

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**BOŞANMANIN ÇOCUKLAR BAKIMINDAN
KİŞİSEL SONUÇLARI**

Yüksek Lisans Tezi

SELDA YOKUŞ MEMİŞOĞLU

İstanbul, 2019

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**BOŞANMANIN ÇOCUKLAR BAKIMINDAN
KİŞİSEL SONUÇLARI**

Yüksek Lisans Tezi

SELDA YOKUŞ MEMİŞOĞLU

Danışman: DOÇ.DR. İPEK SAĞLAM

İstanbul, 2019



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

ÖZEL HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS öğrencisi Selda Yokuş Memişoğlu'nun BOŞANMANIN ÇOCUKLAR BAKIMINDAN KİŞİSEL SONUÇLARI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 25.04.2019 tarih ve 2019-11/10 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 19.06.2019

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

			İmzası
1.	Tez Danışmanı	Doç. Dr. İPEK SAĞLAM	
2.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. CANAN YILMAZ	
3.	Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi AHMET AYAR	

(Handwritten signatures of the members listed in the table)

ÖZET

Bu çalışmada, boşanmanın çocuklar bakımından kişisel sonuçları incelenmiştir. Boşanma sonrasında, müşterek çocukların bedeni, fikri ve ahlaki gelişimi açısından velayetin hangi ebeveyne bırakılacağı ve çocukla diğer ebeveyn arasında kurulacak olan kişisel ilişki önem arz etmektedir. Çalışmanın birinci bölümünde, velayet hakkının tanımı ve hukuki niteliği açıklanmış, ardından velayet hakkı düzenlenirken gözetilecek ilkelere, özellikle 'Çocuğun Yararı' ilkesine detaylı olarak, yer verilmiştir. Medeni Kanunda düzenlenmemiş olmakla beraber doktrindeki tartışmalar, Yargıtay kararları ile güncel gelişmeler ışığında birlikte velayet kurumuna değinilmiştir. İkinci bölümde, velayet düzenlemesinde meydana gelen değişiklikler, görevli ve yetkili mahkemeler ile icra iflas uygulamaları incelenmiştir. 'Çocuk ile Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi' başlıklı son bölümde ise, kişisel ilişki düzenlenirken gözetilecek ilkeler, kişisel ilişkinin kurulma şekli ve uygulanabilirliği, mahkemelerin görev ve yetkisi ile kişisel ilişki kurulmasına dair ilamın icrası hususları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Velayet Hakkı, Çocuğun Yararı, Birlikte Velayet, Kişisel İlişki.*

ABSTRACT

In this thesis, personal results arising from divorce regarding children are examined. After divorce, it is important to determine which parent to leave custody in terms of physical, intellectual and moral development of the children, and personal relationship between the child and non custodial parent. In the first chapter, the definition of the right to custody and its legal qualification are explained, and then the principles to be observed while regulating the right to custody, particularly “The Best Interest of the Child Principle”, are investigated in detail. Although it is not regulated in the Civil Code, the concept of custody is mentioned within the framework of current developments, discussions in the doctrine and decisions of the Supreme Court. In the second chapter, the changes in the custody regulations, the authorized and competent courts and enforcement bankruptcy practices are examined. In the last chapter titled “Regulation of Personal Relationship with Children”, principles to be considered in personal relationship regulation, the form and applicability of personal relationship, jurisdiction of courts and execution of personal relationship are studied.

Keywords: *Custody right, The best interest of the child, Joint custody, personal relationship.*

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

KISALTMALAR.....	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM VELAYET HAKKI VE DÜZENLENMESİ

I. GENEL OLARAK.....	3
II. VELAYETİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	7
A. Velayetin Tanımı	7
B. Velayetin Hukuki Niteliği	8
III. VELAYETİN DÜZENLENMESİNDE GÖZETİLECEK İLKELER.....	12
A. Genel Olarak.....	12
B. Çocuk Bakımından Gözetilecek İlkeler	13
1. Çocuğun Yararı.....	13
2. Çocuğun Özellikleri	18
C. Anne Baba Bakımından Gözetilecek İlkeler	32
D. Uzman Bilirkişilerin Görüşlerinden Yararlanılması	43
E. Velayetin Bütün Olarak Ve Şartsız Düzenlenmesi.....	47
F. Medeni Kanun'da Düzenlenmemiş Bir Konu Olarak Birlikte Velayet ...	49

İKİNCİ BÖLÜM VELAYET DÜZENLEMESİNDE DEĞİŞİKLİKLER

I. VELAYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ.....	60
A. Genel Olarak.....	60
B. Velayetin Değiştirilmesini Gerektiren Olgular	64
II. VELAYETİN KALDIRILMASI	69
A. Genel Olarak.....	69
B. Velayetin Kaldırılmasını Gerektiren Olgular	74
C. Velayetin Kaldırılmasının Sonuçları	92

III. VELAYETİN DÜZENLENMESİNDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	97
IV. VELAYETE İLİŞKİN DÜZENLEMENİN İCRA İFLAS KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE YERİNE GETİRİLMESİ.....	101

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM ÇOCUK İLE KİŞİSEL İLİŞKİNİN DÜZENLENMESİ

I. KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ DAYANAĞI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	105
II. KİŞİSEL İLİŞKİ DÜZENLENİRKEN GÖZETİLECEK İLKELER	109
A. Genel Olarak.....	109
B. Çocuk Bakımından Gözetilecek İlkeler.....	110
C. Anne Baba Bakımından Gözetilecek İlkeler	116
D. Kişisel İlişkinin Kurulma Şekli	121
E. Kişisel İlişkinin Uygulanabilirliği ve Süre.....	123
F. Uzman Görüşünden Yararlanma	125
III. KİŞİSEL İLİŞKİ DÜZENLEMESİNDE DEĞİŞİKLİKLER.....	126
A. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Değiştirilmesi.....	126
B. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Reddedilmesi ve Kaldırılması.....	128
IV. ÇOCUK İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİLER ARASINDA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI.....	132
V. KİŞİSEL İLİŞKİNİN KURULMASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	137
VI. İCRA İFLAS KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ YERİNE GETİRİLMESİ.....	138
SONUÇ.....	141
KAYNAKÇA	144

KISALTMALAR

AY	: Anayasa
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
b.	: Bent
bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
f.	: Fıkra
FBE	: Fen Bilimleri Enstitüsü
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK.	: İcra İflas Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: Ve Devamı

GİRİŞ

Çalışmanın konusunu, Türk Medeni Hukuku'nda boşanmanın çocuklar bakımından doğurduğu kişisel sonuçlar oluşturmaktadır. Bu bağlamda velayet ve kişisel ilişki kavramlarının açıklanması, düzenlenme yapılırken gözetilmesi gereken ilkeler, mevcut düzenlemelerin değiştirilmesi, görevli ve yetkili mahkemeler ile İcra İflas Kanununun velayet ve kişisel ilişkiye dair hükümleri inceleme konusu yapılmıştır.

Bu çalışmanın amacı, çocuğun üstün yarar ve güvenliği esas alındığında, velayet ve kişisel ilişki konularında mevzuatta yer alan eksiklikleri ve uygulamada yaşanan sıkıntıları gözler önüne serip; boşanmanın tarafı olmadığı halde bu neticeden psikolojik ve sosyolojik olarak etkilenen çocukların kişi varlığı haklarının¹ korunmasına hizmet etmektir.

Toplumun temeli aile; ailenin temeli de çocuklardır. Çocuklar, anne babalarının yanında, huzurlu ve mutlu bir aile ortamında, ihtiyaç duydukları ilgi ve bakımı görmüş, sağlıklı olarak büyümüş ve özgüven çerçevesinde kendi bağımsız kişiliklerini kurabilmişlerse, ailelerin ve toplumun huzur ve mutluluğu temin edilmiş olacaktır.

Evlilik, kadın ve erkeğin hayat birlikteliğine söz vermeleridir. Ancak bu birliktelik; ölüm, gaiplik, hükümsüzlük ve boşanma gibi çeşitli sebeplerle sona erebilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda evliliğin; kurulması, evlenme töreni, törenin şekli bakımından düzenlemelere yer verilmekle beraber; evliliği sona erdiren sebeplerden boşanma konusunda da boşanma sebepleri, boşanmanın eşler ve çocuklar bakımından sonuçları ayrıntılı bir şekilde kaleme alınmıştır.

¹ Kişi varlığı hakkı, kişinin manevi dünyasına ilişkin olup malvarlığı dışında kalan ve maddi bir bedel ile ölçülmesi mümkün olmayan haklardır. Kişinin hayatı, sağlığı, ismi, şeref ve haysiyeti gibi kişilik hakkı bunların başında yer almaktadır. Detaylı bilgi için bkz. M.Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 13. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006, s.119 vd.; Kişilik hakkı, kişiyi var eden, sadece var olması nedeniyle tanınan, ayrılmaz biçimde sahip oldukları, hukuk düzenince korunan ve onu diğer bireylerden farklılaştıran haklardır. Detaylı bilgi için bkz. Sibel Özel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2004, s.27; Mine Kaya, "Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması", [Elektronik Versiyon] *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, S.2010/4, (02.02.2019), s.279 vd.; Hülya İmamoğlu, "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C.54, S.2, s.183 vd.

Anne babalar boşanmayı bir kurtuluş, bir çıkış yolu olarak gördüklerinde, çocuğun velayeti taraflar arasında karşılıklı bir savaş aracı olarak kullanılmakta; çocuğun üstün yarar ve güvenliği zaman zaman ikinci plana atılabilmektedir.

Bu çalışmada, çocukların velayeti ve kişisel ilişkisinin tesisinde karşılaşılan problemler ve mevzuattan kaynaklanan sorunlar ele alınmakla toplumların aydınlık geleceğe kavuşmasının garantisi olan çocukların psikolojik ve sosyolojik açıdan sağlıklı birer birey olarak yetişebilmeleri için olması gereken ve arzulanan düzene dair düşünce ve kanaatlerimiz yer almaktadır. Bu bağlamda çalışmamızın birinci bölümünde velayet hakkı ve kapsamı, velayetin düzenlenmesinde gözetilecek ilkeler; ikinci bölümünde, mevcut düzenlemenin değiştirilmesi, görevli ve yetkili mahkeme ile velayete ilişkin düzenlenmenin İcra İflas Kanunu hükümlerine göre yerine getirilmesi; üçüncü bölümünde çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesi, kişisel ilişki tesisinde gözetilecek ilkeler, mevcut düzenlemenin değiştirilmesi, görevli ve yetkili mahkeme ile İcra İflas Kanunu hükümlerine göre kişisel ilişki kurma hakkının yerine getirilmesi başlıkları yer almaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

VELAYET HAKKI VE DÜZENLENMESİ

I. GENEL OLARAK

Türk Medeni Kanunu'nda boşanmanın çocuklar ile ilgili kişisel sonuçları, 182 ve 183'üncü madde hükümleri uyarınca, velayet hakkının anne babadan hangisine bırakılacağı, çocuk ile anne baba arasındaki kişisel ilişki; durumun değişmesi halinde hakimin gerekli önlemleri alması, şeklinde düzenlenmiştir. Velayet hakkı ve kişisel ilişki, boşanmanın fer'i sonuçlarındandır; boşanma ile kendiliğinden doğmaz, kararda yer almaya bağlıdır. Hakim, kamu düzenine² ilişkin olan velayet ve kişisel ilişki konularında herhangi bir talep olmaksızın re'sen karar verir³. Ancak üçüncü kişilerle kişisel ilişki bakımından TMK. m. 325 hükmü, talep zorunluluğu getirmekle bu kuralın istisnasını teşkil etmektedir⁴.

Velayetin kamu düzenine ilişkin olmasından, bu konuda anne babanın talep ve düşüncelerine nazaran çocuğun menfaatinin göz önünde bulundurulması zorunluluğu

² Kamu düzeni, belirli bir ülkede, belirli bir zamanda kamu yararını, kamu vicdanını ve genel ahlakı çok yakından ilgilendiren, toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kurallar bütünüdür. Detaylı bilgi için bkz. Ahmet Cemal Ruhi, "Türk Hukukunda Velayet ve Velayet ile İlgili Mahkeme İlamlarının Tenfizi", Terazi Hukuk Dergisi, Şubat 2014, C.9, S.90, s.27 vd.; Kamu düzeni, bir ülkede yaşayan halkın günlük yaşantısının güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik içinde sürdürülebilmesi için alınan önlemler ile bu doğrultuda gerekli koşulların sağlanması; devletin işleyişine hakim olan ilkelerle birlikte bireylere uygulanan ve uyulması zorunlu kurallar bütünüdür ifade eder. bkz.(Ali Özdemir, "Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım", *International Journal Of Legal Progress*, 2016, C.2, S.2, [www.intjolep.com\(03.02.2019\)](http://www.intjolep.com(03.02.2019)), s.83'ten naklen); Toplumlar temel değerlerini aile ve velayet kurumu aracılığıyla yeni nesillere aktarırlar. Dolayısıyla çocuğun bedensel, zihinsel, zihinsel ve sosyal bakımlardan sağlıklı gelişmesinde, iyi bir eğitim almasında ve sağlıklı bir aile ortamında yetişmesinde kamusal yarar vardır. Bu nedenle, bütün hukuk sistemleri ana baba ve çocuklar arasındaki ilişkilerle yakından ilgilenmekte, bu ilişkilerin sağlıklı işlemesi ve ana babanın görevlerini yerine getirip getirmediğinin denetlenmesi amacıyla emredici kurallar koymaktadırlar. Dolayısıyla velayeti düzenleyen kurallar, kamu düzenine ilişkin hükümlerdir. bkz.(Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması*, 6. Baskı, Ankara: Pegem Akademi Yayıncılık, 2018, s.225'ten naklen).

³ Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku-Aile Hukuku*, C.III, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019, s.143; İsmail Lale/Ömer Lale, *Evlilikte Hukuksal İlişkiler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s.314; Mustafa Şimşek, *Aile Mahkemelerinin Görevine Giren Davalar ve Yargılama Usulü*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2005, s.71.

⁴ TMK m.325: "Olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabilir."

anlaşılmalıdır⁵. Velayetin kamu düzeninden olmasının önemli bir sonucu olarak da davalarda re'sen araştırma ilkesinin uygulanması gündeme gelmektedir⁶.

Velayet hakkı TMK. m.336 uyarınca⁷, evlilik birliği içinde anne ve baba tarafından birlikte kullanılırken; boşanma ile evlilik birliği sona ereceği için velayet hakkının kullanımı anne veya babadan birine bırakılacaktır. Anılan maddenin 2'nci fıkrasına baktığımızda ise, ortak hayata son verilmiş veya ayrılık gerçekleşmişse hakim velayet hakkını eşlerden birine verebileceği yer almaktadır. Yani boşanmadan farklı olarak⁸ ayrılık halinde velayet hakkı, anne ve babanın birlikte kullanımına da bırakılabilecektir.

Ayrılık söz konusu olduğunda, kanunun lafzından hareketle hakim velayet seçimi bir yetki olarak velayeti anne ve babanın birlikte kullanımına bırakabilecek olmasına rağmen, boşanmada birlikte velayete ilişkin kanuni bir düzenlemenin bulunmamasına dair yorum ve eleştiriler ile bu konudaki gelişmeler '*Medeni Kanunda Düzenlenmemiş Bir Konu Olarak Birlikte Velayet*' başlığı altında ele alınacaktır.

⁵ Selma Çetiner, "Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği", [Elektronik Versiyon], *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, 2017, C.19, Özel Sayı, (02.02.2019), s.40.(Tarihi Gelişim).

⁶ "...Velayet, kişisel ilişki kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu nedenle yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutulması gerekir." Yargıtay 2. HD. 29.11.2018. E.2018/4200, K.13839(Sinerji); "...Çocukların korunması kamu düzenine ilişkin olup, boşanma veya ayrılık vukuunda hakim, müşterek çocukların velayet haklarının kullanılması biçimi ile çocuklarla anne babanın şahsi ilişkilerine dair gerekli düzenlemeleri oluşturulan kararın bir sonucu olarak ve görevi gereği re'sen gözetmek zorundadır." Yargıtay 2. HD. 13.01.2014. E.2013/18235, K.2014/15 bkz.(Hilal Karaca, "Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükümleri", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s.9, dn.32); "...Velayetin, kullanılmasını, çocuğun ana ve babadan alınması velayet hakkının nezini velayet hakkının nezinin sonuçlarını düzenleyen Medeni Kanunun 262 ve devamı maddelerden anlaşıldığı üzere, velayet hakkındaki davalar kamu düzeni ile ilgilidir. Velayeti haiz olan ana ya da babanın açılacak velayete ilişkin davayı kabul etmesi sonuç doğurmaz." Yargıtay 2. HD. 25.10.1993. E.1993/9213, K.9790 (Esat Şener, Nafaka, Velayet, Vesayet Evlatlık, Babalık, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1994), s.193; "...Velayet kamu düzenine ilişkindir. Tarafların kabulüne değer verilmez." Yargıtay 2. HD. 20.06.2007. E.2006/16532, K.2007/10432 (Zafer Ergün, Boşanma Davaları, 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), s.

⁷ TMK m.336: "Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. / Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse, hakim velayeti eşlerden birine verebilir. / Velayet, ... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir."

⁸ Kanunda açıkça bir hüküm olmamakla beraber, 6684 Sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan "11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi hükmüne göre, 'Eşler, evliliğin sona ermesi durumunda çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar.' düzenlemesiyle birlikte velayeti engelleyici hüküm örtülü olarak ortadan kaldırılmış bulunmaktadır.

Boşanma kararı ile birlikte çocukların velayetinin taraflardan hangisine verileceği hususunda Türk Medeni Kanunu belirli kıstaslar koymamış; bu husus, TMK 182. maddesiyle hakimin takdir yetkisine bırakılmıştır⁹.

“*Hakimin takdir yetkisi*” başlığı altındaki TMK. m. 182’nin 1’inci fıkraya hükmü, “*Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.*” şeklindedir¹⁰. Ancak hakim, anne, baba veya vasi ve vesayet makamının bu düzenlemeye ilişkin düşünceleriyle bağlı değildir; onu bağlayan tek husus, çocuğun menfaattir¹¹.

Madde düzenlemesinde yer verilen “olanak buldukça” ifadesi, uygulamada keyfi davranışlara neden olabileceğinden eleştirilmektedir¹². Çetinkaya¹³, ilgililerin dinlenmesinin önemine binaen bu hususun hakimin takdir yetkisine bırakılmasının insan haklarıyla bağdaşmayacağını belirtmiştir. Ancak hakimin buradaki takdir yetkisi sınırsız değildir. Karar verirken hakimi bağlayacak olan en önemli ve en temel ilke, ‘Çocuğun Yararı’dır. Çocuğun yararı gerektirdiğinde hakim ilgililerin dinlenmesinden sarfınazar da edebilmelidir. Zira ‘olanak buldukça’ ifadesi tam olarak hakime bu imkanı da sağlamaktadır. Bu ifadenin çocuğunu yararını temin etme amacına yönelik olduğu düşünüldüğünde, terim anlamını ve keyfi davranış eleştirilerini aştığını söylemek yerinde olacaktır.

Diğer taraftan, ‘olanak buldukça’ ifadesi, uzun yıllar süren boşanma davalarında, velayet ve kişisel ilişki tesisinde, salt anne baba dinlenemediği veya vasi ve

⁹ Ebru Ceylan, Türk ve İsviçre Hukuku’nda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 1. Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2006, s.157.

¹⁰ Soyut, genel ve objektif bir kuralın somut olaya, onun özelliklerine ve farklılıklarına göre uygulanması takdir yetkisinin kullanılmasıdır. Detaylı bilgi için bkz. Şener Akyol, Medeni Hukuka Giriş-Prof. Dr. Bülent Köprülü’nün Anısına Armağan, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s.336

¹¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.144; Namık Yalçınkaya/Şakir Kaleli, Boşanma Hukuku, Ankara: Türk Hava Kurumu Basımevi, 1987, s.1845.; Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Aile Hukuku, İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaası, 1985/1986, s.197.; Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990, s.500.

¹² Ceylan, s.156; Canan Şimşek, “Türk Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2012), s.72; Volkan Çetinkaya, “İnsan Hakları Hukuku Açısından Velayet”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2009), s.50.

¹³ Çetinkaya, s.50.

vesayet makamının düşüncesi alınmadığı için çocuğun içinde bulunduğu belirsizlikleri gidermek, çocuğun psikolojik ve sosyolojik olarak daha fazla zarar görmesini engellemek açısından da çocuğun yararını temin etmektedir.

Hal böyle olmakla hakim, velayet ve kişisel ilişki düzenlemesinde kanunda yer alan kişilerin düşüncelerini almamış ya da alamamışsa, bunun nedenlerine de gerekçeli kararında ayrıntılı olarak yer vermelidir. Bu şekilde hakimin takdir yetkisinin keyfilige dönüşmesine dair endişeler ve soru işaretleri de ortadan kaldırılmış olacaktır.

Hakimin anne babayı dinleyip, vasi ve vesayet makamının düşüncesini almasına dair TMK.'da bir düzenleme mevcut iken; dinlenebilecek yaştaki çocuğun düşüncesinin alınması gerektiği hususunda hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Bu da yine TMK.'nın eleştirilen yönlerinden biridir¹⁴. Velayet hakkı düzenlenirken, çocuk, dinlenecek ve kendisini ifade edebilecek yaşta ise velayet konusunda görüş ve düşüncelerinin alınması, onun üstün yarar ve menfaati bakımından bir zorunluluktur. İdrak yeteneğini haiz çocuğun velayet konusundaki tercihinin tüm dosya kapsamı ve delillerle birlikte değer verilmesi gerekir.

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin¹⁵ istikrar kazanan içtihatlarına göre Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3'üncü ve 6'ncı maddeleri ile Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12'nci maddesi¹⁶ uyarınca çocuğun görüş ve düşüncesi alınmadan karar verilmesi doğru görülmemektedir¹⁷.

¹⁴ Ceylan, s.156; Saibe Oktay Özdemir, "Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.II, s.1223.

¹⁵ Yargıtay 2. HD. 10.06.2002. E.7067, K.7794 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı); Yargıtay 2. HD. 05.04.2004. E.3590, K.4216 (Sinerji); "18.01.2001 tarihli 4620 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ve Bakanlar Kurulunun 12.03.2002 tarihli 2002/3910 sayılı kararıyla onaylayarak yürürlüğe konulan "Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi" iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen çocuklara, kendilerini ilgilendiren davalarda, dava ile ilgili tüm bilgileri almak, kendisine danışılmak ve kendi görüşünü açıklamak olanağının sağlanması hakkını tanımıştır. (Söz. m. 3) Bu bakımdan çocuğun dinlenmesi ve görüşünün alınması, gerektiğinde velayet düzenlemesine esas olmak üzere, bilirkişilerden mütalaa alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme ile velayetle ilgili yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." Yargıtay 2. HD. 08.11.2005. E.12496, K.15273 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 10.03.2014. E.2973, K.5025 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 22.09.2003. E.10492, K.11852 (İsmail Özmen, Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara: Kartal Yayınevi, 2005) s.565.

¹⁶ 20 Kasım 1989'da New York'ta Birleşmiş Milletlerin kabul ettiği ve 1994 yılında Türkiye tarafından onaylanmış olan Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m.12/I-II hükmüne göre: "Görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip her çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı"nın var olduğu ve "bu amaçla çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari

Çocuğun dinlenilme hakkı, kişiye sıkı surette bağlı bir haktır. Bu hak, çocuğun anne ve babasının boşanmasından sonra kendi durumu hakkında açıklama yapmasına, velayete ilişkin tercihini beyan etmesine; gerçek istek ve düşüncelerinin anlaşılmasına zemin hazırlayacaktır¹⁸. Bu açıdan çocuğun yaşı veya başka özellikleri engel oluşturmadıkça, velayet ve kişisel ilişki tesisinde çocuğun dinlenilmesine imkan tanınması ve çocuğun dinlenilme hakkının TMK.'da açıkça düzenlenmesi, çocuğun üstün yarar ve menfaati bakımından olumlu bir adım olacaktır¹⁹.

II. VELAYETİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Velayetin Tanımı

TMK.'da velayetin tanımı yapılmamış, kapsamının belirlenmesiyle yetinilmiştir²⁰. Kelime anlamı olarak velayet; sevmek, sahip çıkmak, yardım ve idare etmektir²¹. Hukuk alanında ise, başkasına söz geçirme; onun üzerinde egemenlik ve otorite kurma yetkisidir²².

kovuşturmada çocuğun ya doğrudan veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenmesi fırsatının tanınması" gerektiği düzenlenmiştir. bkz.(Oktay Özdemir), s.1221.

¹⁷ Ergün, s.1083; Nazif Kaçak, Boşanma Nafaka Mal Rejimleri Velayet, Ankara: Kartal Yayınevi, 2004, s.648; Sevde Keçer, "Boşanmalarda Çocuğun Kişi Varlığının Hukuksal Açısından Korunması", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2010), s.166; Çetinkaya, s.4; Ahmet Kılıçoğlu, Medeni Kanunumuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003, s.125; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuk-Aile Hukuku, 21. Bası, C.II, İstanbul: Beta Basımevi, 2019, s.311(Aile); Lale/Lale, s.315; Şimşek, s.71; Şerafettin Şanver, Evliliğin Kırmızı Çizgileri 6100 Sayılı HMK'ya Göre Boşanma Davaları El Kitabı, 3. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2014, s.431.(2014); Hakkı Dinç, Hukuk Merceği Konferans ve Paneller, Ankara Barosu Yayınları, 2003, s.646; Emine Akyüz, "Cumhuriyet Döneminde Çocuk Hukukundaki Gelişmeler", Cumhuriyet ve Çocuk-II. Ulusal Çocuk Kültürü Kongresi Bildirileri, Ankara: Ankara Üniversitesi Çocuk Kültürü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, 4-6 Kasım 1998, s.502(Cumhuriyet).

¹⁸ Ceylan, s.193; Oktay Özdemir, s.1228; Karaca, s.71 vd.; Neşe Doğan Yüksel, "Nereden Çıktı Bu Aile Mahkemelerindeki Uzmanlar", [Elektronik Versiyon] *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, S.99, [http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/arama?d1=0&d2=0&s=0&k=8&w=\(25.12.2015\)](http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/arama?d1=0&d2=0&s=0&k=8&w=(25.12.2015)), s.414.

¹⁹ Canan Şimşek, s.79.

²⁰ Serdar Çelikel, Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s.36; Hülya İmamoğlu, "Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, C.54, S.1, s.165(Tedip).

²¹ Ferit Devellioğlu, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Sözlük, Ankara, 2001, s.1145; Keçer, s.83; Ali Naim İnan, "Özel Hukuk Bakımından Ana-Baba İle Çocuk İlişkileri Ve Çocukların Ana-Babaya Karşı Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan*, 1995, No.498, s.20.

²² Sinerji Sözlük; Çetiner, s.32(Tarihi Gelişim).

Doktrinde ve uygulamada velayet, “*kural olarak küçüklerin, istisnai olarak ergin olan kısıtlıların bakımı ve korunmalarının sağlanması için onların kişilikleri ve malları üzerinde ana ve babanın sahip oldukları görev, yetki ve hakların tümü*” olarak tanımlanmaktadır²³.

Velayet hakkının kapsamı, TMK. m. 339 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda çocuğun; eğitilmesi, yetiştirilmesi; bedensel, zihinsel, ruhsal ve ahlaki gelişiminin sağlanması, isminin konulması, olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme olanağının tanınması, menfaati ve gelişimi tehlikeye düştüğünde her türlü tedbirin alınması; gerektiğinde hakim m. müdahalesinin talep edilmesi hususları yer almaktadır. Çocuk mallarına ilişkin olarak bu malların korunması, yönetilmesi, harcanması konuları da velayet hakkının kapsamına dahildir²⁴.

B. Velayetin Hukuki Niteliği

Velayet hakkı, çağdaş düşünce sistemlerinde çocuğun korunmasını sağlayan bir kurum; çocuğu gelecekteki yaşama hazırlamak amacıyla anne babaya verilmiş hukuki bir görev olarak ifade edilmektedir²⁵.

Yetik’e göre velayet, evlilik devam ederken anne babaya birlikte; evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde anne veya babaya tek başına kullanılmak üzere tanınmış iktidardır²⁶.

