

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

TÜRK HUKUKUNDA
VELAYETİN KAPSAMI VE HÜKÜMLERİ

Yüksek Lisans Tezi

Hilâl KARACA
1150Y77102

İstanbul, Haziran 2014

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

TÜRK HUKUKUNDA
VELAYETİN KAPSAMI VE HÜKÜMLERİ

Yüksek Lisans Tezi

Hilâl KARACA

1150Y77102


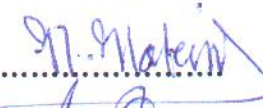
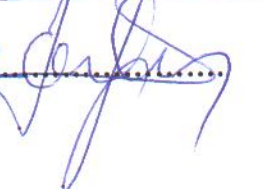
Danışman: Yrd. Doç. Dr. Nagehan KIRKBEŞOĞLU

İstanbul, Haziran 2014

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANA BİLİM DALI

ONAY SAYFASI

Yüksek lisans öğrencisi Hilâl KARACA'nın "Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükümleri" konulu tez çalışması jürimiz tarafından Yüksek Lisans tezi olarak oybirliği / ~~oyçokluğu~~ ile başarılı bulunmuştur.

	Adı Soyadı	İmza
Tez Danışmanı	: Yrd. Doç. Dr. Vahide KURBANCI	
Jüri üyesi	: Prof. Dr. Albeyhan HASEMİ	
Jüri üyesi	: Doç. Dr. Burcu KAVRAN ÖZGÜR	

Hazırlamış olduğum tez özgün bir çalışma olup YÖK ve İTİCU Lisansüstü Yönetmeliklerine uygun olarak hazırlanmıştır. Ayrıca, bu çalışmayı yaparken bilimsel etik kurallarına tamamiyle uyduğumu; yararlandığım tüm kaynakları gösterdiğimi ve hiçbir kaynaktan yaptığım ayrıntılı alıntı olmadığını beyan ederim. Bu tezin ihtiva ettiği tüm hususlar şahsi görüşüm olup İstanbul Ticaret Üniversitesi'nin resmi görüşünü yansıtmamaktadır.

Hilâl KARACA

ÖZET

Bu çalışma, velayet ile ilgili düzenlemelerin incelenmesi amacıyla yapılmıştır. Çocuk, hem kendi ailesini hem de gelecek nesilleri şekillendirir. Dolayısıyla, çocuğun kendini özgürce ifade edebildiği, huzurlu bir ortamda büyümesi büyük önem arz eder. Çalışmada ana babanın çocukla ilgili yetkilerinin sınırsız olmadığı, özellikle çocuğun üstün yararı ve görüşünün alınması ilkeleriyle çocuk hakları sözleşmesi normlarının dikkate alınması gerektiğinin altı çizilmiştir. Velayeti ana baba evli olduğu süre içerisinde birlikte kullanılır. Velayetin boşanmadan sonra hangi tarafa ait olacağı konusunda hakimin geniş takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, çalışmada eşlerin boşandıktan sonra da velayeti birlikte kullanmalarının mümkün olduğuna ilişkin değerlendirme yapılmıştır. Ana babanın da çocuğun velayetini kullandıkları süre içinde keyfi davranamayacakları; çocuğun gelişimin tehlikede olması, çocuğa yeterli ilginin gösterilmemesi, yükümlülüklerin ağır biçimde savsaklanması gibi hallerde velayetin değişmesi, çocuğun yerleştirilmesi, velayetin kaldırılması gibi Medeni Kanun'da öngörülen koruma önlemlerine başvurulacağı vurgulanmıştır.

Anahtar kelimeler: Velayet hakkı, velayetin niteliği ve sınırı, çocuğun korunması

ABSTRACT

This research is carried out to examine rules and legislation with legal guardianship. Child shapes their family as well as the coming generations of a family. Thus, it is important to grow up in an environment that child can express themselves freely. Parents have got a limit of authority, as it is necessary to take into consideration of principle, the view of the child and convention on the rights of the child is highlighted. Parents use legal guardianship together if they are married. Adjudicator has discretion on which side will get the legal guardianship. At this point, it is important to point out, that this research emphasized on the after divorce where spouses can use legal guardianship together. During child's legal guardianship, spouses cannot act arbitrarily, if the development of the child is to be in distress, in

case of neglect of obligations is possible by appealing in Civil Code in order to protect the child for a change of legal guardianship to trace the child and even remove the legal guardianship from both parents.

Key words: Parental right, legal characteristic and limit of legal guardianship, the protection of child

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

Özet (Abstract).....	iii
Kısaltmalar.....	x1
GİRİŞ.....	1

I. Bölüm

VELAYET KAVRAMI VE VELAYETİN KAPSAMI

I. Velayet Kavramı.....	4
A. Velayetin Tanımı.....	4
B. Velayetin Hukuki Niteliği.....	8
C. Velayetin Vesayetten Farkı.....	10
II. Velayetin Kapsamı.....	11
A. Çocuğun Kişiliğine İlişkin Yetki ve Görevler.....	11
1. Çocuk Üzerinde Egemenlik Hakkı.....	11
2. Çocuğa Ad Koyma Hakkı.....	12
3. Çocuğun Yerleşim Yerinin Belirlenmesi.....	13
4. Çocuğun Bakımı.....	13
5. Çocuğun Eğitilmesi ve Yetiştirilmesi.....	14
a. Mesleki Eğitim.....	14
b. Dini Eğitim.....	15
6. Çocuğun Söz Dinleme Yükümlülüğü.....	17
B. Çocuğun Temsiline İlişkin Yetki ve Görevler.....	19
1. Temsil Yetkisinin Kapsamı ve Sınırı.....	19
a. Ayırt Etme Gücünü Haiz Küçüğün Temsili ve Hukuki İşlem Ehliyeti.....	21
b. Ayırt Etme Gücünü Haiz Olmayan Küçüğün Temsili ve Hukuki İşlem Ehliyeti.....	25
c. Çocuğun Aileyi Temsil Etmesi.....	26
d. Temsil Yetkisinin Sınırlandığı Haller.....	27

e. Çocuğun Tek Başına ya da Birlikte Temsili.....	28
2. Temsil Yetkisinin Sınırının Aşılmasının Sonuçları	29
C. Çocuğun Malvarlığına İlişkin Yetki ve Görevler.....	31
1. Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanılması.....	31
a. Çocuğun Mallarının Geliri.....	33
b. Çocuğun Mallarının Bizatihi Kendisi.....	34
aa. Toptan Ödeme, Sermaye Gibi Toplu Paraların Sarfı.....	34
bb. Para Dışında Çocuğun Diğer Mallarının Harcanması.....	35
2. Çocuğun Mallarının Korunması.....	37
a. Genel Önlemler.....	37
b. Kayyım Tayini.....	38
3. Çocuğun Malları Üzerindeki Hakların Sona Ermesi.....	39
4. Çocuğun Ana Baba Yönetimi Dışında Bırakılmış Serbest Malları.....	41
a. Karşılıksız Kazandırmalar.....	41
b. Saklı Pay.....	42
c. Çocuğa Bir Meslek ya da Sanatla Uğraşması İçin Verilen Mallar...42	
d. Çocuğun Kişisel Kazancı ve Bu Kazançla Elde Ettiği Mallar.....	42

II. Bölüm

VELAYET HAKKININ KULLANILMASI

ve

VELAYETİ KULLANMAYAN TARAFIN KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKI

I. Velayetin Kim Tarafından Kullanılacağı Meselesi.....	44
A. Velayetin Ana ve Baba Tarafından Birlikte Kullanılması ve Ana Baba Arasında Anlaşmazlık.....	44
1. Birlikte Velayet.....	44
2. Ana ve Babanın Anlaşamaması Halinde.....	45
B. Çocuğun Evlat Edinilmiş Olması Halinde.....	46
C. Velayetin Tek Başına Kullanılması.....	47
1. Ana ve Babadan Birinin Ölümü, Kaybı ya da Kasten İşlenen Bir Suçtan Mahkum Olunması Halinde.....	47
2. Ana ve Babanın Evli Olmaması Halinde.....	47

3. Ayrılık ya da Boşanma Davası Sırasında ve Ayrılık ya da Boşanmaya Hükmedilmesi Halinde.....	48
a. Velayetin Kime Ait Olacağı Konusunda Hâkimin Takdir Yetkisi.....	48
aa. Takdir Yetkisi Kullanılırken Göz Önünde Bulundurulacak Hususlar.....	48
bb. Velayetin Kaldırılması Hallerinin Hakimın Takdir Yetkisini Sınırlandırması.....	53
aaa. Boşanma Davası Sırasında Velayetin Ana Babadan Yalnızca Birine Ait Olması Halinde.....	54
bbb. Boşanmaya Hükmedildiği Anda Ana ve Babanın Velayet Hakkına Sahip Olmaması.....	54
ccc. Boşanma Anında Ana Babanın Velayet Hakkına Sahip Fakat Velayetin Kaldırılması Nedenlerinin Var Olması.....	54
b. Ana Babanın Velayetin Düzenlenmesine İlişkin Anlaşma Yapması.....	55
c. Birlikte Velayetin Mümkün Olup Olmayacağı Meselesi.....	56
II. Velayetin Kullanılmasında Sınırlar.....	66
A. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi.....	66
1. Yüksek Yarar Kavramı.....	68
2. Yüksek Yarar İlkesinin İşlevleri.....	69
a. Genel Rehber Olması.....	69
b. Çocuğun İradesinin ve İsteğinin Yerini Tutması.....	69
c. Çocuğun Zayıf Durumunu Dengelemesi.....	70
d. Ana Babaya ve Resmi Makamlara Yol Göstermesi.....	70
e. Toplumsal İşlevi.....	71
B. Çocuğun Görüşünün Alınması İlkesi.....	71
1. Bilgilendirilme Hakkı.....	75
2. Çocuğun Yaşına ve Olgunluğuna Göre Görüşüne Uygun Ağırlık Verilmesi.....	76
3. Dinlenilme Hakkı.....	78

C. Çocuğun Yüksek Yararı ve Çocuğun Görüşünün Alınması İlkeleri Arasında Denge Problemi.....	79
III. Velayet Hakkını Kaybeden Tarafın Kişisel İlişki Kurma Hakkı.....	81
A. Kişisel İlişkinin Hukuki Niteliği ve Dayanağı.....	82
1. Kişisel İlişkinin Hukuki Niteliği.....	82
2. Kişisel İlişkinin Dayanağı.....	82
B. Kişisel İlişkinin İçeriği.....	83
C. Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi.....	83
1. Kişisel İlişki Kurulurken Göz Önünde Tutulacak Ölçütler.....	83
2. Kişisel İlişkinin Sınırlanması Kişisel İlişki Kurma Talebinin Reddedilmesi veya Kaldırılması.....	89
3. Çocuğun veya Ana Babasının Özgürlüğünün Sınırlı Olması Halinde Ziyaret, İletişim ve Bilgi Alma Hakları.....	90
D. Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı.....	92
E. Kişisel İlişki ve Doğrudan Görüşme Hakkının Cebri İcra Yoluyla Uygulanması.....	95
F. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	97

III. Bölüm
ÇOCUĞUN KORUNMASI AMACIYLA VELAYETE MÜDAHALE
ve
VELAYETİN KALDIRILMASI

I. Çocuğun Kişilik Hakkı ve Kişiliğine Saygı Gösterilmesi.....	98
A. Çocuğun Kişilik Hakkı.....	98
B. Çocuğun Kişiliğine Saygı Gösterilmesi İlkesi.....	98
II. Çocuğun Kişiliğinin Korunması.....	99
A. Genel Koruma Önlemleri.....	99
1. Koşulları.....	100
2. Alınabilecek Önlemler.....	101
3. Başvuruda Bulunabilecek Kişiler.....	103
4. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	104
B. Özel Koruma Önlemleri.....	104
1. Çocuğun Yerleştirilmesi.....	104

a. Koşulları.....	105
aa. Çocuğun Bedensel ve Zihinsel Gelişiminin Sürekli Tehlikede Olması.....	105
bb. Çocuğun Manen Terk Edilmiş Halde Bulunması.....	106
cc. Aile Huzurunun Katlanamayacak Derecede Bozulması.....	107
b. Çocuğun Yerleştirileceği Yer.....	107
c. Yerleştirmenin Hüküm ve Sonuçları.....	109
2. Velayetin Kaldırılması.....	109
a. Velayetin Kaldırılmasını Gerektiren Haller.....	110
aa. Görevin Gereği Gibi Yerine Getirilememesi.....	110
aaa. Genel Olarak.....	110
bbb. Deneyimsizlik.....	111
ccc. Hastalık veya Özürlü Olma.....	112
ddd. Ana Babanın Başka Bir Yerde Bulunması.....	113
eee. Kısıtlılık.....	114
bb. Velinin Çocuğa Yeterli İlgi Göstermemesi.....	117
cc. Çocuğa Karşı Yükümlülüklerin Ağır Biçimde İhmal Edilmesi veya Çocuğun İstismar Edilmesi.....	118
aaa. Çocuğa Karşı Yükümlülüklerin Ağır Biçimde İhmal Edilmesi.....	118
bbb. Velayet Görevinin Ağır Şekilde Kötüye Kullanılarak Çocuğun İstismar Edilmesi.....	119
aaaa. Duygusal İstismar.....	121
bbbb. Ekonomik İstismar.....	122
cccc. Fiziksel İstismar.....	124
dddd. Cinsel İstismar.....	128
dd. Velayet Hakkına Sahip Ana ya da Babanın Başkasıyla Evlenmesi.....	130
ee. Ana Babanın Kasten İşlenen Bir Suçtan Dolayı Hapis Cezasına Mahkum Olması.....	132
ff. Soybağının Sonradan Değişmesi Durumunda Velayet Hakkı.....	133
gg. Cinsiyet Değişikliğinin Velayet Hakkına Etkisi.....	134

b. Velayetin Kaldırılması Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme...	135
c. Velayetin Kaldırılmasında Usul.....	136
d. Velayetin Kaldırılmasının Sonuçları.....	137
aa. Genel Olarak.....	137
bb. Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkı.....	139
cc. Ana ve Babanın Yükümlülükleri.....	140
e. Velayetin Kaldırılmasından Sonra Durumun Değişmesi.....	141
C. Velayetin Değişmesi.....	143
SONUÇ	147
KAYNAKÇA	152

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Aşa.	: Aşağıda
b.	: Bent
bkz.	: Bakınız
BMÇHS	: Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
C.	: Cilt
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CGTİHT	: Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
ÇHKAS	: Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
E.	: Esas
EMK	: 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi
f.	: Fıkra
Haz.	: Hazırlayan
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ILO	: International Labour Organization / Uluslararası Çalışma Örgütü
İBK	: İctihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar
md.	: Madde
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
s.	: Sayfa

S.	: Sayı
SHÇEKK	: Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve Devamı
WHO	: World Health Organization / Dünya Sağlık Örgütü
YRG.	: Yargıtay
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch / İsviçre Medeni Kanunu

GİRİŞ

Türk aile yapısı içerisinde, veli ile velayet altında bulunan çocuk arasındaki ilişki ve bu ilişkinin sağlıklı bir şekilde ayakta tutulması çok büyük önem arz etmektedir. Bununla birlikte, özellikle son yıllarda sıklıkla boşanma olaylarının gündeme gelmesi gibi çeşitli problemler, bu ilişkinin önemi ve hassasiyetini bir kat daha arttırmaktadır. Zira aile içi yaşanan çalkantılı geçişler, karı-kocanın kendi hayatlarını ne şekilde idame ettireceklerine dair bir süreç dahi olsa ailenin küçük ferdi, yani çocuk, bu durumlardan en çok etkilenen kişi konumundadır; hatta zaman zaman yaşanan aksaklıklar çocukların hayatında dönüm noktası yaşamalarına kadar sebebiyet vermektedir.

Çocuklar korunmaya en çok muhtaç canlılar olup, hayatlarını bireysel olarak ve tek başlarına idame ettiremeyecek konumdadır. Dolayısıyla velayet, küçüklerin istisnai hallerde de kısıtlıların şahıs varlıklarının korunması, geliştirilmesi, iyileştirilmesi ve mallarına özen gösterilmesi anlamına gelmekle birlikte temsil yetkisini de barındırmaktadır. Modern çağın gereklerine ve çocuk hakları sözleşmelerine paralel olarak kabul edildiği üzere velayet çift yönlü olup, ana ve babaya atfedilmiş hak ve yükümlülüklerin tümüdür ve esasen velayetin haktan da önce görev olduğu bilincine varılması gerekmektedir. Velinin aksi kanaate varması ve çocuğun menfaatlerine hanel getirecek anlayış içerisinde bulunması durumun vahametine göre kanunlarda öngörülen koruma önlemlerinin alınması ve en ağır sonucu ihtiva eden velayetin kaldırılması hali ile müeyyidelendirilecektir.

Ana ve babanın çocuğun eğitimi ve bakımı, velayetin tevdi, velayet kendisine bırakılmayan diğer eşle kişisel ilişkinin düzenlenmesi gibi çocukla ilgili her konuda dikkate alınması gereken en temel ilke çocuğun üstün yararadır ve bu ilke çocuğun uygun görüşünün alınması ilkesi ile birlikte gerek aile içi ilişkilerde gerekse yargıya intikal eden hadiselerde sağlıklı bir değerlendirme yapabilme anlamında temel yol göstericidir.

Çalışmada 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'da düzenleme altına alındığı üzere ergin olmayan çocukların velayetleri, çocukların ana babalarına karşı korunma yöntemleri ile hukuki statüleri incelenmiş; ortaya çıkan yeni gelişmelerin velayet ve kişisel ilişkiye ne denli etkide bulunacağına sınırlarının çizilmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda çalışmada kütüphane ve elektronik ortamdaki araştırmalar sonucunda edinilen doktrindeki görüşler, kişisel görüşmeler ve Yargıtay'ın yeni tarihli ve istikrar kazanan içtihatları ile konu, en güncel hali ile anlatılmaya çalışılmıştır. Medeni Kanun'un 12. 14. ve 16. maddelerinde reşit olmayanları anlatmak için küçük terimi, aile hukuku kitabında çocuk tabiri kullanıldığı için çalışmada yer yer çocuk ve küçük kavramlarına yer verilmiştir.

Çalışma girişi takip eden üç bölümden oluşmakta olup, çalışmanın birinci bölümünde yasal mevzuat ve doktrindeki görüşler dahilinde velayetin tanımına ve hukuki niteliğine yer verilerek velayet kavramından bahsedilmiştir. Ayrıca ana babanın çocuğun kişiliğine, temsiline ve malvarlığına ilişkin velayete bağlı hak ve yükümlülükleri ile velayetin kapsamına da değinilmiş, velayetin haktan da önce görev olduğunun ve ana babanın bu bilinçle hareket etmesi gerektiğinin altı çizilmiştir.

Ana babanın evli olması ya da evli olmaması, ana babadan birinin ölümü, kaybı, mahkumiyeti ve boşanma halinde velayetin kime ait olacağı konusunun düzenlendiği ikinci bölümde hakimın takdir yetkisini kullanırken göz önünde bulunduracağı hususlar ve bu yetkisinin sınırına velayete hakim ilkeler çerçevesinde yer verilmiştir. Doktrin ve yargı içtihatlarında yeknesak bir görüş bulunmaması nedeniyle bu bölüm, boşanma halinde ana babanın velayeti birlikte kullanıp kullanamayacaklarına dair tartışmayı da bünyesinde barındırmıştır. Uluslararası zeminde çocuk hakları konusundaki gelişmelerin hukuk sistemimizi doğrudan yönlendirmesi nedeni ile konu, çocuk haklarını düzenleyen uluslararası sözleşmeler ağırlıklı olarak irdelenmiştir. Keza velayet kendisine bırakılmayan taraf ile çocuk arasında kişisel ilişki tesisinin ne şekilde düzenlenmesi gerektiğine dair bilgilendirme yapılmıştır.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümde çocuğun kişiliğinin korunması kapsamında öngörülen tedbirler ve özellikle aile için en ağır sonucu doğuran velayetin

kaldırılması haline dair açıklamalarda bulunulmuş, koruma tedbirlerine dair karar verilmesine müteakiben gelişen olaylar çerçevesinde velinin yeniden hak talebinde bulunup bulunamayacağına dair değerlendirme yapılmıştır.

I. BÖLÜM

VELAYET KAVRAMI ve VELAYETİN KAPSAMI

I. Velayet Kavramı

A. Velayetin Tanımı

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun Aile Hukuku Kitabının İkinci Kısımında yer alan velayet hükümleri, soybağının özel bir sonucu olarak düzenlenmiş olup, ayrımda yer alan maddelerin bir kısmında İsviçre Medeni Kanunu'nun (Schweizerisches Zivilgesetzbuch - ZGB) 1976 tarihli değişikliğinden esinlenilmiş, bazı maddeler 1984 tarihli Öntasarıdan alınmış, bazı maddeler ise 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi (EMK)'ndeki yerini sadeleştirilmek sureti ile korumuştur.¹

Arapça *wly* kökünden gelen velayet (*walāya*); yakın olma, yanında olma; koruma ve kollama, gözkulak olma, bir sorumluluk üstlenme, bir işin başında durma, velilik, valilik, evliyalık sözcüğünden alıntıdır.² TMK'da ve 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (BMÇHS)'de velayetin tanımı yapılmamış, kapsamı belirlenmekle yetinilmiştir. Roma Hukuku'na baktığımızda Iustinianus'un Institutiones'inde bulunan Servius'a ait olan metne göre vesayet, yaşı gereği kendisini savunamayan bir sui iuris'i korumak için ius civile tarafından bir kişiye verilen veya verilmesine izin verilen bir hak ve hakimiyet olarak tarif edilmiştir.³ Roma Hukuku'nda sui iuris statüsünde bulunan bir küçüğe veya kadına vasi tayini ile amaç, küçüğün sahip olduğu mamelekin en iyi şekilde yönetiminin sağlanmasının amaçlanması iken; klasik hukuk döneminde yapılan değişikliklerle bu anlayışın, küçüğün şahsına da özen gösterilmesi ve onun yetiştirilmesi ile ilgili tedbirlerin de alınması yönündeki beklentileri de beraberinde

¹ Nazif Kaçak, **Yeni İçtihatlarla Yeni Türk Medeni Kanunu**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004, s. 619.

² (Çevrimiçi) <http://www.etimolojiturkce.com/kelime/velayet> (Erişim Tarihi: 10.5.2014)

³ Seldağ Güneş Ceylan, **Roma Hukukundan Günümüze Velayet Vesayet Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004, s. 52 "Iust. Ins. 1. 13. Pr.: Ius ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa".

getirdiği görülmektedir.⁴ İslam hukukunda düzenlemeler ise, küçüklerden ziyade, büyüklerin hak ve yetkileri açısından ele alınmış ve bu kapsamda kurallar konulmuştur.⁵

Türk hukuk doktrininde velayetin kapsamından hareket edilerek farklı tanımlamalar yapılmıştır. Akyüz, velayeti, “küçüklerin, bazı durumlarda da ergin kısıtlı çocukların kişiliğine, mallarına özen göstermek ve onları temsil etmek konusunda ana babaya yüklenen görevlerle, bunların çocuğun yararına uygun biçimde yerine getirilmesini sağlayan yetkileri içeren ve yalnızca çocuğun korunması amacını güden kurum”⁶ olarak tanımlarken; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, velayet hakkını, “küçüklerin ve bazı hallerde kısıtlıların bakım ve korunmalarının sağlanması amacı ile anne ve babanın onların şahıs ve malvarlığı değerleri üzerindeki hak ve yükümlülüklerin tümü”⁷ olarak tanımlamışlardır. Serozan’a göre velayet, “ana ve(ya) babanın korunmayı gereksinen kısıtlı ya da evlilik içinde ya da evlilik dışında doğmuş çocuklarının bakımına, gereksinimlerinin karşılanmasına, çıkarlarının korunmasına, onların mallarının yönetilip kullanılmasına, değerlendirilmesine ve çocukların temsiline ilişkin hakların ve yükümlerinin toplamıdır.”⁸ Çelik de benzer şekilde tanımlama yaparak, velayeti “küçüklerin, bazı durumlarda da ergin kısıtlı çocukların kişiliklerinin ve mallarının korunması ile onların temsili konusunda ana babanın sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin tümü”⁹ olarak ifade etmektedir. Ergün’e göre ise velayet, “ana baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin doğal bir sonucu olup, çocuğun doğum anından ergin olana kadarki dönem içerisinde onların beslenip, barındırılması, eğitimi, sağlık sorunları, sosyal ve etik bakımdan topluma hazır hale getirilmesi, çocuğun mesleki olgunluğa erişmesi, çocuğun mallarının ve şahsının idare ve temsil edilmesi velayet hakkının sonucudur.”¹⁰

⁴ Güneş-Ceylan, a.g.e., s. 99.

⁵ İsmail Özmen, **Açıklamalı İctihatlı Velayet Hukuku Davaları Aile ve Çocuk Mahkemeleri**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 54.

⁶ Emine Akyüz, **Çocuk Hukuku Çocuk Hakları ve Korunması**, Ankara: Pegem Akademi, 2012, s. 219.

⁷ Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 155.

⁸ Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005, s. 250.

⁹ Cemil Çelik, “Velayetin Kaldırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. LIV, S. 1, (2004), s. 256.

¹⁰ Zafer Ergün, **Boşanma Davaları Nişanlanma Evlenme Butlan Velayet Kişisel İlişki Nafaka Maddi ve Manevi Tazminat**, Ankara: Adil Yayınevi, 2004, s. 592.

Tandoğan'ın “ana ve babanın çocuklarına karşı mükellef oldukları terbiye görevlerini iyi bir şekilde ifa edebilmelerini temin için, çocuklarının şahısları ve malları üzerinde tanınan hakların bütünü”¹¹ olarak ifade ettiği velayet kavramını Demir, “küçüklerin ve bazı durumlarda kısıtlı ergin çocukların kendilerine ve mallarına özen gösterme konusunda ana babaya getirilen yükümlülükler”¹² olarak; İmamoğlu ise, “ana babanın prensipte ergin olmayan çocukları ile ilgili olarak kanunen gerekli kararları alma yetkisi”¹³ şeklinde ifade etmiştir.

Doktrindeki genel değerlendirmeler doğrultusunda velayet, küçüklerin istisnai hallerde de kısıtlıların şahıs varlıklarının korunması, geliştirilmesi, iyileştirilmesi ve mallarına özen gösterilmesi; aynı zamanda onların temsil edilmesi konularında ana ve babaya atfedilmiş yetki, hak ve yükümlülüklerin tümüdür. Bu anlamda doktrindeki ağırlıklı görüş¹⁴ velayetin çift yönlü olarak hak ve görevleri kapsadığı yönünde olup, Yargıtay kararlarında¹⁵ da velayetin hak ve görev olduğuna dair tanımlama yapılarak, velayetin iki yönü olduğuna ilişkin görüşe varılmıştır.

Velayet, soybağının sonuçlarından biri olduğu için, ana babanın çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olabilmesinin temel koşulu çocuk ile aralarında hukuki

¹¹ Haluk Tandoğan, “Velayetten Doğan Kanun İhtilafları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. III, S. 1-2-3, 1946, s. 505.

¹² Sevgi Demir, **Türk Medeni Kanunu Aile Hukuku**, Ankara: Kartal Yayınevi, 2004, s. 218.

¹³ Hülya Selma İmamoğlu, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. LIV, S. 1, (2004), s. 166.

¹⁴ Sevgi Usta, **Çocuk Hakları ve Velayet**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 20; Ömer Uğur Gençcan, **Türk Medeni Kanununda Kadın ve Çocuk Hakları**, Ankara: Norm Matbaacılık Akader, 2006, s. 78.; Ahmet Cemal Ruhi, **Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Gerekçeli Açıklamalı İçtihatlı)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004 s. 541.; İmamoğlu, Yeni..., a.g.m., s. 166.; Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 219.; Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, Aile... a.g.e., s. 155.; Cevdet Yavuz, **Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması**, Ankara: Adil Yayınevi, 2002, s. 17.; Serdar Çelikel, **Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 39.; Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve M. Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku Aile Hukuku**, C. III, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, s. 343.; Özmen, a.g.e., s. 12.

¹⁵ Yargıtay (YRG) Hukuk Genel Kurulu (HGK) 6.3.2013 Tarih (T) 2012/2-794 Esas (E) 2013/310 Karar (K) “...Velayet, ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri içerir.” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014) YRG. 2. HD 7.6.2011 T. 2010/14540 E. 2011/9974 K. “Velayet hak ve göreviyle bağdaşmayan çocuklarına yönelik olumsuz bir davranışı kanıtlanamamıştır...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

soybağının kurulmuş olmasıdır.¹⁶ Bunun dışında ise ana babanın ayırt etme gücüne sahip, ergin olması ve kısıtlı olmamaları gerekmektedir.¹⁷ Çocukların velayet altında oldukları kabul edildiğinden velayet, çocukluk durumunun sona ermesi, TMK md 335'in ifadesi ile "ergin olunması" ile sona erecektir. Normal şartlar altında on sekiz yaşına kadar çocuk statüsünde sayıldığından velayet de, kural olarak on sekiz yaşının doldurulması ile son bulacaktır.¹⁸ Ancak evlilikle ya da mahkeme kararı ile daha erken yaşta erginliğin kazanılması halinde velayet, erginliğin kazanılmasıyla ve on sekiz yaşının doldurulmasından önce sona erecektir. Keza velayetin kaldırılması gereken hallerden birisinin meydana gelmesi halinde çocuğa vasi atanması ile erginlikten önce de sona ermesi mümkündür. Erginin kanunda sayılı hallerde kısıtlanması durumunda da hakim vasi atanmasına gerek görmedikçe velayet hükümlerinin tatbik edilmesi söz konusu olabilecektir; ancak bu durumda da velayet süresiz olmayıp, kısıtlılık sebebinin kalkması ile sona erecektir.¹⁹

Velayet hakkının çocuğun ergin olması ile son bulmasındaki gerekçe çocuğun, ergin oluncaya kadar geçen süreçte bağımsız, özgüven ve sorumluluk sahibi bir birey olarak kendisini ebeveynin yardımı ile hazırlayacağı kanısından ileri gelmektedir. Zira velayetin amacı ve asıl işlevi, çocuğa bağımsız kişilik kazandırarak kendi kendine yeter hale getirmek²⁰ ve yaşama en iyi biçimde hazırlamaktır. Ana baba da bu doğrultuda çocuğa doğduğu andan başlayarak yavaş yavaş bu amaca ulaşılması için yardımcı ve destek olurlar. Bu doğrultuda da çocuk ana babasının rehberliğinde ilerledikçe giderek bu rehberliğin gereksinimi de az ya da çok azalacak ve velayetin kapsamı daralacaktır.²¹

¹⁶ Cem Baygın, **Soybağı Hukuku**, İstanbul: Oniki Levha, 2010, s. 262 Çocuğun yapay dölleme yolları (yumurta ya da sperm bağıışı) ile dünyaya getirilmiş olması halinde genetik ana-babanın çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olabilmeleri mümkün değildir.

¹⁷ Baygın, a.g.e., s. 262.

¹⁸ Güneş-Ceylan, a.g.e., s. 142-143. On dört yaşını dolduran ya da on dört yaşından önce vücut olgunluğu tamamlayan erkek çocuğu ile 12 yaşını dolduran kız çocuğunun buluşa ermiş olduğu kabul edilmekle birlikte erkek çocukları için bu döneme girilmesi ile birlikte vasileri ile aralarındaki ilişki sona erer ve kendilerine kayyım atanırdı. Ancak kadınların her zaman vasilerinin olması gerektiğinden hareketle kızların buluş çağına girmiş olmaları vesayete herhangi bir etkide bulunmazdı.

¹⁹ Selma Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000, s. 43.; Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, Aile... a.g.e., s. 157.

²⁰ Çelik, a.g.m . s. 256.; Serozan, a.g.e., s 250.; İmamoğlu, Yeni..., a.g.m., s. 167.; Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 19.

²¹ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 221.

B. Velayetin Hukuki Niteliği

Velayet hakkı, doktrindeki bir görüşe²² göre kişiler üzerindeki mutlak haklardan olup, başkaları üzerindeki mutlak haklar sınıflandırmasında yer almaktadır ve veli, velayet hakkını bunu ihlal eden herkese karşı ileri sürebilme hakkını haizdir. Bu görüşe göre, her ne kadar modern hukuk düzenlerinde şahıslar hakkın konusu olmaktan ziyade sahibi olarak nitelendirilseler de, kendini koruyamayacak ve aciz durumda olan kişiler istisna olarak değerlendirilmiş ve bu şahıslar üzerinde mutlak hakkın olduğu kabul edilmiştir. Ana babanın kişilik haklarına dayanmakla birlikte velayet, ana babanın kendi yararına olmayıp, çocuğun yararına tanınan bir haktır.²³ Nitekim velayetin ana babanın yararına değil, çocuğun yararına bir hak olduğu BMÇHS hükümleri ile de ifade edilmiştir.²⁴ Bir diğer görüş ise²⁵ velayet hakkının önceleri mutlak bir hak olarak değerlendirildiğini ifade edip, son zamanlarda bu hakkın ana babaya çocuğun kişiliği ile malvarlığına ilişkin bir takım yükümlülükler yükleyen ve bunların en iyi şekilde ifa edilmesi için yetkiler sağlayan bir görev-yetki hakkı olduğunu kabul etmiştir.

Velayetin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması ve niteliğinde görev ve sorumluluk barındırdığı zihniyeti ile²⁶ çocuğun rızası dahi olsa bu haktan kısmen ya da tamamen feragat edilemez. Hakkın kendisinden feragat edilemeyeceği gibi velayetin gerektirdiği herhangi bir ödevin ifasından da feragat edilmesi söz konusu değildir. Ancak çocuğun malvarlığını yönetme hakkından feragat mümkün olmamakla birlikte ana babanın çocuğun malvarlığını kullanma ve ondan yararlanma hakkından feragat etmesi mümkün olabilmektedir.²⁷ Yine ana babanın velayetin icrası konusunda kendilerini yetersiz görmeleri halinde velayetin kaldırılması veya değiştirilmesi yönündeki taleplerinin hakime bildirilmesi halinde hakim tarafından gerekli

²²Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 23.; Dural, Ögüz ve Gümüş, a.g.e., s. 343.; Çetiner ayrıca velayet hakkının kullanılmasıyla yeni bir hukuki durum meydana getirilmesi, üzerinde değişiklik yaratılması ya da mevcut bir hukuki durumun sona erdirilmesi söz konusu olmadığından velayet hakkının kapsamında bulunan ana babanın yetiştirme hakkının kullanılmasının yenilik doğurucu bir hak değil, alelade bir hak kapsamında kaldığını ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz Baktır-Çetiner a.g.e., s. 24.

²³ Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, Aile... a.g.e., s. 155.; Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 23.

²⁴ Baktır-Çetiner, a.g.e., s. 46.

²⁵ Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, Aile... a.g.e., s. 155.

²⁶ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 22.; Baktır-Çetiner a.g.e., s. 24.; Demir, a.g.e., s. 219.; Çelikel, a.g.e., s. 37.; Özmen, a.g.e., s. 12.

²⁷ Yavuz, a.g.e. s. 31.

araştırmalar yapılarak objektif kriterler neticesinde velayetin kaldırılmasına ya da en azından diğer koruma önlemlerinin alınmasına zemin hazırlanabilir.²⁸

Velayet hakkı evlilik devam ettiği sürece ana baba tarafından birlikte kullanıldığından bölünmez nitelikte olup (TMK md 336/I), velayetin kaldırılması söz konusu olmadıkça velayet hakkının taraflardan birisine devredilmesi de mümkün değildir (TMK md 335/I). Keza bu emredici hükmün aksine sulh sözleşmesi de yapılamaz. Bununla birlikte velayet hakkının devredilemez nitelikte olduğuna ilişkin anlayış, TMK md 338’de yumuşatılmış ve üvey ana ya da babanın durum ve koşulların zorunlu kıldığı ölçüde çocuğun ihtiyaçları için onu temsil edeceği hükme alınmıştır.²⁹

2709 sayılı Anayasamızın 41. maddesinde de düzenleme altına alındığı üzere ailenin toplumun temeli olması, ana baba ve çocuklar arasındaki ilişkinin toplum nazarında büyük bir önemi haiz olmasını da beraberinde getirmektedir. Kaynar’ın da dediği gibi aile ne kadar sağlam olursa toplum da o kadar güçlü olacağından aile ve aile hukuku devlet nazarında da büyük önemi haizdir.³⁰ Bu nedenle genel olarak hukuk sistemlerinde ana baba ve çocuk arasındaki ilişkilerin ne şekilde işlediği ve ana babanın görevlerini ifa edip etmediği emredici kurallarla düzenlenmiştir. Dolayısıyla da yargılama ve infaz aşamasının en kısa sürede³¹ tamamlanması gereken velayetle ilgili davalar ve velayeti düzenleyen kurallar kamu düzenine ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilmektedir.³² Velayetin kamu düzenine ilişkin olmasının önemli bir sonucu ve etkisi de, bu davalarda re’sen araştırma ilkesinin uygulanmasıdır. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinde hükmün verilmesinden sonra

²⁸ Yavuz, a.g.e., s. 30.

²⁹ Yavuz, a.g.e., s. 30.

³⁰ Reşat Kaynar, **Medeni Hukuk Dersleri: Temel Bilgiler-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku-Miras Hukuku-Eşya Hukuku**, İstanbul: İtita Nihad Sayar Yayın ve Yardım Vakfı, 1975, s. 124.

³¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) İkinci Daire 17 Mayıs 2011 33362/04 Strazburg Küçük - Türkiye ve İsviçre Davası “AİHM, ayrıca bir önlemin yeterliliğinin, uygulanma hızı ile ölçüldüğünü not etmektedir. Gerçekten de, velayetin verilmesi ile ilgili davalar, sonunda verilen kararın infazı da dahil, acil bir uygulama gerektirmektedir. Zira, geçen zaman, birlikte yaşamayan ebeveyn ve çocuklar arasındaki ilişkiler için telafisi zor sonuçlar doğurabilir.” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

³² YRG. 13.1.2014 T. 2013/18235 E. 2014/15 K. “...Çocukların korunması kamu düzenine ilişkin olup boşanma veya ayrılık vukuunda hakim müşterek çocukların velayet haklarının kullanılması biçimi ile çocuklarla, ana babanın şahsi ilişkilerine dair gerekli düzenlemeleri, oluşturulan kararın bir sonucu olarak ve görevi gereği, resen gözetmek zorundadır...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

doğan ve gelişen olaylar temyiz, karar düzeltme gibi kanun yollarına müracaat sırasında ileri sürülebilir.³³

C. Velayetin Vesayetten Farkı

Velayet ile vesayet kurumu temelde karar alma, bu kararları yürütme ve temsil etme yönünde birbirlerine benzerler; ancak asla bir arada bulunmazlar. Zira vesayet, velayet hükümlerinin tatbik edilmediği noktalarda devreye girer.³⁴ Örneğin ana baba ölmüş ya da kanunda öngörülen haller nedeni ile velayet kaldırılmışsa çocuk vesayet altına alınır.³⁵ Diğer yandan ana baba ve evlat ilişkisinden kanunen doğan ve istisnai haller saklı olmak kaydı ile çocuklar için söz konusu olan velayet, mahkemenin vasi tayini kararı ile doğan ve velisi olmayan çocuklar ile kısıtlanmış erginler için söz konusu olması nedeni ile de vesayet kurumundan farklılık arz etmektedir.

Velayet ve vesayet kavramlarının esas anlamda fonksiyon bakımından farkları olup; velayette yalnız evlatlar ve aile, vesayette ise, korunmaya muhtaç olan herkesin korunması amaçlanmaktadır. Keza velinin evladının şahsı ve malvarlığı üzerindeki yetkisi geniş iken, bu yetki, vesayette oldukça dardır.³⁶ Vasi, velinin olduğu gibi çocuğun mesleki ve dini eğitimi konusunda yetkili olmadığı gibi, çocuğun mallarından da yararlanamaz.³⁷ Ayrıca veli karar alma ve bu kararların yürütülmesi sırasında kural olarak serbestlikten yararlanırken, vasi, vesayet makamının denetimi altındadır.³⁸

Bir diğer önemli fark da hukuki niteliklerindedir. Velayet, kanundan doğan bir hak ve görev olduğu için azli ya da istifası söz konusu olmamakla birlikte vasi azlolunabilir ve bazı hallerde ise istifa edebilir.

³³ YRG. HGK 6.3.2013 T. 2012/2-794 E. 2013/310 K "...Velayetin düzenlenmesi kamu düzenine ilişkin olup, bu nitelikteki davalarda kendiliğinden araştırma ilkesi uygulandığından, davanın açılmasından ve hatta hükmün verilmesinden sonra doğan ve gelişen olayların ileri sürülmesi usule aykırı değildir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

³⁴ Serozan, a.g.e., s. 257.

³⁵ Baktır-Çetiner, a.g.e., s. 50.

³⁶ Kaynar, a.g.e., s. 140.

³⁷ Baktır-Çetiner, a.g.e., s. 50-51.

³⁸ Serozan, a.g.e., s. 257.

II. Velayetin Kapsamı

A. Çocuğun Kişiliğine İlişkin Yetki ve Görevler

1. Çocuk Üzerinde Egemenlik Hakkı

Roma hukukunda çocuklar üzerinde egemenlik hakkının hakim olduğu ve bunun da yalnızca Roma yurttaşlarına özgü olduğu kabul edilmekteydi.³⁹ Mecelle’de velâyet, ister razı olsun, ister olmasın, başkası üzerine söz geçirmek ve onun adına yapılan tasarrufların geçerli olması anlamına gelip, velayet-i amme, sultanın teb’ası, kadının halk, babanın çocukları üzerindeki velayeti olarak kabul edilmiştir.⁴⁰ Modern hukukta ise, velayete yüklenen anlam eski hukuk ve Roma hukukunda pater familias’a sınırsız yetkiler bahşeden ve çocuğun şahsı ve malları üzerinde dini reis ve ev reisi, majistra sıfatı ile mutlak tasarruf hakkı olunduğunun kabul edildiği zihniyetten oldukça farklıdır. Günümüzde velayet, çocuğun yararının sağlanması amacı ile tanzim edilmiş ve ana babaya yalnız hak değil, aynı zamanda da görevler yükleyen bir kavram olarak kabul edilmektedir.⁴¹ Bu bağlamda çağdaş hukuk sistemlerinde, ebeveyne çocukları üzerinde tanınan mutlak güç olma vasfını tamamen yitirmiştir.⁴² Zira velayet hakkı, ana babanın doğuştan kazandığı bir hak olmayıp, çocuğun temel haklarının sağlanması amacı ile ana babaya verilmiş olan bir görev, sorumluluktur. Dolayısıyla ana babanın çocuk üzerinde sahip oldukları haklardan da önce yükümlülükleri gelmektedir.⁴³

Velayet hakkının mülkiyet hukukundaki zilyetlik ya da mal mülk egemenliğinden ve hatta kamu hukuku alanındaki devletin ve benzer kuruluşların egemenliğinden farklı bir mahiyeti ve içeriği vardır. Çocuk hukukunda hak sahibine malike olduğu gibi keyfi uygulama ve yetkide bulunma yetkisi bahşetmez. Yetki ile görev iç içe geçmiş

³⁹ Güneş-Ceylan, a.g.e., s. 42.

⁴⁰ Ahmed Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, “Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle”, İstanbul, 2007, Mecelle md 59: “Velâyet-i hâssa, velâyet-i âmmeden âkvadır. (el-velâyetü’l-hâssatü akvâ mine’l-velâyeti’l-âmmeh)” (Çevrimiçi) <http://www.ekrembuğraekinci.com/pdfs/cevdet.pdf> (Erişim Tarihi: 20.2.2014)

⁴¹ Ali Bozer, “Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 3-4, (1952), s. 203.

⁴² Tandoğan, a.g.m., s. 505.

⁴³ Çelikel, a.g.e., s. 36.

olup; velayet, çocuğun yüksek yararı ve onun katılım hakkı ile sınırlanmış özgecil ve işlevsel bir çerçeve hak olarak kabul edilmektedir.⁴⁴ Zira çocuk bir bireydir ve en az yetişkinler için geçerli olan saygıyı hak etmektedir. Bu bağlamda çocuğun ana babaya teslim edilmiş bir hak süjesi olmadığına idrak edilmesi ve ana babanın çocuğun kişiliğine değer vererek, çocuğun kişiliğini korumaları gerektiğini fark etmeleri gerekmektedir.⁴⁵ Neticede klasik olmakla birlikte, mahiyeti itibari ile her dönemde değerini kaybetmeden koruyan bir söylemle, çocukların bugün var olduklarını ve yarın da toplumu şekillendiren birey olacaklarını kabul etmek ve bu anlayışı hazmetmek gerekmektedir.⁴⁶ Dolayısıyla modern hukuk düzenlerinde bir bireyin bir başka birey üzerinde hakimiyet kurmaya çalışması kabul edilemez.⁴⁷ Bu nedenle TMK'da da velayet ifadesi yer almakla birlikte esasen modern içerikli yeni kanunlarda bağımlılık ve baskı çağrışımı yapan velayet deyimi yerine koruma ve bakma deyimi⁴⁸ ya da yetki-görev hakkı ifadesi⁴⁹ kullanılmaktadır.

2. Çocuğa Ad Koyma Hakkı

Her çocuk doğduğu andan itibaren ad ve tabiiyet sahibi olmaya hak kazanır. TMK'nın 339. maddesinin son fıkrasına göre de çocuğun adını koyma hak ve yetkisi ana ve babaya verilmiştir. Ana babanın çocukların adını koyma konusunda anlaşamamaları durumunda ise mahkemeye başvurarak hakim mütahalesini isteme hakları bulunmaktadır (TMK md 195/I). Hakim bu durumda öncelikle eşleri uyararak uzlaştırmaya çalışır. Eşlerin ortak rızalarının alınması ile uzman kişilerin yardımının alınması da imkan dahilindedir. Ana babanın yine de anlaşamaması halinde hakim çocuğun adını belirler. Ancak doktrinde⁵⁰ ana babanın çocuğun adını belirleme hakkı kişilik hakkı ile doğrudan ilintili olduğundan bu çözüm şekli hem anayı hem de babayı tatmin etmemesi ihtimali nedeni ile eleştirilmiştir.

⁴⁴ Serozan, a.g.e., s. 250.; Yavuz, a.g.e., s. 28.

⁴⁵ Hülya Selma İmamoğlu, "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. LIV, S. 2, (2005), s. 193.

⁴⁶ Janusz Korczak, "Çocuğun Saygı Hakkı", Çev. Berat Durmuş ve Memduh Cemil Şirin, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, (2011), s. 1200.

⁴⁷ Baktır-Çetiner, a.g.e., s. 46.

⁴⁸ Serozan, a.g.e., s. 250.

⁴⁹ Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, Aile... a.g.e., s. 155.

⁵⁰ Çelikel, a.g.e., s. 39.

Velayet hakkına ana babadan birisinin sahip olması halinde çocuğun adını velayet hakkına sahip olan ebeveyn koyacaktır.⁵¹ Çocuğun adının konulması velayeti haiz olan ana baba için bir hak olmakla birlikte aynı zamanda bir yükümlülüktür; zira hiçbir çocuk isimsiz kalmaz.⁵²

3. Çocuğun Yerleşim Yerinin Belirlenmesi

TMK md 21'e göre velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri ana babasının yerleşim yeridir. Ancak çocuğun velayeti ana ya da babadan birinde ise, velayete sahip olanın yerleşim yeri çocuğun yerleşim yeri sayılır. Ana babanın izni ile aile dışında yaşayan çocuk ise, bağımsız bir yerleşim yeri edinebilme hakkını haizdir.

Ana babanın velayet hakkının bulunmadığı ve çocuğun vesayet altında bulunduğu durumda, çocuğun yerleşim yeri, bağlı bulunduğu vesayet makamının bulunduğu yerdir (TMK md 21/II).⁵³

4. Çocuğun Bakımı

Velayetin en önemli işlevlerinden birisi, çocuğun özgüvenli bir şekilde, tek başına ayakları üstünde durabilecek seviyeye gelmesine katkıda bulunmaktır. Nitekim BMÇHS de çocuğun toplum içinde kişiliğine özgü bir yaşam sürdürebilmesi için hazırlanması; barış, saygınlık, özgürlük ve dayanışma içinde yetiştirilmesi esasına dayanmaktadır. Burada çocuğun yetiştirilmesi ile kast edilen, çocuğun yalnızca yaşamsal faaliyetlerinin devamı sağlanarak büyütülmesi değil, aynı zamanda kendine ve bu vasıta ile topluma yararlı bir birey olma kazancını yaşayabilmektir.

Velayetin amacı doğrultusunda ana babanın çocuklarına bakma zorunluluğu TMK'da (TMK md 328) ve BMÇHS'de düzenlenmiş (BMÇHS md 24); BMÇHS'de ayrıca devlete çocuğun sağlığının korunması görevi yüklenmiştir. (BMÇHS md 24)⁵⁴ Buna göre veli, bu görevi ifa ederken mali gücünü kullanacak, çocuğun

⁵¹ Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, **Medeni Hukuk**, Ankara: Arıkan Yayıncılık, 2007, s. 282.

⁵² Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, *Aile...* a.g.e., s. 161.

⁵³ Çelikel, a.g.e., s. 41.

⁵⁴ Bilal Köseoğlu ve Köksal Kocaağa, **Aile Hukuku ve Uygulaması Bilimsel Görüşler ve Yargı İçtihatları**, Bursa: Ekin Basım-Yayın Dağıtım, 2011, s. 433.; Devletin aileye çocuk için yardım

yiyecek, giyecek, barınma, sağlık gibi ihtiyaçlarını karşılayamaması halinde ise çocuğun mallarından bir kısmını çocuğun geçim ve bakımı için harcayabilecektir.⁵⁵ Gereksinim olduğu noktada ise devlet beslenme, giyim, barınma gibi konularda maddi yardımda bulunacaktır.

5. Çocuğun Eğitilmesi ve Yetiştirilmesi

Ana ve(veya) baba öncelikle çocuğa üstün değer yargılarını öğreterek çocuğun erdemli, onurlu, vatanını seven, dürüst ve namuslu bir kişi olmasına yardımcı olmalı, fırsat eşitliği vermelidir. Veli, ayrıca toplum içinde çocuğun ne şekilde davranması gerektiği, kötü alışkanlıkların neler olduğu ve nasıl uzak durabileceği konularında telkinde bulunmalı, cinsel sömürü ve suiistimallere karşı çocuğu korumalıdır.⁵⁶

a. Mesleki Eğitim

Ana baba kendi imkanları ölçüsünde çocuğun bedensel ve zihinsel gelişim düzeyine uygun bakım ve eğitimi vermekle yükümlü olmakla birlikte hükümet gerekçesinde⁵⁷ de kaleme alındığı üzere çocuğu yetiştirme ve eğitim; ruhsal, psikolojik ve bedensel olduğu kadar; dinsel, ahlaki ve mesleki alanları da kapsamaktadır (TMK md 340).⁵⁸ Bu nedenle de veli, çocuğun isteklerini ve yeteneklerini göz önünde bulundurmak sureti ile çocuğun bir meslek ya da sanat sahibi olması için gerekli özen ve özveriyi göstermelidir.⁵⁹ Ana baba, sevk ve idare aşamasında ayrıca günün ihtiyaçlarını, teknolojik gelişmeleri de dikkate almak zorundadır. Zira çocuk, ancak mesleki eğitimi sayesinde ekonomik bağımsızlığını kazanır. Bu şekilde de velayetin asıl görevlerinden olan çocuğun kendisinin ve topluma yararlı hale gelmesine olanak sağlanmış olur.⁶⁰

etmesi Osmanlı toplumunda da kabul edilen bir uygulamadır. Ayrıntılı bilgi için bkz İlber Ortaylı, **Osmanlı Toplumunda Aile**, İstanbul: Pan Yayıncılık, 2006, s. 96.

⁵⁵ Bakır-Çetiner, a.g.e., s. 57.; Demir, a.g.e., s. 212.

⁵⁶ Çelikel, a.g.e., s. 41.; Köseoğlu ve Kocaağa, a.g.e., s. 434.

⁵⁷ Kaçak, a.g.e. s 627.

⁵⁸ Ahmet M. Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk Temel Bilgiler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2012, s. 306.; Helvacı ve Erlüle, a.g.e., s. 281.

⁵⁹ Ali İhsan Özüğür, **Türk Medeni Kanununun Değişen Yeni Düzenlemeleri İle Açıklamalı İctihath Velayet Vesayet Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007, s. 575.; Bakır-Çetiner a.g.e., s. 64.

⁶⁰ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 240.

Genel eğitim, çocuğun ilk ve orta öğretimini kapsar ve Anayasamızın 42. maddesine göre kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Dolayısıyla veli, çocuğun eğitimi ile ilgili konularda gerekli yönlendirmeleri yapmalı ve yol gösterici olarak çocuğun eğitim almasını sağlamalıdır. Yine veli, çocuğun eğitimi yanında, çocuğun kültürel etkinliklere katılması, mesleki ve el becerilerinin gelişmesi gibi konularda da çocuğu teşvik etmelidir⁶¹

TMK md 340 f II'de veliye çocuğun özellikle bedensel ve zihinsel özürülü olması halinde yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek şekilde genel ve mesleki eğitim sağlama yükümlülüğü de atfedilmiştir.⁶² Ayrıca ana babanın bu görevlerini ifa edebilmeleri için BMÇHS'nin 23. maddesinde özürülü çocukların özel bakım ve ihtiyaçları doğrultusunda korunması ve toplumsal uyumlarının sağlanması için akit devletlere, her türlü önlemi alma ve gerekli yardımın sağlanması gerektiği hükmü getirilmiştir. Bu çerçevede aileye düzenli ve sistemli bir çalışmayı içeren eğitim ve rehberlik hizmeti de verilmeli, ailenin bu özel eğitim sürecinin her boyutuna katılımı sağlanmalıdır.⁶³

b. Dini Eğitim

Velayet hakkı kendisinde olan ana baba, TMK md 341'e göre çocuğa din seçmek ve seçilen dine uygun eğitim vermek hak ve yükümlülüğüne sahip olup⁶⁴, çocuğun Anayasa ve kanunlara uygun düşecek şekilde dinini ve din duygularını veya dince kutsal sayılan şeyleri istismar etmeyecek bir anlayışla din eğitimi almasına yardımcı olur.⁶⁵ Ana babanın çocuğa dini eğitim verme hak ve yetkisini sınırlandırmaya ya da kaldırmaya yönelik yapılan her türlü anlaşma hukuka ve ahlaka aykırılık nedeni ile geçersizdir.⁶⁶ Ancak bu yönde bir madde hükmünün Anayasamızda yer alan din ve vicdan özgürlüğüne aykırı olup olmadığının tartışılması gerekmektedir. Nitekim ana

⁶¹ Özüğür, a.g.e., s. 575.

⁶² Esat Şener, **Vesayet ve Velayet Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1996, s. 215.

⁶³ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 240.

⁶⁴ Nurten Yetik, **Açıklamalı - İctihatlı Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, Bilge Yayınevi, İstanbul: 2007, s. 122 ana baba çocuklarına dinle ilgili olmayan bir dünya görüşü de verebileceği gibi hiçbir din eğitimi vermeyebilir de.; Özmen, a.g.e., s. 54. Ana baba çocuklarını kendi dinsel inançlarına göre yetiştirebilecekleri gibi onlara dinle ilgili olmayan bir dünya görüşü de verebilir.

⁶⁵ Özüğür, a.g.e., s 575.; Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, Aile... a.g.e., s 162.

⁶⁶ Kılıçoğlu, Medeni Hukuk..., a.g.e., .s. 306.; Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, Aile... a.g.e., s. 162.; Şener Vesayet..., a.g.e., s. 216.; Nafi Ertuğrul ve Tuba Ertuğrul, **Uygulamada Boşanma Davaları**, C. II, Ankara: Yetkin Basımevi, 2011, s. 1462.

babanın çocuğa din eğitimi verip vermeme konusunda serbestisinin olup olmadığı tartışmasında Özüğür⁶⁷ maddenin kapsamını daha da genişleterek ana babanın yalnızca çocuğun dinini seçmekle kalmayıp, ayrıca çocuğun başkaları tarafından kötü etkilenmesini ya da istismar edilmesini engelleyici tedbirleri de alması ve çocuğu bu anlamda denetim ve gözetim altında tutması gerektiğini ifade etmektedir. Akyüz ise⁶⁸ tam tersi bir anlayışla Medeni Kanun'un çocuğa ergin oluncaya kadar din ve vicdan özgürlüğü tanımayan hükmünün BMÇHS'ye aykırı olduğunu savunmaktadır. Zira sözleşmeye göre ana baba çocuğun olgunluk düzeyine ve gelişen yeteneklerine uygun olarak çocuğa yön göstermekle yükümlü olsa da, çocuk düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü haizdir.

