

T.C.
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

TÜRK HUKUKUNDA
ÇOCUĞUN KİŞİLİK HAKKINI KORUMAK AMACIYLA
HAKİMİN VELAYETE MÜDAHALESİ

AV. ÖMÜR ÖZER

2017931427

Adana, Ocak 2018

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ.....	3
GİRİŞ.....	4
I. VELAYET KAVRAMI.....	6
A. VELAYETİN TANIMI.....	6
B. VELAYETİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	6
C. VELAYETİN GENEL İLKELERİ.....	7
1. ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ.....	7
2. ÇOCUĞUN GÖRÜŞÜNÜN ALINMASI İLKESİ.....	8
II. HAKİMİN VELAYETE MÜDAHALESİ.....	10
A. VELAYETE MÜDAHALENİN SEBEPLERİ.....	10
1. BOŞANMA/AYRILIK.....	10
2. FİİLİ AYRILIK.....	11
3. ÇOCUĞUN MENFAATİNİN VE GELİŞMESİNİN TEHLİKEYE DÜŞMESİ.....	11
4. ÇOCUĞUN BEDENSEL VE ZİHİNSEL GELİŞİMİNİN SÜREKLİ TEHLİKEDE OLMASI.....	12
5. ÇOCUĞUN MANEN TERK EDİLMİŞ HALDE OLMASI.....	12
6. ÇOCUĞUN AİLE HUZURUNUN KATLANILAMAYACAK DERECEDE BOZULMASI.....	13
B. VELAYETE MÜDAHALENİN SONUÇLARI.....	13
SONUÇ.....	15
KAYNAKÇA.....	16

KISALTMALAR CETVELİ

BMÇHS	:	Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi
C.	:	Cilt
c.	:	Cümle
ÇKK	:	Çocuk Koruma Kanunu
ÇKK Yönetmeliği	:	Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkındaki Yönetmelik
E.	:	Esas
E. T.	:	Erişim Tarihi
HD	:	(Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGK	:	(Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	:	Karar
md.	:	Madde
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
T.	:	Tarihli
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
Y	:	Yıl

TÜRK HUKUKUNDA ÇOCUĞUN KİŞİLİK HAKKINI KORUMAK AMACIYLA HAKİMİN VELAYETE MÜDAHALESİ

¹AV. ÖMÜR ÖZER

GİRİŞ

“Kim demiş çocuk küçük bir şeydir? Bir çocuk belki de en büyük şeydir.” demiştir J.J. Rousseau.

Tarih boyunca neredeyse bir birey olarak bile kabul görmeyen çocuklar, insan olarak sahip oldukları haklarına çok sonradan kavuşabilmişlerdir. Çocukların birçok toplumda “ailenin meyvesi” olarak görülmesi, toplumsal yapı bakımında aile kurumunun birbirine bağlılığını artırıcı olarak görülse bile, ebeveynler arasında çocuğu fiziken ve ruhen yaralayıcı bir rekabete dönüşebilmektedir.

Türk aile yapısı; ebeveynler ile çocuklar arasında neredeyse sınırsız bir görev ve yetki dağılımı olduğu üzerine kurulmuştur. Özellikle son yıllarda, artan boşanma vakıalarının getirdiği bir sorun olarak, bu düşünce, boşanan çiftler arasında bir çatışmaya sebep olmaktadır. Karı ve kocanın yaşam süreçleri boyunca alacakları tüm kararlar silsilesinde, çocukların adeta elleri ve kollar bağlı bir şekilde sürüklenmesi, köhneleşmiş bir düşüncenin tezahürüdür. Ailede alınan herhangi bir kararda, en çok etkilenen birey çocuktur. Bu etkileşim içinde, çocukların üstün yararı gözetilmeksizin, çocuklar üzerinde ebeveynlerin bir malıymışçasına tasarrufla bulunması, günümüz modern dünyası için kabul göremez niteliktedir.

Velayet; 4721 numaralı Türk Medeni Kanunu'nun 335. ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş, kanunun İkinci Kitap, İkinci Kısım, Birinci Bölüm ve Altıncı Ayırım başlıkları altında bulunan bir hukuki müessesedir. Ebeveynlere, velayet kapsamında çocuğun üstün yararına hanel getirmeden ve diğer koşullara uymak şartları ile kullanılabilen birçok yetki ve görev tanınmıştır. Bu yetki ve görevler, kanun hükümleri kapsamında denetlenir ve gerekirse kamu otoritesi tarafından müdahale edilerek değiştirilebilir.

