştirak nafakasının alacaklısının kim olduğu belirtilmemiştir. Bu konuda farklı görüşler mevcuttur. Birinci görüşe göre; iştirak nafakasını talep yetkisi velayete sahip anne veya babaya aittir; çocuğun vesayet altına konulması halinde ise bu yetki vasiye aittir. Yargıtay eski kararlarında velayete sahip olan eşin iştirak nafakası verilmesini ya da arttırılmasını kendi adına isteyeceği görüşündedir.⁵³⁶ İkinci görüşe göre, iştirak nafakasının alacaklısı çocuktur.

⁵³⁵ Akyüz, Eğitim , s.155; Şahin, 2004, s.693; Velidedeoğlu, Medeni, s.221, Schwarz, Aile , s.178, Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2014 ,s.142; Dolu, S. İştirak Nafakası.Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s.39; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, Medeni, 1999, s.943; Güneşlioğlu, s.116; Oy, Osman, Boşanmanın Hukuki Neticeleri, Nafaka, Tazminat, Velâyet, Mal Paylaşımı Ve Aile Konutu, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 7; Velidedeoğlu, Medeni , s.218- 221; Ertürk , E. 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanuna Göre Uygulamada Nafaka Davaları. İstanbul 2005 Kazancı Kitap, s.213; Tutumlu, Boşanmanın Hukuki Sonuçları , s.627 vd.; Solak, s.84.

⁵³⁶ Tasarruf ilkesi ve taleple bağlılık ilkesinin istisnalarından birisi de iştirak nafakasına ilişkin düzenlemelerdir. Gerçekten hâkim, boşanma davasında çocuğun velayetini ana babadan birine verilmesine karar verirken, kendine velayet hakkı verilmeyen eşin de sorumlu olacağı iştirak nafakasına re'sen hükmetmek durumundadır. İştirak nafakası yükümlüsünün ekonomik ve sosyal durumu uygun olmasına rağmen taleple bağlılık kuralına göre az miktarda nafaka verilmesinde zarar gören istekte bulunan değil, çocuk olmaktadır. Anayasamızın sosyal devlet ilkesi gereği m. 2 hükmünde yer alan isteği görece güçsüz "çocuktan yana" apaçık bir "yan tutma" buyruğu içermektedir; Gençcan, s.1257; Tutumlu, 2009, s.1392; Pekcanitez, H./Atalay, O./ Özkes, M.; Medeni Usul Hukuku. Ankara: Yetkin Yayıncılık, Ankara 2011, s.224; Doktrinde bir görüşe göre, eğer çocuğun yüksek menfaati gerektiriyorsa ve somut olayın şartları da uygunsa hâkim velâyet hakkına sahip ana veya babanın istediği nafaka miktarından yüksek bir miktara da hükmedebilir. Yani hâkim bu konuda taleple bağlı değildir, Velidedeoğlu, H. V. Ailenin Çilesi Boşanma, Çağdaş Yayınları, Ankara 1976 , s.218 - 273; Solak, s.89; İnternet: 2. HD, T. 08.03.2012, E. 3694, K. 5221, Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır; Akıntürk, Aile, 2002, s.277; Feyzioğlu, Aile Hukuku, 1986, s.389; Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.36

Velayetin verildiği ana baba ve vasi çocuğun temsilcisi olarak hareket ederler. Son zamanlardaki Yargıtay görüşü bunu destekler niteliktedir.⁵³⁷

İştirak nafakası davasında davalı sıfatının belirlenmesinde ise, iştirak nafakası davası,

- Küçüğe fiilen bakmayan anne veya babaya (TMK m. 329/I)

- Velayet hakkı kendisine verilmeyen ve fiilen küçüğe bakmayan anne veya babaya (TMK m. 182/I)

- Vasi ve kayyım tarafından küçük adına hareket edilen durumlarda anne ve babaya yöneltilmelidir.⁵³⁸

⁵³⁷ Yargıtay 2. H.D. 03.02.2005T, E.2004/15160, K.2005/1249, Yargıtay.gov.tr; Çelikel, s.146; Gençcan, s.1257, “Türk Medeni Kanunu’nun 182/2’inci maddesi, boşanma veya ayrılık kararı verilmesi halinde, çocuk kendisine bırakılmayan tarafın çocuğun bakım ve giderlerine katılmasını düzenlemektedir. Türk Medeni Kanunu’nun 182/2’inci maddesi sadece küçük çocuklar için öngörülmüştür.” Öztan, Aile, 2015, s.794; Tutumlu, 2009, s.1392; Pekcanitez/ Atalay /Özekes, s.224; Velidedeoğlu, Ailenin Çilesi, s.218 - 273; Solak, s.89; İnternet: 2. HD, T. 08.03.2012, E. 3694, K. 5221, Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır; Akıntürk, Aile, 2002, s.277; Feyzioğlu, Aile Hukuku, 1986, s.389; Serozan, Çocuk Hukuku, s.36

⁵³⁸ Tutumlu, 2009, s.1391; Ceylan, s.178; Güneşlioğlu, s.117; “Boşanmış eşlerden velâyet kendisine verilmiş olan eş evvel emerde çocuğun infak ve terbiye masraflarını karşılamak yükümlülüğü altındadır. Velâyet kendisine verilmeyen eşin sorumluluğu ise buna iştirakten ibaret olup, borcu kendisine velâyet verilen eşe karşıdır. Diğer bir deyimle iştirak nafakasında alacaklı olan velâyet kendisine bırakılan eş olup, çocuk değildir. Çocuğun reşit olmadığı dönemlerde velâyet kendisine verilmeyen babanın borcu, velâyet kendisine verilen anaya iştirak nafakası ödemek olup, reşit olmayan çocuğun Medeni Kanun’un 8. maddesi çerçevesinde ne iştirak nafakası ne de yardım nafakası için dava açma ehliyeti bulunmadığı gibi o dönem için velâyet kendisine bırakılmayan eşin nafaka borcu da çocuğa karşı olmayıp, velâyet kendisine verilen eşe karşıdır. Reşit oluncaya kadar çocuğun nafaka davasında sıfatı yoktur; HGK, T. 2000, E. 2-719/, K. 747 naklen Özüğür, Ali İhsan, Medeni Kanunun Yeni Düzenlemelerine Göre Yoksulluk Nafakası, İstanbul Barosu Dergisi (Aile Hukuku Özel Sayısı), İstanbul 2007, s.133; Güneşlioğlu, s. 118.

TMK m.329 hükmünce, küçüğe fiilen bakan ana veya baba, diğerine karşı çocuk adına nafaka davası açabilir. Oysa daha önceki uygulamada davacı sıfatının velâyet hakkına sahip olan ana veya babada olduğu kabul edilmekteydi. 743 sayılı Medeni Kanun Yargıtay tarafından bu şekilde yorumlanmıştı. Daha sonra 01.01.2002 de yürürlüğe giren 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 329. maddesi ile iştirak nafakası açma hakkının müşterek çocuğa ait olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır. Yine ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından açılacak iştirak nafakası davasında da davalı tarafta anne ve/veya baba bulunacaktır. (TMK m. 329/III)

İştirak nafakası davası açıldığında dava açan kişinin çocuğun velisi veya vasisi olup olmadığı ilk önce araştırılacak hususlardandır. Uygulamada boşanma ile birlikte çocuğun velâyetinin ana babadan birine verilmiş olduğu ancak daha sonra çocuğun diğer tarafta kaldığı görülmektedir. Bu durumda çocuğa fiilen bakmakta olan ancak velâyet hakkı bulunmayan ana veya babanın öncelikle velâyet davası açması gerekmektedir.⁵³⁹

Taraflardan herhangi birinin çocuk için yapmış olduğu masrafları diğer taraftan talep etmesine imkân yoktur. Çünkü çocuğun giderlerine katılma Türk Medeni Kanunu ile getirilmiş bir yükümlülüktür (TMK m. 185). Bu masraflar ahlaki bir görevin yerine getirilmesi niteliğinde olduğundan yapılan ödemeler talep edilemez. Yargıtay da bu görüştedir.⁵⁴⁰ Nafaka hakkı çocuğa ait bir hak olmasına karşın iştirak nafakasını talep etme hakkını velâyetin verildiği taraf kullanır. Çocuk üzerindeki velâyet kaldırılmış ve çocuk vesayet altına alınmışsa hem ana hem de baba iştirak nafakası ödemekle yükümlüdür.⁵⁴¹

Yasal temsilci, ödenmeyen nafakayı talep etme hakkına sahiptir. Çocuğa ödenecek iştirak nafakasından vazgeçme geçerli değildir. Ancak açıkça, çocuğun yararının ihlal edilmediği durumlarda, birkaç nafaka alacağından vazgeçilmesi

⁵³⁹ Özüğür, Boşanma ve Ayrılık , s. 946; Solak, 2014, s.89.

⁵⁴⁰ Davacının çocukları için bir takım masraflar yapması ahlaki bir görevin yerine getirilmesi mahiyetinde olup, talep edilmeleri mümkün değildir, 2. HD, T. 1993, E. 10530, K. 11334, Web: <http://emsal.yargitay.gov.tr/> adresinden alınmıştır.

⁵⁴¹ Velidedeoğlu, Ailenin Çilesi, s.222; Solak, s.85- 89; Velidedeoğlu, Medeni, s. 218.

mümkündür.⁵⁴² Velayet hakkının anaya bırakılması durumunda, ana bir başkasıyla evlenmesi ve ikinci kocanın mali durumunun iyi olması, biyolojik babanın “bakım ve eğitim nafakası” ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.⁵⁴³

İştirak nafakası velayetin bizzat kullanılmasına bağlı bir alacak hakkıdır. Çocuk fiilen velayet kendisine verilmeyen eşin yanında kalıyorsa diğer eş bu dönem için iştirak nafakası isteyemez.⁵⁴⁴

Ana babanın çocuğun eğitim giderlerini ödeme gücünden yoksun oldukları hallerde bu giderler devlet tarafından karşılanır ve ana babanın ödeme gücüne kavuşması halinde devlet de ana babaya rücu ederek iştirak nafakası davası açabilecektir.⁵⁴⁵ İştirak nafakasının borçlu tarafından yerine getirilmemesi halinde de bu ilamın icra kanalı ile tahsili, çocuğun verildiği taraf, çocuk veya vesayet altında ise vasi tarafından sağlanacaktır. Belirtelim ki kendilerine dava açma hakkı tanınan yasal temsilciler ya da küçüğe fiilen bakan anne veya baba bu yetkiyi kendi adlarına değil, “çocuk adına” kullanmak durumundadırlar.(TMK m.389) Zira davaya konu edilen hakkın öznesi ergin olmayan çocuktur.⁵⁴⁶

Türk Medeni Kanununun 237. Maddesine göre, çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır. Bu yükümlülük ana baba ile çocuk arasındaki soy bağdan kaynaklanır ve velayet hakkına sahip olup olmamakla alakalı değildir. Velayet kendisine verilmemiş olan eş de bu giderleri karşılamakla yükümlüdür. Çocuğun bu yükümlülüğün yerine getirilmesini talep

⁵⁴² Öztan, Aile, 2015, s.760; Baygın, s.124.

⁵⁴³ Öztan, Aile, 2015, s.796 vd..

⁵⁴⁴ Çelikel, s.146; Yargıtay 2.H.D.20.05.2004T., E.2004/5398, K.2004/6530, Yargıtay.gov.tr.

⁵⁴⁵ Ceylan, s.177; Öztan, Aile, 2015,s.795 vd.; Güneşlioğlu, s.115.

⁵⁴⁶ Velidedeoğlu, Medeni , s.272; Güneşlioğlu, s.117; Öztan, Aile, 2015, s.795 vd.; Tutumlu, 2009, s.1391; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.208; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 222; Arabacı Pişken , G., Boşanmanın Çocuklar Bakımından Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2008 , s. 82.

hakkından bağımsız bir talep hakkı vardır. Bu talep hakkı, evliliğin sona ermesinden sonra da ana babanın çocuğun giderlerinden birlikte sorumlu olmalarından doğar⁵⁴⁷.

Türk Medeni Kanununun 329/I'e göre, küçüğe fiilen bakan ana veya baba, diğerlerine karşı çocuk adına nafaka davası açılabilir. Burada nafaka davasının çocuk adına nafaka davası açılabilir. Burada nafaka davasının çocuk adına açılacağı açık olarak belirtilmiştir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için gereken hallerde nafaka davası, atanacak kayyum veya vasi tarafından da açılabilir. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük de nafaka davası açabilir.⁵⁴⁸

Hâkim, küçük çocuklar için nafakaya karar verirken, kendiliğinden araştırma yapacak ve re'sen karar verecektir. Tarafların talebiyle bağlı değildir. Kanun koyucu, boşanma kararında durum ve koşullara göre ana babanın, çocuğun eğitimi tamamlanana kadar ona bakmakla yükümlü olacaklarını hükme bağlayabilir.

İştirak nafakasının düzenleniş amacı ve hâkime bu konuda verilen geniş takdir yetkisinin tek sınırının hakkaniyet olması olguları birlikte değerlendirildiğinde bu konuda hâkimin taleple bağlı olmadığı sonucuna varmak kaçınılmazdır. Bu konuda kanun hâkime geniş takdir yetkisi vermiş ve hakkaniyete uygun bir nafaka miktarı belirlemekle hâkimi görevlendirmiştir⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ Çelikel, s.146; Baygın, s.126; Akıntürk, s.415; Ruhi, s, 511; Nafaka esas itibariyle çocuk için ödenir; fakat çocuğun dava ehliyeti olmadığı için davayı velayet hakkına sahip taraf kendi adına açar; Öztan, Aile, 2015, s.794.

⁵⁴⁸ Çelikel, s.146; Akıntürk, s.403; Özüğür, Boşanma ve Ayrılık, s. 946, Solak, s.89; Ceylan, s.177; Öztan, 2015,s.795 vd.; Güneşlioğlu, s.118 - 124; Özüğür, Aile Hukuku Özel Sayısı, İstanbul 2007, s.133.

⁵⁴⁹ Baygın, s.123; Tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumları, nafakanın niteliği ve müşterek çocuğun artan ihtiyaçları ve nafakaya ilk hükmedildiği tarihten, dava tarihine kadar 5 yıllık bir sürenin geçtiği nazara alındığında takdir edilen iştirak nafakası düşüktür, 3. HD, T. 13.11.2012, E. 19324, K. 23389 Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır; Öztan, Aile, 2015, s.795 vd.; Solak, s.90; Davalının Türk Kanunu Medenisinin 162. maddesine dayanan derdest davasının olması 4721 Sayılı Kanununun 169. maddesi uyarınca tedbiri gereksiz kılmaz. Zira, her iki nafakanın şartları başkadır. Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince, gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına (TMK. m.186/1) geçimine, (TMK m.185/3) malların yönetimine (TMK m. 223, 242, 244, 262, 263,

a)İştirak Nafakası İçin Gerekli Koşullar

İştirak nafakası talep edebilmek için belirli koşulların var olması gereklidir. Bunların başında nafaka talebi için boşanma kararının kesinleşmesiyle talep edilebilir. Çocukların velayeti taraflardan birine verilince, velayet hakkına sahip olmayan tarafın diğer tarafa ödeyeceği iştirak nafakasının başlangıcı, velayete ilişkin kararı kesinleştiği tarihtir. İştirak nafakası, velayet hakkındaki mahkeme hükmünün kesinleştiği tarihten başlayarak çocuğun ergin olduğu güne kadar devam eder⁵⁵⁰.

264, 267, 215) ve çocukların bakım ve korunmasına (TMK m. 185/2) ilişkin geçici önlemleri kendiliğinden almak zorundadır. O halde dava tarihinden geçerli olmak üzere, herhangi bir işi ve geliri olmayan kadın yararına Türk Medeni Kanununun 185/2, 186/3 maddelerine uygun miktarda tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.” 2. HD, T. 03.06.2002, E. 6665, K. 7412 “Boşanma davası açılmakla eşlerin ayrı yaşama ve nafaka isteme hakkı doğar. Kaldı ki istek olmasa bile davanın devamı süresince gerekli tedbirlerin davaya bakan hakim tarafından kendiliğinden alınması zorunludur. (TMK m. 169) O halde dava tarihinden geçerli olmak üzere, kadın yararına uygun miktarda tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. Toplanan delillerden kocanın eşini dövdüğü anlaşılmaktadır. (TMK m. 174) boşanmaya sebebiyet vermiş olan hadiseler, kabahatsiz karı veya kocanın şahsi menfaatlerini ağır bir surette haleldar etmiş ise, hâkimin manevi tazminata hükmedebileceğini öngörmüştür. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda kadının hiçbir kusurunun olmadığı, karşı taraf ise tam kusurlu olup, kişilik haklarına ağır saldırı teşkil etmektedir. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralı dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir. Boşanma sonucu kadının yoksulluğa düşeceği gerçekleşmiştir. Kadın yararına uygun bir yoksulluk nafakası verilmesi gerekir. Açıklanan husus üzerinde durulmaması da yerinde değildir. Velayeti anaya bırakılan müşterek çocuklar için iştirak nafakası takdir edilmemesi de usul ve yasaya aykırıdır, 2. HD, T. 31.03 2003, E. 1157, K. 4467 Web: <http://www.hukuki.net/archive/index.php?t-42396.html> adresinden 19 Eylül 2016 tarihinde alınmıştır; Oğuzman/Dural, Aile, 1998, s.141 vd.; Öztan, Aile, 2015, s.795 vd.

⁵⁵⁰ Özdemir/Ruhi, s.99; Akıntürk, s.403; Yalçınkaya/Kaleli, Yeni, s.1970; Yavuz, Nihat, Uygulamada Nişan Davaları, Ankara 1995, s.437; Akıntürk, s.403; Çocuk ergin olduktan sonra da, eğer eğitimini sürdürüyorsa, ana baba nafaka ödemeye devam eder. Ancak bu

Çocuk, velayet hakkı kendisine verilen tarafa değil de diğer tarafın yanında ise, iştirak nafakası çocuğun teslim edildiği tarihten itibaren başlayacaktır. Dolayısıyla velayet hakkı kendisine verilen tarafa çocuğu teslim edildiği tarihten itibaren iştirak nafakasına karar verilmelidir⁵⁵¹.