Velayet, anne babaya yüklenen görev ve yetkiler ile bunların yerine getirilmesinde kendilerine tanınan haklardır²⁷. Bu durumda velayetin sadece bir hak ve

²³ Tekinay, s.483; Dural/Öğüz/Gümüş, s.357; Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.183; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s.1074; Emine Akyüz, “Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Yayını, No:125, 1983, s.22*.(Müşterek Hayatın Tatili); Abdülkerim Yıldırım, Türk Aile Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi, 2014, s.151; Hayrunnisa Özdemir/Ahmet Cemal Ruhi, Çocuk Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.192; Ceylan, s.152; Hakkı Özlü, Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, 1.Baskı, Ankara: Adil Yayınevi, 2002, s. 17; Çelikel, s.36; İnan, s.20; Ali Naim İnan, “Çocuğun Ve Çocuk Haklarının Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Prof. Dr. H. Cahit Oğuzoğlu’na Armağan, 1972, No.303, s.274*.(Oğuzoğlu’na Armağan); Erol Cansel, “Velayet Hakkı Ve Kötüye Kullanılması Nedeniyle Kaldırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1977, C.I, No.406, s.137*.

²⁴ Ceylan, s.152; Selma Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2000, s.53 vd.

²⁵ Ceylan, s.153.

²⁶ Yetik, s.117.

sadece bir görev olduğu kabulü, bu hakkın kapsamı bakımından yetersiz kalacaktır. Zira doktrinde de velayetin anne baba için bir hak²⁸ olduğu gibi bir görev²⁹ ve bir yetki³⁰ olduğu kabulü yaygındır³¹.

Anne babanın çocuğun bakım ve eğitimi konusunda gerekli kararları almaları ve çocuğun anne babasının sözünü dinlemesi³² velayetin bir yetki olduğunu ortaya koymaktadır. Velayet hakkı bunu kullananın değil aslında çocuğun yararına bir haktır. TMK m. 339 uyarınca anne baba çocuğun yararına olacak şekilde karar da alabileceğinden, velayete bir yetki olarak bakılması kurumun niteliğinin doğal sonucudur³³.

Anne babanın aldıkları kararları uygulamaları da kendilerinden beklenen bir iş olduğu için velayetin görev yönünü ifade etmektedir. Anne baba bu yetkiyi kullanıp, görevlerini yerine getirirken de TMK.'nın kendilerine tanıdığı haklardan faydalanmakla velayet; yetki, görev ve hak tanımlamasını bir bütün olarak icra etmektedir.

Velayetin sadece bir hak ya da görev olarak tanımlanması, velayetin kapsamını tam olarak ifade etmeye elverişli değildir. Anne babanın velayetten doğan görev ve sorumlulukları, velayet kendilerinden alınmış, tamamen kaldırılmış olmasına rağmen devam etmektedir. Boşanmada velayet kendisine bırakılmayan tarafın müşterek çocuk bakımından nafaka yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca velayet kaldırılarak kuruma

²⁷ İzzet Doğan, “Türk Medeni Kanununa Göre Velayet”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_477.htm (19.10.2014).

²⁸ Hak, hukuk düzenince korunan, kişinin serbest iradesiyle kullanabileceği ve korunmasını talep etme hususunda kişinin yetkili kılındığı menfaattir. Detaylı bilgi için bkz. Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, Medeni Hukuk, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012, s.30.(Medeni); Hasan Erman, Medeni Hukuk Dersleri Başlangıç Bölümü, 4. Basım, İstanbul: Der Yayınları, 2012, s.85; Mehmet Ayan, Medeni Hukuka Giriş, 8. Baskı, Konya: Mimoza Yayıncılık, 2013, s.87; Oğuzhan Ardiç, Medeni Hukuk, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002, s.125; Reşat Kaynar, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul: Nihad Sayar Yayın ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, 1980, s.37; Rona Serozan, Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s.193; Zahit İmre, Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, İstanbul: 1976, s.222.

²⁹ Görev, bir şeyden (bir kimseden) yapılması beklenen iştir. bkz. Sinerji Group AŞ. Sözlük.

³⁰ Yetki, başkalarının davranışlarını yönlendiren kararlar verebilme ve kararları etkileme gücüdür. Detaylı bilgi için bkz. Ziya Bursalıoğlu, “Görev Yetki Sorumluluk Üzerine”, [Elektronik Versiyon] *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 1992, C.25, S.1, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/40/503/6028.pdf> (19.10.2014), s.5 vd.

³¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.357; Özmen, s.29; Çetinkaya, s.1; Gülistan Arabacı (Pişken), “Boşanmanın Çocuklar Bakımından Sonuçları”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, 2008), s.7 vd.; bkz. s.8, dn.21.

³² TMK m.339: “Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar. / Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür”.

³³ Gençcan, s.1038.

yerleştirilen çocuk için de kurumca nafaka talep edilebilmektedir. Bu durumda görülmektedir ki; anne babanın velayetten doğan görevleri velayet ilişkisi bulunmasa da varlığını korumaktadır.

Diğer taraftan velayeti yalnızca bir görev olarak kabul ettiğimizde, velayet ilişkisi ortadan kalktığında anne babanın çocukla olan tüm irtibatının da ortadan kalkması ve anne babanın çocukla ilgili hiçbir isteğinin olmayacağı sonucuna ulaşılır. Ki bu da, velayet kendisine bırakılmayan anne veya babanın çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkından söz edilemeyeceği anlamına gelir. Ancak kişisel ilişki, TMK. m. 182’de düzenlenmekle velayet kendisine bırakılmayan anne veya baba için böyle bir talebin mümkün olduğu görülmektedir³⁴. Öyleyse velayet için sadece bir görev tanımlaması yapılması onun içeriğini ifade bakımından eksik kalacaktır.

Bu açıklamaların ardından velayet kavramının tek bir tanıma bağlanmasının hem zor hem de sakıncalı olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü her tanım, bir kavrama dair tüm gerçekleri kapsayacak ve ilişkili olmayanları dışlayacak içeriği haiz olmayabilir³⁵.

Velayet hakkı, anne babanın kişilik haklarının bir parçasıdır ve sıkı surette onların kişiliklerine bağlıdır. Ancak velayet hakkı, asıl kişilik haklarından farklı olarak ana ve babaya kendi çıkarları için değil çocukların çıkarları için tanınmıştır³⁶. Kişiyeye sıkı surette bağlı olduğu için velayet hakkı, başkasına devredilemez, anlaşmayla ortadan kaldırılamaz, mirasçılara geçmez ve bu haktan feragat edilemez³⁷. Ancak velayet hakkını haiz olan anne veya baba, bazı görevlerin icrası için üçüncü kişilere yetki verebilirler. Örneğin, özel öğretmen tutulması durumunda, öğretmen velayetten doğan çocuğun eğitimi görevini üstlenmektedir. Eğitim görevinin kısmen üçüncü bir kişiye bırakılmış olması, anne veya babanın velayet hakkını ortadan kaldırmayacaktır³⁸. Zira velayetin kaldırılması, TMK.’da yazılı sebeplerden birinin varlığı halinde, ancak mahkeme kararı ile mümkündür. (TMK. m. 348)

³⁴ Baktır Çetiner, s.29 vd.

³⁵ Bursalıoğlu, s.5.

³⁶ Elvan Zeybek, “Velayet Hakkının Kullanımı”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2009), s.9.; Canan Şimşek, s.66.

³⁷ Baktır Çetiner, s.34 vd.; Özmen, s.29; Köprülü/Kaneti, s.248.

³⁸ İlknur Serdar, “Birlikte Velayet”, [Elektronik Versiyon] *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C.10, S.1, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz10-1/5ilknurserdar.pdf> (12.10.2014), s.160; Özlü, s.27.

Boşanma ile velayet hakkı kendisine verilmiş olan anne veya baba bu hakkı çocuğun yararına ve onun iyiliği yönünde kullanmak zorundadır³⁹.

Velayet, anne baba olmanın doğal bir sonucudur⁴⁰. Münhasıran anne babaya tanınmış bir haktır. Evlat edinme hariç anne baba dışında hiç kimseye tevdi olunamaz. Akrabalık ve yakınlık derecesi ne olursa olsun anne baba dışında üçüncü bir kişinin velayet hakkına sahip olması mümkün değildir⁴¹.

Anne babanın çocuk üzerinde haiz oldukları velayet hakkı, mutlak haklardandır. Anne baba, velayet hakkını ihlal eden herkese karşı bu hakkı ileri sürebilecektir. Velayet hakkından feragat etmek mümkün değildir. Ve bu hak, yasal bir sebep olmadıkça anne babadan alınamayacaktır. (TMK. m. 335/I)

Çocuk haklı bir neden olmaksızın başkaları tarafından alıkonur ve hatta velayet hakkının kullanımı engellenirse; velayet hakkına sahip olan anne veya babanın haksız fiil korumasından yararlanması, çocuğu haksız yere alıkoyandan zorla geri alabilmesi, haksız fiil tazminatı talep edebilmesi, velayet hakkının mutlak bir hak olmasından kaynaklanmaktadır⁴². Velayet hakkının mutlak bir hak olmasının diğer bir sonucu da, anne babanın çocuk lehine aldıkları kararları uygulayabilmeleridir⁴³. İlk ve orta öğretimde okul ve kurs seçiminden, belirli derslere katılıp katılmamak konusunda karar vermeye varıncaya kadar anne baba yetkilidir⁴⁴.

Velayet, kural olarak bölünemez bir haktır. Evlilik birliği içerisinde velayet, anne baba tarafından birlikte kullanılıp, velayetten doğan hak ve yükümlülükler de yine birlikte icra edilmektedir. Evlilik devam ederken velayetin taksimi söz konusu olmayacaktır.

³⁹ Özmen, s.31.

⁴⁰ Aydın Zevkliler/Ayşe Havutçu, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, s.311.

⁴¹ "...Velayet hakkı münhasıran anne ve babaya tanınan bir hak olup, evlat edinme hali hariç, anne baba dışında hiç kimseye tevdi olunamayacağından, mahkemece velayetin küçüklerin dedesi olan davacıya verilmesi şeklinde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 2. HD. 18.06.2008. E.3782, K.8892 (Mehmet Akif Tutumlu, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, 2. Baskı, C.II, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009) s.1369; Evlat edinme durumunda biyolojik olarak çocuğun anne ve babası olmayan evlat edinen de velayet hakkına sahip olmaktadır.

⁴² Sevgi Usta, Çocuk Hakları Ve Velayet, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2012, s.23; Özlü, s.27.

⁴³ Ceylan, s.153.

⁴⁴ Ana babanın bu hakkının anayasal ve yasal sınırları saklıdır. Detaylı bilgi için bkz. Rona Serozan, Çocuk Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005, s.251.(Çocuk).

Boşanma veya ayrılık gerçekleşmişse, velayet kendisine verilen anne veya baba, velayet hakkının tanıdığı tüm yetkilere de tek başına sahip olacaktır. Bu durumda çocuğun şahsına özen gösterme hak ve ödevi anne babadan birine; malları idare etme hak ve ödevi diğerine bırakılamayacaktır⁴⁵. Ancak bazı durumlarda çocuğun yararı, velayetin anne baba arasında taksim edilmesini gerekli kılabilir. Çeşitli sebeplerle yüksek miktarda malvarlığına sahip olan küçük bir çocuğun annesinin ilgi, bakım ve sefkatine muhtaç olması dolayısıyla şahsına özen bakımından velayeti anneye bırakılırken; mali konular bakımından da velayetin çocuğun maddi zararına engel olacak, mevcut imkanları iyileştirecek ve ekonomide detaylı bilgi sahibi olan babaya bırakılması çocuğun üstün yararına uygun olacaktır⁴⁶.

III. VELAYETİN DÜZENLENMESİNDE GÖZETİLECEK İLKELER

A. Genel Olarak

Boşanma kararı ile birlikte çocukların velayet hakkının anne veya babadan hangisine verileceği konusu büyük önem taşımaktadır. Çocuk, evlilik birliği içinde anne ve babasıyla gelişimi açısından en ideal olan aile ortamında yaşamaktadır. Ancak evlilik birliği boşanma ile sona erince bu ideal ortam da yok olmaktadır. Bu, çocuk bakımından istenmeyen bir durum olduğu için, çocuğun yaşantısını olumsuz olarak etkileyebilecektir⁴⁷.

Hakim, velayet hakkını düzenlerken çocuk ile anne ve baba açısından çeşitli ilkeleri dikkate alarak çocuk için en yararlı olan kararı vermek zorundadır. Zira çocuğun boşanmaya rağmen sağlıklı bir ortamda yetişmesi, öncelikle kendisinin, ardından ailesi ve toplumun yararına olacaktır. Bununla, velayet hakkının çocuğu daha iyi; ailesine ve topluma daha faydalı bir birey olarak yetiştirebilecek olan anne veya babaya verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

⁴⁵ Canan Şimşek, s.67.

⁴⁶ Baktır Çetiner, s.47; Özdamar, s.431(Cedaw).

⁴⁷ Nesrin Türkarıslan, “Boşanmanın Çocuklar Üzerinde Olumsuz Etkileri ve Bunlarla Başetme Yolları”, [Elektronik Versiyon] *Aile ve Toplum-Eğitim, Kültür ve Araştırma Dergisi*, 2007, C.3, S.11, (25.12.2015), s.100.

B. Çocuk Bakımından Gözetilecek İlkeler

1. Çocuğun Yararı

Problemlili bir evlilikte anne babasının kavga ve tartışmaları nedeniyle çocuk, sağlıklı bir gelişme ortamı bulamaz. Boşanma sonrasında velayet hakkı düzenlenirken çocuğun psikolojik ve sosyolojik açıdan huzurlu olacağı, kendini güvende hissedeceği bir ortama kavuşturulması gerekmektedir. Bu açıdan ailesi dağılmış olan çocuğun yaşamındaki olumsuzlukları en aza indirmek için velayet düzenlenmesinde gözetilecek olan temel ilke, çocuğun yararadır⁴⁸. Bu ilkedен anlaşılması gereken, çocuğun sadece o andaki yararlarının değil, gelecekteki yararlarının dahi her yönü ile korunmasıdır⁴⁹.

Çocuğun yararı kavramı, çeşitli hukuki düzenlemelerde farklı isimlerle yer almaktadır. Bu kavram, örneğin, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi'nin 3. maddesinde, 'çocuğun yüksek yararı'; Türk Medeni Kanunu madde 346'da, 'çocuğun menfaati'; Çocuk Koruma Kanunu madde 4/I/b'de, 'çocuğun yarar ve esenliği' olarak ifade edilmektedir.

Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi'nde⁵⁰, "çocuk beden, ruhen ve doğal biçimde gelişmesine olanak sağlayan koşullar içinde bulundurulmalıdır", "herhangi bir felaket anında yardım öncelikle çocuğa yapılmalıdır" ; çocuk haklarını düzenleyen ikinci evrensel belge olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi'nde⁵¹ ise "çocuğun saygınlık ve özgürlük koşulları içinde normal biçimde ve sağlıklı, sosyal,

⁴⁸Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi'nin 3. maddesinde çocukla ilgili bütün faaliyetlerde çocuğun yüksek yararının temel düşünce olacağı açıkça ifade edilmiştir. Türkiye bu anlaşmayı onaylamıştır. Bu durumda, velayet ilişkisinde çocuğun yararının temel düşünce olması, Anayasa madde 90/V'e göre, kanun hükmünde kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi'nin gereğidir.; Ceylan, s.154.; Çelikel, s.67.; Özmen, s.251.; Dural/Öğüz/Gümüş, s.144.; Akıntürk/Ateş, s.310.(Aile); Bahattin Aras, Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri, Ankara: Adalet, 2007, s.313.; Demet Özdamar, Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanun Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara: Seçkin, 2002, s.380.(Kadın); Demet Özdamar, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (Cedaw) ve Ek İhtiyari Protokol'ün İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi, Ankara: Seçkin, 2009, s.402.(Cedaw).; Emin Şahin, Aile Hukuku Davaları, Ankara: Kartal Yayınevi, 2004, s.1213.; Şener, s.192.; Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s.110.; Lale/Lale, s.314.; İmamoğlu, s.192.

⁴⁹ Yalçınkaya/Kaleli, s. 1849.

⁵⁰ Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi, 1924 yılında Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilmiş çocuk haklarını konu alan ilk evrensel bildirgedir. 1931 yılında Türkiye tarafından da benimsenmiştir.

⁵¹ 20 Kasım 1959'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda oybirliği ile kabul edilmiştir.

ruhsal, ahlaki, akılsal, fiziksel gelişmesini sağlamak” şeklinde yer verilmiştir⁵². Terim olarak farklılık arz etse de, ulusal ve uluslararası belgelerde yer alan bu ilkenin amacı, doğal güçsüzlüğü dolayısıyla çocuğun öncelikli olarak korunmaya gereksinimi olmasıdır⁵³.

Temel bir ilke olmasına rağmen Türk Medeni Kanunu’nda çocuğun yararı ilkesinin tanımı yapılmamıştır. Bu ilke, içerik bakımından oldukça zengindir. Ayrıca çocuğun içinde bulunduğu koşulların gelişmesi ve değişmesi karşısında, çocuğun yararı ilkesine durağan ve kalıcı bir tanım getirilmesi de mümkün değildir.

Hakim, velayetle ilgili kararlarda takdir yetkisini⁵⁴ kullanırken anne veya babanın hakları ile çocuğun menfaatini dengelemelidir. Çocuğun kendilerine verilmesi konusunda boşanan eşlerin karşılıklı ısrarları, bazen şefkat duygularına değil de, maddi düşüncelere veya karşı taraftan intikam alma hissine dayanır. Bu durumda da çocuğun yararı ikinci plana atılmaktadır. Hakim, bu sakıncaları önlemek üzere çocuğun yararını her şeyden üstün tutarak onun menfaatine olan düzenlemeyi yapacaktır. Çünkü bu ilke, çocuğun yararı ile başka kimselerin yararları çatıştığında çocuğun yararına üstünlük tanınması emrini de içermektedir⁵⁵.

Çocuğun gelişiminin en iyi şekilde sağlanması, anne babalık duygularının tatmininden ziyade çocuk yararına öncelik tanınmasıyla mümkündür⁵⁶. Çocuk yararının önceliği ilkesi, özel olarak korunmasını gerektiren alanlarda pratik önem kazanır⁵⁷. Çekişmeli durumlarda her zaman çocuk yararına olan çözümün esas alınması, her şeyden önce güçlünün karşısında zayıfı koruyan Anayasa’nın emridir. Anayasanın sosyal devlet ilkesi, devletin amaç ve görevleri arasında yer alan, kişilerin ve toplumun

⁵² Filiz Güneşlioğlu, “Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, 2009), s.93.

⁵³ Akyüz, s.13,43(Çocuk).

⁵⁴ TMK.’nın velayet düzenlemesinde hakime geniş takdir yetkisi verme nedenlerinden biri de çocuğun yararının olabildiğince korunabilmesini sağlamaktır.

⁵⁵ Özden Özer Taşkın, “Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi SBE, 2006) s.21.

⁵⁶ Özlü, s.5.; Burcu Yılmaz Önal, “Velayetin Kapsamı ve Hakimin Müdahalesi” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2008), s.40. “...*Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Velayet düzenlenirken analık, babalık duygularından önce çocuğun geleceği, ihtiyaçları, bedeni ve fikri gelişimi öncelikle dikkate alınmalıdır.*” Yargıtay 2. HD. 20.09.2004. E.9116, K.10227 (Sinerji).

⁵⁷ Serozan, s.162.

refahı, huzur ve mutluluğunu sağlama ödevi ile birleşerek çocuğun yararının korunması prensibini oluşturur.

Ailenin korunmasını düzenleyen 1982 Anayasası'nın 41'inci maddesi, aynı zamanda anne babanın haklarına da yer vermektedir. Çocuğun haklarıyla anne babanın hakları çatıştığında çocuğun yararına üstünlük tanınması sosyal devlet ilkesinin gereğidir. Ayrıca Türk doktrininde de uygulanacak yabancı hukukun kamu düzenine aykırılığının saptanmasında çocuğun yararı ilkesinin esas alındığı anlaşılmaktadır⁵⁸.

Velayette çocuğun yararı ilkesine üstünlük tanınması, sadece çocuğun kişisel yararını değil aynı zamanda toplumun da yararını temin edecektir. Toplumda gelecekte ortaya çıkabilecek zararlı davranışların engellenebilmesi, bugün çocuğun yararı ve güvenliğini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle velayet hakkı düzenlenirken, çocuğun gelişimi bakımından içinde bulunduğu olumsuz koşullardan en az zarar göreceği çözümler tercih edilmelidir.

Yargıtay kararlarında hakimın çocuğun velayetini hangi eşe bırakacağı konusunda yol gösterici ilkeler yer almaktadır⁵⁹. Yargıtay'a göre, çocuğun ruh ve beden

⁵⁸ Anne babanın çocuğun terbiyesinde şiddet uygulamasına izin veren hukuk, kamu düzenine aykırı bulunacaktır. Günseli Öztekin Gelgel, Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2006, s.100.

⁵⁹ "Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "Üstün yararı" (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m.1; TMK m. 339/1. 343/1. 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m. 4/b) dir. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Çocuğun üstün yarar gerektirdiği takdirde, görüşünün aksine karar verilmesi mümkündür. Bu açıklamalar ışığında somut olaya gelince; mahkemece sosyal inceleme raporu aldırılmış, sosyal inceleme raporunda, çocukların baba yanında buldukları, düzenli bir ortamda fiziksel, sağlık, sosyal, eğitim, maddi açıdan ihtiyaçlarının daha iyi bir şekilde karşılanabilmesi açısından velayetlerinin davalı babaya verilmesinin daha uygun görüldüğü belirtilmiştir. Mahkemece ise müşterek çocukların yaşı itibarıyla annenin bakım ve şefkatine muhtaç durumda bulunmaları nedeniyle velayetlerinin davalı anneye verilmesine karar verilmiştir. Oysa mahkemece yapılması gereken yeniden 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi gereğince Aile Mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan; ortak çocukların ve annenin yaşam koşulları birbirleriyle ilişkileri, anne ve babanın durumu konusunda rapor alınması ve idrak çağında olan ortak çocukların olası sonuçları hakkında bilgilendirilmek suretiyle velayeti ile ilgili tercihlerinin sorularak diğer delillerle birlikte değerlendirilmek suretiyle velayet konusunda bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 2. HD. 09.04.2019. E.2018/2890, K.2019/4281(Sinerji); Yargıtay 2.HD. 26.04.2016. E.7762, K.8440; Yargıtay 2. HD. 13.03.2014.

sağlığı içinde büyümesini sağlamak esas olduğundan velayet düzenlenirken çocuğun yararı ön planda tutulur⁶⁰. Dolayısıyla Yargıtay, velayetin çocuğun yararına bir hak olduğunu açıkça belirtmektedir⁶¹.

Velayetin düzenlenmesinde hakimin, çocuğun yararını temin edebilmek için onun görüşüne başvurması gerekmektedir. Velayet konusunda çocuğun isteklerinin belirlenmesi, onun yarar ve güvenliği bakımından önem taşımaktadır. Öncelikle görüşüne başvurulacak çocuğun idrak çağında yani bağımsız düşünüp karar verebilecek ve kendini ifade edebilecek yaşta olması gerekmektedir. Bu olgunluğa erişmemiş küçük yaştaki çocuğu anne babası arasında tercih yapmaya zorlamak, onun duygu dünyasında telafisi zor yaralar açabilir. Diğer taraftan çocuk, anne babasının etkisi altında kalarak da kendi isteğinden ziyade onların istediği tercihi yapabilir. Fakat bu durum, hiçbir şekilde çocuğun dinlenilmesine lüzum olmadığının gerekçesi olamaz⁶². Hakimin bu konuda yapması gereken, çocuğun gerçek iradesini anlayabilmek için uzman pedagog ve psikologların⁶³ aracılığına başvurmak olacaktır. Uzman bilirkişiler, çocuğun anne babasının baskı ile öğrettiği cevaplarıyla yetinmeyerek, çocuğun anne babası karşısındaki davranışlarını, onlarla ilişkisini, ebeveynin çocuğa karşı tutumunu gözlemleyerek çocuğun gerçekten ne istediğini ve çocuğun samimi tercihini

E.2013/22618, K.2014/5579; Yargıtay 2.HD. 28.03.2013. E.2012/17656, K.2013/8623; Yargıtay 2.HD. 11.10.2012, E.4918, K.24349 (Sinerji).

⁶⁰ Akyüz, s.12(Çocuk).

⁶¹ “Ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Eş söyleyişle, velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır. Bu nedenle, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimini engelleyen ve süreklilik arz edeceği anlaşılan her olay, tehlikenin büyüklüğü, doğuracağı onarılması güç sonuçlar değerlendirilerek ele alınmalı ve neticeye varılmalı; velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde öncelikle çocuğun yararı göz önünde tutulmalıdır.” Yargıtay H.G.K. 22.12.2010. E.2-649, K.683 (Sinerji); Yargıtay H.G.K. 22.01.2014. E.2013/2-2085, K.2014/30 (Sinerji); “Velayet düzenlenmesinde asıl olan küçüğün yararlarıdır. Annenin rahatsızlığı nedeniyle velayet görevini gerektiği gibi yerine getiremediği gibi yine küçüklerden A'nın 'velayet hakkının babasına verilmesi' yönünden düşüncesini açıkladığı ve bu küçüğe baba tarafından bakıldığı anlaşılmaktadır. Küçük A'nın velayet hakkının anneden alınarak babaya verilmesi gerekirken red hükmü kurulması doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 07.02.3005. E.2004/16542, K.2005/1472 (Bilal Köseoğlu, Aile Mahkemelerinin İşleyişi, Ankara: Seçkin, 2005) s.296.

⁶² Gençcan, s.1043.

⁶³ Pedagog, eğitim bilimi uzmanıdır. Daha çok çocuklarla ilgili çalışmalar yapar. Çocukların sosyal problemlerinin çözümünü ilgilendirir. Pedagoglar, ele aldığı çocuk grubunun düzeyine uygun çalışmalar yaparak çocuk sorunlarının nedenlerini araştırır ve bünyeye uygun çözüm önerileri geliştirir. Psikolog, bireylerin, duygu ve düşüncelerini, davranışlarını, zeka ve yeteneklerini anlamaya çalışarak, onların davranışlarının düzeltilmesine ve geliştirilmesine katkıda bulunur. İnsan davranışlarıyla oluşan sosyal olayları, bireyin çevresiyle ilişkilerini, çevreye uyum sürecini bu ilişkilerdeki uyumsuzlukları inceler; sorunları belirlemeye çalışarak, çözüm yolları sunar. Esin Topal, “Aile Mahkemelerinde Uzman Raporuyla Çözümlenecek Sorunlar ve Usul”, *Mevzuat Dergisi*, 2008, S.124. [https://www.mevzuatdergisi.com/2008/04a/02.htm\(10.10.2018\)](https://www.mevzuatdergisi.com/2008/04a/02.htm(10.10.2018)).

anlayabileceklerdir⁶⁴. Ve neticede idrak çağındaki çocuğun görüşü esas alınarak velayet düzenlenmesinde çocuğun yararı sağlanmış olacaktır.

Velayet hakkı düzenlenirken çocuğun dinlenilmesi gerektiğine dair Türk Medeni Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmaması bir eksikliktir⁶⁵. Yargıtay, çocuğun dinlenilmesini, onun yararı bakımından zorunlu görmekle ve buna aykırı yerel mahkeme kararlarını da bozarak bu eksikliği gidermeye çalışmaktadır⁶⁶.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocuğun yararının önceliği ile dinlenilmesi ilkelerinden birinin diğerine üstünlüğü söz konusu değildir. Sözleşmede çocuğun yararı ile dinlenilmesi arasında bir denge gözetilmektedir. Çocuğun yararı belirlenirken alınan

⁶⁴ Çocuğa ucu açık soru yöneltilecek cevabı kendi özgür iradesiyle 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 değerlendirme yapılması mümkündür. bkz. Karaca, s.77, dn.262; Sakarya 2. Aile Mahkemesi'nin 25.06.2015. E.2014/967, K.2015/504 Sayılı dosyasında, şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanma talep edilmiştir. Müşterek çocuk velayeti hakkında mahkeme uzmanınca tanzim olunan 19.06.2015 tarihli "Müşterek çocuğun içine kapanık olduğu, çok fazla iletişim kurmak istemediği görülmüş ve kendisinden aile resmi çizmesi istenmiştir. Müşterek çocuğa çizdiği resim sorulduğunda, resimdeki kişilerin babaanne, dede ve babası olduğunu söylemiş; annesinin neden resimde olmadığı sorulduğunda 'annem gelmiyor ki' diyerek yanıt vermiştir." Şeklindeki rapor ile müşterek çocuğun samimi tercihi tespit edilmekle velayet hakkının davacı babaya verilmesine dair hüküm tesis edilmiştir.; Çok küçük ya da engeli olan bazı çocukların görüşlerini ifade etmelerinde resim, şiir, oyun veya şarkı yolu tercih edilebilir. Zira düşüncelerini sözel olarak ifade edememeleri kendilerini ilgilendiren konularda dinlenilme hakkının varlığını ortadan kaldırmayacaktır. Detaylı bilgi için bkz. Akyüz, s.60 vd.(Çocuk).