Çocuk hakları ile velayet hakkı birbirinden ayrılmaz, silsile şeklinde sonuçlar doğuran ve birbirlerini etkileyen haklardandır. Bu haklara istinaden çocuklara ve onların ebeveynlerine verilen yetkiler arasında bir denge (*balance*) kurulması gerektiği ve bu dengenin bozulduğu ihtimallerde yeniden düzenlenmesi gerektiği açıktır.

Kanun koyucu, kamu otoritesinin müdahil olması gerektiği durumları, bu durumların koşullarını, müdahalenin usulünü ve müdahalenin sonuçlarını detaylıca düzenlemiştir. Bu düzenlemeler ve yüksek mahkeme kararları ışığında çocuğun velayet hakkının kullanımını bakımından modern hukukun nasıl bir bakış açısına sahip olduğu, uygulamadaki mevcut

¹ Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı.

sorunların hangi kanuni maddeler dayanak yapılarak çözümlenmesi gerektiği hususlarını ve nihayetinde kamu otoritesinin bağımsız ve tarafsız mahkemeler aracılığıyla toplumun en küçük birliktelik alanına bu denli keskin müdahalesinin etki ve sonuçlarını, konunun çerçevesinden çıkmadan incelemeye çalıştık.

Bu makale yalnızca küçüklerin velayetine ilişkin bilgilere muhtevdir ve bu kapsamda makale 2 ana başlık altında yazılmıştır.

İlk ana başlık altında; velayetin tanımından, hukuki niteliğinden ve velayet hakkı ile ilgili genel ilkelerden bahsedilmiştir.

İkinci ana başlık altında ise; konunun ana gövdesi olan hakimin velayete müdahalesi, bu müdahalenin sebepleri ile sonuçları incelenmiştir.

I. VELAYET KAVRAMI

A. VELAYETİN TANIMI

Arapça *wly* kökünden gelen velayet (*walāya*); yakın olma, yanında olma; koruma ve kollama, gözkulak olma, bir sorumluluk üstlenme, bir işin başında durma, velilik, valilik, evlialık sözcüğünden alıntılanmıştır.²

Velayet, TMK’da tanımlanmamıştır. Ancak doktrinindeki birçok tanıma göre, velayet; küçüklerin bakım ve korunmalarının sağlanması için, onların şahsı, malları ve temsili üzerinde ana babanın sahip oldukları görev, yetki ve hakların bütünüdür.³

Velayet; çocuğun şahıs varlığına, malvarlığına ve temsiline ilişkin hak, yetki ve ödevleri kapsamaktadır. Bu kapsam dahilinde, ebeveynlerin çocukları üzerindeki velayete bağlı yetkilerin yanında, bu yetkilerin doğurduğu sorumluluklar da bulunmaktadır.⁴

Velayet, çocuğun bağımsız kişilik kazanmasına kadar sürmekte, bu doğrultuda çocuğun erginlik kazanmasıyla ya da çocuk üzerindeki kısıtlılığın kalkmasıyla velayet hakkı da ortadan kalkmaktadır.⁵

B. VELAYETİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Velayet hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir kişilik hakkıdır. Şahsa sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkın şahsiliği ana ve baba üzerindedir. Bu doğrultuda velayet hakkı, intikale ya da devre elverişli bir hak değildir (TMK md. 335/1).⁶

Velayet hakkı, kural olarak, ana ve baba arasında evlilik devam ettiği müddetçe birlikte ve bölünmez bir şekilde kullanılabilir niteliktedir (TMK md. 336/1). Ergin olmayan çocuk, ana ve babanın velayeti altından yasal bir sebep olmaksızın alınamaz⁷. Ana, baba ve çocuk

² (www.tdk.gov.tr) E. T. 29.11.2017

³ ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 1074; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, 9. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 340; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya, Aile Hukuku, 15. Basım, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 406; REMZİ, Mehmet/AYDIN, Sezer/İSPARTALI, Murat, Medeni Hukuk, 2. Bası, İkinci Sayfa, İstanbul 2012, s. 284; BAYGIN, Cem, Soybağı Hukuku, 1. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 259; SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 250; ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 17. Basım, Ankara 2005, s. 467.

⁴ SEROZAN, s. 250; BAYGIN, s. 271; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1076.

⁵ İMAMOĞLU, Hülya, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2004 S: 1, s. 167; ÇELİK, Cemil, “Velayetin Kaldırılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2004 S: 1, s. 256.

⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 341; REMZİ/AYDIN/İSPARTALI, s. 284; ÖZUĞUR, Ali İhsan, Türk Medeni Kanunu’nun Değişen Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı ve İçtihatlı Velayet – Vesayet – Soybağı – Evlat Edinme Hukuku – Diğer Eşin Rızası ve Onamına Bağlı İşlemler, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 549; ZAPATA, Tan Tahsin, Medeni Hukuk, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. 268.

⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 341; ÖZUĞUR, s. 549.

arasındaki ilişki toplumsal olarak çok önem arz ettiğinden, kanun koyucu bu tip düzenlemeler yapmak suretiyle toplumsal yapıyı korumaya çalışmıştır.

C. VELAYETİN GENEL İLKELERİ

Velayet hakkı ile doğrudan ilgili olan ilkeler; çocuğun yüksek yararı ilkesi (*principle of the best interests of the child*) ile velayet süresince veya velayet hakkı ile ilgili çocuğun görüşünün alınması ilkesidir (*the right of the child to express his / her opinions freely*).

1. ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ

Velayet hakkının kullanımı sırasında, çocuğun menfaatleri her zaman ön planda tutulmak zorundadır⁸. Çocuğun ana ve babaya nazaran korunmaya olan muhtaçlığı, ana va baba ile çocuk arasındaki menfaat çatışmasında, çocuğun menfaatinin doğrultusunda hareket edilmesini gerektirir. Mahkemeler, bu durumda ya da buna benzer bir durumda, kullanabileceği takdir yetkisini çocuğun lehine olacak şekilde kullanması gereklidir⁹. Hatta bu ilkenin, eşitlik ve sosyal devlet ilkesi ile çatıştığı bir durumda bile, çocuğun yüksek yararı ilkesinin uygulama bulacağı düşünülmektedir¹⁰.

Söz konusu gereklilik, yalnızca çocuk açısından değil, toplum açısından da fayda sağlayacak bir gerekliliktir. Bu bakımdan değerlendirilecek olursa, idare hukukunda kamu yararı ilkesi ne kadar etkili ise, çocuk hukukunda da velayet hakkının kullanımında çocuğun yüksek yararı ilkesi o denli etkilidir¹¹.

Çocuğun yüksek yararı ilkesinin konu edildiği uluslararası sözleşmeler de, imzalanıp usulüne uygun olarak onaylandığı ve yürürlüğe sokulduğu takdirde, iç hukuk kuralı haline gelmiş olur¹².

Böyle bir durum ile ilgili herhangi bir uluslararası sözleşme imzalanmamış olsaydı dahi, Anayasa'nın 41. maddesinin 2. fıkrasında bu ilkenin gözetilmesi sebebiyle mevzuatımızda var olduğu söylenebilirdi:

⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.341.

⁹ HGK 18.10.1969 T. 2/768 E. 771 K. sayılı ilamı; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 349.

¹⁰ SEROZAN, s. 67.

¹¹ SEROZAN, s. 65.

¹² Anayasa md. 90/5 - “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.)Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Bu bağlamda imzalanmış en önemli uluslararası belge, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'dir. Bu sözleşmenin 3. maddesinin 1. fıkrası çocuğun üstün yararı ilkesini ifade etmektedir. Sözleşme için bkz. (<http://www.turkhukuksitesi.com/mevzuat.php?kid=55>) E. T. 23.12.2017

“Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.”

Çocuk Koruma Kanunu'nun 4. maddesinin (b) bendinde de, söz konusu ilke gözetilmiş, çocuğun yarar ve esenliğinin sağlanmasının söz konusu kanun kapsamındaki temel kurallardan olduğu ifade edilmiştir.

Aynı şekilde; TMK'nin 305. maddesinin 2. fıkrası¹³, 339. maddesinin ilk fıkrası¹⁴ ve 346. maddelerinde¹⁵ çocuğun yüksek yararı ilkelerinin göz önünde bulundurulmuş olduğu görülmektedir. Aynı doğrultuda birçok yüksek mahkeme kararında¹⁶ da bu ilkenin yansımalarını görebilmekteyiz.

Bu ilkenin temel amacı; çocuğun ana baba tarafından bir hak objesi değil bir hak sujesi olarak anlaşılmasını ve çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesini sağlamaktır¹⁷. Çocuğun yüksek yararının tespiti için, hakim, sadece günün şartlarına göre bir değerlendirme yapmamalı; gelecekte çocuğun sosyal, ekonomik ve psikolojik gelişimini en iyi şartlar altında sağlayabilmesine yönelik bir değerlendirme yapmalıdır. Her çocuk, farklı bir dünyadır. Elbette ki, çocuğun yüksek yararını sağlayacak objektif kriterler var olduğu gibi, subjektif kriterler de mevcut olabilir. Bu durumda, hakim, her olayı kendi içinde değerlendirerek, çocuğun yüksek yararı ilkesini olaya göre vücuda getirmesi gerekmektedir.