Hâkimin uygun miktarda (makul) nafakaya hükmedebilmesi için de;

- Küçüğün ihtiyaçları⁵⁵²

durumda ana babanın nafaka yükümlülüğü küçük çocuklarına karşı olan yükümlülüğünden farklıdır. Birden fazla çocuk olması halinde, her çocuğun ihtiyacı ayrı ayrı değerlendirilerek her çocuk için hükmedilen nafaka miktarı hükümde ayrı ayrı ve açıkça belirtilir, Oy, s.8 vd.; Ertürk, Nafaka, s.214; Öztan, Aile, 2015,s.795 vd.

⁵⁵¹ Boşanma davası içerisinde talep edilen iştirak nafakası boşanmanın fer'i niteliğinde olup, yargılamanın her safhasında istenebilir. Bunun için harç talep edilmez. Boşanma davası içerisinde talep edilen nafakanın kabulü ya da reddi halinde de nafaka dolayısıyla vekâlet ücretine karar verilemez; Özdemir/Ruhi , s.99; Velidedeoğlu, Medeni, s. 222; Solak, s.92-96 ; Ertürk, Nafaka, s. 214; Oy, s. 26 vd.; Güneşlioğlu, s.124; Çocuğun giderlerine katılma yükümlülüğü çocuğun doğumundan ergin olmasına kadar sürer. Hatta bu yükümlülük çocuğun doğum giderlerini de kapsamaktadır. Boşanma davası sırasında iştirak nafakası istenmemiş olması daha sonra istenmesine engel değildir. Boşanma davasında iştirak nafakası istenmediğinin söylenmiş olması bu haktan feragat edildiği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle iştirak nafakası aynı davada ilerleyen celselerde istenebileceği gibi ayrı bir dava ile de istenebilir Bu durumda nafakanın başlangıç tarihi, dava tarihidir; Şanver, Ş., Boşanma Davaları El Kitabı, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 236; Özuğur, 2008, s. 1075; Feyzioglu, Aile , s. 390; Şahin, 2004, s. 695; “Somut olayda, her ne kadar, davacı baba anlaşmalı boşanma sırasında davalıdan iştirak nafakası talep etmemiş ise de, doğmamış bulunan bir haktan feragat mümkün olmadığından, velâyet hakkı kendisine verilen taraf her zaman için karşı taraftan iştirak nafakası talep edebilecektir.” 3. HD, T. 19.06.2012, E. 10453, K. 15529 Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır; Dolu, s.8 vd...

⁵⁵² Çocuğun ihtiyaçları yiyecek, giyecek, barınma sağlık, dinlenme eğitim harçlık ulaşım giderleridir. Hâkim, iştirak nafakasının takdirinde çocuğun yaşını, cinsiyetini, eğitim durumunu, bakım ve geçim gereksinimleri ile geliri olup olmadığını, sağlık ve hastalık durumlarını, ana ve babanın ekonomik ve sosyal durumlarını, hayat koşullarını ve ödeme güçlerini, bakmakla yükümlü oldukları çocuk sayısını tespit ederek bunları ayrı ayrı dikkate alacak ve gerektiğinde 4787 sayılı Kanun'un 5. maddesine uygun uzman sosyal çalışmacı, pedagoğ ve psikoloğdan yararlanabilecektir. Ancak uygulamada mahkemelerin iş yükleri

- Nafakaya yükümlüsü taraf ile diğer tarafın sosyal ve ekonomik durumları hakkında yeterli bilgi ve belge-delile sahip olması gerekir. Hâkim bu malzemeyi re'sen araştırmak suretiyle toplamak ve tarafların da delil ikame etmek istemeleri halinde onlara bu usulü imkânı sağlamak konumundadır⁵⁵³

nedeniyle bu tarz bir araştırmadan ziyade, tarafların ikamet ettikleri yere göre polis memurları ya da jandarma görevlileri aracılığıyla yaptırılan sosyal ve mali durum araştırması ile yetinilmekte ve bu tür bir araştırma neticesinde elde edilen bilgilere göre karar verilmektedir. Bu yöntem doğru olmasa da mahkemelerimizin yoğunluğu bu sonuca neden olmaktadır; Çelikel, s.137; OY, s.8; Ertürk, Nafaka, s. 213; Dolu, s 52; Solak, s.91; Öztan, Aile, 2015, s.795 vd.

⁵⁵³ Ortak çocukların velâyetleri davalı babaya bırakıldığı ve dava yargılama süresince de bu çocukların davalı babayla birlikte yaşadıkları anlaşılmaktadır. Davacı ananın çalıştığı ve düzenli bir gelirin bulunduğu da sabittir. O halde dava süresince davalı babaları ile birlikte yaşayan müşterek çocuklar için ara kararı ile takdir edilen tedbir nafakalarının karar tarihinden itibaren kaldırılması, yine velâyetlerin kullanılması davalı babaya bırakılan ortak çocuklar için boşanma kararının kesinleşme tarihinden itibaren iştirak nafakasına hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir. Karşı oy; velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin, çocukların bakım ve eğitim giderlerine katılma zorunluluğu, mali gücü varsa söz konusu olur (TMK.m.182/2). Davacının, Türkiye'nin Minsk Büyükelçiliğinde "hizmetçi" olarak sözleşmeli çalıştığı, aylık 900 dolar gelirin bulunduğu, bunun 400 dolarını kira gideri olarak sarf ettiği, davalı babanın ise ticaretle uğraştığı, ekonomik durumun davacıya göre oldukça iyi olduğu anlaşılmaktadır. Davacı, yeterli ve sürekli gelire sahip değildir. Bu bakımdan çocuklara iştirak nafakası ödemekle sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin bozma kararına katılmıyorum.” 2. HD, T. 08.03.2012, E. 3694, K. 5221 Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır; Aras, Bahattin , Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri, Adalet Yayıncılık, Ankara 2011, s.304; “İştirak nafakası; çocuğun yaşı, eğitim durumu, günün ekonomik koşulları ile genel ihtiyaçlar ve ana-babanın mali durumlarına göre takdir edilir. Ayrıca, nafakanın takdirinde birlik devam ederken çocuğun alıştığı yaşama şekli de dikkate alınır.” HGK, T. 22.12.2010, E. 3-644, K. 681 Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır; Solak, s.89; Şimşek, s.172 vd. “Tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumlarına, nafakanın niteliğine, günün ekonomik koşullarına göre çocuk için takdir edilen iştirak nafakası çoktur. Mahkemece Türk Medeni Kanununun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi de dikkate alınarak daha uygun miktarda nafakaya hükmedilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” 2. HD, T. 25.06.2012, E. 12283,

- Tarafların delil ikame etme mecburiyeti yoktur. Ancak delil göstermeyi talep etmeleri halinde, basit yargılama usulüne tabi nafaka davalarında, bu usulde öngörülen süre sınırlamaları söz konusu olmayacaktır⁵⁵⁴

- İştirak nafakasının kamu düzeni ilişkisinden dolayı taraflar arasında bu alanda yapılan delil sözleşmesi hâkimi bağlamaz. Yine ayı özellikten ötürü taraflarca bildirilecek tanıklar “ikinci dereceden tanık listesi” yasağına tabi olmaksızın dinleneceklerdir⁵⁵⁵

Çocuk için tayin edilen nafaka ile boşanan ana veya baba için tayin edilen nafaka miktarının ayrı ayrı belirlenmesi gerekir. Öncelikle, Bir diğer unsur da nafaka isteyen ergin çocukla ana babası arasında kişisel ilişkiler kopmuşsa, çocuk nafaka talebinde bulunamaz. Çocuğun kendi geçimini sağlayacak gelirin olması halinde ana veya baba aleyhine iştirak nafakasına hükmedilmesi zorunlu değildir. İştirak nafakasına hükmedilmediği durumlarda velâyet hakkı verilen tarafın maddi olanakları ve çocuğun yaşı, eğitim ihtiyaçları ve sağlık durumunun olumsuz olarak etkilenip etkilenmediği özellikle araştırılmalıdır.⁵⁵⁶

K. 17596 Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır. Kuru/Arslan/Yılmaz,s.409; Tutumlu, s.1394,2009.

⁵⁵⁴ Sunar, Gülcan; Medeni Usul Hukukunda Basit Yargılama Usulü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002, s.219.

⁵⁵⁵ Tutumlu, s.1394, 2009; Taşpınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmesi, Ankara 2002, s.188; Ateş, Mustafa, Hukuk Muhakemesi Usulü Genel Delil Sözleşmesi, Yarıtay Dergisi, Temmuz 1995, Cilt 21, S.3, s.249; Şengel, Berkant; Delil Sözleşmesi, Yarıtay Dergisi, S.1-2, Ankara 1998, s.272.

⁵⁵⁶ “Çocuğun seçtiği meslek onun yeteneklerine uygun olmalıdır; ayrıca ana babanın ekonomik durumu nafakanın ödenip ödenmemesinde önemli rol oynar. Ana baba bu nafakayı “durum ve koşulla göre, kendiliğinden beklenebilir ölçüde” olmak üzere ödemekle yükümlüdürler. Ana babanın gelirleri ve malvarlıkları ile çocuğun geliri ve malvarlıkları göz önünde tutulur. Ana babanın çocuğun eğitim masraflarını karşılaması için çocuğun bu eğitimini kendi imkânlarıyla karşılayamıyor olması gerekir.” Öztan, Aile, 2015, s.797; Akıntürk/Ateş Karaman, s.285-286; Kılıçoğlu, s.138; Baygın, s.121; Ertürk, Nafaka, s. 214; Solak, s.94; Velidedeoğlu, Medeni, s.222. ; İnternet: 2. HD, T. 1995, E. 7307, K. 9962, Web: <http://emsal.yargitay.gov.tr/> adresinden alınmıştır ; Arabacı Pişken, s. 96; Solak, s.94.

Eğer ailenin sosyal durumu çocuğun okula gönderilmesini gerektiriyorsa, çocuk erginlik yaşına varsa dahi iştirak nafakası kesilmez. Bu husus m.328'de düzenlenmiştir: ana babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler⁵⁵⁷.

Yargıtay iştirak nafakasının tayininde üst sınır olarak, davacının (nafaka isteyenin) talebinde bildirdiği miktarın aşılamayacağını kabul etmektedir. Buna göre talepten fazlasına hükmedilmeyecektir. (HUMK m74/ HMK m.26) Hâkim istekten başkasına ve fazlasına hükmedemez. Bu yön gözetilmeden istek dışına çıkılamaz. Yargıtay'ın vermiş olduğu ve emsal teşkil edebilecek kararlardan birisi olan Y 2. Hukuk Dairesi E: 2005/21343 K: 2006/5672 T: 17.04.2006 tarihli kararda: velâyeti davacı anaya verilen müşterek çocuk için 150 YTL. İştirak nafakası istenildiği nazara alınmadan istek aşılma suretiyle 200 YTL. iştirak nafakasına hükmedilmesi doğru olmamıştır. İlgili kararın Üye Hâkim sıfatıyla Ömer U. GENÇCAN tarafından verilmiş olan muhalefet şerhi⁵⁵⁸ ise dikkat çekicidir: Değerli çoğunluğun " ...Velâyeti davacı anaya verilen müşterek çocuk için 150 YTL iştirak nafakası istenildiği nazara alınmadan istek aşılma suretiyle 200 YTL iştirak nafakasına hükmedilmesi doğru olmadığını" şeklindeki görüşüne istek aşılarak iştirak nafakasına hükmedilebileceği düşüncesi ile katılmayacağını ve iştirak nafakası verilmesine ilişkin ilkeleri; iştirak nafakası verilmesinde "isteğe ilişkin" ilkeler, iştirak nafakası verilmesinde "miktarın belirlenmesine" ilişkin ilkeler olarak ayırımlıyorum. İştirak nafakası (TMK. m. 182/2) verilmesinde isteğe ilişkin ilkelerden biri de iştirak nafakası verilmesinde "istek

⁵⁵⁷ Yavuz, s.437; Akıntürk,/Ateş Karaman, s.316- 317; Şahin, 2004, s. 695; İnternet: "Tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumlarına, nafakanın niteliğine, günün ekonomik koşullarına göre müşterek çocuk M. için ihtiyaçlarına nazaran takdir edilen iştirak nafakası çoktur. Mahkemece Medeni Kanununun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi de dikkate alınarak daha uygun nafakaya hükmedilmesi gerekir." 1.HD, T. 20.02.2013, E. 17373, K. 4198 Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır

⁵⁵⁸Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E: 2005/21343 K: 2006/5672 T: 17.04.2006 ilamın karşı oy yazısı, <http://bilgibankasi.istanbulbarosu.org.tr/karar/istirak-nafakasi-o-istemin-asilmayacagi-kurali-o-istirak-nafakasinin-kamu-duzenine-iliskin-olmasi/4xa2> erişim:16/11/2016

aşılabilmelidir" ilkesi değerlendirmesi yapılması gerektiğini bunun yanında her şeyden önce iştirak nafakası çocukların korunmasına yönelik olup "kamu düzenine" ilişkin olmasından dolayı hâkim, iştirak nafakasına taraflardan bir "istek gelmese dahi" karar vermek zorunda olmasını açıklamış ve hukukumuzda teorinin uygulama bakımından önemli sonuçlar doğurabilecek bir karara varılmıştır⁵⁵⁹.

İştirak nafakasına ilişkin düzenleme içeren anlaşmalı boşanma protokollerinin herhangi bir araştırma yapılmadan onaylanmaması gerekir. Taraflar aralarında yapacakları bir anlaşma ile nafaka miktarını kararlaştırabilirler. Ancak bu anlaşmanın geçerli olması için, hâkimin anlaşmayı onaylaması şarttır. Taraflardan birinin nafaka ödememesi için de, hâkimin onayı şarttır. Taraflar, mahkeme dışı sulh olamazlar. Her çocuk için boşanma protokolünde veya mahkeme kararında ödenecek nafaka ayrı ayrı belirlenecektir.⁵⁶⁰ (TMK 166/II) Doktrinde bir görüşe göre, hâkim hukuka

⁵⁵⁹ 2. H.D. 26.06.2003, 5382/9674 Yargıtay.gov.tr; Öztan, 2015, s. 1145; Feyzioğlu, Medeni, 1986, s. 389; Yargıtay2. H.D. E: 2005/21343 K: 2006/5672 T: 17.04.2006www.corpus.com.tr; 2. HD, T. 11.07.2005, E.8719, K. 10937 www.karartek.com.tr ; “Davalının talebi aşılarak istekten daha fazla yoksulluk ve iştirak nafakasına hükmedilmesi doğru değildir.” 2. HD, T. 2003, E. 559, K. 1593, Web: http://emsal.yargitay.gov.tr/ adresinden alınmıştır; Ancak bu kararlar doktrinde eleştirilmiştir. İştirak nafakasının kamu düzenine ilişkin olması ve talep olmadığında bile hâkimin iştirak nafakasına hükmedebilmesi dikkate alındığında hâkim talepten fazlasına hükmedebilmelidir. Ayrıca iştirak nafakası “çocuk için bir hak” olduğundan bu hakkın taleple sınırlandırılması doğru değildir. Aksi görüş, Şahin, s.739; Tutumlu, Boşanmanın Hukuki Sonuçları, s.628; Solak, s.90.

⁵⁶⁰ İnternet: “Müşterek çocukla davalının kişisel ilişkisi ve çocuğa takdir edilen tedbir nafakası konusunda 28.6.2007 tarihli protokole uygun hüküm kurulması gerekirken, tarafların onayı alınmaksızın farklı şekilde düzenleme yapılması usul ve yasaya aykırıdır. Karşı oy; Anlaşma boşanma davasını inceleyen hakim gerekli gördüğü, değişikliklerin taraflarca kabulü halinde anlaşmalı boşanma kararı verebilir. Yerel mahkeme hakimi nafaka ve kişisel ilişki konusunda öngördüğü değişiklikleri taraflara sorma gereği bile duymadan "re'sen" boşanma kararı vermiştir. Boşanma davaları kamu düzenine ilişkin olmayıp tarafların kişiliklerine sıkı sıkıya bağlı hakları içermektedir. Kanunun açık düzenlemesine uymayan bir anlaşmalı boşanma kararının bütünü sakatlandığından bir bölümünün kesinleştiğini düşünmek anlaşmalı boşanma kavramında yer alan "anlaşma" terimi ile bağdaşmamaktadır. Değerli çoğunluğun farklı görüşüne Kanunun açık ve seçik düzenlemesi

aykırı düzenlenen anlaşmalı boşanma protokollerini onaylamadan önce taraflara sözleşmeyi yeniden düzenlemeleri için süre vermelidir. Ancak gereken değişiklik yapılmaz ise re'sen nafakaya hükmederek davayı sonlandırabilir.⁵⁶¹

Çocuğun ergin olmadan önce gelir elde etmeye başlaması halinde somut olayın şartlarına göre iştirak nafakası kesilebilir.⁵⁶² Çocuk, sakat ve çalışamayacak durumda ise, ergin olmasından sonraki dönemde; iştirak nafakası sonlanır ve TMK m.364. maddesine göre talep olması koşuluyla yardım nafakası ödenir.⁵⁶³

Taraflar için var olan durum iki halde değişebilir, bunlardan birisi çocuğun erginliğe ulaşması diğeri ise iştirak nafakası ödeyen tarafın mali durumunun değişmesidir. Daha önce belirttiğimiz gibi çocuk erginliğe ulaşmasıyla beraber iştirak nafakasının süresi biter. Çocuğa ödenen nafaka, yükümlü olanın durumun iyileşmesi veya ortaya yeni farklı bir durum çıkması halinde, örneğin, çocuğun özel bir okulda okumasının gerektiği durumlarda, çocuğun veya yasal temsilcisinin istemi üzerine hâkim tarafından arttırılır. Bunun için nafaka yükümlüsünün durumunda da önemli surette değişiklik olması gerekir. Arttırma, davanın açılış tarihinde başlar. Her çocuk için boşanma protokolünde veya mahkeme kararında ödenecek nafaka ayrı ayrı belirlenecektir.⁵⁶⁴.(TMK 166/II)

İştirak nafakasının miktarı, tarafların durumunda önemli değişikliklerin meydana gelmesi ile daha sonra yeniden belirlenebilir⁵⁶⁵. TMK. m. 131 hükmü ile

karşısında katılma olanağı yoktur.” 2. HD, T. 01.12.2008, E. 17475, K. 16217 Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır; Yavuz, s.437; Öztan, Aile, 2015, s.796; Olguç, Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi, C.1, 3.Bası, Ankara 1975,s.288.