⁶⁵ bkz. s.6, dn.14.

⁶⁶ Yargıtay'ın bu uygulaması, Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler ve Avrupa Sözleşmeleri öncesine dayanmaktadır. "Hakim, boşanmadan sonra çocuğun velayetini ana veya babadan hangisine vereceğini takdir ederken, yaş durumu uygunsuzsa çocuğun arzusunu da soruşturmalıdır." Yargıtay H.G.K. 07.02.1970. E.52, K.71 (Tutumlu, Boşanma), s.1271; "...çocuğun dinlenmesi ve görüşünün alınması, gerektiğinde velayet düzenlenmesine esas olmak üzere, bilirkişilerden mütalaa alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme ile velayetle ilgili yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." Yargıtay 2. HD. 08.11.2005. E.12496, K.15273 (Sinerji); "Velayet, kamu düzenine ilişkin olup, bu hususta ana ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur. Velayetin ana ya da babaya verilmesi, daha çok çocuğu ilgilendiren, onun menfaatine ilişkin bir husus olduğuna göre, gerek yukarıda açıklanan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. ve 6.maddelerinde yer alan hükümler, gerekse velayete ilişkin yasal düzenlemeler karşısında, velayeti düzenlenen çocuğun, idrak çağında olması halinde, kendisini yakından ilgilendiren bu konuda ona danışılması ve görüşünün alınması gerekir." Yargıtay H.G.K. 22.01.2014. E.2013/2-2085, K.2014/30 (Sinerji); "Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesinin 2. ve 6. maddeleri gereğince olgunluk çağında olup dinlenen müşterek çocuğun anne yanında kalmak arzusu dikkate alınarak velayetin davalı anneye verilmesi gerekirken yazılı biçimde velayetin babaya bırakılması usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 2. HD. 20.05.2004. E.5425, K.6539 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 14.03.2013. E.2012/15207, K.2013/6906 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 21.11.2012. E.2-357, K.828 (Sinerji); Yargıtay H.G.K. 16.03.2012. E.2011/2-884, K.2012/197 (Sinerji); Yargıtay H.G.K. 23.11.2011. E.2-547, K.695 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 20.07.2011. E.2010/12050, K.2011/12818 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 07.06.2011. E.2010/14540, K.2011/9974 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 23.02.2009. E.2008/16521, K.2009/2881 (Sinerji); Yargıtay H.G.K. 12.03.2008. E.2-229, K.250 (Sinerji); Yargıtay H.G.K. 01.10.2003. E.2-513, K.521 (Sinerji).

karar çocuğu etkileyecek ve sonuçlarını çocuk üzerinde doğuracak olduğundan onun görüşünün alınması önemli bir ilke halini almıştır⁶⁷.

Velayet düzenlemesinde asıl olan çocuğun yararına karar verilmesidir. Çocuğun yararı bakımından onun görüşünün alınması önemli olmakla beraber tek ölçüt değildir. Hakim, velayet hakkında karar verirken çocuk ile anne baba bakımından gerekli tüm araştırmaları yaparak öncelikle çocuğun yararını gözetecektir. Bu açıdan çocuğun yararı gerektirdiği takdirde velayet konusunda onun görüşünün aksine de karar verilebilir⁶⁸.

Çocuk bakımından gözetilecek olan diğer ilkeler, bir sonraki başlık altında ‘Çocuğun Özellikleri’ olarak incelenmiştir. Bunlar, çocuğun yararı ilkesinin gözetilmesinde hakime yol gösterici nitelik taşımaktadır.

2. Çocuğun Özellikleri

Türk Medeni Kanunu’nda velayetin anne veya babadan hangisine bırakılacağı konusunda belirli kıstaslar bulunmamaktadır. Bu konu hakim’in takdir yetkisine bırakılmıştır. Hakim, velayeti taraflardan birine bırakırken, çocuğun görüşünün yanı sıra çocuğun yaşı, anne sevgisine ihtiyacı, ailenin parçalanması olgusunu en az hissedebilmesi, cinsiyeti, sağlık ve eğitim durumu, dini, alıştığı çevre ve aile ortamında yaşayabilme ihtimali ile kardeşleri varsa bu durumu da dikkate alarak takdir yetkisini çocuğun yararına kullanacaktır⁶⁹.

⁶⁷ Usta, s.106.

⁶⁸ “Mahkemece boşanma kararıyla birlikte, tarafların ortak çocuklarının velayeti davacı babaya verilmiştir. Tarafların velayete tabi üç çocuğu olup; bunlar 1998 doğumlu Z..., 2003 doğumlu T..., 2006 doğumlu B... adlı çocuklardır. Velayet tercihi konusunda çocukların çelişkili beyanda buldukları görülmektedir. Velayet düzenlemesinde asıl olan çocuğun üstün yararadır. Üstün yararın gerektirdiği takdirde, çocuğun velayet konusundaki görüşünün aksine de karar verilebilir. Velayet düzenlemesine konu birden fazla çocuk bulunduğu takdirde, çocukların kardeşlik duygusunu yaşayabilmeleri için üstün yararları gerektirmediği sürece velayetlerinin aynı ebeveyne verilmesinin tercih edilmesi gerekir. Yaşca küçük olan çocukların, anne şefkat, bakım ve ilgisini yaşayabilmeleri için, annenin bu görevi üstlenmesine engel bir durumu bulunmadıkça velayetin anneye verilmesi tercih edilmelidir. Bu ilkeler ve çocuklardan B.N.’un yaşı nedeniyle anne şefkat, bakım ve ilgisine muhtaç olması, babanın ilk evliliğinden olma 1985 doğumlu çocuğu D.’e karşı olan tutum ve davranışı ile velayet görevi konusundaki özensizliği göz önüne alındığında; her üç çocuğun velayetinin de davalı anneye verilmesi gerekirken; mahkemece yazılı gerekçeyle babalarına verilmesi isabetsiz olmuş; bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD. 10.10.2013. E.9516, K.23409 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁶⁹ Ergün, s.1081.

Velayetin bırakılacağı tarafın belirlenmesinde çocuğun yaşı, iki açıdan hizmet etmektedir. Çocuğun yaşı, özellikle de küçük yaştaki çocuğun anne veya babasından hangisine ihtiyaç duyduğunun belirlenmesinde rol oynar. Diğer taraftan çocuğun görüşünün alınmasında yaşı, onun olgunluğunun ve idrak çağında olup olmadığının tespitinde bir ölçü olarak kullanılır⁷⁰.

Annenin şefkatine, bakım ve ilgisine muhtaç olan küçüğün velayeti, çocuğun yararı bakımından bir olumsuzluk bulunmadıkça anneye verilir. Zira, annenin küçüğün bakımını bildiği ve bu bakımı en iyi şekilde sağlayacağı, ihtiyaçlarını daha iyi karşılayacağı var sayılır. Küçük çocuk da sıcak bir anne kucağına muhtaçtır⁷¹. Yargıtay kararlarının çoğunda da bu yönler vurgulanmıştır⁷². Ancak çocuk, anne şefkat ve bakımına muhtaç olmasına rağmen velayetinin anneye bırakılmasında çocuğun yararına aykırı bir durum söz konusu ise, çocuğun yararına öncelik tanınmakla velayet hakkı babaya verilecektir⁷³. Çocuğun yararı bakımından bazı durumlarda anne sütüne muhtaç olan küçüğün de velayetinin babaya bırakılması gerekebilir. Burada, çocuk açısından çeşitli yararlar ve sakıncalar arasında denge kurulmalı ve ona yarar sağlayacak etkenler arasında en önemlisi esas alınmalıdır. Örneğin, kendisi hasta olan annenin çocukla gereği gibi ilgilenemeyeceği, onun bakım ve yetiştirilmesiyle uğraşamayacağı göz önünde tutulmalıdır⁷⁴.

⁷⁰ Özer Taşkın, s.97.

⁷¹ Yalçınkaya/Kaleli, s.1846.

⁷² “Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği takdirde ana bakım, şefkatine muhtaç çocuğun velayetinin anaya verilmesi gerekir.” Yargıtay 2. HD. 19.06.1997. E.6117, K.5466 (Sinerji); Yargıtay H.G.K. 01.11.2000. E.2-1272, K.1608 (Sinerji); Yargıtay H.G.K. 31.01.1990. E.1989/2-649, K.1990/31 (Kazancı); Yargıtay H.G.K. 07.10.1992. E.2-441, K.563 (Kazancı); Yargıtay H.G.K. 04.06.1997. E.2-222, K.483 (Kazancı); Yargıtay H.G.K. 17.03.1999. E.2-157, K.165 (Kazancı); Yargıtay H.G.K. 02.02.2000. E.2-46, K.46 (Kazancı); Yargıtay H.G.K. 29.03.1995. E.2-56, K.238 (Karar yayınlanmamıştır.) bkz.(Akıntürk/Ateş), s.311, dn.245(Aile); Yargıtay 2. HD. 23.01.2001. E.14230, K.1048 (Özmen), s.68.

⁷³ “Mahkemece velayet düzenlenirken asıl olan çocuğun gelişimi ve geleceğinin öncelikle düşünülmesidir. Müsterek çocuk küçük İsmet Can 22.4.1992 doğumludur. Davalı annenin muhtelif dolandırıcılık işlediği, hakkında mahkumiyet kararı verildiği, halen de cezaevinde bulunduğu sabittir. Küçük annesinin yanında değildir. Anneanesi ve dedesi ile birlikte kalmaktadır. Davalının bu şekilde annelik görevini de gereği gibi yerine getirmediği açıktır. Öte yandan baba yanında kalması halinde küçüğün bedeni, fikri ve ahlaki gelişimine engel olacağı yolunda ciddi ve inandırıcı bir delilde yoktur. O halde çocuğun velayetinin babaya bırakılması gerekir. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması Usul ve Yasa'ya aykırıdır.” Yargıtay H.G.K. 21.09.1994. E.2-283, K.539 (Sinerji); “Davalı ananın gerçekleşen ahlaki temayülleri karşısında 1981 doğumlu küçüğün, geleceğine yönelik tehlikelerin önlenilmesi bakımından velayetinin babaya verilmesi gerekir”. Yargıtay 2. HD. 06.05.1985. E.4103, K.4305 (Güneşlioğlu, s.95, dn.434.)

⁷⁴ Yalçınkaya/Kaleli, s.1847.

Yargıtay kararlarında çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç olması kavramı ile ilgili olarak herhangi bir yaş sınırı öngörülmemiştir. Bu konuda gelişim psikolojisinin verilerinden⁷⁵ yararlanılması ve karşılaşılan her olayın kendi özellikleri içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

0-3 yaş döneminde annenin eksikliği, çocukta sonraki yıllara da sirayet edecek özgüven sorununu da beraberinde getirir. Bu dönem içinde ilk iki yıl, çocuğun anneye güvenli bağlanma dönemidir. Bu iki yıl boyunca çocuğun duygusal gelişimi annesiyledir⁷⁶. Çocuk anneye derin duygularla bağlıdır. Bütün yaşantısını annesinin çevresinde kurmuştur. Psikoloğlara göre en kötü etkiler bu yaşlarda annenin yokluğundan kaynaklanmaktadır⁷⁷. Ancak bu yaş grubundaki çocukların velayetinin her koşulda anneye bırakılacağı sonucuna da ulaşılamaz. Örneğin, annenin ahlaka aykırı yaşam tarzı, çocuğun gelişimi açısından tehlike yaratabilecektir⁷⁸. Bu durumda çocuğun annesinin yaşantısını idrak edebilecek yaşta olmaması, tek başına velayetin anneye bırakılması sonucunu doğurmayacaktır. Küçük yaştaki çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişimi tehlike altında ise velayetinin anneye bırakılması çocuğun menfaatine aykırılık teşkil edecektir ve velayetinin babaya verilmesi gerekmektedir⁷⁹. Bu nedenle Gençcan'ın *"Bu yaş grubundaki çocukların velayetinin anaya verilmesinde annenin yaşantısının hiçbir önemi yoktur"*⁸⁰ şeklindeki kabulünü, genel bir ilke olarak ele almak imkansızdır. Annenin; bir başka erkekle cinsel ilişki kurması, değişik erkeklerle birlikte olması gibi durumlarda 0-3 yaş grubundaki çocuğun velayetinin hiçbir koşul gözetilmeksizin anneye verilmesi kabul edilebilir değildir. *"Genelevde çalışan bir ananın çocuğunu yaşamının dışında tutması ve çocukla yaşam biçimi çocuğun yararına*

⁷⁵ Gelişim psikolojisi, çocuğun gelişimini dört döneme ayırmaktadır. Bunlar; 0-3 yaş, 3-6 yaş, 6-13 yaş, 13-17 yaş olmak üzere gruplandırılmıştır. Bilgi için bkz. Pişken Arabacı, s.17; Gençcan, s.1061.

⁷⁶ Adem Güneş (pedagog), Güvenli Bağlanma, 1. Baskı, İstanbul: Timaş Yayınevi, 2014, s.59 vd.(bağlanma)

⁷⁷ Gençcan, s.1061.

⁷⁸ Çocuğun muhtemel bir istismar tehlikesi altında olduğu da söylenebilecektir.

⁷⁹ Velayet düzenlenirken gözetilecek husus, çocuğun sadece o andaki değil, gelecekteki yararlarının dahi her yönü ile korunmasıdır. Küçüğün velayetinin eşcinsel bir anneye bırakılması, onun geleceğini tehlikeye sokacaktır. Çocuk henüz kötü alışkanlıklar edinmeden gerekli önlemlerin alınması zorunludur. Küçüğün idrak çağına erip kişiliği zarara uğradıktan sonra onu annesinden uzaklaştırmak hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Bu nedenle küçüğün ahlaki gelişimine öncelikle ve şefkatin üstünde değer verilmesi gerekir. (Ergün, s.1080; Yalçınkaya/Kaleli, s.1849.)

⁸⁰ Gençcan, s.1061.

*olması şartıyla velayeti anaya verilebilir*⁸¹.” Yargıtay kararında da belirtildiği üzere annenin yaşam tarzı her olayda kendi koşulları bakımından değerlendirilerek velayette çocuğun yararına olan karar verilecektir. Yoksa çocuğun salt 0-3 yaş grubunda olması, velayetinin her koşulda anneye verilmesi sonucunu doğurmayacaktır⁸². Gençcan’ın “...annenin yaşantısının hiçbir önemi yoktur” vurgusunun kabulü mümkün değildir. Zira çocuğun yararını belirlemede yaşı önemli olmakla birlikte tek ölçüt olmadığından diğer özelliklerle değerlendirilip neticede çocuğun yararına olan karar verilmelidir. Bütün ilkeler göz önünde bulundurularak çocuğun üstün yararı velayetinin anneye bırakılmasını zorunlu kılıyorsa işte bu takdirde annenin yaşantısının bir önemi olmadığı söylenebilir.

Çocuğun gelişimi yönünden bir tehlike bulunmadığı sürece küçük çocuğun velayetinin anneye verilmesi gerekmektedir⁸³.

Çocuk, şefkatin yanı sıra sevgiye de muhtaçtır. Ruhsal gelişimi açısından sağlıklı bir birey olarak yetişebilmesi için çocuğun bu sevgi ihtiyacını da karşılayabileceği bir ortamda büyümesi gerekir. Yoksa sevgisiz bir ortam, çocuğun tüm yaşantısını olumsuz etkileyecektir. Bu açıdan küçük yaştaki çocuğunu istemeyen, onu sevmediğini söyleyen bir anneye velayet hakkının bırakılması çocuğa zarar verecektir⁸⁴.

3-6 yaş grubundaki çocuk bakımından annesinin eksikliği derin izler bırakabileceğinden çocuğun velayetinin anneye bırakılması tercih edilmelidir. Ancak bu düzenlemede çocuk için olumsuz bir durum da söz konusu olmamalıdır. Hakim,

⁸¹ Yargıtay 2. HD. 05.07.1995. E.6964, K.7868 (Karar yayımlanmamıştır.) bkz.(Akıntürk/Ateş), s.310, dn.243. (Aile), bkz.(Ceylan), s.158 dn.899. Yargıtay, annenin eşcinselliğe yönelik eğilimini çocuğun ahlaki gelişimi bakımından tehlikeli addederken; annenin genelevde çalışıyor olmasına tek başına velayetin tevdiine engel olarak değerlendirmemiş, çocuğun bu tarz yaşam biçiminin dışında tutulmasını yeterli görmüştür.

⁸² Çelikel, s.72.

⁸³ “...08.03.2001 doğumlu küçük Nur, annenin yaşantısını idrak edebilecek çağda değildir. 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 Nur’un babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 12.07.2002. E.8353, K.319; Yargıtay 2. HD. 18.07.2002. E.8585, K.9729; “Ana, şerefe uygun düşmeyen bazı hareketlerle tanınmış olsa bile, henüz ana bakım ve sevgisine muhtaç olan ve fenalığı ayırt edemeyecek pek küçük bir yaşta bulunan bir çocuğun velayetinin babasına verilmesinde isabet yoktur”. Yargıtay 2. HD. 03.04.1950. E.1709, K.1770, Görüleceği üzere, bu kararda sadece çocuğun anneye muhtaç olması ele alınmış, velayetin anneye bırakılmasında çocuğun gelişimi bakımından bir değerlendirme yapılmamıştır. (İnal, Aile Mahkemeleri Davaları), s.533.araştırılacak.

Yargıtay 2. HD. 03.10.1984. E.6547, K.7333 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1847; Yargıtay 2. HD. 28.05.1985. E.2779, K.5208 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1847; Yargıtay 2. HD. 17.05.1985. E.4289, K.4797 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1847.

çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç olduğunu tespit ettikten sonra, velayetin anneye bırakılmasına bir engel olup olmadığını araştıracaktır⁸⁵.

6-13 ve 13-17 yaş grubu bakımından genel olarak artık anne bakımına muhtaç olma durumu ortadan kalkmıştır⁸⁶. Çocuğun o andaki ve gelecekteki yararlarına üstünlük tanınmakla çocuğun ve anne babanın özellikleri bir bütün olarak değerlendirilip velayet düzenlenmesi yapılacaktır⁸⁷.

Velayete ilişkin düzenleme yaparken hakimin göz önünde bulunduracağı bir diğer ilke, çocuğun cinsiyetidir⁸⁸. Toplumdaki genel kanaat, kız çocuğun velayetinin anneye; erkek çocuğun ise babaya verilmesi yönündedir. Ancak bu durum, her zaman çocuğun yararına olmayabilir.

Kız çocuğunun gelişiminde annesi kadar babası da önem teşkil etmekte ve kız çocuğunun sosyal gelişimi ile babasıyla olan diyalogu arasında doğru orantı bulunmaktadır. Yani babası ile olumlu ilişkisi bulunan kız çocuğunun sosyal gelişimi de iyi olmaktadır⁸⁹. Ancak ergenlik döneminde kız çocuklarının annelerinin önderliğine ihtiyaç duydukları da inkar edilemez. Bu dönemde, kız çocuğunun fizyolojik gelişimi ve yaşadığı biyolojik değişiklikler konusunda annesi tarafından aydınlatılması gerekmektedir. Bu konularda baba, çoğu zaman gerekli bilgiyi kızına veremeyeceği için, ergenlik sebebiyle sıklıkla duygu değişimleri yaşayan kız çocuğunun fiziksel ve ruhsal gelişimi güven içinde gerçekleşemez. Ergenlik çağındaki kız çocuğunun annenin yardım ve yakınlığına muhtaç olması nedeniyle velayetinin anneye verilmesi onun yararına olacaktır⁹⁰.

⁸⁵ Ergün, s.1079.

⁸⁶ On yedi yaşında olmasına rağmen gerek zeka gerekse bedensel özür sebebiyle anne bakım ve şefkatine muhtaç çocukların varlığı da unutulmamalıdır. (Ergün, s.1079.)

⁸⁷ Pişken Arabacı, s.18 vd.

⁸⁸ Pişken Arabacı, s.20.; Şener, s.192.; Canan Şimşek, s.73.; Ayşegül Karabacak, "Eşlerin Çocuk Üzerindeki Velayet Hakkı", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2006) s.70.; Gençcan, s.1053.; Zeynep Kucuroğlu, "Boşanmanın Kişisel Sonuçları", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2011) s.62.; Yargıtay H.G.K. 06.03.2013. E.2012/2-794, K.2013/310 (Sinerji).

⁸⁹ Nilgün Kaynaroğlu, "Orta Sosyo-Ekonomik Düzeydeki Boşanmış Ailelerin Altı Yaş Grubu Çocuklarındaki Psiko-Sosyal Özelliklerin İncelenmesi", (Yayınlanmış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 1984), s.10.

⁹⁰ "Müşterek çocuklardan Gülcan 1995, Gizem 2000 doğumlu olup, ergenlik çağındadır. Baba başka bir kadınla birlikte yaşamakta olup bu kadından iki tane çocuğu bulunmakta ve baba müşterek çocuk Gülcan'ı ekonomik nedenlerle okula göndermemektedir. Tüm bu olumsuz şartlar göz önüne

Yapılan araştırmalar neticesinde, yalnız annelerin genellikle erkek çocuklarının boşanmamış anne baba çocuklarına oranla, zekâ ve kişilik gelişmelerinde, sosyal davranışlarında daha çok zarara uğradığı; bu çocukların okul başarılarının ve zekâ-yetenek gibi test sonuçlarının düşük olduğu saptanmıştır. Eğer anne olumlu erkeksi davranışları destekler ve çocuğu bağımsız olması için teşvik ederse, cinsel kimlik daha az zarar görmektedir. Buna karşılık anne oğluna karşı aşırı duygusallık sergilerse, erkek çocuk hem erkeksi hem kadınısı davranışlara yönelerek çift cinsiyet özelliklerini gösterme eğilimi artacaktır⁹¹.

Diğer taraftan babanın rolü incelendikçe araştırmacılar, babanın etkisini yaşam boyunca sürdürdüğu; koruyucu, kapsayıcı, destekleyici, mücadeleci, başlatıcı, kural koyucu, akıl danışılan ve örnek oluşturan yönlerini daha iyi anlamışlardır. Baba, oğluna yıkıcı olmadan nasıl güçlü bir erkek olunacağını öğretir. Bunun yanında babanın ihmalkârlığının, etkin olmamasının veya yokluğunun her kültürde çocuğun bireysel, sosyal ve aile içi yaşantısında derin yaralar açtığını görmüřlerdir⁹². Bu açıdan değerlendirildiğinde boşanmadan kız çocuklarına göre daha fazla etkilenen⁹³ erkek çocuklarının ergenlik döneminde kendilerine model arama çabalarında, en yakın örnek babaları olacağından velayetin babaya verilmesi gereği düşünölmelidir.

Velayet düzenlenirken çocuğun eğitim durumu göz önünde bulundurulmak zorundadır⁹⁴. Hakim, çocuğun kimin yanında eğitimine devam ettiğini tespit etmeden velayete dair düzenleme yapmamalıdır⁹⁵. Çocuğun velisince onun eğitimine gereken

alındığında, anne yanında kalmasının bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilemediği halde cinsiyetleri itibarıyla annenin ilgi ve yakınlığına ihtiyaç duyan Gülcan ve Gizem'in babanın velayetine bırakılması usul ve yasaya aykırıdır. Yargıtay 2. HD. 22.09.2011. E.2010/12075, K.2011/13919 (Çelikel), s.73, dn.205.

⁹¹ Pişken Arabacı, s.21; Ancak aynı tehlikenin boşanmamış anne babaların erkek çocukları için söz konusu olduğu söylenemez. Zira bu ailelerde annenin duygusal yaklaşımı karşısında babanın otoriter tutumu, erkek çocuğunun davranışlarında denge sağlayıcı önemli bir faktördür.

⁹² Ali Algın Köşkdere, "Baba ve Oğul, Babanın Çocuğun Hayatındaki Yeri ve İyi Baba", http://www.bursapsikiyatri.com/haber_detay.php?h_id=16, (14.12.2014).

⁹³ Sevda Öztürk, "Anne Babası Boşanmış 9-13 Yaş Grubundaki Çocuklar ile Aynı Yaş Grubundaki Anne Babası Boşanmamış Çocukların Benlik Saygısı ve Kaygı Düzeyi İlişkileri", (Dokuz Eylül Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, 2006), s.24.

⁹⁴ "...Velayet düzenlemesinde aslolan çocuğun sağlık, eğitim ve ahlaki bakımdan yararadır." Yargıtay 2. HD. 18.03.2010. E.2009/15419, K.2010/5222 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 14.12.2004. E.12249, K.15059 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 22.03.2004. E.2713, K.3583 (Sinerji).

⁹⁵ "...Velayeti davalı anneye bırakılan küçük 19.1.1988 doğumlu olup, 3 yıldır da davacı babanın yanında kaldığı tahsiline devam ettiği de sabittir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi, Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri gereğince idrak çağındaki küçük mahkemece

özenin gösterilip gösterilmediği, çocuğun devamsızlık durumu gibi çocuğun eğitimi açısından önem teşkil eden hususların ilgili okul müdürlüğünden araştırılması gerekmektedir⁹⁶. Çocuğun velayeti, onun eğitimi ile ilgilenmeyen tarafa verilmemelidir⁹⁷. Zira çocuğun eğitilmesi, velayete sahip anne veya baba açısından hem bir hak hem de bir yükümlülüktür.

Anne veya babadan biri, çocuğunu Türk Milli Eğitimi'nin amaçları dışında yetiştirmeyi hedefleyen bir gruba mensup ise ve çocuğun eğitim hakkına engel oluyorsa velayetin o tarafa verilmemesi, çocuğun eğitimi bakımından yararına olacaktır⁹⁸.

Velayete ilişkin karar verirken hakimın göz önünde bulundurması gereken bir diğer ilke, çocuğun sağlık durumudur⁹⁹. Sağlık durumuna göre tedavi imkanları dosya içerisinde hakime ibraz edilmeli ve velayet, bu imkanları sağlayabilecek olan tarafa verilmelidir¹⁰⁰. Örneğin hasta bir çocuğun velayeti anneye verildiği takdirde onun bağlı olduğu sağlık kuruluşu bu hastalığın tedavisine yeterli cevap veremiyorsa, babanın bağlı

dinlenmeden velayetinin yazılı şekilde düzenlenmesi doğru olmamıştır." Yargıtay 2. HD. 05.04.2005. E.1451, K.5416 (Gençcan), s.1057; "...Çocuğun, annesiyle birlikte yaşamak istemediği, babasının yanını tercih ettiği görülmektedir. Velayetin düzenlenmesinde aslolan çocuğun üstün yararındır. Annenin başkasıyla evlenmiş olduğu, eşyle 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." Yargıtay 2. HD. 25.09.2013. E.2773, K.21832 (Sinerji); "Çok ciddi olmayan sebeplerden dolayı çocuğun eğitiminde, bakılıp gözetilmesinde yapılacak değişiklik onun yararına olmaz. Yargıtay 2. HD. 27.10.2000. E.12525, K.13085 (Sinerji).

⁹⁶ "...Tanık Emin, davalı kadının 2002 yılında okulun açılmasından kısa bir süre sonra çocuğu da okuldan alıp evi terk ettiğini beyan etmiştir. İlgili okul müdürlüğünden çocuğun okuldan ayrıldığı tarihin tespiti ile sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2. HD. 15.03.2004. E.2539, K.3272 (Gençcan), s.1057.

⁹⁷ "...Toplanan delillerden davalı annenin küçük çocuğun eğitimi ve sağlık sorunlarıyla yeterince ilgilenmediği anlaşılmaktadır. Velayetin davalıdan alınıp davacı babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde ret hükmü kurulması doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2. HD. 13.02.2006. E.16986, K.1430 (Gençcan), s.1057; Yargıtay 2. HD. 18.12.2008. E.17784, K.17375 (Gençcan), s.1057. Ayrıca, anne babanın eğitim durumları ile çocuğun eğitimiyle yakından ilgilenebilme yeterlilikleri de velayet düzenlenmesinde dikkate alınmalıdır.

⁹⁸ Ergün, s.1082.

⁹⁹ "...Velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almak olduğundan, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimini engelleyen ve süreklilik arz edeceği anlaşılan her olay, tehlikenin büyüklüğü, doğuracağı onarılması güç sonuçlar değerlendirilerek sonuca varılmalı; velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde öncelikle çocuğun yararı göz önünde tutulmalıdır. Bu kapsamda, çocuğun cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, kimin yanında okumakta olduğu, talepte bulunanın çocuğun eğitim durumu ile ilgilenip ilgilenmediği, sağlığı, sağlık durumuna göre tedavi olanaklarının kimin tarafından sağlanabileceği gibi özel durumuna ilişkin hususlar göz önünde tutulmalıdır." Yargıtay H.G.K. 22.01.2014. E.2013/2-2085, K.2014/30 (Sinerji).