2. ÇOCUĞUN GÖRÜŞÜNÜN ALINMASI İLKESİ

Velayetin temel amacının, çocuğun olgunlaşarak kendi hayatı üzerinde bilinçli kararlar alabilmesini sağlamak olduğunu belirtmiştik. Çocuğun görüşünün alınması ilkesi de, işte bu manada, çocuğun kendi hayatında etkiler doğurabilecek durumlara yönelik alınan kararlara iştirak edebilme hakkını ihtiva etmektedir.

¹³ “Evlât edinmenin her hâlde küçüğün yararına bulunması ve evlât edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi de gerekir.”

¹⁴ “Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.”

¹⁵ Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.

¹⁶ 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...” (kazanci.com) E. T. 21.11.2017; 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 velayetin babaya verilmesi gerekir...” (kazanci.com) E. T. 21.11.2017; 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...” (kazanci.com) E. T. 21.11.2017.

¹⁷ İMAMOĞLU, s. 170.

Esasen bu ilke, taraf olduğumuz BMÇHS'nin 12. maddesinde¹⁸ ele alınmaktadır. Bu sözleşmede, ülkemiz, sözleşmede belirtilmiş davalarda bu sözleşme hükümlerini evleviyetle uygulayacağını beyan ettiğinden, mezkur sözleşme *self-executing*¹⁹ niteliğini haizdir.

Çocuğun yaşı, olgunluğu ve gelişen yetenekleri göz önünde bulundurularak, velayet hakkı çerçevesinde görüş sunabilme yetisine sahip olup olmadığı mahkemece değerlendirilir (BMÇHS md. 5, BMÇHS md. 12 ve BMÇHS md. 17). Bu değerlendirmenin ölçüsü, hukukumuzda yer alan temyiz kudretinden farklı değildir. Temyiz kudretini haiz yani ayırt etme yeteneğine sahip bir çocuğun kendisiyle ilgili konularda görüşüne başvurulması gereklidir²⁰. Bu gereklilik iç hukukumuzda düzenlenmiştir. TMK md. 339'un 3. fıkrası, zikredilen uluslararası sözleşme çerçevesinde kabul edilen ilkenin doğrudan yansımadır:

“Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanirlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.”

Benzer düzenleme, Çocuk Koruma Kanunu ve Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkındaki Yönetmelik'te de yapılmıştır (ÇKK 4/1, ÇKK 13/2, ÇKK Yönetmeliği 8/8).

Görüşüne başvuru çocukların, düşüncelerini rahatça ifade edebilmeleri için gerekirse pedagoğ aracılığıyla görüş vermeleri sağlanmalıdır. Çocuklara verilen bu yetki beraberinde çocuklara herhangi bir sorumluluk yüklenemez. Bu yetkinin bir amacı da, toplumsal süreçte çocuğun görüşlerinin tamamı ile görmezden gelindiği gelenekselci görüşün bertaraf edilmesini sağlamaktır.²¹

Çocuğun yüksek yararı ilkesi ile çocuğun görüşünün alınması ilkeleri arasında bir menfaat çatışması yaşanır çocunun yüksek yararı gözeticilmesi gerekmektedir. Çünkü çocuğun yüksek yararı ilkesi çocuğun görüşünün alınması ilkesini kapsamaktadır.²²

¹⁸ "1- Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanirlar.

2- Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.”

¹⁹ Doğrudan uygulanabilirlik, direkt effect. Söz konusu terimlerin detaylı açıklamaları için bkz. **BOZKURT**, Enver/**ÖZCAN**, Mehmet/**KÖKTAŞ**, Arif, Avrupa Birliği Hukuku, Asil Yayınları, Ankara 2008, s.166-167.

²⁰ **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 342; **REMZİ/AYDIN/ISPARTALI**, s. 285; Yargıtay'ın bu hususu sarih bir surette açıkladığı örnek bir karar için bkz. 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 yararlanılmaksuretiyle bir karar verilmesi gereklidir...” (kazanci.com) E. T. 22.12.2017.

²¹ **AKYÜZ**, Emine, Çocuk Hukuku ile Çocuk Hakları ve Korunması, Ankara 2012, Pegem Akademi, s. 55.

²² **İMAMOĞLU**, s. 168-172; Bahsi geçen çatışmada, söz konusu ilkenin uygulanması gerektiği hususunda, Yargıtay da aynı kanaattedir, 2. HD 09.04.2013 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

II. HAKİMİN VELAYETE MÜDAHALESİ

Hakim; bazı hallerde, çocuğun yüksek yararı ilkesini gözeterek velilerin velayet hakkına müdahale edebilir. Bu müdahale, velayet hakkını tamamen ortadan kaldıracı nitelikte olmayıp velayet hakkının kullanılmasını ya da uygulanmasındaki sorunları düzeltmekten ibarettir.