⁵⁶¹ 2. HD, T. 12.05.2005, E. 5501, K. 7799, Web: <http://emsal.yargitay.gov.tr/> adresinden alınmıştır; Köseoğlu/Kocaağa, 2011, s.218; Solak, s.94; Hakim, nafakaya hükmederken re'sen kanıtları serbestçe takdir eder ve maddi olguları, doğrudan doğruya kendisi araştırır. Bu araştırma nafaka yükümlüsünün lehine de olabilir Öztan, Aile, 2015, s.760; Serozan, s.245 vd.

⁵⁶² Velidedeoğlu, Medeni , s.221; Solak, s.100

⁵⁶³ Yavuz, s.437.

⁵⁶⁴ Velidedeoğlu, Medeni,s. 222; Solak, s.92; Yavuz, s.437.

⁵⁶⁵ Gençcan, Medeni, s.1293; Güneşlioğlu, s.127.

durumun değişmesi halinde, nafaka miktarının talep üzerine yeniden belirlenebileceği veya kaldırılabilceği dzenlenmiştir. Hâkim, iştirak nafakasının yeniden belirlenmesi için dava açılması halinde çocuğun değişen ihtiyaçlarına, eğitim durumuna, yaşına, anne ve babanın artan gelir durumlarına göre nafakayı yeniden belirleyebileceği gibi, çocuğun gelir elde etmesi, ana babanın yaşam koşulları, ekonomik güçlerinde değişme, azalma ve ortadan kalkma hallerinde de istem halinde gerekli belirlemeleri yaparak gerekirse nafakayı kaldırabilecektir.⁵⁶⁶ Velayete sahip tarafın durumunun iyileşmesi, çocuğunun gelirin artması, bu işte çalışması, nafakanın indirim nedenleri arasında belirtilebilir. Kaldı ki, çocuk çalışıyorsa ve kendi geçmişini sağlıyorsa, nafakaya baştan da hükmolunamaz⁵⁶⁷. İştirak nafakasının artırılmasına, dava tarihinden geçerli olarak hükmetmek gerekir⁵⁶⁸.

Nafaka uyarlama davasının açılabilmesi için nafakaya karar verilmesinden itibaren herhangi bir süre geçmesine gerek yoktur yani bu davada kesin hüküm itirazı

⁵⁶⁶ Özuğur, Nafaka , s.189; Güneşlioğlu, s.127. Özuğur, Yargılama Usulleri , s. 189; Yargıtay 2.H.D. 25.03.2002 T., E. 2002/3551, K. 2002/4244 www.karartek.com.tr ; Çelikel, s.147; Kaçak, Boşanma-Nafaka-Mal Rejimleri-Velayet, s.419; Gençcan, s.1293. Öztan, Aile, 2004, s.798; Kılıçoğlu, 2015, s.195; uygulamada sık karşılaşılan bir örnek ermek gerekirse nafaka yükümlüsü bir babanın ayrı bir hanede çocuklarının olması halinde çocukların tümünün menfaatinin korunması bağlamında eşit hakka sahip olmaları esasından hareketle nafaka miktarında indirime gidilir. Velayet hakkına sahip olmayan tarafın evlenmesi, tek başına nafakanın indirilmesine neden olmayacaktır; Öztan, Aile, 2015, s.1045 vd.; Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.87; Baygın, s.121 vd. Oy, s. 8; Dolu, s.16; Velidedeoğlu, Aile, s.216vd.

⁵⁶⁷ Öztan, Aile, 2015, s.1045- 1046; Yavuz, s.437; Baygın, s.121 vd.; Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.128.

⁵⁶⁸ Kaçak, s.419; Güneşlioğlu, s.128; Çelikel, s. 147; şeker, Hilmi, İlamının Değiştirilmesine İlişkin Kısa Bir Değerlendirme Ve Çözüm Önerileri. Ankara Barosu Dergisi, 2003-2, 13-26, Web: <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakal>, 2003-2/1.pdf/ , s. 18 vd.; Velidedeoğlu, Aile, s.216vd.; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, s.142 vd..

öne sürülmez⁵⁶⁹. Bu dava hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımadığı sürece her zaman açılabilir. Uyarlama davalarında da hâkimin geniş takdir yetkisi vardır. Bu davada tek ölçü norm hakkaniyettir⁵⁷⁰. Nafakanın değişen koşullara göre uyarlamasına bir başka ifade ile değişiklik davasına egemen olan ilkeler; nafaka kararı bulunması, uyarlamayı gerektiren olguların davanın açıldığı tarihe göre belirlenmesi, nafakaya hükmedilmesi için gerekli olguların uyarlama davası sırasında da devam etmesidir⁵⁷¹. Uyarlama davasında hâkim karar verirken tarafların dürüstlük kuralına uygun davranıp davranmadığını denetlemeli, ciddi ve derin bir mali

⁵⁶⁹ Köseoğlu/Kocaağa, Aile Hukuku Ve Uygulaması, 2011, s. 220; İnternet: “MK’nun 330/2. Maddesi uyarınca nafakanın her yıl belirli bir oranda arttırılacağına dair hüküm gelecek yıllarda nafakanın bu oranın üzerinde arttırılmasına engel teşkil edebilecek kesin hüküm mahiyetinde değildir. Nafakanın arttırılmasını gerektiren nedenler bulunduğu takdirde hâkimce her zaman nafakanın arttırılmasına karar verilebilir.” Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2009/7140 E., 2009/8306 K; İştirak nafakası yönünden ise; davacı vekilinin iştirak nafakasının arttırılması yönündeki temyiz talebinin kabulü ile mahkemece nafakanın her yıl TEFİ oranında arttırıldığı için davacının iştirak nafakasının artırım talebinin yazılı gerekçe ile reddedilmesi uygun görülmeyip, iştirak nafakasının mahkeme tarafından tespiti ve hüküm altına alınması gerekli olup, hüküm bu yönü ile bozmayı gerektirmiştir.” 3. HD, T. 02.04.2012, E. 5051, K. 8678 Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır.

⁵⁷⁰ Dolu, s.18; Velidedeoğlu, Aile, s.215vd..

⁵⁷¹ Çelikel, s. 147; Şeker, Hilmi, İlamının Değiştirilmesine İlişkin Kısa Bir Değerlendirme Ve Çözüm Önerileri. Ankara Barosu Dergisi, 2003-2, 13-26, Web: http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakal_2003-2/1.pdf/ , s. 18 vd..Velidedeoğlu, Aile , s.216vd.; Oğuzman/Dural, Aile Hukuku , s.142 vd. Şahin, s. 702 vd.; Nafaka miktarı sabit olarak belirlenmişse açılan nafakanın uyarlanması davasında hükmedilecek iştirak nafakasının başlangıç tarihi davanın açıldığı tarihtir; Akıntürk, Aile, 2002, s. 285; Bulut, s.73; Ertürk, Nafaka, s. 214; Nafakanın bağlanması olduğu gibi arttırılma ve eksiltilmesine dair taleplerin kabulünde de buna dava tarihinden itibaren hükmolunması icap eder Doktrinde bir görüşe göre, tarafların ekonomik durumlarında herhangi bir değişiklik olmadığı sürece, anlaşma ile yabancı para olarak belirlenen nafakanın Türk parası olarak uygulanması istenemez Çocuğun ihtiyaçlarının değişmesi durumunda nafaka yabancı para ile belirlenmiş olsa bile değişiklik davası açılabilir. Bu davalarda asıl önemli olan çocuğun yüksek menfaatidir.

araştırma yaptırmalı ve nafaka miktarını da nafaka alacaklısının asgari ihtiyaçlarına göre belirlemelidir. Uyarlama davalarında da bilirkişilerden yardım alınabilir.⁵⁷²

İştirak nafakası hüküm altına alınırken usul ekonomisi çerçevesinde nafakanın değişen koşullara göre uyarlanma davası açılmasına da sebebiyet vermeyecek şekilde senelik bir artırım oranı belirlenmesi daha doğru bir yoldur⁵⁷³. Uygulamada bu oran genellikle “TEFE veya ÜFE oranlarından hangisi yüksekse” şeklinde ifade edilmektedir. Bu noktada TMK m. 183’ün hatalı ifadesine değinmek gerekmektedir. Şöyle ki madde lafzen yorumlandığında ortaya çıkan sonuca göre, hâkimin iştirak nafakasının her yıl belli bir oranda arttırılabilmesine karar verebilmesi için talep gerekmektedir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.⁵⁷⁴ Bu

⁵⁷² Şeker, Hilmi, İlamının Değiştirilmesine İlişkin Kısa Bir Değerlendirme Ve

Çözüm Önerileri. Ankara Barosu Dergisi, 2003-2, 13-26, Web:

<http://www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/tekmakal,2003-2/1.pdf/> , s. 24 vd.; Oy, s. 8; Dolu s.16; Velidedeoğlu, Aile , s.216vd., “Nafaka borçlusunun sadece emekliye ayrılmış olması, nafaka miktarının indirilmesi talebinin kabulü için yeterli olmayacaktır” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 08.01.1969 T. 1969/176 E. 1969/18 K, www.kazanci.com.tr

⁵⁷³ “Hükmolunan nafakaların gelecek yıllarda da artırımına dair T.M.K.330/3, 365/5 maddeleri nazara alındığında; madde gerekçelerinde de belirtildiği gibi, bu hükümler, ekonomik yönden güçsüz olan nafaka alacaklılarının her yıl dava açmak suretiyle emek sarfından ve masraf yapmaktan kurtarılmaları amacıyla getirilmiştir. Tarafların sosyal ve ekonomik durumlarında, ihtiyaçlarında, ülkenin ekonomik yapısında vs. hallerde önemli değişiklik olması hallerinde önceki ilamlardaki hükmolunan gelecek yıllardaki artışa dair değerler veya oranlar sonradan yetersiz kalabilir. Şartların değişmesi halinde nafaka her zaman artırılabilir.” 3. HD, T. 14.11.2011, E. 11481, K. 17610 Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden 12 Eylül 2016 tarihinde alınmıştır.

⁵⁷⁴ İnternet: “Medeni Kanun’un 182, 176/son ve 365. Maddelerinde, mahkemece istek halinde tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile nafaka alacaklısının gelir seviyesi dikkate alınarak gelecek yıllarda (dönemlerde) emek ve mali külfet isteyen artırım davası yerine, irat biçiminde ödenmesine karar verilen giderlerin miktarlarının ne olacağına karar altına alabileceğini hükme bağlamıştır. Bu şekilde karar verilebilmesi için istekte bulunulması zorunludur. Hâkimin kendiliğinden bu yolu izlemesine imkân bulunmamaktadır. Mahkemece istek olmadığı halde gelecek yıllar için iştirak nafakasını enflasyona bağlı olarak artırılması usul ve yasaya aykırıdır. ” 2. HD, E.14836, K. 1936 Web: <http://emsal.yargitay.gov.tr/> adresinden alınmıştır.

düzenleme ve Yargıtay uygulaması iştirak nafakası için gelecek yıllara ilişkin artırım oranı belirlenmesine karar verilebilmesi için velâyet hakkına sahip eşin talebinin aranması yanlış bir uygulama olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁵⁷⁵. Doktrinde bu yanlışlığın Yargıtay uygulamaları ile giderilebileceği savunulmuşsa da verilen örnekte olduğu gibi Yargıtay da kanunun lafzına bağlı kalmakta ve iştirak nafakası ile ilgili hükümlerin konuluş amacına aykırı davranmaktadır. Ayrıca 6100 sayılı HMK'nın düzenlediği usul ekonomisi ilkesi dikkate alındığında nafakanın değişen koşullara uyarlanması taleplerini azaltacağından hakimere'sen bu şekilde hüküm kurma konusunda takdir yetkisi verilmesi gerekirdi⁵⁷⁶.

b) İştirak Nafkasının Özellikleri

aa) Kişiler Bakımından

İştirak nafakası çocuğa ait bir haktır⁵⁷⁷. Türk Medeni Kanunu'nda yer alan "Küçüğe fiilen bakan ana veya baba, diğerine karşı çocuk adına nafaka davası açabilir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için gereken hâllerde nafaka davası, atanacak kayyım veya vasi tarafından da açılabilir. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük de nafaka davası açabilir." (TMK m. 329) şeklindeki düzenleme çağdaş gelişmelere, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere ve ana babaları boşandığı için diğer çocuklara nazaran daha fazla korunmaya muhtaç olan çocukların korunması amacına hizmet ettiği için yerinde bir düzenlemedir.

Boşanmaya karar veren hâkim iştirak nafkasını da kendiliğinden düzenlemelidir, ancak boşanma davasında iştirak nafkasına hükmedilmemiş olması⁵⁷⁸ veya iştirak nafkasından vazgeçilmiş olması sonradan istenilmesine engel

⁵⁷⁵ Köseoğlu/Kocaağa, Aile Hukuku Ve Uygulaması, s. 236; Velidedeoğlu, Aile , s.216 vd..

⁵⁷⁶ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 217; Velidedeoğlu, Aile, s.216 vd..

⁵⁷⁷ Feyzioğlu, Aile, s.390; Köseoğlu/Kocaağa, Aile Hukuku Ve Uygulaması, s. 215, Şahin, s. 695; Velidedeoğlu, Aile, s.215vd.

⁵⁷⁸ Gençcan, Boşanma Tazminat, s.1241; Çelikel, s.142.

değildir⁵⁷⁹. İştirak nafakası, kural olarak boşanma hükmün kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar.⁵⁸⁰

İştirak nafakası, müddet bakımından, çocuğun reşit olması ile mukayyet ise de, çocuğun mesleki talim ve terbiyesi icab etmesi halinde nafaka mükellefiyeti rüşten sonra da devam edebilir. Çocuk hayatını kazanamayacak derecede sakat ve malul ise, iştirak nafakasına ancak rüşte kadar hükmolunur ve çocuk reşit olduktan sonra kanun gereği anne ve baba nafaka mükellefiyeti doğar. Türk Medeni Kanunu madde 328'e göre ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Bu hüküm iştirak nafakası hakkında da uygulanır⁵⁸¹. Bu nedenle velayete sahip olmayan eş, kural olarak çocuk ergin oluncaya kadar iştirak nafakası ödeyecektir.⁵⁸²

İştirak nafakası, her şeyden önce, çocukların mesken, giyecek, yiyecek masraflarına kafi gelecek miktarda olmalı lüzumlu ve mutad tatil dinlenme, seyahat ve sıhhi bakım giderlerine yetecek bir tutarda çocukların babalarıyla birlikte alıştıkları hayat seviyesini muhafaza etmelerine dikkat edilmeli, eğitimlerine itinalı

⁵⁷⁹ Gençcan, s.1260; Çelikel, s.142.

⁵⁸⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s.144; Çelikel, s.142.

⁵⁸¹ Öztan, Aile 2004, s.756; Yavuz, s.437; Oğuzman/Dural, s.270; Velidedeoğlu, 1956, s.215vd.; Velidedeoğlu, 1956, s.215vd. Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, 1998, s.141 vd.; Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler, Yargıtay 12. H.D. 18.07.2005 Bkz. YKD. C.31, Kasım 2005, S.11 s.1760; Tutumlu, Boşanma Yargılaması Hukuku, 2009, s.1389. Bu nafaka artık iştirak nafakası değil yardım nafakasıdır, Yargıtay 2. H.D. 17.09.2003 T., E. 203/10282, K.2003/11461 Yargıtay.gov.tr; Çocuk sakat veya çalışmayacak durumda ise yine ana ve babanın bakım görevi devam eder ve yardım nafakası söz konusu olur. Nafaka yükümü bundan başka çocuğun veya nafaka yükümlüsünün ölümü ve nafaka alacaklısının talebinden vazgeçmesi ile de son bulur" Çelikel, s.144; Baygın, s.128.

⁵⁸² Kaçak, Medeni, 2004, s.418; Gençcan, s.1260; Dural/Öğüz/Gümüş, s.144; Özüğür, Ali İhsan; Nafaka Hukuku, genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Kitapevi, Ankara 2004,s. 200; Tutumlu Boşanma Yargılaması Hukuku 2009, s.1389; Oğuzman/Dural, s.270.

olunmalı, gerekirse imkanları daha müsait bulunan paralı okulda okumaları sağlanmalıdır.⁵⁸³

Hakim çocuğun menfaati için lüzumlu görürse, çocuk kendisine tevdi edilmiş olan eşin talep ettiği kadar daha fazla miktarda bir iştirak nafakasına hükmedebilir.⁵⁸⁴ Hâkim, iştirak nafakasına re'sen, yani bu yolda bir istemde bulunulmuş olmasa dahi kendiliğinden hükmetmekle yükümlüdür.⁵⁸⁵

bb) Süre Bakımından

İştirak nafakası çocuk ergin oluncaya kadar her zaman istenebilir. Bu nedenle iştirak nafakasına ilişkin ilam ya da ilam dışında bir belgeye dayanan nafaka alacağı zamanaşımına uğramış olsa bile yeniden dava açılmasına engel yoktur.

İştirak nafakası; ölüm, erginlik, evlatlık verilme hallerinde veya hâkim kararı ile sona erer. (TMK. m. 328/1) Kimi yazarlar feragati de sona erme sebepleri arasında saymıştır⁵⁸⁶. Çocuk ergin olduktan sonra da eğer eğitime devam ediyorsa,

⁵⁸³ Tutumlu, Boşanma Yargılaması Hukuku , 2009, s.1390; 2. H.D. 01.02.1971, 403/674 www.karartek.com.tr ; Velidedeoğlu, Medeni, s.361.

⁵⁸⁴ Velidedeoğlu, Aile , s.215vd.