¹⁰⁰ "...Tarafların müşterek çocuğu Tansu'nun spastik özürlü olduğu, Aydın'da rehabilitasyon eğitimine devam ettiği, iki yıldır da babasının yanında olduğu, davacı kadının Aydın'da gösterdiği adreste bulunmadığı anlaşılmıştır. Kardeşlerin birbirinden ayrılması da gelişmelerine olumsuz etki yapar. Şu halde 1995 doğumlu Tansu'nun velayetinin de babasına verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru değildir." Yargıtay 2. HD. 29.01.2002. E.224, K.798 (Gençcan), s.1060.

olduğu sağlık kuruluşu veya babanın olanakları çocuğun tedavisini temin edebilecek donanımdaysa, çocuğun velayetinin babaya verilmesi daha uygun olacaktır¹⁰¹.

Velayetin çocuğun sağlık durumu ile ilgilenmeyen anne veya babaya bırakılması çocuğun yararına aykırı olacaktır¹⁰².

Çocuğun ruhsal gelişiminde önemli yer tutan dini eğitim, velayetin düzenlenmesinde ele alınacak olan ilkelerden bir diğeridir. Dini eğitim kapsamında, çocuk için hangi dinin seçileceği ve bu dinin gereklerine uygun olarak çocuğa verilecek eğitim yer almaktadır.

TMK. m. 341 / f. 1 hükmü uyarınca, çocuğun dini eğitimini belirleme, anne babaya tanınmış olan bir haktır. Ancak anne ve baba arasında bu konuda fikir birliği sağlanamayabilir. Bu takdirde taraflar mahkemeye başvurarak hakimin müdahalesini talep edebileceklerdir¹⁰³. Eski Kanun döneminde babanın oyuna üstünlük tanınmaktayken¹⁰⁴; Türk Medeni Kanunu ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası¹⁰⁵ ile anne baba arasındaki bu eşitsizlik ortadan kaldırılmış ve fikir birliğine varılamayan durumlarda hakime çocuğu koruyacak önlem alma yetkisi verilmiştir¹⁰⁶.

Çocuk anne babadan birinin velayetinde ise, dini eğitim verme hakkı velayet kendisine bırakılmış olan tarafa aittir. Diğer tarafın bu konuda müdahale yetkisi yoktur¹⁰⁷. Doktrinde de, boşanmadan sonra velayet hangi tarafa bırakılmışsa dini eğitim hakkının o tarafa ait olacağı savunulmuştur¹⁰⁸. Yargıtay Eski Kanun döneminde vermiş

¹⁰¹ Ergün, s.1081.

¹⁰² "...Toplanan delillerden davalı annenin küçük Abdullah'ın eğitim ve sağlık sorunlarıyla yeterli şekilde ilgilenmediği anlaşılmaktadır. Velayetin davalıdan alınıp davacı babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde red hükmü kurulması doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2. HD. 13.02.2006. E.16986, K.1430 (Gençcan), s.1060.

¹⁰³ Zeybek, s.28; Görgeç, s.41.

¹⁰⁴ 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 263: "Evlilik mevcut iken, ana ve baba, velayeti beraberce icra ederler. Anlaşamazlarsa, babanın reyi muteberdir."; Babanın oyuna üstünlük tanınması, eşitlik ilkesine ve babanın denetimsiz otoritesi nedeniyle de çocuğun yararına aykırıdır. Detaylı bilgi için bkz. Akyüz, s.501(Cumhuriyet)

¹⁰⁵ AY. m.41: "Aile toplumun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır."

¹⁰⁶ TMK. m.346: "Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır."

¹⁰⁷ Cemil Çelik, "Velayetin Kaldırılması", [Elektronik Versiyon] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C.54, S.1, <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/yil-2004-05-cilt-54-sayi-1-4/> (19.08.2015), s.264.

¹⁰⁸ Akyüz, s.78.(Müşterek Hayatın Tatili).

olduğu bir kararında, velayet hakkına sahip olan tarafın çocuğa kendi dininin gereklerini öğretmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılamayacağına hükmetmiştir¹⁰⁹.

Velayet hakkına sahip olan taraf, çocuğu kendi inandığı dine göre yetiştirebileceği gibi, daha önce evlilik birliği içerisinde benimsenen inanışa zıt bir dini eğitim de verebilir¹¹⁰. Fakat çocuğun yetişmiş olduğu din veya mezhebin dışında bir inanışa yönlendirilmesi, fikir ve ruh sağlığı açısından ona zarar verebilecektir¹¹¹. Velayet hakkını elinde bulunduran, dini eğitim verirken çocuğa baskı uygular veya bu hakkını kötüye kullanıp çocuğu suistimal ederse velayetin kaldırılması gündeme gelecektir¹¹². Zira velayetin kullanılmasında asıl olan çocuğun yararüdür.

Anne babanın çocuğa dini eğitim vermeksizin onu din dışı bir dünya görüşüyle yetiştirmenin mümkün olup olmadığı, doktrinde tartışma konusudur. Bir kısım yazar, anne babanın çocuğa mutlaka dini eğitim verme mecburiyetinde olduğunu, dini eğitim vermeksizin çocuğu yetiştirme hakkı bulunmadığını savunmuştur¹¹³. Berki¹¹⁴ bu konuda, Medeni Kanunun dini terbiyeden bahsettiğini, anne babanın çocuğa dinsizlik telkin etme yetkisini içermediğini ifade etmiştir. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise, anne babanın çocuğa dini eğitim verip vermeme konusunda serbest oldukları yönündedir¹¹⁵.

Her ne kadar TMK. m. 341 / f. 1'in salt terminolojisi açısından 'dini eğitim' ibaresi, dinsizlik telkin etme yetkisini kapsamadığından Berki'ye katılmak mümkün ise de; aynı maddenin 2'nci fıkrasında anne babanın dini eğitimi belirleme hakkının sınırlanamayacak oluşu¹¹⁶ ve Anayasa'daki din, vicdan ve kanaat hürriyetine ilişkin

¹⁰⁹ "Boşanma halinde velayet hangi tarafa verilmişse çocuğun dini terbiyesi de ona ait olur... Kendisine velayet verilen taraf nüfuzunu kötüye kullanır veya aşırı şekilde ihmal ederse velayetin nezi istenebilir. Eşler boşanıp kocanın oy üstünlüğü sona erdiğinde, ananın kendi dinini telkin etmesi ve o yolda terbiye vermesi velayetin kötüye kullanılması şeklinde yorumlanamayacağı gibi, çocuk anaya verildiğine göre, çocuk üzerinde velayet hakkı kalmayan babanın herhangi bir müdahalede bulunması da hukuken mümkün değildir." Yargıtay 2. HD. 27.12.1978. E.8661, K.9031 bkz.(Tekinay), s.487, dn.5b; (Karabacak), s.46, dn.169; (Gençcan), s.1077.

¹¹⁰ Serdar, s.161.

¹¹¹ Akyüz, s.79.(Müşterek Hayatın Tatili)

¹¹² Karabacak, s.46; Zeybek, s.29; Dural/Öğüz/Gümüş, s.362.

¹¹³ Akıntürk/Ateş, s.414(Aile).

s.407.

¹¹⁴ Şakir Berki, Medeni Hukuk-Umumi Esaslar Şahıs Ve Aile Hukuku, Ankara: Yargıçoğlu Matbaa, 1961, s.228.

¹¹⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s.361; H. Cahit Oğuzoğlu, Medeni Hukuk Dersleri I, Ankara: Çankaya Matbaası, 1940, s.151; M. Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, Aile Hukuku, İstanbul: 1998, s.279; Köprülü/Kaneti, s.252.

¹¹⁶ Cansel, s.139; Çelik, s.264; Oğuzman/Dural, s.279; Baktır Çetiner, s.65.

24'ncü maddenin varlığı, anne babanın dini eğitim verme zorunluluğu olmadığı, din dışı bir dünya görüşü de telkin edebilmelerinin mümkün olduğu haklı olarak savunulmaktadır¹¹⁷. Hal böyle olmakla birlikte kanun metninde yer alan 'dini eğitim' ibaresinin değiştirilerek 'dini bakış açısı' şeklinde bir kullanıma gidilmesi, dini ve din dışı telkinleri bir bütün olarak içermesi bakımından kanaatimizce tartışmalara son verebilecektir.

Çocuğun dini eğitimi, onun kişilik hakkı ile ilgilidir. Anne babanın dini eğitim konusundaki uygulamaları, çocuğun yararına aykırı olduğu takdirde, çocuğun kişilik hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Anne baba nasıl bir dini eğitim vermek isterse istesin, çocuğun menfaatinin göz önünde bulundurulması zorundadır. Verilmekte olan dini eğitim yerine bir başkası seçilecek olursa yapılmak istenen bu değişiklikte ayırt etme gücüne göre çocuğun görüşünü bildirmesi menfaatinin temini için önem taşımaktadır¹¹⁸.

TMK. m. 341 / f. 3 hükmü, çocuğun ergin olmakla dinini seçmekte özgür olduğunu düzenlemektedir. Ancak bu düzenleme, tam manasıyla bir özgürlük alanı oluşturmaz. Zira dinini seçme özgürlüğü için ergin olmayı bekleyen çocuğun tam manasıyla din ve vicdan özgürlüğünden bahsedilmesi kanaatimizce de mümkün olmayacaktır¹¹⁹.

Velayet, soybağına bağlı bir haktır¹²⁰. Münhasıran anne babaya tanınmıştır. Bu nedenle velayet düzenlenirken çocuk ile anne babası arasında bir soybağı ilişkisinin varlığı aranır. Babanın çocukla soybağı ilişkisi bakımından şüpheleri varsa ve bunu boşanma davasında dile getirmişse bu durumda velayet, çocuğun babası olduğundan emin olamayan kişiye değil, anneye verilmelidir. Zira bu endişeler, onun çocuğa karşı davranış ve tutumunu etkileyebilecektir¹²¹. Velayetin anneye verilmesinde, babanın soybağının reddi davası açmış olması aranmaz. Dava açma ihtimalinin olması veya

¹¹⁷ Görgeç, s.41.

¹¹⁸ Görgeç, s.41; Gülçin Elçin Grassinger, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2009, s.37.

¹¹⁹ Anılan fıkra hükmünde 'ergin olmak' yerine, 'ayırt etme gücünü haiz olma' koşulu getirilmekle Anayasanın dini özgürlük alanı genişletilmiş ve mahiyeti pekiştirilmiş olacaktır. Aynı yönde bkz.(Görgeç) s.43, dn.164; Aynı yönde, çocuğun inanç özgürlüğünü erginlikle kazanabilmesi, ölçüsüz bir temel hak sınırlamasıdır. Detaylı bilgi için bkz. Serozan, s.262.

¹²⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s.357; Pişken Arabacı, s.9.

¹²¹ Çelikel, s.94.

baba olmadığını açık bir şekilde iddia etmesi ve iddiasını destekleyen delillerin varlığı yeterli sayılmaktadır¹²².

Çocuk ile anne ve/veya baba arasında soybağı sorunu varsa, hakim velayete dair düzenleme yaparken bu sorunun çözümü bakımından nüfus kaydının düzeltilmesi veya soybağının reddi davası açılması¹²³ için taraflara süre vererek bunun sonucunu beklemesi gerekmektedir¹²⁴. Bu sorun ortadan kaldırılmaksızın velayet düzenlemesi yapılamaz.

¹²² Akyüz, s.79.(Müşterek Hayatın Tatili)

¹²³ Babalık karinesinden (TMK. m.285) faydalanma söz konusu olmaksızın kocanın nüfus kütüğüne kaydedilen çocukla (örneğin, evliliğin sona ermesinden 300 gün sonra doğan çocuğun 300 günlük süre içinde doğmuş gibi nüfusa kaydettirilmesi) koca arasında soy bağı kurulması söz konusu olmadığı için böyle bir durumda çocuk ile koca arasında soy bağının bulunmadığının tespitine yönelik olarak açılacak dava, soy bağının reddi davası değil, kayıt düzeltme davasıdır.(Dural/Öğüz/Gümüş, s.271); "...Nesebin reddinde, kişisel duruma ilişkin nüfus kaydında yer alan bilgi 'doğru' olarak doğmuş ve kütüğe tescil edilmiştir. Ancak bu doğru daha sonra 'nesebin reddi davası' ile teknik anlamda bir yanlışlığa dönüştürülmüştür. Nüfus kaydının düzeltilmesi davasında ise, nüfus kaydının 'gerçek durumu' yansıtmadığı, baştan yanlış olarak kütüğe geçirildiğinden söz edilmesi gereklidir." Yargıtay H.G.K. 30.01.2008. E.2-36, K.47 (Sinerji).

¹²⁴ "...Davalı, küçük Hikmet' in kendilerinden olmadığını ileri sürmüştür. Bu konuda kamu düzeni ile ilgili olan nüfus kayıtlarının düzeltilmesi için taraflara önel verilmesi velayet hakkının sonucuna göre düzenlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır." Yargıtay 2. HD. 13.12.2004. E.13681, K.14932 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 28.02.2005. E.963, K.2901 (Gençcan), s.1084; "...Tarafların müşterek çocuğu olarak görülen Ali'nin davalı kadından olmadığı iddia edilmiştir. Nüfus kayıtlarının tutulması kamu düzeni ile ilgilidir. Mahkemece davalıya küçük Ali'nin anne isminin düzeltilmesiyle ilgili dava açması için önel verilmesi, açılacak davanın sonucunun beklenmesi değerlendirilerek sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır." Yargıtay 2. HD. 07.04.2005. E.3614, K.5598 (Gençcan), s.1085; Yargıtay 2. HD. 24.05.2004. E.5904, K.6583 (Gençcan), s.1085; "...Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. 25.08.2000 doğumlu Muzaffer davacının (kocanın) evlilik dışı ilişkisinden olmuş, tanıma suretiyle soy bağı düzeltilmiştir. Mahkemece bu çocuğun velayetinin annesi olmayan davalıya (Sevgül'e) verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 2. HD. 12.02.2004. E.488, K.1523 (Gençcan), s.1085; "...Tarafların müşterek çocuğu olarak kayıtlı bulunan 16.04.2004 doğumlu Yunus' un başka erkekten olduğu ileri sürülmüş, bu iddiayı doğrular nitelikte doğum belgesi sunulmuş, daha sonra da bu çocukla ilgili olarak Ankara 10. Aile Mahkemesi'nin 2005/122 esas S.lı dosya ile soy bağının reddi davası açılmıştır. Soy bağının reddine ilişkin dava sonucunun beklenilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi için küçük Yunus' un velayeti ile ilgili hükmün bozulması gerekmiştir." Yargıtay 2. HD. 07.07.2005. E.8536, K.10829 (Gençcan), s.1085; Yargıtay 2. HD. 18.04.2005. E.4375, K.6243 (Gençcan), s.1085; Yargıtay 2. HD. 06.10.2004. E.9925, K.11279 (Gençcan), s.1085; "...Nüfus kayıtlarına göre tarafların Oğuzhan isimli müşterek çocukları görünmektedir. Resmi kayıtlar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Davacı bu çocuğun başkasından olduğunu iddia ettiğine göre davacıya nüfus kayıtlarında gerekli düzeltim isini yaptırması için süre verilip sonucu uyarınca Oğuzhan'ın velayeti konusunda karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi de bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 2. HD. 08.03.2004. E.2106, K.2903 (Gençcan), s.1086.; "...Nüfus kayıtlarının düzenli tutulması kamu düzeni ile ilgilidir. Tarafların müşterek çocuğu 08.07.2001 doğumlu Rabia'nın davalının babası üzerine yazıldığı iddia edildiğinden bu konuda gereğinin takdir ve ifası için Cumhuriyet Başsavcılığına ihbar yazısı yazılmaması da doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2. HD. 20.09.2004. E.8958, K.10268 (Gençcan), s.1086; Yargıtay 2. HD. 07.04.2005. E.3611, K.5595 (Gençcan), s.1086.

Ayrıca hakim, tarafların ortak çocukları olmadığı kayden belli olan çocuklar bakımından velayet düzenlemesi yapmamalıdır¹²⁵. Hakim, velayeti düzenlerken çocuğun nüfus kaydını göz önünde bulundurmamak zorundadır¹²⁶. Nüfus kayıtlarında bir çelişki varsa bu çelişkinin giderilmesi için taraflara süre verilmesi veya derdest bir nüfus kaydının düzeltilmesi davası mevcutsa bekletici mesele yapılarak velayet hakkının bu sonuçlara göre karara bağlanması gerekir. Velayet, ancak nüfusa tescil sağlandıktan sonra düzenlenebilecektir. Dosya kapsamından tarafların müşterek çocuğu olduğunda tereddüt bulunmasa dahi çocuk, aile nüfus kaydında yer almıyorsa nüfusa tescili sağlanmadan velayet düzenlemesi yapılamayacaktır¹²⁷. Bu açıklamaların ardından boşanma davasında nüfus kayıt tablosu incelendiğinde çocuğun nüfusa kaydedilmediğini gören hakimin yine de nafaka, velayet ve şahsi münasebet durumunu karara bağlayacağı şeklindeki fikre¹²⁸ katılmak mümkün değildir.

Çocukların birden fazla olması halinde velayetlerinin taraflar arasında paylaştırılması mümkün olmasına rağmen, zorunluluk olmadıkça kardeşlerin bir arada yaşamaları sağlanmalı ve velayetleri aynı tarafa verilmelidir¹²⁹. Çocukların gelişimlerinin daha iyi gerçekleşebilmesinde kardeşlerin birbirlerinden ayrılmaması önemli rol oynamaktadır. Psiko-sosyal öğreti, hukuk öğretisi ve uygulamada hakim olan

¹²⁵ "...Dosyaya alınan nüfus kayıtlarına göre; tarafların ortak çocuğu 19.03.1999 doğumlu Deniz'dir. Davacının Satı isimli kadınla evlilik dışı ilişkisinden doğan 20.07.1999 doğumlu Süleyman isimli bir çocuğu daha bulunmaktadır. Mahkemece davalıdan olmayan Süleyman'ın velayetinin davalıya verilmesi, ortak çocuk Deniz'in velayetinin ise düzenlenmemesi usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 2. HD. 10.05.2005. E.5550, K.7649; Yargıtay 2. HD. 24.03.2005. E.2655, K.4652; Yargıtay 2. HD. 29.09.2005. E.13560, K.13100 bkz. (Pişken Arabacı), s.26, dn.125.

¹²⁶ "...Tarafların nüfus kaydına göre 2001 doğumlu Nurcan isimli bir çocukları daha mevcuttur. Bu çocuğun velayeti ile ilgili bir düzenleme hükmünde yer almamaktadır. Bu çocuğun velayeti konusunda bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir." Yargıtay 2. HD. 28.04.2008. E.5294, K.5898 (Gençcan), s.1058; Yargıtay 2. HD. 16.07.2008. E.9914, K.10670 (Gençcan), s.1058.

¹²⁷ "...Velayeti anneye verilen Tolga, nüfusta 24.08.1977 doğumlu görülmektedir. Bu tarih itibarıyla Tolga reşittir. Kaydın esas olması halinde velayetin düzenlenmesi isabetsizdir. Anne ile bu çocuğun doğum tarihi arasında beş yaş olduğu görülmektedir. Davalı da Tolga'nın 1977 doğumlu olduğunu ifade etmektedir. Mahkemece Tolga'nın doğum tutanağının istenmesi, çelişki mevcutsa giderilmesi, gerektiğinde nüfustaki kaydın düzeltilmesi bakımından taraflara mehil verilmesi, sonucu uyarınca velayetin düzenlenmesi yoluna gidilmesi gerekir. Bu husus üzerinde durulmadan velayet düzenlemesi yapılması isabetsizdir." Yargıtay 2. HD. 21.03.2002. E.3246, K.4057 (Gençcan), s.1058; Yargıtay 2. HD. 14.11.2007. E.2083, K.15693 (Gençcan), s.1058; Yargıtay 2. HD. 27.02.2008. E.5023, K.2409 (Gençcan), s.1058; Yargıtay 2. HD. 21.03.2007. E.16072, K.4580 (Gençcan), s.1058; Yargıtay 2. HD. 22.01.2007. E.21505, K.148 (Gençcan), s.1059; Yargıtay 2. HD. 01.04.2002. E.3796, K.4581 (Gençcan), s.1059; Yargıtay 2. HD. 07.04.2004. E.3375, K.4442 (Gençcan), s.1059.

¹²⁸ Lale/Lale, s.316; aynı yönde Kaçak, s.648.

¹²⁹ Akıntürk/Ateş, s.311(Aile); Kaçak, s.649.

görüş, bu doğrultudadır. Yargıtay da kardeşlerin birbirinden ayrılmasının gelişimlerine olumsuz etki yapacağı görüşündedir¹³⁰.

Boşanmanın çocuklar üzerindeki olumsuz sonuçlarını en aza indirgeyebilmek için kardeşlerin birbirlerine destek olması, bu süreci dayanışma içinde atlatabilmeleri çok önemlidir. Bu nedenle kardeşlerin birbirlerinde ayrılmaları ortak yönlerin ve aralarındaki dayanışmanın ortadan kalkmasına yol açabilecektir¹³¹. Bu da gelişimleri açısından istenmeyen bir durumdur.

Velayet düzenlenirken çocuğun alıştığı ortam göz önünde bulundurularak mümkün olduğunca çevre değişikliğine gidilmemesi gerekmektedir¹³². Çocuğun alıştığı ortam ve çevreden ayrılması onun gelişimini olumsuz yönde etkileyecektir. Yargıtay

¹³⁰ “... Bu takdirde anne bakım ve şefkatine gereksinme göstermeyen büyük çocuklar bile kardeşlerinde ayrılmamak için anaya bırakılabileceklerdir.” Yargıtay 2. HD. 12.05.1986. E.2821, K.4897 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1851; “... Tarafların müşterek çocukları 2005 doğumlu Nisa, 200 doğumlu Zehra, 1998 doğumlu Zeynep yaşları gereği ana bakım ve şefkatine muhtaçtırlar. Bu dosyada ve boşanma dosyasında alınan uzman raporlarında velayetlerin anneye verilmesinin çocukların menfaatine uygun olduğu belirtilmiştir. Kardeşlerin birbirinden ayrılmasının onların gelişimlerine olumsuz etki yapacağı açıktır. Ana yanında kalmalarının çocukların bedeni ve fikri gelişimlerine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı gibi hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilememiştir. Bu durumda çocukların velayetlerinin davacı anneye verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.” Yargıtay 2. HD. 22.07.2009. E.3093, K.14756 (Gençcan), s.1080; Yargıtay 2. HD. 08.07.2009. E.11294, K.13570 (Gençcan), s.1080; Yargıtay 2. HD. 31.01.2007. E.13164, K.793 (Gençcan) s.1080; Yargıtay 2. HD. 03.05.2005. E.3357, K.7227 (Gençcan) s.1080; Yargıtay 2. HD. 11.02.2002. E.665, K.1662 (Gençcan) s.1080; Yargıtay 2. HD. 13.02.2006. E.17093, K.1417 (Gençcan) s.1080; Yargıtay 2. HD. 04.03.2002. E.2180, K.2807 (Gençcan) s.1080; Yargıtay 2. HD. 15.02.2002. E.1411, K.2060 (Gençcan) s.1080; “...1987 doğumlu Özge, velayet konusunda açık bir tercihte bulunmamıştır. Haftanın beş gününü annemin yanında geçirmek istiyorum şeklindeki sözleri velayetin anneye bırakılmasına yöneliktir. Kardeşlerin birbirinden ayrılması da onun gelişimine olumsuz etki yapacağı açıktır. Gerçekleşen bu durum karşısında Özge'nin de velayetinin anneye verilip, baba ile uygun bir kişisel ilişki kurulması gerekir. Bu husus üzerinde durulmaması usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 30.12.2002. E.13860, K.15193 (Yetik), s.166; “...Olayda mahkemece yapılacak iş; çocuklardan G.'a olası sonuçları hakkında bilgilendirilerek velayeti ile ilgili tercihinin sorulması ve mahkeme nezdindeki aile mahkemesi uzman veya uzmanlardan çocukların velayetine esas teşkil etmek üzere rapor alınması, tüm deliller birlikte değerlendirilerek, çocukların üstün yararının velayetlerinin ebeveynlerden hangisine bırakılmasında olduğunun saptanması ve düzenleme yapılırken kardeşlerin birbirinden ayrılmasını ilkesi de gözetilerek hasıl olacak sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Açıklanan hususların üzerinde durulmaksızın eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 26.11.2012. E.10813, K.28248 (Sinerji).

¹³¹ Ergün, s.1081; Çelikel, s.92;

¹³² “...Anne bakım ve sevgisine muhtaç küçüğe anasının daha iyi bakabileceği esastır. Ancak bu esas karineden ibarettir. Babası tarafından altı senedir bakılan ve baba muhiti ile bağdaşan ve anasını tanımayan çocuğun ani olarak muhit değiştirmesinin kendisinde büyük sarsıntı yaratacağı düşüncesi ile velayet hakkının babaya verilmesi doğrudur.” Yargıtay H.G.K. 07.02.1968. E.2-672, K.69 (Nihat İnal, Nişanlanma-Evlenme-Mal Rejimi-Boşanma-Velayet-Nafaka ve Eşya Davaları, Ankara: Kartal Yayınevi, 2003), s.616; Kaçak, s.649; Şimşek, s.71.

kararlarında da çocuğun ruh sağlığını olumsuz yönde etkileyen bir faktör olarak alıştığı ortam ve çevreden ayrılmasının sakıncalarına değinilmiştir¹³³.

Çocuğun alıştığı ortam ve çevrenin değiştirilmesi, onun duygusal ve zihinsel yaşantısını etkileyerek gelişimini durdurur veya normal seyrinden uzaklaştırır¹³⁴.

O halde alışılmış ortam ve çevre değişikliğinin çocuğun gelişimi bakımından olumsuz etkileri dikkate alınarak mümkün olduğunca çocuğun içinde bulunduğu fiili durumun devamı sağlanmalıdır.

Boşanma sonrasında çocuğun aile ortamında yaşayabilme ihtimali, hakim velayeti düzenlerken gözetileceği ilkelerden biri olarak doktrinde kabul görmektedir¹³⁵. Bu kabule göre, çocuğa anne baba ve kardeşlerin bulunduğu tam ailede büyüye bilme olanağını sağlayacak olan yani yeniden evlenme ihtimali bulunan tarafa velayetin verilmesi gerektiği fikri hakimdir. Bu düzenleme yapılırken de, anne veya babanın evleneceği kişinin çocuğa nasıl davranacağı ve yeni eşin kişiliğinin hakim tarafından araştırılarak bir sonuca varılması gerektiği vurgulanmaktadır. Müstakbel üvey anne ya

¹³³ “...Müşterek çocukların davalı baba yanında kaldığı anlaşılmaktadır. Alıştıkları ortam ve çevreden ayrılmaları onların bedeni, fikri gelişimlerine olumsuz etki yapacağından velayetlerin babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD. 10.03.2005. E.1657, K.3658 (Gençcan), s.1079; Yargıtay 2. HD. 22.03.2007. E.16349, K.4630 (Gençcan), s.1079; Yargıtay 2. HD. 22.03.2002. E.3147, K.4072 (Yetik), s.170; “... Temel amaç olan çocukların yararlarının düşünülmesi bazen de fiili durumun devamı ile uygunluk gösterebilir. Örneğin, uzun zamandır annesiyle birlikte yaşayan ve yasal rüste erişmesine de çok az bir süre kalan küçüğün koşullar ne olursa olsun şimdi velayetinin babaya verilmesi mevcut düzenini bozabilir ve intibak döneminde onu çeşitli zorluklarla karşı karşıya bırakabilir.” Yargıtay 2. HD. 27.02.1986. E.1804, K.2119 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1847; Yargıtay 2. HD. 25.02.1986. E.1714, K.2025 (Gençcan), s.1851; Yargıtay H.G.K. 06.05.1972. E.2-601, K.296 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1851; Yargıtay 2. HD. 12.09.1975. E.7111, K.6585 (Sinerji); “...Toplanan delillerden, tarafların 1981 yılından beri ayrı yaşadıkları, bu zaman içinde müşterek çocuk 1979 doğumlu Savaş'ın annesinin yanında kaldığı gerçekleşmiştir. Çocuğun bakımı, gözetimi ve sağlığı açısından annenin bir ihmali iddia olunmadığı gibi, dosyada bu konuda herhangi bir delil de yoktur. O halde çocuğun gelişmesi ve yaşantısının bozulmaması da dikkate alınarak Savaş'ın alıştığı çevreden uzaklaştırılmaması ve annenin velayetine bırakılması uygun olur. Bu yönün gözetilmemiş olması Usul ve Kanun'a aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 23.02.1989. E.1988/12424, K.1989/1550 (Sinerji); “...Sosyal hizmetler uzmanı bilirkişinin raporunda çocuğun yaşadığı çevrede mutlu olduğu, babasının çevresini ve ailesini tanımadığı, yaşadığı hayatı bilmediği alıştığı çevreden ayrılmasının ruhsal ve sosyal gelişiminde onarılmaz yaralar açacağı, velayetinin annesinde kalmasının uygun olacağı bildirilmiştir. Küçük de Türk Medeni Kanununun 339. maddesi uyarınca görüş ve tercihini bu yönde açıklamıştır. Gerçekleşen bu olgular ve bilirkişi raporunda yer alan açıklamalar karşısında, çocuğun halen bulunduğu durumda bedensel ve zihinsel gelişiminin tehlikede olduğuna ilişkin hiçbir delil bulunmadığı, babanın yıllarca çocuğuna ilgi ve özen göstermemiş olduğu da gözetildiğinde velayetinin anneden alınıp babaya verilmesinin menfaatine uygun olmayacağı nazara alınmadan davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD. 08.02.2005. E.2004/15818, K.2005/1547 (Sinerji).