Hakim söz konusu müdahale kararını takip etmek yahut yerine getirilmesini bizzat sağlamak maksadıyla 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5. maddesine göre atanan uzmanlardan bir veya birkaçını görevlendirebilir.²³

Hakimin velayete müdahalesi konusu; velayete müdahalenin sebepleri ile velayete müdahalenin sonuçları olmak üzere 2 başlık altında incelenmiştir.

A. VELAYETE MÜDAHALENİN SEBEPLERİ

Velayete müdahalenin sebepleri, velayetin kaldırılmasını gerektirecek kadar ağır olmayıp çocuğun yüksek yararını sağlama kanaatine erdirecek nitelikteki sebeplerdir. Bu sebepleri 6 alt başlık halinde kategorilendirerek inceledik.

1. BOŞANMA/AYRILIK

Ana ve babanın boşanması ya da haklarında ayrılık kararı verilmesiyle velayet hakkında değişiklik yapılması gerekir. Boşanma davası açıldığında hakimin bu sebebe dayanarak velayete müdahale etmesinin kanuni dayanağı TMK md. 169'dur:

“Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır.”

Hakim; boşanma ya da ayrılık kararı verilmesi akabinde, velayet hakkına müdahale ederken, velayet hakkının kamu düzenine ilişkin olması münasebetiyle, takdir yetkisini keyfi bir surette kullanamaz²⁴. Bu doğrultuda takdir yetkisini kullanırken hükme esas teşkil eden gerekçelerini ve takdir yetkisi sonucu oluşturduğu hükmü, açıkça ve tereddüte mahal vermeyecek şekilde, somut ve icra edilebilir nitelikte ortaya koyması gerekir (HMK 297/2).

gerektirdiği takdirde, çocuğun görüşünün aksine karar verilebilir. Mahkemenin velayetin anneye verilmesi gerekçesi olarak gösterdiği hususlar; çocuğun yüksek yararı olabilecek nitelikte değildir...” (kazanci.com) E. T. 22.12.2017.

²³ ÖZUĞUR, s. 582.

²⁴ Hakimin velayet hakkına ilişkin vereceği kararlarda uyması gereken kriterleri ve hakimin bu konudaki takdir yetkisinin hukuki sınırlarını inceleyen bir çalışma üzerinden konu hakkında detaylı bilgi edinmek için bkz. ÖZTÜRKMEN İCAN, Yeşim, “Hakimin Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi”, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Samsun 2015.

2. FİİLİ AYRILIK

Eşler hakkında herhangi bir boşanma ya da ayrılık kararı olmamasına rağmen, eşler fiilen birbirlerinden ayrı yaşıyor ise bu durum fiili ayrılık halidir. Eşler, kural olarak evli iken velayet hakkını birlikte kullanırlar (TMK md. 336/1)²⁵. Ancak eşler ortak hayata son vermişler ise (yani fiili bir ayrılık mevcut ise), hakim bu sebebe dayanarak velayet hakkına müdahalede bulunabilir (TMK md. 336/2).

Fiili ayrılık hali mevcut ise hakim TMK md. 336/2 hükmünü doğrudan uygulamak suretiyle velayet hakkını taraflardan birine verebileceği gibi velayet hakkı üzerinde nispi bir müdahalede bulunarak (misalen, eşlerden birinin fiili ayrılık yaşadığı diğer eşine müşterek çocuklarını göstermemesi ihtimalinde, hakimin eşler ile müşterek çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasını düzenleyici bir müdahalede bulunması gibi) ortak velayetin devamına karar vermesi de mümkündür.²⁶

3. ÇOCUĞUN MENFAATİNİN VE GELİŞMESİNİN TEHLİKEYE DÜŞMESİ

Ana ve baba velayet görevlerini yerine getiremedikleri, getirmediği yahut gereği gibi yerine getirmedikleri hallerde çocuk velayet hakkının korunmasından yoksun kalacaktır. Bu gibi hallerde, çocuğun menfaatlerini tekrar sağlamak ve telafisi zor ya da imkansız zararlara engel olabilmek maksadıyla hakim velayete müdahale edebilir²⁷. Hakimin velayet hakkına bu sebeple müdahale edebilmesi için ana ya da babanın kusurlu olması aranmaz. Bu müdahale gücünü kamu düzeninden aldığı için müdahalenin amacı çocuğun yüksek yararını sağlamaktır²⁸.