Dural/Öğüz/Gümüş'e göre⁶⁹ Medeni Kanun'da ana babaya çocuğun dinini belirleme hakkı verilse de, bunun kapsam ve sınırını velayet hakkı belirleyecek; ana babanın bu kapsam dışına çıkması ve çocuğun yararına aykırı davranışlar sergilemesi çocuğun kişilik haklarının ihlal edilmesine yol açacaktır. Yetik'e göre ise⁷⁰ kişi ergin olması durumunda dinini kendi hür iradesi ile seçme hakkını haizdir ve ileride yeni bir din seçtiğinde bu yeni inancına göre yaşamasını sınırlandıracak zorlukları kanun emredemeyeceğinden kanunun bu hükmü emredici nitelikte olamaz.

Kanımızca Medeni Kanun'da velayet hakkını haiz olan ana babanın çocuk üzerinde çocuğun lehine olmak kaydı ile belirli hak ve ödevleri üstlenmiş olmalarına paralel olarak düzenlenmiş olan bu hükmün ilk bakışta Anayasa'da yer alan din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin maddeye aykırılık teşkil ettiği kanısına varılmaktadır. Ancak din kavramının hassasiyeti gereği de çocuğun bu konuda tek başına vereceği kararın çok sağlıklı olamayacağı da muhakkaktır. Hatta Köylü'ye göre⁷¹ çocukluk döneminin en belirgin özelliklerinden birisi, çocuğun kolaylıkla her şeye inanabilmesidir. Dolayısıyla bu açıdan değerlendirildiğinde kanun koyucunun bu önemli kararı ana babaya devretmiş olması haklı bir gerekçe ile izah edilebilmektedir. Ancak buna karşın doktrinde ana baba tarafından çocuğa hiçbir din eğitiminin

⁶⁷ Özüğür, a.g.e., s 575.

⁶⁸ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 241.

⁶⁹ Dural, Öğüz ve Gümüş, a.g.e., s. 346.

⁷⁰ Yetik, a.g.e., s. 123.

⁷¹ Mustafa Köylü, "Çocukluk Dönemi Dini İnanç Gelişimi ve Din Eğitimi", **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C. XLV, S. 11, (2004), s. 138.

verilmeyebileceğinin kabul edilmesi karşısında bu sav açıkça çürütülmektedir. Neticede bu yetkinin ana babaya devredilmesindeki amaç çocuğun doğru ve bilinçli olarak karar verme yetisinin oluşmaması ise ana babaya kendi din seçimleri konusunda tanındığı kadar bu kadar geniş yetkinin çocuk açısından da bahşedilmesi açıkça çelişki göstermektedir.

Diğer yandan bu evrede verilecek iyi bir eğitimle çocukta din anlayışının sağlıklı bir gelişimi sağlanabileceği gibi, yanlış ya da baskıcı bir eğitim vermek sureti ile ondaki din duygusunun körelmesine hatta dinden uzaklaşmasına da neden olunabilir. Dolayısıyla ana babanın velayet hakkı çerçevesinde baskıdan uzak tutum ile temel kavramlar üzerinde eğitim vermesi ve çocuğun bilinçlenmesini sağlaması gereklidir.⁷² Keza ana babanın çocuğa dayatmada bulunması ve bu konuda tek karar veren merci olmalarından ziyade maddenin ana babanın din seçiminde çocuğa yol gösterici bir rol üstlenmeleri şeklinde değerlendirilmesi kanımızca daha isabetli bir yaklaşımdır.

6. Çocuğun Söz Dinleme Yükümlülüğü

EMK'nın 267. maddesinde, ana ve babanın çocuklarını tedip hakkına sahip olduğu belirtilmekte, üstelik aksi görüşü savunanlar⁷³ olmakla birlikte bu hak dayanak gösterilerek ana babanın aşırıya kaçmamak kaydı ile çocuklarını dövme haklarının olduğu dahi savunulmaktaydı.⁷⁴ Hatta Yargıtay içtihatlarında da çocuğa bir dereceye kadar şiddet uygulanmasına izin veriliyordu.⁷⁵ Ancak bu hükmün yaşadığımız çağın gereklerine ve BMÇHS'nin ruhuna aykırı olduğunun bilincine varılarak TMK kapsamına bu hüküm alınmamıştır.⁷⁶ Bununla birlikte Medeni Kanun'da, BMÇHS'nin 5. maddesinde yer alan ve çocuktan hukuken sorumlu olan kişilerin sorumluluk, hak ve ödevlerine saygı gösterilmesine ilişkin düzenleme çerçevesinde

⁷² Köylü'ye göre çocukların günlük yaşamlarında karşılaşılabilecekleri somut bir varlık olmaması gerekse diğer dini inanç ve uygulamaların temelini oluşturması nedeni ile Allah inancının öğretilmesi yerinde olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bakınız Köylü a.g.m., s. 147-148.

⁷³ Sevgi Usta Sayıta, "Anne Babanın Tedip Hakkı", **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, S. 8, (1994), s. 15-18.

⁷⁴ Esat Şener, **Uygulamalı İctihatlı Nafaka Velayet Vesayet Evlatlık Babalık**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1994, s. 180.

⁷⁵ Usta-Sayıta, a.g.m., s. 17.

⁷⁶ Demir, a.g.e., s. 221.

ana ve babanın bu hakkı tamamen ortadan kaldırılmış da değildir.⁷⁷ Şöyle ki, TMK 339/II'ye göre çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür ve ana ve babasının rızası dışında evi terk etme hakkı yoktur.⁷⁸

Medeni Kanun'un gerekçesinde, velayet konusundaki bazı hükümlerin düzenlenişinde ZGB'nin 1976 tarihli değişikliğinden esinlenildiği ifade edilmiş olup, bu hakka ilişkin yeni düzenlemede de mehzaz kanunun benimsediği tutumun örnek alındığı söylenebilir.

İmamoğlu, EMK md 267 hükmünün kaldırılıp kaldırılmaması meselesinin, tedip kavramına yüklenen anlam bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Bu kapsamda, eğitim amacına hizmet eden her türlü önlem veya zorlama araçlarını içeren geniş bir anlamda tedip kavramının ele alınması halinde bu hak ve yetkinin kaldırılmayacağını, ancak bu hakkın güç kullanma sureti ile bedensel yaptırımları veya benzer biçimde şiddeti içeren her türlü ruhsal ve diğer yaptırımları uygulayabilme yetkisini içermemesi gerektiğini kabul etmektedir. Dolayısıyla bedensel cezalandırmayı ve gerekirse bununla aynı etkiyi gösteren diğer sert yaptırımları içeren dar anlamda tedip hakkının kalktığını savunmaktadır.⁷⁹ Kanımızca da çocuğun fiziksel olarak cezalandırılabileceğini de öngören bu hakkın, özellikle günümüzde çocuğun bağımsız bir kişilik kazanması gerektiğine ilişkin anlayışa ve her hâlükârda çocuğun korunması ve yararını öncelikle dikkate alan temel zihniyete açıkça ters düşmektedir.

Akyüz'e göre bu hükmün değiştirilerek yeniden düzenlenmesinin amacı ana babanın eğitim görevini gereği gibi yerine getirmesini sağlamaktır. Hüküm aynı zamanda, ana babaya çocuğu eğitirken uygun araçlara başvurabilme yetkisini de vermektedir. Ancak veli, eğitim araçlarının seçiminde çocuğun yüksek yararını gözetmeli, onurunu zedeleyecek ruh ve beden sağlığına zarar verecek her türlü davranışta bulunmaktan kaçınmalıdır.⁸⁰

⁷⁷ Köseoğlu ve Kocaağa, a.g.e., s 432.

⁷⁸ Çelik, a.g.m., s. 262.

⁷⁹ İmamoğlu, Yeni..., a.g.m., s. 186-188.

⁸⁰ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 242-243.

Öte yandan çocuğun ana babasının sözünü dinleme yükümlülüğü velayetten doğan görevlerin amacı ve çocuğun kişilik hakları ile sınırlıdır. Veli, ancak çocuğun yararına olan kararlara uymasını beklemelidir. Bu itibardır ki, çocuğun ana babasının kişilik hakkına ve yararına aykırı istekleri ile bedensel ve ruhsal gelişimini tehlikeye sokacak isteklerine uyma zorunluluğu bulunmamaktadır.⁸¹ Hatta çocuk, bu durumda TMK md 346'ya göre hakimin müdahalesini isteme hakkına da sahiptir.⁸² Bununla birlikte çocuk, şayet haklı bir sebep olmaksızın ana babasının kararlara uymaktan kaçınırsa, bu halde, ana babanın çocuğun korunması ve yerleştirilmesine ilişkin düzenlemeleri içeren TMK md 346 ve 347 hükümlerine dayanarak başvuruda bulunma hakkı vardır.

B. Çocuğun Temsiline İlişkin Yetki ve Görevler

1. Temsil Yetkisinin Kapsamı ve Sınırı

Ana baba, çocuk üzerinde velayet hakları devam ettiği ve temsil yetkileri alınmadığı sürece aile mahkemesinden izin alınmasına gerek olmaksızın üçüncü şahıslara karşı hukuki işlemlerde küçükleri temsil edebilirler (Gerçek ve dar anlamda temsil)⁸³. Ancak küçük, ayırt etme gücünü haizse, yapılan işlemler nedeni ile işlem yapılmadan önce ya da en geç işlem yapım sırasında mümkün olduğunca çocuk bilgilendirilmeli ve çocuğun görüş ve düşüncelerine başvurulmalıdır (TMK md 450). Yargıtay'ın son yıllardaki içtihatları⁸⁴ ergin çocuğun kısıtlanarak ana babasının velayeti altına konulduğu halde dahi velinin vesayet makamının iznini alması gerekmediği yönündedir. Küçüğün ayırt etme gücünü haiz olduğu durumda, ana baba, onun yaptığı hukuki işleme izin ya da onay vererek veyahut işleme katılarak da işlemi geçerli hale getirebilir (Geniş anlamda temsil).⁸⁵

TMK'nın 342. maddesinin üçüncü fıkrasında vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin, velayetteki temsilde de

⁸¹ Dural, Öğüz ve Gümüş, a.g.e., s. 345.; Köseoğlu ve Kocaağa, a.g.e., s. 433.; Çocuk genel ahlaka ve hukuka aykırı nitelikte olan isteklere itaat etmeyi reddedebilir. Özmen, a.g.e., s. 53.

⁸² Çelikel, a.g.e., s. 46.

⁸³ Şener, Vesayet..., a.g.e., s. 218.; Baygın, a.g.e., s. 298.

⁸⁴ Baygın, a.g.e., s. 301 .

⁸⁵ Baygın, a.g.e., s. 298.

uygulanacağı düzenleme altına alınmıştır. Kanun koyucu tekrara girmek yerine, çocuğun temsiline ilişkin düzenlemeleri, kısıtlıların temsiline ilişkin düzenlemeleri içeren 448-453. maddelere gönderme yaparak düzenlemiştir.⁸⁶ Bu kapsamda veli üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisi olmakla beraber, çocuk adına önemli tutarda bağışlamada bulunmaz, vakıf kurmaz ve kefil olamaz. Ayırt etme gücüne sahip küçük, velisinin açık veya örtülü izni veya sonraki onaması ile yükümlülük altına girebilir veya bir haktan vazgeçebilir. Yapılan işlem diğer tarafın belirlediği veya başvurusu üzerine hakimın belirleyeceği uygun bir süre içinde onanmazsa, diğer taraf bununla bağlı olmaktan kurtulur (TMK md 451). Velinin onamadığı işlemlerde taraflardan her biri verdiği geri isteyebilir. Ancak, velayet altındaki küçük, sadece kendi menfaatine harcanan veya geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarı ile ya da iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmış olduğu miktarla sorumludur. Küçük, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zarardan da sorumlu olur (TMK md 452). Velayet altındaki çocuğa velisi tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumludur (TMK md 453).

Veli, temsil yetkisini kullanırken çocuğun yararını ön planda tutmak ve önemli konularda olgunluğu ölçüsünde çocuğun görüş ve düşüncelerini dikkate almak zorundadır. Zira ana babanın temsil yetkisinin çerçevesini çocuğun yararı belirler. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki, velinin çocuğu borç altına sokan ama aynı zamanda da ona hak bahşeden bir sözleşmeye izin ya da onay vermek zorunda olup olmadığı hususu da değerlendirilmelidir. Kanımızca bu soruya genelgeçer bir yorum yapmak söz konusu olmayıp, her somut olayda bu hususun ayrıca ve özel olarak değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki, ana babanın temsil yetkisini kullanırken her şeyden önce göz önünde bulundurmaları gereken nokta çocuğun üstün yararadır. Dolayısıyla şayet çocuğu borç altına sokan durum çocuk için büyük bir külfet yüklemiyorsa, bir diğer deyişle çocuğa hukuki işlemin getirisi, borç ve

⁸⁶ Ahmet M. Kılıçoğlu, **Medeni Kanunumuzun Aile Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yeniliklikler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004, s. 156.

yükümlülüklerinden daha fazla ve değerli ise velinin çocuğun menfaati gereği izin ya da onay vermesi gerekmektedir.

Küçük, gerek ana babasının yasal temsilci sıfatı ile onun adına ve hesabına yaptığı hukuki işlemlerden doğan borçlardan gerekse ana babasının rızası ile tek başına yapmış olduğu hukuki işlemlerden doğan borçlardan kendi malvarlığı ile sorumludur. Ancak şayet ana babanın bakım ve eğitim borcu kapsamında farzı misal çocuğun okul eğitimi için çocuk yararına fakat kendi adlarına yapmış olduğu bir hukuki işlem söz konusu ise, bu halde sorumluluk işlemi yapan ana ve/veya babadır.⁸⁷

a. Ayırt Etme Gücünü Haiz Küçüğün Temsili ve Hukuki İşlem Ehliyeti

TMK md 342'e göre velayet hakkına sahip olan ana ve(veya) baba üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisi olup, çocukları adına ve hesabına karşılıklı ve karşılıksız hukuki işlemleri gerçekleştirebilmektedir. Ancak velinin de çocuk adına önemli tutarda bağışlamada bulunması, vakıf kurması, kefil olması (TMK md 449), rekabet yasağı sözleşmesi (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md 444/I) yapması yasaktır. Veli bu işlemleri çocuk adına ve hesabına yapamayacağı gibi, çocuğun yapmış olduğu işlemlere onay vererek de bu işlemleri geçerli kılamaz. Keza bu işlemlerin çocuğa atanacak olan kayyım aracılığıyla da yapılması mümkün değildir. Bununla birlikte, çocuğun kefalet sözleşmesine alacaklı sıfatı ile taraf olması, örf adetler ve çocuğun ekonomik durumuna göre önemli olmayan, alışılmış bağışlamada bulunması ya da ayırt etme gücünü haiz ve on beş yaşını doldurması halinde vasiyetname yolu ile vakıf kurması mümkündür. Bağışlamanın çocuğa yükümlülük getirmesi ya da şartlı olması halinde ise yine velinin rızası aranmaktadır (TMK md 16/451).⁸⁸

Ayırt etme gücü olmadığından tam ehliyetsiz olan küçüğün yasal temsilcisi tarafından yapılmayan iş ve işlemlerin daha sonradan izin ya da onay ile geçerli hale gelmesi mümkün değil iken, ayırt etme gücünü haiz küçüğün yani sınırlı ehliyetsiz

⁸⁷ Baygın, a.g.e., s. 300.

⁸⁸ Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2006, s. 55.

küçüğün yapmış olduğu hukuki işlemler velinin, işleme izin ya da onay vermesi ile geçerli olabilmektedir (TMK md 16). Dolayısıyla ayırt etme gücü olan küçük; kefalet, bağışlama, vakıf kurma ve rekabet yasağı dışında kendisini borç altına sokan her türlü işlemi velisinin rızası ile yapabilmektedir.⁸⁹

Yasal temsilcinin çocuğa işlem yapmadan önce izin vererek işlemi geçerli hale getirmesi mümkündür. İzin verme tüm hukuki işlemleri kapsayacak şekilde genel bir izin olarak değerlendirilemez; ancak geziye katılan çocuğa para verilerek çocuğun bu seyahat sırasında borçlandırıcı işlem yapma konusunda yetkili kılınması gibi belli konularda izin verilmesi kabul edilmektedir.⁹⁰ Yasal temsilciden izin alınmadan yapılan işlemlerde ise, onay süresince işlem askıda hükümsüz olup, temsilciden izin alınmadığı sürece işlem çocuk açısından hüküm ve sonuç doğurmaz; fakat karşı taraf işlemle bağlıdır. Karşı tarafın ya da başvuru halinde hakimin verdiği süre içerisinde yasal temsilcinin onay vermesi halinde işlem, baştan itibaren geçerli bir hukuki işlemmiş gibi geçerlilik kazanır. Temsilcinin onay vermediği ya da sürenin susarak geçirildiği durumda ise, tek taraflı bağlayıcılık da sona ererek işlem baştan itibaren hükümsüzleşir ve karşı taraf da bağlı olmaktan kurtulur (TMK md 451).⁹¹ Bununla birlikte yasal temsilcinin işlemi onamaması halinde işlemin karşı tarafının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre verdiklerini geri isteme hakkı bulunmaktadır.⁹² Ancak, velayet altındaki küçük, sadece kendi menfaatine harcanan veya geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarı ile ya da iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmış olduğu miktarla sorumludur.

⁸⁹ Özüğür, a.g.e., s. 576.; Kılıçoğlu, Medeni Hukuk..., a.g.e., s. 306-307.; Baygın'a göre TMK md 345'te çocuğu borç altına sokan işlemlerden bahsediliyorsa da hükmün kapsamına tasarruf işlemleri de girmektedir. Bu bağlamda çocuk ile velisi arasında yapılan satış, ortaklık veya miras paylaşma sözleşmesi gibi borçlandırıcı işlemlerin yanı sıra çocuğa ait bir taşınmaz üzerinde velisi lehine bir irtifak hakkı kurulması gibi tasarruf işlemleri de girmektedir. Baygın, a.g.e., s. 306; Usta sadece borçlandırıcı işlemlerini değil, hak kaybına yol açabilecek her türlü tasarruf, feragat, makbuz verme ve külfet altına sokabilecek bildirimlere ve yenilik doğurucu bildirimlere muhatap olma gibi tasarruf işlemlerini de kapsadığını kabul etmektedir. Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 155.; Aynı görüş için Helvacı, a.g.e., s. 51.; TMK md 451/T'de sadece yükümlülük değil, aynı zamanda bir haktan vazgeçilmesi ibaresi de yer almaktadır. Dolayısıyla haktan vazgeçmenin geniş yorumu ile bu kavramın bir hakkını bir ayni hak ile kayıtlama tasarruf işlemlerini ve bir sınırlı ayni hakkı varsa bundan feragat işlemlerini de kapsadığını ve bu işlemlerin sınırlı ehliyetsiz tarafından gerçekleştirilmesi halinde temsilcinin izin ya da onamasının gerektiğini kabul etmek gerekir. Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan-Oğuztürk, **Kişiler Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 37

⁹⁰ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 156.

⁹¹ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 156.

⁹² Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, Aile... a.g.e., s. 163-164.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler kendilerini borç altına sokmayan işlemleri de yasal temsilcileri olmadan yapabilirler.⁹³ Yani ayırt etme gücü olmayan küçükler kazandırıcı işlem ehliyetini haiz olmamakla birlikte, ayırt etme gücünü haiz küçükler kazandırıcı ve karşılıksız hukuki işlemlerde bu ehliyete sahiptirler; kanunî temsilcilerinin rızasına lüzum olmaksızın, bir edimi alma, alacağı tahsilde ihbar çekme, ayıbı ihtar etme gibi⁹⁴ kendilerini borç altına sokmayan, münhasıran malvarlığını artıran muamelelerde taraf olabilirler.⁹⁵ Ancak kendilerini borç altına sokan ya da bir hak kaybına neden olan işlemlerde aynı yetkileri yoktur. Bu hallerde yasal temsilcilerin rızası gerekmektedir.

Ayırt etme gücüne sahip küçük, kişilik hakları ile ilgili işlem yaparken kural olarak velinin rızasını almak zorunda değildir ve bu haklar çocuk adına veli tarafından kullanılamaz. Ancak sınırlı ehliyetsizlerin korunması amacı ile bazı işlemlerde velinin izni gerekmektedir. Misalen nişanlanma, evlenme, evlilik dışı çocuğu tanıma, mal rejimi sözleşmesi yapma, derneğe üye olma, ölüme bağlı tasarrufta bulunma gibi mutlak kişiye sıkı biçimde bağlı hakların kullanılmasında karar verme yetkisi bizzat hak sahibine tanınmıştır (TMK md 16/II); ancak bu konularda velinin rızası aranmaktadır.⁹⁶ Kişiliği koruyucu davalar, yaş ve isim düzeltme davaları ve acil olmayan tıbbi müdahalelere izin verme örnekleri ile nispi kişiye sıkı biçimde bağlı haklar ise küçük tarafından bizzat kullanılabilirdiği gibi, veli de küçük adına ve hesabına kullanabilir.⁹⁷

İbra edilen bakımından kazandırıcı işlem olan borçtan kurtarma (ibra) sözleşmesi yapılabilmektedir. Dolayısıyla küçük, lehine olan ibrayı yasal temsilcisinin rızası olmaksızın kabul edebilmektedir. Keza sınırlı ehliyetsiz, ölüme bağlı tasarruf yolu ile

⁹³ Aksi görüş Serozan, a.g.e. s. 283. veli yasal temsilci sıfatıyla küçüğe bağış gibi sadece yarar sağlayan işlemleri de küçüğün hediye ile baştan çıkarılmasını önleme gayesi ile veto imkanı mevcuttur.

⁹⁴ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 157.; Helvacı, a.g.e., s. 56.

⁹⁵ Karşılıksız kazanma olarak bağışlamayı kabul eden sınırlı ehliyetsizin bu kabulü bağışlama vaadi, elden bağışlama ya da ifa edilmiş bir bağışlama olması fark etmeksizin yasal temsilcisinin bozucu yenilik doğuran bir beyanı -veto- ile hükümden düşürülebilmektedir. Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, Kişiler... a.g.e., s. 33; Şakir Berki, "Türk Medeni Kanununda Küçüklerin Ehliyeti" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1-4, (1967), s. 136.

⁹⁶ Baygın, a.g.e., s. 314. Mutlak kişiye sıkı biçimde bağlı hakların kullanılmasına karar verirken küçüğün yasal temsilcisi ile birlikte hareket etmesi gerekir, yani velinin rızası aranmaktadır. Ancak küçük yasal temsilcisinin izni olmadan nişanı bozabilir ve on beş yaşını doldurmuşsa ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir.

⁹⁷ Serozan, a.g.e., s. 279.; Baygın, a.g.e., s. 315.

malvarlığında tasarrufta bulunabilir. Ancak bunun için kanunda sınırlamalar söz konusudur. Şöyle ki, bunun için TMK md 502 gereğince on beş yaşının doldurulmuş olması ile ayırt etme gücünün varlığı aranmaktadır. Bununla birlikte çocuk, bir miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarruftan yararlanan taraf da olabilir.⁹⁸

Sınırlı ehliyetsiz istisnai olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda (TMK md 16/II)⁹⁹, bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilen işlemlerle ilgili davalarda (TMK md 359, 462/7, 453) ve tasarruf yetkisi kendisine verilmiş olan davalarda dava ehliyetine sahip olarak davacı ya da davalı olarak her türlü yargılama işlemini kimseden izin ve onay almadan tek başına yapabilmektedir. Küçükler, yapmış oldukları işlemler nedeni ile açılan davaları kendilerinin tayin edecekleri bir avukat aracılığı ile de takip ettirebilmektedirler. Diğer yandan bu davalar çocuk adına yasal temsilcisi sıfatıyla velisi tarafından da açılabilir, ancak bu halde ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası alınmadan ya da onların rızaları olmamasına rağmen açılmaz. Küçüğün rızasının alınmasının mümkün olmadığı hallerde ise TMK md 376/I kıyasen uygulanarak dava, çocuğun hakkının korunması gerekçesi ile açılabilir. Bu konuya ilişkin de bir istisna getirilmiş ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) md 234/II ile 25.1.1996 tarihinde imzalanan ve 1.7.2000 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (ÇHKAS) md 9'da çocuğun bir suçun mağduru olduğu ve mağdur-şikâyetçi olarak bir vekili bulunmadığı durumda talebi aranmaksızın bir vekilin görevlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.¹⁰⁰

Ayırt etme gücüne sahip küçükler, kendi işlemlerinden ve haksız fiillerinden doğan zarardan kendi malvarlıkları ile kişisel olarak sorumludur (TMK md 16/II). Çocuk kendisini fiil ehliyetine sahip gibi göstererek işlemin karşı tarafını yanıltmış ve bu yüzden zarara uğramasına neden olmuşsa karşı tarafın bu yüzden uğradığı zarardan sözleşmeye aykırılık yerine haksız fiil nedeni ile sorumlu tutulur.¹⁰¹

⁹⁸ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 158.

⁹⁹ Serozan, a.g.e., s. 282.; şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olmakla birlikte yargısal erginlik kazanma, nişanlanma, evlenme, tanıma, evlatlık olma, isim değiştirme gibi ciddi ve önemli tasarruflarda bulunulurken yine velinin olurunun alınması gerektiğini kabul etmektedir.; Aynı görüş Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, Kişiler... a.g.e., s. 34 Kanuni temsil düşmanlığı olmasına rağmen nişanlanma, evlenme gibi işlemlerde yasal temsilcinin muvafakat etmesi gerekmektedir.

¹⁰⁰ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 103-104.

¹⁰¹ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 161.

Çocuk kendi malları üzerinde yaptığı işlemler nedeni ile sadır olan borçlarından yine kendi malvarlığı ile sorumludur ve ana babanın çocuğun malları üzerindeki hak ve yetkiye sahip olması etki etmemektedir. Yani bu durumda alacaklıların hakları öncelikli olup, ana babanın çocuğun malvarlığı üzerinde yönetim ve yararlanma hakkı sonra gelir. Ancak ayırt etme gücü olan küçüğün, ana babasının rızası ile yaptığı işlemlerden dolayı borç altına girmesi durumunda ana ve baba da yasal temsilcisi olarak sorumluluk altındadırlar.¹⁰²

b. Ayırt Etme Gücünü Haiz Olmayan Küçüğün Temsili ve Hukuki İşlem Ehliyeti

Ayırt etme gücünden yoksun olanların her ne kadar miras edinebilmeleri gibi hukuki işleme hacet olmayan durumlarda hak kazanmaları mümkün iken, hukuki işlem yolu ile hak kazanmaları ve borç altına girmeleri söz konusu değildir ve yapılan işlemler kesin hükümsüzdür. Diğer bir deyişle, küçüğün herhangi bir olayda ayırt etme gücünün olmaması nedeni ile tam ehliyetsiz birisi olarak yapmış olduğu hukuki işlemler hiçbir sonuç doğurmamakla birlikte, yapmış olduğu haksız fiiller ve borca aykırı davranışlar dolayısıyla da sorumlu tutulması söz konusu değildir.¹⁰³ Küçük, yasal temsilcisi aracılığı ile hak kazanır ya da borç altına girer. Ancak ayırt etme gücünün varlığı nispi olduğundan küçüğün bir olay için ayırt etme gücünün varlığından bahsedebilecek iken, başka bir olayda ayırt etme gücünün olmadığı ileri sürülebilmesi imkan dahilindedir, bu nedenle her somut olayın ayrıca irdelenmesi gerekmektedir.¹⁰⁴

Ayırt etme gücü olmayan küçükler hakkında hukuken hüküm ve sonuç doğurabilecek nitelikte işlemleri veli yapacak olmakla birlikte, velinin, her durumda çocuğu adına ve hesabına işlem yapması yasaklanmıştır. Şöyle ki TMK md 449'da

¹⁰² Kılıçoğlu, Medeni Hukuk..., a.g.e., s. 307.

¹⁰³ Ancak Borçlar Kanunu'nda sayılan kusursuz sorumluluk hakkaniyetin ve sebepsiz zenginleşme hükümleri gerekli kılıyorsa tam ehliyetsiz de başkasına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Ana baba da sınırlı ehliyetsiz veya tam ehliyetsiz olan ve ev halkından olan küçüğün kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur. Çocukların zarardan borca aykırılık veya zarardan doğan kişisel sorumlulukları ile ev başkanlığından doğan sorumluluğu müteselsil sorumluluktur. Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 161-162.

¹⁰⁴ Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, Aile... a.g.e., s. 163.

hüküm altına alındığı üzere, çocuk adına ve hesabına hakim izni ile dahi olsa önemli tutarda bağışta bulunma, vakıf kurma, kefil olma gibi hukuki işlemler gerçekleştirilemeyeceği gibi rekabet yasağı konusunda anlaşma yapılması hali de söz konusu değildir. Zira sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin yapamayacağı işlemleri tam ehliyetsizin yasal temsilcisinin evleviyetle yapamayacağını kabul etmek gerekir.¹⁰⁵ Keza evlenme, nişanlanma gibi şahsa mutlak biçimde sıkı sıkıya bağlı işlemleri kurma yetkisi de bulunmamaktadır. Bu haklar açısından yasal temsil düşmanlığı yanında iradi temsil düşmanlığı da bulunmaktadır. Zira burada yasal temsilcinin iradesi yeterli olmamakla beraber tam ehliyetsizin de bu yönde bir karar vermek için iradi yeteneği de bulunmamaktadır.¹⁰⁶

Burada belirtmekte fayda var ki, kanunda tam ehliyetsizin korunacağı haller olarak salt bu durumların gösterilmesi hükmün amacına ulaşmasına engeldir. Bu bağlamda temsilci tarafından işlem yapılamayacak konularda genel bir çerçeve çizilmesi doktrinde¹⁰⁷ de kabul edildiği gibi daha yerinde bir düzenleme olacaktır.

c. Çocuğun Aileyi Temsil Etmesi

Velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir. TMK'nın 344. maddesinde düzenleme altına alındığı üzere ayırt etme gücüne sahip küçük, ana ve babasının örtülü ya da açık rızası ile ailesi adına hukuki işlemler yapabilir ve bu işlemler nedeni ile veli borç altına girer.¹⁰⁸ Ana babanın birlikte velayet hakkı olduğu durumda her ikisinin, velayet hakkının ana ya da babadan birisine ait olduğu durumda sadece velinin izni yeterlidir. İzin ya da sonradan onay verilmemesi halinde işlem hukuken geçersiz hale gelir. Üçüncü kişileri hukuken bağlamayacağından üçüncü kişiler, bu işlemler nedeni ile çocuğa verdiklerini geri alabilirler. Eğer çocuk verileni kısmen kullanmışsa harcadığı miktar ya da geri verme zamanında elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür. Çocuğun kötü niyetli olması

¹⁰⁵ Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, *Kişiler...* a.g.e., s. 32

¹⁰⁶ Serozan'a göre ana baba nişanlılık ya da evlilik ilişkisini kurup bozamaz ya da ölüme bağlı tasarruf düzenleyemez ancak çocuğa yaşamsal açıdan önem taşıyan bir cerrahi müdahalede bulunulacağı sırada ana babanın çocuğu temsilen ameliyata olurlarını verebilmeleri gerekir. Serozan, a.g.e., s. 275.

¹⁰⁷ Serozan, a.g.e., s. 275.

¹⁰⁸ Akyüz, *Çocuk...*, a.g.e., s. 263.; Yetik, a.g.e., s. 127.; Dural, Öğüz ve Gümüş, a.g.e., s. 348.

halinde ise elden çıkan mallardan da sorumluluk altındadır. Çocuk tam ehliyetsizse yapılan iş ve işlemler hukuken geçersizdir.

TMK'nın 344. madde hükmünün uygulanması için çocuğun hukuki işlemi aileyi temsilen yapması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, çocukla hukuki işlem içerisinde bulunan üçüncü kişinin yapmış olduğu edim doğrudan doğruya aile bireylerinin ortak çıkarlarına hizmet etmelidir. Dolayısıyla çocuğun ailenin ihtiyacı doğrultusunda yakacak ya da yiyecek alması halinde, bu işlemler nedeni ile veli borç altına girmektedir. Keza çocuk, ana babanın bakım, eğitim ve gözetim borcu kapsamına giren bir işlemi ana babasının rızası ile bizzat gerçekleştiriyorsa, bu durumda da ailenin temsili söz konusudur. Bununla birlikte hukuki işlemin konusu ana ya da babanın mesleki faaliyeti, kişisel alanı vs ile ilgili ise, bu durumda ailenin temsilinden söz etmek mümkün değildir.¹⁰⁹

d. Temsil Yetkisinin Sınırlandığı Haller

Çocuğun ana ya da babası ile arasındaki veyahut çocukla ana babanın menfaatine olacak şekilde üçüncü kişi arasındaki hukuki işlemlerde çocuğun borç altına girmesi özellikle küçükle ana babanın menfaatlerinin çatışması halinde tayin edilme zorunluluğu olan ve küçüğü bu işlemlerde temsil eden kayyımın işlemlere katılmasına ve yapılan işlemin hakim tarafından onaylanmasına bağlıdır.¹¹⁰ TMK'nın yukarıdaki düzenlemeyi içeren 345. maddesi bu hali ile eski kanun metnine paralellik göstermiş ve fakat hususi vasi ibaresi yerini kayyım ibaresine bırakmıştır.

Ana baba ile çocuğun bir sözleşmenin karşılıklı iki tarafını oluşturmaları halinde, ana babanın kendileri adına asaleten ve çocuk adına temsilen hareket etmeleri kısıtlandığı gibi, velayete sahip ana ya da babanın almış olduğu kredi borcuna karşılık çocuğun taşınmazı üzerinde alacaklı banka lehine ipotek kurulması veya çocuğun ana babasının borcuna kefil olması gibi hallerde de bu yetki kısıtlanmakta ve işlemlerin

¹⁰⁹ Baygın, a.g.e., s. 317.

¹¹⁰ Kılıçoğlu, Medeni Hukuk..., a.g.e., s. 307.; Özuğur, a.g.e., s. 578.; Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 104.; Berki, Türk..., a.g.m., s. 135.

hukuken geçerliliği kayyımın işleme katılmasına ve hakimin onayına bağlı olmaktadır.¹¹¹

Çocuğun ana ya da babası ile arasındaki veyahut çocukla ana babanın menfaatine olacak şekilde üçüncü kişi arasındaki hukuki işlemlerin haricinde velayete sahip ana baba ile çocuk arasında menfaat çatışması meydana gelirse TMK md 345 değil, TMK md 426 b 2 hükmü uygulanacak ve temsil kayyımı atanacaktır. Farzı misal velayete sahip ana ya da babanın çocukla birlikte mirasçı olması halinde yasal temsilci sıfatı ile çocuk adına mirasın reddedilmesi bakımından TMK md 426 b 2 hükmü uygulama alanı bulacaktır.¹¹²

Kayyım, iş ve işlemlerden önce özel yetki verilerek ve verilen yetkinin sınırları açıkça belirlenerek çocuğun yerleşim yerindeki vesayet makamı (sulh hukuk mahkemesi) hakimince tayin edilir. Kayyım, menfaat çatışması halinde çocuğun yararını koruyabilmek adına yapılacak işlemlere bizzat katılır, yapılan işlemlerin bir örneğini vesayet makamına ibraz ederek onayını alır. İşlemler aynı zamanda kayyımı da atayan hakimin onaması ile geçerlilik kazanır.

e. Çocuğun Tek Başına ya da Birlikte Temsili

Çocuğun kişi ve malvarlığının korunup gözetilmesi genelde yasal temsil yetkisi ile olmaktadır. Bu bağlamda ana baba ya çocuk adına ve hesabına hareket ederler ya da ayırt etme gücü olan çocuğun işlemlerine yasal temsilci sıfatı ile izin veya işleme sonradan onay vererek dahil olurlar.¹¹³

Temsilde çıkar çatışması olmadığı sürece çocuğun temsil yetkisine sahip olan ana ve(veya) babanın her türlü hukuki işlemi çocuğun ad ve hesabına yapma yetkisi olup, çocuğun velayeti şayet ana ya da babasından birinde ise velayete sahip olan taraf çocuğu tek başına temsil edebilmektedir. Ana babanın ikisinin de velayet hakkını haiz olması halinde çocuk birlikte temsil edilecektir. Ancak birlikte hareket edilmesi ile ana babanın aynı anda hareket etmesi amaçlanmamış, çocuk adına yapılacak

¹¹¹ Baygın, a.g.e., .s. 307.; Dural, Ögüz ve Gümüş, a.g.e., s. 348.

¹¹² Baygın, a.g.e., .s. 309-310.

¹¹³ Serozan, a.g.e., s. 272.

hukuki işlemlerde her ikisinin de rızasının olması öngörülmüştür. Ana babadan biri diğerine belli bir işin yapılması için izin verebileceği gibi, yapılmış olan işleme sonradan onay da verebilir.¹¹⁴

İşlemin tek kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde TMK'da iyi niyetli üçüncü kişileri korumak için iyi niyet karinesi getirilmiş ve 342. madde ile ana babanın tek başına da çocuğu temsilen işlem yapabileceği ve aksi ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece de diğer eşin buna rıza göstermiş sayılacağı kabul edilmiştir.¹¹⁵ Rızası olmayan diğer eş ise, üçüncü kişinin iyi niyetli olmadığını kanıtlamakla yükümlüdür. Zira karinenin aksini iddia eden, bunu ispatla yükümlüdür. Bu durumda üçüncü kişinin iyi niyetli olmadığı ve diğer eşin işleme rızasının bulunmadığını bildiği ya da gereken özeni gösterseydi bilebilecek durumda olduğu ispat edilmedikçe yapılan işlem geçerlidir.¹¹⁶

Temsil yetkisinin tek başına kullanılması durumunda, temsil yetkisinin sınırının aşılmış olmadığı, çocuğun yararı ve üçüncü kişinin iyi niyetinin varlığı her somut olayın niteliğine göre tayin edilecektir. Doktrinde bir görüşe¹¹⁷ göre çocuğa ait bir taşınmazın kiraya verilmesi gibi yönetim için zorunlu olan olağan işin ana ya da baba tarafından tek başına yapılması durumunda üçüncü kişiler iyi niyetle diğer eşin rıza gösterdiğini kabul etmekte haklı iken, çocuk için ağır külfet gerektirecek olan davanın açılması ya da ağır bir tıbbi müdahalede bulunulması gibi hallerde aynı durum söz konusu değildir.

2. Temsil Yetkisinin Sınırının Aşılmasının Sonuçları

Ana babanın, çocuklarını temsil edebilmeleri için öncelikle velayet hakkına sahip olmaları gerekmektedir. Aksi takdirde, velayet hakkı kaldırılan ana veya babanın çocuk adına yaptıkları işlem hukuken geçersiz sayılacaktır.

¹¹⁴ Baygın, a.g.e., s. 301-302.

¹¹⁵ Şeref Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, Özel Sayı, (2007), s. 393.; Kılıçoğlu, Medeni Hukuk..., a.g.e., s. 307.; Köseoğlu ve Kocaağa, a.g.e., s. 433.

¹¹⁶ Çelikel, a.g.e., s. 47.

¹¹⁷ Kılıçoğlu, Medeni Kanunumuzun..., a.g.e., s. 154.

TMK md 342/I'e göre bu yetkinin sınırları, velayetin verdiği hak ve yetkinin sınırlarını aşamaz. Dolayısıyla veli, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve mallarının yönetimi için gerekli bulunan işlemleri çocuk adına yapabilir. Bu konuda Medeni Kanun'da temsilde uygulanacak kurallar için özel bir düzenleme öngörülmemiş, TMK md 342/III ile vesayet makamının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin velayetteki temsilde de uygulanacağı atıf sureti ile belirtilmiştir. Bu hüküm kapsamında temsilde uygulanacak olan hükümler velayette de uygulanacaktır. Ancak veli, özel düzenleme olmadığı sürece kural olarak bu sıfatla hareket ederken yapmış olduğu işlemlerde hakimın iznini almak zorunda değildir.

Veli, temsil yetkisini kullanırken çocuğun yararı ve çocuğun görüşlerinin dikkate alınması gerektiği ilkelerine riayet etmeli; temsil yetkisinin kapsamı çocuğun çıkarları ile belirlenmiş olan kapsamı ile örtüşmelidir. Bu hükmün neticesi olarak velayetin çocukların yararı ile belirlenmiş olan sınırlarını aşan hukuki işlemde de yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaktadır. Yani çocuğun çıkarı ile bağdaşmayan temsil işlemi çocuk için bağlayıcılık teşkil etmez ve yetkisiz temsil hükmüne kıyasen veli iyi niyetli üçüncü kişinin zararını tazmin eder.¹¹⁸ Üçüncü kişi, velinin temsil yetkisinin sınırını aştığını bilmiyorsa ya da hal ve şartlara göre gereken özeni gösterseydi dahi bilecek durumda değilse sözleşmenin geçersiz olması nedeni ile uğramış olduğu menfi zararın tazminini talep edebilir. Hatta veli kusurlu ise hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde müspet zararının tazminini de talep hakkı mevcuttur.¹¹⁹

Velinin çocuk lehine tanınan hakları kullanmadığı ya da çocuğun yararına olan işlemlere izin vermeyerek çocuğun mağduriyetine neden olduğu hallerde TMK md 346'ya göre temsil yetkisinin kötüye kullanıldığının kabulü gerekmektedir. Bu halde çocuğun yapılmasını istediği işlemle ilgili olarak kayyım ile temsil edilmesi ve koşullarının olması halinde koruma tedbirlerine de başvurulması mümkündür.¹²⁰

¹¹⁸ Serozan'ın yetki taşkınlığı olarak ifade ettiği bu durumda ana babanın BK md 46 ve 47 kapsamında tazminat sorumluluğuna da gidilebilmelidir. Üstelik bu tazminat sorumluluğu BK md 116 kapsamında küçük çocuğa da yansıtılamaz. Ayrıntılı bilgi için bkz Serozan, a.g.e., s. 273.

¹¹⁹ Baygın, a.g.e., s. 304.

¹²⁰ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 154 .

Velinin temsil yetkisinin bulunmadığı ve TMK md 449 ve diğer kanunlarda öngörülen yasaklamalara aykırı olarak yaptığı hukuki işlemlerin yaptırımını onayla düzeltilebilecek askıda hükümsüzlük değil, butlandır.¹²¹ Zira sınırlı ehliyetsize yararlarla birlikte yükümlülük de getirecek işlemler askıda hükümsüzdür. Bununla birlikte kanunda belirtilen bazı işlemlerin ise sınırlı ehliyetsizin yararına olmayacağı düşünülmüş ve bu işlemlerin gerek küçüğün gerek temsilcisinin gerekse her ikisinin birlikte yapması halinde işlemin batıl olacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla çocuk adına önemli tutarda bağışlamada bulunulması, vakıf kurulması, kefil olunması ya da rekabet yasağı sözleşmesi yapılması hallerinde işlem batıl olacaktır.

Çocuğu ilgilendiren davalarda velisi ile çocuk arasında dava konusu üzerinde menfaat uyuşmazlığı söz konusu ise yasal temsilci sıfatı ile velinin çocuğu davada temsil etme yetkisi yoktur. Bu durumda hakim re'sen çocuğu davada temsil etme üzere bir kayyım atanmasına karar verecektir (TMK md 426/I, ÇHKAS md 4/1-2, BMÇHS md 12).¹²² Vasi gibi kayyım da temsil ettiği ya da mallarını yönettiği kişilerin üçüncü kişilerle ilgili işlemlerinde hak ve menfaatlerini korumakla yükümlü olduğundan, temsilci sıfatı ile kayyım, adli merci önündeki çocuğu ilgilendiren davada, çocuğun yararına ters düşmemek kaydı ile gerekli her türlü bilgiyi vermeli ve çocuğun görüşü ile bu görüşün uygulanmasının olası sonuçlarını adli merciinin bilgisine sunmalıdır.¹²³

C. Çocuğun Malvarlığına İlişkin Yetki ve Görevler

1. Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanılması

Roma Hukuku'nda vasinin esas anlamda kendisine güvenilerek çocuğun ya da kadının mamelekinin yönetiminin bırakıldığı kişi olarak kabul edildiği anlayış,

¹²¹ Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, *Kişiler...* s. 32; Baygın, a.g.e., s. 313.; Aksi görüş Serozan'a göre yasak işlemlerin gerçekleştirilmesi halinde işlemin baştan kesin hükümsüz sayılması amacı aşmaktadır. İşlem hakimnin onay vermesine kadar askıda hükümsüz olmalıdır. Serozan, a.g.e., s. 276 .

¹²² YRG. 2. HD 20.7.2011 T. 2010/22588 E. 2011/12782 K. "...Olayda miras bırakanın ortağı olduğu şirketteki hisselerin mirasçılara intikali ve mirasçılar arasında ergin olmayan bir çocuk bulunduğu göre şirketteki hisselerin idaresiyle ilgili olarak bu çocuğun yasal temsilcisi ile çocuğun menfaati çatışma halindedir. Öyleyse, yasal temsilci ile küçüğün menfaatleri çatıştığından Türk Medeni Kanunu'nun 426/2. maddesi gereğince kayyım tayin edilmesi gerekir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

¹²³ Usta, *Çocuk...*, a.g.e., s. 104.

modern hukukta yerini velinin çocuğun malları üzerindeki hak ve sorumluluklarını yüklenen kişi olarak devam ettirmektedir.¹²⁴ Şöyle ki TMK'nın 352. maddesi ile çocuğun bakım, eğitim ve korunması gibi giderlerinden ana babanın sorumlu olduğu hükme bağlanmış olup, kural olarak, ana babanın bu giderleri bizzat kendi malvarlıkları ve kazançları ile sağlamaları gerektiği belirtilmiştir. Ancak ana ve babanın yoksul durumda olması ya da çocuğun doğuştan özürlü olması gibi olağanüstü harcamalarının bulunması hallerinde ana babaya bu giderler için çocuğun mallarına başvurma yetkisi tanınmıştır.¹²⁵

Ana babanın çocuğun malları üzerindeki yönetim hak ve görevi çocuğun serbest malları dışındaki tüm mallarını kapsamakla birlikte, veli bu mallar üzerinde intifa hakkı sahibi gibi değil, vekil gibi sorumludur.

Malların yönetimi ile kast edilen, çocuğun malvarlığı içine giren tüm unsurların korunması, bakımı, onarımı, iyileştirilmesi ve ekonomik amacına uygun biçimde işletilmesine yönelik olarak tüm iş ve işlemlerin yapılmasıdır. Bu bağlamda veli yönetim hakkı çerçevesinde çocuğun mallarını kiraya verebilir, faiz ve kira bedellerini toplayabilir, çocuğa ait kıymetli evrakları ve taşınmaz malların satış ve tescil işlemleri yapabilir.¹²⁶ Bununla birlikte hakimden izin alınmasına gerek olmaksızın, eskiyen eşyaların yenilenmesi, bozulanların tamiri ve elde edilen ürünlerin satılması da imkan dahilindedir.¹²⁷ Ancak tüm bu taahhüt ve tasarruf işlemlerinin haricinde fiili tasarrufta bulunma hak ve yetkileri bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle yönetme hakkı olağan işleri ve tasarruf işlemlerini kapsayıp¹²⁸, çocuğun mallarının işlenmesi, tüketilmesi, yok edilmesi, başka bir şeyle birleştirilmesi gibi işlemler yönetim hakkı kapsamına dahil değildir.¹²⁹

¹²⁴ Vasinin vesayet altında bulunan kişinin mamelekini idare etmesi en temel hak ve kural olarak görülmesi nedeniyle de vasinin bu kişinin mamelekini gerektiği gibi yönetmemesi, mameleki zarara uğraticı tasarruflarda bulunması ya da yapması gereken işleri eksiksiz ve zamanında yapmaması vasiliğin sona ermesine sebebiyet vermektedir. Güneş-Ceylan, a.g.e., s. 149.

¹²⁵ Kılıçoğlu, Medeni Kanunumuzun..., a.g.e., s. 150.

¹²⁶ Serozan, a.g.e., s. 266.

¹²⁷ Ertaş, a.g.m., s. 394.

¹²⁸ Demir, a.g.e., s. 229.

¹²⁹ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 248.

EMK’da ana babaya çocuğun mallarından yararlanma hakkı tanınmışken, TMK’nın 354. maddesi ile bu hakkın yararlanma değil, kullanma olduğu hüküm altına alınmıştır. Böylece çocuğa ait bir evin ana ya da baba tarafından kiraya verilerek yararlanılmasına engel olunmuş, sadece kullanma yetkisi verilmiştir.¹³⁰ Dolayısıyla ana babanın çocuğa ait olan bir evde oturması halinde bu kullanımdan dolayı çocuğa herhangi bir ödemede bulunma borcu bulunmamaktadır. Ancak ana baba kullanım sırasında eşyalara şayet kusurları ile bir zarar vermişlerse bu zararlardan sorumlu olurlar.

Çocuğun mallarını kullanma hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeni ile ana babanın bu haklarını herhangi bir üçüncü kişiye devri söz konusu değildir. Bununla beraber kullanım hakkı ana babaya yükümlülük getirmediği için bu haktan vazgeçilmesi mümkündür.¹³¹

a. Çocuğun Mallarının Geliri

Ana babanın maddi gücünün çocuğun giderlerini karşılamaya yetmediği hallerde TMK md 355 çocuğun mallarının gelirini sarf etme hakkı vermiştir. Yani çocuğun mallarının gelirinin bulunması ana babanın bu yükümlülüğünü kaldırmamakla birlikte halin icabına göre hafifletebilir.¹³² Bu durumda veli, çocuğun mallarının gelirini öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için harcayacaktır. Ayrıca madde hükmünde de belirtildiği üzere artan kısım ana babanın evin geçimini olağan koşullarda karşılayacak kadar gelirinin olmaması gibi “hakkaniyet gerektiren hallerde” hakimden izin alınmasına ihtiyaç olmaksızın ailenin ihtiyaçları için harcanabilecektir.¹³³ Ancak ana babanın bu hakkını kullanabilmesi için velayet hakkının kendisinden kaldırılmamış olması gerekmektedir. Bu bağlamda Yargıtay babanın çocuğa ait bir taşınmazı kiraya verdiği gerekçesi ile annenin açtığı bir davayı dava konusunun 2006 yılına ait dönemleri kapsadığı velayetin annede olacağına

¹³⁰ Serozan, ana babanın çocuğun malvarlığını satın elde edilen geliri harcayamayacakları ancak faiz, kira, temettü gibi getirilerini harcayıp tüketmelerinin mümkün olduğunu kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz Serozan, a.g.e., s. 268-29.

¹³¹ Akyüz, Çocuk...,a.g.e., s. 252.

¹³² Akyüz, Çocuk...,a.g.e., s. 252 .

¹³³ Kılıçoğlu, Medeni Kanunumuzun..., a.g.e., s. 151.; Ertaş, a.g.m., s. 395.

ilişkin kararın ise 2007 tarihinde kesinleştiğini bu nedenle davaya konu edilen dönemlerde babanın velayet hakkı bulunduğu gerekçesi ile reddine karar vermiştir.¹³⁴

Çocuğun gelirlerinin tüm ihtiyaçların karşılanmasından sonra artan kısmının ne olacağı ise TMK'da değişiklik göstermiştir. Şöyle ki EMK'da çocuğun mallarının gelirlerinin öncelikle çocuk için harcanacağı, ancak çocuğun gelirlerinin karşılanmasından sonra artan kısmın ana ve babaya kalabileceği kabul edilmişken¹³⁵, TMK'da BMÇHS'deki değerlendirmeler baz alınarak EMK'dan farklı olarak bir düzenlemeye gidilmiş ve artan kısmın ana babaya düşmeksizin yine çocuğa kalması gerektiği belirtilmiştir (TMK md 355/II).

b. Çocuğun Mallarının Bizatihi Kendisi

aa. Toptan Ödeme, Sermaye Gibi Toplu Paraların Sarfı

TMK'nın 356. maddesinde olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde çocuğa ait olan sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimlerin yalnızca çocuğun bakımı için harcanabileceğini ve bu harcamanın da kısmen yapılabileceği düzenlenmiştir.

Sermaye biçimindeki bu ödemeler çocuğun bakım giderlerinin karşılanması için yapılmış ve nafaka, sigorta ödemeleri gibi parasal ödemelerdir. Tazminatlar ise, çocuğun şahıs veya malvarlığına yönelik olarak yapılan hukuka aykırı saldırılar nedeni ile uğranılan zararın giderimi için yapılan ödemelerdir.

TMK'nın 356. maddesinde olağan ihtiyaçlar denerek yapılacak olan harcama miktarı sınırlandırılmıştır. Olağan ihtiyaçlar ise günlük hayatta her çocuk için karşılaşılabilecek olan ihtiyaçlardır. Dolayısıyla bir çocuğun hastalanması sırasında

¹³⁴ YRG. 2. HD 22.4.2010 T. 2009/3578 E. 2010/8083 K. "...Velayete ilişkin hüküm kesinleşmiş olup, davaya konu kira alacağı istemi ise Mayıs-Aralık 2006 dönemine ilişkin olup, o tarih itibarıyla velayetin kullanma hakkı anne ve babaya aittir. Öte yandan Türk Medeni Kanununun 360 ve devamı maddeleri uyarınca açılan bir dava da bulunmamaktadır..."(Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

¹³⁵ YRG. 2. HD 7.3.2000 T. 2000/337 E. 2000/2923 K. "...Velayet nez edilmedikçe, velayeti elinde tutan ana veya babanın çocuğun mallarının gelirinden yararlanma hakları vardır. Ana babanın yararlanmaması koşuluyla çocuğa bağışlanan mallar yararlanma hakkı dışındadır..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014); Demir, a.g.e., s. 230.

ana babanın çocuk için normal tedavi giderlerini karşılamak için çocuğa ait paranın bir kısmının harcanması sırasında hakimden izin alınmasına ihtiyaç yoktur.¹³⁶

bb. Para Dışında Çocuğun Diğer Mallarının Harcanması

TMK'nın 356. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kanuni düzenlemede zorunluluk bulunması halinde ana babanın çocuğun diğer mallarını paraya çevirerek yine çocuğun bakım ve eğitimi için harcanabileceği ifade edilmiştir. Ana ve(veya) babaya çocuğun mallarını harcayarak kendi ihtiyaçlarını karşılamaları yönünde hak ve yetki verilmediği gibi, çocuğun mallarını vakfetme ya da bağışlama gibi bir hak ve yetki de verilmemiştir.¹³⁷

Ana ve babanın çocuğun mallarını satarken hakimden izin almak zorunda olup olmadıkları tartışma konusu olmuştur. Kılıçoğlu, velinin temsil yetkisini düzenleyen TMK'nın 342. maddesinde vasilerin vesayet altındaki kişilerin adına taşınmaz satın almalarında vesayet makamının (sulh hukuk mahkemesinin) iznini almaları gerektiğine ilişkin düzenlemeyi içeren 462. maddeye atıf yapıldığını, ancak 342. maddede vesayet makamının iznine tabi tutulan işler hariç olmak üzere ibaresinin yer aldığını gerekçe göstermek sureti ile ana babanın çocuklarının mallarını hakimden izin almaksızın satabilme yetkisinin olduğunu savunmaktadır. Kılıçoğlu'na göre vasiye hakimden izin alınması gerektiği yönünde bir sorumluluk atfedilmesi çoğu zaman vesayet altındaki kişi ile arasında kan bağı bile bulunmayan vasinin bu yetkisini kötüye kullanabilme ihtimalinin bulunmasıdır; ancak kan bağı olan kişiler açısından bu yönde bir yoruma hacet yoktur.¹³⁸

Serozan'a göre¹³⁹ TMK'daki tüm bu hükümler aslında ana babanın yönetim ve temsil yetkisi ile ilgili olmayıp, onların çocuğun bakımı ve eğitimi için de olsa kendilerine düşen bir yüküm için çocuğun malvarlığına el atma yetkisi ile, yani, olağanüstü

¹³⁶ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 253.

¹³⁷ YRG. HGK 4.5.2005 2005/1-298 E. 2005/308 K. "...veli, velayeti altındaki kimsenin malını başılayamayacağı veya vakfedemeyeceği gibi onun adına kefalette yapamaz" değinilen yasal düzenlemeler karşısında paydaş reşit olmayan Mümine yönünden yapılan bağışın geçerli bir tasarruf olduğu söylenemez..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

¹³⁸ Kılıçoğlu, Medeni Kanunumuzun..., a.g.e., s. 153-159.

¹³⁹ Serozan, a.g.e., s. 271.

yararlanım yetkisi ile alakalıdır. TMK md 345'e göre işleme özel bir kayyım atanmasını öngören menfaat çatışması hali saklı olmak üzere ana babanın hakimden izin almaksızın yönetim ve temsil yetkileri çerçevesinde serbestçe çocuğun mallarında tasarruf edebilme hakları bulunmaktadır.