¹³⁴ Çelikel, s.74.

¹³⁵ Çelikel, s.76; Pişken Arabacı, s.24; Güneşlioğlu, s.100.

da üvey babanın çocuğun yararını tehlikeye düşürecek şekilde davranabileceği öngörülürse, velayetin bu kişiyle evlenme ihtimali olan tarafa verilmemesi gerektiği savunulmuştur¹³⁶.

Yeniden evlenme ihtimalinin varlığı, an itibarıyla somut bir gerçeklik taşımadığından ve çocuğun gelişimini, gelecekteki yararlarını sadece bir ihtimal üzerine inşa etmek de doğru olmayacağından bu hususun velayet düzenlemesinde bir ilke olarak ele alınması Yargıtay kararında¹³⁷ belirtildiği üzere kanaatimizce de uygun değildir¹³⁸. Ayrıca uygulamada hakimin böyle bir ihtimalin varlığında, müstakbel üvey anne ya da üvey babayla ilgili araştırma yapmasının da imkan dahilinde olmadığı görüşündeyim.

c. Anne Baba Bakımından Gözetilecek İlkeler

Velayetle ilgili düzenleme yapılırken çocuğun yararı esas alınmakla hakim anne baba hakkında da çeşitli açılardan inceleme yapacaktır.

Velayetin düzenlenmesi konusunda anne babanın dinlenmesi gereği, TMK m.182'de açıkça yer almaktadır. Bu madde hükmüne göre hakim, imkan dahilindeyse anne babayı dinledikten sonra velayetle ilgili düzenleme yapacaktır. Hakimin velayet konusunda çocuğun yararına olan kararı verebilmesi için anne babanın dinlenilmesi gereklidir¹³⁹. Zira, çocukla ilgilenen ve onu sevip yanında kalmasını isteyen tarafa velayetin bırakılması en uygun karardır. Bu nedenle anne babanın dinlenmesi, çocuğa karşı ilgilerinin anlaşılması bakımından önem taşımaktadır¹⁴⁰.

Anne babadan hangisinin çocuğa daha fazla ilgi gösterdiği, çocuğun duygusal bağının hangi tarafla daha kuvvetli olduğu araştırılarak velayet, çocuğa gerekli ilgi ve

¹³⁶ Akyüz, s.65(Müşterek Hayatın Tatili); Çelikel, s.76; Pişken Arabacı, s.24; Güneşlioğlu, s.100.

¹³⁷ "Çocuğun velayetinin verilmesinde anne babanın dava tarihindeki durumları göz önünde bulundurulur, ileride evlenme olasılıkları karara etkili olmaz." Yargıtay H.G.K. 09.09.1964. E.2-240, K.540 (Ceylan), s.159.

¹³⁸ "Ebeveyn ayrılığı ve ebeveynlerin ayrıldıktan sonra başka kişilerle evlenmeleri, çocuğun psiko-sosyal uyumunu olumsuz biçimde etkileyebileceği gibi okul başarısında da düşmeye sebep olabilmektedir." Okan Aydın, "Boşanma Sürecinde Velayet İle İlgili Anlaşmazlık Yaşayan Ebeveynlerin Çocuklarına İlişkin Düşünceleri Ve Çocukların Boşanmaya Uyum Düzeylerinin İncelenmesi", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi FBE, 2009), s.28.

¹³⁹ İnal, s.617; Kaçak, s.648.

¹⁴⁰ Çelikel, s.79

özeni gösteren tarafa bırakılmalıdır¹⁴¹. Hakim bu araştırmayı yaparken, tarafların fiili ayrılık döneminde çocukla olan yakınlığını, anne babanın yargılama aşamasındaki tutum ve davranışlarını velayet konusunda istekli olup olmadıklarını, çocukla olan diyaloglarını dikkate almalıdır. Çocuğun velayetini istemediğini söyleyen tarafa velayetin bırakılması çocuğun yararına aykırı olacaktır¹⁴².

Her iki tarafın da çocuğun velayetini istememesi söz konusu olabilmektedir. Bu durum, anne babanın çocuğa şefkat hislerinin bulunmadığını ve kendi menfaatlerini müşterek çocuklarının menfaatinden daha üstün tuttuklarını ortaya koymaktadır. Onların bu tutum ve davranışlarına rağmen çocuğun velayetinin anne babadan birine bırakılması, çocuğun fiziksel, ruhsal ve zihinsel gelişimi bakımından ciddi bir tehlike oluşturur. Bu da, çocuğun yararına aykırı olmakla beraber ona zarar verir. Çocuğun yararını temin bakımından, TMK. m. 347¹⁴³ ile 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu¹⁴⁴ resen gözetilerek hakimın uygun bir karar vermesi gerekmektedir¹⁴⁵.

¹⁴¹ Güneşlioğlu, s.98; “Annenin çocuklara karşı gerekli ilgi ve özeni göstermediği, çocuklara baba tarafından bakıldığı belirlenmiştir. Küçüklerin velayet haklarının babaya verilmesi gerekirken anneye verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD. 07.02.2005. E.16709, K.1492 (Gençcan), s.1066; Yargıtay 2. HD. 14.12.2004. E.12249, K.15059 (Gençcan), s.1066; Yargıtay 2. HD. 05.06.2006. E.2418, K. 8852 (Gençcan), s.1066.

¹⁴² “...Müşterek çocuklar davalı baba yanındadır. Davalı velayet hakkının kendisine verilmesini istemektedir. Davacı kadın da çocukları istememektedir. Küçüklerin bedeni ve fikri gelişimleri dikkate alınarak velayetinin davalı babaya bırakılması gerekirken yazılı şekilde davacı anneye verilmesi uygun görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD. 21.04.2005. E.4563, K.6546 (Gençcan), s.1072; Yargıtay 2. HD. 22.11.2004. E.12446, K.13689 (Gençcan), s.1072; “Yaşının küçüklüğüne rağmen anne tarafından istenmeyen ve babası yanına bırakılan küçüğün velayetinin şefkat göstermeyen anneye bırakılmış olması usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 03.10.1984. E.6547, K.7333 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1948; “Babanın velayeti istememesi ve ananın iffetsiz olduğu iddiasının ispat edilememesi halinde çocuk bir müesseseye yerleştirilmeyip velayeti anaya verilir.” Yargıtay H.G.K. 19.12.1972. E.361, K.113 (Yetik), s.230.

¹⁴³ TMK m.347: “Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hakim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. / Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hakim aynı önlemleri alabilir. / Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır. / Nafakaya ilişkin hükümler saklıdır.”

¹⁴⁴ Mülga ad, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu (Resmi Gazete Tarihi:08.06.2011)

¹⁴⁵ “...Taraflar 1986 doğumlu zeka özürlü Mehmet'in velayetini üzerlerine almaktan ısrarla kaçınmaktadırlar. Ana babanın bu tutum ve davranışı karşısında çocuğun bunlardan birisine verilmesi çocuğun bedeni ve fikri gelişmesini tehlikeye düşürecek, çocuğa yarar değil zarar getirecektir. O halde Türk Medeni Kanununun 347. Maddesi ve 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümleri de resen gözetilerek uygun bir karar verilmesi gerekirken, çocuğun velayetinin babaya verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 07.10.2003. E.11644, K.12972 (Gençcan), s.1072; Yargıtay 2. HD. 01.06.1971. E.2679, K.3532 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1951.

Anne veya baba çocuğu terk etmişse, velayetin düzenlenmesinde bu husus da dikkate alınmalıdır. Terk etmenin varlığından bahsedilebilmesi için bu eylemin iradi nitelikte olması gerekmektedir¹⁴⁶.

Çocuğa yönelik olarak sürekli sadakatsiz¹⁴⁷ ve dengesiz davranışlar sergileyen¹⁴⁸, ağır isnatlarda bulunan¹⁴⁹, şiddet uygulayıp döven¹⁵⁰, küfür, hakaret ve tehdit içerikli sözler sarf eden¹⁵¹ anne veya babaya velayetin bırakılması mümkün değildir. Hakim bu konuda araştırma yapmak üzere uzman pedagoğ, psikolog veya

¹⁴⁶ “...Kadının 15.05.2000 doğumlu Ömer’i bir günlük iken babaanneye terk ettiği ve velayetini istemediği anlaşılmaktadır. Öte yandan çocukların birlikte bulunmaları dayanışmalarının sağlanması için gereklidir. Bu nedenlerle 2000 doğumlu Ömer ve 1986 doğumlu Mehmet’in velayetlerinin babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.” Yargıtay 2. HD. 08.02.2002. E.473, K.1580 (Gençcan), s.1067; Yargıtay 2. HD. 12.06.2008. E.9968, K.8441 (Gençcan), s.1067; Yargıtay 2. HD. 24.01.2005. E.2004/15466, K.2005/483 (Şerafettin Şanver, Evliliğin Kırmızı Çizgileri Boşanma Davaları El Kitabı, 2. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2009), s.257(2009).

¹⁴⁷ “Davalı kadının Londra’da başka bir erkekle ilişki kurup onunla yaşadığı kendi ikrarı ile dahi sabit olduğuna göre müşterek çocukların eğitim ve yetiştirilmelerinde sadakatsiz ananın bugünkü yaşantısının önemli derecede etkin olacağı ve çocuklar üzerinde olumsuz sonuçlar doğuracağına düşünülmemesi böylece velayetin anaya bırakılması usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 02.06.1983. E.4928, K.5032 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1949.

¹⁴⁸ “Anne yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı, babanın işsiz olup, mahkemenin de kabulünde olduğu gibi dengesiz hareketlerinin bulunduğu, sürekli içki içtiği belirlenmiştir. 29.05.1997 doğumlu Ezgi’nin velayetinin davacı anneye verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 27.12.2004. E.14629, K.15838 (Köseoğlu), s.296; “Toplanan delillerden velayeti anneye verilen Bilge’nin baba yanında olduğu anlaşılmaktadır. 1986 doğumlu Adnan’ın velayeti de babaya bırakılmıştır. Annenin çocukları terk ettiği ve sadakatsiz olduğu açıktır. Bilge’nin alıştığı ortamdan ayrılması yine kardeşlerin birbirinden ayrılmaları çocukları olumsuz etkileyecektir. Bilge’nin velayet hakkının da babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD. 20.09.2004. E.8952, K.10263 (Gençcan), s.1070; Yargıtay 2. HD. 06.12.2004. E.13321, K.14573 (Gençcan), s.1070; Yargıtay 2. HD. 25.01.2006. E.15861, K.330 (Gençcan), s.1069.

¹⁴⁹ “Davacının çocukları hakkında ağır isnatları da mevcuttur. Gerçekleşen bu durum karşısında velayetin anneye verilmesi gerekir.” Yargıtay 2. HD. 20.11.2003. E.14849, K.16054 (Sinerji).

¹⁵⁰ “16.05.1998 doğumlu müşterek çocuk H.F. babaanne yanındadır. Davalı kadının küçüğe şiddet uyguladığı ve yeterli ilgiyi göstermediği, ona karşı yükümlülüklerini savsakladığı anlaşılmaktadır. Velayetin davacı babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD. 16.06.2005. E.6562, K.9335 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 24.06.2002. E.7767, K.8457 (Gençcan), s.1070; Yargıtay 2. HD. 27.01.1983. E.8908, K.497 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1949.

¹⁵¹ “Tarafların müşterek çocuğu Uğur, 1989 doğumlu olup 16 yaşındadır. 17.06.2004 tarihli oturumda dinlenmiş ve kesin bir ifade ile annesiyle kalmak istediğini bildirmiştir. Dosyaya sunulan davalı babanın çocuğuyla telefon görüşmelerine ilişkin emniyetçe çözümlü yapılan görüşmelerde, davalının oğluna ‘...lan geri zekalı, manyak... senin ağzına... kafanı kırarım, eşek, kimsin sen lan... ahlaksız, şerefsiz, haysiyetsiz’ gibi sözler sarf ettiği anlaşılmaktadır. Dosyadaki delillerden ve özellikle 09.04.2003 tarihli doktor raporundan çocuğun babasının açıklanan küfür, hakaret ve tehdit edici davranışları yüzünden ruhsal açıdan anksiyete reaksiyon denilen ruhsal rahatsızlığa دچار olduğu, ciddi tedirginlik ve endişe içinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu koşullar altında velayetin babaya verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD. 26.04.2005. E.4856, K.6792 (Kazanıcı).

sosyal çalışmacı görevlendirerek onların görüşlerini alması, kendisi için yol gösterici olacaktır¹⁵².

Ebeveynlerin çeşitli nedenlerle çocuklarından uzak kalmaları ve onlara gereken ilgi ve özeni göstermeyerek onları ihmal etmeleri, çocukla olan ilişkilerini olumsuz etkilediği gibi çocuğun psikolojik sıkıntılar yaşamasına da sebebiyet vermektedir¹⁵³.

Bu durumda çocuğun yararı, velayetinin kendisiyle gerektiği şekilde ilgilenen ebeveyne bırakılmasını zorunlu kılmaktadır¹⁵⁴.

Velayetin bırakılacağı taraf tayin edilirken anne babanın çocuğu eğitici yetenekleri göz önünde bulundurulur. Anne babanın bu yeteneği belirlenirken fiziksel ve ruhsal özellikleri araştırılır. Çocuğun velayetinin akıl hastası olan veya bir başka hastalık nedeniyle kendisi bakıma muhtaç olan tarafa verilmesi beklenemez¹⁵⁵.

Çocuk, boşanmadan sonra anne veya babasının eksikliğini yaşayacaktır. Velayetin, eğitici yetenekleri haiz, bedensel ve ruhsal açıdan bir problemi bulunmayan ve çocuk yetiştirmeye ehil olan tarafa bırakılması bu eksikliği en aza indirgeyecektir¹⁵⁶.

Anne babanın eğitici yetenekleri onların fiil ehliyeti haiz olmalarını zorunlu kılmaktadır. Zira vesayet altında bulunan tarafa velayetin bırakılması mümkün olmayacaktır¹⁵⁷.

¹⁵² bkz. dn.60.

¹⁵³ Aydın, s.25.

¹⁵⁴ “Çocuğun velayeti babaya verilmesine rağmen baba çocukları fiilen yanına almamış, annenin yanına terk ederek velayetlerini kullanmamışsa velayet babadan alınarak anneye verilmelidir.” Yargıtay 2. HD. 22.01.2001. E.2000, K.15996 (Çelikel), s.82; Yargıtay 2. HD. 12.07.2005. E.8769, K.11125 (Ergün), s.1114; “Velayetin kendisine tevdiini isteyen babanın aradan geçen on yıllık süre içinde evladı ile ilgilenmemiş olması, velayetin kendisine verilmesine mani teşkil edecektir. Mahkemenin bu yönleri kapsayan Özel Daire ilamına uymaması kanuna aykırıdır.” Yargıtay H.G.K. 14.02.1962. E.2-6, K.17 (Talih Uyar, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, C.III, Ankara: 2002), s.2230.

¹⁵⁵ İnal, s.615; “Davalı akıl hastası olup velayet görevini gereği gibi yerine getiremeyecektir. Bu yön gözetilmeden küçük Yüksel’in velayet hakkının da anneye verilmesi gerekirken babaya verilmesi kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 2. HD. 05.06.2003. E.6627, K.8302 (Bilal Köseoğlu/Köksal Kocaağa, Aile Hukuku ve Uygulaması, 1. Baskı, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2009), s.516; Yargıtay 2. HD. 04.04.2007. E.17409, K.5595 (Gençcan), s.1076.

¹⁵⁶ Çelikel, s.82.

¹⁵⁷ “Anne ve babanın her ikisinin de TMK m 405 gereğince kısıtlanmış oldukları halde bu durumun velayet görevini gereği gibi yerine getirilmesine mani olduğu gözetilmeden velayetin babaya verilmesi ve TMK m 346 vd. maddeleri uyarınca gerekli önlemlerin alınması gerektiğinin de gözetilmemesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD. 18.06.2008. E.4283, K.8897 (Gençcan), s.1076.

Anne babanın eğitici yeteneklerinin eşit olması halinde çocuğa şahsen bakma¹⁵⁸ imkanı velayetin tevdiinde tercih nedeni olmaktadır. Bu bağlamda da anne babanın meslekleri göz önünde bulundurulmalıdır. Mesleği dolayısıyla sürekli olarak ev dışında bulunması gereken ve bunun sonucunda da çocuğun bakımı, eğitimi ve gözetimi ile bizzat ilgilenemeyecek olan tarafa velayetin verilmemesi uygun olacaktır¹⁵⁹.

Anne veya baba meslekleri gereği çocukla bizzat ilgilenme olanağı bulamayabilir. Bu durumda çocuğa bizzat bakma imkanı olan taraf velayetin tevdiinde tercih edilmelidir¹⁶⁰. Ancak günümüzde şartlar gerektirdiği için her iki tarafın da çalışıyor olması muhtemeldir. Ayrıca evlilik birliği devam ederken çalışma gereği duymayan kadın, boşandıktan sonra kendi yaşamını kurabilmek ve geçimini sağlayabilmek için çalışmak zorunda kalmaktadır. Bu nedenlerle çocuğa şahsen bakma imkanı ilkesi, bizi çocuğun çalışan tarafa verilmesi sonucuna da götürebilir. Zira çocuğa şahsen bakma, bütün gün çocuğun yanı başında olmak anlamına gelmemektedir. Çalışan anne veya baba, gün içinde çocuğundan ayrı kalsa da en iyi şekilde çocuğunun bakımı, korunması ve güvenliği için gerekli olan tedbirleri alıyor ve eve döndüğünde de çocuğuyla verimli vakit geçirebiliyor ve yeterince ilgilenabiliyorsa velayetin çalışıyor olmasına rağmen bu anne veya babaya bırakılması çocuğun yararına olacaktır¹⁶¹.

¹⁵⁸ “Toplanan delillerden davacı babanın reşit çocuğu 1982 doğumlu Tunç’a bir ev tuttuğu ve reşit olmayan Dinç’i de bunun yanına yerleştirdiği ve ara sıra bu eve geldiği anlaşılmaktadır. Velayetin anneye verilmesine engel teşkil edecek herhangi bir maddi vakıanın varlığı da ispat edilememiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında 1988 doğumlu Dinç’in velayetinin anneye verilmesi gerekir.” Yargıtay 2. HD. 25.02.3003. E.2002/15481, K.2003/2440 (Ergün), s.1120; “...Boşanma ile velayet kendisine verilen babanın o günden beri çocuğu fiilen halasına bıraktığı, halasının kocası tarafından da dövüldüğü anlaşılmaktadır. Çocuğun beyanı tek başına davanın reddine neden yapılamaz. Davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.” Yargıtay 2. HD. 04.03.2002. E.2252, K.2783 (Gençcan), s.1066.

¹⁵⁹ “Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce küçüğün bedeni ve fikri gelişimine öncelik verilmelidir. Küçüğün astım hastası olduğu, babanı geceleri gitar çalarak hayatını kazandığı ve küçüğe yeterli zaman ayırmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında velayetin anneye bırakılıp baba ile uygun bir kişisel ilişki kurulması gerekir.” Yargıtay 2. HD. 06.05.2003. E.3684, K.6706 (Sinerji); “Ana ve baba olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınır.; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.(TMK.339/3) Müşterek çocuklar 1991 ve 1996 doğumludur. Velayet hakkının düzenlenmesinde aslanan küçüklerin sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarıdır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 12.maddesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin 3. ve 6. maddeleri hükümleri nazara alınarak ve davacı annenin mesleği ve davranışları da değerlendirildiğinde küçükler Hakan ve İpek’in velayetlerinin davalı babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD. 16.06.2005. E.8216, K.9351 (Gençcan), s.1073.

¹⁶⁰ Pişken Arabacı, s.32 vd.

¹⁶¹ Çelikel, s.78; Güneşlioğlu, s.98 vd.; Çağın zorunlu yaşam biçimini velayet açısından fazlaca önemsememek gerekmektedir. Çocuğun çalışan bir annenin yakınlarının yanında kalmasının velayet babaya bırakılmak suretiyle üvey anne yanında kalmasından daha kötü olduğu bir kural olarak ileri

Anne babanın ekonomik durumlarının çok iyi olması, velayetin o tarafa verilmesinde gerekçe yapılamaz¹⁶². Tarafların maddi olanakları velayetin düzenlenmesinde doğrudan bir etkiyi haiz değildir. Çocuğun yararı ve güvenliğinin tarafların ekonomik durumu nedeniyle tehlikede olduğu ispat edilmedikçe maddi durumun velayetin tevdiinde doğrudan bir etkisinden bahsedilemez. Zira maddi durumu iyi olmasına rağmen velayet kendisine bırakılmayan tarafın çocuğun ihtiyaçlarını tedbir ve iştirak nafakası ile gidermesi kanun gereğidir¹⁶³.

Velayete ilişkin düzenleme yapılırken anne babanın ahlaki değer yargıları da dikkate alınmalıdır. Anne babanın ahlaka aykırı yaşam biçimleri, çocuğun yetiştirilmesinde etkili olacağı için, bu durum çocuğun fikrî gelişimini ve ahlaki değerler kazanmasını engelleyebilir. Bu da çocuğun sosyal ve duygusal gelişimini tehlikeye sokabilecektir¹⁶⁴.

sürülemez. “Velayetin tevdiinde öncelikle küçüklerin ileriye dönük menfaatlerinin gözetilmesi asıldır. Velayetleri boşanma ilamı ile kendisine bırakılan ananın memur olması nedeniyle çocukların bakımının anneanneye bırakıldığı,..... -velayetin değiştirilmesini talep eden davacı- babanın çocukların eğitim ve gelişimleri yönünden önemli derecede mali imkana sahip bulunması karşısında davanın kabulüne dair hükmün onanması gerekmiştir. / Çalışan bir annenin çocukları için bakıcı tutması, kendi annesinin yanına bırakması ya da kreş ve benzer sosyal kurumları öngörmesi, toplum hayatında ve modern yaşamda olağan ve doğal bir husustur. Şayet çocukları davacı babaya verirse davacı başka bir şey mi yapacaktır? Yoksa 1946 doğumlu davacı çalışmadan bir ev kadını gibi evde oturup çocuklara bakmayı mı düşünmektedir? Bir an için böyle kabul etsek bu tür yaşantı 1978 doğumlu kız çocukları için anne bakım ve şefkatinin yerini tutabilecek bir değerde midir? O halde karar sağlıksız bu mantık ve düşünce biçimi yönünden de bozulmalıdır (Muhalefet Şerhi). Yargıtay 2. HD. 04.06.1985. E.3557, K.5457 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1982 vd.

¹⁶² “Babanın varlıklı olması başlı başına velayetin kendisine verilmesini gerektirmez. Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilemediği halde anne bakım ve şefkatinde muhtaç 29.04.2000 doğumlu Cemal’in babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 18.05.2006. E.1486, K.7856 (Gençcan), s.1073; Yargıtay 2. HD. 17.04.2008. E.4677, K.5492 (Gençcan), s.1073; Yargıtay 2. HD. 31.05.2006. E.1921, K.8566 (Gençcan), s.1073.

¹⁶³ “Velayetin tevdi edildiği tarafın maddi olanakları velayet düzenlenmesinde hiçbir şekilde etkili olmayan bir konudur. Velayet çocukların halihazır ve gelecekteki yararları açısından düzenlenir. Düzenleme yapıldıktan sonra Medeni Kanun’un 148/2 maddesi uyarınca velayet kendisine tevdi edilmemiş tarafın çocuğun infak ve terbiye masraflarına katılmak (iştirak nafakası) sorumluluğunun belirlenmesi sırasında maddi olanaklarının kapsamı göz önünde tutulur. Karar yerinde sıralanan ve ancak iştirak nafakası için gerekli olan davacı malvarlığının velayet düzenlenmesinde ana etken olarak kabulü önemli bir hukuksal yanlıdır. Hükmü bu nedenle de bozulmalıdır.” Yargıtay 2. HD. 04.06.1985. E.3557, K.5457 (Muhalefet Şerhi) (Yalçınkaya/Kaleli), s.1983.

¹⁶⁴ Çelikel, s.90.; “Davalı annenin gerçekleşen ahlaki temayülleri karşısında 1981 doğumlu küçük Bahar’ın geleceğine yönelik tehlikelerin önlenmesi için velayetinin babaya verilmesi gerekir. Bu yönün gözetilmemesi usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 06.05.1985. E.4103, K.4305 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1947; “Boşanma sebebi toplumun asla hoş görmeyeceği ‘Eşcinselliğe’ Türkçe deyimi ile ‘seviciliğe’ dayanmaktadır. Böylesine marazi bir alışkanlığı bulunan kadına kız çocuğunun velayetinin verilmesi onun geleceğini tehlikeye düşüren bir durum meydana getirebilir. Küçüğün idrak çağına erip kişiliği zarara uğradıktan sonra onu anasından uzaklaştırmak hiçbir anlam taşımaz. Velayet düzenlenirken göz önünde tutulacak husus, çocuğun sadece o andaki değil,

Toplumda kabul görmeyen bir diğer yaşam biçimi de evlilik dışı birlikteliklerdir. Çocuğun yararı bakımından tehlike arz edecek bir durum söz konusu olduğunda hakim, velayeti evlilik dışı ilişki yaşayan tarafa vermekten imtina edebilir¹⁶⁵. Ancak çocuğun yararı evlilik dışı birliktelik yaşayan anne veya babaya verilmeyi gerektiriyorsa yani bu durum çocuğun yararını tehdit edici bir nitelik taşımıyorsa velayetin bu tarafa bırakılması da gündeme gelebilir.

Velayetin tevdiinde boşanmada kusuru olmayan tarafın tercih edileceği yönünde bir kabul söz konusu değildir. Zira bu düzenlemede çocuğun üstün yararı temel ilke olduğundan velayetin boşanmada kusurlu olan tarafa bırakılması da mümkündür¹⁶⁶. Çünkü boşanmada kusurlu olan eşin aynı zamanda kötü bir ebeveyn olduğu sonucuna ulaşılamaz. Ayrıca kusursuz olan tarafın çocuğu daha iyi yetiştirebileceği gibi genel bir kabulden bahsedilemez. Yargıtay kararları da bu doğrultudadır¹⁶⁷.

Boşanmaya neden olan olaylarda kusurlu olmanın çocuğun yetiştirilmesi ve bakımı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Kural olarak boşanmaya eşlerin çocuklarına yönelik kusurlu davranışları dolayısıyla değil de birbirlerine karşı davranışları nedeniyle hükmedilir. Eşler arasındaki ilişkileri çocukla olan ilişkilerden soyutlamak ve bunları

gelecekteki yararlarının dahi her yönü ile korunmasıdır. Bu bakımdan çocuk henüz kötü alışkanlıklar edinmeden gerekli tedbirlerin alınması zorunludur. Hal böyle olunca küçüğün ahlaki gelişimine öncelik ve şefkatin üstünde değer verilmesi gerekir. Öyleyse 'karşılaşılan iki kötülükten, zarardan hafifinin tercih edilmesi' kuralı gözetilerek çocuğun velayetinin babaya bırakılması uygun olur. Bu yönün gözetilmemesi usul ve kanuna aykırıdır." Yargıtay 2. HD. 21.06.1982. E.5077, K.5531 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1949.