⁵⁸⁵ Yavuz, s.437; Çelikel, s.136

⁵⁸⁶ Şahin, s. 695; Solak, s.96; Aras, Aile Mahkemeleri, s. 309; velayet sahibi tarafların görevi çocuğun 18 yaşını doldurmasıyla sonlanır ancak çocuk ergin olduğu halde, eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre, kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler. Tarafların müşterek çocuğu Nilhan, 15.06.1981 doğumlu olup, dava tarihinde ergindir. Özürlü olduğu ileri sürülmüş ise de, bu sebeple kısıtlandığına ve anasının velâyeti altında bırakıldığına ya da vasi atandığına ilişkin dosyada bir bilgi ve belge bulunmamaktadır. Ergin çocuk, ancak şartlarının varlığı halinde kendisi nafaka talep edebilir. Çocuk üzerindeki kanuni velâyet hakkı çocuğun ergin olmasıyla sona ermiş olan ananın, babadan çocuk adına nafaka talep etmesi yasal olarak mümkün değildir. Çocuk tarafından açılmış bağımsız bir yardım nafakası davası da bulunmamaktadır. Bu husus gözetilmeden tarafların ergin olan çocuğu için dava tarihinden itibaren tedbir, kararın kesinleşmesinden sonra da iştirak nafakasına hükmedilmesi doğru bulunmamıştır.” 2. HD, T. 12.09.2012, E. 14566, K. 21053 Web: kyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır; “Velâyet ve iştirak nafakası ödeme

nafaka ödenmesine devam edilir. Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler (TMK. m. 328/2) Fakat bu nafaka hukuki mahiyetçe bir yardım nafakası olarak nitelendirilebilir ve bu durum TMK m. 364 de düzenlenmiştir. Hâkim takdir yetkisini kullanırken çocuğun öğrenimine başarılı bir şekilde devam edip etmediğini dikkate alacaktır. Ayrıca burada tam ehliyetli olan yani artık hukuken çocukluk dönemi sona eren birey eğitimi devam ettiği için nafakaya ihtiyaç duymakta ise bu durumda yardım nafakasını ana veya baba isteyemez, nafaka davasını kendisi açar⁵⁸⁷. Yargıtay da bu husus gözetilmeden hüküm kurulmasını bozma sebebi saymaktadır⁵⁸⁸. Nafaka yükümlüsü ile nafaka alacaklısının, müşterek çocuğun ergin olmasından önce tekrar evlenmeleri halinde, ikinci evlilik tarihinden itibaren iştirak nafakası son bulur Ergin

zorunluluğu çocuğun reşit olması ile kendiliğinden sona erer. Şu halde Medeni Kanun'un 1. ve devamı maddelerinde gösterilen ve süre gelen tedbirlerden olmaya Medeni Kanun'un 182. maddesi uyarınca bir ref davası açmaya gerek ve hukuki yarar yoktur.” ; 2. HD, T. 2000, E. 13611, K. 14089 Web: <http://emsal.yargitay.gov.tr/> adresinden alınmıştır.

⁵⁸⁷ Gençcan, Boşanma – Tazminat, s. 254; Köseoğlu/Kocaağa, Aile, 2011, s. 217; Solak, s.99-100; Şanver, 236; ayrıca kanunumuzun 364 ve devam maddeleriyle şu sonuç çıkarılabilir; iştirak nafakasının, yardım nafakasına dönüşmesi çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa mümkün, 3. HD, T. 30.05.2012 8788, 13834K, Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır.

⁵⁸⁸ Burada açıklama gerekir ki tarafların müşterek çocuğu Adem 7.11.1983 doğumlu olup dava tarihinde ergindir ve ana ve babasının velâyeti altından çıkmıştır. Bu çocuğun böbrek hastası olduğu taraflarca ifade edilmiştir. Böbrek hastalığı bir kısıtlanma sebebi de değildir. Ergin çocuğun velâyetinin düzenlenmesi usul ve yasaya aykırıdır. Ana ve babanın bakım borcu çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Çocuk, ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba, durum ve koşullara göre, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler. Ergin çocuk, koşulları varsa ana ve babasından yardım nafakası talebinde bulunabilir. Tarafların müşterek çocuğu Adem'in ergin olduğu gözetilmeden, kendisi tarafından açılmış bir yardım nafakası davası da bulunmadığı halde, bu çocuk için davalı babanın iştirak nafakası ile yükümlü tutulması usul ve yasaya aykırı olacaktır.

olan çocuk, kendisine ödenen nafakayı reddedebilir. Fakat bu durumda, daha sonra bu nafakanın ödenmesi için dava açamaz⁵⁸⁹.

⁵⁸⁹ Yavuz , s.437; Öztan, Aile, 2015, s.1060; Dolu, s.76; Solak, s.96. Oy, s.8 vd.; “Davacı boşanma hükmüyle velâyeti kendisine bırakılmış olan davalıyla ortak çocukları 23.05.1991 doğumlu Ayşegül için, boşanma kararıyla birlikte verilen aylık 5 TL. iştirak nafakasının aylık 250 liraya çıkarılmasını istediğine ve çocuk da karardan sonra 23.05.2009 tarihinde ergin olarak velâyet altından çıktığına göre; dava tarihi ile çocuğun ergin olduğu tarih arasında geçerli olmak üzere uygun miktarda nafaka artışı yapılarak iştirak nafakasına hükmedilmesi gerekirken; bu konuda yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş, bozmayı gerektirmiştir.” 2. HD, T. 14.06.2012, E. 11718, K. 16339 Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır; Velidedeoğlu, Medeni, s. 221; Ertürk, Nafaka, s. 740; “Ana ve babanın bakım borcu çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler. Ne var ki, ana ve babanın, ergin olduğu halde eğitimi devam eden çocuğa bakım yükümlüğü, ergin çocuğun kendisi tarafından açılmış bir yardım nafakası davasının bulunması halinde söz konusu olur. Yoksa ergin olan ve fiil ehliyetini kazanmış bulunan çocuk için ana yararına nafakaya hükmolunamaz.”2. HD, 13.02.2012 17921, 2392K, Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır; Şahin, s. 695; “Somut olayda; dava açıldığı sırada davacı anasının velâyeti altında olan Zeynep’in üniversite sınavına hazırlanmak amacıyla dershaneye gittiği, yargılama sırasında ergin olması üzerine tayin ettiği avukatı aracılığı ile davayı takip ettiği anlaşılmaktadır. Şu durumda, ergin olmasına rağmen davayı takip eden davacı Zeynep bu davranışı ile iştirak nafakasının, yardım nafakası olarak devam etmesi isteğini ortaya koymuştur. O halde mahkemece; davacı Zeynep için ergin olduğu tarihten geçerli olmak üzere hakkaniyete uygun bir nafakaya hükmedilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” 3. HD, T. 28.05.2012, E. 10183, K. 13472 Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır;“Müşterek çocuk Hakan için hükmedilen iştirak nafakası Medeni Kanun’un 328. maddesi gereğince adı geçeninin ergin olması ile sona erer. Medeni Kanun’un 328/2. maddesi gereğince; çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve babanın eğitim sonuna kadar çocuğa bakma görevi için yapılacak ödemeye veya Medeni Kanun’un 364. maddesinde öngörülen yardım nafakasına hükmedilmeden sona eren iştirak nafakasının yorum yoluyla sürdürülmesi mümkün değildir. Burada, "ilam hükmünü ortadan kaldırmak" değil, "uygulama sahasını saptamak" söz konusudur. O halde, şikâyetin kabulüne karar vermek gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi isabetsizdir.” 12. HD, T. 2005, E.

Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları bakımında, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı TMK m.178 hükmünde düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesine göre; bu hüküm sayesinde evliliğin boşanma nedeniyle son bulmasına rağmen eşlerin yıllar sonra maddi ve manevi tazminat ya da ilk kez istenilen yoksulluk nafakası dolayısıyla karşı karşıya gelmeleri önlenmek istenmiştir⁵⁹⁰. İştirak nafakası, kural olarak, boşanma hükmünün kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Bu durumda hukuken iştirak nafakası ödeme yükümlülüğü kararın kesinleşmesi ile başlar. Ancak karara rağmen çocuk iştirak nafakası yükümlüsünce fiilen bakılmaya devam edilmişse iştirak nafakası ödenmez. Nafaka ödeme yükümlülüğü çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren başlar⁵⁹¹. Nafaka davalarında; mahkemece hükmedilen nafakanın geçerlilik tarihi daima dava tarihidir⁵⁹².

Ailenin geçimi için uzun zamandan beri katkıda bulunmayan kişiye karşı davanın açıldığı tarihten itibaren geriye doğru bir yıllık süreyi kapsayacak ve geleceğe yönelik olacak şekilde nafaka talep edilebilir. Böylece yeni düzenleme ile nafakanın dava tarihinden itibaren ödenmesi kuralına bir istisna getirilmektedir. Ailesini uzun zamandır ihmal etmiş olan eşe karşı bu davanın açılması halinde dava tarihinden geriye doğru bir yıllık süre için de nafaka isteminde bulunulabilecektir⁵⁹³.

İştirak nafakası ilama bağlanmış ise (İİK. m. 39) bu ilamların on yıl geçmeden takibe konulması gerekmektedir. TBK m.147 hükmünce davacı ilam ve ilam sayılan belge dışında bir nedenle nafakaya hak kazanmış olmasına rağmen takip

12338, K. 16008K, www.karartek.com.tr; Köseoğlu B./ Kocağa, K., Aile Hukuku Ve Uygulaması, Ekin Yayınevi, Bursa 2011, s. 222.

⁵⁹⁰ Yavuz, s.437; Öztan, Aile, 2004, s.845.

⁵⁹¹ Şahin, s.695; Oy, s. 18 vd.; Arabacı Pişken, s. 91; Özüğür, Boşanma ve Ayrılık, s.1075 naklen ilgili bir karara göre çocuk anaya 11.10.2001 tarihinde teslim edilmiştir. Nafakaya bu tarihten itibaren hükmolunması gerekirken dava tarihinden itibaren hükmolunması doğru bulunmamıştır 2. HD, E. 4804, K. 5646; Ertürk, Nafaka, s. 214.

⁵⁹² İnternet: 3. HD, T. 19.12.2005, E. 13908, K. 14023 Web: khyk.kazancihukuk.com adresinden alınmıştır.

⁵⁹³ Dolu, s.15; Solak, s.96; Şahin, s.695; Oy, s.22 vd.; Ayrıca belirtelim ki hükmün kesinleşmesinden itibaren geçerli olmak üzere iştirak nafakası takdiri gerekir.

yapmaz, herhangi bir işlem yapmaz, nafaka borçlusunu temerrüde düşürmezse nafaka davaları beş yıllık zamanaşımına tabi olduğundan nafaka alacaklısı beş yıldan geriye olan ve tahakkuk eden nafakaları talep edemeyecektir⁵⁹⁴. Nafakaya ilişkin ilamlar, borcun veya bir hakkın varlığını belirten ilamlar gibi olmayıp, nafaka alacağı zaman geçtikçe borçlu zimmetinde tahakkuk edecektir. Bu sebeple takip gününden geriye doğru on yıldan önce işlemiş olan nafaka alacağının zamanaşımına uğradığı söylenebilir.

İştirak nafakası ilama dayalı değilse, nafaka alacağı on yıllık zamanaşımına tabidir (TBK m. 146). Bu on yıllık süre iştirak nafakasının işlemeye başlamasından itibaren doğar. Bu nedenle on yıl boyunca takip ya da başka bir işlem yapılmaz ise nafaka alacaklısı, sözleşmeye göre nafaka borcunun muaccel olmasından itibaren on yıldan önceki döneme ait işlemiş olduğu nafakayı talep edemez⁵⁹⁵.

cc) Miktar Bakımından

Nafaka miktarının belirlenmesi, hâkimin genel bilgisiyle çözümleyebileceği konulardan olup, bu konuda bilirkişi görüşüne başvurulmamalıdır⁵⁹⁶. Ancak hâkim, iştirak nafakası miktarını belirlerken göz önünde tutacağı çocuğun yaşı, cinsiyeti, eğitim durumu, bakım giderleri ile geliri olup olmadığı, sağlık durumu, ana babanın ekonomik ve sosyal durumu, yaşam koşulları ve ödeme güçleri, bakmakla yükümlü

⁵⁹⁴ Özüğür, Nafaka, s.196; Güneşlioğlu, s.127; Özüğür, Yargılama Usulleri, 2004,s. 188; Çelikel, s.149; Dolu, s.75; Solak, s.96.

⁵⁹⁵ Özüğür, Boşanma ve Ayrılık, 1078 vd.; Güneşlioğlu, 2009, 127; Solak, s.104.

⁵⁹⁶ Gençcan, Boşanma, 2008, s.1292; Çelikel, s.136; Özüğür, Nafaka, s. 188-121; Öztan, Aile, 2004, s. 474; Akıntürk, Turgut , “Boşanmanın Hukuki Sonuçları” ; AÜHF 50. yıl Armağanı, C. I, Ankara, 1977, s. 179 ; “Müşterek çocuk Gülşan 20.1.2004 tarihinde ergin olmuştur. Dava ve taraf ehliyeti yargılamanın her safhasında kendiliğinden nazara alınır. Gülşan’ın bağımsız olarak açtığı Türk Medenî Kanunu’nun 328-364’üncü maddelerine dayalı bir yardım nafakası davası da bulunmamaktadır. Bu çocuk yönünden iştirak nafakasına hükmolunmaması gerekirken hükmolunması da bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi, E.2004/7226, K.2004/9913, T: 14.09.2004 www.corpus.com.tr ; Aras, s.283

oldukları çocuk sayısı gibi ölçütler hakkında sosyal çalışmacı, pedagog ve psikologların çalışma, araştırma, inceleme ve görüşlerinden yararlanabilecektir⁵⁹⁷.

İştirak nafakasının miktarı tarafların aralarında anlaşmaları ile de belirlenebilir. Taraflar nafakanın miktarı, artırım oranı, süresi, hangi cins para ile ödeneceği konusunda serbestçe anlaşabilir ve sözleşme yapabilirler. Ancak bunun için anlaşmanın hâkim tarafından onaylanması, taraflarca da imzaları ile tasdik edilmesi gerekir. Aksi takdirde nafaka konusundaki anlaşma hukuki sonuç doğurmayacaktır⁵⁹⁸.

Çocuk çalışıyor ve ana babasıyla birlikte yaşıyorsa, ana ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyebilir (TMK. m. 359/2). Hâkim, nafakayı takdir ederken çocuğun gelirin olup olmadığını da araştırmalıdır⁵⁹⁹. Çocuğun gelir getiren malları da varsa, ana ve baba, bu gelirleri öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için harcayacaklardır (TMK. m. 355). Bu da, ana baba tarafından çocuğun ihtiyaçları için yaptıkları harcamayı azaltacaktır.

Yargıtay'ın çocuğun gelirinin kendi masraflarını karşılayacak miktarda olması halinde, ana babanın iştirak nafakası vermek zorunda olmadıklarına ilişkin kararı bizce doğru değildir⁶⁰⁰. Çünkü çocuğun gelirinin olması, yukarıda anlattığımız gibi nafaka miktarının belirlenmesinde bir ölçü olabilir, ancak, iştirak nafakası yükümünün tamamen kaldırılmasını gerektirmez. Kural olarak, çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanacaktır (TMK. m. 327/1). Ana ve baba yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağandışı herhangi bir sebebin varlığı halinde, hâkimin izniyle, çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar sarf edebilirler (TMK. m. 327/2).

⁵⁹⁷ Özüğür, Yargılama Usulleri, s. 188; Baygın, s.128; Ruhi, Ahmet Cemal, Nafaka Hukuku, Akara 2010, s.560.

⁵⁹⁸ Özüğür, Yargılama Usulleri, s. 188; Çelikel, s.137.

⁵⁹⁹ Kaçak, Nazif, Yeni İçtihatlarla Yeni Türk Medeni Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.419; Güneşlioğlu, s.121.

⁶⁰⁰Gençcan, s.1252; Öztan, Aile, 2014, s. 756; Güneşlioğlu, s, 121.

Bedensel ve ruhsal sağlığı bozuk olan bir çocuğun bakımı zordur ve giderleri daha fazladır.⁶⁰¹ Buna bağlı olarak iştirak nafakasının miktarı da arttırılacaktır. Örneğin; ocuk sürekli bir hastalığa (lösemi) tutulmuşsa, tedavisi için belli aralıklarla hastaneye gidiliyorsa, ilaçları pahalıysa veya yurtdışında tedaviye devam etmesi gerekiyorsa bu gideler de ana baba arasında paylaştırılmalıdır. Bütün giderler velayete sahip olması gerekçe gösterilerek çocuğun yanında bulunduğu ana babaya yüklenmemelidir.⁶⁰²

Boşanma halinde ise küçüğün velayeti kendisine bırakılan tarafta kalacaktır. Velayetin anne veya babadan yalnızca birinde olduğu durumlarda diğer taraf tıbbi müdahale sözleşmesinden doğan ücret borcuna hâkimin belirleyeceği iştirak nafakası ile katılır. Taraflar arasında önceden belirlenmiş bir iştirak nafakası varsa ve sonradan ortaya çıkan tedavi creti çok yüksekse bu durum hâkim tarafından dikkate alınmalı ve iştirak nafakası yeniden şartlara göre değerlendirilerek yükseltilmelidir.⁶⁰³

Çocuğun yaşın iştirak nafakasının tayini bakımından önem arz etmektedir. Çünkü ocuğun yaşı hem iştirak nafakasının miktarı ki bunun nedeni çocuğun yapacağı masraflar açısındandır, hem de çocuğun yaşının sebep olduğu bir takım sosyal aktiviteler ve sosyal yaşam standardının gerektirdiği harcamaların belirlenebilmesi için değerlendirmeye alınmalıdır.

Çocuklar yaşlarının farklı zamanlarında farklı gereksinimlere ihtiyaç duyarlar bu hem psikolojik hem de sosyolojik anlamda değerlendirilebilen ve llebilen bir durumdur. Hâkim iştirak nafakası tayininde bilirkişi tespiti ya da psikolog yardımı ile hem fiziki yaşının hem de duygusal olarak bulunduğu olgunluk yaşının hesap edilmesi gerekmektedir.

Fiziki yaş bakımından çocuklar belirli dönemlere ayrılmaktadırlar: 0-3 yaş adını verdiğimiz bebeklik dönemi, 3-6 yaş olarak adlandırılan ilk evre çocukluk dönemi, 6-9 yaş ikinci evre, 9-15 yaş nc evre ve 15-17 yaş ergenlik dönemi olarak dönemlere ayrılır. Bu dönemler içerisinde çocukların ihtiyaçları olan durumlar

⁶⁰¹ şener, s 627; Güneşlioğlu, s.119.