Ertaş¹⁴⁰ maddenin yorumunda taşınır mallar ile taşınmazları ayırarak bir değerlendirme öngörmüştür. Taşınır mallar üzerinde bunların korunması, semerelendirilmesi ve değerlendirilmesi için borçlandırıcı ve tasarrufi işlemler hakim iznine gerek olmaksızın yapılabilirdir ve hatta eğer iyi bir yönetim gereği ise, bunların satılıp yerine yeni malların alınması da söz konusu olabilmelidir. Zira vesayette bile olağan yönetim işlemlerinin gereği olarak taşınır mallarla ilgili tasarrufta hakim iznine gerek görülmemiştir. Bununla birlikte taşınmazların sadece ana babanın çocuğun bu masraflarını karşılayamayacak kadar yoksul durumda olması, çocuğun özel durumunun olağanüstü harcamaları gerektirmesi ya da olağandışı herhangi bir sebebin varlığı halinde satılmasının mümkün olduğunu ve bunun için de ayrıca çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanması amacının ve hakim iznin zorunlu kılındığını kabul etmektedir. Ertaş, bu halde hakim iznin alınmaması durumunda hem velinin yapmış olduğu işlemin sakatlanacağını hem de TMK md 363'e göre sorumluluğunun doğacağını ileri sürmektedir.

Akyüz¹⁴¹ ise TMK md 356 f II'de hakim ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanıyabileceği şeklindeki düzenlemede kastedilenin, çocuğun malının, çocuğun ihtiyacı için satılması sırasında hakim iznin aranacağı yönünde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.

Yargıtay kararlarına¹⁴² bakıldığında yasal temsilci durumunda bulunan ana ve babanın TMK'nın 327 ve 356. maddelerindeki koşulların oluşması dışında hakimden

¹⁴⁰ Ertaş, a.g.m., s. 395-397.

¹⁴¹ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 254.

¹⁴² YRG. 2. HD 24.5.2002 T. 2002/5872 E. 2002/6944 K. "...Anne ve baba velayetleri çerçevesinde 3. kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcileridir. Yasal temsilci durumunda, bulunan anne ve baba 327 ve 356. maddesindeki koşulların oluşması dışında hakimden izin almaksızın çocuklarına ait taşınır veya taşınmaz malları satabilirler. 360 ve 361. maddelerdeki olumsuz koşullar gerçekleşmedikçe malları idare etmekle yükümlüdürler..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

izin almaksızın çocuklarına ait taşınır veya taşınmaz mallarını satabileceklerinin kabul edildiği görülmektedir.

Kanımızca da velinin de vasi gibi izin alması gerektiğine ilişkin bir kaniya varmak TMK madde 342 ile açıkça çelişecektir. Dolayısıyla burada hakim ana babanın çocuğun mallarını satmasını değil ve fakat TMK'nın 356. maddesindeki şartlar mevcut değilse satışın çocuğun ihtiyaçları dışında yapılmasını yasaklayabilmektedir. Bununla birlikte Medeni Kanun'da zorunluluk bulunmasının dışında çocuğun mallarının satışının mümkün olduğuna ilişkin bir düzenleme mevcut olmadığından hakimden izin alınmadan satışın yapılabileceğine ilişkin değerlendirme somut olayda zorunluluk halinin tespitini gerektirdiğinden fiilen uygulama alanı bulmamaktadır.

2. Çocuğun Mallarının Korunması

a. Genel Önlemler

Veliler, vasilerden farklı olarak, çocuğun mallarına ilişkin yönetim yetkilerini kullanırken teminat yatırmadıkları gibi, kural olarak hesap da vermezler. Ancak Medeni Kanun, ana babayı çocuğun mallarının yönetimi konusunda sınırsız da bırakmamış ve ana babanın çocuğun mallarını yönetirken yeterince özen göstermemeleri ve malların tehlikeye düşmesi durumunda hakime malların korunması için uygun önlemleri alma hakkı vermiştir.¹⁴³ Dolayısıyla hakim, TMK'nın 360. maddesine göre ana babanın malların yönetimine kayıtsız kalması, malların gelirinin çocuğun bakımına harcanmaması ya da olması gerekenden çok daha kısa bir zaman içerisinde tüketilmesi gibi hallerde müdahalede bulunarak, malların yönetimi konusunda ana babaya talimat verebilir, ana babayı belirli sürelerde bilgi ve hesap vermekle yükümlü tutabilir, çocuğun mallarını gösteren ve mallarda değişiklik meydana gelmesi halinde bu değişikliklerin kaydedileceği bir müfredat defteri tutulmasını isteyebilir.¹⁴⁴ Hakim ayrıca çocuğun mallarının

¹⁴³ Serozan, a.g.e., s. 266.; Helvacı ve Ertüle, a.g.e., s. 283.

¹⁴⁴ YRG. 2. HD 11.2.2013 T. 2012/8434 E. 2013/2952 K. "...Evliliğin mahkeme kararıyla sona ermesi halinde çocuğun mal varlığının dökümünü gösteren bir defter tanzim edilip, hakime sunulmasının ve malvarlığında gerçekleşecek önemli değişikliklerin bildirilmesinin istenmesi, tarafların arzusuna tabi olmayan, bildiri alınca hakim re 'sen yapması gereken bir iş olup, hakim yetkili olup olmadığını da kendiliğinden gözetir. Yetkili mahkeme kendisine velayet bırakılan tarafın

tehlikeye düşmesi ve emniyet altına alınmasına gerek duyduğu zamanlarda ana babayı miktarını belirleyerek rehin, kefalet, mal ya da nakit parayı güvence vermekle de sorumlu tutabilir.¹⁴⁵ Yargıtay kararlarında¹⁴⁶ ise ana ve(veya) babanın çocuklarının mallarına yeterince özen göstermedikleri ispat edilmedikçe hakim mütahalede bulunma hakkı olmadığı üzerinde durulmuştur.

Diğer yandan velayet, evliliğin sona ermesi ile ana veya babadan birisine verileceğinden çocuğun mallarını yönetim hakkı da velayet kendisine verilen tarafa ait olacaktır. Bu halde hakime velayet hakkı olan tarafa çocuğun malvarlığının dökümünü kapsayacak bir defter vermek ve malvarlığında veya yapılan yatırımlarda meydana gelen önemli değişiklikleri sıcağı sıcağına hakime bildirme yükümlülüğü getirilmiştir (TMK md 353).¹⁴⁷

Ana babanın, velayetten doğan yetkilerini kullanırken velayetin amacına uygun hareket etmeksizin çocuğun kişilik değerlerine müdahalede bulunmaları halinde ise kişiliğin korunmasına yönelik genel hükümler (TMK md 24 vd.) çerçevesinde bizzat çocuğun da ana baba karşısında kişiliğinin korunmasını talep hakkı mevcut olduğu gibi¹⁴⁸ bir görüş¹⁴⁹ ana babanın çocuğu zarara sokacak şekilde mallarını idare etmesi ya da israf etmesi nedeni ile tazminat ödemekle sorumlu tutulabileceğini de kabul etmektedir.

b. Kayyım Tayini

TMK md 361, çocuğun mallarının ya da maddenin ikinci fıkrasında hüküm altına alındığı üzere çocuğun yönetimi ana babaya ait olmayan mallarının tehlikeye

yerleşim yeri mahkemesidir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

¹⁴⁵ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 257.

¹⁴⁶ YRG. 2. HD 29.3.2011 T. 2010/17939 E. 2011/5497 K. “...Ana ve babanın çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermemeleri durumu mevcut olmadıkça; hakim, çocuk mallarının korunması konusunda ana ve babanın yönetme hakkına müdahale edemez ve bu sonucu doğuracak bir karar veremez. Velayet hakkına sahip olan annenin çocuğun mallarını yönetmekte yeterli özeni göstermediği iddia ve ispat edilmemişken; annenin kanundan doğan yönetim hakkını sınırlayacak müdahale niteliğinde karar verilemez...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

¹⁴⁷ Yetik, a.g.e., s. 120.; Çelikel, a.g.e., s. 50.; Dural, Öğüz ve Gümüş, a.g.e., s. 349.

¹⁴⁸ İmamoğlu, Yeni..., a.g.m., s. 174-175.

¹⁴⁹ Yetik, a.g.e., s. 131.

düşmesinin önlenememesi ve başka bir çare olmaması halinde yönetimin kayyım devri konusunda hakime yetki vermiştir. Aynı şekilde çocuğun mallarının gelirinin veya bu mallardan ayrılmış belli miktarların kanuna uygun şekilde harcandığından kuşku duyulması halinde de bunların yönetimi için de kayyım atanabilir.

Çocuğun mallarının yönetimi için kayyım atanması halinde, kayyım, Medeni Kanun'da vasiye uygulanan maddeler (438-444, 454 vd, 462-465) uygulanır. Kayyım bu kapsamda malları yönetirken ana baba ve çocuğun görüşlerini dinlemek zorundadır.¹⁵⁰

Çocuğun mallarının korunması için TMK md 345 ile ana baba ve çocuk arasındaki hukuki işlemlerde de çocuğa kayyım atanabileceği öngörülmüştür. Bu madde hükmüne göre çocuk ile ana baba arasındaki ya da çocuk ile ana baba yararına üçüncü bir kişi ile yapılacak olan hukuki işlemlerde çocuğun borç altına girmesi kayyımın katılmasına ve hakimin onayına bağlıdır.

3. Çocuğun Malları Üzerindeki Hakların Sona Ermesi

Velayetin kaldırılması ya da Medeni Kanun'da velayetin sona ermesi için öngörülen durumlardan birisinin meydana gelmesi ile ana babanın çocuğun malları üzerinde yönetim hakkı da sona erer. Ana baba velayetlerinin ya da yönetim haklarının sona ermesi ile de çocuğun mallarını hesap ederek bunları çocuğa, vasisine ve kayyım devreder (TMK md 362). TMK'nın 363. maddesinde ana babanın çocuğun mallarını geri vermesi sırasında vekil gibi sorumlu olacakları düzenlendiğinden ana baba dürüstlük kuralına uygun olarak başkalarına devrettikleri malların yerine sadece aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlüdürler. Ayrıca, veli, kanuna uygun olarak çocuğun mallarından çocuğun ya da ailenin ihtiyaçlarını karşılamak için yapmış oldukları harcamalar nedeni ile tazminatla yükümlü değildir (TMK md 362/II).¹⁵¹

Ana babanın çocuğun malları üzerindeki yönetim hakkı velayetin kaldırılması ya da sona ermesi için Medeni Kanun'da öngörülen tüm durumlarda son bulunduğu halde ana babanın kullanım hakkının ortadan kaldırılması için velayetin hangi hallerde

¹⁵⁰ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 258.

¹⁵¹ Çelikel, a.g.e., s. 54.

kaldırıldığıının önemi vardır. Şöyle ki, velayetin ana babanın özürlü olması gibi kusurunun olmadığı bir nedenden ötürü kaldırılması halinde kullanım hakkı bu durumda devam edecektir.¹⁵² Zira TMK md 354 hükmü kapsamında ana ve babanın, kusurları sebebi ile velayetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilecekleri düzenlenmiştir. Bu bağlamda kusurun bulunması halinde kullanım hakkı da sona ereceğinden velayeti kaldıran hakimin ana babanın kusurları olması durumunda karar tesis ederken ana babanın kullanım hakkının da sona erdiğine kararda yer vermesi lazımdır.

EMK’da ana babanın kullanım hakkının çocuk ergin oluncaya kadar devam ettiği düzenlendiğinden¹⁵³, çocuk şayet ergin olduktan sonra kısıtlanması nedeni ile velayet altına alınırsa bu halde ana babanın kullanım hakkı da kanunun lafzı itibari ile son bulacaktır. Ancak TMK’nın 354. maddesi ergin olma ifadesini kaldırmış olduğundan, yukarıda emsal teşkil eden durumlarda da ana babanın kullanım hakkı da devam edecektir.

Boşanma nedeni ile velayet hakkının eşlerden birisine bırakıldığı durumda diğer tarafın çocuğun mallarını kullanma hakkı olup olmadığı meselesi ise doktrinde tartışılmış ve Öztan¹⁵⁴, bu halde ana babanın velayet hakkının olmaması nedeni ile kullanım haklarının bulunmadığını, ancak bu durumun nafakanın indirilmesi sırasında göz önünde tutulabileceğini savunmaktadır. Kanımızca ise, ana babanın velayetin kaldırıldığı her durumda değil, kusuru ile velayetin kaldırıldığı durumda kullanım hakkının olmaması gerekmektedir. Zira velayetin kaldırıldığı her hal ana babanın mutlaka kusurlu olduğu anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla her olayda velayetinin kaldırılmasının kusurlu bir davranıştan sadır olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

¹⁵² Demir, a.g.e., s. 229.; Ertaş, a.g.m., s. 392.; Ömer Çınar, “Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı”, Prof. Dr. Füsun Sokullu-Akıncı’ya Armağan, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S. 1, (2013), s. 1358.

¹⁵³ EMK md 280 “Ana babanın velayeti, taksirleri hasebiyle, kendilerinden nez olunmadıkça; rüştüne kadar çocuğun emvalinden intifa hakları vardır”

¹⁵⁴ Bilge Öztan,, **Aile Hukuku**, Ankara: Turhan Yayınevi, 2004, s. 474.

4. Çocuğun Ana Baba Yönetimi Dışında Bırakılmış Serbest Malları

Ana babanın yönetim ve kullanma yetkisi çocuğun tüm malları üzerinde değildir, Medeni Kanun çocuğu bağımsız bir birey olmaya yavaş yavaş hazırlamak ve çocuğun deneyim kazanması için bazı mallar üzerinde çocuğa serbestçe tasarruf etme yetkisi vermiştir. Bu kapsamda da TMK, çocuğun üzerinde serbestçe tasarruf edeceği malları; kazandırmalar, saklı pay, meslek ya da sanatın icrası için verilen mal ve çocuğun kişisel kazancı olmak üzere 4 kategoriye ayırmıştır.

a. Karşılıksız Kazandırmalar

Kazandırmalar başlığı altında düzenlenen TMK'nın 357. maddesinin ilk fıkrasında ana babanın faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana babanın kullanmaması koşulu ile çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendi menfaatlerine sarf edemeyecekleri hüküm altına alınmıştır. Kanun kapsamında öngörüldüğü üzere çocuğa yapılan bağışlar, hazine bonoları şeklindeki kazandırmalar bu kapsamdadır.

TMK'nın 357. maddesinde ana babanın çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendi menfaatlerine sarf edemeyecekleri ifadesinin çocuğun mallarının gelirlerinin ne şekilde sarf edileceğini düzenleyen 355. madde karşısında ne anlam ifade ettiğini Çınar, 357. madde olmasaydı dahi 355. madde uyarınca çocuğun serbest malları arasında sayılan kazandırmaların gelirlerini ana babanın sarf edemeyeceğini, ancak söz konusu madde hükmü ile 355. madde hükmünden farklı olarak ana babanın sadece kendi menfaatine değil, çocuğun menfaati de dahil hiçbir amaç altında tasarruf imkanı olmadıklarını belirtmiştir.¹⁵⁵

Veli, bu malları kullanamamakla birlikte, kural olarak bu kazandırmayı yönetebilir. Ancak kazandırmada bulunan kişinin TMK'nın 357. maddenin ikinci fıkrasına göre ana ve babanın yönetim hakkını ortadan kaldırma hakkı bulunduğu gibi bu yetkiyi belirli bir kişiye ya da finans kurumuna tanıma hakkı da vardır. Bu halde yönetim yetkisinin kime ait olacağı şayet belirlenmemiş ve çocuk da ayırt etme gücünü haizse kazandırma konusu malları bizzat yönetir, ayırt etme gücüne sahip değilse malları

¹⁵⁵ Çınar, a.g.m., s. 1359.

yönetimi için kayyım atanır. Bununla birlikte bu hak kanundan kaynaklandığından, ana babanın çocuğun bu mallarını kullanmaması için bağışta bulunan kişinin bunu bir şart olarak ileri sürmesi gerekmez.¹⁵⁶

b. Saklı Pay

Çocuğa herhangi bir kişiden miras kalması halinde miras yolu ile edinilecek saklı payın yönetimi ana babaya ait olup, miras bırakanın düzenleyeceği vasiyetname ile ana babanın yönetim hakkını alma hakkı ve bu şekilde çocuğun saklı payını serbest mal haline getirme yetkisi bulunmaktadır (TMK md 358). Miras bırakan ayrıca saklı payın yönetimini ana babadan başka birisine bırakmışsa, TMK 358. madde gereğince bu kişinin belirli zamanlarda aile mahkemesi gözetiminde olmasını da şart koşabilmektedir.¹⁵⁷

c. Çocuğa Bir Meslek ya da Sanatla Uğraşması İçin Verilen Mallar

Bir meslek ya da sanatla uğraşması için çocuğa malvarlığı verilmesi halinde ana babanın bu mallar üzerindeki yönetim hakkı sona erer ve malları yönetme ve onlardan yararlanma hakkı ayırt etme gücünü haiz küçüğe geçer (TMK md 359/D). Çocuk bu mallarla ilgili işlemleri tek başına yapabilir ve icra ettiği bu mesleğin gereği olarak yaptığı hukuki işlemlerden dolayı tüm malvarlığı ile sorumlu olur.¹⁵⁸

TMK 359. madde hükmünün uygulanması için çocuğa meslek ya da sanatın icrası için ana ve baba tarafından izin verilmesi ve ana ve baba tarafından bırakılacak olan malvarlığının ana babaya değil, çocuğa ait olması gerekmektedir.¹⁵⁹

d. Çocuğun Kişisel Kazancı ve Bu Kazançla Elde Ettiği Mallar

Çocuğun ailesi ile bir arada yaşaması ya da ailesinin rızası ile ayrı bir yerde oturması sırasında elde ettiği kişisel kazancı serbest malı olarak kabul edilmiş ve bu kazançla elde ettiği malvarlığından yararlanma ve malvarlığını yönetme hakkı EMK'dan farklı

¹⁵⁶ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 255.

¹⁵⁷ Demir, a.g.e., s. 232.

¹⁵⁸ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 255.

¹⁵⁹ Çınar, a.g.m., s. 1360.

olarak çocuğa bırakılmıştır (TMK md 359/I). Ancak TMK md 359 gereğince çocuğun ana babası ile aynı evde yaşaması halinde ana babanın çocuktan kendisinin bakımı için uygun bir miktar katkıda bulunmasını isteme hakkı da bulunmaktadır. Aynı kural çocuğun bir meslek ve sanatla uğraşması neticesinde elde ettiği gelirler bakımından da geçerlidir.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Çınar, a.g.m., s. 1360.

II. BÖLÜM

VELAYET HAKKININ KULLANILMASI ve VELAYETİ KULLANMAYAN TARAFIN KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKI

I. Velayetin Kim Tarafından Kullanılacağı Meselesi

A. Velayetin Ana ve Baba Tarafından Birlikte Kullanılması ve Ana Baba Arasında Anlaşmazlık

1. Birlikte Velayet

Osmanlı döneminde çocuk, babanın hukuki denetimi ve velayeti altında kabul edilmiştir. Bununla birlikte çocuğun eğitimi konusunda aile içinde anne ve büyükanne ön plana çıkar. Bu nedenle de modernleşme döneminde yazarlar özellikle kadınların eğitimi olmaları gerektiği üzerinde durmuştur.¹⁶¹ TMK'ya göre ise ana ve babanın evli olması halinde, ana rahmine düştüğü andan itibaren doğumla birlikte yalnızca babanın değil, ana ve babanın çocuk üzerinde velayet hakkı doğar ve evliliğin devamı süresince ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar (TMK md 33671).

Velayet hakkının birlikte kullanılması velayete ilişkin hak ve yükümlülüklerin yerine getirildiği sırada ana babanın birbirlerine danışarak hareket etmeleri ve birbirlerinin fikirlerini almaları anlamına gelmekte olup, bu durum ana ve babaya her koşulda birlikte hareket etme sorumluluğu yüklemeyiz. Ana veya babadan her biri diğer eşin açık ya da zımni(örtülü) rızasını alarak tek başına da iş ve işlem yapabilmektedir. Ancak ana ve baba çocukları ile ilgili her türlü hukuki muamelede bulunurken en az kendi işlerinde gösterdikleri dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Keza ana ve baba velayeti kullanırken çocuğun yüksek yararını ve görüşlerini de her zaman göz önünde tutmalıdır.¹⁶²

¹⁶¹ Ortaylı, a.g.e., s. 83.

¹⁶² Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 226.

2. Ana ve Babanın Anlaşamaması Halinde

Velayetin ana ve baba arasında birlikte yürütülmesi halinde uyuşmazlıkların çıkması söz konusu olabilir. EMK’da yer bulan ve velayetin kullanılması sırasında ana ve baba arasında çıkan anlaşmazlıkta babanın oyunun üstün olacağına ilişkin düzenleme TMK’da haklı olarak kendisine yer bulmamıştır. Kaldı ki EMK’nın yürürlükte olduğu dönemde dahi söz konusu düzenlemenin özel bir düzenleme olduğu ve bu düzenlemenin yorum yolu ile genişletilerek tüm aile işleri ve sorunlarında erkeğin genel bir karar verme hakkı ile donatıldığı sonucunun çıkarılmaması gerektiği savunulmaktaydı.¹⁶³

Velayetin birlikte kullanımında ana babanın anlaşamamaları durumunda ne olacağı TMK’da ayrıca düzenlenmemiştir. Ancak bu halde TMK’nın evlilik birliğinin korunmasına yönelik tedbir olarak öngörülen 195. maddesi uygulama alanı bulabilmektedir. Buna göre, ana babanın velayete ilişkin bir konu üzerinde anlaşamamaları halinde taraflar ayrı ayrı ya da birlikte mahkemeye başvurarak hakimden talepte bulunabilirler. Evlilik birliğine ilişkin kararlarda olduğu gibi burada da hakimin tarafların yerine geçerek çocuk hakkında karar verme yetisi bulunmamaktadır. Hakim tarafların üzerinde anlaşamadıkları konuyu dinleyerek yalnızca çocuk için en makul olan çözüm noktası üzerinde tarafların uzlaşmasını sağlayabilir. Hakimin tarafları uzlaştıramaması halinde ise maddenin ikinci fıkrası gereği uzman kişilerin yardımını isteme hak ve yetkisi bulunmaktadır.¹⁶⁴ Ayrıca yeni düzenleme ile emsal durumlarda taraflar kendi aralarında üçüncü bir kişinin görüşüne önem verebilecekleri gibi kendi aralarında birisinin görüşünün daha ağır basması gerektiğine ilişkin bir değerlendirmede de bulunabilirler.¹⁶⁵

¹⁶³ Cengiz Koçhisarlıoğlu, “Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XL, S. 1-4, (1988), s. 257-258.

¹⁶⁴ İlkur Serdar, “Birlikte Velayet”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 1, (2008), s. 163.; Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, *Aile... a.g.e.*, s. 158.

¹⁶⁵ Yavuz, *a.g.e.*, s. 19.

B. Çocuğun Evlat Edinilmiş Olması Halinde

TMK'nın 314. maddesinin birinci fıkrası hükümlerine göre, ana babaya ait olan hak ve yükümlülükler evlat edinme kararının kesinleşmesi ile birlikte evlat edinene geçer ve evlatlık evlat edinenin velayeti altına girer. Dolayısıyla çocuğun bakımı, eğitimi, sorumluluğu ve mallarının idare yetkisi evlat edinene ait olur. Genetik ana babanın velayet hakkı ise sona ermektedir.¹⁶⁶ Buna rağmen evlatlık olarak verdikleri çocukla kişisel ilişki kurma hakları devam etmektedir.¹⁶⁷ Bununla birlikte mehaz kanundaki tam evlat edinme sistemi TMK'ya aktarılmamış, evlatlığın miras haklarının zedelenmemesi ve aile bağlarının devam etmesi için evlatlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlat edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağın kurulacağı da TMK md 314 uyarınca hüküm altına alınmıştır.¹⁶⁸

Eşler birlikte evlat edinmişlerse, evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanır. TMK'nın 336. maddesine göre eşlerden birisinin ölümü halinde velayet sağ kalan eşe geçerken, evlat edinen eşlerin ölmesi durumunda velayet hakkı kendiliğinden genetik ana babaya geçmez; 1954 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına (İBK) göre bu halde çocuğa vasi atanır. Boşanma halinde velayetin kime ait olacağı ise hakim takdirindedir. TMK md 307'deki şartları taşıyarak tek başına evlat edinilmesi halinde ise velayet hakkı evlat edinen eşe aittir. Tek başına evlat edinenin ölmesi durumunda birlikte evlat edinen çiftin ölümü halinde uygulanacak kural geçerlidir.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Baygın eşlerden birisinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesi halinde evlat edinenle birlikte asıl ana ya da babanın da velayet hakkına sahip olacağını kabul etmek gerektiğini ileri sürmektedir. Baygın, a.g.e., s. 229.

¹⁶⁷ Cengiz Kaya, **Türk hukukunda Evlat Edinme**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009, s. 65.

¹⁶⁸ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 63.

¹⁶⁹ Kaya, a.g.e., s. 66.

C. Velayetin Tek Başına Kullanılması

1. Ana ve Babadan Birinin Ölümü, Kaybı ya da Kasten İşlenen Bir Suçtan Mahkum Olunması Halinde

Eşlerden birinin ölümü ya da kaybolması halinde diğer eş TMK md 336/III hükmüne dayanarak velayeti tek başına kullanır. Boşanma sonucu velayet kendisine bırakılan tarafın ölümünde ise hakim sağ kalan ana babadan birinin talebi üzerine ya da re'sen çocuğu sağ kalan tarafa verir. Velayetin sağ kalan eşte kalması uygun görülmezse bu kez çocuğun vesayet altına alınmasına karar verilir.

Ana babanın sorumluluklarını yerine getirmemesi halinde velayetin kaldırılmasına dair hükümler kaldırılmış, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nun 53. md hükmü ile ana babadan birinin kasten işlediği suçtan mahkum olması halinde velayetten yoksun kalınacağı düzenlenmiştir. Buna göre mahkum olan ana veya baba cezasının infazı tamamlanıncaya kadar velayet hakkından yoksun kalacak, velayeti diğer eş kullanacaktır. Mahkum olan ebeveynin hapis cezasının ertelenmesi ya da koşullu salıverilmesi halinde ise velayeti kullanma hakkı devam eder.¹⁷⁰

2. Ana ve Babanın Evli Olmaması Halinde

Ana babanın evli olmaması durumunda velayetin kime ait olacağı TMK md 337/I ile düzenlenmiştir. Buna göre, velayet, kendiliğinden doğumla birlikte anaya ait olur. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ananın küçük, kısıtlı veya ölmüş olması veyahut velayetin kendisinden alınmış olması hallerinde hakim çocuğun menfaati doğrultusunda tanıma ya da mahkeme kararı ile soybağı ilişkisi kurulan babaya velayeti verebilir. Babanın belli olmadığı ya da baba ile soybağı ilişkisi kurulmasına rağmen çocuğun menfaatinin gerektirdiği hallerde ise çocuğa vasi atanmasına karar verilebilir.¹⁷¹

¹⁷⁰ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 27.

¹⁷¹ Demir, a.g.e., s. 220.; Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, Aile... a.g.e., s. 160.

3. Ayrılık ya da Boşanma Davası Sırasında ve Ayrılık ya da Boşanmaya Hükmedilmesi Halinde

TMK md 170'e dayanarak eşlerden her biri boşanma sebeplerini gerekçe göstererek ayrılığa ya da boşanmaya hükmedilmesini istemek için yargıya müracaat edebilir. TMK md 336/II hükmüne göre de, hakim, ortak hayata son verilmiş veya ayrılık gerçekleşmişse velayeti eşlerden birisine verebilir; TMK md 336/III hükmüne göre de velayet boşanmadan sonra çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.

Evliliğin butlanına karar verilmesi durumunda da TMK md 157/II hükmü gereğince boşanmaya ilişkin hükümler kıyas yolu ile uygulanacak ve dolayısıyla butlan kararı verilirken ana, baba, çocuk şayet vasiyet altında ise vesayet makamının düşüncesi alınacak ve ona göre ana baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişki düzenlenecektir.¹⁷²

Velayet hakkının ana ya da babadan birisine bırakılması kural olarak zorunluluk değildir. Zira TMK md 348'de öngörülen durumların gerçekleşmesi halinde velayet hem anadan hem de babadan alınarak çocuğun üçüncü bir kişiye bırakılması ya da kuruma yerleştirilmesi söz konusu olacaktır. Keza ana ve babanın çocuğu istememe hallerinde kanunda öngörülen diğer şartların da gerçekleşmesi halinde TMK md 347 uygulanarak çocuğun yerleştirilmesi hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.¹⁷³

a. Velayetin Kime Ait Olacağı Konusunda Hakimin Takdir Yetkisi

aa. Takdir Yetkisi Kullanılırken Göz Önünde Bulundurulacak Hususlar

TMK md 4 bir kanun kuralının uygulanmasında hakime şartlar ya da sonuç bölümünde takdir yetkisi verebileceğini belirtip, aynı zamanda hakimin bu takdir yetkisini nasıl kullanacağını da hükme bağlamıştır.¹⁷⁴ Şöyle ki hakime takdir yetkisi verildiğinden hakim, EMK'da da olduğu gibi hakkaniyet (hak ve nesafet) ilkesi çerçevesinde somut olay adaletini sağlamak zorunluluğundadır.¹⁷⁵ Bununla birlikte

¹⁷² Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, Aile... a.g.e., s. 160.

¹⁷³ Gençcan, Türk..., a.g.e., s. 78.

¹⁷⁴ Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 85.

¹⁷⁵ Hatemi, a.g.e., s. 99.

kanun ile hüküm altına alınmış olan hakimin takdir yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılması ya da kaldırılması söz konusu değildir.¹⁷⁶

Çocuğun ailesinin yapısı, genişliği, sosyo-ekonomik ve kültürel düzeyi onun ilk sosyal tecrübelerini, kazanımlarını ve dolayısıyla duygusal ve toplumsal gelişimini doğrudan etkileyecektir.¹⁷⁷ Bu nedenle velayetin verilmesinde, eski hukukta dikkate alınan ölçüt çocuğun yaşı iken¹⁷⁸ güncel anlayışa göre, çocuğun kimin yanında olursa daha iyi yetiştirileceği, güvenliği ve genel anlamda menfaatleri esas olduğundan hakim, velayetin bırakılacağı tarafı tespit ederken, ana ve baba bakımından gerek sosyal ve ekonomik yönden gerekse de kişisel özellikleri açısından inceleme ve değerlendirme yapmak, uzman bilirkişilerden görüş almak (psikolog, pedagog¹⁷⁹),¹⁸⁰ çocuğun yaşı, cinsiyeti, eğitim durumu gibi özelliklerini irdelemek ve eğer çocuk yeterli idrak gücüne sahip ise çocuğun velayetinin hangi tarafa verilmesini istediği konusunda kendisini de dinlemek ve çocuğun isteklerini göz önünde bulundurmak zorundadır.¹⁸¹

Gerçek anlamda ifade etmek gerekir ki çocuk için ayrılığın nedeni ya da boşanma sürecine götüren olaylar zinciri çok büyük bir önem arz etmez. Çocuk için var olan

¹⁷⁶ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Aile Hukuku Dersleri**, İstanbul: İstanbul Fakülteler Matbaası Üniversitesi, 1971, s. 297.

¹⁷⁷ Haluk Yavuzer, **Çocuk Psikolojisi**, İstanbul: Remzi Kitabevi, 2005, s. 130.

¹⁷⁸ Mustafa, Reşit Belgesay, **Türk Kanunu Medenisi Şerhi Aile Hukuku, Hısımlar, Velayet, Vesayet (Md 241-432)**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1952, s. 97 “Eski hukukta çocuklar erkek ve kız olmalarına göre, 7 ve 9 yaşını bitirmişlerse analarına, bitirmemişlerse babalarına tevdi olunurdu.”

¹⁷⁹ Pedagog Koray Aydın ile kişisel görüşme, İstanbul: 8.5.2014, “Boşanma ile birlikte boşanmış ebeveyn bilincinin oluşması çok önemlidir. Nitekim boşandıktan sonra velayetin de ana, baba ve çocuktan kaynaklanan diğer unsurların da birlikte değerlendirilmesi şartı ile boşanmış ebeveyn bilinci oluşan tarafta kalması gerekmektedir.”

¹⁸⁰ Mehmet Akif Tutumlu, **Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku**, C. II, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009, s. 1359.; YRG. 2. HD 28.12.2006 T. 2006/12224 E. 2006/18581 K. “...Görüşü alınmayan diğer çocukların da görüşü alınarak Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5 ve 6. maddesi uyarınca uzman bilirkişiden de görüş alınarak birlikte değerlendirme yapıp sonucuna göre hüküm tesis etmek gerekir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

¹⁸¹ Tutumlu, a.g.e., s. 1354.; Nihat Meydan ve Fadime Yapal, **Boşanma ve Mal Rejimi**, İstanbul: Zigana Yayıncılık, 2012, s. 336.; YRG. 2. HD 29.3.2013 T. 2012/8658 E. 2013/8743 K. “...Velayete konu çocuklar idrak çağındadır. Velayet hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir. Mahkemenin yaptırdığı uzman incelemesinde çocukların görüşüne başvurulmuş ise de, çocuklardan velayet konusunda tatmin edici bir beyan alınmadığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, çocukların velayet düzenlemesi sonrası yaşama ortamları, eğitim durumları, anne ve babanın kendilerine sağlayabilecekleri olanaklar hakkında kendilerine bilgi verilerek, çocukların bizzat mahkeme huzurunda velayet konusundaki tercihlerinin sorulması gerekir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

tek gerçek ana ve babasının boşanmasıdır.¹⁸² Dolayısıyla hakim takdir yetkisini kullanırken çocuğun ruhsal durumunu da değerlendirmede dikkate almalıdır. Şöyle ki çocuk, geçmişte ne yaşamış olursa olsun ayrılık kararını ilk duyduğunda genel olarak bunu reddeder; sonraki aşamada ise içine kapanır ve bir anlamda boşanmaya kendisinin vesile olup olmadığı konusunda iç hesaplaşma yapar. İkinci aşamada regresif belirtiler fiziksel olarak baş gösterir ve çocuğun olaylara karşı gösterdiği reaksiyonlarda depresyon belirebilir. Üçüncü aşamada ise çocuk bağımsız kalma becerisini geliştirir. Duygularını sözcüklere dökemeyen çocuklarda ise bu süreç huy değişikliği ya da öfke olarak kendisini gösterir. Dolayısıyla çocuğun hangi ebeveynin yanında kendisini daha rahat ifade edebildiği ve huzurlu olduğunun araştırılması gerekmektedir.¹⁸³

Süt çağındaki çocuk ile ergenlik dönemindeki çocuk boşanma sürecinden en az etkilenecek çağındadır.¹⁸⁴ Dolayısıyla ihtiyaçlarının karşılanması halinde velayetinin anaya ya da babaya bırakılmış olması ruhsal durumunda diğer çağlara nazaran daha az etki edecektir. Bununla birlikte boşanmadan en çok etkilenen dönem ise okul çağıdır.¹⁸⁵ Bu nedenle hakimin bu hususu mutlak surette değerlendirme kapsamına alması gerekmektedir.

Velayet hukukunda neredeyse teamül haline gelmiş olan uygulamaya göre; ananın çocuğa daha iyi bakacağı ve gereksinimlerini karşılayacağı faraziyesinden hareketle istisnai haller saklı kalmak kaydı ile velayetin sıklıkla anaya bırakılması gerektiği kabul edilmektedir. Çocuğun kız ve özellikle genç kız olması da velayetin anaya verilmesi konusunda ayrıca yönlendirmede bulunmaktadır. Bununla beraber çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişmesine engel olacak şekilde ciddi engeller bulunmadığı

¹⁸² Mücahit Öztürk, Söyleşi Nilüfer Kas, 99 Sayfada Boşanmış Ailelerde Çocuk, İstanbul: **Tr İş Bankası Kültür Yayınları**, 2008, s. 16.

¹⁸³ Öztürk, Boşanmış..., a.g.e., s. 61-65.

¹⁸⁴ Öztürk, Boşanmış..., a.g.e., s. 9.; Emine Akyüz, "Boşanmanın Çocuk Üzerindeki Etkileri", **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1, (1978), s. 3. Bununla birlikte çocuklarda bu evrede korku, inatçılık, beslenme güçlüğü, yatak ıslatma, kekeleme gibi bozukluklar gözlemlenmektedir.

¹⁸⁵ Zor bir süreçten geçen çocukların yıllarca sürecek olan okul hayatına uyumlu bir şekilde adapte olmaları çok önemlidir ve şayet ailede yaşanan problemler çocuğun okul hayatını ya da arkadaşları ile olan ilişkilerini sekteye uğratiyorsa özellikle bir uzmandan yardım alınması sürecin daha uyumlu geçmesine yardımcı olacaktır. P. Elissa Benedek ve F. Catherine Brown, **Boşanma ve Çocuğunuz Çocuğunuzun Boşanmanızla Baş Etmesine Nasıl Yardımcı Olursunuz**, Çev. Serap Katlan, Ankara: HYB Yayıncılık, 1997, s. 68.

sürece ana bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun velayetinin anaya verilmesi gerekmektedir.¹⁸⁶ Nitekim Yargıtay kararlarında da velayet hakkı düzenlenirken mahkemece esas olarak üzerinde durulması gereken hususun çocuğun gelişim ve geleceğinin düşünülmesi olduğu ve ana bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun velayetinin anaya verilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

İfade etmek gerekir ki; velayetin boşanmada kusursuz olana verileceği yönünde bir kural ya da zorunluluk yoktur.¹⁸⁷ Nitekim kusurlu bulunan erkek ya da kadına velayetin verilmesi gerektiğine dair Yargıtay kararları¹⁸⁸ da bu görüşü desteklemektedir. Zira kötü bir eşin aynı zamanda kötü bir ana ya da baba olduğu yönünde bir karine oluşturmayacağı açıktır. Ancak Şener'in¹⁸⁹ de ileri sürdüğü gibi boşanma sebepleri hakimin takdirinde etkili olmalıdır. Aksi takdirde boşanmanın taraflardan birisinin müşterek çocuklarını mütemadiyen dövmesi ya da çocuklara kötü muamelede bulunması nedeni ile gerçekleşmesi halinde, hakimin velayeti çocuğu döven kişiye vermesi halinde "çocuklarını dövdüğün için boşanmanıza karar veriyorum ama sen onları velayetinde bulundurarak dövmeye devam edebilirsin" gibi çelişkili ve mantık dışı bir anlamın açığa çıkmasına neden olabilir.¹⁹⁰ Dolayısıyla kanaatimizce de boşanmada kusurlu olan eşe velayet verilebilir ancak evlilik

¹⁸⁶ YRG. 2. HD 23.2.2012 T. 2012/2268 E. 2012/3707 K. "...Her ne kadar davalı baba çocuğu tanımışsa da velayet halen annede olduğu/müşterek çocuk yaşı itibarıyla annenin bakım ve şefkatine muhtaç olduğundan annenin velayet isteminin kabulü gerektiği..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014) YRG. 2. HD 11.11.2004 T. 2004/12100 E. 2004/13459 K. "...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 halde ana bakım, şefkatine muhtaç 1999 doğumlu küçüğün babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014) YRG. 2. HD 11.3.2004 T. 2004/1935 E. 2004/3106 K. "...Ana bakım, şefkatine muhtaç yaşı küçük çocuğun babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır..." Esat Şener Uygulama ve Teoride Her Yönüyle Boşanma Ankara Seçkin Yayınevi 1997 s. 623

¹⁸⁷ Ertuğrul ve Ertuğrul, a.g.e., s. 1464.; Çelikel, a.g.e., s. 88.

¹⁸⁸ YRG. HGK 22.12.2010 T. 2010/2-649 E. 2010/683 K. "...Boşanmada anne kusurlu olsa dahi annenin çocuğa karşı kötü davranışı ve istismarı da kanıtlanamamıştır. Küçük çocuğun da yaşı nedeniyle anne şefkatine ihtiyaç duyduğu ve velayetin anneye bırakılması gerektiği dikkate alınmalıdır..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014) YRG. 2. HD 24.1.2006 T. 2005/7001 E. 2006/256 K. "...Boşanmaya neden olan olaylarda kusurun ağırlığı davacı kocada bulursa da, müşterek çocuk 19.11.1996 doğumlu küçük kız duruşmada saptanan beyanında babası ile kalmak istediğini beyan etmiş bulunmasına ve halen baba ile birlikte yaşaması ve alıştığı ortamdan ayrılmasını gerektirir bir sebebin bulunmamasına göre küçüğün velayetinin davacı babaya verilmesi gerekir..."(Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

¹⁸⁹ Şener, Vesayet..., a.g.e., s. 223.

¹⁹⁰ Nihat İnal, **Aile Mahkemeleri Davaları**, Ankara: Sözkese Matbacılık, 2004, s. 534.; Ergün, a.g.e., s. 599.

süresinde ana ya da babalık görevini yerine getirmede kusurlu olan eşe velayet verilmemelidir.¹⁹¹

Aydın ve Gülen ebeveynleri boşanma sürecinde olan 9-12 yaş grubundaki çocukların boşanmaya uyum düzeylerinin araştırılmasına yönelik bir çalışmada cinsiyetin, boşanma kararının ana babadan birisinden ya da ikisinden birlikte öğrenilmesinin, ana babanın öğrenim düzeyinin ve çocuk için profesyonel yardım alınıp alınması halleri ile birlikte kardeşleri olup olmadığının anlamlı bir farklılık yaratmadığını tespit ederek, yalnızca çocuğun doğum sırasında kaçınıcı olduğunun önemli bir farklılığa neden olduğunu¹⁹² belirlemişlerdir. Bununla beraber, çocukların birden fazla olması halinde kardeşlerin birbirlerinden ayrılmaları onların gelişimini, ruhsal durumlarını olumsuz yönde etkileyeceğinden velayetlerinin aynı tarafa verilmesi daha uygun olacaktır.¹⁹³ İstisnai hallerin varlığı halinde ise mutlaka çocukların birbirlerini görebilecekleri ve bir arada olabilecekleri şekilde bir düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir.

Boşanma sonrasında çocuğun sosyo-ekonomik durumunun değişmesi ve alt düzey bir yaşama adapte olmaya çalışmasının ekstra sıkıntı yaratması ve boşanmanın getirdiği zorlukları ikiye katlaması ihtimali kuvvetle muhtemeldir.¹⁹⁴ Bu nedenle çocuğun boşanma öncesinde sahip olduğu sosyal, ekonomik ve kültürel durumlar ve

¹⁹¹ YRG. HGK 22.12.2010 T. 2010/2-649 E. 2010/683 K. "...Boşanmada anne kusurlu olsa dahi annenin çocuğa karşı kötü davranışı ve istismarı da kanıtlanmamıştır. Küçük çocuğun da yaşı nedeniyle anne şefkatine ihtiyaç duyduğu ve velayetin anneye bırakılması gerektiği dikkate alınmalıdır..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

¹⁹² Aydın ve Gülen özellikle ortanca çocukların, boşanmadan önceki süreçlerinde de genelde ana baba tarafından daha az kollanması nedeni ile dışa dönük yaşamaları ve ana babaya diğer kardeşlere nazaran çok fazla bağımlı yaşamamaları boşanmadan çok fazla etkilenmemelerini sağlamaktadır. Okan Aydın ve Baran Gülen, "Ebeveynleri Boşanma Sürecinde Olan 9-12 Yaş Grubundaki Çocukların Boşanmaya Uyum Düzeylerinin İncelenmesi (The Study Of The 9-12 Years Old Children's Level Of Adjustment To Divorce Whose Parents In The Divorce Process)", **Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi**, C. I, S. 1, (2012), s. 48.

¹⁹³ YRG. HGK 12.3.2008 T. 2008/2-247 E. 2008/247 K. "...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 halde ana bakım, şefkatine muhtaç küçük Gamze ile kardeşlerin birbirlerinden ayrılmalarının onların gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği için küçük Önder'in Türk Medeni Kanununun 182, 336/2. maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014); YRG. 2. HD 14.9.2000 T. 2000/8291 E. 2000/10249 K. Şener, Uygulama..., a.g.e., s. 623.; Ergün, a.g.e., s. 598.; Meydan ve Yapal, a.g.e., s. 336.

¹⁹⁴ Öztürk, Boşanmış..., a.g.e., s. 89.

bu olanakları kaybetme ihtimalinin çocuk üzerinde bırakacağı etki de dikkate alınmalıdır.

bb. Velayetin Kaldırılması Hallerinin Hakimin Takdir Yetkisini Sınırlandırması

Medeni Kanun'un boşanma ve ayrılık halinde velayetin tevdiine ilişkin düzenlemesi, velayetin kaldırılmasına ilişkin düzenlemeden¹⁹⁵ hukuki süreç ve sonuçları itibari ile farklılık arz etmektedir. Şöyle ki; velayetin kaldırılması hükümleri ileride doğacak çocukları da kapsarken, tevdi sırasında aynı durumun meydana gelmesi söz konusu değildir. Velayetin kaldırılması boşanmanın gerçekleşip gerçekleşmediğine bağlı olmaksızın çocuğun ana babasına karşı korunması için alınabilecek bir tedbir iken, velayetin tevdi ancak müşterek hayatın tatili, ayrılık, butlan ve boşanma hallerinde söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla velayetin kaldırılması için boşanma olsun ya da olmasın TMK'nın 348. ve 349. maddelerindeki şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Boşanma sırasında ise eşlerden velayeti daha iyi koşullarda kullanabilecek olan tarafa velayet tevdi edilirken diğer taraf velayet hakkını kaybeder.¹⁹⁶ Ancak bu durum velayetin kaldırılması niteliğinde değildir. Keza velayet kendisine tevdi edilmeyen tarafın velayetin kaldırılması sebeplerini taşıdığı anlamına da gelmemektedir.

Yargılama sırasında hakim, boşanma sonucu ortaya çıkan olumlu ve olumsuz şartları incelemesine müteakiben ya velayetin tevdi edilmesi gerektiği yönünde bir karar tesis eder ve tevdi ile birlikte gerekli hallerde koruma önlemlerini alır ya da hem ananın hem de babanın velayet hakkını kaldırır.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Aşa. s. 109 vd.

¹⁹⁶ Emine Akyüz, "Velayet Hakkının Kaldırılması", **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**, C. XXV, S. 1, (1992), s. 22.

¹⁹⁷ Akyüz, Velayet..., a.g.m., s. 23.

aaa. Boşanma Davası Sırasında Velayetin Ana Babadan Yalnızca Birine Ait Olması Halinde

Boşanmadan önce vesayet makamı tarafından ana veya babadan velayet hakkının kaldırılmış olması durumunda boşanma hakimi velayetin diğer eşe ait olacağını tespit etmekle yetinir. Ancak boşanmadan sonra şartların değişmiş olması ihtimalinde velayet hakkı kaldırılmış olan tarafın vesayet makamına başvurarak kaldırma nedenlerinin ortadan kalktığını tespit etmek hakkı da saklıdır.¹⁹⁸

bbb. Boşanmaya Hükmedildiği Anda Ana ve Babanın Velayet Hakkına Sahip Olmaması

Boşanmaya karar verildiği anda ana ve babanın velayet hakkını haiz olmamaları halinde velayetin tevdiine ilişkin bir karar vermeye gerek kalmaz. Bu durumda hakim çocuğun zaten vesayet altında olduğunu tespitle yetinmek zorundadır. Ancak yine de velayetin kaldırılması sebeplerinin ortadan kalkmış olması ihtimaline binaen karardan memnun olmayan tarafın dava açma hakkı bulunmaktadır.¹⁹⁹

ccc. Boşanma Anında Ana Babanın Velayet Hakkına Sahip Fakat Velayetin Kaldırılması Nedenlerinin Var Olması

Boşanma anında velayetin kaldırılması nedeni yalnızca ana babadan biri için söz konusu ise velayet diğer tarafa bırakılır. Velayetin diğer ebeveyne bırakılması çocuğun korunması için yeterli olduğundan bu halde ebeveyn hakkında velayetin kaldırılması kararı verilmesine gerek yoktur. Dolayısıyla ileriki süreçte velayeti geri isteyen ebeveynin tespit davası açmaksızın şartların değiştiğini gerekçe göstererek velayetin kendisine verilmesi için dava açması kafidir.²⁰⁰

¹⁹⁸ Akyüz, Velayet..., a.g.m., s. 23.

¹⁹⁹ Akyüz, Velayet..., a.g.m., s. 24.

²⁰⁰ Akyüz, Velayet..., a.g.m., s. 24.

Şayet TMK md 348’de belirtilen haller hem ana hem de baba için söz konusu ise hakim bu durumda velayetin ana babadan her ikisine de tevdi edilmeyeceğine değil, velayetin ana babadan kaldırılmasına karar vermelidir.²⁰¹

b. Ana Babanın Velayetin Düzenlenmesine İlişkin Anlaşma Yapması

TMK’nın 184. maddesinin 5. bendi ile tarafların henüz boşanma davası açılmadan önceki safhada ya da dava sırasında boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin olarak aralarında mutabakata varmaları mümkün kılınmıştır. Buna göre taraflar anlaşmalı boşanma sebebi dışındaki bir sebeple boşanma davasında ya da TMK md. 166/III’te düzenlenen anlaşmalı boşanma halinde boşanmanın yan sonuçları üzerinde anlaşma yapabilirler.

Anlaşmalı boşanma sebebi dışındaki bir boşanma sebebine dayanılarak dava açıldığında taraflar talebe bağlı olarak karar verilebilecek noktalarda yani boşanmanın tazminat ve nafaka gibi mali sonuçları üzerinde anlaşmaya varabilirler. Tarafların ayrıca hakim tarafından re’sen düzenlenecek alan olan velayet konusunda da anlaşmaya varmaları mümkündür.²⁰² Ancak sözleşmenin geçerliliği yine de TMK md 184/b.5 hükmü gereği hakimin bu sözleşmeyi onaylamasına bağlıdır.

Anlaşmalı boşanmada ise, hakimin boşanmaya karar verebilmesi için kanunda öngörülen şartların gerçekleşmiş olmasının dışında tarafların boşanmanın mali sonuçları ile çocukların boşanmadan sonraki durumlarının ne olacağı konusunda da mutabakata varmaları ve hakimin de bu istemleri uygun bulmuş olması gerekir. Bu halde de tarafların talebi hakim onayına bağlı tutulmuş olup, birinci gruptan farklı olarak tarafların bu istemleri ile birlikte boşanma konusunda da anlaşmaya varılmış olması nedeni ile anlaşmanın tasdik edilmemesi halinde bu aynı zamanda tarafların boşanamamaları anlamına da gelmektedir.

²⁰¹ Baygın, a.g.e., s. 371.

²⁰² Elçin Gülçin Grassinger, “Boşanma Davasında Eslerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili Federal Mahkemesi Kararı” Prof. Dr. Türkan Rado’ya Armağan, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LV, S. 3, (1997), s. 236.

Tarafların aralarında imza altına aldıkları anlaşmanın hakimın onayına bağlı tutulması İsviçre Hukuku'nda da öngörülmüştür. Şöyle ki İsviçre Federal Mahkeme kararlarında da hakimın taraflarca kararlaştırılmış olan çözümün anlaşılmaz veya eksik olduğu, taraflardan birinin dava sırasındaki durumunun istismar edildiği ya da hakkaniyet ilkesine aykırılık teşkil ettiği veyahut sözleşmenin yapıldığı andan sonra önemli değişikliklerin meydana gelmesi hallerinde anlaşmanın onaylanmaması haklı olarak gerekçelendirilmiştir.²⁰³

Esasen velayet, kişisel ilişki tesisi gibi hakim tarafından re'sen düzenlenecek olan konularda hakimi bağlayıcı şekilde sözleşme yapılmasının kabul edilmesi kanun ile hakime tanınmış olan takdir yetkisinin sınırlandırılması anlamına geleceğinden kanunun sistematığına de aykırıdır. Bu bağlamda taraflar arasında yapılacak olan anlaşmanın çocuğun yararını belirlemede yardımcı bir ölçüt olduğu kabul edilmelidir.²⁰⁴

Eşler arasında akdedilen sözleşmenin borçlar hukukuna tabi olması nedeni ile taraflar, şartlarının sonradan değişmesi sebebi ile ya da anlaşmanın ahlaka aykırı olması gibi gerekçelerle anlaşmanın onaylanmamasını talep etme haklarını da haizdir. Borçlar hukuku anlamında sözleşme niteliğinde olan bu anlaşmanın hakim tarafından onaylanmaması durumunda ise tarafların kendi aralarında hür iradeleri ile anlaşma metnini yerine getirmeleri gibi bir hakları da bulunmaktadır.²⁰⁵

c. Birlikte Velayetin Mümkün Olup Olmayacağı Meselesi

Birlikte velayet çocuk üzerindeki velayet hakkına ana ve babanın müştereken ve eşit olarak sahip olması, çocuğun bakım, eğitim ve öğretimini birlikte yönetmeleridir. Dolayısıyla birlikte velayette, velayet hakkının kapsamına giren hak ve yükümlülükleri ana ve baba kural olarak birlikte ve eşit hakka sahip olarak kullanır ve velayetin kapsadığı hak ve ödevler ana baba arasında bölünemez. Bunun sonucu

²⁰³ Grassinger, Boşanma..., a.g.m. s. 241.

²⁰⁴ Çelikel, a.g.e., s. 95-96.

²⁰⁵ Grassinger, Boşanma..., a.g.m. s. 237-238.

olarak da ana ve baba velayet hakkı kapsamına giren konularda öncelikle birbirlerine danışacaklar ve ancak ondan sonra ortak şekilde kesin kararı vereceklerdir.²⁰⁶

Ana babanın velayeti birlikte kullanması evlilik birliği devam ederken hak ve kuralken boşanma ya da ayrılık durumunda velayetin tekrar bir arada kullanma hak ve yetkileri olup olmadığı konusu tartışmalara yol açmaktadır.

İsviçre hukukuna baktığımızda evliliğin sona ermesinden sonra velayetin birlikte kullanılabilmesinin pozitif hukukun değerlerine uygun olup olmadığı hususunda baskın öğretisi ile yargısal uygulamada görüş farklılıklarına rastlanıldığı görülmektedir.²⁰⁷ Şöyle ki alt mahkemelere göre velayetin boşanmada çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağına dair ZGB s 297/III (TMK 336/III) hükmü emredici mahiyettedir, hakim boşanma ile birlikte velayeti ana babadan birisine vermek zorundadır ve boşanan ana ile babanın aralarında bu yönde yaptığı anlaşmayı da onaylaması imkânsızdır. Bu anlayışa göre aynı maddenin ikinci fıkrasında ortak hayata son verildiği ya da ayrılık hali gerçekleştiğinde hakime velayetin kime bırakılacağı hususunda yetkiden söz edilebilse de bu fıkra hükmünde bir yetkiden söz edilmemekte ve velayet, alıkoyma hakkı göz önünde tutularak düzenlenmektedir. Balscheit ise ikinci fıkrada hakime hitap edildiği oysa bu fıkrada bir yetkiden böylece de sübjektif bir talepten söz edildiğini ifade etmektedir. Federal mahkemeye göre ise 297. maddenin tamamı hakime talimat vermektedir. O nedenle de alıkoyma hakkı sahibinin velayete yönelik hiçbir sübjektif hakkı bulunmamaktadır.²⁰⁸

Hukuki tartışma sürecinin sonucunda İsviçre Hukuku'nda ortak velayet konusu mehzaz kanununun 1998 yılında kabul edilen ve 2000 tarihinde yürürlüğe giren 133/III maddesinde düzenleme altına alınmıştır.²⁰⁹ Buna göre hakim, ana ve babanın ortak dilekçeleri ile talep etmeleri halinde, çocuğun yararı ile bağdaşması ve hakimin onayına, çocuğun yükümlülüklerine katılmaları ve nafaka giderlerini paylaşımını

²⁰⁶ Serdar, Birlikte..., a.g.m., s. 162.

²⁰⁷ Çiğdem Kırcı, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. L, S. 1-4, (2001), s. 110.

²⁰⁸ Cengiz Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004, s. 35.

²⁰⁹ Kırcı, a.g.m., s. 110.

belirten bir anlaşma sunmaları koşuluyla, velayet hakkının ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasına karar verebilir. Velayetin ortak kullanılması İsviçre Medeni Kanunu'nda istisnai hal olarak düzenlenmişken, Alman Medeni Kanunu'nun 1626. paragrafında 16/12/1997 tarihli düzenleme ile birlikte velayet kural olup, kanundan kaynaklanmaktadır ve fakat ana babadan her birinin velayetin tümünü ya da bir kısmını tek başına kullanmayı talep hakkı da saklıdır. Yine Belçika Medeni Kanununda, 03/06/1995 tarihinde yürürlüğe giren 302. maddede ve Fransız Medeni Kanununda 08/01/1993 tarihinde yapılan değişiklikle 287. maddede birlikte velayet konusu düzenlenmiş ve boşanmadan sonra ana ve babanın velayeti birlikte kullanmaları kabul edilmiştir.