¹⁶⁵ "Anne başkasıyla evlilik dışı ilişki kurmak için çocuklarını yüzüstü bırakıp gitmişse, çocukların velayeti kendisine verilmemelidir." Yargıtay 2. HD. 23.05.1985. E.436, K.5063 (Çelikel), s.91; "Müşterek çocuk D. 1998 doğumludur. Toplanan delillerden davalının R. isimli evli ve beş çocuklu bir kişi ile ilişkiye girdiği, onunla yaşadığı anlaşılmaktadır. Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce küçüğün bedeni ve fikri gelişimi dikkate alınmalıdır. Altı yaşındaki D.nin bu şartlar altında anne yanında kalmasının onun gelişimine olumsuz etki yapacağı açıktır. Babanın velayeti ifa edemeyecek durumda olduğu da ispat edilmemiştir. Mahkemece velayetin babaya bırakılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 2. HD. 11.03.2004. E.2151, K.3077 (Sinerji).

¹⁶⁶ Akıntürk/Ateş, s.310(Aile); Çelikel, s.88; Aras, s.313; Dural/Öğüz/Gümüş, s.145; İnal, s.615; Tekinay, s.273; Ceylan, s.157; Ergün, s.1082.

¹⁶⁷ "MK. m.148 uyarınca boşanmaya karar veren hakim, çocukların velayetini durumun özelliği ve öncelikle küçüklerin yararını göz önünde tutarak tarafların hangisine vereceğini belirler. Hukukumuz velayetin boşanmada kusursuz tarafa ait olacağı yolunda bir kuralı kabul etmiş değildir. Çünkü kötü bir eşin aynı zamanda kötü bir ana veya baba olduğun söylenemez." Yargıtay 2. HD. 16.05.1985. E.4586, K.4777 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1846; Yargıtay 2. HD. 11.02.1985. E.936, K.1190 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1948.

birbirine karıştırmamak gerekir¹⁶⁸. Burada anne babanın boşanmada kusurlu olup olmadığının tespiti değil de çocuğun güvenliği ve korunması ön plandadır¹⁶⁹.

Bununla birlikte evlilik suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, terk, akıl hastalığı nedenlerinden biriyle sona ermişse, çocuğun bu hallerde kusurlu olan tarafa verilmemesi uygun olur. Bu durumlarda belirleyici olan boşanma nedeni değil, çocuğun bu niteliklere sahip olan eşe verilerek güvenliğinin ve yararının ihlal edilmemesidir¹⁷⁰.

Okul çağında ebeveynlerin boşanmasını kavrayabilen çocuk, bu süreçte yaşananlardan dolayı kendisini aldatılmış hissederek, ayrı yaşamaya başladığı anne veya babasının geri gelmesiyle ilgili hayaller kurup, iç dünyasında boşanmadan sorumlu tuttuğu ebeveynine karşı olumsuz duygular besleyebilir. Bu duygu durumu içindeki çocuk için en önemli risklerden birisi, çocuğun duygularının davranışlarını etkilemesi ve neticede boşanmada kusurlu gördüğü ebeveyni ile olan ilişkilerinin bozulmasıdır¹⁷¹. Bu nedenle çocuğun boşanmaya neden olan olaylarda kusur durumuna ilişkin anne babası hakkında vardığı kanaat de dikkate alınmalıdır. Burada çocuğun velayet konusunda dinlenilmesi ve uzman görüşünden yararlanılmasının önemi ortaya çıkmaktadır. Ancak bu şekilde çocuğun yararı temin edilmiş olur.

Boşanmanın çocuklara ilişkin sonuçları, eşlere ilişkin sonuçlarından¹⁷² farklı olarak kendiliğinden doğmaz. Bu konularda taraflarca talepte bulunulmasına gerek olmaksızın hakim resen düzenleme yapar¹⁷³.

Hakimin çocuğun anne babadan hangisine verileceği konusunda geniş takdir yetkisi¹⁷⁴ vardır. Ancak anne babanın da velayete dair anlaşma yapmaları mümkündür¹⁷⁵.

¹⁶⁸ Yalçınkaya/Kaleli, s.1850.

¹⁶⁹ Akyüz, s.500(Cumhuriyet).

¹⁷⁰ Gençcan, s.1083.

¹⁷¹ Aydın, s.32.

¹⁷² Erginlik, vatandaşlık, kayın hısımlığı, medeni halinin değişmesi, yeniden evlenme imkanının doğması, kadının yasal bekleme süresine tabi olması, kadının soyadı, vb. sonuçlar bakımından bkz. Gençcan, 786 vd.

¹⁷³ Dural/Öğüz/Gümüş, s.143. Ancak TMK m.325 hükmü, üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişkileri bakımından talep zorunluluğu getirmekle, resen düzenleme yapmanın istisnasını teşkil etmektedir.

¹⁷⁴ Hakim, kendisine takdir yetkisi tanınan tüm durumlarda olduğu gibi, burada da TMK. m. 4 uyarınca hukuka ve hakkaniyete göre karar vermek zorundadır. (Yalçınkaya/Kaleli, s.1845; Özer Taşkın, s.91.)

¹⁷⁵ Ceylan, s.161.

Yapılan bu anlaşma, hakim için sadece yol gösterici niteliktedir¹⁷⁶. Hakimin takdir yetkisinin sınırlanması anlamına gelmediği gibi, hakimi bağlayıcı olduğundan da söz edilemez¹⁷⁷. Zira hakimin velayete ilişkin düzenleme yaparken kendisini bağlayacak olan tek husus, çocuğun yararidir¹⁷⁸.

Boşanmanın çocuklara ilişkin sonuçlarını düzenleyen TMK. m.182 hükmü, velayete dair anne babanın anlaşmasından söz etmezken; anne babanın karar verilmeden önce dinlenilmesi hususuna değinmektedir. Bu durumda velayete dair anlaşmanın hakim için anne babanın özel olarak dinlenmesi niteliğinde olduğu söylenebilir¹⁷⁹.

Velayet hakkı, kamu düzenine ilişkin olup anne babanın istekleri ve bu konuda anlaşmalarından ziyade çocuğun üstün yararı ön plandadır¹⁸⁰. Bu nedenle çocuğun yararının korunabilmesi için tarafların velayete dair anlaşmalarının geçerliliği, TMK. m.184/b.5 ve m.166/III uyarınca hakimin onayına bağlanmıştır¹⁸¹.

Hakim, öncelikle anlaşmanın, tarafların gerçek iradesini ve samimi isteklerini yansıtıp yansıtmadığını; anne babanın anlaşmayı çeşitli etki ve baskı altında kalarak ya da bunlardan kurtulmak amacıyla yapıp yapmadığını araştıracaktır¹⁸². Ardından anlaşma hükümlerinin çocuğun yararına uygun olup olmadığı incelenecektir¹⁸³. Yapılan anlaşmanın çocuğun yararına aykırı olması halinde hakim, anlaşmaya müdahale ederek çocuğun üstün yarar ve menfaatine uygun olan değişiklikleri yapacaktır¹⁸⁴. Hakimin

¹⁷⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s.144; Kaneti/Köprülü, s.198.

¹⁷⁷ Pişken Arabacı, s.114; Akıntürk/Ateş, s.311(Aile); Çelikel, s.95; Velayete ilişkin davalarda tarafların anlaşması, tek başına sonuca etkili değildir. (Şimşek, s.71.); “*Velayet haklarının düzenlenmesinde asıl olan küçüklerin yararidir. Bu konuda tarafların anlaşmaları hakimi bağlamaz.*” Yargıtay 2. HD. 01.02.1999. E.14425, K.443 (Özmen), s.71; Yargıtay H.G.K. 07.02.1970. E.2, K.52-71 (Baktır Çetiner), s.109; Karabacak, s.45,71; İnal, s.617.

¹⁷⁸ Çelikel, s.95.

¹⁷⁹ Ceylan, s.161.

¹⁸⁰ bkz. dn.38.

¹⁸¹ *Boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz.* (TMK. m 184/b.5), *Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır.* (TMK. m 166/III); Hatemi/Oğuztürk, s.111; Şimşek, s.71; “*Velayet hakkının düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgili olup, tarafların bu konuda anlaşmaları yeterli değildir. Hakimin de anlaşmayı uygun bulması gerekir. Onaysız anlaşmalar hukuki sonuç doğurmaz.*” Yargıtay 2. HD. 18.02.2000. E.1593, K.2024 (Sinerji); Güneşlioğlu, s.17, 23.

¹⁸² Ceylan, s.161; ... *hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi...* (TMK. m 166/III).

¹⁸³ Turhan Esener, “Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.3-4, (1951), s.613.

¹⁸⁴ Aras, s.313.

anlaşmaya müdahale yetkisi, TMK. m. 166/III, “*Hakim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir.*” hükmü uyarıncadır.

Hakimin anlaşmada velayete dair yapmış olduğu değişiklikler, ancak anne baba tarafından kabul edilirse hüküm ifade edecek ve iş bu anlaşma uyarınca boşanma ve velayet kararı verilecektir¹⁸⁵. (TMK. m. 166/III/c.4). Zira bu hususta taraf görüşleri alınmadan hüküm kurulamaz¹⁸⁶. Burada TMK. m. 184/b.3 düzenlemesinin¹⁸⁷ bir istisnası söz konusudur. Değişikliklerin taraflarca kabulü halinde, bu kabulün hakimi bağlamayacağı kuralı uygulanmayacaktır. (TMK. m. 166/III/c.5).

Taraflar arasında anlaşmanın yapıldığı boşanma süreci, irade beyanlarını sağlıklı bir şekilde ve özgürce ortaya koymalarına engel olacak bir atmosfere sahiptir¹⁸⁸. Bu nedenle anne babanın anlaşmayı her zaman çocuğun yararlarını esas alarak düzenledikleri söylenemez. Kusurlu davranışlarıyla şiddetli geçimsizliğe neden olan eş, boşanma sürecinde de tehdit ve baskılarına devam ediyorsa, kusursuz olan taraf, bundan kurtulabilmek amacıyla içinde bulunduğu ruhsal bunalımın da etkisiyle haksız ve samimiyetten uzak talepleri kabul etmek zorunda kalabilmektedir. Eşlerden biri, sırf boşanma kararını elde edebilmek için velayet hakkından vazgeçebilmekte ve çocuğu ilgisiz olan tarafa terk edebilmektedir.

Hakim, anne babanın anlaşmayı yaparken çocuğun yararına aykırı amaçlarla hareket ettikleri sonucuna varırsa, bu anlaşma hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır¹⁸⁹. Ancak, anlaşmanın çocuğun yararına uygun olduğuna kanaat getirirse,

¹⁸⁵ “...*Davacı ve davalı velayet konusunda anlaşamadıklarından anlaşmalı boşanma koşulları oluşmamıştır.*” Yargıtay 2. HD. 26.01.2004. E.298, K.927 (Gençcan), s.613; Yargıtay 2. HD. 02.03.2005. E.914, K.3136 (Gençcan), s.613.

¹⁸⁶ “...*Davalı temyizine gelince; hakim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Mahkemece protokolde yapılan değişiklik konusunda taraf görüşleri alınmadan davaya devamla yazılı şekilde boşanma hükmü kurulması kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir.*” Yargıtay 2. HD. 29.06.2004. E.7777, K.8632 (Gençcan), s.616; Yargıtay 2. HD. 21.11.2007. E. 2391, K.16247 (Gençcan), s.615.

¹⁸⁷ TMK. m. 184/b.3, *Tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz.*

¹⁸⁸ Pişken Arabacı, s.114.

¹⁸⁹ Baktır Çetiner, s.111.

herhangi bir müdahalede bulunmaksızın anlaşma doğrultusunda velayet düzenlemesi yapacaktır¹⁹⁰.

Kanaatimizce, Gençcan'ın hakimin tarafların kabul ettiği anlaşma dışında velayet düzenlemesi yapamayacağına dair görüşünü¹⁹¹, hakimin anlaşmayı çocuğun yararına uygun bularak anlaşmaya müdahale etmediği ihtimaliyle birlikte değerlendirmek gerekmektedir.

Çelikel'in de "...ancak anlaşma, hakimin bu anlaşmayı uygun bulması halinde, tarafları bağlayacaktır. Bu durumda Medeni Kanununun 182. maddesinin uygulama alanı daralmıştır." şeklindeki beyanı¹⁹² kabul edilebilir değildir. Zira, taraflar arasındaki anlaşma, anne babanın özel olarak dinlenmesi niteliğini taşımaktadır. Hakim, söz konusu anlaşmayı tarafların samimi isteklerinin ürünü olup olmadığı ile çocuğun yararı bakımından incelemiş ve takdir yetkisini, anlaşmayı uygun bulma yönünde kullanmıştır. O halde hakimin çocuğun yararına olan anlaşmaya müdahale etmeyip, bu anlaşma uyarınca karar vermesi, TMK. m. 182 hükmünün uygulama alanının sınırlandırılması anlamına gelmeyecektir.

Hal böyle olmakla birlikte uygulamada bazı Aile Mahkemesi hakimleri, iş yükünün yoğunluğu nedeniyle önlerine gelen anlaşmayı doğrudan onaylamakla yetinmektedirler. Anlaşma, çocuğun yararına olup olmaması bakımından herhangi bir incelemeye tabi tutulmamaktadır. Taraflarca anlaşmalı boşanma kararı çoğunlukla temyiz de edilmediği için netice olarak çocuğun yararı korunamamış olmaktadır¹⁹³. Bu durumda da, taraflarca sunulan anlaşma içeriğinin hakim tarafından irdelenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Anne babanın yapmış oldukları anlaşma, çocuğun yararına da olabilir. Velayeti talep eden tarafın, çocuğun bakım ve eğitimi ile yetiştirilmesinde kendisine güvendiği

¹⁹⁰ "...Eşler anlaşma protokolünü mahkemeye ibraz ederek bu protokol uyarınca boşanmaya karar verilmesini istemişlerdir. Hakim, protokole müdahale etmemiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında velayetlerin babaya verilmesi gerekirken protokol dışına çıkılarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir." Yargıtay 2. HD. 14.04.2004. E.3807, K.4741 (Gençcan), s.620.

¹⁹¹ Gençcan, s.620.

¹⁹² Çelikel, s.100.

¹⁹³ Baktır Çetiner, s.110.

ve bu konularda istekli¹⁹⁴ olduğu varsayılır. Anlaşmada yer alan hüküm dışında karar verilmesi, çocuğun velayetini istemeyen tarafa bırakılması sonucunu doğuracaktır ki; bu da çocuğun yararına aykırı olacaktır. Bu nedenle anlaşmanın yapım sürecinde tarafların samimi istek ve iradelerinin hangi yönde olduğunun hakim tarafından incelenmesi zorunlu hale gelmektedir.

Diğer taraftan bu anlaşma ile çocuk, taraflar arasında çekişme unsuru olmaktan çıkar¹⁹⁵. Böylelikle çocuk da, anne babanın boşanma evresinde birbirlerine karşı kendisini koz olarak ileri sürmelerinden ve bu konudaki samimiyetten uzak istek ve inatlaşmalarından kurtulmuş olur. Bu açılardan değerlendirildiğinde anlaşmanın çocuğun yararına olduğu da söylenebilir. Elbette bunu tespit edebilmek için hakime önemli bir rol yüklenmektedir.

TMK. m. 166 / f 3 / c 3 uyarınca, anlaşmalı boşanmalarda hakime müdahale olanağı ve yetkisinin tanınmış olması, tarafların veya çocukların herhangi bir zarara uğramamaları ve eşlerin boşanabilmek için her şeyi göze almalarına engel olmaya yöneliktir. Boşanma dolayısıyla ruhsal çöküntü içinde bulunan anne babanın kendilerini ve özellikle de çocuklarının yararlarını düşünemeyecek durumda olmalarının önüne geçilerek, onlar için daha sağlıklı ve mantıklı koşulların sağlanması amaçlanır¹⁹⁶.

D. Uzman Bilirkişilerin Görüşlerinden Yararlanılması

Çocuğun yararı belirlenirken, çocuğun içinde bulunduğu durum ve koşullar ile velayetin hangi ebeveyne bırakılmasının çocuğun menfaatine olacağı tespit edilmelidir. Aile mahkemesi hakimi, anne baba ve çocuk ile tanıkları dinlemekle bir kanaat edinmiş olsa da bu, her zaman karar verebilmek için yeterli olmayabilir¹⁹⁷.

Zira anne baba, boşanmaya neden olan olaylardan dolayı çekişme halinde; tanıklar, tarafsız ve objektif olmaktan uzak, ilgili olduğu tarafı savunma çabası

¹⁹⁴ bkz. dn.67.

¹⁹⁵ Akyüz, s.80.(Müşterek Hayatın Tatili)

¹⁹⁶ Yargıtay 2. HD. 02.11.1989. E.6979, K.8890 (Sinerji).

¹⁹⁷ Pişken Arabacı, s.42; Özer Taşkın, s.96; Güneşlioğlu, s.97; Çelikel, s.100.

içerisinde; çocuklar da anne babasının baskı ve yönlendirmesiyle samimi olmayan beyanlarda bulunarak hakim nezdinde gerçeğe aykırı bir durum yaratabilirler.

İşte bu aşamada, çocuğun fiziksel ve duygusal durumu, yaşadığı çevrenin ve sosyal koşulların çocuğa etkisi, ev, okul ve sosyal uyumu, anne babası ile olan ilişkileri, velayet konusundaki duygu ve düşünceleri; ebeveynin çocuğa karşı tutum ve davranışları ile yaşadıkları ortamın bir bütün olarak incelenip değerlendirilmesi özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden uzman görüşünün alınmasını zorunlu kılmaktadır¹⁹⁸. Bununla birlikte velayet hakkının düzenlenmesinde hakimin takdir yetkisi ve bu yetkisini çocuğun yararına kullanması gerekliliği, aile mahkemesinde uzmanların varlığını zorunlu hale getirmektedir¹⁹⁹.

4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 3'üncü maddesi öncelikle aile mahkemesi hakimine ilişkin olmak üzere, "*Aile mahkemelerine, atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış, adli yargıda görevli, tercihan evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olan hâkimler arasından*²⁰⁰ *Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atama yapılır.*" hükmünü içermektedir. Aynı Kanunun 5'inci madde düzenlemesi ise aile mahkemesi bünyesinde bulunan uzmanları, "... tercihan; evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim yapmış olanlar arasından, birer psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı" şeklinde ele almaktadır.

Bu madde hükmü dikkate alındığında, uzmanların birbirine alternatif olmadığı, birer psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı olmak üzere aile mahkemesine her üçünün

¹⁹⁸ Aras, s.312; Köseoğlu, s.285; Şener, s.193; Şimşek, s.71.

¹⁹⁹ Özer Taşkın, s.96.

²⁰⁰ Baktır'a göre, ülkemizde, aile mahkemesi hakimlerinin aile hukuku alanında lisans üstü eğitim yapmış olmalarının aranması yerine; çatışmalarda çözüm, psikodrama (Psikodrama, psikolojik problemlerin sahneleme yoluyla incelenmesidir. Bir başka deyişle, tedavi ve psikolojik danışma amaçlı oyunlardır.) http://www.sagligimicinhersey.com/Hastalik_DigerSaglikSH_Detay_30_2278_Psikodrama_Nedir_Kimler_Psikodramaya_Katilabilir?.html,(22.08.2015,) gibi psikoloji alanında yüksek lisans yapmış olmaları aranmalıydı. Zira, aile hukuku mevzuatı çok karmaşık bir mevzuat olmayıp, lisansta da öğrenilebilir. Bu hukuk dalı, daha çok, hakimin takdirine bırakılan emsal kararlarla gelişen bir hukuk dalıdır. Bu nedenle hakimin hukuk bilgisinden çok, empati yapabilmesi de gerekir. bkz. Selma Baktır, Aile Mahkemeleri, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s.56.(Aile) Baktır, olması gereken ve belki de arzulanan düzene dair yerinde bir kaniya varmıştır. Ancak bu temenninin uygulanabilirliği, pek mümkün görünmemektedir.

birlikte atanması gerekliliği anlaşılmaktadır²⁰¹. Ancak uygulamada, her üç uzmanın birlikte yer aldığı aile mahkemelerine rastlamak pek mümkün değildir.

Medeni Kanun'da boşanma davalarına dair usul kurallarına yer verilmesine rağmen, aile mahkemesi hakiminin uzman bilirkişi görüşüne başvurması konusunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle önceleri yerel mahkeme ve Yargıtay kararlarında bu hususa çok fazla değinilmezken; 4787 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2003 yılından bu yana Yargıtayca, velayetin düzenlenmesinde uzman bilirkişilerden görüş alınması ve bunlar değerlendirildikten sonra bir karara varılması gerektiği kabul edilmektedir²⁰².

Aile mahkemesi uzmanlarının görevleri, 4787 Sayılı Kanunun 5'inci maddesinin ilk fıkrasında;

1. Davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin olarak araştırma ve inceleme ve sonucunu bildirmek,
2. Mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışma yapmak ve görüş bildirmek,

²⁰¹ Erdal Tercan, "Türk Aile Mahkemeleri", [Elektronik Versiyon] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C.52, S.3, <http://dergiler.ankara.edu.tr/search.php> (22.08.2015), s.29.

²⁰² Pişken Arabacı, s.43; "... Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce çocuğun bedeni ve fikri gelişimi dikkate alınmalıdır. Tarafların ortak çocuklarının davacı baba yanında buldukları ve mahkemece dinlenen 1993 doğumlu küçük Canan'ın velayetinin babasına verilmesini istediği halde ortak çocuklarının velayetinin davalı anneye verildiği görülmüştür. Mahkemece yapılacak iş; küçük Canan'ın duruşmadaki beyanları da dikkate alınarak uzman bilirkişiden görüş alınarak birlikte değerlendirilme yapıp velayet düzenlemesi yapmaktan ibarettir. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 2. HD. 28.12.2006. E.12224, K.18581 (Gençcan), s.1045; "... Müşterek çocuk Onur, 1993 doğumlu olup idrak çağındadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 12'nci, Avrupa Çocuk Haklarının Korunması Sözleşmesinin 3 ve 6'nci maddeleri gereğince küçüğün dinlenmesi lüzum görülmesi halinde 4787 Sayılı Yasanın 5'inci maddesi gereğince maddede gösterilen uzman bilirkişilerden yardım alınması ve tüm delillerin birlikte değerlendirilerek karara verilmesi gerekirken yazılı şekilde küçük Onur'un velayetinin babaya verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 2. HD. 14.04.2004. E.3825, K.4729 (Gençcan), s.1046; Yargıtay 2. HD. 23.05.2005. E.5776, K.8097 (Gençcan), s.1046; Yargıtay 2. HD. 09.06.2005. E.6160, K.8943 (Gençcan), s.1046; Yargıtay 2. HD. 08.11.2005. E.12496, K.15273 (Gençcan), s.1046; "...Çocuk duruşmada dinlenmiş ve babasının yanında kalmak istemediğini bildirmiştir. Sosyal Hizmetler Uzmanı bilirkişinin raporunda, çocuğun yaşadığı çevrede mutlu olduğu, babasının çevresi ve ailesini, yaşadığı hayatı tanımadığı, alıştığı çevreden ayrılmasının ruhsal ve sosyal gelişiminde onarılmaz yaralar açacağı, velayetinin annede kalmasının menfaatine olacağı bildirilmiştir. Bu yön gözetilmeksizin velayetin babaya verilmesi doğru görülmemiştir." Yargıtay 2. HD. 08.02.2005. E.2004/15818, K.2005/1547 (Köseoğlu), s.295; Yargıtay 2. HD. 21.11.2011. E.2010/19244, K.2011/19201 (Sinerji).

3. Mahkemece verilecek diğer görevleri yapmak,

Şeklinde üç bent halinde düzenlenmiştir.

Aile mahkemesi uzmanları, mahkeme hakimi ile diğer ilgililerin hazır olduğu keşifte, anne ve baba ile çocuğun yaşadıkları ortamı görmeli, yaşam ve çevre koşulları ile ikamet edilen evin fiziki koşullarının (evin temizlik ve düzeni, güvenliği, özel yaşam alanları, çocuğun odası) çocuğun sağlıklı bir şekilde bakımını temin edebilmeye elverişli olup olmadığını incelemeli, anne baba ile çocuk ilişki ve diyaloglarını gözlemlemeli, anne babanın çocukla duygusal ve sosyal paylaşımları ile fiziksel ve psikolojik sağlık durumlarını da dikkate alarak velayet hakkında çocuğun yararı bakımından değerlendirme yapabilmek için gerekli tüm bilgiyi toplamalıdır.

Gerek keşif mahallinde gerekse uzman görüşme odasında çocukla görüşme yapılırken çocuğun yaş ve gelişim dönemine uygun soru teknikleri kullanılmalıdır. Örneğin; 9 yaşına kadar olan çocuklarla çeşitli oyunlar oynanarak görüşlerinin alınması mümkündür. 3-5 yaş dönemindeki çocuklara aile resmi çizdirilmekle aile ilişkileri hakkında bilgi elde edilebilirken; 6-9 yaş grubundaki çocuklara çeşitli senaryolar sunulup bu senaryoya dair sorulan sorulara verdikleri cevaplardan anne babalarına olan yakınlık dereceleri hakkında değerlendirme yapılabilir. 10 yaş ve üstü çocuklar bakımından da cümle tamamlama gibi yapılandırılmış soruların yanı sıra aile içi ilişkilerini, aktivitelerini, anne babasının sorumluluklarını yerine getirme oranını, çocuğun ev, okul ve toplumla uyumunu, ayrılık veya boşanmaya tepkisini ölçecek sorularla çocuğun velayete dair görüşü hakkında bilgi elde edilebilmektedir²⁰³.

Yapılan inceleme ve değerlendirmelerin ardından düzenlenen uzman raporu, hakimi velayet konusunda aydınlatacak ve yol gösterecek bilgiler içermelidir. Bu nedenle aile mahkemesi uzmanı raporunda, ebeveyn ve çocuk görüşmelerinde varmış olduğu kanaatleri, görüşmelerde kullanılan yöntemleri, tarafların samimi istekleri ile velayete dair düşüncelerini, elde ettiği tüm veri ve bulguları psikolojik ve sosyolojik yönlerden bir bütün olarak değerlendirip, detaylı bir şekilde açıklayarak sonuç kısmında

²⁰³ Gülden Elçim Üner Altuntaş, "İstanbul Fatih Adliyesi 1. Aile Mahkemesi'nde 2005-2007 Yılları Arasında Verilen Velayet Kararlarında Yer Alan Uzman Raporlarının Değerlendirilmesi", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü, 2010), s.65.

da velayet hakkında verilecek hangi kararın çocuk yararına olacağına dair görüşlerine yer vermelidir²⁰⁴. Bu suretle tanzim olunan uzman raporu ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek verilen kararda çocuğun menfaati temin edilmiş olacaktır.

E. Velayetin Bütün Olarak Ve Şartsız Düzenlenmesi

Velayet hakkının bir bütün olarak düzenlenmesinden; içerdiği hak, yetki ve görevler ile zaman bakımından anne baba arasında bölünüp bölünemeyeceği hususu anlaşılmaktadır.

TMK. m 336 / f 1 uyarınca, velayet hakkının evlilik birliği içinde anne baba tarafından birlikte kullanıldığı hükmü yer almakla beraber; 3'üncü fıkra hükmünde velayetin boşanmada, çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa ait olacağı düzenlenmektedir. Kanuni düzenlemeden açıkça anlaşılacağı üzere, boşanma durumunda velayet hakkı bir bütün olarak çocuk hangi tarafa verilmiş ise ona ait olacaktır. Bu hüküm karşısında velayetin boşanmış olan ebeveynler arasında paylaşımına tabi tutulması mümkün değildir. Böyle bir uygulamada, çoğu şiddetli geçimsizlik nedeniyle son bulan evliliklerde anne babanın çocuk üzerinden birbirleriyle çekişmelerine devam etmeleri, çocuğu birbirlerine karşı kullanmaları kuvvetle muhtemeldir²⁰⁵. Bu da anne babalık duygularından ziyade çocuğun üstün yararının önem ve önceliği ilkelerine aykırılığa neden olur.

Velayet hakkının kural olarak bölünemez bir hak olduğu kabul edilmiştir²⁰⁶. Buna göre, boşanma halinde velayet kendisine bırakılan taraf, velayet hakkının kapsadığı tüm yetkilere de tek başına sahiptir. Bu görüşün temelinde, boşanmada eşlerin çetin mücadelelerle birbirlerine düşman olarak ayrıldıkları ve bu durumda çekişme halinde olan tarafların velayeti bölüşerek velayette ayrı ayrı söz sahibi olmalarının çocuğun zararına olacağı düşüncesi yer almaktadır.

Baktır Çetiner'e göre²⁰⁷, çocuğun şahsı üzerindeki velayetin ebeveynler arası paylaşımına tabi tutulması, çocuk için zararlı olacaktır. Ancak çocuğun şahsı ve malları

²⁰⁴ Üner Altıntaş, s.67 vd.

²⁰⁵ Çelikel, s.104.