Bu müdahalenin kanuni dayanağı TMK md. 346'dır: "*Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.*"

Bu hükümden anlaşıldığı üzere, cümledeki "...alır." ifadesi, hakime verilmiş yetkiden ziyade bir ödevi işaret etmektedir. Bu sayede, hakime alabileceği tedbirleri tahdidi (*numerus clausus*) bir surette saymayarak geniş bir takdir yetkisi de tanımış ve re'sen hareket edebilecek geniş bir alan açmıştır. Elbette ki, bu yetki sınırsızca kullanılmayacak, yetki çocuğun menfaatini sağlamaya muktedir olacak tedbirler için kullanılacaktır.²⁹

²⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 340; REMZİ/AYDIN/ISPARTALI, s. 284; ÖZUĞUR, s. 549; ZAPATA, s. 268.

²⁶ ÖZUĞUR, s. 567.

²⁷ ÖZUĞUR, s. 580; REMZİ/AYDIN/ISPARTALI, s. 287; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 349.

²⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 350.

²⁹ AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku, C. 2, 9. Bası, İstanbul 2004, s. 423; DURAL / ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 349.

Hakim; TMK md. 4 çerçevesinden çıkmadan, ana ve babaya belirli yönde davranışlarda bulunma ya da belirli yönde davranışlardan sakınma şeklinde talimat verebilir. Bu talimatlar vakıaların özelliklerine göre farklı çehrelere bürünebilir.³⁰

4. ÇOCUĞUN BEDENSEL VE ZİHİNSEL GELİŞİMİNİN SÜREKLİ TEHLİKEDE OLMASI

Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişimi sürekli bir tehlike altındaysa, hakim, çocuğun başka bir ailenin yanına ya da bir kuruma yerleştirilmesine karar verebilir (TMK md. 347/1):

“Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir.”

Bu madde, somut olaya çok titiz bir çalışma ve değerlendirme sonrasında uygulanmalıdır. Hüküm ancak, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişiminin sürekli bir şekilde tehlike altında bulunması haline özgüdür. Söz konusu tehlike sürekli bir şekilde mevcut değil ise yahut tehlikenin bertaraf edilebilmesi için çocuğun ana ve babasından koparılması mutlak bir şekilde zorunlu değil ise hüküm somut olaya uygulanmamalı ve çocuk velilerinden koparılmamalıdır. Çocuk ancak söz konusu sürekli tehlikenin ana ve baba yanında bertaraf edilemediği bir ihtimalde, korunmaya alınmalıdır.³¹

5. ÇOCUĞUN MANEN TERK EDİLMİŞ HALDE OLMASI

TMK md. 347/1’de ayrıca çocuğun manevi anlamda terk edilmiş bulunmasından bahsedilmiştir. Çocuğun sürekli bir şekilde maruz kaldığı tehlikeye karşı ana ve babasının mücadele etmemesi, çocuğun manen terk edilmiş olduğunu gösterir. Çocuğun manen ve ruhen yaşlılarına göre normalin altında gelişme göstermesi, toplumdaki tamamen kopacak derecede antisosyal kişilik bozukluğu bulunması, çalışmaktan ve okumaktan tamamen kaçıyor olması, arkadaşları ve akrabaları ile iletişim kuramaz derecede yalnız kalması veya radikalleşmesi çocuğun manen terk edilmiş olduğunun göstergeleridir.³²

Çocuğun akrabaları ve arkadaşları ile hiç görüştürülmemesi, ana ve babasını hiç sevmemesi yahut ana ve babanın çocuklarından nefret etmesi, adını dahi bilmemesi gibi durumlarda çocuğun manen terk edilmiş olduğu kabul edilmektedir.³³

Kanun koyucu tarafından, çocuğun ana ve babasından alınması halinde çocukta gerçekleştirilecek ruhsal sarsıntı, çocuğun manen terkedilmiş olması haline göre tercih

³⁰ DURAL/ ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 350.

³¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 350; REMZİ/AYDIN/ISPARTALI, s. 287.

³² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 351.

³³ 2. HD, 28.05.1985 T. 2779/5208; 2. HD, 17.05.1985 T. 4289/4797; 2. HD, 16.05.1985 T. 4586/4777 (Yargıtay kararları; ÇETİNER, Selma Baktır, Velâyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 115’e yapılan atıf ile SOLAK, Özlem Ezgi, “Boşanmanın Çocuklar Bakımından Hukuki Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 56’dan naklen)

edilmiştir. Karıştırılmamalıdır ki; çocuğun başka bir aile ya da kuruma yerleştirilmiş olması halinde, ana ve babanın çocuğu yetiştirme yetkileri kalkarken, çocuk üzerindeki velayet hakları devam edecektir³⁴.