Boşanma davası sürerken veya ayrılığa karar verildiği hallerde hakimin velayetin ana ve babaya birlikte verebileceği konusu Türk doktrininde sıklıkla kabul edilmekle birlikte²¹⁰ TMK'nın boşanma kararının verilmesinden sonra birlikte velayete izin verip vermediği hususu doktrinde farklı görüşlere yol açmaktadır. Yargıtay'ın ise velayetin kamu düzeninden sayarak birlikte velayet kararı verilemeyeceği yönündeki görüşü²¹¹, yerel mahkeme kararlarının önünü tıkadığı gibi yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını ve yerine getirilmesini de engellemektedir. Ancak Yargıtay

²¹⁰ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 229.

²¹¹ YRG. 2. HD 22.4.2010 T. 2009/3578 E. 2010/8083 K. "...Velayet boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir. YRG. 2. HD 12.6.2006 T. 2006/2773 E. 2006/9267 K. "Michigan Eyaleti mahkemesi tarafların boşanmalarına karar vermiş ve karar kesinleşmiştir. Tenfizi istenilen ilamda küçüğün velayeti ana babanın her ikisi üzerinde bırakılmasına karar verilmiştir. Yabancı mahkemenin çocukların velayetini yazılı şekilde düzenlemesi Türk Medeni Kanununa aykırıdır. Bu nedenlerle mahkemenin velayet düzenlemesine yönelik tenfiz isteğini reddetmesinde isabetsizlik yoktur..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014) YRG. 2. HD 27.12.2004 T. 2004/13947 E. 2004/15854 K. "...Yabancı mahkemenin müşterek çocukların velayetini anne ve babaya bırakması Türk Medeni Kanununa aykırıdır. (MÖHUK. md. 38/c) Gerçekleşen bu durum karşısında ilamın velayet e ait kısmı hakkındaki tenfiz isteğinin reddi gerekir. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014) YRG. 2. HD 2.4.2003 T. 2003/3784 E. 2003/4670 K. Evlilik devam ettiği sürece ana baba velayeti birlikte kullanırlar. Boşanma ve ayrılığa karar verilmesi halinde hakim velayeti eşlerden birine vermek zorundadır. (MK. md. 336) Velayetin düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin çocukların velayetini yazılı şekilde düzenlemesi Türk Medeni Kanununa aykırıdır. (MÖHUK md.38/c) Ancak yabancı ilamın kısmen tenfizine karar verilmesi de imkan dahilindedir. (MÖHUK md. 40) Mahkemenin velayet düzenlemesine yönelik tenfiz isteğini reddetmesinde isabetsizlik yoktur..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014) YRG. 2. HD 20.3.2003 T. 2003/2818 E. 2003/3889 K. "...velayetin düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgili olduğu için, yabancı mahkeme kararı ile boşanma sonucu velayet in ana ve babaya birlikte bırakılması hükmünün tenfizen tanınmasına imkan yoktur. Çünkü Türk Hukukunda boşanma sonucu velayet, eşlerden sadece birisine verilir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

kararlarının muhalefet şerhlerinde²¹² ise velayetin ana babaya birlikte verilmesinin kamu düzenine açıkça aykırılık göstermeyeceği, ayrıca yabancı mahkemenin velayet düzenlemesine yönelik bölümün teknik manada kesin hüküm özelliğini taşımadığı ve değişen şartlar karşısında yeniden düzenlemelerin imkan dahilinde olduğu ifade edilmektedir.

Boşanma kararı verilmesinden sonra velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılıp kullanılmayacağı ülkemizde ilk kez 1980’li yıllarda tartışılmaya başlanmıştır. Özel olarak 1980 sonrasında tartışılmaya başlanmasının gerekçesi ise kadın ve erkeğin evlilik içerisinde kimi zaman rollerinin değişmesi, kimi zaman da rollerine yeni rollerin eklenmesidir. Şöyle ki, yakın geçmişe kadar evlilik içerisinde kadın genel olarak ev işleri ile ilgilenip, eve maddi olarak bir katkı sağlamamaktadır. Erkek ise evin gelir getiren kişisi rolünde olup, bu pozisyonda çocuklar ile belirli sınırlar haricinde ilgilenme görevi anaya devredilmiştir. Ancak 1980 sonrasında çocuğun bakımı da dahil olmak üzere ev işlerinden sorumlu olan kadın aynı zamanda ekonomik özgürlüğünü elinde bulundurmaya başlamış, erkek ise dengeyi çocukları ile daha geniş kapsamlı şekilde ve çocuğun bakımı ile maddi destek sağlamanın haricinde doğrudan ve bizzat ilgilenecek sağlamıştır. Görüldüğü üzere sosyal yaşamdaki gelişmeler aile yapısını ve aile içindeki rol paylaşımını da etkilemiş ve babanın çocuk ile arasında duygusal anlamda daha yakın bir bağ kurması boşanma sonrasında da bu bağın yakinen devam etmesi yönündeki talebini de beraberinde getirmiştir.²¹³

Boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılıp kullanılmayacağı konusunda Türk doktrininde hakim fikir²¹⁴ velayetin birlikte kullanılmayacağı, ana veya babadan birisine verilmesi gerektiği yönündedir. Bu görüşü savunanlar TMK md 336/III’te yer alan “Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise

²¹² YRG. 2. HD 22.11.2004 T. 2004/12285 E. 2004/13680 K. “...Velayetin anne ve babaya birlikte verilmesi Türk Hukuk tatbikatına uygun olmamakla birlikte vurgulandığı gibi Türk kamu düzenine açıkça aykırılıkta teşkil etmez. Açıklanan sebeplerle de, velayet ve onun ayrılmaz parçasını oluşturan nafaka ve kişisel ilişkiye yönelik tenfiz isteği de kabul edilmelidir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

²¹³ Serdar, Birlikte..., a.g.m., s. 169.

²¹⁴ Belgesay, a.g.e., s. 97.; Feyzioğlu, a.g.e., s. 296.; Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, Aile... a.g.e., s. 157.; Özmen, a.g.e., s. 51.; Şener, Vesayet..., a.g.e., s 215.; Gençcan, Türk..., a.g.e., s. 80.; Tutumlu, a.g.e, s. 1352.; Anlaşmalı boşanma davası haricinde çocuk boşanma ile ana ya da babaya bırakılmalıdır. Pedagog Ferah Kaya ile kişisel görüşme, İstanbul: 2.5.2014

çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.” şeklindeki hüküm ile TMK md 182/II’de yer alan “Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur.” hükmündeki “...kendisine verilmeyen eşin...” ibaresini gerekçe göstermektedirler. Bir diğer gerekçe olarak boşanma sonrasında ana baba arasında yaşanan problemlerin çocuğa da yansıtılacağı ve uyumsuzluk yaşayan ana babanın çocuğun velayeti ile ilgili konularda da anlaşmazlık yaşayarak çocuğun yaşananlardan olumsuz yönde etkileneceği gösterilmektedir.²¹⁵

Azınlıkta kalan diğer görüş²¹⁶ ise boşanan çiftlerin de velayeti birlikte kullanmalarına olanak tanınması gerektiğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre boşanma sonrasında boşanan eşlerin müşterek çocukları üzerindeki velayet hakkının ne olacağını düzenleyen maddelerden birisi TMK’nın 182. maddesidir ve bu maddenin kenar başlığı ise “çocuklar bakımından ana ve babanın hakları” ve “hakimin takdir yetkisi” dir. Velayetin eşlerden yalnız birisine verilmesi gerektiğini savunanların maddenin ikinci fıkrasında yer alan “velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesindeki tekil anlatımdan hareket etmelerine mukabil birlikte velayet kararı verilmesi görüşünü savunanlara göre, velayetin, boşanma sonrasında tek bir eşe verilmesi gibi bir ihtimal de bulunmaktadır ve bu maddenin düzenlenme amacı da boşanma sonrasında velayetin tek bir tarafa verilmesi halinde, velayet kendisine bırakılmayan eşin hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir. Dolayısıyla bu madde ile boşanmada velayetin mutlaka ana babadan birine verilmesi gerektiği sonucuna varılması mümkün olmadığı gibi, velayetin, ana ve babaya birlikte verildiğinde, zaten velayete sahip olmayan eşin çocukla kişisel ilişki kurması ve çocuğa ödeyeceği nafaka da söz konusu olmayacağından ikinci fıkrada tekil bir ifade kullanılmış olması olağandır. Keza velayet hakkı ile ilgili düzenlemelerde “ana baba” ya da “eş/eşler” sözcükleri kullanılırken 336/III’te “taraf” sözcüğünün kullanılması ise maddede “Velayet boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan taraf veya taraflara ait olur” şeklindeki ifade tarzının üslup açısından uygun olmayacağı ve bu nedenle tekil anlatım tarzının kullanıldığı sonucuna varıldığı şeklinde açıklanmıştır.

²¹⁵ Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, Aile... a.g.e., s. 157.

²¹⁶ Serozan, a.g.e., s. 254.; Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 141.; Serdar, Birlikte..., a.g.m., s. 170-175.; Koçhisarlıoğlu, Boşanmada..., a.g.e., s. 157.; Köseoğlu ve Kocaağa, a.g.e., s. 444.; Baygın, a.g.e., s. 268.; Aydın, Kişisel Görüşme, 2014.

Azınlıkta kalan görüşün savunucularından Koçhisarlıoğlu bir adım daha ileri giderek Alman Hukuku'nda olduğu gibi Türk Hukuku'nda da velayetin boşanma sonrasında birlikte kullanılmasının kural, velayetin eşlerden biri tarafından kullanılmasının ise istisna olması gerektiğini ifade etmektedir. Gerekçesini ise TMK md 309 ile ana babanın çocuklarının evlat edinilmesine ilişkin izni bile verebilecekleri düzenlenmişken birlikte velayetin kullanılmasının yasaklanmasının kabulünün söz konusu olamayacağına,²¹⁷ velayetin tevdiine ilişkin düzenlemenin çocuğun iyiliğini güvence altına almanın en iyi yolu olduğuna ve günümüzde birlikte velayetin boşanan ana babalarla çocuklar arasındaki ilişki bakımından model ve çocuğun çıkarı yönünden de ilke olarak en iyi sistem olduğuna dayandırmaktadır.²¹⁸

Koçhisarlıoğlu, boşanmadan sonra birlikte velayetin hukukumuzda benimsenmemesi nedeni ile bilinçli ana babanın velayetin boşanmadan sonra da birlikte kullanımı taleplerinin reddedilmesi durumunda onlara büyük bir haksızlık olacağını ve araç ile amaç arasında uygunluk olmayacağını belirtip, tek başına velayet seçeneğinin zorlayıcı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını ve emredici nitelik arz edemeyeceğini, en fazla ebeveynlere seçenek olarak sunulabileceğini ifade etmektedir.²¹⁹ Bu çerçevede boşanmada velayetin aidiyet ve kullanımı konusunda re'sen hareket edilmesinin de ilgili yasal hükümlerin emredici olduğu anlamına da gelmediğini savunmaktadır.²²⁰

Boşanmadan sonra velayete ilişkin kanuni düzenlemelerde “boşanmada velayet taraflardan birisine ait olur” gibi açık bir anlatıma rastlanmadığı ve bunun da kanun koyucu tarafından kasıtlı olarak yapıldığını ileri süren Koçhisarlıoğlu'na göre, bu muğlak ifade mehz kanundan aynen alınmış; ancak İsviçre Hukuku'nda yaşanan süreç göz önünde bulundurulmamıştır. Esasen İsviçre'de o tarihlerde kantonların değişik yaklaşımlarına riayet ederek kanun koyucu tarafından bilerek belli belirsiz bir ifade tarzı belirlenmiş, 1976 değişikliğinde de bu konuya herhangi bir açıklık getirilmemiştir. Kanun koyucunun amacı ise, boşanmada hakimnin takdir yetkisini kullanarak birlikte velayet kararı verebilmesinin önünü açmaktır. Keza

²¹⁷ Koçhisarlıoğlu, Boşanmada..., a.g.e., s. 40-41.

²¹⁸ Koçhisarlıoğlu, Boşanmada..., a.g.e., s. 161.

²¹⁹ Koçhisarlıoğlu, Boşanmada..., a.g.e., s. 143-145.

²²⁰ Koçhisarlıoğlu, Boşanmada..., a.g.e., s. 166.

Koçhisarlıoğlu, velayetin doğrudan kanundan kaynaklanan (ex lege) bir hak-işlev-sorumluluk olarak tasarlandığını, bu sebeple de bunun aidiyet, içerik ve kullanımının dürüstlük kuralı (TMK md 2/I) çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade edip, boşanmada velayetin ana babadan yalnız birisine tevdiinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığını ve bu nedenle kanunda çelişki olduğunu ileri sürmektedir. Yazar, çözüm noktasında ise ilgili kanun hükümlerinin tamamen açık olduğunu kabul etse de tartışmaların engellenmesi için kanunun aşılarak düzeltilmesi ve yeniden yazılması gerektiğini belirtmiştir.²²¹

Türk yargısındaki anlayış da doktrindeki hakim fikre paraleldir. Bununla birlikte İzmir 4.Aile Mahkemesi istisnai bir karara imza atmıştır. 27.05.2009 T. 2009/448 E. 2009/470 K. sayılı ilama konu olan olayda, taraflar TMK md 166/III'e dayalı olarak anlaşmalı boşanma talebinde bulunarak müşterek çocuklarının velayetini de birlikte kullanacakları hususunda mutabık kalmışlardır. Mahkeme uzmanlar tarafından düzenlenen raporu da dikkate alarak müşterek çocukların velayet hakkının tarafların ortak çocuklarının velayet hakkının taraflarca birlikte kullanılmasına karar vermiştir. Yerel mahkemenin bu kararının emsal teşkil etmesi ile boşanma neticesinde birlikte velayet kararı verilmesi yönünde yoğun uğraş sarf edenlerin başında gelen boşanmış babalar platformu temsilcileri bakanlıklar bünyesinde ekstra çalışma içerisine girmişler ve fakat bu bağlamda olumlu bir netice elde edilememiştir.²²²

Türk toplumunun konuya duyarlılığına baktığımızda ise halkın boşanmaya ilişkin tutumlarına yönelik bir araştırmada velayetin anada olması halinde babanın özlem duyma oranı %71,6²²³, velayetin babada olma halinde ise ananın özlem duyma oranı az farkla %79,0²²⁴ olarak tespit edilmiştir. Dolayısıyla küçük nüanslarla ananın da babanın da çocuğa karşı olan bakış açıları eşdeğer niteliktedir.

²²¹ Koçhisarlıoğlu, Boşanmada... a.g.e., s. 222-231.

²²² 2.4.2013 tarihli Sabah Gazetesi'nde her ne kadar Boşanmış Babalar Platformunun çabaları sonucunda Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile Adalet bakanlığı bünyesinde kurulan komisyonca alınan karara göre boşanma esnasında taraflar nafaka, görüşme günleri vs konularda anlaşmaya vardığı sürece "ortak velayet" kararları verilebileceği yönünde haberler yer alsada bu haberler yasal düzen açısından asılsızdır. (Çevrimiçi) <http://www.sabah.com.tr/Yasam/2013/04/02/bosanmis-babalarin-ortak-velayet-zaferi> (Erişim Tarihi: 10.2.2014)

²²³ Çiğdem Arıkan, **Halkın Boşanmaya İlişkin Tutumları Araştırması**, Ankara: Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Bilim Serisi, 1996, s. 218.

²²⁴ Arıkan, a.g.e., s. 216.

Kanımızca ise boşanma ile aynı ev ortamında ana ve babası ile birlikte yaşama hakkı elinden alınan çocuğun en azından velayetinin ana ve babası tarafından birlikte kullanılması, boşanmanın çocuk üzerinde yarattığı travmanın mümkün mertebe en aza indirgenmesine yardım edebilir. Nitekim ana ve babanın çocuk için birlik ve beraberlik içinde olmaları çocuğun ruhsal dengesi bakımından büyük önem taşır²²⁵ ve baba da en az ana kadar çocuklarının hayatında rol modelidir.²²⁶ Keza boşanmadan sonra birlikte velayete ilişkin bir düzenlemenin getirilmesi gerek velayeti elinde bulundurması nedeni ile gücü de elinde bulunduran tarafın gerekse kişisel ilişki tesisi sırasında çocuğu ile kısıtlı zaman geçiren tarafın çocuğu bir silah gibi görerek birbirleri hakkında bilinçli olarak çocuk üzerinde olumsuz görüşler yaratmaya çalışmalarına da engel olabilmektedir. Üstelik boşandıktan sonra eşlerin velayeti birlikte kullanımının yaygınlaşması ve bunun çocuk üzerindeki olumlu etkilerinin görülmesi ile toplumda çocuğun karşı tarafa karşı kullanılması yönündeki anlayış terk edilerek aksi yönde bir davranış sergilemeye yönelik bir özenme de söz konusu olabilir.

Öte yandan somut olayın çocuk üzerinde yaratacağı olumsuz etkenlerin haricinde salt kanun maddesinde boşanmadan sonra çocuğun ana ya da babadan yalnızca birisine verileceği ve birlikte velayetin bu anlamda kabul edilmediği kanısına varmanın aynı kanunun gerekli hallerde çocuğa bir üçüncü kişinin vasi olarak atanabileceğini kabul etmesi ile birlikte değerlendirildiğinde bu durumun boşanma ve velayete hakim olan çocuğun yararına olma ilkesi ve kanunun genel anlamda ruhu ile açıkça çeliştiği ve ters düştüğünü de kabul etmek gerekir. Dolayısıyla velayetin tümünden reddedilmesi çocuk için de en büyük tehlike olup, kanun koyucunun çocuğun yararı ilkesini de göz önünde bulundurarak boşanmadan sonra sağlıklı bir şekilde velayeti birlikte yürütebilecek ailelerin bu en doğal hakkını elinden alma yetkisi bulunmadığı kanısındayız. Öte yandan geçmiş zamanlarda eşlerin bu erdemlikte olduğunun

²²⁵ Research K. Crowder And J. Teachman, 2004 “Do Residential Conditions Explain The Relationship Between Living Arrangements And Adolescent Behavior? Journal Of Marriage And Family Vol. 66 (2004) 721-738 Sole Custody Means Trouble For Adolescents ; tek ebeveynle büyüyen kızlarda evlilik öncesi iki kat daha fazla hamilelik tespit edilmiştir. G. Ringbäck Weitof, et al.,2003) “Mortality, severe morbidity, and injury in children living with single parents in Sweden: A population-based study,” The Lancet, Vol. 361, No. 9354 [25 January 2003]: 289-295 Tek ebeveyn ile büyüyen kızlarda intihar etme ihtimalinin iki kat, uyuşturucu bağımlılığında ölüm ihtimalinin ise üç kat fazla olduğu; erkek çocuklarda uyuşturucu bağımlılığında ölüm ihtimalinin beş kat, kavga ve saldırıda ölüm ihtimalinin dört kat, düşme ve zehirlenmede ölüm ihtimalinin ise üç kat daha fazla olduğu belirtilmiştir. (Çevrimiçi) <http://www.bosanmisbabalar.com/> (Erişim Tarihi: 10.2.2014)

²²⁶ Benedek ve Brown, a.g.e., s. 10.

kabulü pek mümkün görülmemekle birlikte günümüzde eşlerin bilinçli olarak ilişkilerini zedelemekten ve mantık çerçevesinde de evliliklerini sona erdirilebildiği ve boşandıktan sonra da aynı sevgi ve saygıyı yürütebildikleri de bu anlamda göz önünde bulundurulmalıdır.

Doktrinde hakim olan ve birlikte velayetin boşanan eşler arasında çocuğa yansıtılacak şekilde huzursuzluklar yaşatması nedeni ile kullanılmaması gerektiğine ilişkin anlayışı benimsemek de pek mümkün değildir. Zira aynı düşüncenin bünyesinde boşanma aşamasında ve ayrılık sürecinde velayetin birlikte kullanılabilmesi de yer almaktadır. Oysa tarafların asıl olarak birbirlerine karşı kin ve nefret güttükleri aşama boşanma aşamasıdır. Dolayısıyla bu zorlu süreçte birlikte yürütülebilen velayet boşanma sonrasında da pekala birlikte yürütülebilmelidir. Bu şartlar altında da boşanma sonrasında birlikte velayetin zaten boşanmış olan eşlerin çocuklarının velayeti hususunda anlaşmamalarını gerekçe göstererek mümkün olmadığını kabul eden görüşün, eşlerin ayrı yaşamaları ya da ortak hayata son verilmesi veya ayrılık halinde birlikte velayetin mümkün olabileceğine ilişkin görüş bildirmesi kanımızca isabetli bir yaklaşım değildir.

Bir çocuk için ailesinin, ana babasının bir arada olması özellikle gelişme çağında etkisini çok fazla göstermektedir. Nitekim Yavuzer²²⁷ de büyüme aşamalarında başarılı olan çocukların iyi aile ilişkileri içerisinde yetiştiklerini, uyum bozukluğu gösteren çocukların ise genellikle başarısız bir anne babanın ürünü olduklarını ifade etmektedir. Dolayısıyla sağlıklı bir evlilik ilişkisini salt çocuk için devam ettirmek ne kadar olumsuz etkide bulunacaksa boşandıktan sonra da ana babanın rahat ve huzurlu bir ortamda bir araya gelmemeleri o kadar bilinçsiz ve sağlıksızdır. Başka bir bakış açısıyla bakıldığında da boşanan karı ve kocadır ve bu kişilerin boşanması müşterek çocuklar üzerinde boşanan ana ya da boşanan baba şeklinde bir yargı oluşturamaz; boşanmış da olsa çocuk için tek bir nitelendirme vardır; ana ya da baba. O halde salt ana babanın boşanmış olması çocuğun velayetinin ana ve baba tarafından birlikte yürütülmesini isteme hak ve özgürlüğünü elinden almamalıdır. Bu sebep ile kanun koyucunun boşanma ile velayeti aynı kapsam altında değerlendirmesi de yerinde değildir. Zira aslında velayetin kaldırılmasının sonuçları nasıl evlilik

²²⁷ Yavuzer, a.g.e., s. 134.

üzerinde herhangi bir etki yaratmıyorsa evliliğin boşanma ile sona ermesinin de velayet hükümlerine bu denli etki yapmaması gerekmektedir. Kanun koyucunun ve aksi görüşü benimseyenlerin zina yapan eşe bile velayetin bırakıldığını²²⁸ ve aslında velayet ile boşanmanın çok farklı içerikte olduğunu yeniden göz önünde bulundurmalarında yarar olduğu düşüncesindeyiz.

Tüm bunlarla birlikte boşanmaya neden olacak kadar farklı tarz ve kültürde olan ailelerde velayetin boşanma sonrasında da birlikte kullanılmaya devam edilmesinin istenmesi çocuğun farklı kültürler arasında bocalama yaşamasına sebebiyet verebilir. Tarafların anlaşmalı boşanma ve ortak velayet talebinde bulunmuş olmaları ise ana babanın velayetin ifası sırasında anlaşabileceklerini gösteren önemli bir gösterge olarak kabul edilebilse de boşanmadan sonraki süreçte tarafların velayeti birlikte kullanacak kadar iradeleri olduğu konusunda kesin bir kanı oluşturmaz. Bu nedenle somut olayın koşulları irdelenmeli ve boşanan ana babaların velayeti birlikte yürütemeyecekleri yönündeki inanç ve önyargının kırılarak ana babanın gerçekten bu olgunluğa sahip olup olmadığına bakılmalıdır. Nitekim velayete ilişkin yasal düzenlemelere ilham veren çocuk merkezli düşünce sistemi de bunu gerektirmektedir. Nihayetinde velayetin tek tarafa verilmesinde amaçlanan düşünce çocuğun yüksek yararını ve çocuğun yararı velayetin hangi tarafta kalmasını gerektiriyorsa velayet hakkı de o tarafa bırakılmalıdır. Aynı şekilde birlikte velayet kararının verilmesi sırasında da bu düşüncenin mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmekte ve ana babanın birlikte velayet yönünde talebi olsa dahi çocuğun yüksek yararı göz önünde tutularak ortak velayet kararından farklı bir karar tesis edilebilmelidir. Bu kapsamda her ne kadar ortak velayet talebinde bulunulmuş olursa da çocuğuna misalen ruhsal durumunu etkileyecek şekilde şiddet uygulayan bir babanın ortak velayet talebi kabul edilemez. Dolayısıyla tarafların boşanma sırasında ileri sürdükleri gerekçeler ve yargılama sırasında çocukları üzerinde takındıkları tavır en büyük yol göstericiler olacaktır.

²²⁸ YRG. 2. HD 6.3.1962 T. 1962/646 E. 1962/1497 K. "...Zina nedenine dayalı olarak boşanmaya karar verilmiş olsa bile hakim çocuğun menfaati gerektiriyorsa zinası sabit olan tarafa dahi çocuğu bırakabilir..." (Çevrimiçi) <http://www.hukuki.net/showthread.php?31381-Aldatma-Zinanin-ispatici-ve-cocuklarin-velayeti/page2> (Erişim Tarihi: 10.2.2014)

Bu şartlar altında ülkenin birlikte velayeti layıkıyla yürütemeyecek bir kesimi olduğu da göz önünde bulundurulduğunda boşanmadan sonra ana veya baba tarafından tek başına kullanılmasının kural, ancak talep halinde oluşacak hak kaybına engel olacak şekilde birlikte velayetin de istisna olarak hukukumuzda yer alması gerekmektedir.

Sonuç olarak boşanan eşlerin istemde bulunmaları ve hakim tarafından çocuğun yararı ve çocuğun görüşünün alınması ilkeleri çerçevesinde yapılan değerlendirme neticesinde eşlerin velayeti birlikte kullanmaları için gerekli olgunluğa vakıf oldukları yönünde bir değerlendirme yapılsa da doktrindeki genel kanı ve çelişkilerin giderilmesi amacı ile kanun metnine boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılmasına imkan tanıyacak şekilde açık ve aydınlatıcı bir hüküm konulmalıdır. Diğer bir deyişle boşanmadan sonra ana ve babanın velayeti birlikte kullanabilmeleri için doktrindeki ve uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi amacı ile BMÇHS’de belirlenen çocuğun ana ve babasından ayrı tutulmama hakkı ile yüksek yarar ilkesinin de göz önünde bulundurulması ile mehz kanundaki düzenlemeye benzer bir düzenlemenin Türk hukuk sistemine girmesi gerekmektedir.

II. Velayetin Kullanılmasında Sınırlar

A. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi

İdare hukukundaki kamu yararı kavramı çocuk hukukunda çocuğun yararı kavramında vücut bulmuştur. Bu bağlamda idare hukukunda kamu yararı kavramı olayların şekillenmesine ne kadar etkide bulunuyorsa çocuğun yararı da çocuk hukukunda o denli etkilidir.²²⁹

Ana babanın velayet haklarını kullanırken kendi yararlarını değil, çocuğun yararını göz önünde tutmaları gerektiği velayet hukukunun zatında mündemiçtir.²³⁰ Bununla birlikte BMÇHS’nin 9, 12, 18, 20, 21, 37 ve 40. maddelerinde yer bulan çocuğun yararı ilkesi sözleşmenin üzerine inşa edildiği temel zihniyet ve adeta yapıtaş olup, ilkenin ana tanımına ise sözleşmenin 3. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, çocuğun yararı, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari

²²⁹ Serozan, a.g.e., s. 65.

²³⁰ Bozer, a.g.m., s 203.

makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde dikkate alınması gerekecek temel düşüncedir.²³¹

Anayasamızın 90. maddesi gereğince “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir” Buna göre, uluslararası bir antlaşma TBMM tarafından bir kanun ile onaylanınca ve Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulunca kanunla eşdeğerdir ve bu şekilde iç hukuk kuralı haline gelmiş olur.²³² Dolayısıyla çocuğun yararı ilkesinin temel alındığı sözleşme kuralları iç hukuk kuralı hükmündedir.

Keza iç hukuk normlarımıza bakıldığında da Anayasamızın 41. maddesinde çocuğun yüksek yararı; TMK’nın 305. maddesinde çocuğun yararı, 339 ve 346. maddelerinde çocuğun menfaati şeklinde belirtilerek bu ilke, TMK’nın 339. maddesindeki ifadesi ile ana ve babanın çocuğun eğitim ve bakımı sırasında dikkate alması gereken²³³, ayrıca velayetin tevdi²³⁴ ve velayet kendisine bırakılmayan diğer eşle kişisel ilişkinin düzenlenmesi sırasında da öncelikle ve özellikle göz önünde tutulması gereken temel kural olarak karşımıza çıkmaktadır.²³⁵

Bu ilkenin önemine binaen ve hükümlerin gerçek manada uygulanabilirliğini sağlamak için devlete de sorumluluk atfedilmiş ve ana baba ve bu konuda

²³¹ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 47.

²³² İlnur Serdar, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, Özel Sayı, (2007) s. 746.

²³³ Kılıçoğlu, Medeni Kanunumuzun..., a.g.e., s. 142.

²³⁴ YRG. 2. HD 16.5.2013 T. 2013/582 E. 2013/14018 K. “...Annenin güven sarsıcı davranışlarının bulunması tek başına velayetin kendisine verilmesine engel teşkil etmez. Velayet düzenlemesinde asıl olan küçüğün üstün yararınıdır...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014) YRG. 2. HD 11.3.2013 T. 2012/20258 E. 2013/6337 K “...2000 doğumlu çocuğun babayı istediği, 2005 doğumlu çocuğun ise abisiyle birlikte olmak istediğini söylediği anlaşılmaktadır. Sosyal inceleme raporunda çocukların baba yanında kaldıkları ve annelerinin kendilerine kötü davrandığını beyan ettikleri belirtilmiştir. Büyük çocuğun tercihi de nazara alınarak çocukların üstün yararı gereği velayetinin babaya verilmesi gerekir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014) YRG. 2. HD 4.3.2014 T. 2013/21470 E. 2014/4695 K. “...Velayetin düzenlenmesinde asıl olan, çocuğun üstün yararınıdır. Dinlenecek tanıklarla, mevcut hükümden farklı olarak çocukların üstün yararının gözetilmesini gerektirecek yeni bir durum ve olgu ortaya çıkabilir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

²³⁵ Bilge Öztan, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2012, s. 479; Yetik, a.g.e., s. 120; Fezyioğlu, a.g.e., s. 296.

sorumluluk taşıyan üçüncü kişilerin yükümlülüklerini ifa edip etmemeleri noktasında gerekli denetimi yapma ve desteği gösterme konusunda devlet yetkili kılınmıştır.²³⁶

1. Yüksek Yarar Kavramı

Çocuğun yararı kavramının tam olarak ne anlama geldiği gerek öğretide gerekse kanunlarda ve BMÇHS’de açıklığa kavuşturulmamıştır. Kavramın tanımlanmamış olması ise, onun psiko-sosyal bilimlerin hızla değişen ve gelişen verilere uygun biçimde yorumlanmasına olanak sağlamıştır. Şu halde çocuğun yüksek yararı kavramı, çerçevesi esnek ve hakimın takdirine açık olmak üzere somut olay adaletini sağlayacak hakkaniyet kavramıdır.²³⁷

Çocuğun yararı kavramı muğlak bir ifade olması nedeni ile ilkedden beklenen menfaatin tam olarak elde edilmesi için bu kavram ile ne amaçlanmak istendiği çocuğun yaşı, cinsiyeti, eğitimi, bakımı, ailesinin konumu, ana ve babası ile ilişkileri gibi özelliklerin göz önünde bulundurulması sureti ile her somut vakiada başlıca ve esaslı nokta olarak ayrıca ve özel olarak ele alınmalıdır. Farzı misal Yargıtay, emzirme dönemindeki çocuğun yüksek yararının bakım olduğu ve bu nedenle ananın velayet görevini üstlenmesinde önemli bir engel bulunmadığı sürece velayetin anaya bırakılması gerektiğini kabul etmektedir.²³⁸

Diğer yandan çocuğun bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimi, çocuğun yararı kavramına dahildir. Çocuğun fikri, duygusal ve ruhsal gelişimi de bu çerçevede değerlendirilmektedir. Bunun dışında çocuğun yararı kavramı, çocuğun sosyal, hukuki ve ekonomik yararını da içerir.²³⁹ Esasen çocuğun yararı kavramı ile çocuğun kısa vadeli, dar ve bencil çıkarı değil, geniş kapsamlı olarak gelecekteki ve toplumsal çevre içindeki menfaati kastedilmiştir.²⁴⁰

²³⁶ Mehmet Bülent Deniz, **Aile Hukuku**, İstanbul: T.C.Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Yayınları, 2012, s. 35.

²³⁷ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 48.; Serdar, Birlikte..., a.g.m., s. 163.

²³⁸ YRG. 2. HD 29.12.2011 T. 2011/10761 E. 2011/23988 K. "...Annenin velayet görevini üstlenmesine önemli bir engel bulunmadığı takdirde, küçük çocuğun annesinin velayetine bırakılması onun üstün yararınıdır. Annenin kişisel ilişkiyi engelleyici davranışlarda bulunması ancak çocuğun belirli bir yaş ve olgunluğa erişmiş olması halinde; gerektiğinde velayetin değiştirilmesi nedeni olabilir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

²³⁹ İmamoğlu, Yeni..., a.g.m., s. 170-171.

²⁴⁰ Serozan, a.g.e., s. 65.

Yasal düzenlemelerde yalnızca çocuğun yararı ilkesine yer verildiğinden bu ilke, eşitlik ve sosyal devlet ilkesi ile çakışarak²⁴¹ çocuk ile ana babanın yararının çatışması halinde çocuğun yararına üstünlük tanınması gerektiği şeklindeki anlayışı da beraberinde getirmektedir.²⁴² Çetiner²⁴³ ise, çıkar çatışması halinde çocuğun yararı ilkesinin uygulanmasının yalnızca çocuğun yararı ile ilgili kişisel bir çıkar olmadığını aynı zamanda toplumun yararına olanın da bu olduğunu ifade etmektedir.

2. Yüksek Yarar İlkesinin İşlevleri

a. Genel Rehber Olması

Çocuğun yüksek yararı ilkesinin; velayetin yürütülmesi, çocuğa bakma, çocuğun temsil yetkisinin çerçevesinin belirlenmesi, velayet hakkının kime ait olacağı, kişisel ilişki tesisi, velayetin kaldırılması, evlat edinme, tanıma, yapay dölleme neden olduğu sorunların çözümünde olduğu gibi çocuğun dahil olduğu tüm hukuki süreçlerde dikkate alınması gerekmektedir. Keza bu ilke özel hukuk sınırlarını aşarak kamu hukuku alanında da etkilidir.²⁴⁴

b. Çocuğun İradesinin ve İsteğinin Yerini Tutması

Çocuğun yüksek yararı ilkesinin uygulama sırasındaki önemi somut olayda çocuğun muhakeme ve anlama yeteneğine bağlı olup, muhakeme yeteneği geliştikçe ters orantılı olarak ilkenin önemi bu anlamda azalmaktadır. Zira çocuğun muhakeme gücü ve anlama yeteneği ilerledikçe çocuk kendisi için neyin daha iyi olacağına göreceli olarak kendisi karar verebilmektedir. Çocuğun yüksek yararı ilkesinde kanun koyucu çocuğun henüz yeterli deneyim ve birikime sahip olmadığı gerçeğinden hareket ettiğinden çocuk için en yararlı olanı belirleme görev ve sorumluluğu yetişkinlere atfedilmiştir. Yetişkinin de, bu anlamda çocuğun sağlıklı gelişimine fayda sağlayacak şekilde değerlendirme yapması gerekmektedir. Bu

²⁴¹ Serozan, a.g.e., s. 67.

²⁴² Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 95.; Bozer a.g.e., s. 203.; YRG. 2. HD 18.11.2013 T. 2013/7715 E. 2013/26702 K. "...Velayet düzenlemesinde asıl olan çocuğun üstün yararıdır. Ana veya baba ile çocuğun yararının çatışması halinde, çocuğun yararı üstün tutulmalıdır..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

²⁴³ Bakır-Çetiner, a.g.e., s. 33.

²⁴⁴ Serozan, a.g.e., s. 66.

bağlamda yargılama sırasında çocukla ilgili karar vermek durumunda olan yetişkinin aksi yönde bir tutum sergilediğine kanaat getirilirse yüksek yarar ilkesi dikkate alınarak talepten daha farklı bir karar da verilebilir.²⁴⁵

c. Çocuğun Zayıf Durumunu Dengelemesi

Çocuklar, haklı yararlarını gerçekleştirme, kendi taleplerini ileri sürme ve üçüncü kişilerin kendilerini istismar etmelerine mani olmak yetisine genel olarak sahip değillerdir. Oysa çocuğun yüksek yararı ilkesi çocuğun yetişkinlere göre güçsüz ve zayıf durumda olmasının sonuçlarını dengeleme işlevi görür. Bu ilke vasıtası ile çocuğun aslında yetişkinlere hukuken eşit konumda olan kişiliğine itibar edilmesi sağlanmış olur.²⁴⁶ Keza çocuk hukukuna ve velayete hakim genel bir ilke olarak çocuğun yararı, özellikle çocuğun ana baba tarafından hak süjesi olarak idrak edilmesini, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesini ve kişiliğinin çok yönlü geliştirilmesini sağlamaya yardımcı olur.²⁴⁷

d. Ana Babaya ve Resmi Makamlara Yol Göstermesi

Veli, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda karar verirken, onun yüksek yararını göz önünde tutmak ve kararlarını bu doğrultuda almak zorundadır. Dolayısıyla bu ilke ana babanın çocuğuna karşı olan davranışlarının çerçevesini çizer. Nitekim Medeni Kanun’umuzda da ana babanın buna riayet etmemesi durumunda hakimin çocuğu korumak için müdahalede bulunarak gerekli önlemleri alacağı belirtilmiştir.

İmamoğlu’na göre çocuk, kendi menfaatlerini ne fiilen ne de hukuken etkili biçimde koruyamaz. Bu yüzden çocuğun sorumluluğunu üstlenen kişiler, bunu onun yerine yapmak zorundadır. Bu vesile ile de çocuğun yararı ilkesi ile çocuğun, doğal ve hukuki erginliği tamamlanmış olur.²⁴⁸

²⁴⁵ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 52-53.

²⁴⁶ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 53.

²⁴⁷ İmamoğlu, Yeni..., a.g.m., s. 170.

²⁴⁸ İmamoğlu, Yeni..., a.g.m., s. 171.

Diğer yandan bu ilke resmi makamlara da karar sürecinde yol gösterir. Nitekim bu ilke çocuğa ilişkin kararlarda hakime yol gösterilmesini, takdir yetkisinin çocuğun yararına uygun olarak kullanılmasını gerektirmektedir.²⁴⁹

e. Toplumsal İşlevi

Bu ilke münferit olarak bir çocuğun yararının korunmasına etki ettiği gibi kavram, tüm toplum için de önem arz etmektedir.²⁵⁰ Netice itibari ile bir çocuğun sağlıklı olarak yetişmesi kendi yetiştireceği nesillerin de sağlıklı olarak yetişmesine olanak sağlar. Keza her birey toplumdaki yeri ile yalnızca kendi soyunu etkilememekte, ayrıca sosyal çevresindeki kişilere doğrudan ya da dolaylı olarak katkıda da bulunmakta ve çevresini yönlendirmektedir.

B. Çocuğun Görüşünün Alınması İlkesi

Velayetin en temel amaçlarından birisi çocuğun ergin olduğu dönemde kendi menfaatine olacak şekilde en mantıklı kararları verebilme yetisine sahip, ayakları üzerinde durabilen bir kişi olmasını sağlamak ve bu amaç doğrultusunda katkıda bulunmaktır. Çocuğun gelişim sürecinde bu yetisini yavaş yavaş ve fakat zaman içinde artarak kazandığı dikkate alındığında kendisini ilgilendiren konularda görüşüne başvurulmaması şüphesiz ki kabul edilemez. Nitekim BMÇHS'nin en temel ilkelerinden birini oluşturan bu öğeye sözleşmenin esas anlamda 12. maddesinde ve ÇHKAS'nin 3-6. maddelerine yapılan atıfla yer verilmiş ve görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkından söz edilmiştir.²⁵¹ Mevcut düzenlemeye

²⁴⁹ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 54.

²⁵⁰ YRG. HGK 17.3.1993 T. 1992/2-763 E. 1993/117 K. "...kişi geçicidir, baki olan millettir, milletin bekası bireylerinin onu yaşatma, yüceltme azim ve iradesine bağlıdır. Nitekim, bu konuda yasal düzenleme de yetersiz görülmüş ve bu boşluk (1985 yılı hazırlanan T.M.K.Ö.T.nin 144145. maddeleriyle "velayetin düzenlenmesinde çocuğun özellikle sağlık, terbiye ve ahlak bakımından yararlı esas tutulur" şeklindeki ifadelerle doldurulmuştur. Öntasarıda belirtilen terbiyenin yukarıda açıklanan Milli Eğitim Temel Yasası'nın benimsediği terbiye şekli olduğunda kuşku yoktur. Bu düzenleme çocuğun milli yararları ile toplumun yararlarının dengelemesini amaçlamaktadır..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

²⁵¹ Serdar, Kişisel..., a.g.m., s. 749-50. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 1. maddesinin 4. paragrafı gereğince Türkiye ebeveynle çocuk arasında boşanma, ayrılık, babalığın mahkeme kararı ile tanınması, çocukların velayetine ilişkin davalar gibi kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda sözleşme hükümlerinin uygulanacağını beyan ettiğinden bu hükümler doğrudan uygulanabilir niteliktedir.

göre çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek sureti ile çocuğun görüşleri dikkate alınacaktır. Ancak çocuğun kimsenin baskısı altında olmaksızın serbestçe görüşlerini ifade edebilmesi çocuğun gerçek katılımını ifade etmekle birlikte, çocuğun dinlenilme hakkını kullanmak isteyip istemediğine karar verme hakkının da olduğuna delalet eder. Diğer bir deyişle çocuğun görüşünün alınması ilkesi çocuğa sorumluluk atfetmez, çocuğu hak sahibi yapar, yetkilendirir. Bu itibardır ki çocuğun bu hakkını kullanması zorunlu değildir.

BMÇHS'nin katılım hakkını düzenleyen 12. maddesi ile esasen bireyin kendi yaşamını ve içinde yaşadığı toplumu etkileyen kararları paylaşma sürecine katılmasına olanak sağlanması nedeni ile demokrasi anlamında da büyük destek sağlanmaktadır. Zira katılım hakkı, aile içi demokrasinin, genel demokrasi kültürünün ve aynı zamanda çocuğun münferiden özerk kişiliğinin oluşabilmesi için olmazsa olmaz koşuldur. Ancak katılım hakkı çocuklara, tüm kararları tek başına alma hak ve yetkisini vermez. Gerçek anlamda katılım hakkı, çocukların onların da bir birey olduklarının kabulü ile onların da söz hakkı olduğu bilincinin önüne geçen gelenekçi zihniyetin değiştirilmesini hedefler.²⁵²

BMÇHS'nin düşünceyi açıklama hakkı (md 13), düşünce, din ve vicdan özgürlüğü (md 14), dernek kurma hakkı (md 15), özel yaşama saygı hakkı (md 16) ve kitle iletişim araçlarına ve diğer bilgi kaynaklarına erişim hakkına (md 17) ilişkin maddeleri de çocuğun katılım hakkı ile ilintilidir.

İç hukukumuzda TMK md 339/III ile ana ve babanın olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme hakkı tanınması ve önemli konularda olabildiğince çocuğun görüşünün alınması gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Böylece ana babanın çocuğu temsil yetkisinde özgür ve serbest olmadığı ve özellikle ana babanın alacağı kararın ya da yapacağı işin önemli nitelikte olması halinde çocuğun düşüncesinin alınması gerektiği yasal mevzuatımızda da ayrıca kaleme alınmıştır. Maddenin lafzından hareketle ilkenin uygulanması için her somut olayda konunun önemli olup olmadığının tayin ve takdiri gerekecektir.²⁵³

²⁵² Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 55.

²⁵³ Kılıçoğlu, Medeni Kanunumuzun..., a.g.e., s. 142.

Yargıtay da yerleşik içtihatlarında²⁵⁴ çocuğun idrak gücüne sahip olduğu durumda ve velayetin tevdi, kişisel ilişkinin düzenlenmesi gibi kendisini ilgilendiren konularda mutlaka görüşünün alınması gerektiğini vurgulamış, aksi hali bozma nedeni olarak görmüştür. Bu ilke Yargıtay kararlarında²⁵⁵ da belirtildiği üzere ananın evli bir erkekle birlikte yaşaması ve babanın da alkolik olması gibi hem ananın hem de babanın özel yaşantıları gereği örnek teşkil etmediği hallerde velayetin kime tevdi edilmesi gerektiğine ilişkin karar sürecinde de hakime iyi bir yol çizmektedir.

BMÇHS'nin 12. maddesinin ilk fıkrasında çocuğun kendisini ilgilendiren tüm konularda görüşünü ifade etme hakkı belirtilmişken, ikinci fıkrada çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada kendisini ifade etme hakkı ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya ya da bir temsilci veya uygun bir

²⁵⁴ YRG. 2.HD 14.3.2013 T. 2012/15207 E. 2013/6906 "...Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi gereğince, yüksek yararına aykırı düşmedikçe müşterek çocuğun görüşüne gereken önem verilerek idrak çağındaki çocuğun kendisini ilgilendiren konudaki beyanına önem verilmelidir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014) YRG. HGK 23.11.2011 T. 2011/2-547 E. 2011/695 K. "...Yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuğa, kendisini doğrudan ilgilendiren velayet konusunda danışılarak, görüşünü ifade etme olanağı sağlanması; ifade edeceği bu görüş, çocuğun kendi çıkarına ters düşmediği takdirde, buna önem verilmesi ve gerektiğinde uzmanlardan da yararlanılmak suretiyle bir karar verilmesi, olmalıdır..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014) YRG. 2. HD 1.3.2010 T. 2009/18194 E. 2010/3704 K. "...Velayeti anneye verilen müşterek çocuk Ali 1998 doğumlu olup, idrak çağındadır. 2006 yılından itibaren davalı babasıyla beraber yaşamakta ve onun yanında okula devam etmektedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri uyarınca çocuk, kendini ilgilendiren davalarda kendine danışılmak ve görüşünü ifade etmek hakkına sahiptir. Çocuğun çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde ifade edeceği görüşe önem verilmelidir. Bu itibarla idrak çağındaki çocuğun mahkemece dinlenilmesi ve tercihinin sorulması gerektiğinde uzmanlardan da yararlanmak suretiyle velayet hakkındaki tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014) YRG. 2. HD 8.3.2004 T. 2004/1860 E. 2004/2812 K. "...Velayeti anneye bırakılan Ali 17.07.1989 Seren ise 13.11.1994 doğumludur. İdrak çağındadır. 7.5.2002 günlü Resmi Gazetede yayımlanan Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri uyarınca bu çocukların dinlenmesi, onların ifade edeceği görüşe de önem verilip deliller birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

²⁵⁵ YRG. 2. HD 8.11.2005 T. 2005/12496 E. 2005/15273 K. "...Davalı babanın alkol bağımlısı olduğu, bu yüzden Amatem'de iki kez yatarak tedavi gördüğü, annenin ise evli bir erkekle beraber yaşamaya başladığı toplanan delillerle gerçekleşmiştir. Müşterek çocuk 15 yaşında olup görüşlerini açıklama olgunluğuna sahiptir. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. maddesi gereğince çocuğa velayet konusunun düzenlenmesi için görüşü sorulmalı, gerektiğinde velayet düzenlemesine esas olmak üzere, bilirkişilerden mütalaa alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

makam yolu ile dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa özellikle sağlanacaktır.

BMÇHS md 12/II'de "herhangi bir adli ya da idari kovuşturma" ifadesine yer verilmesi nedeni ile ilk bakışta bu anlamın tüm yargı süreçlerini kapsayacağı şeklinde geniş bir değerlendirme yapılırsa da 18.01.2001 tarih ve 4620 sayılı Kanun'la Türkiye tarafından onaylanan 7 Şubat 24305 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren ÇHKAS ile çocuğun katılım hakkının nasıl kullanılacağı konusuna açıklık getirilmiştir. Şöyle ki 1. maddenin üçüncü fıkrası ile yargısal süreçle esas anlamda kast edilenin sözleşmenin amaçları açısından bir adli merci önündeki, çocukları ilgilendiren davalar ile özellikle çocukların ikamet ve çocuklarla şahsî ilişki kurulması gibi velayet sorumluluklarına ilişkin davalar olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca dördüncü fıkra ile her devlete, imza veya onay, kabul, uygun bulma ve katılma belgesinin tevdi sırasında, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine muhatap bir beyanla, bir adli merci önünde bu sözleşmenin uygulanacağı en az üç çeşit aile uyumsuzluğunu belirleme hak ve yetkisi de tanınmıştır. Türkiye de sözleşmeyi, boşanma, ayrılık, velayete ilişkin davalar, kişisel ilişki kurulması ve babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalarla sınırlayarak uygulayacağını ifade etmiştir.²⁵⁶

Çocuğun görüşünün alınmasına ilişkin genel hüküm dışında özellikle yasal mevzuatta rızanın alınması gerektiğine ilişkin düzenlemelerin olduğu noktalarda gerek uluslararası düzenlemelerde gerekse iç hukuk düzenlememizde özel hükümlerle çocuğun görüşünün alınması ilkesi benimsenmiştir. BMÇHS'de md 9'da çocuğun ana babasından ayrılma sonucunu doğurabilecek süreçlerde katılma ve görüşünü belirtme hakkı, md 21/a'da evlat edinme işleminde bilgiye dayalı onayından, md 37'de özgürlüğünden yoksun bırakılan çocuğun itiraz hakkı ve 40. maddede ceza kanununu ihlal ettiği ileri sürülen çocuğun duruşmada aktif olarak bulunma hakkı düzenleme altına alınmıştır. Yine TMK'da da çocuğun görüşünün alınması ve katılım hakkının açıkça vurgulandığı 339. maddenin haricinde 12. maddede düzenlenen ergin kılınmada ve 182. maddede düzenlenen boşanma veya ayrılık kararı verilirken kişisel ilişkinin düzenlenmesi sırasında bu görüşe yer

²⁵⁶ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 97.

verilmiştir. Keza Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)'nda da çocuğun karar sürecine katılımının sağlanması genel ilke olarak kabul edilmiştir. ÇKK md 4/I'deki bu genel düzenlemenin haricinde de madde 13 bent 2'de çocuk hakkında tedbir kararının verilmesinden önce yeterli idrak gücüne sahip çocuğun görüşünün alınacağı belirtilmiştir. Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkındaki Yönetmelik de konu ile ilgili düzenlemenin yapıldığı bir diğer yasal mevzuat olup, yönetmelik hükümlerinde koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmeden önce yeterli idrak gücüne sahip çocuğun görüşünün alınacağı belirtilmiştir (md 8/8). CMK'da da suç tanığı çocuğun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması sırasında çocuğun tanıklığının hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek düzeyde olması halinde görüşünün alınacağı md 76'da hükme bağlanmıştır.²⁵⁷

1. Bilgilendirilme Hakkı

Bilgilendirilme hakkı, çocuğun görüşlerini açıklaması hakkının ön koşuludur. Zira, kişi, ancak vakıf olduğu bir konu hakkında görüşlerini bildirebilir.

Çocuğa görüşlerini açıklayacağı konuda bilgilendirilme yapılırken çocuğun konuya tüm yönleri ile hakim olması da şart olmayıp, konu hakkında kendi görüşünü oluşturacak şekilde yeterli anlayışa sahip olması yeterlidir. Çocuğa ayrıca hangi durum ve koşullar altında görüşlerini ifade etmesini isteyeceği hususunda da bilgilendirme yapılmalıdır.²⁵⁸

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, bilgisine başvurulmuş kişinin sürecin her aşamasında yaşının ve hadiselere karşı hassasiyetinin ne derecede olduğunun göz önünde bulundurulması gerektiğidir. Keza çocuk bilgilendirilirken kendi yaş ve zeka seviyesine uygun bir üslubun kullanılması, çocuğun daha rahat anlayabileceği bir seviyeye indirgenerek bilgi paylaşımı yapılması ne kadar gerekli ve önemli ise salt çocuğun bilgilendirilmesi amacı ile çocuk üzerinde olumsuz yönde etki bırakabilecek nitelikteki bilgi aktarımlarının yapılmaması da aynı derecede

²⁵⁷ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 104-105.

²⁵⁸ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 99.

zorunludur. Bu nedenle de çocuk ile yapılacak tüm görüşmelerin mümkün mertebe psikolog, pedagoğ ya da sosyal çalışmacı vasıtası ile yapılması gerekmektedir.

2. Çocuğın Yaşına ve Olgunluğuna Göre Görüşüne Uygun Ağırlık Verilmesi

Düzenlemenin gerçekten amacına hizmet edebilmesi için çocuğın yalnızca dinlenilmemesi, aynı zamanda yaşına ve olgunluğuna göre görüşüne uygun ağırlık da verilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda kanunla çocuğın rızasının arandığı hallerde rıza kavramı çocuğın görüşlerini açıklaması gerektiği anlamına gelmekle birlikte çocuğın görüşlerine ağırlık verilerek bu durumun bağlayıcılığını da kapsamaktadır.

BMÇHS'nin 12. maddesinde çocuğın görüşünün alınması için çocukta aranan kriter olarak çocuğın yaşı belirtilmediği gibi, çocuğın hangi yaşta olgunluk kazanacağına ilişkin bir tespite de yer verilmemiştir. Bununla birlikte BMÇHS kapsamında olgunluk çocuğın herhangi bir konu hakkında görüşlerini etki altında kalmadan ve bağımsız bir şekilde dile getirip getirememesi şeklindeki yetisi olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla çocuğın kendi görüşünü oluşturabilme olgunluğu her somut olayda mutlak surette göz önünde bulundurulacakken, somut olayın boyutu da ayrıca dikkate alınmalıdır.

Keza ayırt etme gücü hak elde edebilme ve borç altına girebilme ehliyetinin asıl koşulu kabul edildiğine göre çocuğın anayasal haklarının kullanabilmesinin de koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk ve İsviçre hukuk sisteminde ise kişinin hangi yaştan itibaren ayırt etme gücünü haiz olacağı konusunda bir sınır getirilmemiş, ayırt etme gücünün varlığı ya da yokluğu somut olaya göre mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Yaşın küçük olması genel olarak ayırt etme gücünden yoksun olunması hallerine kriter teşkil etmekle birlikte, yaş küçüklüğü bu konuda bir karine teşkil etmemektedir. Herhangi bir uyuşmazlık halinde çocuğın ayırt etme gücünün yokluğunu iddia eden ise, bunu ispatla mükelleftir, aksini kanıtlamak ise çocuk ve yasal temsilcinin sorumluluğu altındadır.²⁵⁹

²⁵⁹ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 102-103.

Çocuk kendisini ifade edebilmesi bakımından ne kadar olgun olursa olsun onun yine de bir “çocuk” olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle de çocuğun dinlenilmesi sırasında çocukların beden dili ve mimiklerinin de dikkate alınması gerekmekte ve gerektiğinde bir pedagoğ yardımı²⁶⁰ ile çocukla empati kurularak aslında ne söylemek istediği ya da neyi nasıl anlatması gerektiği konusunda fikirlerini değiştirmeden yönlendirmede bulunulmalıdır. Yargıtay 2. H.D.’nin 14/07/2011 tarihli bir kararında²⁶¹ çocuğun görüşünün alınması sırasında 1995 doğumlu olan çocuğun velayetinin ana babasından birisine verilmesinin kendisi için fark etmeyeceğini ancak kendisinin babasının yanında kalacağını ifade etmesi üzerine, çocuğun açık bir beyanı olmamakla birlikte dolaylı olarak çocuğun babasının yanında kalmak istediği kanaatine varılmış ve velayetin baba üzerinde kalmasının daha uygun olacağına kanaat getirilmiştir.

Çok küçük çocuklar ya da engelli kimi çocuklar görüşlerini ve düşüncelerini sözlü olarak rahatça ifade edemeyebilir. Bu gibi hallerde düşüncelerin rahatça ifade edilmesi için pedagoğ²⁶² vasıtası ile çocuğun daha rahat bir şekilde kendisini ifade etmesine olanak sağlanmalıdır.²⁶³ Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki, çocuğun yaşının küçük olması, ruhsal baskı altında ana babası arasında seçim yapmaya zorlanmasının isabetsiz olduğu, küçük çocukların gerçek duygularını iyi anlatamayacakları gibi gerekçeler çocuğun görüşünün alınmaması için sığınak noktası olmamalıdır.²⁶⁴

²⁶⁰ Aydın, Kişisel Görüşme, 2014 “ Çocuğun gerçek iradesinin ne olduğunun anlaşılması için uygulamada sıklıkla başvurulduğu üzere hakim vasıtası ile değil, bizzat uzman tarafından dinlenilmesi gerekmektedir.”