²⁰⁶ Akyüz, s.98.(Müşterek Hayatın Tatili)

²⁰⁷ Baktır Çetiner, s.47.

üzerindeki velayetin anne baba arasında bölüşülmesi ise sakıncalı olmaktan ziyade yararlı da olabilecektir. Yazarın velayetin taraflar arasında paylaşılmasının mümkün olduğuna dair görüşü, her bir olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Çocuğun malvarlığı değerleri, velayete sahip olan ebeveynin bilgisizliği ve deneyimsizliği nedenleriyle gündün güne zarara uğrayarak yok olmaya yüz tutmuşsa, bu durumda hakimin müdahalesi talep edilerek malvarlığı üzerindeki velayetin bunu yönetebilecek bilgi ve tecrübeye sahip olan diğer tarafa verilmesi mümkün olabilecektir. Velayetin bölünebilmesi, ancak somut olarak çocuğun zararına neden olan olaylar karşısında gündeme gelebilecektir. Yoksa böyle bir zararın doğma ihtimalinin varlığından bahisle velayetin ebeveynler arasında paylaşılması, çocuğun menfaatine aykırı bir hal alır. Çünkü böyle bir paylaşım, velayette çift başlılığa yol açarak ebeveynlerin keyfi uygulamalarına, diğer tarafa nispet ederek çocuğun yararından ziyade suiistimal edilmesine neden olabilecektir. Ekonomik gücü elinde bulundurduğundan bahisle çocuğun şahsı üzerinde de söz sahibi olmaya çalışmakla taraflar arasındaki çekişmelerin çocuk üzerinden süreceleceği dikkate alınmalıdır²⁰⁸. Bu nedenle çocuğun yararı, temel ilke olarak ele alınıp değerlendirme yapılmalı ve buna göre bir karara varılmalıdır.

Velayetin kapsadığı hak, yetki ve görevler bakımından bölünmesi istisnai durumlar dışında mümkün olmadığı gibi, zaman bakımından da bölünmesi mümkün değildir. Çocuğun velayetinin belli bir süre taraflardan birine bu sürenin sonunda da diğer tarafa ait olacak şekilde velayet süre ile de sınırlanamaz²⁰⁹.

Çocuğun şahsı üzerindeki velayet, onun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi gibi birden çok yetkiyi içermektedir. Çocuğun yararı, alıştığı çevrenin değiştirilmemesi, eğitiminin mümkün olduğunca istikrarlı bir şekilde devam etmesini gerekli kılmaktadır. Çocuğun belli bir yaşa kadar beraber yaşadığı, alıştığı anne veya babasından zamanı geldiğinde istemeden ayrılmak zorunda kalacağı endişesi, çocukla birlikte velayet hakkına sahip olan tarafı da huzursuz eder ve ayrılık korkusu içinde yaşamalarına neden

²⁰⁸ Boşanmanın çocuğun malvarlığına ilişkin sonuçları tez konusu kapsamında yer almadığından bu hususta detaylı bilgiye yer verilmemiştir.

²⁰⁹ Yargıtay 2. HD. 04.06.1985. E.3296, K.5461 (Çelikel), s.105; Gençcan, s.1082.

olur²¹⁰. Ayrıca her bir çocuğun hangi yaş döneminde anneye, hangi yaş döneminde ise babaya ihtiyaç duyduğu hususunda kesin ölçütler mevcut değildir. Bu nedenle velayetin süre ile sınırlı olarak verilmesi, velayetin niteliği ile bağdaşmaz.

Velayet hakkını haiz olan tarafın çocuğa karşı zararlı davranışlarının bulunduğunu, çocuğun bu ebeveyn ile kalmasının artık menfaatine uygun olmadığını gören ve çocuğun yaşı itibarıyla da kendisine ihtiyaç duyduğunu ispat eden diğer tarafın hakim mütahalesini talep ederek velayetin kendisine verilmesini isteme hakkı bulunmaktadır.

Çocuğun velayetinin anne babadan hangisine bırakılacağı, çocuk ile tarafların dava anındaki durumlarına göre belirlenir. Velayetin gelecekte herhangi bir şartın gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemesi durumuna göre ayrıca bir mahkeme kararına gerek olmaksızın kendiliğinden diğer tarafa geçeceği şeklinde şarta bağlı olarak belirlenmesi ve bir şartla sınırlandırılması mümkün değildir²¹¹. İleride meydana gelebileme ihtimali bulunan çeşitli varsayımlara dayanılarak velayet düzenlenemez. Bu nedenlerle velayet, mahkeme ilamında, şartsız ve bir bütün olarak kesin bir surette düzenlenmelidir²¹².

F. Medeni Kanun’da Düzenlenmemiş Bir Konu Olarak Birlikte Velayet

Birlikte velayet, anne babanın çocuk üzerindeki velayet hakkına müşterek ve eşit olarak sahip olmaları; velayetin kapsadığı hak, yetki ve yükümlülükleri beraber kullanmalarıdır. Ayrıca çocuğun bakımı, eğitimi ve yetiştirilmesi gibi konularda karar verirken anne babanın birbirlerine danışarak ortak hareket etmeleri anlamına gelmektedir²¹³.

²¹⁰ Çelikel, s.105.

²¹¹ “...Velayeti anneye bırakılan müşterek çocukların yurt dışına çıkışlarının babalarının rıza ve muvafakatine bağlı tutulması, annenin velayet hakkının gereği gibi kullanmasını engelleyeceği niteliktedir. Bu yön dikkate alınmadan yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 10.04.2007. E.11198, K.5959 (Gençcan), s.1082; Yargıtay 2. HD. 23.11.2009. E.7469, K.20301 (Gençcan), s.1082.

²¹² Çelikel, s.106.

²¹³ Serdar, s.162; Pişken Arabacı, s.46; Canan Şimşek, s.84; Süheyla Kahraman, Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.16; Yeliz Yücel, “Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2018), s.59.

TMK. m. 336'nın 1'inci fıkraya hükmü uyarınca, anne babanın velayeti birlikte kullanması, evli olmaları halinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Ancak doktrinde tartışmaya yol açan, evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde birlikte velayetin mümkün olup olmadığı hususudur.

Boşanma sonrasında birlikte velayetin mümkün olup olmayacağı tartışmasında, anne babanın birlikte velayet talepleri, uluslararası sözleşmelerde çocuk haklarının kabul edilmesi, çocuğun üstün yararı ilkesinin çocuğu ilgilendiren tüm faaliyetlerde öncelikli olarak ele alınması, çocuğun anne babadan ayrılmama hakkı etkili olmuştur²¹⁴. Ancak tartışmada üzerinde durulan temel nokta ise, Medeni Kanunun boşanma sonrası velayete ilişkin m. 182 / f. 2, “*Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş...*” düzenlemesi ile “*Velayet, ... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olur.*” şeklindeki m. 336 / f. 3 düzenlemeleri olmuştur²¹⁵.

Doktrinde bazı yazarlar²¹⁶ boşanan eşlerin velayeti birlikte kullanmalarının mümkün olmadığını savunurken; bazı yazarlar²¹⁷ ise çeşitli koşulların varlığı halinde birlikte velayet uygulamasının Türk Medeni Kanunu düzenlemesinde yer almamasını bir eksiklik olarak görmekte ve çocuğun yararı ilkesi gereğince birlikte velayetin mümkün olduğu görüşünü desteklemektedir.

Boşanma sonrasında velayetin birlikte kullanılmasının mümkün olmadığını savunan yazarlar²¹⁸, anne babanın aralarındaki çatışma nedeniyle çocukla ilgili konularda anlaşamayacakları, ortak hareket edemeyecekleri ve çoğunlukla da aralarındaki çatışmayı çocuk üzerinden sürdürecekleri ihtimaline dayanarak bu

²¹⁴ Serdar, s.170.

²¹⁵ Leyla Müjde Kurt, “Boşanma Durumunda Birlikte(Ortak) Velayet”, [Elektronik Versiyon] *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C.9, S.2(24.06.2019), s.166; Eylem Apaydın, “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, [Elektronik Versiyon] *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C.9, S.1(03.07.2019), s.448; Şule Çağlar, Yabancı Mahkeme Tarafından Verilen Velayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2018), s.76; Nurten İnce Akman, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, C.9, S.34, s.215.

²¹⁶ Hatemi/Oğuztürk, s.110; İnal, s.613; Özlü, s.66; Köprülü/Kaneti, s.199.

²¹⁷ Köseoğlu/Kocaağa, s.500; Ceylan, s.164; Serozan, s.255; Özdamar, s.431.(Cedaw); Baktır, s.134(Aile).

²¹⁸ Akyüz, s.98(Müşterek Hayatın Tatili); Çelikel, s.104; Ancak Akyüz, Çocuk Hukuku kitabının 2018 yılı baskısında, boşanan anne babanın sorumluluğu birlikte sürdürmeye istekli olmaları halinde, çocuğun yararına da uygun olduğu kanaatine varılırsa boşanan eşlere velayet birlikte bırakılabilir, görüşüne yer vermiştir. Akyüz, s.235(Çocuk).

görüşlerini gerekçelendirmektedir. Zira ebeveynler arasındaki fikir ayrılıkları ve anlaşmazlıklar çocuğun gelişimini de olumsuz olarak etkileyecektir.

Çelikel'e göre²¹⁹, evliliğin boşanma ile sona ermesinde taraflar arasındaki şiddetli geçimsizliğin etkisi dikkate alındığında, anne babanın velayetin kullanımı için bir araya gelerek çocuğun yararına hareket etmelerini beklemek hayatın olağan akışına aykırı olacaktır.

Hatemi/Oğuztürk²²⁰ de, velayetin boşanan anne babaya birlikte bırakılması konusunda TMK.'da bir boşluk değil, menfi bir çözümün benimsendiğini ileri sürmektedir²²¹. Olması gereken hukuk²²² bakımından da TMK.'da birlikte velayete dair hüküm konmasının uygun olmadığı görüşündedir²²³.

Diğer taraftan doktrinde birlikte velayetin mümkün olduğunu savunanlar, TMK.'da düzenlenmemiş olmakla beraber çocuğun yararının gerekli kıldığı hallerde anne babanın boşanmadan sonra da velayeti birlikte sürdürmelerinin isabetli olacağını ileri sürmektedirler.

Özdamar'a²²⁴ göre, TMK. m. 336 ve m. 337 hükümlerinden velayetin bölünemeyeceği izlenimi doğsa da, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde açıkça benimsenen 'çocuğun üstün yararı' ilkesi uyarınca hakimin takdir yetkisine bağlı olarak velayetin boşanan ebeveynlerce birlikte kullanımına devam edilmesi mümkün olmalıdır.

Yine doktrinde Ceylan²²⁵, TMK.'da boşanma sonrasında birlikte velayete dair herhangi bir düzenlemenin yer almamasını bir eksiklik olarak değerlendirmiştir. Yazara

²¹⁹ Çelikel, s.104.

²²⁰ Hatemi/Oğuztürk, s.110.

²²¹ Zira boşanan ebeveynlerin çocuk üzerinden çekişmelerine devam etmelerine neden olacak bu düzenleme, çocuğun yararına aykırı olacaktır.

²²² Belli bir ülkede yürürlükte bulunan hukuk kurallarının daha iyi düzenlenebilmesi için yapılması önerilen hukuk. Sinerji Sözlük.

²²³ Ancak Hatemi, Aile Hukuku kitabının 2019 yılı 7. Basısında, Birlikte velayetin, çocuk üzerinde olumsuz etkileri olacağını düşündüğünü; fakat TMK. m.336/f.2'de yer alan '...verilebilir' ifadesinin Avrupa Hukuku etkisiyle yakın bir gelecekte birlikte velayetin kabulüne yol açabilir veya kanuna açık bir kural konulabilir, şeklindeki beyanıyla konuya ilişkin tereddütlerini ve birlikte velayetin kanunda düzenlenebileceği ihtimalini ifade etmiştir.

²²⁴ Özdamar, s.431(Cedaw)

²²⁵ Ceylan, s.164.

göre, boşanmada kusur unsurunun kaldırılmasıyla²²⁶ çeşitli sebeplere dayanan boşanma davalarında anne babanın velayeti birlikte kullanmaya devam etmeleri ihtimaline zemin hazırlanmış olacaktır.

Baktır'a²²⁷ göre de, birlikte velayet hem çocuk hem de ebeveyn yönünden en ideal olan yöntemdir. Böylelikle anne baba ortada boşanma yokmuş gibi çocukla ilgili konularda ortak karar alıp, eşit söz sahibi olmaya devam edeceklerdir. Bu durumda da çocuk, fiziksel ve ruhsal açılardan sadece anne veya sadece babasıyla yaşıyor olma duygusundan kurtulmuş olacaktır.

Serozan da²²⁸, birlikte velayetin anayasal eşitlik ilkesi ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer verilen çocuğun anne babasından ayrılmama hakkından kaynaklandığını ifade etmekle boşanan anne babanın müşterek çocukları üzerinde birlikte velayet hakkına sahip olmaları gerekliliğini savunmuştur.

Öztan'a göre²²⁹, TMK. m. 182 düzenlemesinde, çocuğun velayetinin anne babaya birlikte bırakılmasının mümkün olmadığı yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Maddenin 2'nci fıkrasında yer alan 'velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş' ifadesinden²³⁰ velayetin mutlaka anne babadan sadece birine bırakılacağı sonucuna varılmaz. Zira birlikte velayetin koşulları oluşmadığında hakim takdir yetkisine göre velayeti anne veya babadan birine bırakacaktır. Velayetin anne babadan birine bırakılması halinde diğerinin çocukla ilişkilerinin nasıl düzenleneceğine dair hükümden boşanmadan sonra birlikte velayetin mümkün olmadığı anlamı çıkarılamaz²³¹.

Diğer taraftan TMK. m. 336 / f 3'ün "*Velayet, ...boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*" düzenlemesinde yer alan 'taraf' ifadesinin ' taraflar' olarak kullanılmamış olması da, velayetin anne baba tarafından birlikte kullanılmasına

²²⁶ Kanaatimizce Ceylan'ın bu görüşü, kusurlu olma halinde tarafların çekişmeleri boşanma sonrasında da devam edebileceğinden birlikte velayetin gündeme gelmesinin bu ihtimalde mümkün olmayacağı gerekçesine dayanmaktadır.

²²⁷ Baktır, s.134.(Aile)

²²⁸ Serozan, s.255.

²²⁹ Öztan, s.782.

²³⁰ Kanaatimizce de, 'Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş' ifadesinin 'eğer velayet taraflardan birine verilmiş ise, diğer eş' şeklinde anlaşılması gerekir.

²³¹ Serdar, s.174; Bilge Öztan, "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006, s.253(Birlikte Velayet).

engel olacak emredici bir hüküm niteliği taşımadığı haklı olarak savunulmaktadır²³². Serdar'a göre²³³, TMK'nın 182 ve 336 / f 3 hükümlerinde yer alan ifadelerden hareketle boşanma sonrasında birlikte velayetin kesin olarak mümkün olmadığı sonucuna ulaşılamaz²³⁴. Birlikte velayetin sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi, boşanmış olan taraflar arasındaki uyuma bağlıdır. Fakat boşanan anne babalardan çok azının böyle bir uyum içerisinde olması nedeniyle boşanma sonrasına ilişkin olarak TMK'da tek başına velayet düzenlemesi yer almaktadır²³⁵. Birlikte velayetin kural olduğu söylenemezse de; imkansız olduğu da savunulamayacaktır²³⁶. Hakim, en azından anlaşmalı boşanmalarda anne babanın birlikte velayete ilişkin samimi istekleri ve anlaşmalarının varlığı halinde bu çocuğun yararına olacaksa birlikte velayete karar verebilmelidir.

Doktrindeki tartışmalar bu şekilde süregelirken, uygulamada ilk kez, İzmir 4. Aile Mahkemesi²³⁷ birlikte velayet kararı vermiştir. Yargıtay da 2017 yılına kadar olan kararlarında, TMK'nın velayete ilişkin hükümlerinin emredici olduğu ve velayetin kamu düzeninden olduğu gerekçesiyle birlikte velayete dair yabancı mahkeme kararlarının tanınması taleplerini reddetmekteydi²³⁸. Ancak Yargıtay 20.02.2017 tarihli

²³² Serdar, s.175; Cengiz Koçhisarhoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004, s.103.

²³³ Serdar, s.175.

²³⁴ TMK. m. 336 / f. 3 hükmünün açık ve net bir hüküm olmadığı hakkında ayrıca bkz. Tuba Birinci Uzun, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C.6(1), s.155.

²³⁵ Aydın, s.22; Birlikte velayet kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen, kanun sistematigi ve kanunun amacı dikkate alındığında kanun boşluğunun doldurulması suretiyle uygulanması mümkün ise de;, kanaatimizce bu uygulamanın kanuni bir zeminde yer alması daha uygun olacaktır.

²³⁶ Canan Şimşek, s.95.

²³⁷ İzmir 4. Aile Mahkemesi'nin 27.05.2009 tarihli (E.448, K.470) kararında, anlaşmalı boşanma talep eden tarafların birlikte velayet konusunda da vardıkları anlaşmaya ve mahkeme uzmanlarının düzenlediği rapora istinaden müşterek çocuğun yararına olacak şekilde velayetinin taraflarca birlikte kullanılmasına karar verilmiştir. Somut olayda taraflar, anlaşmalı boşanma taleplerinin yanı sıra müşterek çocuk velayetinin birlikte sürdürülmesi hususunda da mutabakata varmışlardır. Yerel mahkemece birlikte velayet talebinin çocuğun yararına uygun olup olmadığının araştırılmasına karar verilmiştir. Uzmanların yapmış oldukları inceleme sonunda tanzim olunan raporda, tarafların birlikte velayet konusunda istekli ve bilinçli oldukları, çocuğun yararına olacak şekilde bir araya gelerek çocukla ilgili konularda ortak karar alabilecekleri ve çocuğun diğer ebeveynle paylaşımlarını destekleyici tutum içerisinde oldukları tespit edilmiştir. Birlikte velayetin çocuğun yararına uygunluğu bakımından yapılan uzman incelemesi sonucunda mahkeme, tarafların bu konudaki anlaşma ve taleplerini de dikkate alarak boşanmadan sonra tarafların velayeti birlikte devam ettirmeleri yönünde karar vermiştir. Karar için bkz.(Serdar, s.171, dn.59.) Anılan kararda, velayet düzenlemesinde anne babanın taleplerinden ziyade çocuğun yararına öncelik verildiği anlaşılmaktadır. Ve bu uygulama da, çocuğun yararı ilkesinin Türk Hukuku'nda hak ettiği değeri kazanması bakımından başlangıç sayılabilir.

²³⁸ "...Yabancı mahkeme ilamunda boşanmanın yanısıra müşterek çocuğun velayeti hakkında tarafların boşanmadan sonra da müşterek velayet hakkını kullanmaya devam etmesine şeklinde karar verildiğini, bu durumun Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle velayet ve diğer ferilerine ilişkin tenfiz talebinin reddine karar verilmiş, davacı kısmen tenfize karar verilmemesi

kararı ile boşanma sonrasında birlikte velayete ilişkin olumsuz tutumundan vazgeçerek yeni bir içtihat oluşturmuştur²³⁹. Yargıtay bu kararı ile yabancı hukuktaki birlikte velayet

yönünden hükmü temyiz etmiştir. Yapılan yargılama ve toplanan delillerden... Bölgesi Yüksek Mahkemesince tarafların boşanmalarına karar verilmiş ve karar 03.03.2014 tarihinde kesinleşmiştir. Tenfiz istenilen ilamda velayet dışında, taşınmaz mallar, mücevher/altınpara, ev eşyaları, araçlar, banka hesapları, diğer kişisel mallar, eş nafakası, emeklilik hesapları, havayolu mili, geri ödemeler, ödemelerin eşitlenmesi gibi konularda da karar verildiği anlaşılmaktadır. Velayete ilişkin hüküm tenfiz edilmese de..." Yargıtay 2.HD. 09.06.2016. E.10540, K.11377 bkz. (Çağlar), s.76, dn.223; "...Tanınmasına karar verilen yabancı mahkemenin boşanma kararında müşterek çocuk üzerindeki velayet hakkının taraflarca müştereken ifa edileceği hüküm altına alınmış olup, boşanmadan sonra velayetin müştereken ifasına Türk Hukukunun cevaz vermediğine (TMK. md.336/2), bu hukuki durum nazara alınarak velayetin düzenlenmiş bulunmasına göre,(...) Sonuç: yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA" Yargıtay 2. HD. 19.03.2013. E.2012/21186, K.2013/7440(Sinerji); Yargıtay 2. HD. 20.03.2003. E.2818, K.3889 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 15.04.2003. E.4019, K.5500; Yargıtay 2. HD. 27.12.2004. E.13947, K.15854; Yargıtay 2. HD. 22.11.2004. E.12285, K.13680 bkz.(Ediz Bingöl, "Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması", [Elektronik Versiyon] İstanbul Barosu Dergisi, 2014, C.88, S.2, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/proje/dergi/19/files/assets/basic-html/page289.html> (22.08.2015) s.292.dn.67-69.); Ayrıca bkz.(Birinci Uzun), s.151, dn.51; Müge Kiremitçi, "Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı", (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2014) s.23; Yargıtay'ın Türk Medeni Hukuku'ndan farklı olan yabancı hukuk düzenlemelerinin kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilmesi yaklaşımı doğru değildir. Buna karşılık kamu düzeni süzgecini çocuğun yararı ilkesine bağlı tutarak her bir somut olayda istisnai olarak uygulaması yerinde olacaktır. Yargıtay'ın Alman Hukukunun ortak velayete ilişkin kararını tenfiz etmemesi eleştirilebilir. Zira hukuk sistemlerinin farklılığı kamu düzeni mekanizmasını kural olarak harekete geçirmez. Bu konuda mahkemelerin somut olaya göre yabancı mahkeme kararının sonuçlarının kamu düzenine aykırılığını tetkik edip karar vermesi daha uygun olur. bkz.(Öztekin Gelgel, s.101'den naklen).

²³⁹ "...Taraflar İngiliz vatandaşıdır. Davacı baba, evlilik dışı doğan 24/10/2003 doğumlu ortak çocuk... un velayetinin anne ve babaya verilmek suretiyle, velayetin ortak düzenlenmesini istemiştir. Mahkemece özetle; tarafların milli hukukuna göre evlilik dışı doğan çocuklar açısından ortak velayet düzenlemesi mümkün ise de ortak velayet düzenlenmesinin Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tabidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır(MÖHUK m. 17/1). Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır.(MÖHUK m.5/1). Somut olayda çözülmesi gereken uyuşmazlık, "ortak velayet" düzenlenmesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığının belirlenmesine yöneliktir. Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol", 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 Nolu Protokol'ün 5. maddesine göre, "Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir". Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. 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. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.90/son). İç hukukla ilgili yasal düzenlemeye baktıktan sonra "kamu düzeni" (ordre public) kavramı üzerinde durmak uyuşmazlığın çözümü için yararlı olacaktır. Kamu düzeninin bütün özelliklerini ifade edecek tam bir tarifini yapmak kolay değildir. Genel bir tanımla; "Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümüdür". Bu genel çerçevede içerisinde kamu düzeni kuralları bir toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kuralları olarak açıklanabilir. (Prof. Dr. Aysel Çelikel-Prof. Dr. B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk 11.bası-sayfa:149). Genel olarak; hukuk sisteminin toplumsal kalkınmayı hedefleyen ve kişisel hak ve özgürlükleri koruyan temel prensipleri, anayasanın temel ilkeleri ve toplumda cari olan

düzenlemesinin Türk kamu düzenine ‘açıkça’ aykırı olduğunun söylenemeyeceğini ifade ederek, birlikte velayet talebinin ‘Türk kamu düzenine aykırılığı nedeniyle reddi’ yönündeki ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur²⁴⁰. Yargıtay bu kararında, 10.02.2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına²⁴¹ değinmek suretiyle de boşanma sonrası birlikte velayetin mümkün olduğu yönündeki içtihadını gerekçelendirmiştir. Ayrıca bu doğrultuda, 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol’ün²⁴² 5’inci maddesi²⁴³ de değerlendirilmiş ve karar, bu madde üzerinden şekillenmiştir²⁴⁴. Zira Anayasa m. 90 uyarınca²⁴⁵, Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesi, evliliğin sona ermesi halinde eşlerin

örf-adet ve ahlak telakkileri, kamu düzenini temsil eden değerler olarak ifade edilebilir ve bu değerlerle açık bir şekilde uyuşmayan yabancı hukukun veya yabancı hukuk hükmünün kamu düzenine aykırı sayılarak uygulanmayacağı söylenebilir. "...Esasa uygulanan hukukun Türk Hukukunda farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır" (10.02.2012 tarih ve 2010/1 E, 2012/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı). Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. O halde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velayete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek "ortak velayet" istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir" Yargıtay 2.HD. 20.02.2017. E.2016/15771, K.2017/1737(Sinerji).

²⁴⁰ Aynı yönde, "... iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre, somut olaya göre değerlendirildiğinde 'ortak velayet' düzenlenmesinin Türk kamu düzenine 'açıkça' aykırı olduğu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir." bkz.(Kurt), s.171, dn.45.

²⁴¹ "...Esasa uygulanan hukukun Türk Hukukunda farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır" (10.02.2012 tarih ve 2010/1 E, 2012/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı). Yargıtay 2. HD. 20.02.2017. E.2016/15771, K.2017/1737(Sinerji).

²⁴² Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanmış; onaylanması 25 Mart 2016 tarihli 29664 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 6684 Sayılı Kanunla uygun bulunmuştur.

²⁴³ Ek 7 No’lu Protokol m.5: “Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir.”

²⁴⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s.144; Akıntürk/Ateş, s.409.

²⁴⁵ AY. m. 90/f. 5: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (EKLENMİŞ CÜMLE RGT: 22.05.2004 RG NO: 25469 KANUN NO: 5170/7) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”

çocuklarıyla olan ilişkilerinde hak ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanacaklarını düzenlenmekle, boşanma sonrasında hakimin birlikte velayete karar verebilme imkanı, uluslararası bir sözleşme ile Medeni Kanun uygulamasında yerini almıştır²⁴⁶.

İç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerden Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3., 7. ve 18. maddeleri²⁴⁷ ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi²⁴⁸, boşanma halinde ebeveynlerin birlikte velayet hakkının dayanağını teşkil etmektedir²⁴⁹.

Bu temel düzenlemelerden hareketle Yargıtay'ın birlikte velayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine karar vermesi, birlikte velayetin kamu düzenimize etkisi bakımından önemli bir gelişmedir²⁵⁰.

Yargıtay'ın görüş değişikliğinden sonra, Bölge Adliye Mahkemeleri'nce birlikte velayete nasıl karar verileceği gösterilmeye başlanmıştır²⁵¹; birlikte velayet hususunun değerlendirilmemesi ilk derece mahkeme kararlarının kaldırılma gerekçesi olmuştur²⁵². Diğer taraftan Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nce verilen bir kararda²⁵³ birlikte velayet için ebeveynlerin bu hususta anlaşmaları aranmıştır.

²⁴⁶ Ömer Uğur Gençcan, "Ortak Velayet", [Elektronik Versiyon] *İzmir Barosu Bülten*, Mart 2017, Özel Sayı, s.26(Ortak).

²⁴⁷ Anılan maddeler; çocuğun ana babası tarafından bakılma hakkı ile taraf devletlerin çocuğun yetiştirilmesinde ana babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınmasında her türlü çabayı göstereceklerine ilişkin olmak üzere, Sözleşme metni için bkz. Çelikel, 153 vd.

²⁴⁸ "Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı" başlıklı AİHS m. 8, Sözleşme metni için bkz. (Sinerji).

²⁴⁹ Kurt, s.174.

²⁵⁰ bkz. dn.237.

²⁵¹ "...Ortak velayet hükmü ile çocuğun her iki ebeveyni ile birlikte kalması düşünülemez. Ortak velayet çocukla ilgili önemli kararları birlikte almayı gerektiren bir durumdur. Çocuğun sağlığı, eğitimi, onun hayatına yön verecek ve onun üstün yararını gerektirecek hususlarda ortak hareket etmeyi gerektirir. Bununla berrber çocuğun bir düzen de ihtiyacı vardır, bu düzenin sağlanması için bir ebeveynin yanına yerleştirilmesi, diğeri ile kişisel ilişki kurulması ve yanına yerleştirilmeyen ebeveynin çocuğun giderlerine de katılması gereklidir." Ankara BAM. 1.HD. 10.05.2017. E.121, K.601 (Karar yayınlanmamıştır.) bkz.(Apaydın), s.465.