⁶⁰² elikel, s.138; Akıntürk, Aile, 2002, s.316.

⁶⁰³ Gülen, s. 627.

farklı olacaktır. Örneğin, bebeklik çağındaki çocuğun mamaya, çocuk bezine ihtiyacı olduğu halde, gençlik çağındaki çocuğun arkadaşlarıyla sinemaya, tiyatroya gitmeye, tatil yapmaya ve cep harçlığına ihtiyacı olacağından giderleri de buna göre değişecektir. Psikolojide yaş ile çocuk kavramının sınırlarını kesin olarak çizmek mümkün değildir. Çünkü insanın gelimi, kalıtımsal, sosyo-kültürel ve ruhsal faktörlere göre bireysel olarak gerçekleşir.⁶⁰⁴

Süt çocuğunun giderleri, okul öncesi yaştaki bir çocuğun giderleri ile okul çağındaki bir çocuğun ya da orta öğretim yağındaki bir çocuğun giderleri birbirinden farklı olacaktır.⁶⁰⁵ Örneğin; 0-5 yaş arasındaki çocukların ihtiyacı olan maddi unsurlar: bez, mama, bakım malzemeleri gibi iken; 6-10 yaş arasındaki bir çocuğun artık okul, kreş ve anaokul gibi eğitim hizmetleri alması gerekeceğinden çeşitli kırtasiye malzemeleri, forma ya da çeşitli eğitim faaliyetleri kapsamında olan maddi unsurlarda eklenecektir. Bütün bunlar çocuğun yaşının ve gerektirdiği masrafların bir çeşididir. Haliyle çocuğa iştirak nafakası veren hâkimin de çocuğun yaşını dikkate alması önem arz etmektedir.

Çocuk özel bir eğitime muhtaçsa, ana baba olanakları ölçüsünde çocuğa bu eğitimi de sağlamalıdır. İştirak nafakası çocuğun eğitim ve öğrenim giderlerini karşılayacak miktarda olmalıdır.⁶⁰⁶ Ancak bu masrafların hepsini iştirak nafakası yükümlüsü karşılamayacaktır, bu masraflar velayete sahip tarafla paylaşılacaktır. Çocuğun yetenekleri özel eğitim almasını gerektirebilir. Örneğin; çocuğun müzik alanında yetenekli olması halinde gerekli eğitimi alması için yapılan giderler de nafaka belirlenirken göz önünde tutulmalıdır. İştirak nafakası bu eğitim masraflarını karşılayacak miktarda değilse sonradan nafakanın arttırılması davası açılabilir.⁶⁰⁷ Ana babanın ekonomik durumları iyi ise çocuğun özel okula gönderilmesi için gerekli giderler de nafaka belirlenirken göz önünde tutulmalıdır. Çocuk eğitim için

⁶⁰⁴ Akyüz, Çocuk Hukuku, s.96 vd...

⁶⁰⁵ Çelikel, s.96; Gençcan, s.1245; Baygın, s.123.

⁶⁰⁶ TMK m.340/2 hükmü gereğince ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel özürli olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlamak zorundadırlar; Gençcan, s.1243; Yargıtay 2. H.D. 03.06.2011T, E. 2003/5179, K. 2003/8201 www.karartek.com.tr; Gönensay, Aile, s.41; Akkaya, s.92.

⁶⁰⁷ Gençcan, s.1245; Baygın, s.123.

başka bir şehirde bulunuyorsa, yurt veya ev kirası gibi giderler de iştirak nafakası belirlenirken dikkate alınmalıdır.⁶⁰⁸

Çocuğun eğitimi gelişme hakkının diğer önemli parçasıdır. Okul öncesi eğitim ve ilköğretim aracılığı ile ana baba ve devlet arasında paylaştırılmış kanundan doğan yükümlülüktür. Çocuğun eğitimi, bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini koruma ve sağlanması genel, mesleki ve dini eğitim ile birlikte değerlendirilmektedir. Geniş anlamda çocuğun yetiştirilip, büyütülmesi ve eğitilmesini ifade etmektedir⁶⁰⁹.

Çocuğun eğitimini ana baba olanaklarına ve çocuğun bireysel yetenekleri ve eğilimlerine göre gerçekleştirilecektir (TMK m.340/I).⁶¹⁰

TMK m.182/II son cümlesinde “Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.” hükmü getirilmiştir. Bu hüküm, velayet hakkı kendisine verilmeyen eşin çocuk için ödeyeceği nafakayı düzenlemektedir. Bu nedenle, burada söz konusu olan “çocuğun giderlerine iştirak” yani iştirak nafakasıdır. Madde, ödenecek nafaka miktarı konusunda “yükümlünün gücü oranında” ölçüsünü getirmiştir. Bu nedenle, nafaka yükümlüsü olan ana veya babanın ekonomik ve mali gücü göz önünde tutulmalıdır⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Çelikel, s.139; Baygın, s.123; Öztan, Aile, 2015, s.1060.

⁶⁰⁹ Elçin Grassinger, s.25-29; Akyüz, Çocuk, s.157; Akıntürk, Aile, 2006, s.424 vd.; Özlü, s.36; Velidedeoğlu, Aile Hukuku, s.339; Oğuzman/Dural, s.278; Akyüz, Eğitim, s.1031; Usta, s.126, dn.182.

⁶¹⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s.330; buna göre ana baba bu yetiştirme ve eğitim görevini, ekonomik gücüyle orantılı olarak yapmakla beraber, her zaman kendi sosyal felsefi, dinsel görüş ve düşüncelerinden kendini kurtararak çocuğun dürüst, haysiyetli, namuslu, faziletli yetişmesine ve eğitilmesine gayret etmelidir.

⁶¹¹ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 2015, s.195; Velidedeoğlu; Medeni, s.215vd.; Yavuz, s.437; Öztan, Aile, 2014, s.759 vd.; Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya; Aile Hukuku, Beta Yayıncılık, Ankara 2015,s.285-286; Dural/Öğüz/Gümüş, s.144; Gençcan, Boşanma, 2008, s.1258, Serozan, s.126; Kılıçoğlu, s.133; Baygın, s.121; Dural/Öğüz/Gümüş, s.144; Gençcan, Boşanma, 2008, s.1258; Tutumlu, Butlan, s. 492; Baktır Çetiner, Aile Mahkemeleri,s. 138; Öztan, Aile, 2004,s. 474; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, Medeni, 2000, s. 943, Petek, s.52; Tekinay, Aile, 1990, s. 280; Köprülü/Kaneti, “Aile Hukuku”,1986, s.

Ödeme gücüne, çalışarak alınan aylık ve ücretler de girdiğinden, çalışma olanağına sahip olduğu halde çalışmayan ana babanın çalıştığı takdirde elde edeceği kazanç, ödeme gücünün belirlenmesinde dikkate alınır. Olanaklarını kullanmayarak az gelir elde etmek, çocuğun nafakasının azalmasını gerektirmez⁶¹². Sürekli olarak çalışma gücünden yoksun, başka hiçbir geliri ve gelir elde etme olanağı bulunmayan kişi, ödeme gücünden yoksun sayılır ve iştirak nafakası ile yükümlü tutulamaz. Ana babanın ödeme gücü ile ilgili göz önünde tutulması gereken başka bir etken de, nafaka yükümlüsü tarafın diğer çocukları için ödeyeceği iştirak nafakası, boşandığı eşine ödeyeceği maddi ve manevi tazminat, yoksulluk nafakası ve yeniden evlenmişse ailesinin geçimi için yapacağı masrafların miktarıdır.

Hâkim, iştirak nafakasını belirlerken nafaka ödeyecek olan tarafın mali gücünü, çocuğun ihtiyaçlarını ve çocuk kendisine bırakılmış olan tarafın ekonomik durumunu göz önünde bulunduracaktır.⁶¹³ Çocuk kendisine bırakılmış olan tarafın mali gücünün saptanmasında ise ona diğer tarafın ödenmesine karar verilmiş olan tazminat ve nafakalar da dikkate alınmak gerekir. Fakat çocuğun şahsi gelirinin bulunması, babayı, nafaka borcundan kurtarmaz. Ancak bu durum miktarının saptanmasında tali derecede etken olabilir.⁶¹⁴

200 naklen Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi, 27.9.1996, 8906/928; Tutumlu, Butlan,s. 490; Aras, s.282; Özdemir/Ruhi, s.90; Serozan, Çocuk Hukuku, 2005, s.128; Oğuzman/Dural, Aile, 2001, s.270, Dural/Öğüz/Gümüş, Aile, 2014, s.1664;Ana, ödeme gücüne sahip değilse çocuklara fiilen bakması, onların bakım ve eğitim masraflarına katkı olarak kabul edilmekte ve diğer tarafın ödeyeceği iştirak nafakasının tespitinde göz önünde bulundurulmaktadır. Boşanma ile ana için yoksulluk nafakasına hükmedilmişse, velayeti babaya verilen çocuk için, onun, iştirak nafakası ödemesine karar verilmemelidir. Çünkü ana bağlanan bu nafakayla ancak geçimini sağlayabilecektir. Ananın geliri varsa, uygun miktarda iştirak nafakası vermekle yükümlüdür”, Kaçak, Nazif, Boşanma- Nafaka- Mal Rejimleri- Velayet, Kartal Yayınevi, Ankara 2004, s.414 vd.; Güneşlioğlu; s.119, Akkaya; s.93.

⁶¹² Kaçak, Nazif, Boşanma Davalarında Maddi Manevi Tazminat ve Yoksulluk Nafakası, Ankara 2006, s.420; Güneşlioğlu, s.125.

⁶¹³ Yavuz, s.437; Öztan, 2015, s.760; Baygın, s.128; Özüğür, Nafaka, s.188; Gençcan, Boşanma, 2008, s.1292,

⁶¹⁴ Yavuz, s.437; Özüğür, Yargılama Usulleri , s. 200; Çelikel, s.136; Gençcan, Boşanma, 2008, s.1292; Tutumlu, Butlan,s. 492; Zevkliler/Acabey/Gökyayla , Medeni,s. 943 naklen

Ana babanın ödeme gücü, kendi geçimleri için gerekli olanlar da dâhil olmak üzere, tüm gelirleri dikkate alınarak hesaplanır. Mal varlıkları ve kazanılması muhtemel bazı kâr beklentileri de göz önünde tutulur.⁶¹⁵ Ana babanın sosyal durumundan, eğitim durumu, mesleği ve sosyal yapı içindeki yaşam biçiminin bütünü anlaşılır.⁶¹⁶ Hakkaniyet kuralları, ana babanın şahsen kendilerinin yararlandığı yaşam biçiminden ve eğitim olanaklarından çocuğun da yararlanmasını gerektirir.

İştirak nafakasına hükmedilirken; çocuğun giderlerini velâyet hakkı verilen taraf ile diğer tarafın çocuğun giderlerine mali güçleri oranında katılmalarını sağlanmalıdır. Bu nedenle çocuğun bütün ihtiyaçlarının nafaka borçlusuna yükletilmesi Yargıtay tarafından doğru bulunmamıştır. Mali, sosyal, ekonomik gücü olmayan ana ya da babayı iştirak nafakası ödemekle yükümlü tutmak mümkün değildir⁶¹⁷. Ana ve babanın çocuğun bakım ve giderlerini karşılayacak ödeme güçleri

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi, 6.5.1993, 4088/4755; Tutumlu, Butlan ,s. 492; Çocuk sakat veya çalışamayacak durumdaysa ergin olduktan sonra kendisine iştirak nafakası yerine TMK'nin 364'üncü maddesine göre, yardım nafakası ödenir. Akıntürk, Medeni,2003, s. 316.;Hamzaçebi, Mehmet: "Türk Medeni Kanuna Göre Boşanma Ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.10, Sayı.3- 4,Yıl.2002, s. 38; Öztan, Aile, 2004, s. 475 - 476; Tarafların iştirak nafakasına ilişkin düzenlemelerine müdahale edilmesi ve tarafların bu konuda da anlaşmaları ya da hâkimin önerisini kabul etmeleri halinde Türk Medenî Kanunu'nun 166/3'üncü maddesi uyarınca boşanmaya karar verilmesi, anlaşamamaları halinde, delillerin Türk Medenî Kanunu'nun 166/1-2'nci maddeler uyarınca değerlendirilmesi ve sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekir ; Baktır Çetiner, Aile Mahkemeleri, s. 139; Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi, 30.5.1985, 5087/5283, "İştirak nafakası boşanma hükmünün kesinleştiği tarihten itibaren hüküm ifade eder; Yalçınkaya/Kaleli , Yeni, s. 1569

⁶¹⁵Akyüz, Müşterek Hayatın Tatili,s.133; Güneşlioğlu, s.123.

⁶¹⁶ Akyüz, Koruma,s.132; Güneşlioğlu, s.118.

⁶¹⁷ İştirak nafakası; çocuğun yaşı, eğitim durumu, günün ekonomik koşulları ile genel ihtiyaçlar ve ana-babanın mali durumuna göre takdir edilir. Ayrıca nafakanın takdirinde birlik devam ederken çocuğun alıştığı yaşama şekli de dikkate alınır. Tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumlarına nafakanın niteliğine, günün ekonomik koşullarına göre, özellikle davacı ananın emekli öğretmen olup, gücü oranında çocuğun infak ve eğitim

yoksa bu giderler Devlet tarafından karşılanır⁶¹⁸. Örneğin asker olan ve hiçbir geliri olmayan baba ya da babadan aldığı yoksulluk nafakası haricinde hiçbir geliri olmayan ana iştirak nafakası ödemekle sorumlu tutulamaz.⁶¹⁹

İştirak nafakası ile ulaşılmak istenen amaç psikolojik olarak boşanmadan fazlasıyla etkilenmiş olan çocuğun⁶²⁰ maddi sıkıntıda kalmamasını, bir anlamda boşanmadan önce sahip olduğu hayat standardını koruyabilmesini sağlamaktır. Bu nedenle talep olmasa bile hâkim re'sen iştirak nafakasına hükmedebilir⁶²¹. İştirak nafakası kamu düzenindedir⁶²². Bu husus Yargıtay kararlarında da yerleşik olarak benimsenmiştir⁶²³.

masraflarına katılmak zorunda olduğu da nazara alındığında; müşterek çocuk Tülay için hükmedilen nafaka çoktur.” 3. HD, T. 2002, E. 482, K. 4887 , Tutumlu, Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 646 vd. Ertürk, Nafaka, s.213; Solak, s.94.

⁶¹⁸ Özüğür, Boşanma ve Ayrılık , s.945; Solak, s.94vd..

⁶¹⁹ Yargıtay 2. HD, 2000 1928, 3827K ilamında askerde olduğu ve hiçbir gelirinin bulunmadığı anlaşılan davacı aleyhine askere gidişi ve gelişi arasında ki dönem için iştirak nafakasına hükmedilemeyeceğine karar vermiştir, O halde şöyle denilebilir ki davalının asgari ücret seviyesinden daha yüksek bir ücretle çalıştığına dair dosyada herhangi bir bilgi ve belgeye rastlanılmadığından, davalının babasından aldığı aylık 279,00 TL yetim aylığının da davalı tarafı yoksulluktan kurtarmayacağı dikkate alınarak davacının, yoksulluk nafakasının kaldırılmasına dair talebinin reddine karar verilmesi gerekirken davanın kabulü yönünde hüküm tesisi doğru görülmemiş olup bozmayı gerektirmiş olduğu kararına varılmıştır, 3.HD, T. 12.04.2012 E. 5676, K. 9934 Web: khyk.kazancihukuk.com. adresinden alınmıştır.

⁶²⁰ Öztürk, S.; Ana Babası Boşanmış 9–13 Yaşlarındaki Çocuklar İle Aynı Yaş Grubundaki Ana Babası Boşanmamış Çocukların Benlik Saygısı Ve Kaygı Düzeyleri İlişkisi. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2006, s.61; Solak, s.84.

⁶²¹ Oy, s.26vd.; Solak, s.84; Öztan, Aile, 2015, s.759 vd.; Akıntürk./Ateş Karaman, s.285-286; Oğuzman/Dural, s.270; Gençcan, Aile, 2006, s.733, Akyüz, Koruma, s.129.

⁶²² Arabacı Pişken, s.81, Akkaya s.93; Doğanay, İsmail, Nazari ve Tatbiki Muhtelif Davaları, Ankara 1961, s.138.

⁶²³ “Boşanma ve ayrılık vukuunda çocuk kendisine tevdi edilmemiş taraf gücüne göre onun bakım ve eğitim giderlerine katılmakla yükümlüdür. Bu hususu hâkim görevi gereği

İştirak nafakası ile ilgili hükümler kurucu yenilik doğuran hükümlerdendir bu nedenle hükmedilen nafakaya dava tarihinden itibaren faiz işletilmesi de mümkün değildir. Ancak hükmedilen nafaka ödenmemişse ve istek de varsa birikmiş nafaka borçları için faiz yürütülebilir⁶²⁴. Nafaka, hâkimin takdirine bağlı olduğu için dava tarihinde belirli ve ödenmesi talep edilebilir bir alacak söz konusu değildir. Bu nedenle nafaka alacağına ancak bunun muayyen ve muaccel olduğu tarih olan karar tarihinden itibaren faiz yürütülebilir. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir⁶²⁵.

İştirak nafakasının nasıl ve ne biçimde ödeneceğine hâkim, nafaka yükümlüsünün şartlarını ve çocuğun yararlarını göz önünde tutarak karar verir. Nafaka her ay peşin olarak ödenir. İştirak nafakasının taksitlerinin ödeme zamanını ve yerini hâkim takdir edebileceği gibi, taraflar da bu konuda anlaşabilirler. Ancak bu anlaşmanın geçerli olabilmesi için hâkimin onaylaması gerekmektedir. Para ödemesi dışında bir iştirak nafakasına karar verilemez⁶²⁶ Türk Medeni Kanunu m.182/3 ve m.330/3' göre hâkim, istem halinde nafakanın irat biçiminde ödenmesine karar verilebileceği gibi, nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini de hükümde gösterebilir. Bu düzenleme şekli, değişen şartlar karşısında her yıl nafaka artırımı davası açmak zorunda kalan eşin yararına olduğu kadar iştirak nafakasının düzenli, peşin, pratik ve basit bir usul ile ödenmesini sağlamakla aynı zamanda çocuğun da yararındır⁶²⁷.