²⁶¹ YRG. 2. HD 14.7.2011 T. 2010/11911 E. 2011/12213 K. “...Ortak çocuk Hasan Can'ın velayetinin kime verileceği konusunda açık bir beyanı olmamakla birlikte, dosyaya yansıyan dolaylı isteğinin baba olduğu anlaşılmaktadır. Bu değerlendirme uyarınca, ortak çocuklardan Hasan Can'ın velayetinin babasına verilmesi daha uygun olacağı gibi, bu durum çocuğun eylemleri durumuna da uygun düşmüş olacaktır. Açıklanan nedenlerle, ortak çocuk Hasan Can'ın velayetinin davacı-davalı babaya verilmesi yerine, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması isabetsiz olup; bozmayı gerektirmiştir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

²⁶² Aydın, Kişisel Görüşme, 2014 “Öncelikle çocuğun sıkılmadan ve çekinmeden rahat edebileceği uygun ortam sağlanmalı, görüşme sırasında ebeveynin ya da başka bir kişinin çocuk yanında olmamasına özen gösterilmelidir. Çocuğun sakat olması gibi özel bir durumu söz konusu ise kendi yaşam alanı ziyaret edilerek görüşlerine bulunduğu ortamda başvurulmalıdır.”; Kaya, Kişisel Görüşme, 2014, “ Çocuğa ucu açık soru yöneltilerek cevabı kendi özgür iradesi ile vermesine yardımcı olunmalıdır. Ayrıca görüşme sırasında resim, şiir, oyun ya da şarkı söylenilmesi gibi alternatif yolların sağlanması ya da çocuğa öykü anlatılarak aslında gerçek iradesinin ne olduğu konusunda değerlendirilme yapılması mümkündür.”

²⁶³ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 55.

²⁶⁴ Gençcan, Türk..., a.g.e., s. 79.

Çocuğun görüşlerini serbest ve özgürce ifade ederken fikirlerine ve düşüncelerine saygı duyulan ve güvende olduğunu hissettiği bir ortam sağlanmalı, özel ilgi gerektiren engelli çocuklarla, çoğunluk dilini konuşamayan çocukların anlaşılması için ayrıca dikkat ve özen gösterilmesi gerektiği de göz önünde bulundurulmalıdır. Keza cinsel istismar gören ya da şiddet/kötü muameleye maruz kalan çocukların dinlenilmesi sırasında çocuğun gerek fiziksel gerekse psikolojik olarak korunması da vaziyetin hassasiyeti gereği büyük önem arz etmektedir.²⁶⁵

3. Dinlenilme Hakkı

Çocuğun dinlenilme hakkı, velayet ve velayete bağlı sonuçlardan bağımsız olarak çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocukları etkileyen, uzlaşma ve tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını da ihtiva eden içeren tüm adli ve idari kovuşturmalarda dikkate alınması anlamına gelmektedir.²⁶⁶ Her ne kadar bu kısım özel hukukun ve doğrudan bu çalışmanın alanına girmese de yine de konu ile bağlantılı olması nedeni ile burada kısaca değinmek gerektiği kanaatindeyiz.

BMÇHS'nin 12. maddesinde çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yolu ile dinlenilmesi fırsatının, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa sağlanacağı hükme alınmıştır. Madde metninde açıkça “çocuğu etkileyen” şeklinde bir ibareye yer verilmiş olması nedeni ile çocuk ancak ve ancak kendisini ilgilendiren konularda ya da kendisini etkileyen kovuşturma sürecinde dinlenecektir. Bu anlayıştan hareketle kanımızca çocuğu ilgilendirmeyen adli ya da idari kovuşturmalarda çocuğun yararının maddi gerçeğin açığa çıkmasından daha üstün bir hak olarak görüldüğü sonucuna varmak mümkündür.

Sözleşme'nin 12. maddesi kapsamında çocuk ya doğrudan doğruya ya da temsilcisi vasıtası ile veyahut kendisi ile etkileşim sırasında yeterli bilgi ve anlayışı haiz bir kişi veya makam tarafından dinlenecek olup, BMÇHS'de çocuğun ne şekilde ve nasıl dinleneceğine ilişkin usuli hükümler düzenlenmemiş, mevzu iç hukuk

²⁶⁵ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 105.

²⁶⁶ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 100.

düzenlemelerine bırakılmıştır. CMK'da ise çocuğun tanık ve mağdur-şikayetçi sıfatı ile dinlenilmesinde özel hükümler düzenlenmiştir. Şöyle ki CMK md 236/2'ye göre mağdurun tanık olarak dinlenmesine dair usul kurallarında işlenen suçun etkisi ile psikolojisi bozulmuş çocuk, maddi gerçeğin açığa çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklı olmak üzere bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenilebilir. Yine CMK md 236'da mağdur çocuğun tanık olarak dinlenilmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir bilirkişi bulundurulacağı belirtilmiştir.²⁶⁷ Bunun haricinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nın 149. maddesi ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası hukuk davaları açısından mümkün kılınmaktadır. Buna göre mahkeme tarafların rızası olmak şartı ile kendilerinin, vekillerinin ya da tanığın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile buldukları yerden duruşmalara katılmalarına ve usuli işlemleri yapabilmelerine izin verebilmektedir. Bu şekilde yapılan dinleme, ses ve görüntü olarak aynı anda duruşma salonuna nakledilecektir.

C. Çocuğun Yüksek Yararı ve Çocuğun Görüşünün Alınması İlkeleri Arasında Denge Problemi

BMÇHS açısından çocuğun yararının önceliği ile çocuğun görüşünün alınması ilkelerinin birbirlerine üstünlüğü söz konusu olmayıp sözleşmede her iki ilke arasında denge gözetilmektedir. Uygulama sırasında çocuğun yararı ile çocuğun görüşünün alınması ilkelerinin çatışması halinde ise hangi ilkeye üstünlük tanınacağı ya da bu iki ilke arasında nasıl bir dengenin sağlanacağı sorularının cevap bulması gerekmektedir.

Her iki ilke de çocuğun lehine kararlar tesis edilmesi için ortaya çıkmışsa da menfaat çatışması halinde birbirlerine kıyasen hangi ilkenin daha avantajlı olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda çocuğun yararı ilkesinin uygulanmasında temel problem çocuk adına en iyinin ne olduğu yönündeki kararın bir yetişkin tarafından verilmesidir. Yani çocuk için en iyinin ne olduğu sorusunun cevabı bir yetişkin tarafından ve yetişkinin bakış açısı ile verilmektedir. Bu durumda da yetişkinin kendisini çocuğun yerine koyarak, çocuk aslında yetişkin birisi olsaydı

²⁶⁷ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 100.

kendi yaşamını ne şekilde idame ettirmek isterdi sorusuna cevap vermesi ve olaylara çocuğun gözünden bakabilmesi gerekmektedir. Çocuğun yararının belirlenmesinde kararın sonuçlarını bizzat yaşayacak olan çocuğun görüşünün alınması ilkesi bu açıdan çok önemli bir ilkedir.²⁶⁸

Bununla birlikte, Serdar'a göre çocuğun yararı, en üstün ilke olarak velayete hakimdir²⁶⁹ ve velayetin yürütülmesinde yönlendirici temel düşüncedir. İmamoğlu da çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesinin, aynı zamanda çocuğun yararı ilkesinin kapsamında bulunduğunu ve bu ilkenin çocuğun kişiliğinin korunmasına da hizmet ettiğini kabul etmektedir.²⁷⁰ Keza Yargıtay kararlarında²⁷¹ da idrak çağında olan çocuğun yüksek yararı gerektirdiği takdirde, çocuğun görüşünün aksine karar verilebileceği belirtilmektedir.

Kanımızca ise her ne kadar çocuğun görüşünün alınması ilkesi aynı zamanda çocuğun yararına bir yaklaşım olsa da bu ilkeler esasen birbirini tamamlayan iki ilke olarak değerlendirilmelidir. Çocuğun idrak gücünü haiz olmadığı durumda çocuğun üstün yararı ilkesinin dikkate alınacağı kuşkusuz olmakla birlikte, normal şartlarda bu iki ilkeden hangisinin daha önemli olduğu konusunda genel bir kanıya varmak çok sağlıklı bir yaklaşım değildir. Zira gerek çocuğun bizatihi kendisinden sadır olan konumu gerekse çocuğu etkileyecek olan konu, hangi ilkenin diğerine göre üstün sayılması gerektiğine doğrudan etki yapacaktır. Bu doğrultuda da karar verilecek olan konunun çocuğun anlama kapasitesine uygun olup olmadığı, çocuğun hadisenin bütününe ne kadar vakıf olduğu ve kendi görüşlerini kimsenin tesiri altında kalmadan oluşturup oluşturamadığı ile çocuk adına karar verecek olan yetişkinlerin ne kadar objektif ve bir o kadar da çocuğun menfaatine göre değerlendirme yapabilme ihtimallerine dair unsurların kümülatif olarak değerlendirilmesi ve neticenin buna göre tesis edilmesi gerekmektedir.

²⁶⁸ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 106.

²⁶⁹ Serdar, Birlikte..., a.g.m., s. 166.

²⁷⁰ İmamoğlu, Yeni..., a.g.m., s. 168-172.

²⁷¹ YRG. 2. HD 9.4.2013 T. 2012/9745 E. 2013/9865 K. "...Tarafların müşterek çocukları 17.11.1999 doğumlu Ş. idrak çağında olup uzman ile görüşmesinde baba ile birlikte kalmak istediğini belirtmiştir. Uzman raporunda da velayetin babaya verilmesi önerilmiştir. İdrak çağında olan çocuğun yüksek yararı gerektirdiği takdirde, çocuğun görüşünün aksine karar verilebilir. Mahkemenin velayetin anneye verilmesi gerekçesi olarak gösterdiği hususlar; çocuğun yüksek yararı olabilecek nitelikte değildir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

III. Velayet Hakkını Kaybeden Tarafın Kişisel İlişki Kurma Hakkı

Hakim kararı ile çocukların boşanan çiftlerden herhangi birisine bırakılmış olması halinde yasal mevzuatımız diğer eşle çocuk arasındaki velayet hakkının sona erdiğini kabul etmektedir. Ancak istisnai haller saklı kalmak kaydı ile durumun hassasiyeti ve çocuğun menfaati gereği kendisine velayet hakkı verilmemiş olan ana ya da baba ile çocuk arasında bağlantı sağlanması zorunludur. Zira ana baba ile çocuk arasındaki ilişki hukuken kalksa da ne ana baba ne de çocuk olma statüsü boşanma ile ortadan kalkmaz.²⁷² Nitekim EMK'da ve BMÇHS md 9'da da düzenleme altına alındığı gibi gerek TMK md 182/II gerekse md 323'te velayet kendisine bırakılmamış olan ana ya da babanın çocuk ile olan kişisel ilişkisinin düzenlenmesini isteme hakkı olduğu hükme bağlanmıştır.²⁷³

Çocuk, değişik nedenlerle dolayı ana babasının velayeti altında bulunmayabilir. Şöyle ki ana babanın boşanması durumunda; TMK'nın 182/II ve 336/III maddeleri gereğince hakim kararı ile velayet eşlerden birine bırakılmışsa, artık çocuk diğer eşin velayeti altında değildir. Bununla beraber ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali durumunda; TMK'nın 197, 182, 336/II maddeleri gereğince, hakim kararı ile velayet eşlerden birine bırakılmışsa, artık çocuk diğer eşin velayeti altında değildir. Keza TMK'nın 348. maddesinde yer alan velayetin kaldırılması sebeplerinden birinin oluşması durumunda da hakim, velayeti ana veya babadan ya da her ikisinden alarak çocuk üzerinde bulunan velayet haklarına son verir. Ayrıca velayet hakkına son verilmeden TMK'nın 346. ve 347 maddelerine göre çocuğun ana ve babası yanından alınması da mümkün kılınmıştır. Tüm bu hallerde velayet hakkına sahip olmayan ya da çocuk yanında bulunmayan ana ve/veya baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması söz konusu olabilmektedir.²⁷⁴

²⁷² Serdar, Kişisel..., a.g.m., s. 739.

²⁷³ Belgesay, a.g.e., s. 100.; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012, s. 313.

²⁷⁴ Serdar, Kişisel..., a.g.m., s. 743-744.

A. Kişisel İlişkinin Hukuki Niteliği ve Dayanağı

1. Kişisel İlişkinin Hukuki Niteliği

Kişisel ilişki kamu düzeni ile ilgilidir, bu nedenle hakim boşanma ya da ayrılığa karar verdiği hallerde talep olmasa bile velayet kendisine verilmeyen ana ya da baba ile ergin olmayan çocuk arasında kişisel ilişkiyi düzenlemek zorundadır. Her nasılsa yargılama sırasında kişisel ilişki düzenlenmemiş ve bu karar temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş ya da temyiz incelemesinde bu durum gözden kaçırılmışsa hem velayet hakkı verilen hem de velayet hakkı verilmeyen taraf ayrı bir dava açarak kişisel ilişkinin düzenlenmesini talep edebilme hakkını haizdir (TMK md 323).²⁷⁵

Kişisel ilişki kurulmasının amacı bir anlamda ana ve babalık duygusunun tatmini olsa da²⁷⁶ Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında²⁷⁷ da yer verildiği üzere kişisel ilişkinin tesisinde ebeveynin analık ya da babalık duygusunu tatmin etmesi çocuğun yararından sonra gelmektedir.

2. Kişisel İlişkinin Dayanağı

Doktrinde hakim görüş kişisel ilişkinin kişilik hakkı olduğu²⁷⁸ ve kaynağının soybağına dayadığını kabul etmektedir.²⁷⁹

Doktrinde bir diğer görüşe göre²⁸⁰ ise boşanma ya da ayrılma nedenleri ile düzenlenecek olan kişisel ilişki hakkı yalnızca soybağı ilişkisine değil, bu hak esasen daha çok psikolojik ana baba olgusuna dayanmaktadır. Bu görüşü benimseyen Akyüz, psikolojik ana babayı; çocuğa şefkat ve sevgi göstermeyi, çocuğuna saygı duymayı bilen, çocuğu ile arkadaşlık yapmaktan zevk alan, çocuğunun davranışlarını

²⁷⁵ Ergün, a.g.e., s. 606-609.

²⁷⁶ Ergün, a.g.e., s. 608.; Şener, Uygulama..., a.g.e., s. 623.; Tutumlu, a.g.e., s. 1384 .

²⁷⁷ Ömer Uğur Gençcan, **6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku Bilimsel Açıklama ve Son İchtihatlar**, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013, s. 1292; YRG. 2. HD 31.5.2011 T. 2010/8583 E. 2011/9563 K. "...Kişisel ilişki düzenlenirken, öncelik çocuğun yararı olmakla birlikte, analık ve babalık duygusunun tatmin edilmesi de önemlidir. Bu amaçla, çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişimi için; yeterli görüşme süresi olmasına, taraflar ayrı şehirlerde iseler, tarafların ve çocuğun külfetli sayılabilecek seyahatlere katlanmamalarına dikkat edilmelidir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

²⁷⁸ Tutumlu, a.g.e.,s. 1382.

²⁷⁹ Serdar, Kişisel..., a.g.m., s. 740.; Çelikel, a.g.e., s. 116.; Gençcan, Boşanma..., a.g.e., s. 1288.

²⁸⁰ Gençcan, Türk..., a.g.e., s. 81.; Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 199.

hoşgörü ile karşılayabilen ve gerekli noktalarda mümkün olduğunca çocuğuna destek olan ve çocuğunu teşvik eden kişi olarak tanımlamıştır. Bu anlayışa göre velayet ya da bakım hakkına sahip olmayan ana ya da baba psikolojik analık ya da babalık tutum ve davranışlarını üstlenmemişse kişisel ilişkide bulunma hakkının varlığını ileri süremez. Zira bu hakkın tesis edilmesinde amaç çocuğunun bakımı ve gelişimi ile bizzat alakadar olmuş velinin velayet hakkının elinden alınmasından sonraki süreçte de çocuğun bakımı ve gelişimi sırasında destek olması ve yetişmesine katkıda bulunmasını sağlamaktır.²⁸¹

B. Kişisel İlişkinin İçeriği

Kişisel ilişki hakkı; çeşitli hukuki süreçler nedeni ile çocuktan ayrı olan ana ya da babanın, yetişmesine katkıda bulunmuş olduğu çocuk ile hısımlık ilişkilerini sürdürmek, hem çocuk hem de ebeveyn açısından yabancılaşmayı önlemek ve karşılıklı sevgi gereksinimlerini tatmin amacı güder. Ancak unutulmamalıdır ki, kişisel ilişki hakkı, hak sahibine çocuğun yaşamına müdahale hakkı vermez, sadece çocuğun gelişimi hakkında haberdar olmasını sağlar, dolayısıyla da muhtevası bakımından asla velâyet hakkının eş değeri değildir.²⁸²

Kişisel ilişki hakkı, esas anlamda çocukla ana baba arasında görüşme, ziyaret şeklinde gerçekleşse de bu ilişki yalnızca ziyaretlerden ibaret olmayıp, ilişki çerçevesine yazışma (e-posta, mektup), telefon ya da internet yolu ile görüşme ve bilgi edinme gibi haklar da girmektedir.²⁸³

C. Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi

1. Kişisel İlişki Kurulurken Göz Önünde Tutulacak Ölçütler

Hakim, çocuk kendisine bırakılmayan tarafın çocuk ile ne zaman ve ne şekilde iletişime geçeceğini ve kişisel ilişki kuracağına boşanma kararında yer verir. Ancak TMK md 324/II ile belli durumlarda hakime kişisel ilişki kurma hakkını

²⁸¹ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 199.

²⁸² Serdar, Kişisel..., a.g.m., s. 740.

²⁸³ Serdar, Kişisel..., a.g.m., s. 740.

reddedebilme veya geri alma imkanı tanımaktadır.²⁸⁴ Keza doktrinde²⁸⁵ de somut olayın özelliklerine göre görüşme sırasında problem yaratma durumu olan ana ya da baba hakkında kişisel ilişkinin düzenlenmeyebileceği savunulmaktadır.

Hakim, çocuk ile velayet kendisine bırakılmayan taraf arasında kişisel ilişkiyi belirlerken TMK’da genel çerçeve çizildiği üzere çocuğun sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarını gözetecek²⁸⁶; bunun yanında çocuğun yaşına²⁸⁷, cinsiyetine, öğrenim durumuna, kişisel ilişki kurulacak olan ana ya da babanın yerleşim yerine, mesleki durumuna, çocuk ile iletişimine göre bir değerlendirme yapacaktır.²⁸⁸ Ayrıca hakim gerektiğinde uzman kişilerden de görüş alarak kişisel ilişkinin hangi zamanlarda tesis edileceğine karar verir.²⁸⁹ Bu kapsamda ana babanın çalışma gün ve saatleri ile izin günleri de yol gösterici olacaktır.²⁹⁰

Tarafların boşanmaya vesile olan tartışmaları, kişisel ilişki hakkı vasıtası ile boşanma kararının verilmesinden sonraki süreçte de sıklıkla yaşadıkları görülmektedir. Bu nedenle de aslında kişisel ilişki tesisi sırasında yaşananlar çocuğu en az boşanma kadar etkilemektedir. Dolayısıyla kurulacak olan kişisel ilişkinin somut olaya uygun

²⁸⁴ Akıntürk ve Ateş-Karaman, a.g.e., s. 314.

²⁸⁵ Belgesay, a.g.e. s. 103.; Gençcan, Türk..., a.g.e., s. 81.

²⁸⁶ YRG. 2.HD 13.4.2010 T. 2010/734 E. 2010/7240 K. "...Türk Medeni Kanununun 182/2 ve 324/2. maddeleri uyarınca kişisel ilişki düzenlenmesinde çocuğun sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Toplanan delillerden ve özellikle baba hakkında düzenlenen iddianame içeriğinden ve küçüğün tercihi de dikkate alınarak her iki çocukla baba arasında kişisel ilişkinin kurulması halinde huzurlarının tehlikeye gireceği, fikri gelişimlerinin olumsuz etkileyeceği anlaşılmaktadır..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

²⁸⁷ Hakim kişisel ilişkinin süresini saptarken çocuğun yaşını göz önünde tutmalıdır; anne sütüyle beslenen bir çocuğun 4 saatten fazla bir süre babayla kişisel ilişki kurması olanaklı değildir. Ergün, a.g.e., s. 610; YRG 2. HD 26.10.2000 T., 2000/10935 E., 2000/13029 K. "...süt çocuğu olan ortak çocuğun 1 ay süre ile baba yanında kalması, anne sütünden yoksun bırakılması çocuğun gelişimini olumsuz yönde etkileyeceğinin düşünülmemesi isabetli bulunmamıştır..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

²⁸⁸ Şeker’e göre her ne kadar yasa koyucu konuya duyarlılığını bu mahkemeye atanacak hakimın “evli ve çocuk sahibi, 30 yaşını doldurmuş, tercihen aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış” kişilerden seçerek gösterse de mesleki tecrübesi gereği olarak hakimın bu alanda yeteri derecede yoğunlaşmadıklarını gözlemlediğini ifade etmiştir. Hilmi Şeker, “Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Geçici Önlem Olarak; Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisi ile Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri”, **Adalet Dergisi** S. XVII, (2003), s. 4.

²⁸⁹ YRG. 2. HD 2.5.2011 T. 2010/18351 E. 2011/7395 K. "...Gerektiğinde uzmanlardan görüş de alınarak davacı ile çocuklar arasında kişisel ilişki tesisi konusunda bir karar verilmesi gerekirken, bu hususun nazara alınmaması doğru değildir..."(Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014); Ergün, a.g.e., s 609.

²⁹⁰ Gençcan, Boşanma..., a.g.e., s. 1302-1303.

nitelikte olması gerekmekte ve hakimın kişisel ilişki tesisine karar vermesi sırasında çocuğun yüksek yararı ilkesini mutlaka göz önünde bulundurması gerekmektedir.

Kişisel ilişki tesis edileceği sırada çocuğun istek ve eğilimlerinin de araştırılması gerekmektedir. Her ne kadar çocuğun kolayca yanında bulunduğu ebeveyninden etkilenebileceği ve yanında bulunduğu ebeveynin görüşlerini kendi görüşleri gibi ileri sürme ihtimali fazla olsa da çocuk idrak çağında ise mutlaka görüşleri dikkate alınmalı²⁹¹ ve idrak çağında olmayan çocuğun da psikolog, pedagoğ ya da psikiyatristler vasıtası ile gerçek niyetinin ne olduğunun araştırılması gerekmektedir. Zira boşanma kararı verilmesinin akabinde derin yara alan çocuğun²⁹² bir de kendi fikirlerine önem verilmeden ana ya da babasından ayrılması insan ve çocuk hakları açısından da kabul edilebilir bir durum değildir.

Çocuğun görüşünün alınması sırasında duygusal olarak etkilenmemesi için çocuğa “... gibi nedenlerle senin annen/baban yanında kalmanın daha doğru olduğunu düşünüyoruz, sen bu konuda ne dersin?” gibi yumuşak bir geçiş yapılması önerilebilir. Zira bu halde çocuk ana ya da babasına haksızlık yaptığını düşünmeyecektir.²⁹³

Çocuk bu süreçte aslında yalnızca kendisini düşündüğünden kardeşinin olup olmaması çok büyük etki yaratmaz; ancak şayet kardeşi varsa kardeşinden de ayrılmak çocukta uzun vadede farklı tepkimeler ortaya çıkaracaktır. Bu yüzden boşanma sonrasında birden fazla çocuğun olması halinde kardeşlerin birbirinden ayrılmaması için somut vaka elverdiği ölçüde tüm çocukların bir ebeveynde kalması amaçlanır.²⁹⁴ Ancak kardeşlerin dağılması ve aynı evde ikamet edilmemesi halinde kişisel ilişki tesis edilecek günler tespit edilirken kardeşlik bağının güçlenmesine

²⁹¹ Üç yaşındaki çocuğa babanla görüşmek istiyor musun sorusunu sormak zor olsa da altı yedi yaşındaki çocuğa bu sorunun yöneltilmesinin çok önemli olduğu ve sağlıklı cevap alınacağı belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz Öztürk, Boşanmış..., a.g.e., s. 35.

²⁹² Ana babası ile kişisel ilişki kurması konusunda kısıtlanan çocukların durumları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Bülent B. Dağdeviren, **Boşanmış Çocuklar**, İstanbul: Beyaz Yayınları, 2000, s. 115-117.

²⁹³ Öztürk, Boşanmış..., a.g.e., s. 32.

²⁹⁴ Öztürk, Boşanmış..., a.g.e., s. 86-87.; YRG. 2. HD 10.10.2013 T. 2013/9516 E. 2013/23409 K. “...Velayet düzenlemesine konu birden fazla çocuk bulunduğu takdirde, çocukların kardeşlik duygusunu yaşayabilmeleri için üstün yararları gerektirmediği sürece velayetlerinin aynı ebeveyne verilmesinin tercih edilmesi gerekir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

yarayacak ve kardeşlerin birbirini görecekleri şekilde düzenleme yapılması yerinde olacaktır.²⁹⁵

Ana ve baba aralarında kişisel ilişkinin düzenlenmesine dair anlaşma yapsa da hakim kişisel ilişkinin düzenlenmesi sırasında tarafların istekleri ile bağlı değildir. Ancak Yargıtay'ın son zamanlarda verdiği kararlar yasaya aykırı bir durum söz konusu olmadığı takdirde hakimin ana babanın arasında yapmış olduğu anlaşmaya müdahale etmemesi gerektiği yönündedir.²⁹⁶

Çocuk ile kişisel ilişki tesis edilmesi için en uygun zaman hafta sonu olmakla birlikte her hafta sonu kişisel ilişki kurulmasına karar verilmesi sakıncalıdır.²⁹⁷ Zira çocuğun hafta içini velayete sahip olan ebeveyninin yanında geçirmesi velayeti haiz olan ana babanın eğitim ve terbiye ödevini güçlendirmekle beraber çocuğun kendisini psikolojik olarak daha rahat ve keyifli hissettiği günleri velayete sahip olmayan kişinin yanında geçirecek olması nedeniyle çocuğun bu kişiye daha çok bağlanmasına ve diğer ebeveyninden uzaklaşmasına sebebiyet verebilir. Bu nedenlerle ziyaretlerin on beş günde bir şeklinde düzenlenmesi çocuğun daha yararlıdır. Yargıtay kararlarında²⁹⁸ da özellikle okul çağında olan çocuklarla diğer ebeveyn arasında her hafta sonu kişisel ilişki tesis edilmesinin velinin çocuğa karşı olan ödevlerini yerine getirmede zorlanacağı kabul edilmektedir.

Aynı durum yaz ve bayram tatilleri için de söz konusu olduğundan tüm yaz ya da tüm bayram tatillerinde kişisel ilişki kurulmasından kaçınılmalıdır.²⁹⁹ Bununla

²⁹⁵ YRG. 2. HD 20.7.2005 T. 2005/11652 E. 2005/11677 K. "...Küçükler yönünden Temmuz ayında ve ayın üçüncü haftası küçüklerin birbirlerini görmeyecek şekilde kişisel ilişki kurulması doğru olmadığı gibi, küçük Eda Gül yönünden babanın anne yanına giderek küçükle kişisel ilişki kurma yükümlülüğü altına sokulacak ve anneye bağımlı hale getirecek şekilde kişisel ilişki tesisi de doğru olmamıştır..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

²⁹⁶ YRG. 2. HD 6.7.2011 T. 2010/10865 E. 2011/11563 K.

²⁹⁷ Meydan ve Yapal, a.g.e., s. 337.

²⁹⁸ Tutumlu, a.g.e., s. 1385. YRG. HGK 20.03.2013 T. 2012/2-799 E. 2013/389 K. "... velayeti annede çocuğun her hafta sonu Cumartesi günü saat 09.00'dan Pazar günü saat 18.00'e kadar kişisel ilişki kurulması küçüğün yaşı itibarıyla eğitimini, bedeni ve fikri gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014) YRG. 2. HD 22.5.2003 T. 2003/6456 E. 2003/74775 K "...çocuklar okul çağındadırlar. Her hafta cumartesi şahsi ilişki kurulması onların karşılanması gereken pazar ihtiyaçlarının davalı anne tarafından yerine getirilmesini zorlaştıracaktır..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

²⁹⁹ YRG. 2. HD 15.6.2010 T. 2010/4534 E. 2010/11794 K. "...Çocuklarla baba arasında ayda iki hafta gibi uzunca bir süre kişisel ilişki kurulması çocukların eğitim ve öğrenimini olumsuz yönde

birlikte kendisine velayet bırakılmayan tarafın da çocuğu ile kaliteli yaşam geçirme hakkı olması nedeni ile yaz tatillerinde çocuk ile kişisel ilişki kurulması gerekmektedir. Velayet kendisine verilmemiş olan ana ya da babanın dini ve milli bayramlarda çocukları ile bir arada bulunması da anlayışla karşılanmalıdır.³⁰⁰

Tarafların birbirlerine uzak şehirde ya da ayrı ülkede oturmaları halinde ise kişisel ilişkinin senenin uygun bir ayında ve en az bir ay gibi akla yatkın bir süre ile kararlaştırılması gerekmektedir.³⁰¹ Zira, kişisel ilişki tesisinde önemli bir sorun da, kişisel ilişki kararının infaz edilebilme niteliğidir.³⁰² Farzı misal ana babanın farklı il ya da ülkelerde yaşaması halinde kısa aralıklarla kişisel ilişki düzenlenmesinin uygulanabilirliği mümkün görünmediğinden bu yönde bir kararın verilmesinde hiçbir hukuki yarar ve isabet yoktur. Keza görüşme yapılacak yerin tesisi sırasında çocuğun yerleşim yeri de göz önünde bulundurulmalı ve her iki tarafa uygun olacak şekilde bir değerlendirme yapılmalıdır.³⁰³

etkileyecek nitelikte olduğu gibi annenin velayet görevini gereği gibi yerine getirmesini engellemektedir. Açıklanan nedenle eğitim ve öğrenim hayatlarını olumsuz yönde etkilemeyecek şekilde her ayın belirli hafta sonlarında, dini bayramların belirli günlerinde, sömestr tatilinin bir bölümünde, yaz tatilinde belirli bir ayda baba ile müşterek çocukları arasında daha uygun sürelerle kişisel ilişki kurulması gerekir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014) YRG. 2. HD 28.3.2005 T. 2005/3190 E. 2005/4978 K. “...Öte yandan çocukla ilişki tesis edilirken ayın belli haftalarında kişisel ilişki tesisine karar verilmesi gerekirken her hafta sonu ilişki tesisine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...” YRG. 2. HD 3.10.2005 T. 2005/10976 E. 2005/13448 K. “...Müşterek çocuk için Her hafta sonu kişisel ilişki tesisi, annenin çocukla ilgilenmesini ve velayet görevini yerine getirmesini engelleyici niteliktedir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014); Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 201-203.

³⁰⁰ Ergün, a.g.e., s. 610.

³⁰¹ YRG. 2 .HD 9.3.2011 T. 2011/2524 E. 2011/4212 K. “...Velayeti davacıya bırakılan müşterek çocukla davalı arasında kişisel ilişki aynı ve ayrı şehirlerde olmalarına göre farklı düzenlenmiştir Velayet kendisine bırakılan davacının Çeltikçi ilçesinin köyünde, davalının ise Yunak ilçesine bağlı köyde oturdukları anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı sadece "her yılın 1 Temmuz-15 Ağustos tarihleri arasında" kişisel ilişki hakkını kullanabilecektir. Belirtilen tarihler arasında da olsa senede bir kez kişisel ilişki, bundan beklenen amacı gerçekleştireci değildir. Öyleyse ayın belirli haftalarında ve dini bayramlarda da çocukla baba arasında uygun kişisel ilişki tesisi gerekir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

³⁰² Bahattin ARAS, “Boşanmanın Çocuklar Yönünden Sonuçları”, **Adalet Dergisi**, S. XXVIII, (2007)

³⁰³ YRG. 2. HD 27.4.2010 T. 2010/6367 E. 2010/8385 K. “...Kişisel ilişki düzenlenirken, çocuğun yararının yanında, analık ve babalık duygusunun tatmin edilmesine ve geliştirilmesine özen gösterilmeli, görüşme süresi yeterli olmalı, taraflar ayrı şehirlerde iseler, tarafların ve çocuğun külfetli sayılabilecek seyahatlere katlanmalarına dikkat edilmelidir. Davalı babanın Bursa'nın Mudanya ilçesinde velayeti davacı anneye bırakılan müşterek çocuğun ise annesi ile birlikte Ankara'da ikamet ettiği anlaşılmaktadır. Bu husus gözetilerek çocukla davalı baba arasında daha uygun kişisel ilişki tesisi gerekir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

Ana babanın tutuklu olması kural olarak kişisel ilişki kurulmasına engel değildir. Yargıtay 2. H.D. 16/04/2012 tarihli bir kararında³⁰⁴ açık görüş imkanıyla ilgili babanın tutuklu bulunduğu cezaevinden bilgi alınmak sureti ile çocukla baba arasında görüş ve ziyaret imkanının araştırılması ve kişisel ilişkinin buna göre belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak Yargıtay 2. H.D. 13/09/2012 tarihli bir kararında³⁰⁵ ise tutuklu baba ile çocuk arasında çocuğun yaşının ilerlemesi ile birlikte kişisel ilişki tesisi konusunda her zaman dava açılabilmesinin mümkün olduğu gerekçe gösterilerek kişisel ilişki tesisi talebini yerinde görmemiştir.³⁰⁶

Tüm bunlarla birlikte uygulamada genellikle somut olayın özelliklerine göre ayrıma gitmeksizin, tekdüze kararlar verilmektedir. Oysa çocukların yaş gruplarına ve cinsiyetlerine göre boşanma kararına verdikleri tepkileri farklı olmakla beraber ayrıca buna kendi karakteristik özellikleri de eklenince her çocuğun farklı şekilde tatmin olacağı kaçınılmazdır. Bu nedenle de kanımızca her olay somut olarak ayrıca ele alınmalıdır.

Öte yandan kişisel ilişkinin, kararda tarafların yorum ve tartışmalarına mahal vermeyecek kadar açık ve ayrıntılı düzenlenmesi gerekmektedir.³⁰⁷ Farzı misal “her sene yaz aylarında uygun bir ay içinde kişisel ilişki kurulmasına” şeklinde karar verilmesi, kararın infazı aşamasında ana ve baba için zorluk çıkaracaktır. Bu nedenle tarafların aralarındaki tartışmaları boşanmadan sonra da sürdürebilecekleri ihtimali göz önünde bulundurulmak sureti ile kararda net olarak kişisel ilişkinin hangi tarihlerde, ne kadar süre ile tesis edileceği açıkça belirtilmelidir.³⁰⁸ Ayrıca çocuk açısından bakıldığında da çocuğun ana ya da babasını görmek en doğal hakkı olmakla birlikte ana ya da babasını ne zaman ve ne kadar süre ile göreceğini bilmesi de önemlidir. Nitekim bu husus çocuğun zihnini berraklaştırır.³⁰⁹ Üstelik yalnızca mahkeme kararı ile değil, ana babanın ayrılık kararı verdiği andan itibaren kendi aralarında da bu yönde bir anlaşma yaparak duruma netlik kazandırmaları kanımızca en ideal olanıdır.

³⁰⁴ YRG. 2. HD 16.4.2012 T. 2011/10647 E. 2012/9804 K. Gençcan, Boşanma..., a.g.e., s. 1306.

³⁰⁵ YRG. 2. HD 13.9.2012 T. 2012/995 E. 2012/21266 K. Gençcan, Boşanma..., a.g.e., s. 1306.

³⁰⁶ Gençcan, Boşanma..., a.g.e., s. 1306.

³⁰⁷ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 201.

³⁰⁸ Serdar, Kişisel..., a.g.m., s. 763.

³⁰⁹ Öztürk, Boşanmış..., a.g.e., s. 33-38.

2. Kişisel İlişkinin Sınırlanması Kişisel İlişki Kurma Talebinin Reddedilmesi veya Kaldırılması

Boşanma ile velayet hakkını kaybetmiş ana baba ile kişisel ilişki hakkının kaldırılması en büyük ve ağır hukuki neticelerden olup, çocuk için de önemli sonuçlar doğurmaktadır. Dolayısıyla çocuğun ruhsal ve bedensel gelişiminin ancak ciddi bir tehlike ile karşılaşması halinde kişisel ilişki hakkının kaldırılması gerekmektedir (TMK md 324/II).³¹⁰

Öztürk³¹¹ çocuğun yalnızca ana ya da babası ile görüşmesi nedeni ile çocukta benlik saygısının oluşmayacağı yönünde bir izlenime ulaşmanın doğru olmadığı kanısında olup, her ne kadar doğal olan ana ve baba ile birlikte görüşmek ve iletişim halinde olmak olsa da tek tarafın da bu boşluğu doldurabileceğini savunmaktadır. Keza özellikle babanın kişilik olarak doğru model olmadığı hallerde dayı, amca vs ile kimlik gelişiminin sağlanabileceğini ileri sürmektedir.

TMK md 324/I ile ana babadan her birine diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelememe ve çocuğun eğitimi ile yetiştirilmesine engel olmama yükümlülüğü atfedilmiş; son fıkrasında da ana baba ve üçüncü kişilerle çocuk arasında kurulacak olan ilişkinin sınırlarına uymamanın neticesi olarak da kişisel ilişki kurma hakkının reddedileceği ya da kendilerinden alınabileceği hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda TMK md 323'e göre kişisel ilişki bir hak olmakla birlikte bu hak mutlak bir hak değildir.³¹² Şayet kişisel ilişkinin çocuğun fikri, ruhani ve fiziki gelişmesi açısından zarar doğuracağı açıkça belli ise görüşme hakkı ortadan kaldırılabilir. Nitekim çocuğunun sorumluluklarını üstlenmemiş, kusurlu olarak nafaka borcunu ifa etmemiş bir ebeveynle ya da ananın gebe olduğu dönemde bilinçli olarak eşini terk eden veyahut kürtaj isteyen baba ile kişisel ilişkinin baştan kurulmaması ya da kaldırılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.³¹³ Ancak kanımızca babanın çocuğun ana karnında olduğu süreçteki davranışlarından sorumlu tutulabilmesi için

³¹⁰ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 209.

³¹¹ Öztürk, Boşanmış..., a.g.e., s. 39-40.

³¹² Ergün, a.g.e., s. 607.

³¹³ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 213.

çocuğun doğumundan sonraki süreçte babanın davranışlarında herhangi bir iyileşme olmaması gerekmektedir.

Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'la da çocuğun yaşadığı evde doğrudan çocuğa yönelik olmasa da bir şekilde fiziksel, cinsel, psikolojik ya da ekonomik şiddet uygulanması söz konusu ise şiddet uygulayan kişi ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde kurulması ya da sınırlandırılması veyahut kaldırılması hükme bağlanmıştır (md 5 bent ç). Gerekli görülmesi halinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin haller saklı kalmak kaydı ile çocuklarına yaklaşmamasına karar verilebilmektedir (md 5 bent d).³¹⁴

3. Çocuğun veya Ana Babasının Özgürlüğünün Sınırlı Olması Halinde Ziyaret, İletişim ve Bilgi Alma Hakları

Çocuğun ya da ana babanın özgürlüğünün sınırlı olmasına en temel örnek aleyhlerinde hürriyetten yoksun bırakıcı karar verilmesi halidir. Böyle bir durumda ana baba ve çocuğun bir arada yaşama hakkı kesintiye uğramakla birlikte bu süreçte de yine çocuğun yüksek yararına aykırı olmadığı sürece çocuk ile ana babası arasında kişisel ve doğrudan ilişki kurma hakkı anayasal bir hak olup, bu durum Anayasamızın 41. maddesi ve BMÇHS md 9 ile hüküm altına alınmıştır.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK) ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük (CGTİHT)'te annesi hükümlü olan çocukların birbirleri ile ne şekilde iletişimde olacaklarına dair düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre annesi hükümlü olup, kendisine bakacak kimsesi bulunmayan sıfır-altı yaş grubundaki çocukların annelerinin yanında kalma hakkı bulunmaktadır. Bu çocuklar gündüzleri sosyal hizmetler ve çocuk esirgeme kurumunda veya ceza infaz kurumu bünyesinde bulunan veyahut diğer kurum ve kuruluşlara ait kreş ve gündüz bakımevlerinde barındırılırlar. Ayrıca üç yaşını doldurmuş çocukların belirlenecek bir program dâhilinde zaman zaman anneleri ile görüşme hakkı saklı olarak hakim

³¹⁴ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 84.

kararı ile çocuk yuvalarında veya yetiştirme yurtlarında kalmaları da mümkündür. Altı yaşını doldurmuş çocukların ise menfaatleri göz önünde bulundurularak kurum dışında barındırılacakları yerler ilgili mevzuat hükümlerine göre belirlenir (CGTİHT md 70).³¹⁵

Ana babanın hükümlü olması halinde çocukları ile ne şekilde iletişim kuracağı genel kurallara tabidir. Kapalı kurumlarda bulunan hükümlüler belgelendirmeleri koşulu ile eşi ve üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile telefon görüşmesi yapabilme, haftada bir kez ad ve adreslerini bildirdiği en az üç kişi tarafından yarım saatten az ve bir saatten fazla olmamak koşulu ile çalışma saatleri içerisinde ziyaret hakkına sahiptirler. Hükümlünün, kısıtlamalar dışında ve denetim altında olacak şekilde mektup, fax, telgraf alma ve gönderme hakkı da bulunmaktadır (CGTİHT md 126).³¹⁶

BMÇHS md 40'ta ceza yasasını ihlal ettiği öne sürülen ve bu nedenle suçlanan ya da yasayı ihlal ettiği kabul edilen her çocuğun saygınlık ve değer anlayışını geliştiren, yaş durumunu gözeten ve toplumla yeniden bütünleşmesini hedefleyen tarzda muamele görme hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda özgürlüğü yoksun kılınan çocuk bu süre zarfında da ana babası ile kanunda aranan ölçütler doğrultusunda bir arada bulunmalı ve duruşmalarda ana babası hazır olmalıdır. Birleşmiş Milletler Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kuralları (Bejing Kuralları)'nda da çocuğun özgürlüğünün kısıtlı olduğu durumlarda ana babası ile görüşme ve ziyaret hakkı olduğuna ilişkin düzenlemeler mevcuttur. (Bejing Kuralları md 26.5) ÇKK md 4/I bent d'de çocuğun korunma, mağdur veya suç tanığı olarak yargılanmasında çocuk ve ailesi bilgilendirilerek karar sürecine katılımlarının sağlanması temel ilkeler arasında sayılmıştır.

Hükümlünün çocuk olduğu durumda telefonla görüşme yapma hakkı bakımından özel hüküm yer almaktadır. Buna göre açık kurumlarda çocuk eğitim evlerinde bulunan hükümlülerin ücretli telefonlarla serbestçe konuşma hakkı düzenlenmiş ve

³¹⁵ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 88.

³¹⁶ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 88-89.

çocuk hükümlülerin telefonla konuşmasının hiçbir şekilde kısıtlanamayacağı ve engellenemeyeceği belirtilmiştir (CGTİHT md 88/III).³¹⁷

D. Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı

EMK’da çocukla yalnızca ana ya da babanın kişisel ilişki kurabilmesi yönünde bir düzenlemeye gidilmiş; velinin çocuğun büyük baba ve ana arasında sürekli ziyaretlere izin vermeyebileceği belirtilmiştir.³¹⁸ Hatta Sungur’a göre ³¹⁹ büyük ana ve baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kesin olarak Medeni Kanun ile yasaklanmış olup, madde metninde bu yönde bir ilişki içeren kaide ve hüküm tanınmamıştır. Ataay’a göre ise³²⁰ büyük ana ve büyük baba ile kişisel ilişki tesisi ancak çocuğun ana babasından birisinin ya da her ikisinin de ölmüş olması halinde söz konusu olabilir, bunun dışında büyük ana ile büyük baba ve çocuk arasında kişisel ilişki tesisine yönelik bir hükmün bulunması kanun boşluğu olarak değerlendirilemez. Ancak ailenin diğer fertlerinin bertaraf edilmiş olması Türk örf ve adet yapısına uygun düşmediğinden Yargıtay 1959 tarihinde İBK³²¹ vererek, büyük anne ve babaların da çocukla kişisel ilişki kurma hakkı oldukları karara bağlanmıştır. Bu değişiklik TMK’nın 325. maddesi ile kendisine açıkça yer bulmuştur. Buna göre olağanüstü haller mevcutsa çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişkisi kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere özellikle de hısımlarına tanınabilir.

Babanın, doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre kişisel ilişki kurmayı isteyebilmesi için, çocukla arasında soybağı ilişkisi kurulmuş olması gerekir. Ancak soybağı kurulmayan babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı TMK’nın üçüncü

³¹⁷ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 88.

³¹⁸ Belgesay, a.g.e., s. 101.; Demir, a.g.e., .s. 210.

³¹⁹ H. Halis. Sungur, **Türk Kanunu Medenisi ve Mer’iyet Kanunu, Velayet, Vesayet ve Miras Nizamnamesi ve Bunlarla İlgili Hususi Kanunlar ve Eski Hükümler**, Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, 1941, s. 122.

³²⁰ M. Aytekin Atay, “Büyükana ve Büyükbabalarla Torunlar Arasındaki Şahsi Münasebetler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XXIII, S. 3-4, (1958), s. 371.

³²¹ Şener, Uygulama..., a.g.e. s. 661 YRG. İBK 18.11.1959 T. 1959/12 E. 1959/29 K. “...Bu sebeplere binaen büyük ana ve büyük babanın torunlarıyla velinin arzusu hilafına ve veliyi hasım göstermek suretiyle şahsi münasebet temini talep ve davaya hakları bulunduğu...”(Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

kişilerle çocuk arasında kişisel ilişki düzenlenebileceğini öngören hükümleri çerçevesinde söz konusu olabilir³²².

TMK md 325 ile üçüncü kişilerin çocuk ile kişisel ilişki tesis edilmesini isteme hakkı ileri sürmesi için mutlaka çocuk ile arasında hısımlık ilişkisi bulunmasını aranmamış ve fakat evleviyetle hısımların talepte bulunabileceği vurgulanmıştır. Dolayısıyla çocuğun uzun süre yanlarında yetiştiği koruyucu aile ya da boşandıktan sonra çocuğun üvey babası ile arasında kişisel ilişki kurulabilmektedir.³²³ Doktrinde bir görüşe göre ise³²⁴ ana babanın sağ olduğu durumda hısımların çocukla kişisel ilişki hakkı bulunmamaktadır. Ancak kanaatimize göre üçüncü kişilerle kişisel ilişkinin tayininde ana babanın sağ olması tek ölçüt olarak kabul edilmemeli ve somut olayın özellikleri irdelenerek çocuğun menfaati gerektirdiği takdirde ana babanın sağ olduğu durumlarda da bu haktan yararlanılmalıdır.

Her durumda TMK'nın 325. maddesinin uygulanmasına engel olmak için olağanüstü hallerin varlığı aranmıştır. Buna göre boşanma ya da ölüm gibi hallerde³²⁵ çocuk ile yakın ilişki içerisinde bulunan üçüncü kişi gerek çocuk ile arasındaki bağın ne kadar kuvvetli olduğunu gerekse kişisel ilişki tesis edilmesinin kendisi ve çocuğun lehine bir tutum olacağını ispatlayarak kişisel ilişki kurulmasını isteyebilmektedir. Ancak burada talepte bulunanın özlem duygularını gidermesinden ziyade kanunda çocuğun menfaati ön plana çıkarılmıştır. Dolayısıyla yalnızca talepte bulunmak kişisel ilişkisinin tesisi için yeterli değildir ve çocuğun menfaatinin bulunmaması talebin reddi için şart ve kafidir. Farzı misal annesinin velayetinde bulunan çocuk için babası ile birlikte yaşayan halanın da kişisel ilişki talebinde bulunması halanın baba ile kişisel ilişki tesisi sırasında zaten çocuğu görme imkanı bulunduğundan bu durum çocuğun menfaatine aykırılık teşkil edebilir. Zira bu halde çocuğun farklı iki ortamda yoğun olarak yaşaması gibi bir durum söz konusu olacaktır.³²⁶ Yargıtay kararlarında ise babası ya da anası ölmüş olan çocuğun büyük ana ya da büyükbabası ile

³²² Serdar, Kişisel..., a.g.m., s. 72-753.

³²³ Serdar, Kişisel..., a.g.m., s. 755.

³²⁴ Ergün, a.g.e., s 611.

³²⁵ Kılıçoğlu, Medeni Kanunumuzun..., a.g.e., s. 148.

³²⁶ Kılıçoğlu, Medeni Kanunumuzun..., a.g.e., s. 148.

arasında³²⁷ veya evlat edinilen çocuğun gerçek ana ve babasının kim olduğunu bildiği durumda gerçek ana babası ile arasında kişisel ilişki kurulmasının çocuğun menfaatine olduğu³²⁸, kişisel ilişkinin velinin velayetten doğan görevini gereği gibi yerine getirmesi engel olduğu hallerde ise çocuğun menfaatine olmadığına³²⁹ karar verilmiştir.

TMK md 325 hükmü kişisel ilişkinin sınırlanması konusunda ana baba ile kişisel ilişkinin sınırlarını düzenleyen 324. madde hükmüne haklı olarak atıf yapmıştır. Bu halde çocuğun huzurunun bozulması, eğitim ve yetiştirilmesinde olumsuz bir gidişatın varlığı halinde üçüncü kişi ile çocuk arasındaki kişisel ilişki sınırlandırılacak ya da kaldırılacaktır.³³⁰ Nitekim Yavuzer'e³³¹ göre de çocuğun içinde büyüdüğü ailenin sosyal yapısı ve biçimi çocuğun gelişimini etkilemekle birlikte ailenin patriyarkal yapıda ya da dağılmış olması kadar çocuğun farklı aile üyeleri ile olan ilişkileri de özellikle kişisel ilişki tesisi kadar sıkı ve kuvvetli bağ oluşturan hallerde çocuğun gelişimine etkide bulunur.

³²⁷ YRG. 2. HD 25.10.2005 T. 2005/12054 E. 2005/14804 K. "...Olayda, kişisel ilişki kurmak isteyen davacılar, babası ölmüş olan çocuğun babaannesi ve dedesi olup kişisel ilişki kurulduğunda çocuğun huzurunun tehlikeye gireceğine ve davacıların haklarını amacına aykırı kullanacaklarına dair delil yoktur. Davacıların torunlarını görmek, torun sevgisini tatmak ve çocuğa da bu sevgiyi vermek haklarıdır..."; (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014) YRG. 2. HD 22.4.1998 T. 1998/3240 E. 1998/4516 K. "...Büyük ana ve büyük babanın, torunları ile veliyi hasım göstererek kişisel ilişki kurulmasını isteme hakları bulunduğundan, buna ilişkin karar verilmesi zorunludur..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

³²⁸ YRG. 2. HD 25.9.2012 T. 2012/2698 E. 2012/22458 K. "...Küçükün başka aile tarafından evlat edinilmiş olması, gerçek ana ve babanın çocuklarıyla kişisel ilişkisini keserse de, gerçek ailesi ile aralarındaki soybağının gereği olarak bu hakkı ilanihaye ortadan kaldırmaz. Koşullarının varlığı halinde ve küçükün menfaatine uygun düştüğü ölçüde hakim kararıyla bu ilişki yeniden tesis edilebilir. Sosyal inceleme raporunda; çocuğun gerçek annesini bildiği, annesiyle ilişkisinin koparılmasının küçük üzerinde olumsuz etki doğuracağı, kişisel ilişki kurulmasının gelişimine katkı sağlayacağı bildirilmiştir. İsteğin kabulü ile davacı ile davalıların evlatlığı küçük arasında uygun sürelerle kişisel ilişki tesisi gerekir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

³²⁹ YRG. 2. HD 4.6.2008 T. 2008/7288 E. 2008/7990 K. "...Kişisel ilişki kurulmasına karar verilen küçüklerin anneanne ve dede ile kişisel ilişki tesisi yaşları itibarıyla çocukların eğitim, bedeni ve fikri gelişmesini olumsuz etkileyebileceği gibi davalı babanın da velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine engel olacağından verilen karar bozmayı gerektirmiştir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

³³⁰ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 218.

³³¹ Yavuzer, a.g.e., s. 133.

E. Kişisel İlişki ve Doğrudan Görüşme Hakkının Cebri İcra Yoluyla Uygulanması

Çocukla kişisel ilişki kurulmasının külfeti kendisine velayet verilmeyen tarafa aittir. Dolayısıyla ebeveyn çocuğu ile kişisel ilişki kurmak istiyorsa çocuğu rutin olarak yaşamını idame ettirdiği evinden almak ve bu uğurda varsa masrafları karşılamak zorundadır.³³²

Çocuk ile velayet kendisine bırakılmamış olan taraf arasındaki kişisel ilişki mahkeme kararında belirlenen gün ve saatler içerisinde geçerli olup, kişisel ilişkinin tesisine dair ilamın icrasının ne şekilde olacağı ve bu hakkın kullanılmasının engellenmesi halinde hukuki yaptırım İİK md 25'te düzenleme altına alınmıştır. Buna göre çocuk teslimine dair olan ilam icra dairesine verilince icra memuru 24. maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği sureti ile “yedi gün içinde çocuğun teslimini kişisel ilişki tesisine mani olunmamasını aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini” borçluya bildirir. Borçlu bu emre uymazsa çocuk nerede bulunursa bulunsun ilam hükmü zorla icra olunur. Çocuk teslim edildikten sonra diğer taraf haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa ayrıca hükme hacet kalmadan zorla elinden alınıp öbür tarafa teslim edilir. İcra emrinde ayrıca ilam hükmüne aykırı hareketin 341. maddedeki³³³ cezayı da içerdiği yazılır ve borçlu alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca 341. maddeye göre cezalandırılır. Bu durumda kişisel ilişkinin üçüncü bir kişi nezaretinde kurulabilmesi ya da şartların ağırlığına göre velayetin kaldırılması da söz konusu olabilir.³³⁴

Kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hükmün icrası taşınırın icrasına paralel bir düzenlemedir. Nitekim kanun maddesinde de taşınırın ilamına ilişkin düzenlemelere atıf da yapılmıştır. Keza teknik olarak icra iflas hukuku açısından icra edilebilir bir ilam olduğundan hükmün icrası sırasında zor kullanılması da söz konusu olabilmektedir. Ancak burada zor kullanılacak, teslim edilecek olan cansız bir eşya

³³² Ergün, a.g.e., s 609.

³³³ İİK md 341 “Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirilirse, kişi tahliye edilir.”

³³⁴ Serdar, Kişisel..., a.g.m., s. 772-774.; Çelikel, a.g.e., s. 131.

değil, bir insan üstelik bir çocuktur. İcra sırasında çocuğun dehşet ve endişe yaşayacağı da muhakkaktır. Bu sebeple de maddeye 2003 yılında yapılan bir değişiklikle çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında uzman bulundurulmasına ilişkin bir zorunluluk haklı olarak getirilmiştir. Ancak yine de İİK md 25'te çocuğa adeta eşya muamelesi yapılarak cebri icraya konu edilmesine ilişkin düzenlemenin değiştirilmesi gerekmektedir. Zira düzenlemenin çocuk teslimine benzetilmesi velayet hukukunun ana teması ile ters düşmektedir. Bu itibarla Serozan'ın³³⁵ da ifade ettiği gibi çocuğun iadesine ilişkin kanuni düzenlemenin sistematik olarak değiştirilmesi ve cebri düzenlemenin yapma ve yapmama edimlerine ilişkin olan İİK md 343 arasında kendine yer bulmasının daha isabetli olacağı kanısındayız. Zira çocuğun boşanma ile birlikte az çok ruhsal olarak travma yaşadığı ve bunalım içerisinde olduğu unutulmamalıdır, bu nedenle velayet hakkını elinde bulunduran ebeveynin ayrıca çocuğu icra memuru ile muhatap etmesi çocuğun ruhsal gelişiminin bir kat da yıpranmasına sebebiyet vermektedir.³³⁶

Mahkeme kararı ile düzenlenmiş olan kişisel ilişkinin kurulmasına çocuğun engel olmasının söz konusu olup olmayacağı sorusuna Serdar, kendini ifade edebilecek yaştaki çocuğu dinlemesi ve onun isteklerine önem verilmesi gerektiğini ifade ederek hakimın çocuğun isteklerine aykırı olarak bir kişisel ilişki düzenlenmesine yer vermesi ya da çocuğun kişisel ilişki hususundaki isteklerinin değişmesi hallerinde kişisel ilişkiyi reddetme hakkı olduğunu, ancak burada çocuğun hiç kimsenin etkisi altında kalmadan hür iradesi ve isteği ile karar verip vermediğinin irdelenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Yazara göre böyle bir durumda ilamın icrası yolu ile çocuğa zor kullanılarak kişisel ilişki kurulup kurulamayacağı noktasında çocuğun yararının ne olduğunu tespit etmek gerekmektedir. Bu bağlamda her ne kadar mahkeme ilamlarının yerine getirilmesi her kişi, kurum ve kuruluş açısından zorunlu olsa da çocuk ile ebeveyn arasındaki ilişki duygusal bağlamda ele alınması gerektiğinden kanun hükmüne göre ilamın icrasında bulunacak olan uzmanın görüşü dahilinde çocuğa zor kullanılmaması ve çocuğun kişisel ilişkiyi reddetmesi hakkı olduğuna karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır.³³⁷

³³⁵ Serozan, a.g.e., s. 252.