6. ÇOCUĞUN AİLE HUZURUNUN KATLANILAMAYACAK DERECEDE BOZULMASI

Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine, hâkim, çocuğun başka bir aile ya da kuruma yerleştirilmesine karar verebilir (TMK md. 347/2). Söz konusu önlemlerin alınması sırasında çıkacak masraflar; ana, baba ve çocuğun maddi gücü elvermiyorsa, devletçe karşılanır (TMK md. 347/3).

Çocuğun bir aile ya da kuruma yerleştirilmesi halinde, ana ve babanın velayet haklarının devam ettiği de gözönünde bulundurularak, kanun koyucu, çocuğa yönelik nafaka yükümlülüğünün devam edeceğini düzenlemiştir (TMK md. 347/4)³⁵.

Söz konusu 347. maddenin 2. fıkrasında geçen “...ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine...” lafzı önem arz etmektedir. Bu madde itibariyle hakimin bir tedbire hükmedebilmesinin nihai şartı bir istemin var olmasıdır. Çocuğun aile içinde kalması, ailenin huzurunu gerçekten katlanamayacak derecede bozuyor ve bu huzurun tekrar sağlanması için çocuğun bir aileye ya da bir kuruma yerleştirilmesinden başka da bir çare kalmamış olsa bile, tedbirin sağlanması için taraflardan herhangi bir talep gelmediği durumda, hakim, söz konusu tedbirlere hükmedemez³⁶. “...ana ve baba” lafzından anlaşılacağı üzere, ebeveynler arasında talepte birliğin sağlanmış olması gereklidir. Sonrasında gelen “...veya çocuğun” lafzı ise, temyiz kudretini haiz çocuğun talebi, ana ve babasıyla çelişse bile, hakimin, haklı gerekçe ile koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisine sahip olduğunu göstermektedir.

B. VELAYETE MÜDAHALENİN SONUÇLARI

Hakimin velayete müdahale kararı hukuki niteliği itibariyle bir tedbirdir. Yükümlünün hakimin velayete müdahale kararında belirttiği tedbire karşı direnmesi durumunda, HMK'nin “Tedbire Muhalefetin Cezası” başlıklı 398. maddesine göre 1 aydan 6 aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılmasına karar verilir³⁷. Bu cezayı verecek yetkili ve görevli mahkeme, uyuşmazlığın esasına ilişkin bir dava açılmışsa esasa ilişkin davanın görüldüğü mahkeme, esasa ilişkin bir dava henüz açılmamış ise direnilen tedbire karar vermiş mahkemedir.

Kanun lafzında geçen “...verilir.” ifadesi, hükme uymakla yükümlünün, hükme uymaması halinde, alt sınırdan da olsa, mutlaka bir hapis cezası ile disiplin altına alınacağını gösterir.

³⁴ AKINTÜRK, s. 425; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 351.

³⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 351.

³⁶ ÖZTAN, Temel Kavramlar, s. 471.

³⁷ ÖZUĞUR, s. 582.

Çocuk hakkında alınan tedbirlerin, ana ve babanın velayet hakkına halel getirmeyeceğini ifade etmiştik. Çocuğun alınan tedbirler icabında, eşlerden birine, başka bir aile ya da bir kuruma verilmesi durumunda da söz konusu velayet hakkı devam edeceğinden, çocuğu elinden alınan eş ya da eşlerin çocuğa yönelik yükümlülükleri (özellikle nafaka yükümlülüğü) son bulmayacaktır. Bu çerçevede, her iki eş, çocuğun masraflarına müştereken katılmak zorundadırlar.

Ayrıca; Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme'nin ilk maddesi gereğince, çocuğun akid devletlerden birine yerleşmesi ya da akid devletlerden birinde mutad olarak bulunuyor olması halinde, mutad meskenin bulunduğu devlete, küçüğün vatandaşı olduğu devlet otoritesince haber verilmesi ile çocuğun vatandaşı olduğu devlet makamlarınca alınan ilgili tedbirler, mutad meskenin bulunduğu devletçe uygulanacaktır. Söz konusu tedbirlerin sonradan alınması halinde de, mutad meskenin bulunduğu devlete haber verilmesi ile mezkur tedbirler uygulanabilecektir. Ancak; küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devlet, küçüğün şahsı ya da malları ciddi bir tehlikeye maruz kaldığı takdirde, küçüğün vatandaşı olduğu devletten bağımsız olarak, velayet hakkına ilişkin bazı tedbirlere hükmedebilir. Ancak bu tedbirler, akid devletlere haber verilmek suretiyle uygulanabilir tedbirler olamayacaktır. Bu tedbirler, devletlerin bilahare anlaşmaları ihtimali haricinde, yalnızca tedbirin alındığı devlet sınırları içinde geçerli olabilecektir.³⁸

³⁸ ÖZÜĞÜR, s. 583-585.