Çocuğun belli bir süre yanına alıp bakma ile nafaka yükümlülüğünden kurtulmak mümkün değildir. Aynı şekilde nafaka yükümlüsünün çocuğun kişisel ilişki hakkını kullanmak amacıyla tatile götürmesi dolayısıyla çocuk için bazı harcamalar yapması, çocuğa ara sıra hediye ve harçlık vermesi borçluyu iştirak

kendiliğinden dikkate alması gerekmektedir. O halde velâyeti temyiz edene tevdi edilen Elif ve Emre için iştirak nafakasına hükmedilmemesi usul ve yasaya aykırıdır.” 2. HD, T. 2007, E. 507, K. 12534, Web: <http://emsal.yargitay.gov.tr/> adresinden alınmıştır.

⁶²⁴ Şahin, s.695; Ertürk, Nafaka , s.216; Demirci, s.125.

⁶²⁵ Dolu, s. 10vd.; Solak, s.85; Velidedeoğlu, Aile, s.215vd.

⁶²⁶ Dolu, s.69; Solak, s.96; Velidedeoğlu, Medeni , s. 221; Çelikel, 2012, s. 97; Şahin, s. 695.

⁶²⁷ Çelikel, s.142; Akyüz, Koruma, s.230; Güneşlioğlu, s.125; Tutumlu, 2009, s.1393.

nafakası ödemekten kurtarmaz⁶²⁸. Aksi halde çocuk yanında olan tarafın ona yeterli ve düzenli bir bakım ve eğitim sağlaması güçleşir. Çocuğu belli bir süre yanına alıp bakmakla nafaka yükümlülüğünden kurtulmak mümkün değildir. Aynı şekilde nafaka yükümlüsünün çocuğu kişisel ilişki hakkını kullanmak amacıyla tatile götürmesi dolayısıyla çocuk için bazı harcamalar yapması, çocuğa ara sıra hediye ve harçlık vermesi borçluyu iştirak nafakası ödemekten kurtarmaz.⁶²⁹

Nafaka borcu her ay peşin olarak ödenir. Bir defada sermaye olarak ödenmesi çocuk yararına uygun bulunmamıştır.⁶³⁰ Ancak çocuğun yararı sermaye şeklinde ödenmesini gerektirdiği hallerde bu şekilde ödenmesine hükmedilmelidir. İştirak nafakasına Türk lirası üzerinden karar verilir ve taraflar arasında açıkça bir anlaşma olmaması halinde yabancı para üzerinden ödenmesine karar verilemez.⁶³¹

Hâkim nafakanın gelecek yıllarda ne miktarda ödeneceğine karar verirken, nafakanın yıllara göre enflasyon oranına, toptan eşya fiyatı endeksi (TEFE) veya tüketici fiyat endeksi (TÜFE) oranında arttırılması olanağı vardır. Yargıtay'ın kararlarına göre nafakanın yıllar içinde yüzde yirmi arttırılmasına karar verilmiştir. Arttırma oranının dayanağı gösterilmediği gibi, belirlenen oran ekonomik koşullar da değerlendirildiğinde fazla bulunmuş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.⁶³²

Nafaka hükmü hâkimin takdirine bağlı olup, dava tarihinde belli ve istenebilir olmadığından, yine nafaka davaları sonucu verilen karar inşai mahiyette olup, karar verilmeden nafakanın istenebilir hale gelmesi düşünülemeyeceğinden, faize dava

⁶²⁸ Karagülmez, Ali/Ural, Sami Sezai; Aile Mahkemelerini Kuruluş Görev ve Yargılama Usulleri, 2.Bası, Seçki Kitabevi, Ankara 2003,s.200; Çelikel, s.142.

⁶²⁹ Karagülmez/Ural s.200; Güneşlioğlu, s.123.

⁶³⁰Akyüz, Koruma, s.230vd.; Güneşlioğlu, s.123; Baygın, s.121.

⁶³¹Özüğür, Nafaka, s.144 ; Güneşlioğlu, s.123.

⁶³² Yargıtay 2. H.D. 24.01.2005 T., 2004/15334, K.2005/586 (Yayınlanmamış Karar). “ekonomik açıdan güçsüz olan nafaka alacaklılarının her yıl masraf ve emek sarfi suretiyle nafaka artırım davaları açma gereğini ortadan kaldırmak amaçlanmıştır; Çelikel, s.147.

tarihinden itibaren karar verilemez. Nafakaya istenebilir olduğu ve borçlunun temerrüde düşünöldüğü tarihten itibaren istek varsa faiz yürütölebilir.⁶³³

3.İştirak Nafakasının Tespitinde Yetkili ve Görevli Mahkeme

Türk Medeni Kanunu madde 177'ye göre; boşanmadan sonra açılacak nafaka davalarında, nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Boşanma davasından sonra açılacak iştirak nafakası talebine ve nafakanın değiştirilmesine ilişkin dava nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesinde görölür. Bu düzenlemeyle uygulamada çok az miktarda nafaka istemleri dolayısıyla genellikle ekonomik açıdan güçsüz durumda olan nafaka alacaklılarının, nafaka yükömlüsünün bulunduğu yer mahkemelerine masraf yapıp gelerek dava açması nedeniyle mağduriyeti önlemek istenmiştir. Burada zayıfı korumak amacıyla genel yetki hükmü konulmuştur. Bu yetki kuralı HMK m.6 genel yetki kuralını ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle iştirak nafakası istemine ilişkin dava davalının yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilir. Gerekçeye göre buna göre kanun zayıf olan çocuğu korumak amacıyla hareket etmiştir.⁶³⁴ Ayrıca TMK m.19'a göre ise yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir.⁶³⁵

İştirak nafakası tayini ve nafaka ile ilgili değişiklik davalarında görevli mahkeme 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kanunu'nun 2. ve 4. maddeleri gereğince, aile mahkemeleri veya aile mahkemesi kurulmayan yerlerde, Hakimler Savcılar Yüksek Kurumu tarafınca belirlenen asliye hukuk mahkemesidir. TMK m 182/I'e göre boşanmaya karar veren aile mahkemesi hâkimi tarafların müşterek çocuklarının velayetleri konusunda da bir hüküm oluşturmak ve kendisine velayet verilmeyen ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişkiyi re'sen düzenlemek durumundadır. Boşanma davası içinde istenen iştirak nafakalarında ise, boşanma davalarına bakan

⁶³³ Yargıtay 2. H.D. 04.04.2002 T., E.2002/206, K.2002/1213www.corpus.com.tr; Baygın, s.128; Ruhi, s.560;Özüğur, Nafaka, s.189vd. ; Güneşlioğlu, s.123.

⁶³⁴ Gençcan, s.1287; Yavuz, s.437; Tutumlu, s.1382-1383; Çelikel, s.149.

⁶³⁵ Yavuz, s.437; Tutumlu, 1383.

aile mahkemesidir.⁶³⁶ Bu görev kararlı boşanma davasından sonra açılan kişisel ilişkinin kurulmasına ilişkin davalar içinde geçerlidir.

Nafaka anlaşmaları günümüzde uygulamada çok karşılaşılan bir durum olmakla beraber yeni nitelikler getirmesiyle ve taraflar ile mahkemenin de işlerini daha düzenli hale getirmektedir.



⁶³⁶ Çelikel, s.148; Tutumlu, s.1382; Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun 13.03.2003 tarih ve 97 sayılı; aynı Kurulun 08.07.2003 tarih ve 331 sayılı kararı.

SONUÇ

Yüksek lisans tezi olan bu çalışma kapsamında velayet hakkı incelenmiş ve geçmiş milletlerin hukuk kurallarındaki velayet hukukundan bahsedilmiş, hangi durumlarda velayetin düzenlenmesi söz konusu olduğu anlatılmış ve hâkimin takdir yetkisi ve gerek iç hukuk gerek uluslar arası hukuk kurallarındaki ölçütler değerlendirilmiş böylece çocuğun şahsi hakları ve malvarlığı haklarının çocuğun menfaatinin ön plana alınarak korunması incelenmiştir.

İncelmeye velayet tanımı, kapsamı ve özelliklerinden başlanmıştır. Bu kapsamda Roma Hukuku, Germen Hukuku, Fransız Hukuku ve İslam Hukuku kurallarındaki velayet incelenmiş tarih sahnesinde velayet kavramının ne kadar değişime uğradığı ve kazanıp kaybettiği özellikleri gözler önüne serilmiştir. Velayetin en başlarda çok büyük bir yükümlülük olması, her türlü hak ve yetkinin paterfamilias yani aile babasının kontrolünde bulunmasından kadınların önce babalarının daha sonra evlenmeleri halinde kocalarının velayeti altına girmelerinden bahsedilmiş ancak bunların modern çağla beraber geride bırakılıp velayet hakkına sahip olabilmek için taşınması gereken özelliklerin değişmesi ve velayet sahibi kişinin hak ve yetkilerinin denetlendiği çağlara gelişimi anlatılmıştır.

Velayetin tevdi edilmesi için gerekli durumlar incelendiğinde ise bunların boşanma, ayrılık, butlan, cinsiyet değişikliği hali olduğu açıklanmıştır. Boşanma halinde taraflar artık aynı çatı altında yaşamadığından çocuğun bir tarafa verilmesi gereklidir. Anlaşmalı boşanma halinde ise belirtmek gerekir ki bu hallerde dahi hâkim velayetin tevdiinde tarafların anlaşmış bulunmalarını ve kabul ettikleri protokolü onaylıyor ise buna bağlı olarak karar verecektir. Ayrılık kararı verilmesinde ise gene hâkim boşanma da olduğu gibi gerekli durumların varlığı ve öncelikle çocuk menfaati bakımından velayetin düzenlenmesini sağlayacaktır. Ancak burada taraflar gene aralarında anlaşmışlar ve hâkim bu anlaşmayı uygun görmüş ise çocuğun velayetini her iki eş üzerinde bırakmalıdır. Butlan hali ise gerek taraflar

gerek çocuk bakımından dikkate alınması gerekli unsurlarla doludur. Bu koşullarda gene incelediğimiz üzere evliliklerinde butlan kararı verilmiş ancak çocukları olan bir anne ve baba var ise hâkim çocuğun menfaatleri doğrultusunda velayetin tevdiine karar vermelidir. Cinsiyet değişikliği ise daha hukukumuzda yeni sayılabilecek bir kavram olduğundan ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Burada öncelikle cinsiyet değişikliği ve hukukumuzdaki yeri ele alınmış, taraflardan cinsiyet değiştirmesi durumunda mevcut evlilikleri ele alınmış ve bunların akıbetinin tarafların evliliğinden sonra oluşan cinsiyet değişikliği bağlamında evlilik birliğinin ortadan kalkmayacağı bunun ancak mahkeme kararıyla mı yoksa evliliğin koşulları oluşturmadığından re'sen mi kalkacağı tartışmasıyla evlilik birliği kurulması aşamasında taraf iradesinin sakatlanmasının varlığına ve bunun sonuçlarına değinilmiş ayrıca evlilik birliğinin bu iki halden hangi sonuçla biterse bitsin çocuğun menfaatleri doğrultusunda karar verilmesi gerekliliği anlatılmıştır çünkü burada tarafların cinsiyetlerinin ve evliliklerinin durumunun çocuğun gerek psikolojik gerek fiziki olarak incinmemesi ve hasar görmemesi hâkimin ise çocuğun menfaatini düşünerek karar vermesi gereklidir. Unutulmamalıdır ki velayet hakkı, çocuğun hak ve yükümlülüklerinin bir bütün olarak tüm sınırları ve kurallarıyla bir kişinin egemenliğine alınması karşısında diğer taraftan çocuğu topluma faydalı, kendisini geliştirebilen sağlıklı karar alabilen bir birey oluşturmanın da sorumluluğunu üstlenmek ve çocuğun menfaatlerini korumak da demektir.

Velayetin tevdiinde dikkat edilecek hususlar madalyon gibidir. Bir tarafın çocuk diğer tarafı veliyi temsil eder. Çocuk bakımından öncelikle çocuğun menfaatinin hakim tarafından öngörülmesi, çocuğun gerek mahkemede gerekse uzmanlar tarafından görüşünün alınmasıdır. Daha sonra çocuğun eğitim hayatı, çevreyle uyumu, velisinin çocuğa karşı sosyal, ahlaki eğitiminin verilmesi, sağlığının dikkate alınması gibi pek çok etken vardır. Burada çocuğun maddi ve manevi destek alabileceği bir veliye sahip olması gereklidir. Özellikle çocuğun topluma ve kendisine faydalı bir birey olabilmesi bağlamında manevi olarak çocuğu destekleyecek birisine ihtiyacı olduğunun bilinmesi gereklidir. Madalyonun diğer tarafında ise anne ve babanın, velayet sorumluluğunu alabilecek bir yapıya hazır olup olmadıkları değerlendirilmeye alınması gerektiğidir. Anne ve babanın sosyal ve mali durumunun çocuğun ihtiyaçları için yeterli olmasından, psikolojik olarak çocuğa

bakma durumları ve çocuğun menfaatleri doğrultusunda temsil edebilme yeterliliğini gösterebilmeleri ön plana alınarak çocuğa bakmada ona örnek olabilmeleri gerekir bunun yanında çocukla sağlıklı ilişkiler kurmalı, çocuğa zaman ayırmalı onunla gerek okul gerek sosyal hayatıyla ilgilenmeleri gereklidir. Hakim bu hususları gerek kendi gözlemleri gerekse bir uzman raporuyla incelemeli ve Kanunumuzun kendisine verdiği taktir yetkisini en adil biçimde kullanarak karar vermelidir.

Velayetin tevdiinde kişilerin özellikleri bir tarafa velayete sahip olan taraf ile velayete sahip olmayan taraf bakımından çocukla olan ilişkileri de önem arz eder. Kişisel ilişki velayeti alan taraf bakımından önemlidir çünkü çocuk artık onunla birlikte yaşamakta ve hayatının bir bölümde ona zaman ayırmalıdır. Ancak velayete sahip olmayan taraf bakımından kişisel ilişki kurulması daha önemlidir. Çocuk ile iletişimi koparmamak ve çocuğun gelişine zarar vermediği sürece onunla görüşmek, ona destek olmak ve nasıl ki anne baba olma niteliğinden vazgeçemiyorsa velayet kendisine verilmemiş olsa bile hala bir anne veya baba olduğu için çocuğu ile iyi bir iletişime sahip olmalıdır. Bunun dışında bölünmüş he ailenin problemi olabilecek ve uygulamada sık sık karşılaşılan problem olan iştirak nafakası konusunda da velayet kendisine verilmeyen taraf çocuğunun bakım ve ihtiyaçlarını maddi anlamda desteklemeli ve çocuk velayet süresi sonuna kadar bu alacağını almalıdır. Unutulmamalıdır ki iştirak nafakası çocuğa tanınmış bir haktır ve onun bakım ve ihtiyaçları için kullanılır.

Çocuğun malvarlığına yönelik haklar bağlamında ise çocuğun mallarının yönetimi, kullanılması ve temsili söz konusu olacaktır. Velayet bölünmezlik özelliğinden dolayı velayete sahip taraf bu hak ve sorumluluğun altında olacaktır. Böylece velayete sahip tarafın çocuğun mallarını gene çocuğun menfaatleri doğrultusunda kullanması ve bu hususta defter tutma, hâkimi bilgilendirme, çocuk velayet altından çıktığı zaman ona devretme gibi yükümlülüklerin altına girecektir. Velayete sahip taraf çocuğun malvarlığını korurken basiretli bir kişi olarak davranmalıdır. Kanunumuz malvarlığını çocuk adına temsil eden anne veya babanın bazı kurallara tabi olmasını ve bir takım sınırlar doğrultusunda temsilini sağlamak istemiştir. Kişisel kazanımlar, saklı pay, kazandırmalar ve meslek hayatı için verilmiş olan mallar çocuğun malvarlığında yönetme ve kullanma hakkı istisnaları olarak

düşünülebilir. Bu konuda hakim de gerekli denetim mekanizmalarını kullanmalı ve çocuğun malvarlığı haklarını en iyi şekilde korunmasına yardımcı olmalıdır.

Sonuçta velayet öncelikle ve tamamiyle çocuk menfaati odaklı ve anne baba hak ve sorumlulukları doğrultusunda ilerleyen bir olgudur. Toplum yapı taşı olarak aile kavramını ileri sürse de esas olan ailenin çekirdeğini oluşturan ve çevresi ile uyumlu, kendisine verilmiş olan olanaklar doğrultusunda yeşeren bir tohum olan çocuktur. Çocuk gerek toplum düzeniyle uyumlu, bireysel anlamda kendisini geliştirmeye odaklı, sağlıklı kararlar verebilen bir kişi olma gerekse ailede korunmaya ve bakıma en muhtaç olan, aile değerlerinin geleceğe taşıyacak olandır. Bu bakımdan anne ve baba çocuğunun menfaatlerini korumalı, ihtiyaçların olanakları doğrultusunda gidermelidir. Uygulamada çok sık karşılaşılan tarafların birbirine olan husumetleri sebebiyle çocuğa ödettirilen bir bedel kanun koyucunun amaçlamadığı, hukuk kurallarının onaylamadığı tutumların çözümlenmesi ve çocukların, anne ve babaları arasında olan büyük darbelerden korunması için hâkimin kanunlar doğrultusunda velayet kurumunu taraflar arasında düzenlemesi esas alınmıştır.