³³⁶ Ergün, a.g.e., s 608.

³³⁷ Serdar, Kişisel..., a.g.m., s. 771-772.; Aksi görüş, Aydın, Kişisel Görüşme, 2014, "Çocukla kişisel ilişki düzenlenmesine karar verilmesi sürecinde de uzman raporu dikkate alındığından cebri

Kanımızca da kişisel ilişki hakkı, her şeyden önce çocuğun yararına hizmet etmelidir. Ancak sorun, uzman vasıtası ile ilamın icra edileceği sırada değil, kişisel ilişki kurulmasının kaosa dönüştüğü ve çocuğun menfaatine uygun düşmediği hallerde yeniden yargılama yapılmak sureti ile mahkeme ilamı ile kesin bir çözüme kavuşmalıdır.

F. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Kişisel ilişki kurulması ile ilgili davada görevli mahkeme aile, aile mahkemesi kurulmayan yerlerde ise aile mahkemesi yerine bakmakla görevli asliye hukuk mahkemeleridir. Yetkili mahkeme ise TMK md 326'da hükme bağlanmıştır. Düzenleme çerçevesinde kişisel ilişki kurulması ile ilgili tüm düzenlemelerde çocuğun oturduğu yer mahkemesi yetkili olup, boşanma ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin davalarda yetkili mahkemeyi düzenleyen TMK'nın 168 ve 201. maddeleri de yetkili mahkemedir.³³⁸ Çocuğun oturma yerini ise TMK md 21 kapsamında değerlendirmek gerekir, buna göre çocuk velayet altında ise velisinin yerleşim yeri, velayet altında değil ve ayrıca mahkeme kararı ile ana veya babasından birinin yanına bırakılmış ise onun yerleşim yeri çocuğun oturma yeri sayılır.³³⁹

icra ile kişisel ilişki kurulması sırasında uzmanın anlık değerlendirmesi ile mahkeme ilamına riayet edilmemesi kabul edilebilir değildir.”

³³⁸ Serdar, *Kişisel...*, a.g.m., s. 759.; Usta, *Çocuk...*, a.g.e., s. 87.

³³⁹ Tutumlu, a.g.e., s. 1383.

III. BÖLÜM

ÇOCUĞUN KORUNMASI AMACIYLA VELAYETE MÜDAHALE ve VELAYETİN KALDIRILMASI

I. Çocuğun Kişilik Hakkı ve Kişiliğine Saygı Gösterilmesi

A. Çocuğun Kişilik Hakkı

Çocuğun kişilik hakkı, TMK md 28 hükmü ile düzenleme altına alınmıştır. Buna göre çocuk, kişilik hakkını sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder, diğer bir deyişle, kişilik, çocuğun sağ olarak tamamen doğduğu andan itibaren başlar.³⁴⁰

B. Çocuğun Kişiliğine Saygı Gösterilmesi İlkesi

Çocuk her ne kadar kişiliğini doğumla kazansa da, bağımsız şekilde karar verebilmesi ve toplum hayatına katılabilmesi için gelişim sürecine ihtiyaç duymaktadır. Bu ihtiyacı da prensip olarak ve ahlaken giderecek kişiler velayetini de haiz olan ana ve babadır.³⁴¹ Nitekim TMK md 340 ile ana babanın çocuğu olanaklarına göre eğitecekleri, onun zihinsel, bedensel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini koruyacakları hüküm altına alınmıştır.

Ana babanın çocuğun doğumdan itibaren kazandığı kişilik hakkının kendi kişilik hakları ile eşdeğer nitelikte olduğunu unutmamaları gerekmektedir. Ancak çocuğun bedensel, zihinsel ve ekonomik yönden daha güçsüz olması nedeni ile daha zayıf konumda olduğu da bir hakikattir. Dolayısıyla ana babanın bu bilinçle ve fakat bunun bir üstünlük sağlamadığı zihniyeti ile yaklaşımları lazımdır. Aksi halde yasal düzenleme çerçevesinde çocuğun özel olarak korunması ve zayıf konumunun güçlendirilmesi gerekecektir.³⁴² Bu nedenle de TMK md 322 ile ana, baba ve

³⁴⁰ İmamoğlu, Çocuğun..., a.g.m., s. 191.

³⁴¹ Emine Akyüz, **Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması (Ulusal ve Uluslararası Hukukta)**, Ankara: Milli Eğitim Basımevi, 2000, s. 266.

³⁴² İmamoğlu, Çocuğun..., a.g.m., s. 191.

çocuğun ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlü oldukları, md 339 ile de ana babanın olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme imkanı tanıyacakları, önemli konularda olabildiğince çocuğun düşüncesini göz önünde tutacakları düzenlenmiştir.

II. Çocuğun Kişiliğinin Korunması

A. Genel Koruma Önlemleri

Hakimin velayete müdahalesinin dayanağı sosyal kamu hukuku alanında Çocuk Koruma Kanunu, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu, Aileyi Koruma Kanunu, Aile Mahkemeleri Kanunu ve bu kanunlara dayanarak çıkarılmış tüzük ve yönetmeliklerdir. Özel hukuk alanında esas anlamda düzenlemeler Medeni Kanun ile getirilmiştir.³⁴³

Çocuğu koruyucu önlemlerin alınması için ana babanın kusuru gerekmediği gibi bu tedbirler, ana babanın davranışlarının hukuki yaptırımını niteliğinde de değildir.³⁴⁴ Bununla birlikte kanun koyucu çocuğun gelişiminin ve içinde bulunduğu koşulların kötüye gitmesi hallerinde hakime Medeni Kanun'da öngörülen tedbirler çerçevesinde geniş yetki tanımış ve bu tedbirlerden bir ya da birkaçını uygulama hakkı vermiştir. Kanunun sistematığıne göre uygulanacak tedbirler hafiften ağıra göre tanzim edilmiş olmakla birlikte hakime bu tedbirleri sıra ile uygulama gibi bir zorunluluk yüklenmemiştir. Başka bir ifadeyle koruma tedbirleri terditli olarak sınıflandırılmadıkları için, hakim somut olayın özelliklerine göre doğrudan en ağır olan tedbirin uygulanmasına karar verme hakkını haizdir.

TMK md 24 ile hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırıda bulunulan kişiye, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteme hakkı tanınmıştır. TMK'nın bu maddesinin ana baba ve çocuk arasındaki ilişkide uygulama imkanı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki TMK md 24'e göre her kişinin hakkını savunma

³⁴³ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 266.

³⁴⁴ İmamoğlu, Çocuğun..., a.g.m., s. 194.

imkanı vardır, ancak çocuğun bu yönde bir talepte bulunması bu talebin velayet hükümleri ile birlikte değerlendirilmesini zorunlu kılar.

Velayet hükümleri kapsamında çocuğun ana babasının sözünü dinleme yükümlülüğü ve ana babanın çocuğu eğitime ve ona talimat verme hak ve yetkisi bulunmaktadır. Bu noktada ana babanın velayetten doğan yetkilerini kullanması hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilebilmekle birlikte özel hukuktan kaynaklanan bu yetkinin kullanımı sırasında ana babanın sınırsız haklara sahip olmadığını vurgulamak gerekir. O halde ana babanın bu davranışları velayetin amacı bakımından elverişli, makul ve ölçülülük ilkesine uygun olduğu sürece hukuka uygun olarak değerlendirilecektir.³⁴⁵ Dolayısıyla çocuğun ana babanın velayetin amacını aşan davranışları karşısında TMK md 24 kapsamında başvuruda bulunma hakkı göz önünde bulundurulmalıdır.

1. Koşulları

Kanunda tanzim edilen tedbirlerin ilki ve en hafifi TMK md 346'da düzenleme altına alınan ve çocuğun menfaati ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü hallerde ana babanın duruma çare bulamadığı veya buna gücü yetmediği durumda hakime çocuğun korunması için gerekli önlemleri alma yetkisi veren düzenlemedir.³⁴⁶

TMK md 346'nın uygulanabilmesi için madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere çocuğun menfaatinin müdahaleyi gerekli kılması gerekmektedir, aksi takdirde hakim en hafif şekilde de olsa müdahale hakkı bulunmamaktadır.

Hakimin velayet hakkına müdahalede bulunması için ana babanın kusuru aranmadığı gibi tehlikenin fiilen gerçekleşmiş olması da aranmaz. Çocuğun bedensel, duygusal ve zihinsel gelişiminin tehlikeye düşeceğine ilişkin ciddi şüphelerin varlığı yeterlidir. Hakim her somut olayda çocuğun yararının ciddi bir şekilde tehlikeye düşüp

³⁴⁵ İmamoğlu, Çocuğun..., a.g.m., s. 202-203.

³⁴⁶ TMK'nın 346. maddesinde yer alan koruma tedbirleri İsviçre Hukukundan farklı olarak koruyucu aile yanında bulunan çocukla bakımından uygulama alanı bulmamaktadır. Bu nedenle koruyucu aile yanında iken ilgili madde hükmünün koşulları uygulama alanı bulsa da bu hallerin varlığı halinde TMK md 346 hükmü değil, Koruyucu Aile Yönetmeliğinde yer alan yaptırımların uygulanması söz konusu olacaktır. Detaylı bilgi için bkz Gülçin Elçin Grassinger, **Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, İstanbul: On İki Levha, 2009, s. 108.

düşmediğini tüm koşulları bir arada değerlendirerek ve uzman görüşlerinden³⁴⁷ faydalanarak tespit edecektir.³⁴⁸

2. Alınabilecek Önlemler

TMK md 346'da, mehzaz kanundan farklı olarak hakimin alacağı tedbirler konusunda hiçbir açıklık getirilmemiş, hakime çok geniş bir takdir alanı verilmiştir. Oysa ZGB md 307/III'de vesayet makamının alabileceği tedbirler çocuğun uyarılması, okul eğitimi ile ilgili tedbirlerin alınması gibi örnek kabilinden sayılmıştır. Türk Hukuku'nda ise hakim, ZGB'nin ilgili hükmünü ya da Çocuk Koruma Kanunu ve bu kapsamda çıkarılmış olan yönetmelikleri kendisine yol gösterici olarak kabul edebileceği gibi TMK md 4 çerçevesinde takdir yetkisini kullanarak gerekli tüm tedbirleri alacaktır.

TMK md 346 hükmü uyarınca çocuğun menfaatini tehlikeye sokan hallerin varlığı halinde çocuk ana ve babasının yanında kalmaya devam etmekle birlikte, hakim, somut olayın çok büyük tehlike arz etmemesi halinde ana babaya ya da çocuğa yönlendirmede bulunarak tehlikeyi bertaraf edebilir. Keza veliyi, çocukla birebir ilişki içinde bulunan kişileri ve hatta doktrinde³⁴⁹ kabul edildiği üzere çocuğu uyarabilir ya da uyarının etkili olmadığı ve/veya uyarının etkili olmayacağını belli olduğu daha ciddi hallerin varlığı halinde ana babaya direktif verebilir; bazı davranışları yasaklayıp, yeni davranış biçimleri önerebilir.³⁵⁰ Uyarıda daha çok ikazlara riayet edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek tehlikelere dikkat çekilirken, direktifte bir çocuğun tehlikeli bir işte çalışması gibi problemin ortaya çıkmaması için mutlaka yapılması ya da yapılmaması gereken hususlar da belirtilir. Ayrıca bu uyarı ya da talimatların uygulanırlığını sağlamak için denetçi veyahut tedbiri uygulayacak olan kişilere yol göstermesi için danışman da tayin edebilir. Ancak

³⁴⁷ Aydın, Kişisel Görüşme, 2014, "Aile mahkemeleri de çocuk mahkemeleri ile birlikte ÇKK kapsamında öngörülen tedbirleri uygulama konusunda yetkilidir. Ancak uzman raporlarında emsal tedbirlere yer verilmesi konusunda görüş bildirilmesine rağmen uygulamada genellikle aile mahkemeleri hakimleri ÇKK kapsamında öngörülen tedbir kararlarını vermekten imtina etmektedir."

³⁴⁸ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 272-273.

³⁴⁹ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 274.; Yetik, a.g.e., s. 128.; Baygın, a.g.e., s. 328.

³⁵⁰ Grassinger'e göre TMK md 346 hükmünün uygulanması sırasında hakim ana ve babaya hukuken bağlayıcı bir şekilde bir şeyi yapma ya da yapmama şeklinde bir talimat veremez ve veliye ceza verme maksadıyla hareket edemez. Hakim, ancak veliye çocuğu olumsuz yönde etkileyen davranışlarını sürdürmesi halinde çoğunun korunması için müdahalede bulunacağı hususunda uyarıda bulunur. Grassinger, Turk..., a.g.e., s. 109.

diğer koruma önlemlerine nazaran özellikle denetçi atanmış olması durumunda ana ve babanın velayet hakkından doğan hak ve görevlerini ifa etmeleri fiilen sınırlandırılmış olacaktır.

ÇKK kapsamında öngörülen tedbirler ise genel başlıkları itibari ile danışmanlık, barınma, sağlık ve eğitim konularındadır (ÇKK md 5/I). Danışmanlık tedbiri çocuğun bakımından sorumlu olan kişilere çocuk yetiştirme konusunda yol gösterilmesi (ÇKK md 5/I-a, ÇKK md 45); barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlanmasını kapsayıp Milli Eğitim Bakanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlükleri ve yerel yönetimler vasıtası ile yerine getirilecektir (ÇKK md 5/I-e, ÇKK md 45). Çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli, geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına yönelik olan sağlık tedbiri Sağlık Bakanlığı tarafından uygulama alanı bulacaktır (ÇKK md 5/I-d, ÇKK md 45). Eğitim tedbiri ise, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacı ile bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine dair bir tedbir olup, esas anlamda Milli Eğitim Bakanlığı ve aynı zamanda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın ilgisi dahilindedir (ÇKK md 5/I-b, ÇKK md 45).³⁵¹

Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da da benzer düzenlemeler yer alarak barınma yerinin sağlanması, velinin silah ve benzeri araçları zabıtaya teslim etmesi, alkollü ve uyuşturucu madde kullanarak eve gelmesinin yasaklanması,³⁵² maddi yardımda bulunulması, psikolojik ve hukuki de dahil olmak üzere çeşitli yönlerden danışmanlık hizmeti verilmesi şeklinde koruyucu tedbirler öngörülmüştür. Ayrıca gecikmesinde sakınca bulunan haller için geçici koruma tedbirlerinin ilgili kolluk amirlerince ve mülki amirin onayı alınmak sureti ile uygulanma imkanı da yer almaktadır (md 3).³⁵³

³⁵¹ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 167.

³⁵² Yetik, a.g.e., s. 132.

³⁵³ Usta, Çocuk..., a.g.e., s. 167-168.

ZGB’de, ayrıca Medeni Kanunumuzda yer verilmeyen bir önlem olan eğitim kayyımı atanması kurumu düzenlenmiştir. Buna göre çocuğu tehdit eden tehlikenin boyutu onun ana babadan alınmasını gerektirmemekle birlikte ana babanın yardım almaksızın velayet görevlerini layıkıyla yerine getiremediği durumlarda bu önleme başvurulmaktadır. Kayyım bu çerçevede çocuğun temsilcisi değil, bakıcısı konumundadır; görevi ise velayet hakkını haiz ana veya babayı tavsiye ve davranışları ile desteklemek ve çocuğun eğitimini birlikte yürütmektir.³⁵⁴

Eğitim kayyımlığı hukuk sistemimiz içinde klasik şekilde tanımlanamayan ve kendine özgü bir kurum olup, velayeti haiz olan ana babanın kayyımın emir ve önerilerine uymak ve çocuğun eğitimi sırasında kayyım ile ana babanın işbirliği içerisinde olması açısından hukuk sistemimizde kabul edilen denetçi atanmasından daha işlevseldir. Ancak her ne kadar TMK md 346 ile çocuğun yararı ve gelişimi tehlikeye düştüğü noktada yargıca uygun önlemlerin alınması için geniş takdir yetkisi verilmişse de uygulamada eğitim kayyımlığı kurumunun uygulanması için TMK’da da ZGB’de olduğu gibi ayrıca ve açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.³⁵⁵ Velayet kaldırılmadan ve çocuk ana babasından ayrılmaksızın velayet hakkının sınırlandırılması vesilesi ile gelişiminin sağlanmasına ve tehlikenin bertaraf edilmesine yardım edecek önlemlerden birisi olması nedeni ile bu kurumun yasal mevzuatımızda düzenlenmesinin ise eksiklik olduğu kanısındayız.

3. Başvuruda Bulunabilecek Kişiler

Çocuğun koruma altına alınması çekişmesiz yargıya tabi işlerden olup, çocuğun gelişiminin tehlike altında olduğunu öğrenen herkes tarafından yetkili makam ve mahkemelerden talep edilebilir. Bu kapsamda çocuğun yararının tehlikede olduğunu düşünen öğretmen, komşu, doktor, hakim vs.nin talepte bulunma hakkı vardır. Bu şartlar altında da ana babadan her birine bu hakkın verildiğinin evleviyetle kabulü gerekmektedir.

Ayırt etme gücünü haiz küçüğün bizzat kendisi için koruyucu önlemlerin uygulanmasını talep edebilme hakkı olup olmadığı sorusu da olumlu olarak

³⁵⁴ Akyüz, Çocuğun...a.g.e., s. 275.

³⁵⁵ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 279.

cevaplandırılmaktadır. Zira TMK md 16/I ile ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlının karşılıksız kazanma ve şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken yasal temsilcilerinin rızasının aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması halinde kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkını yasal temsilcisinin rızasına bağlı olmaksızın kullanma imkan ve hakkı bulunmaktadır.³⁵⁶ Ancak TMK md 346. 347. ve 348. maddelerine dayanılarak açılan davalar gerçek anlamda ana baba ile çocuğun çıkarlarının çatıştığı davalardır. Dolayısıyla çocuğa yargılama süresince kayyım atanması ve çocuğun kayyım ile temsil edilmesi gerekmektedir.

4. Görevli ve Yetkili Mahkeme

ÇKK md 8/I hükmüne göre korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun menfaatleri bakımından kendisinin, ana, baba, vasisi veya birlikte yaşadığı kimselerin bulunduğu yerdeki çocuk hakimi tarafından alınır, dolayısıyla çocuk mahkemeleri görevlidir. Ayrıca aile mahkemeleri de bakmakta oldukları davalarla ilgili koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verebilir. Çocuk mahkemeleri Türkiye’de sadece Ankara, İstanbul, İzmir, Trabzon ve Diyarbakır’da olduğundan çocuk mahkemesi bulunmayan yerlerde tedbir kararları görevli aile veya asliye hukuk mahkemelerince alınır.³⁵⁷

B. Özel Koruma Önlemleri

1. Çocuğun Yerleştirilmesi

Çocuğun bedensel, zihinsel ve ruhsal yönden gelişiminin temel koşullarından birisi ana ve babası ile birlikte aynı evde yaşaması ve onlar tarafından yetiştirilmesidir.³⁵⁸ Çocuk başka bir ailenin yanında ne kadar iyi koşullarda yetiştirilirse yetiştirilsin kendi ailesinin yanında olmanın verdiği huzura hiçbir şekilde erişemez. Bu nedenle de maddi problem gibi gerekçelerle çocuğun kendi ailesinin yanından alınmaması gerekmektedir. Diğer yandan çocuğun ailesinin yanından alınması durumunda

³⁵⁶ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 266-267.

³⁵⁷ Baygın, a.g.e., s. 324.

³⁵⁸ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 279.

psikolojisi olumsuz olarak etkilendiği ve kendi öz ailesinin yanına geri dönmesi halinde dönüş sürecinde de adaptasyon problemi yaşadığı ve bu olumsuzlukların da çocuk üzerinde ciddi travmatik sonuçlara sebebiyet vermesi su götürmez bir gerçektir. Bu kapsamda TMK md 347/I'de çocuğun bedensel ve zihinsel gelişiminin tehlikede bulunması ya da çocuğun velisinin kayıtsız davranışları nedeni ile manen terk edilmiş olması hallerinde bu koruma tedbirine başvurulması; md 347/II'de Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmaması halinde çocuğun ana ve babadan alınarak başka bir aile ya da kuruma yerleştirilmesi öngörülmüştür.

a. Koşulları

aa. Çocuğun Bedensel ve Zihinsel Gelişiminin Sürekli Tehlikede Olması

TMK md 347 kapsamında çocuğun ana babasından ayrılarak başka bir aile ya da kuruma yerleştirilmesi için çocuğun bedensel ve zihinsel gelişiminin sürekli tehlikede olması aranmış olup, tehlikenin sebebi önem arz etmemektedir. Burada önemli olan ana babanın davranışından ya da yeteneklerinden veya çocuktan yahut diğer sebeplerden kaynaklanan bir tehlikenin var olmasıdır.³⁵⁹ Yani çocuğun ana baba yanından alınabilmesi için bedensel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve sosyal gelişiminin tehlikede olması ve bu tehlikenin çocuğun gelişimini ciddi biçimde zarara uğratabilecek hale gelmesi gerekmektedir.³⁶⁰ Bu kapsamda çocuğun aile içinde istismar edilmesi, bedensel veya zihinsel özrü nedeni ile özel ihtimam gerektiren çocuğa karşı velinin gerekli özeni göstermemesi, çocuğun intihara meyilli olması, uyuşturucu bağımlısı kişilerle aynı evde yaşaması ya da fuhşa itilmesi halleri kanun hükmünde arandığı şekilde çocuğa yönelik tehlikenin ciddi ve süreklilik arz edecek nitelikte olmasına emsal teşkil etmektedir. Ancak doktrinde bir görüşe göre³⁶¹ çocuğun ana babadan alınması için tehlikenin devamlı nitelikte olmasına gerek yoktur. Geçici bir tehlikenin varlığı halinde çocuk bir süreliğine de olsa bu önlem kapsamında korunabilmelidir.

³⁵⁹ İmamoğlu, Çocuğun..., a.g.m., s. 198.

³⁶⁰ Baygın, a.g.e., s. 333.

³⁶¹ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 280.

bb. Çocuğun Manen Terk Edilmiş Halde Bulunması

Ana babaların çocukları ile kaliteli zaman geçirmemeleri ve gereği gibi çocukları ile iletişim halinde olmamaları çocuğu manen terk edilmesi tehlikesi ile karşı karşıya bırakabilmektedir. Bu gibi hallerde çocuk ailesinin yanından alınarak başka bir aile ya da kuruma bırakılabilir (TMK md 347/I).

Doktrinde bir görüşe göre³⁶² bedensel ve zihinsel olarak gelişimin tehlikede bulunması hallerinde çocuğun olumsuz gidişatı sosyal çevre tarafından da rahat bir şekilde tespit edilebilecekken manen terk edilmişliğin tespiti daha güç; bir diğer görüşe göre ise³⁶³ manen terkte zarar gerçekleşmiş olduğu için çocuğun bedensel ya da zihinsel gelişiminin tehlikede olması riskine göre tespiti daha kolaydır. Ancak genel olarak çocuğun manen terk edilmiş olup olmadığına çocuğun kemik hastalığına yakalanması gibi somut sonuçlar yol gösterici olmakla birlikte bu durum kendini özellikle asosyal davranışlarda gösterir. Yetik ise³⁶⁴ çocuğun manen terk edilmiş olmasının ölçüsü olarak çocuğun manevi ve zihinsel yönden normalin dışında davranış sergilemesini göstermektedir.

Bu tür tepkimelerin ilk evresinde çocukta suç işleme reaksiyonları görülmemekle birlikte ileriki evrelerde suç işleme, yalancılığa yatkın olma, okuldan kaçma, sosyal çevresine uzak durma, alkol ve uyuşturucu bağımlılığı gibi davranış bozukluklarına rastlanılmaktadır. Özellikle manen terk edilmiş çocuklara karşı saldırgan tavırlarının dizginlenmesi ve terbiye (?) edilmesi amacı ile velinin sıklıkla başvurduğu dayak yöntemi ise çocukları daha da olumsuz şekilde davranışlar sergilemeye sevk edeceğinden iletişim kopukluğunun gözle görünür şekilde olduğu durumlarda çocuk ile ana babanın aynı çatı altında kalmalarına engel olmak gerekmektedir.³⁶⁵ Medeni Kanun ise çocuğun manen terk edilmesi konusunda da ayrıntılı düzenleme yapmamış, hakime geniş takdir yetkisi tanımıştır. Dolayısıyla burada hakimin ölçülülük ilkesi gereğince daha ağır sonuçları ihtiva etme riskinin bulunduğu hallerde TMK md 348 kapsamında koruma tedbirine hükmetmesi gerekip gerekmediğinin

³⁶² Grassinger, Türk..., a.g.e., .s. 142.

³⁶³ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 282 .

³⁶⁴ Yetik, a.g.e., s. 130.

³⁶⁵ Grassinger, Türk..., a.g.e., .s. 142-143.

değerlendirmesi ve velinin tehlikeyi bertaraf etme imkan ve ihtimalinin bulunmaması durumunda TMK md 348'in uygulanmasına karar vermesi gerekmektedir.

cc. Aile Huzurunun Katlanamayacak Derecede Bozulması

Ana babanın aşırı sevgi gösterileri ile çocuğu şımartması, çocuk eğitimi konusunda bilinçsizliği nedeni ile çocuğu disipline edememeleri ya da çocuğa olması gerekenden daha az değer verilmesi ile çocuğun sevgisiz yetiştirilememesi gibi gerekçelerle karşılıklı olarak sevgi ve saygının tükenmesi, çocuğun isyankarlığı ve aile fertlerinin birbirlerine karşı tahammül sınırlarının daralması söz konusu olabilmektedir.³⁶⁶ Ana baba çocuğa karşı aciz durumda ve halin gereklerine göre başka çare uygulanamıyorsa hakim çocuğun bir aile ya da kuruma yerleştirilmesi önlemini alabilecektir (TMK md 347/II).³⁶⁷

TMK md 347/II kapsamında koruma tedbirinin uygulanması için ilk fıkradan farklı olarak hakim re'sen tedbir alamaz; velinin ya da ayırt etme gücünü haiz küçüğün başvuruda bulunması gerekmektedir.³⁶⁸ Ancak kuşkusuz her iki halde de mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaktadır.

b. Çocuğun Yerleştirileceği Yer

TMK'da mehaz kanundan farklı olarak çocuğun ana babasından alınması halinde yerleştirileceği yer hakkında sınırlandırma yapılmıştır. Bu kapsamda mehaz kanunun yorumlanması ile çocuğun uygun tek bir kişinin yanına yerleştirilmesi ya da somut olayın özelliklerine göre çocuğun tek başına yaşamasına olanak sağlanmışken, Medeni Kanunumuza göre çocuk aile ya da kurum yanına yerleştirilebilir (TMK md 347/I).³⁶⁹

Çocuğun yanına yerleştirileceği aile çocuğun akrabaları ya da yakın ilişki içerisinde bulunduğu bir tanıdığı olabileceği gibi, yakın çevresinde aranan özelliklerde ailenin bulunmaması ihtimalinde, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu aracılığı ile belirlenecek yetkili kuruluş ya da aile de olabilir. Yalnız her hâlükârda hükmün

³⁶⁶ Kılıçoğlu, Medeni Hukuk..., a.g.e., .s. 308.

³⁶⁷ Özüğür, a.g.e., s. 582.

³⁶⁸ Baygın, a.g.e., s. 337.

³⁶⁹ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 284.

amacına uygun olarak çocuğun yanına yerleştirileceği ailenin öz ailenin yanından alınmasına neden olan eksiklikleri giderecek nitelikte olması ve çocuğun fiziksel, psikolojik ve sosyal gelişiminin daha sağlıklı olabilmesi için gerekli ortamı sağlaması gerekmektedir. Her ne kadar kanunda çocuğun yanına yerleştirileceği aileden bahsetse de doktrinde çocuğun yanında mutlu olabileceği ve ona bakabilecek kişinin yanına da yerleştirilebileceğini³⁷⁰ ya da ayrıca çocuğun erginliğe yakın olduğu durumda bağımsız oturabileceğini³⁷¹ savunan görüşler mevcuttur.

TMK md 347’de yer alan kurum ile kastedilen ise Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu’dur.³⁷² Kurum korunmaya muhtaç çocuklara ilişkin hizmet vermek üzere Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu’nun 4. maddesinin (f) bendinde korunmaya muhtaç çocuklara ilişkin hizmet vermek üzere sosyal hizmet kuruluşlarını belirlemiştir. Söz konusu hizmet kuruluşları çocuk yuvaları³⁷³, yetiştirme yurtları³⁷⁴, kreş ve gündüz bakımevleri³⁷⁵, çocuk ve gençlik merkezleri³⁷⁶, aile danışma ve rehabilitasyon merkezleri³⁷⁷, çocuk evleri³⁷⁸, koruma bakım ve rehabilitasyon merkezi³⁷⁹, bakım ve sosyal rehabilitasyon merkezidir³⁸⁰.

³⁷⁰ Grassinger, Türk..., a.g.e., s. 151.

³⁷¹ İmamoğlu, Çocuğun..., a.g.m., s. 200.

³⁷² Baygın, a.g.e., s. 338.

³⁷³ “Çocuk Yuvaları; 0 - 12 yaş arası korunmaya muhtaç çocuklarla gerektiğinde 12 yaşını dolduran kız çocuklarının, bedensel, eğitsel, psiko-sosyal gelişimlerini, sağlıklı bir kişilik veya iyi alışkanlıklar kazanmalarını sağlamakla görevli ve yükümlü yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır.” Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu (SHÇEKK) md 3 b f-1

³⁷⁴ “Yetiştirme Yurtları; 13 - 18 yaş arası korunmaya muhtaç çocukları korumak, bakmak ve bir iş veya meslek sahibi edilmeleri ve topluma yararlı kişiler olarak yetiştirmelerini sağlamakla görevli ve yükümlü olan yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır.” SHÇEKK md 3 b f-2

³⁷⁵ “Kreş ve Gündüz Bakımevleri; 0 - 6 yaş grubundaki çocukların bakımlarını gerçekleştirmek, bedensel ve ruhsal sağlıklarını korumak ve geliştirmek ve bu çocuklara temel değer ve alışkanlıkları kazandırmak amacıyla kurulan ve yatılı olmayan sosyal hizmet kuruluşlarıdır.” SHÇEKK md 3 b f-3

³⁷⁶ “Çocuk ve Gençlik Merkezleri; eşler arası anlaşmazlık, ihmal, hastalık, kötü alışkanlık, yoksulluk, terk ve benzeri nedenlerle sokağa düşerek sosyal tehlike ile karşı karşıya kalan veya sokakta çalışan çocuk ve gençlerin geçici süre ile rehabilitasyonlarını ve topluma yeniden kazandırılmalarını sağlamak amacıyla kurulan yatılı ve gündüzlü sosyal hizmet kuruluşlarıdır.” SHÇEKK md 3 b f-6

³⁷⁷ “Aile Danışma ve Rehabilitasyon Merkezleri; özürlü çocukları kendi kendine yeterli düzeye getirmek, okul eğitimine hazırlamak ve aile içi uyumu sağlamak amacıyla özürlü çocuklara ve ailelerine hizmet sunan gündüzlü sosyal hizmet kuruluşlarıdır.” SHÇEKK md 3 b f-9

³⁷⁸ “Çocuk Evleri; 0-18 yaşlar arasındaki korunmaya muhtaç çocukların kaldığı ev birimleridir.” SHÇEKK md 3 b f-11

³⁷⁹ “Koruma Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi; Suça yöneldikleri tespit edilen çocukların davranış bozukluklarını gidermek amacıyla rehabilitasyon süreci tamamlanıncaya kadar geçici süre bakım ve korunmalarının sağlandığı bu süre içerisinde aile, yakın çevre ve toplum ile ilişkilerinin düzenlenmesine yönelik çalışmaların yürütüldüğü, 7-18 yaş kız ve erkek çocuklara yönelik ayrı ayrı yapılandırılan yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır.” SHÇEKK md 3 b f-13

³⁸⁰ “Bakım ve Sosyal Rehabilitasyon Merkezi; Duygusal, cinsel ve/veya fiziksel istismara uğramış çocukların olumsuz yaşam deneyimlerinden kaynaklanan travma ve/veya davranış bozukluklarını

c. Yerleştirmenin Hüküm ve Sonuçları

TMK md 347 kapsamında çocuğun ana babasının yanından alınarak başka bir aile ya da kuruma bırakılması ana babanın velayet hakkını ortadan kaldırmamakla beraber çocuğun barınması, beslenmesi, vücut ve kılık kıyafetinin temizliği gibi günlük ihtiyaçların karşılanması, sağlığının korunması, okul ve meslek eğitiminin alınması gibi yükümlülükler çocuğa fiilen bakan kişi ya da kuruma geçeceğinden kendiliğinden velayet hakkını sınırlanacaktır. Fakat çocuğa din eğitimi verme, çocuğun hukuken temsil edilmesi, şahıs ve malvarlığının temsili gibi hak ve yetkiler yine velidedir.³⁸¹

Veli aynı zamanda çocuk ile koruma tedbirinin amacına aykırı olmadığı ve çocuğun yararına hanel getirmediği sürece kişisel ilişi tesisi hakkını da devam ettirir.³⁸² Nitekim BMÇHS md 9/III'te çocuğun kendi ailesinin yanına döndüğünde ailesine yabancılaşmaması ve uyum sorunu yaşamaması için ana ve babası başta olmak üzere diğer aile bireyleri ile çocuğun görüşme hakkı hükme bağlanmıştır. Hükme göre "Taraf devletler, ana babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babanın ikisi ile de düzenli bir biçimde kişisel ilişi kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler."

Mehaz kanundan farklı olarak koşulların değişmesi ve iyileşmesi halinde koruma tedbirlerinin kaldırılmasına ilişkin genel hüküm çerçevesinde çocuğun ana babasının yanına geri verilmesi hali de düzenlenmiştir.

2. Velayetin Kaldırılması

Velayetin kaldırılması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md 8 ile güvence altına alınmış olan ana ve babalık hakkına ağır bir müdahaledir.³⁸³ Bu nedenle TMK'da çocuğun menfaatinin korunması bakımından ölçülülük ve talilik ilkelerine

giderme amacıyla rehabilitasyon süreci tamamlanıncaya kadar geçici süre bakım ve korunmalarının sağlandiğı bu süre içerisinde aile, yakın çevre ve toplum ile ilişkilerinin düzenlenmesine yönelik çalışmaların yürütüldüğü kız ve erkek çocuklara yönelik ayrı ayrı yapılandırılacak yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır." SHÇEKK md 3 b f-14

³⁸¹ Grassinger, Türk..., a.g.e., .s. 155.

³⁸² Baygın, a.g.e., s. 341.

³⁸³ İmamoğlu, Çocuğun..., a.g.m., s. 200.

göre çeşitli tedbirler düzenleme altına alınmış ve dereceli olarak diğer önlemlerin çaresiz kalması durumunda ya da olayın ağırlığına göre diğer tedbirlerin faydasız olacağının aşikâr olması halinde en ağır tedbir olarak velayetin kaldırılması öngörülmüştür.³⁸⁴

a. Velayetin Kaldırılmasını Gerektiren Haller

Velayetin kaldırılması hali çok ağır bir sonuç doğurması nedeni ile EMK’da olduğu gibi TMK’da da velayetin kaldırılmasına sebep olacak koşullar aşağıda detaylandırıldığı şekilde sınırlandırılmış olup, mahkûm olma hali gibi diğer kanunlarda yer alan velayetin kaldırılması halleri istisna tutulmuştur.

Velayetin kaldırılması için TMK’da düzenlemeler yer alsa da Çelik, Yargıtay kararlarını bu düzenlemenin uygulanması için sıkı koşulların varlığının arandığı ve bu şekilde de hükmün uygulanmasının dolaylı yoldan engellenerek düzenlemenin amacına ulaşamadığı gerekçesi ile eleştirmiştir.³⁸⁵

aa. Görevin Gereği Gibi Yerine Getirilememesi

aaa. Genel Olarak

TMK md 348/I b 1’de velayetin kaldırılması nedenleri arasında ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması halleri gösterilmiş; ayrıca madde hükmüne veya benzeri sebeplerden biri ile velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi şeklinde bir ibare eklenmiştir. Kanun’da “...veya benzeri sebeplerle” şeklinde bir ibareye yer verilmesi ile kanun koyucunun iradesinin yetersizlik sebeplerini örnek kabilinden saymak olduğu, aksi takdirde hadiseleri sınırlandırmak gibi bir gayesi olmadığı tespit edilmektedir.

³⁸⁴ Ergün, a.g.e., s 602.; Grassinger, Türk..., a.g.e., .s. 162.; Akyüz, Velayet..., a.g.m., s 11.; Şener, Uygulamalı..., a.g.e., s. 186.

³⁸⁵ Çelik, a.g.m ., s. 269.

TMK md 348/I b 1’de belirtilen sebeplerin ortak özelliği; velâyet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen ve belli bir süreklilik³⁸⁶ arz etmeleridir.³⁸⁷

bbb. Deneyimsizlik

Deneyimsizlik, ana babanın velayetten doğan yükümlülüklerinin ifası sırasında bilgi açısından yetersiz kalmaları, çocuğun davranışlarına sınır konulmadan aşırı şımartılması ya da tam aksine kişiliğinin tamamen baskı altına alınarak çocuğa aşırı derecede sert davranılmasıdır.³⁸⁸

TMK md 348/I b 1’de her ne kadar velayetin kaldırılması için gereken koşullardan birisi olarak velinin deneyimsizliğine yer verilse de, kanımızca bu durum velayetin kaldırılması gibi ağır bir yaptırımın öngörülmesini sağlayacak nitelikte değildir. Bu nedenle de salt ana babanın yaşının küçük olması veya çocuk eğitimi konusunda bilgisiz olmaları ya da çocuğun yetiştirilmesi sırasında sınırları koymada ve uygulamada basiretsizliğin varlığı direkt olarak bu sonucu doğurmamalı ve hakim tarafından çocuğun menfaati göz önünde bulundurulmak sureti ile velinin deneyimsizliğini ortadan kaldıracak veya tecrübe edinmesine katkı sağlayacak başka hukuki çareler üzerinde durulmalıdır. Zira her ne kadar TMK’da hakime velayetin kaldırılıp kaldırılmaması noktasında takdir yetkisi verilmemişse de 18/01/2003 gün ve 24937 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler başlığı altında düzenlenen 6. maddesinde aile mahkemelerine ana ve babanın deneyimsizliklerini giderecek alternatifler üzerinde durulmaktadır.³⁸⁹

³⁸⁶ Baygın, a.g.e., s. 345.; Çelik, a.g.m ., s. 275. ana babanın çocuğa bir kez dahi olsa cinsel tacizde bulunması ya da çocuğu istemediği bir kişi ile nişanlamaya kalkışmaları gibi durumlarda görevin gereği gibi yerine getirilmemesi başlığı altında velayetin kaldırılmasına karar verilebilecektir.

³⁸⁷ Çelik, a.g.m ., s. 270.; Kaçak, a.g.e., s. 637.

³⁸⁸ Çelik, a.g.m ., s. 270.

³⁸⁹ 4787 sayılı Kanun md 6/II “Küçükler hakkında; bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almaya, bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan veya manen terk edilmiş halde kalan küçüğü, ana ve babadan alarak bir aile yanına veya resmî ya da özel sağlık kurumuna veya eğitimi güç çocuklara mahsus kuruma yerleştirmeye, çocuk mallarının yönetimi ve korunmasına ilişkin önlemleri almaya, genel ve katma bütçeli daireler, mahallî idareler, kamu iktisadî teşebbüsleri ve bankalar tarafından kurulmuş teşekkül, müessese veya işletmelere veya benzeri işyerlerine yahut meslek sahibi birinin yanına yerleştirmeye karar verebilir.”

Kanaatimizce çocuk, tabiri caizse üzerinde tecrübelerin kazanılacağı bir denek olmamakla birlikte, hiç kimsenin doğuştan ana ya da babalık görevini öğrenmediğini de kabul etmek gerekir. Burada önemli olan, velinin deneyimsiz olmakla birlikte çocuğu eğitmek ve iyi bir gelecek hazırlama konusunda ana ve(veya) babalık duygusunun haiz olup olmadığıdır.³⁹⁰ Şayet deneyimsiz olan veli bu durumu değiştirmek için bir çaba sarf etmiyorsa bu durumda velayetin kaldırılması hali gündeme gelmelidir.

ccc. Hastalık veya Özürlü Olma

TMK md 348/I b 1’de ana ve babanın hastalığı velâyetin kaldırılmasına sebep olan bir durum olarak öngörülmüştür, ancak her hastalık bu kapsam dâhilinde değerlendirilemeyecek, Yargıtay kararlarında³⁹¹ da yer verildiği üzere felç gibi hareket kabiliyetini sınırlayan, kalıcı ve tedavi imkânı pek mümkün görünmeyerek ana ya da babanın velayetten doğan görevlerini gereği gibi icrasını engelleyen³⁹² ya da bulaşıcı hastalık gibi çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişmesine mani olacak nitelikte fiziksel hastalıklar veyahut ebeveynin akli melekelerini kullanamamasına neden olan akıl hatalığı ya da akıl zayıflığı gibi ruhsal hastalıkların varlığı gerekmektedir.³⁹³ Neticede hükmün amacı ebeveynin fiilen velayetten doğan görevlerini ifa etmede yetersiz olduğu ve sorumluluklarını tam anlamı ile yerine getiremediği durumlarda çocuğun menfaatinin zedelenmesinin önüne geçilmesidir. Dolayısıyla ana babanın hasta olmasına rağmen bakıcı vs tutularak çocuğun iyi koşullarda bakılabilmesi için uygun ortam hazırlanmışsa, bu hallerde velayetin kaldırılmasına karar verilmemesi gerekmektedir.³⁹⁴

Ana babanın ya da çocuğun özürlü olması nedeni ile çocuğa bakılmaması ve TMK md 340/II’ye göre yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek eğitimin verilmemesi de velayetin kaldırılması sebebi olarak değerlendirilmektedir. Ancak ana babanın

³⁹⁰ Yavuz, a.g.e., s. 81.

³⁹¹ Çelik, a.g.m ., s. 271.; YRG. HGK 24.11.1993 T. 2-593 Esas Karar sayılı kararı; “...Kısıtlanarak vesayet altına alınan ana halen felçli olup başkasının yardımıyla yaşamını sürdüren, sakatlara özgü üç tekerlekli bisikletle sokağa çıkan, dilencilikle geçinen biri olduğuna göre velayetin ona verilmesi çocuk yönünden hiçbir yarar sağlamaz...”

³⁹² Akyüz, Velayet..., a.g.m., s 12.; Çelik, a.g.m ., s. 271.; Baktır-Çetiner, a.g.e., s. 93.

³⁹³ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 292.

³⁹⁴ Ergün, a.g.e., s 604.; Grassinger, Türk..., a.g.e., .s. 169-170.

yaşlılık hali ve fiziksel özürlülük içerisinde bulunması halinde öncelikle TMK md 347'nin uygulanma imkanına bakılmalıdır. Bu durumun çocukların bakımında güçlük arz etmesi ve özellikle çocuğun yerleştirilmesi başlığı altında düzenlenen TMK md 347'de öngörülen önlemlerin yetersiz kalması halinde velayetin kaldırılması gerekmektedir.³⁹⁵ Çocuğun özürlü olması halinde de yine ilk olarak TMK md 347'deki önlemlerin alınıp alınamayacağı dikkate alınmalıdır. Çocuğun özürlü olmasından dolayı ana babasının ona bakmaması durumunda şayet bu hal ana babanın sevgisinde bir azalmaya neden olmadan onları basiretsiz kılıyorsa çocuğun yerleştirilmesi önlemi alınmalı; çocuğun özürlü olması ana babanın çocuktan bilinçli olarak uzaklaşması şeklinde aksediyorsa velayetin kaldırılması önleminin düşünülmesi gerekmektedir.³⁹⁶

ddd. Ana Babanın Başka Bir Yerde Bulunması

Ebeveynin çocuğunu başkasına terk etmesi, çocuklarını tehlikeli bir muhitte bırakması ya da kanunun deyimi ile başka bir yerde bulunması hali velayetin kaldırılması sebebi olarak düzenlenmiştir (TMK md 348/I b 1). Ancak coğrafi olarak uzakta olmakla beraber ana ya da babanın çocuğun ihtiyaçlarını ve gereksinimlerini karşılama imkânı mevcut ise, bu durum velâyetin kaldırılması sebebi teşkil etmeyecektir.³⁹⁷ Benzer şekilde ayrı yaşama halinin haksız olması gerekmektedir. Bu nedenle ebeveynin çalışmak zorunda olması nedeni ile gündüzleri çocuğu ile bir arada bulunamaması ve çocuğun bu süreçte ana babanın gözetimi dâhilinde ve fakat başka bir ailenin yanında kalması gibi haller de velâyetin kaldırılmasını gerektirecek bir durum değildir. Çocuğun ana babasının rızası dışında haksız olarak evi terk etmesi halinde ise çocuk, bu şekilde ayrı yaşamaya hak kazanmadığı gibi bu terk velayetin kaldırılması sebebi olarak görünemez.³⁹⁸

Tutukluluk halinde terk amacı güdülmediğinden ana ya da babanın tutuklu olması durumunda başka yerde bulunulması gerekçesiyle velayetin kaldırılmasına karar

³⁹⁵ Ergün, a.g.e., s 604.; Yavuz, a.g.e., s. 80.

³⁹⁶ Yetik, a.g.e., s. 136.; Çelik, a.g.m., s. 272.

³⁹⁷ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 292.

³⁹⁸ Yavuz, a.g.e., s. 88.

verilemeyecektir. Ancak koşulları oluştuğunda diğer sebeplerden biriyle velayetin kaldırılmasına karar verilebilecektir.³⁹⁹

eee. Kısıtlılık

TMK’da kısıtlılık halleri 404. md ile 408. md. arasında düzenlenmiştir. Buna göre küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşam, kötü yönetim ve bir sene ya da daha fazla bir süre ile hürriyeti kısıtlayan bir cezaya mahkum olunması kısıtlılık hali olarak değerlendirilmiştir.

EMK md 274 f I’de ana babanın akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı gibi nedenlerle kısıtlanması velayetin kaldırılma nedenleri arasında değerlendirilse de TMK’nın 348. maddesinde velayetin kaldırılmasını gereken hallerde kısıtlılık durumuna yer verilmemiştir.⁴⁰⁰ Bununla birlikte Medeni Kanun’un gerekçesinde madde metninde belirtilen hallerin sınırlayıcı olmadıkları belirtilerek, kısıtlılık hali de velayet görevinin gereği gibi ifa edilmesine engel olan sebepler arasında gösterilmiştir. Nitekim, ana babanın daha kendi işlerini yapmakta aciz olduğu ve başkalarının kontrolü altında kaldığı bir durumda kendi çocuklarını iyi bir şekilde yetiştirme ihtimalinin varlığının düşük olması bu yönde bir düzenlemenin getirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Her kısıtlanma halinin velayetin kaldırılması sonucunu doğurup doğurmayacağı sorununa Çetiner⁴⁰¹ her bir kısıtlanma sebebine göre ayrı ayrı incelemek gerektiği şeklinde yaklaşmaktadır. Buna göre de akıl hastalığı, akıl zayıflığı ve alkol-uyuşturucu bağımlılığını da beraberinde getiren ayyaşlık halinde velayetin ana babadan alınması son derece doğalken; savurganlık, israf halinde velinin bunun dışında çocuğa kötü bir davranışı yoksa velayetin kaldırılması ağır ve gereksiz bir

³⁹⁹ Tutukluluk halinde terk amacı güdülmediğinden başka bir yerde bulunma anlamına gelmeyecektir. Çelik, a.g.m ., s. 272; YRG. 2. HD 23.1.2007 T. 2006/10576 E. 2007/220 K. “...Tarafklar arasındaki davada, çocukların babasının öldüğü, cezaevinde tutuklu olup kısa sürede salıverilme olasılığı bulunmayan velayet hakkına sahip annenin, velayet görevini gereği gibi yerine getirmesinin mümkün olmadığı anlaşıldığından, velayetin kaldırılmasına karar verilmesi ve çocuklara vasi atanması için yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulması yönünde hüküm kurulmalıdır...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014)

⁴⁰⁰ Baygın, a.g.e., s. 348.

⁴⁰¹ Baktır-Çetiner, a.g.e., s. 95-96.

yoldur. Kötü yaşam halinde kısıtlanan kişinin ise, çocuğuna örnek olamayacağı, ancak kötü idare durumunda velayetin kaldırılması yerine çocuğun malları için koruyucu tedbir alınması gibi alternatiflerin değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Ergün⁴⁰² ise bu yönde bir ayrıma gitmeksizin ana babanın akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlığı, ayyaşlığı, kötü idaresi, yaşlılığı, sakatlığı veya tecrübesizliği sebebi ile kısıtlanması hallerinde velayetin kaldırılmasına karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

Çelik'e göre⁴⁰³ kısıtlama kararının alınmasına sebep olacak akıl hastalığı veya akıl zayıflığı hallerinde hastalık nedeni ile velayet zaten kaldırılacaktır. Bununla birlikte Çelik, savurganlık, alkol ya da uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim gibi hallerde de velayetin kaldırılmasına karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Yavuz,⁴⁰⁴ durumu daha da spesifikleştirerek onursuz bir uğraşı içerisinde bulunma, randevu evi işletmek, kumarbaz olmak, farklı cinsel tercihlerin bulunması gibi hallerin haysiyetsiz hayat sürme kapsamı içerisinde yer aldığını ve bu hallerin velayetin kaldırılması için yeterli görüldüğünü dile getirmektedir. Sungur ise⁴⁰⁵ örneklemelerinde velayet görevini kötüye kullanan ana ve baba arasında ayırım gözeterek babanın ara sıra fazla sarhoş olması ve bu halde tedip hakkını şiddetlice istimal etmiş olması ya da bilmeden babasının odasına giren çocuğun babasını metresi ile birlikte yakalaması hallerinin velayetin kaldırılması için yeterli sebep teşkil etmediği kanısındaiken, ananın fuhuş yapması ve çocuklarını bu durumda kendisinden uzak tutmaya çalışmasına rağmen başarılı olamamasını velayetin kaldırılması için yeterli görmektedir.

Kanaatimizce ise akıl hastalığı, akıl zayıflığı hallerinde velayet zaten hastalık olması gerekçesi ile kaldırılacaktır. Bununla birlikte alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşam gibi kısıtlılık halleri dolayısıyla kısıtlı bulunan bir kişinin çocukları üzerinde temsil ve mallarını idare etme yetkisini kullanması mümkün değilken, kötü yönetim ya da savurganlık, halinde başkaca bir velayetin kaldırılması

⁴⁰² Ergün, a.g.e., s. 604.

⁴⁰³ Çelik, a.g.m., s. 274.

⁴⁰⁴ Yavuz, a.g.e., s. 75.

⁴⁰⁵ Sungur, a.g.e., s. 126-127.

halinin bulunmaması halinde salt bu durumun çok ağır sonuçları olan bu önlemin alınması sonucu beraberinde getirmesi çocuğun menfaatine aykırıdır.

Kısıtlanma hallerinin meydana gelmesi ile velayet kendiliğinden kaldırılamayacaktır. Zira, öncelikle kısıtlanma için hakim kararına ihtiyaç bulunmaktadır. Bununla birlikte kısıtlanma kararının verilmesi ile hakimin takdir yetkisi olmaksızın velayetin kaldırılması kararının da kendiliğinden verilir verilmeyeceği ya da kısıtlama kararı veren mahkemenin velayetin kaldırılmasına ilişkin kararı vermeye de yetkili olup olmadığı sorularının giderilmesi gerekmektedir. Akyüz'e göre⁴⁰⁶ velinin kısıtlanması halinde hakimin ayrıca çocuğun menfaatinin tehlikede olup olmadığını araştırmasına hacet duyulmaksızın velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmediğinin kabulü gerekmektedir. Ancak kısıtlama re'sen velayetin kaldırılması sonucunu doğurmaz. Velayetin düzenlemesi kamu düzenini ilgilendirmesi nedeni ile hakim kısıtlanma kararı ile birlikte re'sen ya da talep üzerine velayetin kaldırılmasına da karar verebilecektir.⁴⁰⁷ Burada her ne kadar velayetin kaldırılmasına karar verecek olan hakimin takdir yetkisi kalmasa da ana babanın kısıtlanmasının velayetin kaldırılması kararı ile aynı anda verilmesi çoğu kez mümkün olmadığından her iki karar arasındaki zaman farkında çocukların aciz olan büyükler tarafından temsil edilmesi gibi sakıncalı bir durum açığa çıkacaktır. Bu tehlike de, vesayet altında bulunan kişiler için vasilik görevinin vasiinin fiil ehliyetini yitirmesi veya ölümü ile sona ereceğine ilişkin TMK md 479 hükmünün velayet altına bulunan kişiler için de kıyasen uygulanması ile giderilebilmektedir.

Ana babaya kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlü olan vasi yerine, çok daha dar kapsamlı sonuç doğuran ve kişinin yalnızca belirli işlerini görmek ve malvarlığını yönetmek görevi olan kayyım ya da halin icabına göre yasal danışman atanması halinde bu durumun velayete ne şekilde etkisi olacaktır. Kayyım atanması halinde temsil edilen kişinin fiil ehliyeti kaldırılmaksızın sorumluluk atfedildiğinden velayetin kaldırılması gibi bir hukuki sonuç doğmasına gerek yoktur. Ancak yasal danışman atanması kayyım ile vasi arasında bir konumda olup, vasi kadar eylem hürriyetini

⁴⁰⁶ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 293.

⁴⁰⁷ Çelik, a.g.m., s. 274.

sınırlandırmamaktadır. Bununla birlikte kayyım kurumunda olduğu gibi temsil edilen kişinin fiil ehliyetinin kaldırılmaması gibi bir durum da yaratmaz. Bu nedenle de yasal danışman atanması halinde ana babanın velayet hakkını gereği gibi yerine getirip getiremeyeceği değerlendirilmeli ve bu görevi ifadan yoksun olmaları halinde velayetin kaldırılmasına karar verilmelidir.⁴⁰⁸

bb. Velinin Çocuğa Yeterli İlgi Göstermemesi

TMK md 348/I b 2’de göre ana babanın çocuğa yeterli ilgi göstermemesi velayetin kaldırılması sebebi olarak kabul edilmiştir. Aşırı ilgisizliğin tanımı yasada yer almamakla birlikte çocuğun temel gereksinimlerinin yerine getirilmemesi ilgisizlik kapsamında görülebilir. Bu kapsamda hasta çocuğun tedavi ettirilmemesi, çocuğun zorunlu eğitimi almasından mahrum bırakılması, çocuğun başıboş bırakılarak onun kötü alışkanlıklar edinmesine vesile olunması⁴⁰⁹, uzman raporlarında çocuğun istenilmediğinin yer alması⁴¹⁰, zorunluluğun bulunmadığı durumlarda ana babanın çocuğunu yetiştirme yurduna yerleştirmesi, velayet hakkı kendisine bırakılmış olan kişinin bu hakkını kullanmayarak çocuğunu kendi annesinin yanında bırakması vs halleri emsal olarak gösterilebilmektedir.⁴¹¹ Keza yapılan araştırmalar neticesinde leğene sıcak su koyan annenin mutfağa sıcak su almaya gittiği sırada 1,5 yaşındaki çocuğun sıcak su dolu leğene düşerek boğulmasına sebep olması hali (Ankara 4. Asliye Ceza Mahkemesi 1986/538 E.) gibi çeşitli vakıalara da dikkat çekilmiştir.⁴¹²

İlgisizliğin velayetin kaldırılması sebebi teşkil edebilmesi için ağır, sürekli⁴¹³ ve kusurlu olması gerekmektedir. Yeterli derecede ilgi gösterilmemesi halinin çocuğa karşı olan yükümlülüklerin kötüye kullanılmasından ayıran nokta ise ilgisiz kalmada kusurlu olarak bir çekinmenin varlığının olması, kötüye kullanmada ise hakların sosyal amaçlara aykırı olacak şekilde kullanılmasıdır. Ayrıca ilgisizlikte sürekliliğin aranması onu yükümlülüklerin ağır bir biçimde savsaklanmasından ayıran noktadır.

⁴⁰⁸ Yavuz, a.g.e., s. 92.

⁴⁰⁹ Çelik, a.g.m., s. 276..

⁴¹⁰ YRG. 2. HD 18.11.2013 T. 2013/7715 E. 2013/26702 K. “...Mahkemece alınan 17.11.2012 tarihli uzman raporunda, davalı annenin velayeti artık üstlenmek istemediği belirtilmiştir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

⁴¹¹ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 295.

⁴¹² Esin Konanç, “Türk Hukuk Sisteminde Çocuk İstismarı ve İhmali”, **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**, C. XX, S. 1, (1987), s. 3.

⁴¹³ Dural, Ögüz ve Gümüş, a.g.e., s. 355.