SONUÇ

Çocuklar; hem bedenlen hem de ruhen bakıma muhtaç varlıklardır. Ana ve babanın çocukları üzerinde sahip olduğu velayet hakkı, çocuğa yönelik yetkiler ile birlikte sorumlulukları da barındırmaktadır. Ebeveynler, çocuklarına karşı yüklendikleri sorumlulukları yapmaz ya da yapamaz hale geldiyse, hukuk düzeni, çocuğun menfaatlerini korumakla mükelleftir.

Çocuğun yüksek yararı ilkesi çerçevesinde, hakim, belirli şartların yerine gelmesiyle velayete müdahale etmekte yetkili ve görevli olacaktır. Bu görev, kamu düzeninden kaynaklandığından bir ödev mahiyetindedir. Böylece, hakimler bazen re'sen bazen de talep ile bağlı olarak, çocuk hakkında koruma tedbirlerine hükmetmektedirler. Hakimin verdiği hükme karşı direnilmesi, tedbirlere uymamanın cezası kapsamında disiplin hapsini gerektirir.

Hakim, koruma tedbirlerine hükmederken, çocuğun yüksek yararı ilkesinin yanında, temyiz kudretini haiz olup olmadığını da denetleyerek, çocuğun görüşünü almaya yatkın davranmalıdır. Çocuğun görüşünün alınması ilkesi, her ne kadar temyiz kudretine bağlı bir kanuni hüküm ise de, çocuğun temyiz kudretini haiz olması durumunda görüşünün alınması, hakimin mutlak bir görevidir. Bu doğrultuda, çocuk, kendisi ile ilgili alınacak velayet hakkına müdahale kararına fikren iştirak edebilecektir.

Çocuğun görüşünün alınması ilkesi ve çocuğun yüksek yararı ilkesi, yalnızca velayete müdahale sırasında değil, velayet hakkının kullanımı süreci boyunca etkin ilkelere bağlıdır. Bu ilkelere uyulmaması ve kanuni sebepler var olduğu durumda, hakim velayete müdahale ederek kamu düzenini sağlayacaktır.

Son olarak; küçüklerin haklarının korunması amacıyla birçok ulusal ve uluslararası hükümler bulunsa bile, devletin bakıma muhtaç olan çocukların haklarını gözetmesinin yegane yolu, toplumsal bilinçlenmeyi sağlamaktır. Ana ve babanın kusurlu olup olmadığından bağımsız olarak, çocuğun yüksek yararına hanel gelmesi halinde, çocuğun maddeten ve manen telafisi zor ya da imkansız zararlara maruz kalmasını beklemeden koruma altına alınabilmesi için, toplum olarak elbirliğiyle çalışılması elzemdir. Bu makale, umuyorum ki, söz konusu toplumsal bilincin sağlanması konusunda küçük de olsa bir katkı sağlamıştır.

“Kim demiş çocuk küçük bir şeydir? Bir çocuk belki de en büyük şeydir.” J.J. Rousseau.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut/**ATEŞ KARAMAN**, Derya, Aile Hukuku, 15. Basım, Beta Yayınları, İstanbul 2013

AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku, C. 2, 9. Bası, İstanbul 2004

AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku ile Çocuk Hakları ve Korunması, Pegem Akademi, Ankara 2012

BAYGIN, Cem, Soybağı Hukuku, 1. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010

BOZKURT, Enver/**ÖZCAN**, Mehmet/**KÖKTAŞ**, Arif, Avrupa Birliği Hukuku, Asil Yayınları, Ankara 2008

ÇELİK, Cemil, “Velayetin Kaldırılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2004 S: 1

ÇETİNER, Selma Baktır, Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000

DURAL, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, 9. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013

İMAMOĞLU, Hülya, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2004 S: 1

ÖZUĞUR, Ali İhsan, Türk Medeni Kanunu'nun Değişen Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı ve İçtihatlı Velayet – Vesayet – Soybağı – Evlat Edinme Hukuku – Diğer Eşin Rızası ve Onamına Bağlı İşlemler, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015 (Aile Hukuku)

ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 17. Basım, Ankara 2005 (Temel Kavramlar)

ÖZTÜRKMEN İCAN, Yeşim, “Hakimin Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi”, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Samsun 2015

REMZİ, Mehmet/**AYDIN**, Sezer/**İSPARTALI**, Murat, Medeni Hukuk, 2. Bası, İkinci Sayfa, İstanbul 2012

SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005

SOLAK, Özlem Ezgi, “Boşanmanın Çocuklar Bakımından Hukuki Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014

ZAPATA, Tan Tahsin, Medeni Hukuk, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016