KAYNAKÇA

Akipek,Jale/Akıntürk,Turgut/Ateş Karaman,Derya;Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku I. Cilt, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012

Akıntürk, Turgut; Boşanmanın Hukuki Sonuçları, AÜHF, 50. Yıl Armağanı, Ankara 1977 (Boşanmanın Hukuki Sonuçları)

Akıntürk, Turgut; Türk Medeni Hukuku , Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C.II , İstanbul 2002 (Aile 2002)

Akıntürk, Turgut: Medeni Hukuk, Beta Yayınları, İstanbul 2003 (Medeni)

Akıntürk, Turgut; Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İstanbul, Cilt 2, Beta Yayınevi, 10. Baskı, 2006 (Aile 2006)

Akıntürk, Turgut; Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku-Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, C.2, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2008 (Aile 2008)

Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman,Derya: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku C. II, İstanbul 2011 (Aile 2011)

Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya; Aile Hukuku, Beta Yayıncılık, Ankara 2015 (Aile 2015)

Akgün, Zerrin, Boşanma Hukuku, Ahmet Halit Kitabevi, İstanbul 1949

Akkaya, Hacer; Velayetin Tevdii ve Vasi Tayini, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1993

Akkurt, Sinan Sami; Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Butlanı, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008

Akyüz, Emine; Hâkimin Velâyet Hakkına Müdahalesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara1972 (Hakimin Müdahalesi)

Akyüz, Emine ; *Türk Medeni Kanununa Göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması*, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimler Fakültesi Dergisi C.12, S.1-4, 1979 (Çocuk Malları)

Akyüz, Emine; “*Önemli Kanunlarımızda Çocuğun Korunmasına İlişkin Hükümler ve Boşluklar*”, AÜEFD, 1979, S. 1-4

Akyüz, Emine; Medeni Hukuka Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, A.Ü. Eğitim Bilimleri Fakültesi Yayınları, No:125, Ankara 1983 (Müşterek Hayatın Tatili)

Akyüz, Emine; Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999 (Armağan)

Akyüz, Emine : İnsan Hakları Eğitim Dizisi - Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 2000 (Koruma)

Akyüz, Emine, "Velayet, Çocuğun Korunması ve Koruyucu ile Hizmetleri", Koruyucu Aile, Evlat Edinme Hizmetleri ve Ruh Sağlığı, Ankara 2008 (Ruh Sağlığı)

Akyüz, Emine , Eğitim Hakkı, Prof. Dr. Ali Naim İnan Armağan, Seçkin Kitapevi, Ankara 2009 (eğitim)

Akyüz, Emine, Çocuk Hukuku, 1. Bası, Ankara 2010 (Çocuk)

Akyüz, Emine, Çocuk Hukuku, Pegem Yayıncılık, Ankara 2015 (Çocuk Hukuku)

Akyüz, Emine: Çocuk Hukuku, 2. B, Pegem Akademi Yayını, Ankara 2012

Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku 3. Bası, Ankara 1958

Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara 1993

Arabacı Pişken , G., Boşanmanın Çocuklar Bakımından Sonuçları. Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2008

Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2012

Aras, Bahattin, Boşanmanın Çocuklar Yönünden Sonuçları http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/28.sayi/09_32_48.pdf

Aras, Bahattin; Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri Ve Türk Aile Mahkemelerinin Yapısı. Ankara Barosu Dergisi, 2006-2, 89-114, Web: <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/>

Aras , Bahattin , Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri, Adalet Yayıncılık, Ankara 2011 (Aile Mahkemeleri)

Arıkan, Çiğdem, Halkın Boşanmaya İlişkin Tutumları Araştırması, Başkanlık Aile Araştırma Kurumu, Ankara 1996

Arpacı, Abdülkadir : Türk medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul 1990

Arsebük, Esat, Medeni Hukuk Cilt II, Recep Ulusoglu Basımevi, Ankara 1940

Ayan, Serkan : Evlilik Birliğinin Korunması, Şen Matbaası, Ankara 2004

- Ayhan, R., Ailenin Hukuki Raporu, Türkiye Aile Yıllığı Ankara 1990
- Aydın, M. Akif; Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2005
- Ayiter, Nuşin; Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 1963
- Atalay, Ö; Boşanma Bir Sorun Mudur? , ABD, 1976
- Ateş, Mustafa, Hukuk Muhakemesi Usulü Genel Delil Sözleşmesi, Yarıtay Dergisi, Temmuz 1995, Cilt 21, S.3, 224-263
- BaktırÇetiner, Selma, Aile Mahkemeleri, YetkinYayınları, Ankara 2003 (Aile Mahkemeleri)
- Baktır Çetiner, Selma: Velayet Hukuku,Yetkin Yayınları, Ankara 2000 (Velayet Hukuku)
- Başpınar, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004
- Baygın, Cem/Doğan, Murat: Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı, AÜEHFD. C. IX, S. 1-2, Yıl: 2005 (Çocuğun Malları)
- Baygın, Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010
- Benedek, Elissa/Catherine, F.Brown; Boşama ve Çocuğunuz, (Çev: Serap Katlan), HYB Yayıncılık, Ankara 1997
- Berger, Adolf : A Encyclopedic Dictionary Of Roman Law, Philadelphia,1953
- Berki, Osman Fazıl : “Türk Hususi Hukuku Düvelinde Boşanma ve Ayrılık”, IÜHFM ,Cilt. XXIII, sayı 1-, s. 103
- Berki, Şakir : Türk Medeni Kanununda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumûlü, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1970 (Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumûlü)
- Berki, Şakir: Roma Hukuku, Ankara 1949
- Berki, Şakir : “Boşanma ve Ayrılık”, AÜHFD 1975/1-4, s. 135 (Boşanma)
- Birsen, Kemalettin, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1963
- Birsen, Müfit ; Çocuk ile Ana Baba Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi ve Bu Husustaki Temyiz Mahkemesinin Görüşü, İBD 1967
- Bozer, Ali : Medeni Kanunumuza Göre Ana ve Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hudutları, AÜHFD, C. IX, S. 3-4, Ankara 1952, s.199.
- Bulut, H. Aile Hukukunda Velâyet (Çocukla Kişisel İlişki Kurulması) ve Nafaka Davaları. İstanbul 2007

Burcuoğlu, Haluk : “Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler” İÜHFM, 1982-1983/1-4 , s. 114

Carter; The Culture of Disbelief, California 1993

Cansel, Erol : “Boşanmanın Dayandığı Hukuki Esaslar” AÜHF 50. Yıl Armağanı, 1925-1975, C.I, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977

Cebiroğlu, Rıdvan, Boşanmış Ailede Çocuğun Ruhsal Durumu, 13. Ulusal Psikiyatri ve Nöroloji Bilimler Kongresi, http://ailetoplum.aile.gov.tr/data/54293dab369dc32358ee2b0f/kutuphane_5_aile_yazilari_3.pdf

Ceylan, Ebru; Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006

Civelek, Jale :“Birleşmiş Milletler Kuruluşu ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, Argumentum, C.2, S.2 1992, s.333 vd..

Çağlayan, Serkan : Velayet Hakkı Çerçevesinde Ana Babanın Küçüğün Malvarlığı Üzerinde Sahip Olduğu Hak ve Ödevler ile Küçüğün Malvarlığının Ana Babasına Karşı Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997

Çakın, Akın : Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Adil Yayınevi, Ankara 1999

Çakmaklı, Kemal; Aileler İçin Sosyal Hizmet, İstanbul 1991

Çelebican Karadeniz, Özcan; Roma Hukuku, Ankara 1974

Çelik,Cemil ; Velayetin Kaldırılması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 54(1), Ankara 2004

Çelikel, Aysel; “Yabancı Mahkemelerden Verilen Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, Yılmaz Altuğ’a Armağan, MHMÖHB, S.1-2, İstanbul 1997-1998

Çelikel, Serdar; Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukukî Sonuçları, Legal Yayınevi, Ankara 2012

Çiftçi, Baran; Aile Mahkemeleri Uzmanlarının Hukuki Niteliği Ve Mesleki Uygulama Sorunları. Ankara Barosu Dergisi, 2007-3 (Aile)

Di Marzo, Salvatore : Roma Hukuku, Çev: Ziya Umur, İstanbul ,1959

Demir, Sevgi : Aile Hukuku, Kartal Yayınları,Ankara 2004

Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Sözlük, Ankara 2001

Doğanay, İsmail; Nazari ve Tatbiki Muhtelif Davaları, Ankara 1961

- Dolu, S. İştirak Nafakası, Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010
- Dolto, Françoise, Çocuk ve Boşanma, Çev: Nuriye Yiğitler, 1. Baskı, İstanbul 1998
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt - 2 - Kişiler Hukuku, Filiz Yayınevi, İstanbul 2002
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2004
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan /Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, İstanbul 2005 (Aile)
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan /Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2011
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan /Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2013.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan /Gümüş, Mustafa Alper, Aile Hukuku, İstanbul 2014
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan /Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2015 (Aile)
- Eekelaar, John, "The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism", International Journal of Law and the Family, 8: 42-61, 1994, [http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/App Themes/TumDergiler/118.pdf](http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/AppThemes/TumDergiler/118.pdf)
- Egger, August : İsviçre Medeni Kanununun Şerhi (Aile Hukuku) Çev: Tahir Çağa, İstanbul 1943
- Egger, August. ; Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku (Türk Medeni Kanunu M. 241-345), Çev. Tahir Çağa, Ankara, Yeni Cezaevi Basımevi, 1949 (Şerh)
- Egger, August: Aile Hukuku III. Kısım Vesayet, (Çev. Tahir Çağa), İMK. 252-359, Ankara 1949
- Elçin Grassinger, Gülçin; Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler; On İki Levha Yayıncılık, 1. b. , İstanbul, 2009.
- Eren, Faruk, Borçlar Hukuku. Genel Hükümler. C.1., Legal Yayıncılık 2016 İstanbul 2016
- Ergün, Zafer: Boşanma, 2. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara 2004
- Ergün, Z. Boşanma Davaları. Ankara 2009 (Boşanma)
- Erikson, E., İnsanın Sekiz Çağı, (Çev. Bedirhan, E/Vedat, Ş.) Ankara 1984.
- Ertaş, Şeref / Koç, Nevzat : Türk Medeni Kanunu, İzmir 2002

Ertürk , E. 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanuna Göre Uygulamada Nafaka Davaları. İstanbul 2005 Kazancı Kitap.740 Sf. (Nafaka)

Feyzioğlu, Feyzi Necmettin: Aile Hukuku, 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, (Aile Hukuku)

Feyzioğlu, Feyzi N.,Aile Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1971

Feyzioğlu,Feyzi/Özakman,Cumhur/Sarıal,Enis, Aile Hukuku, 3. Baskı, filiz kitapevi, İstanbul 1986. (Aile)

Fırat Şimşek, Ayşe, Çocuk Mallarının Yönetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2004

Francis, Barry McCarthy,“The Confused Constitutional Statusand Meaning Parental Rights” 22 G.A Law Review 1988

Fankhauser, R.,Aile Krizinde Çocuğun Hakları.Ankara Barosu Dergisi, Y. 2007, S.4, (Çev.Bilge Öztan), s.99-106

Gemalmaz, Semih, Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusal üstü Belgeler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002

Gençcan, Ömer Uğur: Boşanma -Tazminat -Nafaka, 2.Cilt, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000 (Boşama tazminat)

Gençcan, Ömer Uğur, Boşanma Davasının Mirasçılar Tarafından Sürdürülmesi, Manisa Barosu Dergisi, 2002/I ,Yıl. 21, Sayı 80, s. 55

Gençcan, Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat, Yetkin Yayıncılık; Ankara 2004 (Medeni)

Gençcan, Ömer Uğur; Boşanma Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2006 (Boşanma)

Gençcan, Ö. U. Boşanma, Tazminat Ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yayıncılık Ankara 2008

Gençcan, Ömer Uğur; Velayet Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015 (velayet)

Gindes, M.;Thepsychologicaleffects of relocationforchildren of divorce.Journal of theAmerican Academy of MatrimonialLawyers, 15, Y.1998, s.119–148 , (Çev:NilgünÖgiderGregory) -Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar- *Boşanma mı yoksa Çocuk için Evliliği Sürdürmek mi? Çocuğun Psikolojik Uyumu Açısından Önemli Bir Soru*

Girişken, Neriman; Çocuk Eğitiminde Ailenin Etkisi, Atatürk Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi 5, Yıl 2010

Goldstein, J., Freud A. &Solnit, A. J. Beyond the Best Interest of the Child. TheFree Pres, Newyork 1973.

Gölcüklü, Feyyaz /Gözübüyük, Şeref; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002

Gönenç, Fulya Elçin: “Roma Hukukunda Boşanma (Divortium) ,(Atatürk Üniversitesi EHFD, Cilt VII, Sayı: 1-2, Yıl 2003, s. 645)

Gönensay, Samim; Medeni Hukuk, AileHukuku, Nesep, Velâyet, Vesayet, C.2, İstanbul 1940

Gönensay, A. Samim; “Medeni Kanuna Göre Küçüklerin Himayesi”, Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin, Kenan Matbaası, İstanbul 1944

Güneş Peschke,Seldağ, Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004 (Roma Hukukundan Günümüze)

Güven, Kudret, Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları erişim http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_1_tam.pdf

Gülen, İlhan; Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, S.5 Nisan 2011

Gürsoy, Kemal Tahir : “Boşanma Hukukunun tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler”,Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Cilt I, Ankara 1977

Gürsoy, Kemal Tahir: “Eslerin Anlaşmak Suretiyle Boşanma”, AÜHF Ellinci Yıl ArmağanıBoşanma Hukuku Haftası, Cilt 2 1977.

Gürsoy, Serhan/Bulut, Harun, Aile Mahkemeleri Uygulaması, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2004

Gümüş, Mustafa Alper: Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul 2006

Gürsel, Nurettin; “Çocuk Malları ve Ana Babanın İstifade Hakkı”, AdaletDergisi, S. 7, Ankara 1949, (Çocuk malları)

Güven, Kudret, Cinsiyet Değiştirme ve Hukuki Sonuçları, GÜHFD, C.1, Sy. 1, 1997

Güneşlioğlu, F.; Boşanma Ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009

Hegnauer, Cyril , Grundrissdes KindesrechtsunddesübrigenVerwandschaftsrechts, 5, überarbeitete Auflage, Bern 1999, 18.03 s.231, n.28.04.

Hamzaçebi, Mehmet: “Türk Medeni Kanuna Göre Boşanma Ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.10, Sayı.3- 4,Yıl.2002, s.25

Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona; Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993 (Aile Hukuku)

Hatemi, Hüseyin, Kişiler Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2013(Kişiler)

Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004 (Girişi)

Hatemi, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Burcu: Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014

Helvacı, Serap; Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar İstanbul 2001,

Helvacı, Serap, “Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku”, Erdoğan Moroğlu’na 65. Yas Günü Armağanı, İstanbul 2001

Helvacı, Serap; Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006

Helvacı, İlhan: Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi, İstanbul 2002

Honig, Richard : Roma Hukuku, Çev. Şemsettin Talip, İstanbul 1938

Hodgkin,Rachel/Newel, Peter; Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Uygulama Elkitabı, Birleşmiş Milletler Çocuk Fonu, UNİCEF 1998

Huysal, Burak, Devletler Özel Hukukunda Velayet, İstanbul 2005

İnal, Nihat: Uygulamada Boşanma Davaları, Yetkin Yayınevi, Ankara 1992 (Uygulama)

İnal, Nihat; Medeni Hakların Kullanılması ve Kısıtlanması Davaları, Ankara 1994

İnal, Nihat: Aile Mahkemeleri Davaları, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2004

İnal, Ali Naim; “Özel (Medeni) Hukuk Bakımından Ana- Baba İle Çocuk İlişkileri ve Çocukların Ana- Babaya Karşı Korunması” Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara, 1995, s.17-37

İnal, Ali Naim; Çocuk Hukuku, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, N. 3, Ankara, 1968 (Çocuk Hukuku),

İnal, Ali Naim; “Medeni Hukukta Velayet Vesayet ve Kayyumluk”, İBD, C. 69, S.1-2-3, İstanbul 1995 (Kayyumluk)

İnal, Ali Naim, “Özel Medeni Hukuk Bakımından Ana Baba ile Çocuk İlişkileri ve Çocukların Ana-Babaya Karşı Korunması”, Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara 1995 (Armağan)

İmamoğlu, S. Hülya, Yeni Medeni Kanundaki düzenleme ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, AÜHFD, C.54,S.1 (Tedip Hakkı)

Jorio, T.;Der Inhaber der elterlichenGewaltnach dem neuenKindesrechtDiss., Zürich 1977

Kabaoğlu, F.; Ana Babası Evli Ve Boşanmakta Olan Çocuk Ve Ergenlerin Ana Ve Babalarından Algıladıkları Kabul veya Red Düzeyleri İle Kişilik Özellikleri Arasındaki İlişki, Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011

Kaçak, Nazif: Yeni İçtihatlarla Yeni Türk Medeni Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2004

Kaçak, Nazif: Boşanma-Nafaka-Mal Rejimleri-Velayet, Kartal Yayınevi, Ankara 2004

Kaçak, Nazif, Boşanma Davalarında Maddi Manevi Tazminat ve Yoksulluk Nafakası, Ankara 2006

Karabacak, Ayşegül, “Eşlerin Çocuklar Üzerindeki Velayet Hakları”,Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006

Karakuş, S.; Ana Babası Boşanmış Ve Boşanmamış Çocukların Depresyon Düzeylerinin İncelenmesi Ve Okul Başarısına Yansıması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, İzmir 2003

Karagülmez, Ali / Ural, Sezai, Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev Ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003

Kaynaroğlu, Nilgün; Orta Sosyo- Ekonomik Düzeydeki Boşanmış Ailelerin Altı Yaş Grubu Çocuklarındaki Psiko-sosyal Özelliklerin İncelenmesi, H.Ü Çocuk Gelişimi ve Eğitimi Programı Doktora Tezi, Ankara 1984

Keçer,Sevda ; Boşanmalarda Çocuğun Kişi Varlığının Hukuksal Açından Korunması. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010,

Kılıçoğlu, Mustafa: Medeni Kanunumuzun Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitapları, Ankara 2003

Kılıçoğlu, Ahmet Mustafa; Medeni Hukuk Temel Bilgileri Ankara 2015, Turhan Yayınevi (Medeni Hukuk)

Kılıçoğlu, Ahmet; Aile Hukuku, Ankara 2015 (Aile)

Kılıçoğlu Ahmet; “Medeni Kanun Açısından Kadın-Erkek Eşitliği”, ABD, S.1, Yıl 48, Ankara 1991(Kadın Erkek Eşitliği)

Kocayusufpaşaoğlu, N; Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilirler mi? İstanbul 1986, s.27

Koçhisarlıoğlu, Cengiz; “İsviçre’de Evlilik Birliği Hukuku’ndaki Son Gelişmeler”, Jale Akipek’e Armağan, Konya 1991 (Armağan)

Koçhisarlıoğlu, Cengiz, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Vedat Kitapçılık, Ankara 2004 (Boşanmada)

Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1986 (Aile)

Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim; Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş , FilizKitabevi, İstanbul, 1989

Köprülü, Bülent, Medeni Hukuk Genel Prensipler Kişiler Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 1971

Köseoğlu, Bilal /Kocaağa,Köksal; Aile Hukuku ve Uygulaması, TBB Yayınları 163, Ankara 2009

Köseoğlu, Bilal /Kocaağa, Köksal, Aile Hukuku Ve Uygulaması, Ekin Yayınevi, Bursa 2011

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, İstanbul 2001

Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2003

Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011 (Usul)

Küçük Kurt, M; Ailenin Psikolojik Fonksiyonu, Türkiye Aile Yıllığı, Ankara 1990

Kucuroğlu, Zeynep, Boşanmanın Kişisel Sonuçları. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.