Zira yükümlülüklerin ağır bir biçimde savsaklanmasında genel olarak süreklilik aranmaz.⁴¹⁴ İlgisizliğin istismara göre pasif bir olgu olması ise ihmalin tespitinde uzman kişilerden yararlanılmayı zorunlu kılar.⁴¹⁵

cc. Çocuğa Karşı Yükümlülüklerin Ağır Biçimde İhmal Edilmesi veya Çocuğun İstismar Edilmesi

aaa. Çocuğa Karşı Yükümlülüklerin Ağır Biçimde İhmal Edilmesi

Ana babanın velayetten doğan görevlerini ağır bir biçimde ihmal etmeleri TMK md 348/I b 2 kapsamında düzenlenerek velayetin kaldırılması hali olarak benimsenmiştir.

Velayet hakkı kendisinde olan ananın evlilik dışı başka biri ile birlikte yaşaması Yargıtay kararlarında⁴¹⁶ velayetin anadan alınması için tek başına yeterli sebep olarak kabul edilmezken, ananın birlikte yaşadığı kişinin kız çocuğuna karşı uygunsuz davranışlarda bulunması ve ananın da müdahale etmemesi nedeni ile zımnen bu duruma ortak olması ihmal boyutunda da olsa çocuğuna karşı olan yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığına emsal teşkil etmektedir. Yine çocuğun zorunlu olan ilköğretime gönderilmeyerek eğitim hakkının elinden alınması velayet görevinin ağır ihmali olarak değerlendirilmektedir.

Mali yetersizlik tek başına velayetin kaldırılması sebebi değildir. Ana babanın mali açıdan yetersiz olduğu hallerde velayetin kaldırılmasına neden olacak başka bir sebebin bulunmaması durumunda, velayetin kaldırılması kararı yerine, çocukların geçinme ve barınmalarının sağlanması için TMK md 195 ve 206 kapsamında hakim mütahalesi için talepte bulunulması daha yerinde olacaktır. Nitekim BMÇHS md 26 ve 27 ile her çocuğa sosyal güvenlikten yararlanma hakkı verilmiş ve bunun temini için taraf devletlere ödevler yüklenmiştir. Ancak ana babanın yoksul

⁴¹⁴ Yavuz, a.g.e., s. 104.

⁴¹⁵ Bakır-Çetiner, a.g.e., s. 103.

⁴¹⁶ YRG. 2. HD 16.4.2003 T. 2003/4523 E. 2003/5537 K. "...Velayet kendisine verilen babanın ölümünden sonra çocuklarını alan annenin bir başkasıyla nikahsız yaşıyor olması, annenin velayet görevini ihmal ettiğine dair ispat olmadıkça velayetin anneden alınmasına gerekçe teşkil etmez..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

olmakla birlikte çalışma gücü olmalarına rağmen bilerek ve isteyerek çalışmaktan kaçınmaları ve bu şekilde çocukların bakım ve yetiştirilmesine engel olmaları velayetin kaldırılması için haklı bir gerekçedir.⁴¹⁷

TMK md 348/I b 2’de velinin çocuğa yeterli ilgi gösterilmemesi ile daha ağır bir durum olan velayet görevinin ağır biçimde savsaklanması hali birlikte düzenlenmiştir. Bu düzenleme de doktrinde⁴¹⁸ kanun koyucunun ihmal ile ağır ihmali aynı bentte düzenlenmesinin kanun sistematığına uygun olmadığı düşüncesi ile eleştirilmiştir. Kanımızca da bu hallerin aynı bentte yer alarak aynı yaptırıma eş değer tutulması hatalıdır. Kanun koyucu hakime takdir yetkisi tanımadan en hafifinden en ağırına TMK md 348 ve 349’da öngörülen tüm hallerde velayetin kaldırılacağına karar verileceğini düzenleyerek yaptığı hataya yersiz bir tekrara girerek devam etmiştir.

bbb. Velayet Görevinin Ağır Şekilde Kötüye Kullanılarak Çocuğun İstismar Edilmesi

İnsanlık tarihine bakıldığında çocuk istismarının en eski dönemlere kadar uzandığı görülmekle birlikte, çocuk istismarının dünyada problem olarak kabul edilmesi ne yazık ki yaklaşık 100 yıllık bir geçmişe dayanmakta olup, fiziksel ve cinsel istismara ilk olarak 1860 yılında Tardieu Paris Tıp Akademisi’nde değinilmiştir. 1962 yılında Kepme Silverman, Steele’nin yayınladığı Örselenmiş Çocuk Sendromu adlı makale ile konuya verilen önem artmıştır.⁴¹⁹

Dünya Sağlık Örgütü (World Health Organization-WHO) 1999 yılında yaptığı tanımla çocuk istismarı ya da çocuğa karşı kötü muameleyi; sorumluluk, güven ve yetenekle ilgili genel durumunda çocuğun sağlığına, yaşamına, gelişimine ve değerine zarar verebilen, fiziksel ve/veya duygusal kötü davranış, cinsel istismar, ihmal ve her türlü ticari çıkar için çocuğun kullanılmasını içeren tüm saldırgan

⁴¹⁷ Yavuz, a.g.e., s. 81.

⁴¹⁸ Çelik, a.g.m., s. 276.

⁴¹⁹ Betül Pelendecioğlu ve Sefa Bulut, “Çocuğa Yönelik Aile İçi Fiziksel İstismar”, **Abant İzzet Baysal Üniversitesi Dergisi**, C. IX, S. 1, (2009), s. 49-50.

davranışlar olarak belirtmiştir.⁴²⁰ 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Yasanın Uygulanması Hakkındaki Yönetmelik'in 4/e maddesinde de bu tanıma paralel olarak aile içi şiddet; aile bireyinin fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik zarar görmesi veya acı çekmesi ile sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren toplumsal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözel ve ekonomik her türlü davranış olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda şiddet, fiziksel, cinsel, sözel ve psikolojik unsurlar içerebileceğinden aile içi şiddet dendiğinde akla yalnızca fiziksel şiddetin gelmesi doğru değildir.⁴²¹

Ebeveynin çocuğunun gelişimini engellemek sureti ile ihmal ve fiziksel, duygusal, ekonomik ya da cinsel manada istismar etmesi velayetin kaldırılması sebebidir (TMK md 348/I b 2). Zira toplumdaki en savunmasız ve güçsüz grup içinde yer alan çocukların duygusal, ekonomik, fiziksel ve cinsel açıdan sömürülmeleri çok ciddi sağlık ve gelişme sorunlarına yol açmaktadır. Ayrıca unutulmamalıdır ki, her türlü istismar şekli ile çocuğun en başta onurlu, güvenli ve kendini gerçekleştirebileceği bir ortamda büyüme ve gelişme hakkı çiğnenmektedir. Keza bu durum ile BMÇHS'nin sömürülere karşı koruma altına alınmasını öngören 32-36. maddeleri ile yaşama ve gelişme hakkının düzenlendiği 6. maddesi aynı anda ihlal edilmektedir.

Kanaatimizce çocuğun istismar edilmesine sevk eden nedenlerin başında ataerkil toplumdan gelen kültürel etki gelmektedir. Şöyle ki özellikle çocuğun bir birey olduğu unutulmaması tabiri caizse ailenin malı gibi görülmesi ve "çocuk" olduğu düşüncesinden hareketle hakları olmadığı görüşünden ileri gelmektedir. Ayrıca doktrinde⁴²² sosyal ve çevresel stres, işsizlik, alkol ya da uyuşturucu bağımlılığı gibi organik etkilerin de olduğu savunulmaktadır. Ancak bununla birlikte Türkiye'de yapılan bir araştırmada sosyoekonomik düzey ile özellikle bedensel ceza arasında anlamlı bir ilişki bulunmadığı tespit edilmiştir.⁴²³

⁴²⁰ Asude Bilgin, "Aile İçi Bedensel Cezaya İlişkin Bir Çalışma", **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**, C.XXXI, S. 1, (2008), s. 32.

⁴²¹ Merve Akın, "Aile İçi Şiddet", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S. 1, (2013), s. 27-29.

⁴²² Yavuz, a.g.e., s. 97.; Sezer Ayan, **Aile ve Şiddet Aile İçinde Çocuğa Yönelik Şiddet**, Ankara: Ütopya Yayınevi, 2010, s. 97-99.

⁴²³ Bilgin, a.g.m., s. 35.

aaaa. Duygusal İstismar

Ana ve baba, sosyal ve duygusal baskıların bir araya gelmesi neticesinde çocuğun gereksinimi olan ilgi, sevgi ve bakımdan mahrum bırakarak çocuğu küçümseme, aşağılama veya tehdit etme gibi duygusal istismar olarak nitelendirilebilecek söz ve davranışlarda bulunabilirler. Duygusal istismarın alt boyutları ise reddetme (terk etme), aşağılama (mütemadiyen eleştirme), ayırma (yalnız bırakma), korkutma (cebir kullanarak ya da doğaüstü güçlerle tehdit etme), kışkırtma (suça yöneltme), istismar (menfaatleri için kullanma), duygusal olarak engelleme (yakınlık göstermeme), yetişkinleştirme (çocuktan yaşının çok üzerinde davranışlar sergilemesini bekleme) şeklinde sekiz alt başlık altında toplanmaktadır.⁴²⁴

Ana babanın bu tür sözel istismarı ya da aşırı emirleri kapsayan ve çocuğun kimliğini zedeleyen davranışları çocuğun psikolojik hasara uğramasına sebebiyet vermektedir.⁴²⁵ Bu da çocuğun kendisini değersiz hissetmesi, başkasına bağımlı bir kişiliğinin olması gibi çeşitli sorunların doğmasına neden olmaktadır.⁴²⁶

Genel olarak mütemadiyen suçlayan, cezalandıran ve sürekli karışan ana babanın çocuklarının kolayca ağlayan çocuklar olduğu görülür, baskı altında büyüyen çocuklarda da genellikle isyankar ve asi davranışlarla birlikte aşağılık duygusu da gelişebilir.⁴²⁷

Uygulamada sıkça bu istismar türüne rastlanılmakta, bunun gerekçesi olarak da bu istismar çeşidinin diğer istismar türlerine eşlik etmesi gösterilmektedir.⁴²⁸

⁴²⁴ Aşkın Yaşar Topuzoğlu, “Çocuk İstismar ve İhmalinin Önlenmesi”, **Türk Hukukçu Kadınlar Derneği ve İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezinin 05/12/2001 Tarihinde Düzenlediği Panel**, İstanbul: 2002, s. 35.; Baktır-Çetiner, a.g.e., s. 102.

⁴²⁵ Oğuz Polat, **Klinik Adli Tıp Adli Tıp Uygulamaları**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009, s. 128.

⁴²⁶ Mücahit Öztürk (haz.), **Çocuk Hakları Açısından Çocuk İhmal ve İstismarı El Kitabı: Anne-Baba ve Öğretmenler İçin**, Sabri Hergüner, Duygusal İstismar ve İhmal, İstanbul: Çocuk Vakfı Yayınları, 2011, s. 43.; Bülent Kara, Ümit Biçer ve Ayşe Sevim Gökalkp “Çocuk İstismarı”, **Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi**, C. XLVII, S. 2, (2004), s. 143 .

⁴²⁷ Yavuzer, a.g.e., s. 137.

⁴²⁸ Ayan, a.g.e., s. 271.

bbbb. Ekonomik İstismar

Ana babanın çocuklarını kazanç olarak görmeleri, çocuğun çalıştırılması sureti ile elde etmiş olduğu gelirinden faydalanılması, çocuğun okula gitmesine mani olunarak çalıştırılması ve sahip olunan ekonomik kaynakların veya paranın, çocuk üzerinde, tehdit veya yaptırım aracı olarak istikrarlı bir şekilde kullanılması ekonomik yönden istismardır.⁴²⁹

Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organization – ILO) suiistimallerin önüne geçmek için günümüzde çocukların çalıştırıldıkları alanları kategorize ederek 5 bölüme ayırmıştır. Buna göre çocuklar aile içinde ev işlerinde, kırsal kesimlerde aileleri ile tarımsal üretimde, feodal üretim ilişkilerinin geçerli olduğu tarımsal kesimde tek başına ya da ailesi ile birlikte toprak sahibi tarafından ya da sokakta yapılan iş ve işlemlerde çalıştırılmaktadır.⁴³⁰ BMÇHS’de ise taraf devletlere çocuğun ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitime zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek şekilde çalıştırılmasına karşı korunma hakkı kabul edilmiştir (BMÇHS md 32).⁴³¹ Dolayısıyla, devletin çocuğun işgücünün sömürülmesine engel olması ve önlem alması zorunludur. Nitekim gerek İş Kanunu’nda, Borçlar Kanunu’nda, Sendikalar Kanunu’nda gerekse Asgari Ücret Yönetmeliği, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü’nde çocukların hangi yaş aralığında çalıştırılacaklarına ilişkin düzenleme ve yasaklar getirilmiştir. Buna göre 15 yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır; 14 yaşını doldurmuş çocuklar da çıraklık ya da hafif işlerde çalışabilir (İş Kanunu md 71). Keza çalışacak olan çocukların hangi durumda ve ne şekilde çalıştırılacakları da düzenleme altına alınmıştır.⁴³² Yine maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde 18 yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması (İş Kanunu md 72), gece dönemine denk düşen 20.00-06.00 saatleri arasındaki işçi postalarında, 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmaları yasaklanmıştır (İş Kanunu md 73). Ayrıca 16 yaşını

⁴²⁹ Akın, a.g.m., s. 28.

⁴³⁰ Yavuz, a.g.e., s. 101.; Yaşar-Topuzoğlu, a.g.e., s. 36.

⁴³¹ Yavuz, a.g.e., s. 101.; Baktır-Çetiner, a.g.e., s. 102.

⁴³² Deniz, a.g.e., s. 40.

doldurmamış genç işçiler ve çocuklar ile çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçiler ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaz (İş Kanunu md 85).

Yasal mevzuata rağmen ne yazık ki çocukların ülkemizde ekonomik olarak sömürüldüğü su götürmez bir gerçektir. Üstelik çocukların yaşlarına ve beden güçlerine uygun olmayan işlerde çalışmaları çeşitli kazaların meydana gelmesine de neden olmaktadır. Ankara’da 15 yaşında olan bir çocuğun sağlık kontrolü yapılmaksızın, üstelik gerekli iş güvenliği önlemlerinin de alınmadığı bir inşaatta çalışması üzerine yaralanması durumun vahametini gözler önüne sermektedir (Ankara 6. Asliye ceza mah. 1985/860). Zira bu durum okul çağında olan çocuğun çalışarak ruhsal açıdan da zedelenmesine sebep olmakla birlikte bedenine de zarar verdiğini göstermektedir.⁴³³

Bir başka bakış açısı ile özellikle ülkemizde çocuğun ağır ve gösterebileceğinin çok üzerinde bir performans gerektiren işlerde çalışmasının aile gelirine katkıda bulunması amacının haricinde onun “adam olacağı” şeklindeki zihniyet maalesef ki günümüzde de hala birçok yerde olumlu algılanmaktadır. Oysa çocuk işçilik ve özellikle 15 yaşının altındaki çocukların çalıştırılması, ILO’nun 1973 yılında kabul ettiği ve 1998 yılında imzalayarak onayladığımız “Asgari Çalışma Yaşı Konusundaki 138 Sayılı Sözleşme” gereğince yasaktır. Buna rağmen yapılan bir araştırmaya göre⁴³⁴ katılımcı 150 çocuğun yarısından fazlası, maddi nedenlerden dolayı çalışmak zorunda olduklarını belirtmiştir.⁴³⁵

Kanaatimizce diğer istismar türlerine nazaran tespiti daha kolay olan ekonomik istismarın önlenmesi mevcut kanunların daha rasyonel bir hale getirilmesi ve uygulanıp uygulanmadığının ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından denetlenmesi; ayrıca mevcut hükümlerin caydırıcılık kazanması ile mümkündür.

⁴³³ Konanç, a.g.m. s. 6.

⁴³⁴ Aylin Dikmen Özarlan’ın Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Çerçevesinde İstanbul’da Çalışan Çocuklar Üzerinde Değerlendirme başlığı altındaki yayınlanmamış doktora tezinde sanayide çalışan çocukların durumunun, çalışma koşullarının, karşılaştıkları tehlikelerin, beklenti ve umutlarının anlaşılması amacıyla 1998 yılında İstanbul’un çeşitli semtlerinde tekstil, ayakkabı imalatı, mobilya imalatı ve otomotiv sanayinde çalışan on sekiz yaşından küçük 150 çocukla yüz yüze görüşülerek gerçekleştirilmiştir.

⁴³⁵ Öztürk (haz.) Çocuk... a.g.e., “Esin Küntay ve Aylin Dikmen Özarlan Çocuğun Ekonomik İstismarı: Çocuk İşçiliği Üzerine Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Çerçevesinde Bir Sosyolojik Değerlendirme”, s. 98.

cccc. Fiziksel İstismar

En sık görülen istismar türünden olan fiziksel istismar, genel olarak çocuğun kaza dışı fiziksel açıdan başına meydana gelen herhangi bir olay şeklinde tanımlanmıştır. Fiziksel istismar genellikle dövme, yanıklar, zehirlenme, çocuk istismarının ağır bir formu olan ve sıklıkla iki yaşındaki çocuklarda görülen sarsılmış (sallanmış) bebek sendromu⁴³⁶ şeklinde karşımıza çıkmaktadır.⁴³⁷

Elle ya da herhangi bir aletle vurma, dövme, ısırma, kesme, yakma, zehirleme şeklinde tanımlanabilen fiziksel istismarı, kimi zaman aileler bilinçli olarak zarar vermekten çok disipline etme amaçlı uygulamalar da, çocuğun fiziksel olarak zarar gördüğü her davranış, şayet kaza sonucu değilse, fiziksel istismar başlığı altında görülmek zorundadır. Dolayısıyla davranışların fiziksel istismar kapsamında değerlendirilmesi sırasında yalnızca bir tokat atılmasının fiziksel istismar olabilmesi için ölçü, süreklilik gibi kriterlerin aranması yönündeki görüşün⁴³⁸ bu kavrama bakışın tehlikeli bir boyut kazanmasına sebebiyet verebileceği kanaatindeyiz. Nitekim Polat⁴³⁹ benzer davranışların bir tokatla başladığını ve fakat olayın çeşitli aletlerin kullanıldığı vakıalara kadar uzandığını ifade etmektedir.

Çocuğun ebeveyni tarafından dövülmesi ya da şiddete maruz kalması veliyi “bu yönde bir davranışta bulunmaya sevk eden neden⁴⁴⁰ her ne olursa olsun” velayetin kaldırılması için sebep olacaktır,⁴⁴¹ meğerki TMK md 346 veya 347’nin çözüm

⁴³⁶ Sarsılmış bebek sendromu, genellikle küçük bebeklerin aşırı kızgınlık içinde kollarından tutulup sarsılmaları neticesinde çok güçlü olmayan boyun kaslarının zedelenecek başı sabit tutamama sonucunu meydana getirmesi ve neticesinde beyne giden damarların yırtılması ve beyinde kanama meydana gelmesidir. Polat a.g.e., s. 143.

⁴³⁷ Kara, Biçer ve Gökalp a.g.m., s. 142-143.

⁴³⁸ Çetiner’e göre çocuğa yalnızca tokat atılmasının fiziksel istismar sayılıp sayılmadığı noktasında davranışın ölçüsü sürekli ve sistemli olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Baktır-Çetiner, a.g.e., s. 99.

⁴³⁹ Polat, a.g.e., s. 130.

⁴⁴⁰ Ana babanın genç ve deneyimsiz olması, çocuk gelişimi konusunda yetersiz olması, kendi dönemine ait istismar öyküsünün olması, alkol ya da uyuşturucu bağımlılığı olması, düşük eğitim düzeyi, kişilik bozuklukları, istenmeyen gebelik, istenmeyen cinsiyette doğum olması vs gibi nedenler etki etmektedir. Pelendecioğlu ve Bulut a.g.m., s. 52 .

⁴⁴¹ YRG. 2. HD 25.6.2012 T. 2012/13134 E . 2012/17522 K. “...Velayetinin babasına verilmesini talep ettiği ve annenin bu çocuğa fiziksel şiddet uyguladığı anlaşılmaktadır. İdrak çağında olan bu çocuğun açıkladığı görüşüne değer verilmemesini gerektirebilecek ve çocuğun üstün yararı olabilecek nitelikte bir durum mevcut değildir. Velayetin davacı-davalı babaya verilmesi gerekir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

getirmeyeceği belli olsun.⁴⁴² Burada bedensel ceza ile fiziksel istismar ayrımının yapılması gerekmektedir. Bedensel ceza çocuğun davranışlarını düzeltmek ya da kontrol etmek amacı veyahut incitmek niyeti ile değil, fiziksel güç uygulayarak çocuğun acı hissetmesine neden olunmasıdır.⁴⁴³ Dolayısıyla bedensel ceza velayetin kaldırılması sonucunu taşımayacaktır.

Çocuğu yetiştirme hakkı olan ebeveynin bu yetkisini kullanırken disipline edilmesi amacı ile çocuğa bir takım cezalar uygulaması söz konusu olabilmektedir. Ana babanın çocuğu disiplin etmesi ile hedeflenen amaç, çocuğun kendi kendisini yönetme ve özgüvenini kazanmasına yardımcı olmaktır. Bu nedenle de çocuğun çıkarları için alınacak kararların sınırları ölçülülük ilkesi ile çizilmiştir. Ancak burada önemli olan, bu ceza içeren yöntemlerin fiziksel olarak da ceza niteliği taşıyıp taşımadığıdır, dolayısıyla her olayın ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. Ayrıca çocuğun çıkarları için ana baba tarafından alınan ve uygulanan kararların hukuka uygun amaca hizmet edebilecek nitelikte olması ve çocuğa en az zararı veren önlem olması gerekmektedir. Veli, çocuğun sağlığını ve onun zihinsel veya bedensel dengesini bozacak derece kararları uygulamaktan kaçınmalıdır.⁴⁴⁴ Zira sık ve şiddetli dövülen çocukların anti-sosyal davranış içinde buldukları ve saldırgan, uyumsuz davranışlar içerisinde buldukları unutulmamalıdır.⁴⁴⁵

Yavuz⁴⁴⁶, fiziksel istismara dayalı olarak velayetin kaldırılması hali ile velayetin kaldırılmasının tüm çocuklara sirayet edeceğine ilişkin düzenlemeyi birlikte yorumlamıştır. Buna göre ananın karnında olan çocuğun fiziksel istismar neticesinde doğmasına engel olmak sureti ile öldürülmesi durumunda velayetin mevcut ya da doğacak çocuklar için de kaldırılmasının söz konusu olması gerektiğini belirtmektedir. Yavuz burada çocuk düşürme ya da aldırma hallerini de velayetin kaldırılması için sebep olarak öngörse de kanımızca kesin yargıya varılmadan önce çocuk düşürme ya da aldırma sevk eden etmenlerin neler olduğu araştırılması ve buna göre somut olayın özellikleri gerektiriyorsa velayetin tüm çocuklar için kaldırılmasına yönelik hükmün uygulanması gerekmektedir.

⁴⁴² Grassinger, Türk..., a.g.e., .s. 180-181.

⁴⁴³ Bilgin, a.g.m., s. 32.

⁴⁴⁴ Yavuz, a.g.e., s. 99.

⁴⁴⁵ Bilgin, a.g.m., s. 36.

⁴⁴⁶ Yavuz, a.g.e., s. 100.

Ebeveynler arasında yapılan bir araştırmada hemen hemen herkes dayağa karşı olduğunu belirtmiştir.⁴⁴⁷ Ancak Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu'nun aile içi şiddet ile ilgili olarak yaptığı çalışma ise her 100 ailenin 40'ında çocukların ana ve babaları tarafından şiddete maruz kaldıklarını ortaya koymaktadır.⁴⁴⁸ SİAR tarafından 1985 yılında yapılan bir kamuoyu araştırmasında mülakat yapılan ana babaların %63'ünün ocuk yetiştirmede fiziksel ceza yöntemlerine başvurdukları, bunların %87'sinin özellikle dayağa başvurduğu tespit edilmiştir.⁴⁴⁹ Dayak olayının da %2'sinin çocuğun bedensel yaralanması ile sonuçlandığı bildirilmiştir. Dolayısıyla esasen verilen cevapların gerçeği yansıtmadığı ve bu cevapların kişilerin kendilerini olduklarından daha iyi gösterme çabasının bir sonucu olduğu çıkarılabilir. Yine yapılan araştırmalar göstermektedir ki, şiddet mağdurları, istismarın üzerlerinde yarattığı hasardan uzun bir zamanın geçmiş olmasına rağmen kurtulamadıkları için yetişkinlik dönemlerinde bu kez kendileri şiddet uygulamakta⁴⁵⁰ ve bu durum şiddetin nesilden nesile aktararak bilinçsiz ve gelişimini tamamlayamamış bir toplum olmamıza sebebiyet vermektedir. Bu nedenle de istismar edilen çocukların yarının istismar edilen ana babalarına dnuşmelerine mani olmak için bu tür istismarların önüne geçilmeli ve kendisini tekrarlamasına izin verilmemelidir.

Sağlıklı nesillerin yetiştirebilmesini sağlamak için aile içi şiddete ilişkin düzenlemeler Anayasamızın gerek ailenin eşler arasındaki eşitliğe dayandığını kabul ettiği 41. maddesi, gerek kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını düzenleme altına alan 17. maddesi gerekse herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğunu devlet güvencesi ile koruma altına alan 19. maddesi ile belirlenmiş, ayrıca 6284 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun kapsamında düzenlemeler yer almıştır. (md 4-5).⁴⁵¹ Bununla birlikte TCK'da da aile düzenine karşı suçlar başlığı altında aile içi şiddete ilişkin hükümler düzenlenmiş (md 232); çocuğa fiziksel istismar sırasında silah, bıçak vs alet kullanılması halinde davranışın fiziksel istismarın dışında cezai boyutu ile de değerlendirilmesi ve kişinin eylemine uygun suç tipi ile de

⁴⁴⁷ Bengi ner ve Selcan Yılmaz, "Anne ve Baba Gözüyle "ocuk Eğitimi", Bir Sosyal Temsil n alışması, **Kriz Dergisi**, C. IX, S. 1, (2001), s. 45.

⁴⁴⁸ ztrk (haz.) ocuk... a.g.e., "Mehmet Din ocuklarda Fiziksel İstismar", s. 57-58.

⁴⁴⁹ Ayan, a.g.e., s. 262.

⁴⁵⁰ Ayan, a.g.e., s. 99 2001 yılı başbakanlık aile araştırma kurumu aile raporuna göre şiddete maruz kalan kadınların %37'si çocuklarına şiddet göstermişlerdir ve tüm katillerin ailede şiddete maruz kaldıkları grlmştir.

⁴⁵¹ Akın, a.g.m., s. 30.

cezalandırılması öngörülmüştür.⁴⁵² TMK’da ise aile içi şiddet daha çok boşanma, evlilik birliğinin korunması, velayet, nafaka ve tazminat ile ilgili hususlarda yer bulmuş ve maddi ve(veya) manevi şiddet yasaklanmıştır.⁴⁵³ Bununla birlikte TMK’da bu kapsamda ayrıca detaylı hükümler yer almamaktadır. Bunun gerekçesi olarak da her ne kadar TMK’nın genel kanun olması ve kanun boşluğu bulunduğu hallerde benzer hükümler baz alınarak bu boşluğun kıyasen doldurulma imkanı gösterilse de, TMK’da bu yönde daha açık ve ayrıntılı bir düzenleme getirilmesi kanımızca daha yerinde olacaktır.

Bu tür kalıcı hasar bırakan aile içi şiddetlerin önüne geçilmesi için temel kanunlar ya da özel yasalara düzenlemeler de yapılırsa gelinen noktada amaca tam anlamı ile ulaşamadığı görülmektedir. Özellikle ülkemizde kızını dövmeleyen dizini döver, dayak cennetten çıkmadır, ananın vurduğu yerde gül biter gibi sözlerle şiddetin kanıksandığı⁴⁵⁴ da ayrıca göz önünde bulundurulduğunda yeteri kadar önlem alınmadığı ya da caydırıcı nitelikte önlem alınmadığı görülmektedir. Bu nedenle bu alanda daha etkin çalışmaların yapılması ve toplumun bu konuda bilinçlendirilmesi gerekmekte ve Deniz’in⁴⁵⁵ de ifade ettiği üzere gerçek manada bu tür problemlerin sona erdirilmesi için kırılan kolun içerde kalmaması ve gerekli sivil toplum ve kamu kuruluşlarının⁴⁵⁶ durumdan haberdar edilmesi gerekmektedir. Netice itibari ile BMÇHS’nin 19. ve 34. maddelerinde çocuğa yönelik her türlü bedensel ve zihinsel saldırı, istismar ve suiistimal olarak değerlendirilmekte ve bu hallerde çocuğun korunmasına dair sorumluluğun devlete ait olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda devlet, mevcut düzenlemelerle yetinmemeli ve kifayetsiz kalınan noktalarda iyileştirici yeni ve etkin önlemleri mutlak surette almalıdır.

⁴⁵² Baktır-Çetiner, a.g.e., s. 99.

⁴⁵³ Akın, a.g.m., s. 32.

⁴⁵⁴ Pelendecioğlu ve Bulut, a.g.m., s. 51.

⁴⁵⁵ Deniz, a.g.e., s. 48.

⁴⁵⁶ Aile ve sosyal politikalar müdürlüğü, aile ve sosyal politikalar bakanlığı alo 183 hattı, sağlık kuruluşları, kolluk kuvvetleri, cumhuriyet savcılıkları, yerel yönetimler tarafından hizmet veren kadın danışma merkezleri

dddd. Cinsel İstismar

Cinsel istismar, ana babanın⁴⁵⁷ bizzat kendisinin veya kendisi yapmamakla birlikte yapılmasına göz yumulması⁴⁵⁸ sureti ile çocukların cinsel organı ile oynanması, ırzına geçilmesi, teşhir edilmesi ya da pornografi aracı olarak kullanılması şeklinde görülmektedir.⁴⁵⁹ Ayrıca çocuğa fiziksel temas olmaksızın çocuğun cinsel amaçlı malzeme olarak kullanılması da bu kapsamdadır.⁴⁶⁰

Cinsel istismar fark edilmesi zor bir durum olmamakla birlikte istatistikler, evlilik içi tecavüzde de olduğu gibi⁴⁶¹ birçok cinsel istismar vakasının fark edilmeden ya da fark edildiği halde bildirilmeden yıllarca devam ettiğini ve aile içi cinsel şiddet gerçeği ve dramının bilinçli olarak su üstüne çıkarılmadığını ortaya koymaktadır.⁴⁶² Amerika'da ise her yıl yaklaşık olarak yüz bin çocukta cinsel istismar vakası saptanmakta ve her dört kız ya da sekiz erkek çocuğundan birisinin cinsel istismara maruz kaldığı bildirilmektedir.⁴⁶³

Ebeveyn ile çocuğun bağının kopuk olması, çok çocuklu ve katı disiplin uygulayan bir aile yapısının içinde olunması, ekonomik sorunlar gibi ilişki risk faktörlerinin; uyuşturucu ticareti, işsizlik gibi çevresel risk faktörlerinin; çocuğu koruyan yasaların yetersizliği, çocuğa verilen değerin düşük olması gibi toplumsal risk faktörlerinin cinsel istismarın nedenlerini oluşturduğu kabul edilmekle birlikte⁴⁶⁴ tüm sosyo-ekonomik ve sosyo-kültürel gruptan çocukların cinsel istismara uğrama potansiyellerinin oldukları unutulmamalı; üstelik gerek bu tür davranışların gizli

⁴⁵⁷ Kara, Biçer ve Gökalp 6 yaşındaki bir çocuğun 3 yaşındaki bir çocukla oral-genital ilişkide bulunması kanunen istismar olarak kabul edilmese bile bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir. Kara, Biçer ve Gökalp a.g.m., s. 143.

⁴⁵⁸ YRG. 2. HD 3.3.2003 T. 2003/1468 E. 2003/2770 K. "...Velayet kendisine bırakılan annenin bu vazifesini ağır surette ihlal etmesi karşısında velayetin nez'i gerekir. Kadının, evlilik dışı ilişki yaşadığı erkeğin kızına gösterdiği fena ve uygunsuz davranışlarına cinsel istismarına karşı çıkmaması velayetin nez'i sebebidir. Küçüğün gerçek babası velayeti ifa edemeyecek durumda olduğundan, küçüğe vasi atanmak suretiyle velayetin anneden kaldırılması gerekir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

⁴⁵⁹ Bakır-Çetiner, a.g.e., s. 100; Yaşar-Topuzoğlu, a.g.e., s. 40; Deniz, a.g.e., s. 48.; İshak Aydemir ve Fayik Yurtkulu, "Çocuğa Yönelik Cinsel İstismarla Mücadelede: Çocuk İzlem Merkezi Fighting Sexual Abuse Against Children: Child Follow Up Center", *Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi*, C. I, S. 2, (2012), s. 153.

⁴⁶⁰ Yavuz, a.g.e., s. 103.

⁴⁶¹ Akın, a.g.m., s. 28.

⁴⁶² Polat, a.g.e., s. 151.; Ayan, a.g.e., s. 264.

⁴⁶³ Öztürk (haz.) Çocuk... a.g.e., "Murat Coşkun Çocuklarda Cinsel İstismar", s. 77.

⁴⁶⁴ Aydemir ve Yurtkulu, a.g.m., s. 154.

yapıldığı ve genellikle şahit olmadığı gerekse çocuğun dile getirmekte zorluk çekmesi nedenleri ile toplum içinde en gizli kalan istismar şekli olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenlerle her kesim için yakın ve büyük olan tehlikenin boyutu fark edilmeli ve çocuklarda kalıcı ve derin tahribat bırakacak bu tür davranışların mümkün olan en az zararla geçmesi sağlanmalı⁴⁶⁵ ve benzer aciz davranışların meydana gelmesine kati olarak engel olunmalıdır.⁴⁶⁶ Zira yukarıda detaylandırılan sorunlardan hiçbirisi kanımızca çocuk haklarının doğrudan insan kaynaklı bir ihlali olan cinsel istismar kadar acımasız ve dramatik değildir.

Çocuğun rutin doktor muayenesinde ya da yakınları tarafından çevresinde özellikle adolesan yapılarda cinsel yolla geçen hastalık veya gebelik hali açıkça cinsel istismarı akıllara getirilmeli, bununla birlikte, çocuğun kendi yaşına uygun olmayan cinsel davranışlar içerisinde bulunması halinde de cinsel istismardan şüphelenilmesi gerekmektedir.⁴⁶⁷ Keza cinsel istismara uğrayan çocuklarda korku, depresyon, kızgınlık, post-travmatik stres bozukluğu gibi davranışların yanında esas belirleyici olan mastürbasyon, cinsel ilişki taklidi, anus veya vajinaya cisim sokmak, insanlara sürtünmek ve sürekli genital organları ile oynamak gibi uygunsuz cinsel davranışlarda bulunduğu görüldüğünden⁴⁶⁸ benzer duygusal ve davranışsal reaksiyonlar akıllara soru işaretini getirmelidir.

Çocuğun cinsel istismara uğradığının tespiti ne denli önemli ise bu tespitin akabinde çocuğa gösterilecek muamele de o denli önemlidir. Çocuğun ilk olarak hastaneye getirilmesi akabinde resmi yazı için adli tıpa yönlendirilmesi ve muayenesi, soruşturma sürecinde ifadesinin alınması gibi süreçlerle çocuk aynı acıları tekrar tekrar yaşamakta ve bu durum çocuğun ikinci kez yara almasına ve örselenmesine

⁴⁶⁵ Aydın, Kişisel Görüşme, 2014, “Cinsel istismara uğrayan çocuğun istismara maruz kaldığı ortamda bulunmamasına özen gösterilmeli, kendisinin suçlu olmadığı konusunda telkinde bulunulmalı, çocuğun kaygılarını gidermek için bilinçli ve güvendiği kişiler ile iletişim kurması sağlanmalıdır.”; Kaya, Kişisel Görüşme, 2014, “Çocuğa aşağılayıcı yaklaşım gösterilmemesi çok önemli olup, bu durumun meydana gelmesinde çocuğun kusuru bulunmadığının çocuğa anlatılması gerekmektedir.”

⁴⁶⁶ Aydın, Kişisel Görüşme, 2014, “Okullarda çocukların cinsel istismardan ne şekilde korunabileceklerine dair çocukların anlayacağı seviyede seminer verilmelidir. Ayrıca çocukla sürekli iletişim halinde olunmalı ve ailenin bizzat kendisi de çocuğa bu konuda eğitim vermelidir.”; Kaya, Kişisel Görüşme, 2014, “Çocuk kız ise babası ile erkek ise annesi ile banyo yapması ya da birlikte yatması doğru değildir. Bununla birlikte çocuğa hayır deme ve istemediği kimselerle öpüşmeme hakkı olduğu anlatılmalı, çıplık atmayı öğretmek dahil kendini ve kendi vücudunu koruyucu önlemler konusunda bilgilendirme yapılmalıdır.”

⁴⁶⁷ Kara, Biçer ve Gökalp, a.g.m., s. 143.

⁴⁶⁸ Aydemir ve Yurtkulu, a.g.m., s. 154.

sebeptir. Bu nedenle de, genellikle eğitim hastaneleri ve üniversiteler bünyesinde kurulan ve cinsel istismar şüphesi olan çocuğun uygun ortamda beyanının alınması ve bunun ardından adli ve tıbbi muayenenin sosyal hizmet desteği ve aile danışmanlığı verilerek adli mercilere gereken raporların hazırlandığı bir kurum olan çocuk izlem merkezlerinin avukat, adli tıp uzmanı, sosyal hizmet uzmanı, psikolog, ve hemşirenin hazır bulunması ve 24 saat hizmet sunumunu esas alması nedeni ile de önemi ve yararı çok büyüktür.⁴⁶⁹

Ebeveyn olarak çocuğun sığındığı limanın bilinçli ya da bilinçsiz bir şekilde ve fakat istismar boyutunda karşılık vermesi halinde söz konusu istismarın sonlandırılması ve çocuğun koruma altına alınması adına velayetin kaldırılmasının yanı sıra cinsel istismara mazur kalan her çocuk için acil olarak ilgi ve destek ve hatta psikiyatrik tedavi de gereklidir.

dd. Velayet Hakkına Sahip Ana ya da Babanın Başkasıyla Evlenmesi

Kural olarak TMK’da velayet hakkını haiz ana veya babanın başka birisi ile evlenmesi velayetin salt bu gerekçe ile değiştirilmesine ya da kaldırılmasına neden teşkil etmezken⁴⁷⁰, yeniden evlenme halinin çocuğun menfaatlerine hanel getirmesi durumunda velayet sahibinin değiştirilerek velayetin diğer eşe verilebileceği (TMK md 183) ya da durum ve koşullara göre çocuğa vasi tayin edilebileceği hüküm altına alınmıştır (TMK md 349).⁴⁷¹ Özüğür’a göre⁴⁷² bu halde ilk önce velayet hakkı diğer

⁴⁶⁹ Aydemir ve Yurtkulu, a.g.m., s. 155-156.

⁴⁷⁰ YRG. 2. HD 31.3.2010 T. 2009/16476 E. 2010/6149 K. “...Küçüğün babasının ölümüyle sağ kalan annesine ait olan velayet hakkının kaldırıldığına ilişkin herhangi bir bilgi ve belge bulunmamaktadır. Velayete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi, velayetin kaldırılmasını gerektirmemektedir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014); Ergün, a.g.e., s. 605.; Çelikel, a.g.e., s. 108.; Durum ve koşulların velayetin kaldırılmasını gerektirip gerektirmediği her olayın özelliğine göre hakim tarafından takdir edilecektir. Gençcan, Boşanma..., a.g.e., s. 1275.

⁴⁷¹ Akıntürk ve Ateş-Karaman, a.g.e., s. 318.; Ertuğrul ve Ertuğrul, a.g.e., s. 1605.; YRG. 2. HD 29.11.2011 T. 2011/9203 E. 2011/20112 K. “...Kesinleşen boşanma kararıyla çocuğun velayeti davalı babaya bırakılmış, çocuğun annesi daha sonra ölmüş, velayet kendisine bırakılan baba küçük Zeynep’i teyzesi olan davacıya bırakıp, yeniden evlenmiştir. Velayet sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi velayetin kaldırılmasının gerektirmez ise de, çocuğun menfaati gerektirdiğinde, velayet sahibi değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velayet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir. Velayet hakkına sahip olan baba, küçük Zeynep’i terk ettiğine ve çocuğun davadan önce ve halen kardeşiyle birlikte teyzesinin yanında kaldığı toplanan delillerle gerçekleştiğine göre, bu çocuğun velayetinin babadan alınmasına karar verilmesi ve küçüğe vasi atanması için yetkili vesayet makamına durumun ihbar edilmesine karar verilmesi gerekir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

⁴⁷² Özüğür, a.g.e., s. 592.

eşe verilmeli, durum ve koşullara göre gerek görülüyorsa velayet hakkı kaldırılmalı ve çocuğa vasi tayin edilmesi için vesayet makamı sulh hakimine ihbarda bulunulmalıdır.

TMK md 349 hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere maddenin uygulanması için gerekli olan objektif ilk koşul velayet hakkını uhdesinde bulunduran eşin yeniden başka bir kişi ile evlenmesidir. Bu kapsamda boşanan eşlerin birbirleri ile evlenmeleri durumunda TMK md 349'a değil, md 348/1'e gidilecektir.⁴⁷³ Velayetin kaldırılması için ikinci koşul ise, yeniden evlenme nedeni ile çocuğun menfaatlerinin TMK md 346 ve md 347 ile giderilemeyecek şekilde önemli ölçüde tehlikeye düşmesi ve zedelenmiş olmasıdır.⁴⁷⁴

Medeni Kanun'da yeniden evlenme, velayetin kaldırılması için tek başına yeterli sebep olarak düzenlenmediği için nişanlanma ya da evlilik hazırlığı içerisinde bulunma da velayetin kaldırılması için yeterli sebep olarak kabul edilmeyecektir.⁴⁷⁵

Evlenmenin bizatihi kendisi velayetin kaldırılması için sebep teşkil etmediği gibi genel olarak çocukların ikinci evlilikleri kabullenmeleri zor ve sancılı bir süreç olduğundan, çocuğun evlenmeden hoşnut olmaması da tek başına bir sebep değildir. Toplumda üveylik ilişkisinin bulunduğu taraflar arasında sıcak bir iletişimin kolay kolay kurulamayacağı yönünde önyargı olması nedeni ile de her somut olay ayrıca değerlendirilmelidir.⁴⁷⁶ Burada önemli olan, yeni evlenilen kişinin çocuğa karşı tutumu ve çocuğun kişi veya malvarlığını olumsuz etkileyen davranışlarda bulunması halinde ana ya da babasının ihmali olup olmadığı veya kayıtsız kalıp kalmadığıdır. Şayet ihmal veya kayıtsızlık hali söz konusu ise, bu durumda ayrıca ve ek olarak TMK md 348'deki sebeplerin gerçekleşmesi aranmaksızın velayet hakkı

⁴⁷³ Grassinger, Türk..., a.g.e., s. 183.

⁴⁷⁴ YRG. 2. HD 1.12.1980 T. 1980/7422 E. 1980/8596 K. "...Babanın İsveç'te bir suçtan dolayı hapse girdiği de anlaşılmıştır. Şu durumda çocukların velayetinin babadan alınması her yönü ile onların yararındadır. Kadının başka biri ile evlenme hazırlığı içinde olması ya da evlenmiş bulunması, hatta boşanma davası sırasında velayetin babaya verilmesine razı olması çocukların velayetini anneye verilmesine engel değildir. Öyle ise çocukların velayetinin babalarından alınıp annelerine verilmesi gerekirken açıklanan yönler gözetilmeden davanın reddolunması usul ve kanuna aykırıdır..." (Çevrimiçi) <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/home.jsp> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

⁴⁷⁵ Baktır-Çetiner, a.g.e., s. 105.

⁴⁷⁶ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 298.; Yavuz, a.g.e., s. 122.

kaybedilecektir.⁴⁷⁷ Diğer yandan ana babanın yeniden evlendiği kişi saldırgan, uyuşturucu alışkanlığı olan vs birisi ise çocuğun maddi ve manevi yararının zedelenmesi nedeni ile evlenen eşin velayet hakkı kaldırılmalıdır.⁴⁷⁸

ee. Ana Babanın Kasten İşlenen Bir Suçtan Dolayı Hapis Cezasına Mahkum Olması

TCK md 53/I-c hükmüne göre, kişi kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilmişse, bu mahkumiyetin yasal sonucu olarak velayet hakkından mahrum olur ki, bu hususta hakime takdir yetkisi de tanınmamıştır. Dolayısıyla ceza hakiminin bu yönde bir karar vermesi halinde velayet asıl ceza süresi kadar kaldırılmış olmaktadır.⁴⁷⁹ Keza velayet hakkından yoksunluk hapis cezasına mahkumiyetin yasal sonucu olması nedeni ile mahkeme hükmünde ayrıca velayetin kaldırıldığına ilişkin bir karara yer verilmesi ya da hukuk mahkemesinin karar vermesi gereksizdir.⁴⁸⁰ Ancak kasten işlenen bir suç nedeni ile adli para cezasına mahkumiyet bu maddenin istisnası olarak düzenlenme altına alınmıştır.

TCK md 53/III ile mahkumiyetin kesinleşmesi ile başlayan velayetten yoksunluğun hapis cezasının infazı tamamlanacağı hükme bağlanmıştır. Ancak mahkum olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu olarak salıverilen hükümlünün velayete ilişkin yoksunluğu ortadan kalkar.⁴⁸¹

TCK md 53/V'e göre çocuğa karşı kasten yaralama, terk, cinsel istismar, müstehcencilik gibi velayet hakkının kötüye kullanılması sureti ile işlenen suçlar nedeni ile hapis cezasına mahkumiyet halinde ise ayrıca cezanın infazından işlemek üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar velayet hakkının kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Yani veli bu suçlardan dolayı

⁴⁷⁷ Grassinger, Türk..., a.g.e., s. 184.

⁴⁷⁸ Özüğür, a.g.e., s. 592.

⁴⁷⁹ Çelik, a.g.m., s. 280.

⁴⁸⁰ Ergün, a.g.e., s 605.; Baygın, a.g.e., s. 356.

⁴⁸¹ YRG. Ceza Genel Kurulu (CGK) 18.6.2013 2013/10-51 E. 2013/315 K. "...Velayet hakkından yoksun bırakılma, koşullu salıverilme tarihine kadar uygulanabileceğinin gözetilmediği/kanuna aykırı olduğu, yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediği/yerel mahkeme hükmünün düzeltilmek suretiyle onanacağı..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

hükmedilen cezasını çektikten sonra mahkeme yapılan yargılama neticesinde ayrıca cezanın yarısından az bir katından fazla olmamak üzere velayet hakkından yoksun kalma cezasına mahkum eder. Bu durumda velayet hakkından yoksunluğun cezanın infazından sonra da devam edeceği hususunda ayrıca karar verilmesi gerekmektedir.⁴⁸²

ff. Soybağının Sonradan Değişmesi Durumunda Velayet Hakkı

Soybağının reddine ilişkin kararın kesinleşmesi ile çocuğun anaya karşı soybağında herhangi bir değişiklik meydana gelmemekle birlikte, çocuk ile baba arasındaki soybağı ortadan kalkar. Soybağının reddine ilişkin hüküm geçmişe etkili olduğundan, çocuğun doğduğu andan itibaren hüküm ifade eder, çocuk ananın soyadını alır ve onun vatandaşlığına girer. Kesinleşen soybağının reddi hükmü ile babasız kalan çocuk genetik babası tarafından tanınabilir ya da çocuk tarafından babalık davası açılabilir.

Soybağının sonradan değişmesi hali velayetin soybağına bağlı bir sonuç olup olmadığı sorusunu akıllara getirmektedir. Yasal düzenleme ile gerçekleştirilmek istenen amaç, çocuğun ve bu bağlamda toplumun menfaati olduğuna göre şayet çocuk soybağının sonradan değiştiği şahıs yanında daha iyi koşullarda yetiştirilecekse ve velayetin devamı konusunda talep de varsa, çocuk ile bu kişi arasındaki velayet ilişkisi devam ettirilmeli midir?

Ana babanın velayet hak ve yükümlülüklerini haiz olabilmeleri için çocukla aralarında bir soybağının kurulması ve velayet hakkının çocukla aralarında soybağı bulunan ana babaya ait olması gerekmektedir.⁴⁸³ Kural bu olmakla birlikte çok istisnai durumlarda velayetin ana baba haricindeki kişilere de bırakılması mümkün müdür? Bu konuda aynı kan bağından olan kişilerin dahi velayetin aslında bir görev olduğu zihniyetinden uzak olarak velayeti bir hak olarak görüp çok çeşitli suiistimallere sebebiyet vermesi gibi durumlar vuku bulabiliyorken, kan bağı dahi olmayan kişilere bu kadar önemli bir görevin verilmesinin çeşitli risklere gebe olabileceği ilk akla gelendir. Buna rağmen her ne kadar velayet hükümleri soybağı

⁴⁸² Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 299.

⁴⁸³ Helvacı ve Erlüle, a.g.e., s. 281.; Baygın, a.g.e., s. 262 .

sonuçları altında düzenlense de Medeni Kanun'da aynı zamanda evlatlık ilişkisine de yer verildiği göz önünde bulundurularak çocuk ile velayeti kan bağı olmamasına rağmen velayeti talep eden kişi arasındaki ilişki dikkate alınıp gerekli tüm araştırmaların da yapılması akabinde bu yönde bir kararın gündeme gelmesi tartışılabilir. Ancak bunun için öncelikle soybağı ilişkisinin hangi koşullarda ortadan kalktığına tespiti gerekmektedir. Zira babanın soybağının reddi davasını açması halinde yeniden velayete ilişkin talepte bulunulması samimi ve gerçekçi değildir. Bununla birlikte TMK md 291 ile baba olduğunu iddia eden kişiye de dava açma hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla baba olduğunu iddia eden kişinin ya da çocuğun dava açtığı hallerde ancak bu durum düşünülebilir. Ayrıca talepte bulunan kişinin genetik ana babanın ekonomik, sosyal ve kültürel yönden daha iyi durumda olması nedeniyle çocuğa daha iyi bir gelecek hazırlaması ve çocukla aralarında kuvvetli bir bağın kurulmuş olması da gerekmektedir. İdrak çağındaki çocuğun görüşünün de alınması bu tespit için önemli bir yer tutmaktadır.

Tüm bunlarla birlikte mevcut yasal mevzuat çerçevesinde velayet hakkının bulunmadığı gerçeği karşısında kanımızca yukarıdaki özellikli durumlar söz konusu olduğunda bu kişinin en azından soybağına bağlı olmayan sonuçlar arasında değerlendirilen kişisel ilişkiyi talep imkanı bulunmaktadır.

gg. Cinsiyet Değişikliğinin Velayet Hakkına Etkisi

EMK'nın 29/II. maddesi evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerine imkân vermekteyken, TMK'da cinsiyet değişikliğinin aile içinde yaratabileceği travma dikkate alınarak mahkemeye talepte bulunacak olan kişinin evli olmaması koşulu getirilmiştir (TMK md 40). Evli olmama daha önceden hiç evlenmemiş olma anlamına gelmemekte olup, cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmek isteyen kişinin, başvuru tarihinden önce evli olması, hatta bu evliliğinden çocuk sahibi olması, izin için mahkemeye başvurmasına herhangi bir engel teşkil etmemektedir. Ancak cinsiyeti değiştirilen kişinin daha önceden çocuk sahibi olması ister istemez velayete etki edecektir.⁴⁸⁴

⁴⁸⁴ Gamze Turan Başara, "Türk Medenî Kanunu'nun 40'inci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları (Transsexualism And Its Legal Results Within The Scope Of Turkish Cıvıl Code Article 40)", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 103, (2012), s. 253.

EMK’da cinsiyet değişikliğine karar verecek olan mahkemenin velayetin kime ait olacağına da karar vermesi yönünde hüküm olmasına rağmen⁴⁸⁵ TMK’nın cinsiyet değişikliğine ilişkin düzenlemeyi içeren 40. maddesinde cinsiyet değişikliği halinde velayetin kimde kalacağı hususunda bir düzenlemeye gidilmediği görülmektedir. Dolayısıyla meselenin boşanmanın genel sonuçlarını düzenleyen hükümlerine göre çözüme kavuşturulması gerekmektedir.⁴⁸⁶ Buna göre doktrinde bir görüş⁴⁸⁷ çocuğun velayetinin tevdi sırasında hakimin çocuğun yararı ilkesini göz önünde bulundurmak sureti ile takdir yetkisi olduğunu ve velayet kendisine bırakılacak olan kişinin transseksüel olup olmadığı önemli olmaksızın istikrarlı bir hayat sürdürmesi, çocuğa gereken özeni ve dikkati göstermesi, oturduğu çevrenin çocuğun gelişimine uygun olması hallerinde şayet çocuk da bu ebeveynle kalmak istiyorsa transseksüel olan eşe çocuğun verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Cinsiyetini değiştiren tarafa velayetin bırakılabileceğini öngören başka bir yazar ise⁴⁸⁸ görüşünü cinsiyet değişikliği halinde soybağında bir değişikliğin meydana gelmemesi ve velayetin de soybağı hükümleri çerçevesinde tevdi edileceği ile gerekçelendirmektedir. Ancak bu görüşe göre, çocuğun menfaati gerektiriyorsa velayete ilişkin karar, velayet hakkı kendisine verilen transseksüelin yeniden evlenmesi gibi değişen şartlara göre yeniden düzenlenebilmelidir.⁴⁸⁹ Doktrinde bir diğer görüş ise⁴⁹⁰ velayetin kime bırakılacağı konusunda hakimin takdir yetkisi olması nedeni ile velayetin cinsiyet değişikliğine uğrayan kişiye de bırakılabileceğini, ancak bu durumun çocuğun eğitimi ve ruh sağlığında büyük bir kargaşa yaratabileceğini ifade etmektedir.

b. Velayetin Kaldırılması Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme

Kaynak İsviçre Medeni Kanunu’nda da olduğu gibi 4787 sayılı Kanun gereğince boşanma, ayrılık, ailenin korunması gibi konularda davaya bakmakla görevli olan aile mahkemesi (md 4), çocuğun korunması için önlem alınması gerekliliğinin ortaya çıkması halinde TMK md 346 ve devamındaki maddelere göre koruma önlemi

⁴⁸⁵ Kudret Güven, “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 1, (1997), s. 87.

⁴⁸⁶ Turan-Başara, a.g.m., s. 261.

⁴⁸⁷ Turan-Başara, a.g.m, s. 262.

⁴⁸⁸ Güven, a.g.e., s. 87.

⁴⁸⁹ Güven, a.g.e., s. 88.

⁴⁹⁰ Aydın Zevkliler, “Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 2, (1988), s. 279.

alabilir. Ancak çocuğa vasi atanması gerektiği durumlarda görevli mahkeme vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesidir; velayetin kaldırılmasına karar veren aile mahkemesi aynı zamanda çocuğa vasi atanmasına da karar veremez.⁴⁹¹ Bu nedenle velayetin kaldırılmasına karar veren aile mahkemesi hakiminin çocuğa vasi atanması gereken hallerde durumu sulh hukuk mahkemesine bildirmesi gerekmektedir.⁴⁹²

Yetkili mahkeme velayet sahibinin yerleşim yeri mahkemesidir.⁴⁹³ Boşanma ve evliliğin iptali ile birlikte açılan davalarda yine evlilik birliğinin korunmasına yönelik davalarla birlikte açılan davalarda, boşanmaya ve evlilik birliğinin korunmasına yönelik yetki kuralları da saklıdır.⁴⁹⁴

c. Velayetin Kaldırılmasında Usul

Velayetin kaldırılması ve iadesi hakkındaki yargılama usulü HMK ve çocuk hukuku ile ilgili mevzuatta, velayetin kaldırılması ile çocukların temel ihtiyaçlarının kim/kimler tarafından giderileceği ve yetiştirilmesi TMK'da düzenlenmiştir.

Velayetin kaldırılmasını talep hakkı, yalnızca ana babaya mahsus değildir, kamu düzenine ilişkin olması nedeni ile çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişiminin tehlikede olduğunu gören herkes ihbarda bulunma hakkını haizdir. Doktrinde⁴⁹⁵ de kabul edildiği üzere kanaatimizce de uygun olan görüş, çocuğun da velayetin kaldırılmasını talep hakkı olması gerektiğidir. Velayet altında buluna kişinin “çocuk” olması ve farklı duygu yoğunlukları ile velayetin kaldırılmasını talep edebileceği şeklinde bir anlayışı akıllara getirirse de netice itibari ile çocuk, ana babasının davranışlarındaki uygunsuzlukları bilinçli olarak fark etme kapasitesine eriştiğinde evleviyetle bu yasal hakkını kullanma seviyesinde olduğunun da kabulü gerekmektedir.