Meral, Can Sibel, Aile Mahkemesinin Görevine Giren Davalar ve Bunlara Özgü Yargılama Usulleri, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2009

Müderrişoğlu, Serra, “Psikolojik Gelişim, Yoksulluk ve Hak Temelli Yaklaşım; STK Uygulamalarında İlkelerden Yönteme Doğru, İnsan Hakları İhlali Olarak Yoksulluk , (Derleyen; Pınar Uyan Semerci) , İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010

Oğuzman, Kemal / Dural, Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1994

Oğuzman, Kemal / Dural, Mustafa, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, (Aile Hukuku)

Oğuzman, Kemal / Dural, Mustafa, Aile Hukuku, 3.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001

Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 7. Bası, İstanbul 2002

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami; Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2002

Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006 (Medeni)

Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit; Medeni Hukuk, Şahsın hukuku- Aile Hukuku, Ankara, 1963 (Medeni Hukuku)

Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit; “Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti”, Adliye Ceridesi, C.31, S.11, Ankara 1940 (Velayetin Ehemmiyeti)

Olgaç Senai: İlmî ve Kazai İçtihatlarla Türk Medeni Kanununun Şerhi, İstanbul 1967

Olgaç, Senai; Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi, C.1, 3.Bası, Ankara 1975

Oktay Özdemir, Saibe, Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.2, İstanbul 2009

Oy, Osman, Boşanmanın Hukuki Neticeleri, Nafaka, Tazminat, Velâyet, Mal Paylaşımı Ve Aile Konutu, Beta Yayınevi, İstanbul 2008

Öngider, Nilgün; Boşanmanın Çocuklar Üzerindeki Etkileri, Dergi Park, C.5, S.2, 2013

Özer, Ahmet; "İsviçre Aile Rejiminde Son Gelişmeler", YD, C.14, Ocak-Nisan, S.1-2, Yıl 1988

Özer Taşkın, Özden, Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2006

Özlu, Hakkı; Türk Medeni Hukukunda Velâyetin Kaldırılması, Yüksek Lisans Tezi, Alan Yayıncılık, İstanbul, 2002 (Velâyetin Kaldırılması)

Özkan, Hasan, Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, C.I, İstanbul 1987. (Asliye)

Özkan, Zülfikar; Türkiye'de Boşanmaların Sebep ve Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul 1989

Özmen, İsmail; Velayet Hukuku Davaları Çocuk Hakları Aile ve Çocuk Mahkemeleri, Adalet Yayıncılık, Ankara 2013 (Velayet Hukuku Davaları)

Özmen, İsmail; Açıklamalı İçtihatlı Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara 2005 (Çocuk Mahkemeleri)

Özdemir, Hayrünnisa/Ruhi, Ahmet Cemal; Çocuk Hukuku, Adalet Yayıncılık, Ankara 2012 (Çocuk Hukuku)

Özdemir, Hayrünnisa, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması Ve Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, S.3 (Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması Ve Korunması)

Öztürel, A; Transseksüalizm ile Hermafrodizimde Yasal Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri, AÜHFD, C.XXXVIII, S.1

Özüğür, Ali İhsan, Velayet Vesayet Soybağı ve Evlat edinme Hukuku, Ankara, Seçkin Kitapevi, 2002 (velayet)

Özüğür, Ali İhsan; Nafaka Hukuku, Ankara 2002, (Nafaka)

Özüğür, Ali İhsan; Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku- Aile Mahkemeleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003 (Soybağı)

Özüğür, Ali İhsan; Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma Ayrılık ve Evliliğin İptali Davaları, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2004 (Yargılama Usulleri)

Özüğür, Ali İhsan; Nafaka Hukuku, genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Kitapevi, Ankara 2004

Özüğür, Ali İhsan, Medeni Kanunun Yeni Düzenlemelerine Göre Yoksulluk Nafakası, İstanbul Barosu Dergisi (Aile Hukuku Özel Sayısı), İstanbul 2007 (nafaka)

Özüğür, A. İhsan, Boşanma, Ayrılık Ve Evlenmenin İptali Davaları. Ankara 2008 (Boşanma ve ayrılık)

Özüğür, Ali İhsan; Türk medeni Kanununun Değişen Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamaları İçtihatlı, Velayet, Vesayet, Soybağı, Evlat Edinme Hukuku, Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2010

Özsunay, Ergun; Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979

Öztan, Bilge : Aile Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2004

Öztan, Bilge : Aile Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2015

Öztekin Gelgel, Günseli; “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.8, Yıl 4, İstanbul 2005

Öztürk, Huriye Reyhan, Türk Medeni Hukukunda Velâyet ve Bunun Çocuğun Şahsı Bakımından Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000

Öztürk, S.; Ana Babası Boşanmış 9–13 Yaşlarındaki Çocuklar İle Aynı Yaş Grubundaki Ana Babası Boşanmamış Çocukların Benlik Saygısı Ve Kaygı Düzeyleri İlişkisi. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2006 (Kaygı)

Paribeni, R., Roma Ailesi, (Çev. Şemsettin Talip), Capitulum I., İstanbul 1935

Pekcanitez, H./Atalay, O./ Özekes, M.; Medeni Usul Hukuku. Ankara: Yetkin Yayıncılık, Ankara 2011

Petek, Hasan; Medenî Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları, İzmir Barosu Dergisi, Yıl. 65, Temmuz 2000

Polat,Oğuz/Güldoğan,Evin, Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi,TBB Mayıs-Haziran 2015, S. 118, s. 243-254 2015 (Uzman Görüş)

Reusser, Ruth: Unterhaltspflicht, UnterstützungspflichtKindesvemögen, (Çev:Hayrünisa Özdemir), Bern 1978.

Ruhi, Ahmet Cemal; “Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velayet Konusundaki İllamların Türkiye’de Tenfizi”, EHFD, C.7, S.3-4, Erzincan 2003

Ruhi, Ahmet Cemal, Nafaka Hukuku, Akara 2010

Sağlam, İpek, Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerinde Bir Değerlendirme”, EÜHFD, C.VIII, S.3-4

Sarı, Suat, “Evlilik Birliğinde Ana Babanın Velayeti Birlikte Kullanması”, Legal Hukuk Dergisi, Ocak Sayı: 49, Y.2007

Sayita, Sevgi, “Mağdur Çocuklar Hakkında Koruma Tedbirleri (ve Vesayet-Kayımlık –Vekâlet Sorunu ”, Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu, İstanbul Barosu Yayını, Yıl 2004, s.73-94.

Saymen, Ferit, “Medeni Kanunumuzda Çocukların Ana-Babalarına Karşı Korunmaları”, İş Mecmuası1943, C.IX, S.34

Saymen, Ferit Hakkı / Elbir, Halit Kemal: Türk Medeni Hukuku, C.III, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1960 (Aile)

Saymen, H. Ferit/ Köprülü, Bülent; Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul, Cilt 1, 1964

Schwarz, Andreas, Aile Hukuku, (Çev:Bülent Davran), İstanbul Üniversitesi Yayınları, 176/38, Yıl: 1946 (Aile)

Schwarz, Andreas : Roma Hukuku Dersleri, DoğanKardeş Matbaacılık, (Çev:TürkanRado), İstanbul 1963

Serdar, İlknur, Birlikte Velayet, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 1, İzmir 2008, s. 155-197

Serozan, Rona, Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuku Alanında Korunmasında Yetersizlikler, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul, 1997.

Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2000

Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, 2.Baskı, İstanbul 2005 (Çocuk)

Serozan, Rona, “Yeni Medeni Kanun’un Çocuklara(Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına ilişkin Düzenlemesi” Beta Yayınları, İstanbul 2003 (Soybağı Hukuku)

Sert Selin, Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme, TBB Dergisi S.118, s. 255 – 270 http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/App_Themes/TumDergiler/118.pdf

Şahin, Emin; Aile Hukuku Davaları Tatbikatı, 2004. S.223 bak

Şanver, Ş., Boşanma Davaları El Kitabı, Bilge Yayınevi, Ankara 2014

Şengel, Berkant; Delil Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi, S.1-2, Ankara 1998, s. 266-284

Şirin, Memduh Cemil, “Çocuğun Yüksek Yararı: İdare Hukuku’nda Uygulanabilirliği Üzerine Bir Deneme” Türkiye Çocuk Hakları Kongresi, Yetişkin Bildirileri Kitabı - 2, Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2011

Şimşek, Canan, Türk Hukuku Ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2012

Şener, Esat, Uygulama Ve Teoride Boşanma, 2. Baskı, Ankara 1979

Şener, Esat, Velâyet Üzerine Düşünceler. Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 77, Yıl 1993 (Düşünceler)

Şener, Esat, “Uygulama ve Teoride Boşanma”, 2. Baskı, Ankara, 1997

Şener, Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Boşanma, s.60; Ankara 1998.

Şeker, Hilmi; “Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisi ile Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri”, <http://velayethareketi.blogcu.com/kisisel-ilski-tesis-ve-velayet-hakki/45713> (Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi)

Şeker, Hilmi, İlamının Değiştirilmesine İlişkin Kısa Bir Değerlendirme Ve Çözüm Önerileri, Ankara Barosu Dergisi, 13-26. Web:<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakal,2003-2/1.pdf>,adresinden 05 Eylül 2016’de alınmıştır.

Solak, Özlem Ezgi; Boşanmanın Çocuklar Bakımından Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2014

Sönmez, Fatih; Anne Babası Boşanmış Ergenlerle Anne Babası Boşanmamış Ergenlerin Benlik İmgelerinin Karşılaştırılması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Psikoloji Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001

Sunar, Gülcan; Medeni Usul Hukukunda Basit Yargılama Usulü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002

Şirin, Memduh Cemil,“Çocuğun Yüksek Yararı: İdare Hukuku’nda Uygulanabilirliği Üzerine Bir Deneme” I: Türkiye Çocuk Hakları Kongresi, Yetişkin Bildirileri Kitabı-2, Çocuk Vakfı Yayınları,İstanbul 2011

Tandoğan, Haluk: Aile Hukuku Ders Notları, Ankara 1965 (Ders)

Tandoğan, Haluk; “ Velâyetten Doğan Kanun İhtilafları”, AÜHFD

Taşpınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmesi, Ankara 2002

Tekinay, Selahattin S.;Türk Aile Hukuku. İstanbul 1971

Tekinay,S.Sulhi/Akman,Sermet/Burcuoğlu,Haluk/Altop,Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993

Tekinay, Selahattin Sulhi; Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku,İstanbul 1992 (Medeni)

Tekinay, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku. 7.Baskı, İstanbul 1990 (Genel)

Tepeci, Kamil, Nesep Hukuku Ana Baba, Evlat Hakları 2. Cilt, doğuş matbaası, Ankara 1944,

Tercan, Erdal; Türk Aile Mahkemeleri.Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3, Y. 2003, Web: www.acikarsiv.ankara.edu.tr

Tiryakioğlu, Bilgin, 1991, Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar, TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayını, Bilim Serisi 6, Ankara

Tiryakioğlu, B; Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku, Ankara 1991

Turanboy, Kürşat Nuri, Anne ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma ve Sarf Etmek Hakkı, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Turan Kitabevi, Ankara, 2010

TuranBaşara, Gamze, "Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", TBBD, Y.2012, S.103

Turhan, Nedim, Ana Babanın Çocuklarına Karşı, Çocukların Ana Babaya Karşı Olan Hak ve Yükümlülükleri ve Ehliyet Sorunu, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2001, C.27, S.3

Tutumlu, Mehmet Akif: Evliliğin Butlanı, Boşanma Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2002 (Butlan)

Tutumlu, Mehmet Akif; Yeni Türk Medeni Kanununun Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri Ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Kitabevi, Ankara 2006 (Boşanmanın Hukuki Sonuçları)

Tutumlu, Mehmet Akif; Boşanma Yargılaması Hukuku, Seçkin Kitabevi, Ankara 2009 (Boşanma Yargılaması Hukuku)

Uçar, Ayhan; "4721 Sayılı Medeni Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler", EHFD, C.6, S.1-4, Yıl 2002

Umur, Ziya, Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983

Umur, Ziya, Roma Hukuku Tarihi, Giriş – Kaynaklar- Umumi Mevhumlar – Hakların Himayesi, İstanbul 1979

Umur, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, 3. Baskı, İstanbul 1999

Usta, Sevgi, çocuk hakları ve velayet, XII. Levha Yayınları, İstanbul 2012

Üçok, Coşkun / Mumcu, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, 7.Baskı,Ankara 1991

Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal; Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1999

Wollstone Craft, Mary, Kadın Hakları Gerekçelendirilmesi, Çev. Deniz Hakyemez, İş Bankası Yayınları, İstanbul 2007

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet; Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İstanbul, Tan Matbaası, 3. Baskı, 1956 (Aile)

Velidedeoğlu, H. Veldet; Türk Medenî Hukuku, C.2, Aile Hukuku, İstanbul 1960

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet : Türk Medeni Hukuku, C.I, Aile Hukuku , 5. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965 (Medeni)

Velidedeoğlu, H. V. Ailenin Çilesi Boşanma, Çağdaş Yayınları, Ankara 1976

- Velayet, Dünya Çocuklarının Durumu Raporu, UNİCEF New York 1992
- Yetik, Nurten; Boşanma, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejileri, Bilge Yayıncılık, Ankara 2008
- Yücel, Özge: Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Turhan Kitapevi, Ankara 2011
- Yalçınkaya, Namık / Kaleli, Şakir : Yeni Boşanma Hukuku, Cilt I-II, 2. Baskı, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara 1988 (Yeni)
- Yanbastı, G., Anne Yoksunluğunun Etkileri, Doktora Tezi, Y.1971
- Yaşar, Nuri ; İnsan Hakları Avrupa Sisteminde ve Türk Hukukunda Eğitimi Hakkı ve Özgürlüğü, İstanbul 2000
- Yavuz, Nihat; Nafaka, Nişan ve Eşlerin Katkı Payı ile İlgili Davalar, Turhan Kitabevi, Ankara 2008
- Yavuzer, Haluk; Çocuk Psikolojisi, Remzi Kitapevi, İstanbul 2000
- Yazıcı, Hilmi / Atasoy, Hasan, Şahıs Aile Ve Miras Hukuku İle İlgili Yargıtay Tatbikatı, Ankara 1970
- Yıldırım, N. Uygulamada Boşanma Davaları Ve Boşanma Davalarının Sonuçları. Kartal Yayınevi, Ankara 2008
- Yılmaz, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Ankara 1992
- Yılmaz Önal, Burcu; Velayetin Kapsamı ve Hakimin Müdahalesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2008 (Velayetin Kapsamı)
- Yörükoğlu, Atalay; Çocuk Ruh Sağlığı, T. İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1983
- Yurdakul, Özlem; Velilerin Çocuğu Eğitim Hakkının İncelenmesi, Basılmamış yüksek lisans tezi, İzmir 2015
- Zevkliler, Aydın; Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası, BBD Y. 1922, S.2
- Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1989 (Aile)
- Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuk, Ankara, 1997
- Zevkliler, Aydın; Medenî Hukuk, Ankara 1999.
- Zevkliler, Aydın/Acabey, Beşir/Gökyayla, Emre, Medeni Hukuk , Ankara 2000 (Medeni)
- Zevkliler, Aydın/ Havutçu, Serap: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, Ankara 2004
- Zevkliler, A; Tedavi Amaçlı Müdahaleler ile Kişilik Haklarına Saldırının Sonuçları, DÜHFD, 1993, S.1

Zeybek, Elvan, Velayet Hakkının Kullanımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,
Akara Üniversitesi, Ankara 2009



ÖZGEÇMİŞ:

Av. HASİBE SENA AKKIŞLA



KİŞİSEL BİLGİLER

Doğum Tarihi: 11/08/1992

Doğum Yeri: Merkez-Uşak

ÖĞRENİM DURUMU

Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015- (Yüksek Lisans)

Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 2010-2014 (Lisans)

Uşak Özel Üftade Anadolu Lisesi, 2006-2010

İŞ TECRÜBESİ

AKKIŞLA-PERDAHÇI-ÖZTÜRK Hukuk Bürosu (Uşak) Ocak 2017 –

SERİFİKALAR

- Çankaya Üniversitesi “Şirketler Hukuku” Sertifikası
- Türkiye Barolar Birliği ve Hacettepe Üniversitesi - Friedrich-Alexander Üniversitesi “Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini” program Sertifikası
- Hacettepe Üniversitesi İşçilik Alacakları Bilirkişilik Eğitim Programı Sertifikası
- Başkent Üniversitesi – TÜRAVAK Sağlık Hukuku Programı Sertifikası

- Başkent Üniversitesi – TÜRÜVAK Tüketici Haklar Programı Sertifikası
- TÜRÜVAK Aile Hukuku ve Mal Rejimleri Programı Sertifikası
- Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu Katılım Belgesi
- Afyonkocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Türk Özel Hukuku ve Yargılamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu Katılım Belgesi
- İzmir Barosu Çocuk Ceza Adalet Sisteminin Güncel Sorunları Sempozyum Katılım Belgesi
- Türkiye Barolar Birliği Çocuk Koruma Kongresi (11-13 Kasım 2016) Sertifikası ve “Çocuk Haklarının Hayata Geçirilmesinde TBB ve Baroların Rolü -İstişare ve Ortak Eylem için Tarama Toplantısı” Katılım Belgesi

YABANCI DİL

- İngilizce (Upper – İntermediate)

DIğER BİLGİLER

- Windows, EMS Microsoft Office Programları, İnternet, Sinerji ve İcra Matik, İcra ve Mevzuat Programları konusunda iyi derecede yeterlilik

İLETİŞİM BİLGİLERİ

Kurtuluő Mahallesi, Bir Eylül Caddesi, Özen İőhanı, Kat:2, UŞAK

Tel: 0 276 215 22 91 Gsm: 0 533 719 92 25

Mail: hsakkisla@hotmail.com