⁴⁹¹ YRG. 2. HD 18.5.2006 T. 2006/1224 E. 2006/7839 K. “...Küçüğün annede olan velayeti Aile Mahkemesinin kararı ile kaldırılmıştır. Velayet altında bulunmayan küçüğün vesayet altına alınması (MK. md.404), kararının da küçüğün yerleşim yerindeki vesayet dairesi (Sulh Mahkemesi) tarafından verilmesi zorunludur. Bu açıklama karşısında küçüğün Aile Mahkemesince dedenin velayeti altına konulması isabetsizdir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

⁴⁹² Çelikel, a.g.e., s. 115.

⁴⁹³ Çelikel, a.g.e., s. 115.

⁴⁹⁴ Özüğür, a.g.e., s. 614.

⁴⁹⁵ Yavuz, a.g.e., s. 141.

Kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davada hakimin önüne gelen bir olayda TMK’da velayetin kaldırılması için öngörülen hallerden bir ya da birkaçının gerçekleştiğini görmesi halinde velayetin kaldırılmasına da karar vermesi gerekmektedir. Yargıtay’ın eski tarihli kararları istek olmadan velayetin kaldırılmasına karar verilemeyeceği yönüdeyken, yeni içtihatları velayetin kaldırılması kararının verilebileceği yönündedir.⁴⁹⁶ Nitekim ÇHKAS md 8 ile de bir çocuğu ilgilendiren davalarda çocuğun esenliğinin ağır bir tehlike altında olduğunun iç hukuk tarafından belirlendiği durumda adli merciiye re’sen harekete geçme yetkisi tanınmıştır. Mahkemeler ÇHKAS ile adli merci statüsüne dahil olmakla birlikte sözleşmenin 2. maddesinin (b) bendi gereğince mahkeme ile eşit yetkileri olan idari merci de dahil edilmiştir. Bu kapsamda cumhuriyet savcılarının da velayetin kaldırılması davası açma hakkı olmamasına rağmen çocuğun korunması ile ilgili bir taleple karşılaştığında durumu asliye hukuk mahkemesi hakimine ihbar etmesi gerekmektedir.⁴⁹⁷

d. Velayetin Kaldırılmasının Sonuçları

aa. Genel Olarak

Velayetin kaldırılması hukuksal niteliği itibari ile var olan hakkı ortadan kaldırması nedeni ile yenilik doğurucu bir tasarruftur ve hükmün kesinleşmesinden sonra sonuç doğurur.⁴⁹⁸ Velayet, ana ve babaya dair ve birbirlerinden bağımsız bir hak olması nedeni ile ana ve babadan birisinin velayetten doğan görevini layıkıyla ifa edememesi diğer eşin de velayet hakkını kullanamadığı anlamına gelmeyip, bu halde velayet hakkı yalnızca bu eşten alınacak ve velayet hakkı alınmayan eş bu hakkını tek başına kullanabilecektir. Kanaatimizce bu halde hükmün gerçek manada amacına ulaşması bakımından hakimin, velayet hakkını tek başına kullanacak olan eşin diğer eşin baskı altında kalmadan ve tek başına özgür iradesi ile karar verme yetisinin olup olmadığını araştırması gerekmektedir. Diğer yandan eşlerden yalnızca birisi için velayetin kaldırılmasına neden olacak sebeplerin diğer eş tarafından düzeltilmesi ve

⁴⁹⁶ Yavuz, a.g.e., s. 142.

⁴⁹⁷ Yavuz, a.g.e., s. 135.

⁴⁹⁸ Yetik, a.g.e., s. 146.

bu şekilde çocuğun sağlıklı gelişiminin etkilenmemesi söz konusu ise, bu halde velayet hakkı kaldırılmayacaktır.⁴⁹⁹

Boşanma halinde velayet kendisine bırakılan kişinin velayetin kendisinden alınmasını gerektirecek hal ve davranışlarda bulunması hali beraberinde TMK md 183 hükmünde yer alan “...gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hakim re’sen veya ana babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır” maddesinin düşünülmesini zorunlu kılar. Zira velayet hakkının kişinin elinden alınması hali de madde 183’te örnek kabilinden sayılan ve koşulların değiştiğine kanaat getirilen haller kapsamında değerlendirilmelidir. Hakim bu koşulların varlığında diğer tarafa velayet hakkını verebileceği gibi⁵⁰⁰ TMK 348/II hükmü doğrultusunda çocuğa vasi de atayabilir.⁵⁰¹ Ancak TMK md 348 anlamında velayetin her iki eşten de alınması için her iki tarafın da velayetin kaldırılması sebeplerini taşıması gerekmektedir. Bu halde çocuğa yasal temsilci atanması seçeneğinin velayeti diğer eşe bırakma ihtimali ile alternatif olarak düşünülmemesi ve velayetin diğer eşe bırakılmasından sonraki çare olarak değerlendirilip karar tesis edilmesi kanımızca daha yerinde olacaktır.

Velayetin kaldırılmasına ilişkin karar TMK’nın 348. maddesinin son fıkrasında alenen açıklığa kavuşturulduğu üzere kararda aksi belirtilmediği sürece önceki evliliklerden doğan ve velayet alındıktan sonra aynı karı kocadan yeni bir çocuğun meydana gelmesi halinde bu çocuklar da dahil olacak şekilde mevcut ve doğacak tüm çocuklara sirayet edecektir.⁵⁰² Netice itibari ile velayetin kaldırılması çocuktan değil, ebeveynlerden kaynaklanmaktadır ve yerinde bir düzenleme getirilerek doğacak her çocuk için ana babanın aynı şekilde bir yaklaşım göstereceği karinesinden hareket edilmiştir. Çocuğun ruhsal ya da bedensel olarak zayıf olması hallerinde

⁴⁹⁹ Grassinger, Türk..., a.g.e., s. 186.

⁵⁰⁰ Vesayete ilişkin karar usulüne uygun biçimde kaldırılmadan velayetin tevdiine ilişkin dava incelenemez. Gençcan, Boşanma..., a.g.e., s. 1276.

⁵⁰¹ Baygın, a.g.e., s. 357-358.; Grassinger’a göre eşlerden sadece birine velayet hakkının verilmesi velayet hakkı kendisine verilmeyen eşin TMK md 348’deki sebepleri gerçekleştirdiği anlamına gelmez. Grassinger, Türk..., a.g.e., s. 188.; Özüğür’a göre velayetin kaldırılması kararı, eşlerden biri hakkında alınmışsa velayet hakkı diğer eşe geçer, o eş de yoksa veya boşanma sonucu daha önceden velayet ondan alınmışsa veya onun hakkında da kaldırma kararı alınmışsa küçüğe vasi tayini için vesayet makamına ihbar yapılır. Özüğür, a.g.e., s. 590.

⁵⁰² Yavuz, a.g.e., s. 147.; Özüğür, a.g.e., s 591.; Dural, Öğüz ve Gümüş, a.g.e., s. 355.; Baygın hükmünde istisna tutulmadığı için velayet hakkı kaldırılan ana babanın ileride doğacak müşterek çocukları için değil aynı zamanda üçüncü bir kişi ile de yaptıkları evlilikten doğacak çocukları da kapsayacağını kabul etmektedir. Baygın, a.g.e., s. 359.

olduğu gibi özel olarak bir veya birkaç çocuğa karşı ana babanın olumsuz davranışlar sergilemesinde ise kararda açıkça belirtilmek şartı ile yalnızca bu çocuklar bakımından velayetin kaldırılması söz konusu olacaktır.

Medeni Kanun'daki yeni düzenleme ile kural olarak eşlerin birlikte evlat edinebilecekleri kabul edilmiş istisnaları da TMK md 306 ve 307'de gösterilmiştir. Evlatlığın, eşler tarafından birlikte edinilmiş ve eşlerin boşanmış olduğu durumda velayet hakkının kime verileceği TMK md 182/I'in uygulanması ile karara bağlanmaktadır. Evlatlık ilişkisinde de TMK md 348 ve 349'da belirtilen hallerin meydana gelmesi durumunda evlat edinenin velayeti kaldırılabilir; ancak bu durumda evlatlık ilişkisi saklı tutulmalıdır. Evlatlık ilişkisinin bu şekilde kurulmuş olması halinde evlat edinilmiş olan bir çocuk üzerinde evlatlık bağının her ne sebeple olursa olsun sona ermesi halinde velayet hakkı da son bulacaktır. Bu şartlarda her ne kadar diğer eşin velayet hakkının devamı mümkün görünse de tek başına evlat edinmenin koşularının kanunda ayrı hükümlere bağlanmış olması nedeni ile velayet de kaldırılmalıdır.⁵⁰³

bb. Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkı

Velayetin kaldırılmasını gerektiren sebeplerin varlığı halinde kural olarak çocuklar ana babanın yanından alınır ve bu durumda veli çocuklarının bakımı ve eğitimi için kendisine bırakılmasını isteyemez. Buna karşın, ana babanın velayetin kaldırılmasında kusuru bulunmuyorsa, hakim takdir yetkisini kullanarak çocuğun ana babası yanında kalmasına karar vererek vasi atanmasını sağlayabilmektedir. Kural olarak, velayetin kaldırılması kararı, velinin bir daha çocuğu ile irtibat sağlayamayacağı anlamına gelmemekte olup, bu kararın varlığına rağmen kanun ana babaya çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı vermektedir.⁵⁰⁴

Bununla birlikte kişisel ilişki kurulması ile çocuğun ana babasını tanıması amaçlandığı kadar bu ilişkinin tesisi aynı zamanda ana babanın kişilik hakkıdır. Ayrıca ana baba kadar büyük ana ve babanın da torunlarını görme ve tanıma isteği kan bağı gereği olarak da olağan ve makuldür. Nitekim bu çerçeve de TMK md 325

⁵⁰³ Yavuz, a.g.e., s. 155.

⁵⁰⁴ Grassinger, Türk..., a.g.e., .s. 194.

düzenlemesi ile olağanüstü hallerin mevcut olması halinde ve çocuğun menfaatine uygun düştüğü takdirde ana baba haricindeki diğer hısımlarla da kişisel ilişkinin kurulabileceği kabul edilmiştir.⁵⁰⁵

Kişisel ilişki kurulmasını istemek, ana babanın kişilik hakkı olsa da kişisel ilişki düzenlenirken göz önünde tutulması gereken en önemli husus çocuğun yüksek yararadır. Çocuğun kişisel ilişki nedeni ile huzurunun bozulması, psikolojik ve fiziksel olarak olumsuz yönde etkilenmesi, ana babanın yükümlülüklerine aykırı davranışlar sergilemesi vs hallerinde kişisel ilişki kurma hakları reddedilebilir ya da ana babanın bu hakları ellerinden alınabilir. Yine çocuğun kendisi ile kişisel ilişki kurulmasını isteyen tarafla görüşmeyi bilinçli olarak kabul etmemesi halinde ise, durumun vahameti araştırılması ve makul gerekçelerin varlığı halinde görüşme hakkına son verilmesi gerekmektedir.

cc. Ana ve Babanın Yükümlülükleri

Ana babanın çocuğun bakım, yetiştirilme ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğünün soybağından kaynaklandığı kabul edilerek velayetin kaldırılması durumunda da çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitim giderlerinin karşılanması gibi temel ihtiyaçlar noktasında TMK'nın 328. maddesinde belirtilen sürenin sonuna kadar ana ve baba sorumlu tutulmaya devam etmektedir.⁵⁰⁶ Şöyle ki TMK md 328 EMK'da yer almayan bir hükme mehzaz kanundan ve uygulamadan esinlenerek yer vermiş ve hükmün birinci fıkrasında bakım yükümlülüğünün çocukların ergin olmalarına kadar devam ettiğine; ikinci fıkrada ise, bu kuralın istisnasına yer verilerek ergin olunmasına rağmen çocukların eğitiminin devam etmesi halinde eğitim süresinin sonuna kadar bakım yükümlülüğünün devamına yer verilmiştir.⁵⁰⁷ Ancak bu halde bakım yükümlülüğü birinci fıkrada yer verilen yükümlülükten farklı olarak durum ve koşullara göre ana babanın kendilerinden beklenecek ölçü ile

⁵⁰⁵ Yavuz, a.g.e., s. 160.

⁵⁰⁶ Grassinger, Türk..., a.g.e., .s. 192.; Özüğür, a.g.e., s. 590.; Dural, Öğüz ve Gümüş, a.g.e., s. 355.

⁵⁰⁷ YRG. 2. HD 16.9.2013 T. 2013/7291 E. 2013/21015 K. "...Velayet ilişkisi ve velayet kendisine verilmeyen eşin çocuğun bakım ve eğitim giderlerine katılma zorunluluğu çocuğun ergin olmasıyla kendiliğinden sona erer. Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve babanın, eğitim sona erinceye kadar çocuğa bakım yükümlülüğü, ergin olan çocuk tarafından açılmış bir nafaka davası varsa dikkate alınır..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

sınırlandırılmıştır.⁵⁰⁸ Yine velayet hakkı eşlerden birisinden alınmış ise, velayet hakkı kaldırılan, diğerine uygun iştirak nafakası vermek zorundadır.⁵⁰⁹

TMK'nın 350. maddesinin son fıkrasında ise nafakaya ilişkin hükümler saklı tutularak, ikinci fıkrada çocuğun bakım, yetiştirilmesi ve eğitim giderlerinin karşılanması sırasında ana babanın ve çocuğun ödeme gücün yoksa masrafların devlet tarafından karşılanacağı hükme bağlanmıştır. 350. maddesinin ikinci fıkrasında "çocuğun gücü" şeklinde bir ibareye yer verilmesinin gerekçesi TMK'nın 354 vd maddelerinde düzenleme altına alınmıştır. Şöyle ki, ilgili maddelerde ana ve baba velayet hakkının ellerinden alınması ihtimalinde dahi bu duruma kusurları ile sebebiyet vermedikleri sürece çocuğun mallarını öncelikle çocuğun ihtiyaçları kapsamında çocuk için harcandıktan sonra hakkaniyet çerçevesinde aile ihtiyaçları için kullanma hakkını haizdir.⁵¹⁰ Dolayısıyla ana ve babanın çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi giderlerini karşılamada güçlerinin olmaması halinde devletin yardımda bulunması için çocuğun da malvarlığının yeterli seviyede bulunmaması gerekmektedir. Devlet ise maddi yardımda bulunması halinde daha sonra ödeme gücü oluşan ana babaya karşı nafaka davası açabilecektir.

e. Velayetin Kaldırılmasından Sonra Durumun Değişmesi

TMK'nın 351. maddesinin birinci fıkrasında velayetin kaldırılmasının dışındaki koruma tedbirleri; ikinci fıkrasında ise, velayetin kaldırılması tedbirine yer verilmesi halinde koşulların zamanla değişmesinin verilmiş olan kararı ne şekilde etkilemesi gerektiğine dair hüküm yer almaktadır.⁵¹¹

TMK md 351/I kapsamında koşulların yeniden değerlendirme yapmayı etkileyecek şekilde iyi ya da kötü anlamda değişim göstermesi ihtimaline göre mahkemece alınan tedbirlerin ağırlaştırılması ya da hafifletilmesi veyahut tedbirin tamamen kaldırılması mümkünken⁵¹², velayetin kaldırılması halini düzenleyen ikinci fıkra çerçevesinde ise bu tedbirin en ağır koruma tedbiri olması nedeni ile daha ağır bir

⁵⁰⁸ Kılıçoğlu, Medeni Kanunumuzun..., a.g.e., s. 137.

⁵⁰⁹ Çelik, a.g.m., s. 287.; Özüğür, a.g.e., s. 590.

⁵¹⁰ Özüğür, a.g.e., s. 590.; Çelikel, a.g.e., s. 114.

⁵¹¹ Helvacı ve Erlüle, a.g.e., s. 284.; Kılıçoğlu, Medeni Hukuk..., a.g.e., s. 309.

⁵¹² Baygın, a.g.e., s. 361.

yaptırım öngörülmesi söz konusu olmadığından yalnızca velayetin kaldırılması halinin iyileştirilmesi ya da tedbirin tamamen kaldırılması mümkündür.

Velayet hakkı kaldırılan ve alkol bağımlısı olan ana veya babanın gördükleri tedavi sonucunda tamamen iyileşmiş olması ya da işsiz olması nedeni ile çocuğuna bakım gücü olmayan ana ve babanın çalışarak düzenli bir hayata kavuşması gibi hallerde velayetin kaldırılmasına neden olan koşulların ortadan kalkması gerekçesi ile çocuğun yeniden ana ve babası ile birlikte yaşamaya başlaması gerekmektedir. Ancak kuşkusuz velayetin kaldırılmasına sebep olan olayların düzelme gösterdiği ve eski haline kavuştuğu inancını sağlamak her olasılıkta pek mümkün değildir. Şöyle ki çocuğuna tacizde bulunan ya da dilencilik yapmasına sevk eden ebeveynin düzelmiş olduğu iddiasının tespiti oldukça güç olacaktır. Bu nedenle de benzer hallerin varlığı halinde hakimnin sosyal yardım uzmanı, psikolog ve pedagoğdan yardım alması gerekmektedir. Keza velayetin kime verileceği konusunda idrak çağında olan çocuğun görüşünün alınması ilkesi aktif rol üstlendiği gibi velayetin değiştirilmesi davasında da aynı yöntemin mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁵¹³

Ana babanın velayetin kaldırılmasına ilişkin kararın verilmesinden sonraki süreçte çocuğu ziyaret etmesi, gelişimi ile ilgilenmesi, çocuğa karşı olan tutumunun düzeldiğine ilişkin ipuçları vermekle birlikte bu durum velayetin iadesi için yeterli değildir.⁵¹⁴ Bu nedenle velayetin iadesinden önce çocuğun bakımının deneme amacı ile ana babaya verilmesi, velayetin kaldırılmasına sebep olan olayın tam olarak ortadan kalktığına tespit edilemediği noktalarda tavsiye edilen bir alternatiftir. Ana babanın bu deneme süresi içerisinde çocuğa ne şekilde bir yaklaşım içerisinde bulunduğu daha iyi bir şekilde tespit edilerek, gerektiğinde, vasinin sürekli denetim altında tuttuğu çocuğun ana babadan alınması sağlanabilmektedir.⁵¹⁵

⁵¹³ YRG. HGK 16.3.2012 T. 2011/2-884 E. 2012/197 K. "...mahkemece yapılacak iş; yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuğa, kendisini doğrudan ilgilendiren velayet 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. maddesi uyarınca uzman bilirkişiden de görüş alınmak suretiyle birlikte değerlendirme yapıp sonucuna göre bir karar verilmesi, olmalıdır..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

⁵¹⁴ Akyüz, Velayet..., a.g.m., s 20.

⁵¹⁵ Akyüz, Çocuk..., a.g.e., s. 302.

Koruma tedbirinin verilmesini talep eden kişiler aynı zamanda yeni duruma göre kararın değiştirilmesi talebinde de bulunabilmelidir. Bu kapsamda hakim de re'sen⁵¹⁶ hareket edebileceği gibi, ki bunun için de aile hakkındaki gelişmeleri yakından takip etmiş ya da denetçi vasıtası ile sürece dâhil olması gerekir, velayet hakkı elinden alınmış olan ya da velayet hakkını icra eden veyahut üçüncü kişiler dahi bu talebi ileri sürebilme hakkını haizdir.⁵¹⁷

EMK ile velayetin kaldırılması tarihinden itibaren bir yıl geçmedikçe iadenin mümkün olmadığı yönündeki hüküm doktrinde eleştirilmiş ve süre koşulu yeni kanuna alınmamıştır.⁵¹⁸

C. Velayetin Değişmesi

Velayet, kişisel ilişki tesisi⁵¹⁹, iştirak nafakası gibi boşanmanın çocuklarla ilgili hukuki sonuçları kesin ve nihai bir durum yaratmadığından bu kararların değişen şartlara göre tamamen ya da kısmen değişmesi söz konusu olabilmektedir.⁵²⁰ TMK md 183'e göre ana veya babanın başkası ile evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hakim re'sen⁵²¹ veya ana ve babadan birinin talebi üzerine gerekli önlemleri alacaktır.

⁵¹⁶ YRG. 2. HD 13.3.2013 T. 2012/14579 E. 2013/6846 K. "...Velayete ilişkin davalar, basit yargılama usulüne tabi olup, mahkeme mümkün olan hallerde, tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir. Ancak, basit yargılama usulüne tabi bir işin duruşmasız incelenebilmesi öncelikle kanunen mümkün olmalıdır. Velayete ilişkin davalar kamu düzeniyle doğrudan ilgili olduğundan, res'en araştırma ilkesi geçerli olup, davanın bu niteliği, duruşmalı inceleme yapılmasını, delil toplanmasını ve ayrıntılı araştırmayı gerektirir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

⁵¹⁷ Özüğür, a.g.e., s. 592.

⁵¹⁸ Şener, Uygulamalı..., a.g.e., s. 187.

⁵¹⁹ YRG. 2. HD 13.1.2014 T. 2013/13402 E. 2014/1 K. "...Boşanma tarihi itibariyle müşterek çocuğun yaşı gözetilerek çocukla baba arasında kısa süreli ve hafta sonları yatılı olmayacak şekilde kişisel ilişki kurulmuştur. Ancak aradan geçen süre nedeniyle müşterek çocuğun yaşının büyüdüğü gözetilerek, çocukla davacı baba arasında babalık duygularını tatmine elverişli olacak yeterlilikte kişisel ilişki tesisi gerektiği gözetilmelidir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014) YRG. 2. HD 12.11.2013 T. 2013/6931 E. 2013/26014 K. "...Kişisel ilişkinin değişen şartlara göre istek halinde her zaman yeniden düzenlenmesi mümkündür. Aradan geçen zaman dikkate alındığında müşterek çocuk Selene ile baba arasında kurulan kişisel ilişki babalık duygusunun tatminini sağlamaktan uzak olup sömestr tatilinde ve ayın belli hafta sonları aynı şehirde yaşayan baba yanında yatılı kalmasına olanak sağlayacak şekilde kişisel ilişki kurulması gerekir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

⁵²⁰ Akıntürk ve Ateş-Karaman, a.g.e., s. 317.; Tutumlu, a.g.e., s. 1362.

⁵²¹ YRG. 2. HD 23.10.2001 T. 2001/12675 E. 2001/14534 K. "...Boşanmadan sonra velayetin değiştirilmesini ya da çocuğun himayesini gerektiren bir halin ortaya çıkması halinde hakim resen tarafların müşterek çocukları İdil'in velayetin değiştirilmesini gerektiren bir halin oluşup oluşmadığı

Velayetin değiştirilme sebeplerinden biri ölüm halidir. Şayet çocuğun velayet hakkına sahip olan ana ya da baba ölürse, bu halde çocuğun velayeti kendiliğinden diğer eşe geçmez.⁵²² Bu aşamada velayet askıda olup, hakim gerekli önlemleri alacaktır. TMK md 31 hükmüne göre bir kimse ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılacağından bu durumda hakim karar vererek velayeti değiştirebilir ya da çocuğa vasi tayin edebilir.⁵²³

Velayet tevdi edilen tarafın yeniden evlenmesi ya da uzak bir yere gitmesi velayetin değişmesine tek başına etki etmemekle birlikte⁵²⁴ yeniden evlenilmesi ile çocuğun bedensel ya da zihinsel gelişiminin tehlikeye düşmesi, velayet görevinin ihmal edilmesi⁵²⁵ ya da uygun ortam olmasına rağmen çocuğun yanına alınmayarak uzak bir yere gidilmesi⁵²⁶ gibi hallerde velayetin kaldırılması kadar ağır sonuç gerektirilmiyorsa velayetin değiştirilmesi imkan dahilindedir.

TMK'nın 183. maddesinde velayetin yeniden düzenlenmesi için öngörülen haller tahdidi sayılmamış olup, maddede gibi ifadesine yer verildiğinden bu haller emsal teşkil etmektedir. Dolayısıyla velayet kendisinde olan kişinin hapsedilmesi, ana veya

araştırması gerekir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

⁵²² Akıntürk ve Ateş-Karaman, a.g.e., s. 318.

⁵²³ Gençcan, Boşanma..., a.g.e., s. 1268-1269.

⁵²⁴ YRG. HGK 15.5.1996 T. 1996/2-183 E. 1996/334 K. “...velayet değiştirilmesi davasında, davalının evlenmesi ve yurt dışına gitmek istemesi tek başına velayetin değiştirilmesi nedeni olamaz. Davalının başkaca velayet hakkının değiştirilmesini gerektiren bir eylemi ve çocuğun zararına hareketi de kanıtlanmalıdır...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

⁵²⁵ YRG. 2. HD 13.1.2014 T. 2013/14210 E. 2014/186 K. “...Velayet hakkı davalı anede olmakla birlikte, annenin yeniden evlenmesi üzerine müşterek çocuk davacı baba yanında kalmaya başlamıştır. Uzman bilirkişi raporu da çocuğun alıştığı ortamın değişmesinin uygun olmadığı ve kendi isteği de göz önüne alınarak velayetin babaya verilmesi gerektiği yönündedir...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 10.5.2014) YRG. 2. HD 25.9.2013 T. 2013/2773 E. 2013/21832 K. “...Annenin başkasıyla evlenmiş olduğu, eşiyle birlikte Bodrum'da yaşadığı, babanın ise, çocuğun eğitim ve öğretim gördüğü İstanbul'da yerleşmiş bulunduğu, çocuğun babasının yanını tercih ettiği gözetildiğinde baba yanında kalmasının bedeni fikri ve ahlaki gelişimine engel olacağı yönünden bir delil ve sebep de bulunmadığına göre, velayetin anneden alınıp, babaya verilmesi uygun olacaktır...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014); Tek başına yeniden evlenme olgusu velayetin değiştirilmesini gerektirmez. Yeniden evlenen eş velayet görevini ihmal etmelidir. Gençcan, Boşanma..., a.g.e., s. 1264.

⁵²⁶ YRG. 2. HD 25.5.2004 T. 2004/3568 E. 2004/6730 K. “...Küçüğün velayet hakkı her ne kadar babaya verilmişse de baba küçüğü yanına almadığı gibi küçük yıllarca annenin yanında kalmıştır...” (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014); Gençcan, Boşanma..., a.g.e., s. 1267.

babanın içkiye düşkünlüğü ya da ağır bir hastalığa yakalanması gibi esaslı değişikliğin süreklilik⁵²⁷ arz ettiği hallerde düzenlemelerin değiştirilmesi mümkündür.⁵²⁸ Çocuğun beslenmesine, giyimine, bakımına, eğitimine gerekli ihtimamın gösterilmediği ya da velayeti elinde bulunduran kişinin resmi nikah olmadan başka birisi ile ilişki yaşadığı hallerde de TMK md 183 kapsamında velayetin yeniden düzenlenmesi mümkündür.⁵²⁹

Halin icabına uygun olarak velayetin değiştirilmesi gerektiğine dair ileri sürülen hususların boşanma ve velayet kararı verilmesinden sonra meydana gelen hadiseler olması gerekmektedir. Bu bağlamda Yargıtay 2. H.D. 2003 tarihli bir kararında⁵³⁰ boşanma kararının kesinleşmesinden 2 gün sonra açılan davada velayetin değiştirilmesine olanak sağlayacak yeni gelişmelerin yaşanamayacağını vurgulamıştır.

Koruma tedbirlerinin uygulanması için tehlikenin fiilen vücut bulması şart olmayıp çocuğa yönelik ağır bir tehlikenin doğma riskinin ciddi olması kafidir. Bu halde de hakim derhal koruma tedbirlerinden olayın mahiyetine uygun olanını seçmesi ve karar vermesi gerekmektedir. Nitekim kanunun ruhu ve hükmün amacına ulaşması açısından da çocuğun ciddi bir tehlikeye maruz kalmadan o tehlikenin bertaraf edilmesi gerekmektedir.

Koruma tedbirleri için açılacak davanın çekişmesiz yargıya tabi davalardan olması nedeni ile de hakim re'sen harekete geçerek talep edilenden daha hafif bir tedbire hükmedebilir. Bu bağlamda velayetin kaldırılması talepli bir davada velayet kendisine bırakılmış olan ananın çocuğu sürekli olarak babaya bırakması ve çocuğun

⁵²⁷ YRG. 2. HD 22.1.2014 T. 2013/2-2085 E. 2014/30 K. "...Davacı tanıkları davalı annenin kusurlu davranışı konusunda somut beyanda bulunmadıkları gibi, davacı baba tarafından davalı annenin müşterek çocuğu gece geç saatlerde tek başına bıraktığı iddia edilmişse de, annenin yetişkin yaştaki erkek kardeşinin gözetimine güvenerek, çocuğunu dayısına emanet ettiği anlaşıldığından, davalı anneye izafe edilebilecek bir kusur bulunmamaktadır. Anneye izafe edilen her iki olay da münferit olup, süreklilik arz etmemesi nedeniyle velayetin değiştirilmesini gerektirecek ağırlıkta olduğu kabul edilemez..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

⁵²⁸ Çelikel, a.g.e., s. 107.; Gençcan, Boşanma..., a.g.e., s. 1265.

⁵²⁹ Ergün, a.g.e., s 600.

⁵³⁰ YRG. 2. HD 13.3.2003 T. 2003/2015 E. 2003/3474 K. "...Velayetin anneye verilmesi kararının kesinleşmesinden iki gün sonra açılan davada velayetin değiştirilme sebepleri ispat edilemediğinden talebin reddi gerekir..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

bu çevreye alışması velayetin kaldırılması sonucunu da beraberinde getirmemekle beraber bu durumda velayetin değiştirilerek babaya bırakılması yerinde olacaktır.⁵³¹

⁵³¹ YRG. HGK 23.5.1980 T. 1980/2-731 E. 1980/2015 K. "...boşanma kararı ile ananın velayetine bırakıldığı, fakat eylemli olarak baba tarafından kullanıldığı gerçekleşmiştir. Dosyada, ananın velayet görevini kötüye kullandığını veya aşırı biçimde ihmal ettiğini gösterir delil bulunmadığından velayetin nez'i söz konusu olamaz ise de; kadının, çocuğu eylemli olarak babasında bırakması ve küçüğün bu çevreye alışmış bulunması karşısında MK.149. maddesi gereğince velayetin anadan alınıp, babaya verilmesi küçüğün bedeni ve fikri gelişmesini olumlu yönde etkiler..." (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

SONUÇ

Aile, bugünkü toplumun temelidir ve toplum esasen aileye dayanır. Zira toplum, bir araya gelen ailelerden oluşur. Bu bağlamda, aile ne kadar sağlam olursa, toplum yapısı da o kadar sağlam olur. Ailenin yapıtaşı ise çocuktur.

Yakın zamana kadar çocuğun ve hatta kadının aile içinde söz hakkının olmadığı ve erkeğin evin reisi olduğuna ilişkin hiyerarşik anlayış terk edilmiş, bununla beraber fiilen birçok kesimde uygulamaya tam manası ile hayata geçirilmese de en azından yasal zeminde çocuğun da en az yetişkinler kadar söz hakkı olduğunun farkına varılmıştır. Bu anlayış ile çocukluk durumuna bağlanan sonuçlardan birisi olan velayete dair görüş de değişiklik arz etmiş, velayetin hem hakkı hem de yükümlülükleri barındırdığı; ancak haktan da önce bir görev olduğu düşüncesi öne çıkmıştır. Böylelikle, çocuk üzerinde velinin, otorite ve egemenlik kurma hakkı olduğuna ilişkin görüş de terk edilmiş olmaktadır.

Çocukluk dönemi, yaşam zincirinin en önemli halkalarından birisi olup, yapılan araştırmalar göstermektedir ki, bu dönemde edinilen bilgi ve birikimler, kişinin karakterini, gelişimini ve aslında tüm yaşamını etkilemektedir. Dolayısıyla velayete ilişkin hükümlerin uygulanması ile temelde amaçlanan sonuç, çocuğun bağımsız şekilde hayat şartları ile başa çıkabilecek, sorumluluklarının bilincinde bir insan olarak yetişmesini sağlamaktır.

Kural olarak küçükler ve bazı durumlarda kısıtlı ergin çocuklar velayet altındadır ve veli olunması için kanunda öngörülen şekilde soybağı ilişkisinin kurulması ile ana babanın ayırt etme gücünü haiz, ergin olması ve kısıtlanmaması gerekmektedir. Velini yetkileri ise, sınırsız değildir. Velayet, çocuk yararına ana babaya tanınan bir hak ve yükümlülük olması nedeni ile velayetin sınırını da çocuğun yararı çizer. O kadar ki, çocuk ile ana babanın yararının çatışması halinde tereddütsüz çocuğun üstün yararı dikkate alınacaktır. Görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip her çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme ve yaşına ve olgunluğuna göre görüşünün dikkate alınması hakkını ifade eden çocuğun kişiliğine

saygı gösterilmesi ve görüşünün alınması ilkeleri de velayetin sınırını belirleyen diğer önemli ilkelerdir. Bu itibardır ki veli; çocuğun kişiliğine, temsiline ve malvarlığına dair hak ve yetkilerini kullanırken bu sınırlar dahilinde hareket etmek zorundadır.

Evlilik birliği içinde ana ve babanın birlikte kullanacakları velayet, ana ya da babanın ölümü ya da kaybı halinde diğer eşe ait olacaktır. Boşanma durumunda ise, velayet çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir. Medeni Kanun'da velayetin boşanmadan sonra kime ait olacağı ve hangi esaslara dayanarak velayetin tevdi edileceği konusunda genel anlamda bir ölçüte yer verilmemiş, bu konu hakimlerin geniş takdir yetkisine bırakılmıştır. Boşanmadan sonra çocuğun kendisine bırakılan tarafa ait olacağı yönündeki Medeni Kanun maddesi, boşanmadan sonra da velayetin ana ve baba tarafından birlikte yürütüleceğine dair karar verilip verilemeyeceği sorusunu akıllara getirmektedir. Yerel mahkeme hakimleri ve Yargıtay'ın ağırlıklı görüşü ise, boşanmadan sonra birlikte velayet kararı verilmeyeceği yönündedir. Esasen birlikte velayet kararı verilmesinin mümkün olmadığına ilişkin uygulama ile bilinçli bir şekilde boşanan eşlerin boşandıktan sonra da belirli bir saygı ve sevgi çerçevesinde çocuklarını bir arada yetiştirme hakları yasal olarak ellerinden alınmaktadır. Üstelik aksi yönde karar verilmesi ile ülkede boşandıktan sonra anlayışlı bir şekilde velayeti birlikte yürüten ana ve baba profiline ortaya çıkması ve çocuğun bir silah olarak görülerek eşlerin birbirlerine karşı kışkırtmalarına sebep olan zihniyete engel olması da imkan dahilindedir. Keza altı çizilerek vurgulamak gerekir ki doktrinde ve yargı içtihatlarında boşanma davası sürerken ya da ayrılık kararı verilmesi durumunda ana babanın velayeti birlikte kullanabileceklerini kabul eden zihniyetin, boşanma kararının verilmesi ile birlikte velayetin birlikte yürütülmesini kabul etmemesi akla ve hakkaniyete yatkın değildir. Zira karı kocanın birbirine karşı en yoğun ve kindar duyguları beslediği bu süreçte dahi birlikte velayet kararı verilebileceği görüşü boşanma kararının verilmesi ile psikolojik olarak da rahatlama sürecine girildiği bir aşamada evleviyetle birlikte velayet kararı verilmesi gerektiği anlayışını da beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda kanun koyucunun iradesi ve kanunun lafzının bunu kabul ettiği farz edilse dahi gelişen ve değişen verilerin yorumu ile sürecin yeni bir düzenlemeyi zorunlu kıldığını ifade edebilme cesareti gösterilmelidir. Nitekim çocuğun yararı ilkesi de bunu gerektirir. Ancak bu noktada ülkenin bir kesiminin boşandıktan sonra velayeti birlikte yürütebilecek düzeyde

olmadığını da kabul etmek gerekir. Dolayısıyla ana babanın yalnızca çocuğun birlikte velayeti için talepte bulunmuş olması ana babaya boşandıktan sonra da birlikte velayet hakkı vermemelidir. Bu nedenlerle ve çocuğun ana babası ile birlikte yaşamak istemesinin en temel hakkı olduğu zihniyeti ile olası hak kayıplarına mani olmak için Yargıtay İBK ya da TMK hükmü ile ana ya da babanın velayeti tek başına kullanmaları kural, birlikte kullanmaları ise istisna olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Ana babanın boşanması, ortak hayata son verilmesi ya da ayrılık halinde veyahut koruma tedbirleri kapsamında çocuğun ana babası yanından alınması durumunda velayeti haiz olmayan taraf ile çocuk arasında kişisel ilişkinin düzenlenmesi de velayet kararının verilmesi ile birlikte ayrıca karara bağlanması gereken bir diğer konudur.

Velayetin tevdiine ilişkin kararın Medeni Kanun'da öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde yeniden düzenlemesine imkan tanınmış; Medeni Kanun ve diğer kanunlarla çocuğun ana babasına karşı kişiliğinin korunması adına çeşitli tedbirler öngörülmüştür. Kanunda tanzim edilen tedbirlerin ilki ve en hafifi TMK md 346'da düzenleme altına alınan ve çocuğun menfaati ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü hallerde ana babanın duruma çare bulamadığı veya buna gücü yetmediği durumda hakime çocuğun korunması için gerekli önlemleri alma yetkisi veren düzenlemedir. Bu düzenlemeyi kifayetsiz bırakacak nitelikte bir durumun meydana gelmesi ya da çocuğun davranışları nedeni ile ailenin huzurunun kalmaması gibi bir durumun söz konusu olması halinde ise, TMK md 347 ile çocuğun bir kuruma yerleştirilmesi olanağı bulunmaktadır. Koruma tedbirlerinin en ağırı, ana ve(veya) babadan velayetin kaldırılmasıdır. Velayetin kaldırılması sebepleri TMK md 348'de düzenleme altına alınan ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevinin yerine getirilmemesi hali ile ana ve babanın çocuğa yeterli ilgili göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması halleridir. Keza TMK md 349'da da ana babanın yeniden evlenmesi hali koşulların varlığında bir diğer velayetin kaldırılma sebebi olarak hüküm altına alınmıştır. TMK md 348/I b 1, TMK md 348/I b 2'ye göre daha mazur görülecek nitelikteki davranışları kapsamaktadır. Ancak buna rağmen her iki bent kapsamında da hakime takdir yetkisi tanınmadan şartların

gerçekleşmesi halinde velayetin kaldırılması yönünde karar verilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu da ana babanın deneyimsizliği ile çocuğun cinsel istismara maruz kalması gibi uç noktalardaki durumların aynı sonuca bağlanması anlamına gelmektedir. Üstelik TMK md 348/I b 2’de hafif ve ağır ihmale aynı maddede yer verilip, her iki durum için de aynı sonucun öngörülmüş olması nedeni ile kanun koyucu burada kanunun sistematığı bakımından bir kez daha hataya düşmüştür.

Velayetin kaldırılma nedenlerinden biri olan çocuğa karşı yükümlülüklerin ağır biçimde savsaklanması halinin en trajik sonuçlarından birisi çocuğun cinsel istismarıdır. Zira bu hal, toplumun örf ve adetleri gerekçesiyle sürekli olarak arka planda tutulmaya ve örtbas edilmeye çalışılmaktadır. Ancak aile içi şiddetin ve özellikle cinsel istismarın hem kişi hem de toplum için bedeli ağırdır ve nesilden nesile aktararak kalıcı ve giderek çözümü zorlaşan bir girdaba dönmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle, sivil toplum örgütleri vasıtası ile gerekli koordinasyon ve işbirliği yapılarak halkın acil olarak bilgilendirilmesi ve istismar tanısını koyacak olan doktorların farkındalığına zemin hazırlanması gerekmektedir. Ayrıca sürecin sağlıklı bir şekilde işleyişini sağlayabilmek için bu risklerin erken fark edilmesini amaçlayan etkin bir uyarı sistemi de oluşturulmalıdır.

Çocuk hakkında koruma tedbirlerine dair verilen karar kesin ve nihai değildir. Medeni Kanun ile durumun değişmesi halinde, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerektiğine ilişkin de düzenlemeye yer verilerek verilen kararın değişebileceği hükme bağlanmıştır.

Netice itibarıyla her çocuk yalnızca üyesi olduğu aileyi değil, o ailenin çocukları ve çocuklarının çevreyle olan etkileşimi nedeniyle esasen tüm toplumu etkilemektedir. Toplumun ayakta kalması da toplumu oluşturan kişi, kurum ve değerlerin ayakta tutulmasına ve bunlar arasında birlik ve bütünlük sağlanmasına bağlıdır. Dolayısıyla toplumun bir kesiminin bu bilinç ile geleceğe ümitle bakan nesiller yetiştirmesi diğerlerini etkilemesi anlamında gerekli ve önemli olmakla birlikte kafi değildir. Toplum olarak istenen refah düzeyine çıkılması tüm kişi, kurum ve değerlerin aynı seviyede, birbirlerinden olumlu olarak etkilenmelerine bağlıdır. Çok da eski olmamakla birlikte ortaçağa uzanan ve çocuğun öldürülmesinin yasal olarak

onaylandığı ya da çocukların satılmasına izin verilen bu anlam verilmesi mümkün olmayan trajediden gelinen noktada çocuk hakları ve çocuğun korunması açısından ilerleme kat edildiği kabul edilse de, ne yazık ki hala yasal süreçte yapılan çalışmalar yeterli düzeyde değildir. Bu bağlamda öncelikle erkeğe kadına göre daha üstün rol ve pozisyonların öngörüldüğü zihniyet ile eşdeğer nitelikte olan ve çocuğu geri planda gören anlayıştan uzaklaşıp çocukların da temel hakları olduğunu kabul ederek bunun hazmedilmesi ile bu kapsamda sivil toplum örgütleri ile birlikte aynı düzlemde çalışmaların yapılması ve bu sürecin yasal düzenlemelerle desteklenmesi gerekmektedir. Burada en büyük rol de aileye düşmektedir. Zira çocuğu yetiştirecek olan ailedir ve aile de bunu velayet vasıtası ile gerçekleştirecektir. Bu kapsamda ailenin velayet yetkisini kullanırken her aşamada velayetin haktan da önce bir görev olduğu bilincinde olması ve çocuğun büyütülmesi sırasında esas olanın çocuğun “yetiştirilerek” büyütülmesi olduğu hususunun mutlak surette göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKIN, Merve. “Aile İçi Şiddet”. **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. C. LXXI. S. 1. (2013). ss. 27-41.

AKINTÜRK, Turgut ve Derya ATEŞ KARAMAN. **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**. İstanbul: Beta Yayınevi. 2012.

AKYÜZ, Emine. “Boşanmanın Çocuk Üzerindeki Etkileri” **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**. C. XI. S. 1. (1978). ss. 1-6.

..... **Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması (Ulusal ve Uluslararası Hukukta)**. Ankara: Milli Eğitim Basımevi. 2000.

..... **Çocuk Hukuku Çocuk Hakları ve Korunması**. Ankara: Pegem Akademi. 2012.

..... “Velayet Hakkının Kaldırılması”. **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**. C. XXV. S. 1. (1992). ss. 11- 26.

ARAS, Bahattin. “Boşanmanın Çocuklar Yönünden Sonuçları”. **Adalet Dergisi**. S. 28. (2007). ss. 232-240.

ATAAY, M., Aytekin. “Büyükan ve Büyükbabalarla Torunlar Arasındaki Şahsi Münasebetler”. **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. C. XXIII. S. 3-4. (1958). ss. 367-380.

ARIKAN, Çiğdem. **Halkın Boşanmaya İlişkin Tutumları Araştırması**. Ankara: Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları. Bilim Serisi. 1996.

AYAN, Sezer. **Aile ve Şiddet Aile İçinde Çocuğa Yönelik Şiddet**. Ankara: Ütopya Yayınevi. 2010.

AYDEMİR, İshak ve Fayik YURTKULU. “Çocuğa Yönelik Cinsel İstismarla Mücadelede: Çocuk İzlem Merkezi Figting Sexual Abuse Against Children: Child Fallow Up Center”. **Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi**. C. I. S. 2. (2012). ss. 151-165.

AYDIN, Koray. Pedagog Koray Aydın ile Kişisel Görüşme, İstanbul: 8.5.2014.

AYDIN, Okan ve Baran GÜLEN. “Ebeveynleri Boşanma Sürecinde Olan 9-12 Yaş Grubundaki Çocukların Boşanmaya Uyum Düzeylerinin İncelenmesi (The Study Of The 9-12 Years Old Children’s Level Of Adjustment To Divorce Whose Parents In The Divorce Process)”. **Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi**. C. I. S. 1. (2012). ss. 35-52.

BAYGIN, Cem. **Soybağı Hukuku**. İstanbul: On iki Levha. 2010.

BELGESAY, Mustafa, Reşit. **Türk Kanunu Medenisi Şerhi Aile Hukuku, Hısımlar, Velayet, Vesayet (Md 241-432)**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. 1952.

BENEDEK, P., Elissa ve F. Catherine BROWN Çev. Serap KATLAN **Boşanma ve Çocuğunuz Çocuğunuzun Boşanmanızla Baş Etmesine Nasıl Yardımcı Olursunuz**. Ankara: HYB Yayıncılık. 1997.

BERKİ, Şakir. “Türk Medeni Kanununda Küçüklerin Ehliyeti”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. S. 1-4. (1967). ss. 125-149.

BİLGİN, Asude. “Aile İçi Bedensel Cezaya İlişkin Bir Çalışma”. **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**. C. XLI. S. 1. (2008). ss. 29-50.

BOZER, Ali. “Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. S. 3-4. (1952). ss. 198-211.

ÇELİK, Cemil. “Velayetin Kaldırılması”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C. LIV. S. 1. (2004). ss. 255-309.

ÇELİKEL, Serdar. **Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları**. Ankara: Adalet Yayınevi. 2012.

ÇETİNER, BAKTİR, Selma. **Velayet Hukuku**. Ankara: Yetkin Yayınları. 2000.

ÇINAR, Ömer. “Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı”, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı’ya Armağan. **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. C. LXXI. S. 1. (2013). ss. 1355-1363.

DAĞDEVİREN, Bülent, B. **Boşanmış Çocuklar**. İstanbul: Beyaz Yayınları. 2000.

DEMİR, Sevgi. **Türk Medeni Kanunu Aile Hukuku**. Ankara: Kartal Yayınevi. 2004.

DENİZ, Mehmet, Bülent. **Aile Hukuku**. İstanbul: T.C.Aile Ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Yayınları. 2012.

DURAL, Mustafa, Tufan ÖĞÜZ ve M. Alper GÜMÜŞ. **Türk Özel Hukuku Aile Hukuku**. C. III. İstanbul: Filiz Kitabevi. 2014.

ERGÜN, Zafer. **Boşanma Davaları Nişanlanma Evlenme Butlan Velayet Kişisel İlişki Nafaka Maddi ve Manevi Tazminat**. Ankara: Adil Yayınevi. 2004.

ERTAŞ, Şeref. “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”. **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C. IX. Özel Sayı. (2007). ss. 391-398.

ERTUĞRUL, Nafi ve Tuba ERTUĞRUL. **Uygulamada Boşanma Davaları**. C. II. Ankara: Yetkin basımevi. 2011.

FEYZİOĞLU, Feyzi, Necmeddin. **Aile Hukuku Dersleri**. İstanbul: İstanbul Fakülteler Matbaası Üniversitesi. 1971.

GENÇCAN, Ömer, Uğur. **Türk Medeni Kanununda Kadın ve Çocuk Hakları**. Ankara: Norm Matbaacılık Akader. 2006.

GRASSINGER, Elçin, Gülçin. “Boşanma Davasında Eslerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili Federal Mahkemesi Kararı”. Prof. Dr. Türkan Rado’ya Armağan Sayısı. **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. C. LV. S. 3. (1997). ss. 235-242.

..... **Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**. İstanbul: On İki Levha. 2009.

GÜNEŞ, CEYLAN, Seldağ. **Roma Hukukundan Günümüze Velayet Vesayet Hukuku**. Ankara: Yetkin Yayınları. 2004.

GÜVEN, Kudret. “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”. **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C. I. S. 1. (1997). ss. 57-93.

HATEMİ, Hüseyin. **Medeni Hukuka Giriş**. İstanbul: Vedat Kitapçılık. 2012.

HATEMİ, Hüseyin ve Burcu KALKAN OĞUZTÜRK. **Aile Hukuku**. İstanbul: Vedat Kitapçılık. 2013.

HATEMİ, Hüseyin ve Burcu KALKAN OĞUZTÜRK. **Kişiler Hukuku**. İstanbul: Vedat Kitapçılık. 2013.

HELVACI, Serap. **Gerçek Kişiler**. İstanbul: Arıkan Yayınevi. 2006.

HELVACI, Serap ve Fulya ERLÜLE. **Medeni Hukuk**. Ankara: Arıkan. 2007.

İMAMOĞLU, Hülya, Selma. “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C. LIV. S. 2. (2005). ss. 183 -218.

..... “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C. LIV. S. 1. (2004). ss. 165-190.

İNAL, Nihat. **Aile Mahkemeleri Davaları**. Ankara: Sözkese Matbaacılık. 2004.

KAÇAK, Nazif. **Yeni İçtihatlarla Yeni Türk Medeni Kanunu**. Ankara: Seçkin Yayınevi. 2004.

KARA, Bülent, Ümit BİÇER ve Ayşe Sevim GÖKALP. “Çocuk İstismarı”. **Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi**. C. XLVII. S. 2. (2004). ss. 140-151.

KAYA, Ferah. Pedagog Ferah Kaya ile Kişisel Görüşme, İstanbul: 2.5.2014.

KAYA, Cengiz. **Türk hukukunda Evlat Edinme**. İstanbul: Beta Yayıncılık. 2009.

KAYNAR, Reşat. **Medeni Hukuk Dersleri: Temel Bilgiler-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku-Miras Hukuku-Eşya Hukuku**. İstanbul: İtihad Nihad Sayar Yayın ve Yardım Vakfı. 1975.

KIRCA, Çiğdem. “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C. L. S. 1-4. (2001). ss. 91-120.

KILIÇOĞLU, Ahmet, M. **Medeni Hukuk Temel Bilgiler**. Ankara: Turhan Kitabevi. 2012.

..... **Medeni Kanunumuzun Aile Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yeniliklikler**. Ankara: Turhan Kitabevi. 2004.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz. “Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C. XL. S. 1-4. (1988). ss. 251-279.

..... **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**. Ankara: Turhan Kitabevi. 2004.

KONANÇ, Esin. “Türk Hukuk Sisteminde Çocuk İstismarı ve İhmali”. **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**. C. XX. S. 1. (1987). ss. 1-10.

KORCZAK, Janusz. “Çocuğun Saygı Hakkı” Çev. Berat DURMUŞ ve Memduh Cemil ŞİRİN. **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. C. LXIX S. 1-2. (2011). ss. 1199-1207.

KÖSEOĞLU, Bilal ve Köksal KOCAAĞA. **Aile Hukuku ve Uygulaması Bilimsel Görüşler ve Yargı İçtihatları**. Bursa : Ekin Basım Yayın Dağıtım. 2011.

KÖYLÜ, Mustafa. “Çocukluk Dönemi Dini İnanç Gelişimi ve Din Eğitimi” **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi** C. XLV. S. 11. (2004). ss. 137-154.

MEYDAN, Nihat ve Fadime YAPAL. **Boşanma ve Mal Rejimi**. İstanbul: Zigana Yayıncılık. 2012.

ORTAYLI, İlber. **Osmanlı Toplumunda Aile**. İstanbul: Pan Yayıncılık. 2006.

ÖNER, Bengi ve Selcan YILMAZ. Anne ve Baba Gözüyle "Çocuk Eğitimi" Bir Sosyal Temsil Ön Çalışması. **Kriz Dergisi**. C. IX. S. 1. (2001). ss. 39-46.

ÖZMEN, İsmail. **Açıklamalı İçtihatlı Velayet Hukuku Davaları Aile ve Çocuk Mahkemeleri**. Ankara: Adalet Yayınevi. 2013.

ÖZTAN, Bilge. **Aile Hukuku**. Ankara: Turhan Yayınevi. 2004.

..... **Medeni Hukukun Temel Kavramları**. Ankara: Turhan Kitabevi. 2012.

ÖZTÜRK, Mücahit (Haz.). **Çocuk Hakları Açısından Çocuk İhmali ve İstismarı El Kitabı: Anne-Baba ve Öğretmenler İçin**. İstanbul: Çocuk Vakfı Yayınları. 2011.

..... “Söyleşi Kas Nilüfer Boşanmış Ailelerde Çocuk” İstanbul: **Tr İş Bankası Kültür Yayınları**. 2008.

ÖZUĞUR, Ali, İhsan. **Türk Medeni Kanununun Değişen Yeni Düzenlemeleri İle Açıklamalı İctihatlı Velayet Vesayet Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler**. Ankara : Turhan Kitabevi. 2007.

PELENDECİOĞLU, Betül ve Sefa BULUT. “Çocuğa Yönelik Aile İçi Fiziksel İstismar”. **Abant İzzet Baysal Üniversitesi Dergisi**. C. IX. S. 1. (2009). ss. 50- 62.

POLAT, Oğuz. **Klinik Adli Tıp Adli Tıp Uygulamaları**. Ankara: Seçkin Yayınevi. 2009.

RUHİ, Ahmet, Cemal. **Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Gerekçeli Açıklamalı İctihatlı)**. Ankara: Seçkin Yayıncılık. 2004.

SAYITA, USTA, Sevgi. “Anne Babanın Tedip Hakkı”. **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**. S. 8. (1994). ss. 15-18.

SERDAR, İlknur. “Birlikte Velayet”. **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C. X. S. 1. (2008). ss. 155-197.

..... “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”. **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C. IX. Özel Sayı. (2007). ss. 739-781.

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

SUNGUR, H., Halis. **Türk Kanunu Medenisi ve Mer'iyet Kanunu, Velayet, Vesayet ve Miras Nizamnamesi ve Bunlarla İlgili Hususi Kanunlar ve Eski Hükümler**. Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası. 1941.

ŞEKER, Hilmi. “Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Geçici Önlem Olarak; Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisi İle Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri”. **Adalet Dergisi**. S. 17. (2003).

ŞENER, Esat. **Uygulamalı İctihatlı Nafaka Velayet Vesayet Evlatlık Babalık**. Ankara: Seçkin Yayınevi. 1994.

..... **Uygulama ve Teoride Her Yönüyle Boşanma**. Ankara: Seçkin Yayınevi. 1997.

..... **Vesayet ve Velayet Hukuku**. Ankara: Seçkin Yayınevi. 1996.

ŞİMŞİRGİL, Ahmed ve Ekrem Buğra EKİNCİ. “Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle”. İstanbul. 2007. (Çevrimiçi) <http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/cevdet.pdf> (Erişim Tarihi: 20.2.2014)

TANDOĞAN, Haluk. “Velayetten Doğan Kanun İhtilafları”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. III. S. 1-2-3. (1946). ss. 505-531.**

TOPUZOĞLU, Aşkın, Yaşar. “Çocuk İstismar ve İhmalinin Önlenmesi”. **Türk Hukukçu Kadınlar Derneği ve İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezinin 05/12/2001 Tarihinde Düzenlediği Panel.** İstanbul: 2002.

TURAN, Gamze. “Başara Türk Medenî Kanunu’nun 40’inci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları (Transsexualism And Its Legal Results Within The Scope Of Turkish Cıvıl Code Article 40)”. **Türkiye Barolar Birliği Dergisi. S. 103. (2012). ss. 245-266.**

TUTUMLU, Mehmet, Akif. **Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku. C. II.** Ankara: Seçkin Yayınevi. 2009.

USTA, Sevgi. **Çocuk Hakları ve Velayet.** İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. 2012.

YAVUZ, Cevdet. **Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması.** Ankara: Adil Yayınevi. 2002.

YAVUZER, Haluk. **Çocuk Psikolojisi.** İstanbul: Remzi Kitabevi. 2005.

YETİK, Nurten. **Açıklamalı - İçtihatlı Nüfus Velayet Vesayet Nafaka.** İstanbul: Bilge Yayınevi. 2007.

ZEVKLİLER, Aydın. “Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası”. **Türkiye Barolar Birliği Dergisi. S. 2. (1988). ss. 258-285.**

<http://www.bosanmisbabalar.com/> (Erişim Tarihi: 10.2.2014)

<http://www.etimolojiturkce.com/kelime/velayet> (Erişim Tarihi: 10.5.2014)

<http://www.hukuki.net/showthread.php?31381-Aldatma-Zinanin-ispati-ve-cocuklarin-velayeti/page2> (Erişim Tarihi: 10.2.2014)

<http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/home.jsp> (Erişim Tarihi: 15.3.2014)

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 22.2.2014); (Erişim Tarihi: 15.3.2014); (Erişim Tarihi: 10.5.2014)

<http://www.sabah.com.tr/Yasam/2013/04/02/bosanmis-babalarin-ortak-velayet-zaferi> (Erişim Tarihi: 10.2.2014)