²⁵² "...Yargıtay 2. HD.'nin 2016/15771 E., 2017/1737 K. Sayılı ilamında belirtildiği üzere iç hukukumuzda ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. Dosya kapsamına göre ortak velayet ve çocukların kimin yanında kalmalarının menfaatlerine uygun olacağı hususunun araştırılması, tarafların ve çocukların mahkemece dinlenilmesi, psikolog, pedagog ve sosyal hizmet uzmanından oluşacak heyetten rapor alınmak suretiyle Ortak velayet hususu da değerlendirilerek yeniden hüküm kurulması için diğer yönler incelenmeksizin ilk derece mahkemesinin kaldırılmasına ve dosyanın mahkemesine gönderilmesine (...)" İstanbul BAM. 10. HD. 26.04.2017. E.578, K.386 (Karar yayınlanmamıştır.) bkz.(Apaydın), s.465.

Velayet hakkı, temel bir haktır. Velayet hakkının bu niteliği gereği, AY. m. 90 / f. 5 uyarınca, boşanma sonrası birlikte velayete imkan vermeyen TMK. m. 336 / f. 3 hükmü yerine, anılan uluslararası sözleşme hükümleri²⁵⁴ uygulanmakla hakim, boşanma halinde çocuğun yararına uygun olduğu takdirde birlikte velayete hükmedebilir²⁵⁵.

Sonuç olarak, TMK. m.182 ve m.336/f.3 uyarınca, boşanma halinde velayet düzenlenirken hakim takdir yetkisini kullanmaktadır. Hakimin takdir yetkisinin sınırı ise çocuğun yararidir. Çocuğu yararı ilkesinin temel ilke oluşu, kanunun getiriliş amacı, Anayasada ‘Ailenin korunmasına’ ilişkin maddenin varlığı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, TMK. m.336/ f.3 hükmünün, kanaatimizce de velayetin tevdiinde hakimin takdir yetkisini kısıtlayan bir içeriğe sahip olduğu sonucuna varılamaz²⁵⁶. Öte yandan, TMK.m.336/ f.3 hükmü, herhangi bir değişikliğe gidilmeksizin ya da Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmeksizin de, normlar hiyerarşisi bakımından Ek 7 No’lu Protokol m.5 ve ilgili uluslararası sözleşme hükümleri esas alınmakla örtülü olarak yürürlükten kaldırılmıştır²⁵⁷.

Velayetin düzenlenmesinde çocuğun yararının temel ilke olması ve çocuğun yararına olacak şekilde taraflarca anlaşmalı boşanmada birlikte velayet konusunda da mutabakata varılmış ise, birlikte velayet kararı verilmesi gerekmektedir²⁵⁸. Çocuğun yararı gerektirdiği takdirde, TMK. m. 347 / f 1 uyarınca çocuğun anne babadan alınarak bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi; m. 348 uyarınca da çocuğa üçüncü bir kişiyi vasi olarak atama konusunda yetkili olan hakim, yine aynı amaca hizmet edecek şekilde çocuğun yararı gözetilerek birlikte velayete evleviyetle karar verebilmelidir.

²⁵³ “...Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesi gereğince, eşler çocuklarıyla olan ilişkilerinde eşit haklara sahip olmakla birlikte, ortak velayet açısından gönüllülük esas olup anne ve babanın rızasının bulunması gerekir. Dosya kapsamında davacı-davalı annenin ortak velayete ilişkin rızası bulunmayıp tam aksine müşterek çocuğun velayetinin kendisine verilmesini istemektedir. O halde ortak velayet koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez.” Ankara BAM. 2.HD. 05.12.2017. E.1132, K.1471 (Karar yayınlanmamıştır.) bkz.(Apaydın), s.465.

²⁵⁴ Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 3., 7. ve 18. maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi, bkz. dn.246, 247.

²⁵⁵ Gençcan, s.26(Ortak); Kurt, s.174; Çağlar, s.80; Kahraman, s.47; Ünsal Dönmez/Taylan Barın, “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2018, C.9, S.35, s.206; Yücel, s.111.

²⁵⁶ Serdar, s.184.

²⁵⁷ Gençcan, s.26(Ortak); Ek 7 No’lu Protokol m. 5 hükmü bağlamında ebeveynler boşanma sonrasında hak ve sorumluluklar yönünden eşit haklara sahip olacaklarına göre, TMK. m.336/ f.3’te yer alan tek başına velayet düzenlemesinin anılan sözleşme maddesinin getiriliş amacını karşılamayacağı açıktır. bkz. Kahraman, s.47; bkz. Ankara BAM 1. HD. 10.05.2017. E.121, K.601(Karar yayınlanmamıştır.) bkz. dn.251.

²⁵⁸ Ortak velayet uygulamasında gönüllülük esastır. Ankara BAM kararı için bkz. dn.253.

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde hakimin birlikte velayet kararı verip veremeyeceği tartışmalarını sonlandırmak; birlikte velayet kararının nasıl kullanılacağını açıklığa kavuşturmak için, TMK’da değişiklik yapılarak hakime birlikte velayete hükmetme yetkisinin kanunda açıkça tanınması en uygun çözüml olacaktır²⁵⁹.

Yapılması gereken kanuni değişiklikte, birlikte velayet ile tek başına velayet modelleri arasında, kural istisna ayırımına gidilmemesi kanaatimizce de en uygun düzenleme olacaktır²⁶⁰. Böylesi bir ayırım yapılarak hakimin takdir yetkisi sınırlandırılmamalıdır²⁶¹. Velayet düzenlemelerinden hangisinin çocuğun yararını temin edeceđi²⁶², her bir somut olayın kendi koşulları içinde hakim tarafından takdir edilecektir²⁶³.

Birlikte velayete karar verilebilmesinin ardından doktrin ve uygulamada, bir taraftan hakimin resen²⁶⁴ birlikte velayet kararı verebileceği, diğer taraftan da gönüllülüğün esas olup anne babanın birlikte velayeti talep şartının²⁶⁵ aranması gerektiği hususunda görüş ayrılıkları gündeme gelmektedir.

²⁵⁹ Kurt, s.174; İnce Akman, s.223; Apaydın, s.467; Yücel, s.112; Kahraman, s.72;

²⁶⁰ Ünsal/Barın, s.206.

²⁶¹ Kurt, s.175; Aksi yönde, velayetin birlikte yürütülmesinin kural; tek başına yürütülmesinin ise istisna olduğu kabulü, bkz. Koçhisarlıoğlu, s.45.

²⁶² Velayet modelinin tercihinde çocuğun yararı ilkesinin uzman kişiler tarafından tespit ve tanımlanması gereği hakkında, bkz. Birinci Uzun, s.164.

²⁶³ Öztan, s.259(Birlikte Velayet); Birinci Uzun, s.158.

²⁶⁴ Koçhisarlıoğlu, s.239; Serdar, s.185; Kurt, s.177; “*Dairemizce, ayrıca taraf vekillerinin hazır olduğu celsede sosyal inceleme raporunu düzenleyen uzman huzuru ile müşterek çocuk küçük Umut’un velayet konusundaki beyanı alınmış, müşterek çocuk beyanında; annesini de babasını da çok sevdiğini, onların da kendisini sevdiğini bildiğini, her ikisinin kendisine kötü davranmadığını, her ikisiyle de sürekli görüşmek istediğini, anne ve babasının kendisi ile ilgili aldıkları kararlarda yakız zamanda herhangi bir tartışmalarını hatırlamadığını, bundan sonraki hayatının da aynı şekilde devam etmesini söylemiştir.(...) İlk derece mahkemesindeki yargılama sırasında ve istinaf aşamasındaki duruşma sırasındaki beyanları ile taraf vekilleri velayetin müvekkillerine verilmesini talep etmişler, istinaf duruşmasındaki beyanları ile sosyal inceleme raporundaki velayetin ortak velayet olarak düzenlenmesinin çocuğun yararına olabileceği şeklindeki kanaate katılmadıklarını ifade etmiş olmakla birlikte, velayet düzenlemede asıl olan çocuğun üstün yararı olup bu düzenlemede anne babanın yararı ile çocuğun yararı gerektirdiğinde çocuğun yararına üstünlük tanınması gerekir. (...) çocuğun yararına ve güvenine aykırı olduğuna dair dava dosyasında herhangi bir delil ve iddia bulunmaması da gözetilerek çocuğun üstün yararı gereğince ortak velayete hükmedilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.” Ankara BAM. 1.HD. 10.05.2017. E.121, K.601(Karar yayımlanmamıştır.) bkz. (Apaydın), s.465, iş bu kararda taraflar ortak velayet talebinde bulunmadıkları gibi ortak velayet kararının uygun olacağını tespit eden uzman raporuna itiraz etmişler ve velayetin tek başına kendilerine tevdiini istemişlerdir. Ancak tarafların bu beyanlarına rağmen, mahkemece resen ortak velayete hükmedilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.*

²⁶⁵ Gençcan, s.27(Ortak); “...Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesi gereğince, eşler çocuklarıyla olan ilişkilerinde eşit haklara sahip olmakla birlikte, ortak velayet açısından gönüllülüğ esas olup anne ve babanın rızasının bulunması gerekir. Dosya kapsamında davacı-davalı annenin ortak velayete ilişkin rızası bulunmayıp tam aksine müşterek çocuğun velayetinin kendisine verilmesini istemektedir. O

Kanaatimizce de, anne babanın birlikte velayeti talep etmeleri ve bu hususta rıza göstermeleri, velayet uygulamasında çocuğun yararı bakımından önem arz etmektedir²⁶⁶. Velayet kamu düzeninden olup anne babanın beyan ve isteklerinden ziyade çocuğun menfaatlerine üstünlük tanınacaktır. Ancak ebeveynlerin birlikte velayet hususunda talep ve rızaları bulunmuyor ise, rızaları hilafına birlikte velayet kararı verilmesi, boşanma sonrasında velayetten doğan sorumlulukların ifasını ve çocuğun menfaatini tehlikeye düşürebilecektir.

Anne babanın bu konuda talepte bulunmaları veya rıza göstermeleri, boşanmanın ardından birlikte velayet hususunda bilinçli ve bilgi sahibi olduklarını, velayetten doğan sorumlulukların ifasında istekli olduklarını, çocukları için kendi aralarında medeni bir ilişki düzeyi sağlayabileceklerini ve ortak hareket edebileceklerini ortaya koymuş olurlar. Bu nedenle gönüllülük ilkesinin esas olmasının yerinde bir uygulama olacağı kanaatindeyiz²⁶⁷.

halde ortak velayet koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez.” Ankara BAM. 2.HD. 05.12.2017. E.1132, K.1471 (Karar yayınlanmamıştır.) bkz.(Apaydın), s.465, söz konusu kararda, ortak velayetin koşulu olarak tarafların rızasını aramaktadır.

²⁶⁶ Ebeveynlerin talebinin varlığı tek başına yeterli olmayacak bununla beraber, birlikte velayet modelinin çocuğun yararına olup olmadığını somut olayda hakim takdir edecektir.

²⁶⁷ bkz. dn.265.

İKİNCİ BÖLÜM

VELAYET DÜZENLEMESİNDE DEĞİŞİKLİKLER

I. VELAYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Velayet, boşanan eşlerden birinin anne babalık duygularını tatmine veya diğerini çocuğunu görme hakkından mahrum bırakmaya yönelik; bir kez karara bağlandığında çocuğun ergin olmasına kadar kesin olarak uygulanacak bir düzenleme değildir. Hakimin velayet düzenlemesinde önceliği, anne babalık duygularının tatmininden ziyade çocuğun yararadır²⁶⁸. Öyleyse çocuğun yararı gerektirdiği takdirde hakim, gelişen ve değişen durumlara göre velayet düzenlemesinde değişikliğe gidebilecektir²⁶⁹.

TMK'nın 'Durumun değişmesi' kenar başlıklı 183'üncü maddesinin "*Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hakim, resen veya ana babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır.*" hükmünden de anlaşılacağı üzere, çocuğun velayetine ilişkin karar nihai değildir ve kesin hüküm teşkil etmez. Değişen koşullara göre velayet değiştirilebilir²⁷⁰. Anılan kanun maddesi ile çocuğun yeni durumlar karşısında korumasız kalmaması amaçlanmıştır²⁷¹.

TMK. m. 183'te yer alan haller, sınırlı sayıda olmayıp örnek niteliğindedir. Bu haller dışında ebeveynlerden birinin hapsedilmesi²⁷², alkol bağımlılığı, ayırt etme

²⁶⁸ Yalçinkaya/Kaleli, s.1977.

²⁶⁹ Yargıtay H.G.K. 03.06.1964. E.2, K.422-398 bkz.(Tekinay), s.500, dn.26.

²⁷⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s.145; Gençcan, s.1090; Yargıtay 2. HD. 11.06.1998. E.6412, K.7398 (Sinerji); Ergün, s.1084.

²⁷¹ Ceylan, s.189.

²⁷² "*Somut olayda babanın bir suçtan dolayı hapse girdiği anlaşılmıştır. Bu durumda çocukların velayetinin babadan alınması her yönü ile onların yararınadır. Kadının başka biri ile evlenme hazırlığı içinde olması ya da evlenmiş bulunması, hatta boşanma davası sırasında velayetin babaya verilmesine razı olması çocukların velayetinin anneye verilmesine engel değildir. Öyle ise çocukların velayetinin babadan alınıp annelerine verilmesi gerekirken açıklanan yönler gözetilmeden davanın reddolunması usul ve kanuna aykırıdır.*" Yargıtay 2. HD. 01.12.1980. E.7422, K.8596 (Sinerji).

gücünü kaybetmesi, ağır bir hastalığa yakalanması gibi sebeplerin²⁷³ varlığı halinde de hakim, kendiliğinden ya da taraflardan birinin talebi üzerine velayet kararını yeniden gözden geçirerek gerektiğinde düzenlemeyi değiştirebilecektir. Hakim, bu incelemeyi yaparken velayetin verildiği zamandaki koşulları değil, halihazırdaki koşulları değerlendirerek bir neticeye varacaktır²⁷⁴. Zira Yargıtay kararlarına da konu olduğu üzere, boşanma davası sırasında içinde bulunduğu hal ve şartlar karşısında velayeti istemeyen ebeveynin sonradan şartların değişmesiyle velayet talebinde bulunması mümkündür²⁷⁵. Bu nedenle velayetin değiştirilmesi için inandırıcı, ciddi ve yeterli delil bulunmalı²⁷⁶; değişikliği gerektiren olguların varlığı ispat edilmelidir²⁷⁷.

²⁷³ Çelikel, s.107; Özlü, s.110; Gençcan, s.1092; “*Taraflar 24.03.1999’da boşanmış, müşterek çocuk 1993 doğumlu A’nın velayeti babaya bırakılmıştır. Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce küçüğün bedeni ve fikri gelişimine öncelik verilmelidir. A’nın astım hastası olduğu, babanın geceleri gitar çalarak hayatını kazandığı, küçüğe yeterli zaman ayıramadığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında A’nın velayetinin davacı anneye bırakılıp, baba ile uygun kişisel ilişki kurulması gerekir.*” Yargıtay 2. HD. 06.05.2003. E.3684, K.6706 (Köseoğlu/Kocaağa), s.519; “*Çocuğu için iyi örnek sayılmayacak ahlaka uygun yaşamayan bir anneden velayet alınmalıdır.*” Yargıtay H.G.K. 21.10.1987. E.99, K.746 bkz.(Dural/Öğüz/Gümüş), s.145, dn.312. Kanaatimizce, ahlaka aykırı yaşam tarzı, velayet düzenlemesinin değiştirilmesinde genel bir kural olarak kabul edilemez. Her bir somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, anne genelevde çalışıyor olmasına rağmen çocuğunu bu yaşantının dışında tutabiliyorsa ve annesinin yanında olması çocuğun yararı bakımından gerekli ise, bu halde velayet düzenlemesinde değişiklik gündeme gelmeyecektir. (bkz. s.24, dn.73.) Yine velayete sahip olan ebeveyn, evlilik dışı bir ilişki yaşıyor olsa da, bu durum çocuğun yararları bakımından tehdit oluşturmuyorsa velayet diğer eşe tevdi edilmeyecektir. Sonuç olarak, çocuğun yararı ifadesi, onun ahlaki yarar ve gelişimini de kapsadığından velayete sahip olan tarafın yaşantısının çocuğun ahlaki gelişimi bakımından bir tehlike arz edip etmediği hakim tarafından somut olayda tespit edilerek bir karara varılacaktır.; “*...Babanın velayeti kendisine bırakılmış olan çocuğu yanına almayıp babaannesi yanında bırakması ve okul çağına gelen çocuğu okula göndermemesi velayetin değiştirilmesine neden olacaktır.*” Yargıtay 2. HD. 21.03.1994. E.2167, K.2768 bkz.(Ceylan), s.191, dn.1082; “*...Davalının kişisel ilişki günlerinde çocuğu bulundurmadığı, değişen adresini dosyaya bildirmediği ve müteaddit araştırmalara rağmen de adresinin bulunamadığı böylece çocuğun davacı ile kişisel ilişkisini engellediği anlaşılmaktadır. Davalı, çocuğun aile bağlarını özellikle fikri gelişmesini kötü etkileyecek bir davranış içerisine girmiştir. Bu durumda velayetin değiştirilmesine (743 SK. 149, 4721 SK. 183) karar verilmesi gerekirken, davanın reddi usul ve kanuna aykırıdır.*” Yargıtay 2. HD. 04.04.2002. E.3930, K.4731 (Şanver), s.255.(2009).

²⁷⁴ “*... Bu aşamadan sonra velayetin değiştirilmesi istemi, velayetin tevdi sırasındaki koşullara göre değil, velayet kendisine tevdi edilen babanın velayeti yürütmesinin çocuk aleyhine yeni gelişmeler meydana getirmesi halinde mümkündür. Somut olayda ise davalı babadan velayetin alınmasını haklı gösterebilecek bir nedenin varlığı kanıtlanabilmiş değildir. Bu itibarla HGK’nca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi doğru değildir.*” Yargıtay H.G.K. 21.09.1994. E.378, K.517 bkz.(Çelik), s.293, dn.174.

²⁷⁵ Yargıtay H.G.K. 07.06.2000. E.2-927, K.974 (Sinerji)

²⁷⁶ Yargıtay 2. HD. 17.11.1992. E.9964, K.11383 (Uyar), s.2200; Yargıtay H.G.K. 23.10.1991. E.2-374, K.509 (Özmen), s.331.

²⁷⁷ “*...Boşanma kararı ile ortak çocuklar B ve S’nin velayetleri davalı anneye bırakılmış, boşanma kararının velayete ilişkin bölümü kanun yolu denetiminde onanarak 29.06.2007 tarihinde kesinleşmiştir. Bu dava ise 11.05.2007 tarihinde açılmıştır. Velayetin anneden alınmasını gerektiren bir durumun varlığı kanıtlanamadığı gibi velayet sahibinin değiştirilmesini, çocukların menfaatinin gerekli kıldığına ilişkin bir delil ve olgu da bulunmamaktadır. O halde isteğin reddi gerekirken, yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.*” Yargıtay 2. HD. 20.01.2009. E.16962, K.291 (Gençcan), s.1093; “*...Her ne kadar Medeni Kanunun 149’uncu maddesinde yeni hadiseler başlığı altında gösterilen belirli ya da bunlar gibi hallerin meydana*

Mevcut olan düzenlemenin değiştirilebilmesi için tarafların ve çocuğun durumunda vuku bulan değişikliklerin esaslı nitelikte olması gerekmektedir²⁷⁸. Esaslı değişiklik, önemli ve sürekli olmalıdır. Zira değişiklik geçici nitelikte ise, önemli olsa da esaslı değişiklik teşkil etmeyeceğinden velayetin değiştirilmesi gündeme gelmeyecektir²⁷⁹. Velayet görevinin salt sağlık sorunları nedeniyle geçici olarak aksatılması velayetin değiştirilmesine yol açmaz. Ancak böyle bir durumda velayet görevinin uzunca bir süre ihmal edilmesi söz konusu olursa velayetin değiştirilmesi gündeme gelecektir²⁸⁰.

Uygulamada velayetin değiştirilmesi ile velayetin kaldırılması kavramları birbiriyle karıştırılmaktadır. Ancak bu iki konu, sebep ve sonuçları bakımından birbirinden farklıdır. Velayetin değiştirilmesi, TMK. m. 183'te düzenlenmişken; velayetin kaldırılması ise 348'inci maddede kaleme alınmıştır. Velayetin kaldırılması, bir sonraki başlık altında ele alınacağı üzere kanun maddesinde yer alan sebeplerden birisine dayanarak talep edilebilirken; velayetin değiştirilmesinde ise koşullardaki değişiklikler, velayetin diğer ebeveyne tevdiini çocuğun yararı bakımından zorunlu kılıyorsa talep gibi karar verilecektir²⁸¹.

Bu iki kavramın yanlış nitelendirme sonucu yerel mahkemelerce birbirinin yerine kullanılması halinde Yargıtay, bu durumun kanun hükmünün uygulanmasında hata yapıldığından bahisle bozmayı gerektirdiğini belirtmektedir. Ancak bu yanlışlığın

gelmesi durumunda hakim resen veya anne babadan birinin talebi üzerine hadisenin iktiza ettiği tedbirleri alabileceği hükme bağlanmışsa da somut olayda velayetin anneye tevdiinden sonra yeni bir olayın varlığı ileri sürülmediği gibi, kanıtlanabilmiş de değildir. Keza davalı annenin velayet hakkını kötüye kullandığı da gerçekleşmemiş olduğuna göre Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına (velayetin anneden alınmasını gerektirir yasal bir neden olmadan velayetin değiştirilmesi doğru bulunmamıştır.) uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve kanuna aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır." Yargıtay H.G.K. 26.04.1995. E.2-172, K.432 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 13.10.1993. E.8431, K.9188 bkz.(Ceylan), s.191, dn.1083; Yargıtay 2. HD. 22.06.2004. E.5448, K.8252 bkz.(Ceylan), s.191, dn.1089.

²⁷⁸ Akyüz, s.181.(Müşterek Hayatın Tatili); Yargıtay H.G.K. 15.04.1992. E.140, K.248 Sayılı kararında, velayetin değiştirilmesi için yeni oluşumların çocuk için maddi ve manevi zararlar vereceğini gösteren çok ciddi belirtilerin bulunmasını aramaktadır.

²⁷⁹ Gençcan, s.1093.

²⁸⁰ Ergün, s.1086.

²⁸¹ Tekinay, s.500.

giderilmesi, yeniden duruşma yapılmasını gerektirmeyeceğinden yerel mahkeme hükmünün düzeltilerek onanması yönünde karar verilmektedir²⁸².

Velayetin değiştirilmesine ilişkin kanun maddesinde yer alan sebeplerin varlığı, mutlak surette velayetin diğer ebeveyne tevdi sonucunu doğurmaz. Bu değişiklik hakim değerlendirilmesine bağlıdır²⁸³. Velayet düzenlemesinde yapılacak olan değişiklikte hakimi bağlayan tek ölçüt, yine çocuğun yararı olacaktır. Hakim bu ilkeyi dikkate alarak talebin reddi ya da kabulü şeklinde durumun gerektirdiği hükmü tesis edecektir²⁸⁴. Her ne kadar kanuni düzenlemede hakim yeni olguların zorunlu kılması halinde resen önlem alabileceğine yer verilmişse de, uygulamada bunun örneğine rastlamak pek mümkün değildir.

Velayet kendisine bırakılmamış olan ebeveynin velayetin değiştirilmesi talepli açacağı bir dava ile böyle bir değişiklik gündeme gelmektedir²⁸⁵. Ancak Gençcan'ın belirttiği ve Yargıtay kararlarında yer verildiği üzere, bu talep teknik anlamda bir dava değildir. Velayetin değiştirilmesi hükmünün düzenlenme amacı ve çocuğun yararı ilkesinin önceliği gözetildiğinde hakim, bu konuda gerekli önlemleri resen de alabilir. Bu durumda anne babanın mahkemeye başvurusu teknik anlamda bir dava olmayıp, hakimi tedbir alma yükümlülüğünde uyarma niteliğindedir. Onun için hakim, gerçekleşen duruma göre karar vermekle yükümlü olup, tarafların talepleriyle bağlı

²⁸² “...Anne ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi; ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklamaları halinde hakim, velayet hakkını kaldırabilir.(TMK. m.348) Toplanan deliller yukarıda açıklanan şekilde bir durumun varlığına yeterli olmayıp velayetin değiştirilmesine yol açar.(TMK. m.183,349) Öyle ise kanun hükmünün uygulanmasında hata bozmayı gerektirir. Ancak bu yanlışlığın giderilmesi yeniden duruşma yapılmasını gerektirmez. O halde kararın düzeltilerek onanması...uygun düşer.” Yargıtay 2. HD. 10.05.2007. E.2006/14938, K.2007/7828 (Köseoğlu/Kocaağa), s.506; “...Olayda velayet hakkının nezi talep edilmediği bir yana, ileri sürülen vakalar da velayetin nezini gerektirecek nitelik ve ağırlıkta değildir. Velayetin nezini düzenleyen MK.nun 274.maddesindeki (TMK. m.348) koşulların gerçekleştiği kanıtlanamamıştır. Bu durumda, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen, velayetin davacıya verilmesi ile yetinilmesi gerekirken yasanın yorumunda yanılıya düşülerek ve talep aşılarak yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır, şeklindeki Özel Daire bozma ilamına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay H.G.K. 01.07.1992. E.2-332, K.427 (Yetik), s.219; Yargıtay H.G.K. 18.11.1983. E.1981/2-45, K.1983/1186 bkz.(Ceylan), s.191, dn.1086; Yargıtay 2. HD. 16.07.1993. E.6634, K.7509 (Şener), s.190; Yargıtay 2. HD. 18.03.1993. E.2078, K.2764 (Şener), s.190; Yargıtay 2. HD. 17.03.1993. E.1966, K.2964 (Şener), s.190; Yargıtay 2. HD. 21.01.2014. E.2013/15486, K.2014/1062 <http://www.yargitay.gov.tr/>(05.12.2015).

²⁸³ Pişken Arabacı, s.51.

²⁸⁴ Köprülü/Kaneti, s.200.

²⁸⁵ Pişken Arabacı, s.51.

değildir. Hakimin, davacının talep ettiği önleme rağmen çocuğun yararına olan ve kendisinin uygun göreceği bir başka tedbire hükmetmesi de mümkündür²⁸⁶.

B. Velayetin Değiştirilmesini Gerektiren Olgular

Konuya ilişkin TMK'nın 183'üncü maddesi, “*Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hakim, resen veya ana babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır.*” düzenlemesiyle velayetin değiştirilmesini gerektirecek sebeplere örnek mukabilinde yer vermiştir.

Yeniden düzenlemeyi gerektiren sebepler tek tek ele alındığında:

Yeniden evlenme olgusu bakımından, TMK. m. 183 hükmü ile 349'uncu madde düzenlemesinin²⁸⁷ birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira velayet hakkına sahip olan ebeveynin başka biriyle evlenmesi, velayetin kendisinden alınması için başlı başına yeterli bir sebep değildir²⁸⁸. Eğer bu evlilik çocuğun yararına aykırılık teşkil ediyor, çocuğun menfaatini tehlikeye düşürüyorsa ancak bu durumda velayetin diğer eşe tevdi söz konusu olmaktadır. Diğer bir deyişle yeniden evlenmiş olmanın yanı sıra başkaca olguların da velayetin diğer eşe tevdiini haklı göstermesi aranmaktadır²⁸⁹.

²⁸⁶ Gençcan, s.1092; Yargıtay 2. HD. 30.12.1975. E.9587, K.9916 (Sinerji).

²⁸⁷ TMK. m. 349: “*Velayete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi, velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak, çocuğun menfaati gerektirdiğinde velayet sahibi değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velayet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir.*”

²⁸⁸ “...Taraflar anlaşmalı boşanmışlar ve küçükler İ ile U'nun velayetleri davalı babaya bırakılmış, duruşma sırasında da küçükler babaları ile kalmak istediklerini beyan etmişlerdir. Velayet kendisine verilmiş olan babanın yeniden evlenmiş olması tek başına velayetin değiştirilmesini gerektirmez. Davalının velayet görevini ihmal ettiği ve velayetin değiştirilmesi şartlarının (TMK. m.183, 349) oluştuğu ispat edilememiş olup davanın reddi gerekirken kabulü doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD. 16.01.2008. E.17245, K.176 (Gençcan), s.1095; “...Yeniden evlenme velayetin değiştirilmesi için geçerli bir neden değildir. Babanın velayetin değiştirilmesini gerektiren ilgisizliği de kanıtlanamamıştır. Çocuk idrak çağındadır, babayı tercih etmiştir. ... Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddi gerekirken, yazılı olduğu şekilde velayetin babadan alınması doğru olmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 29.06.2006. E.4033, K.10362 (Gençcan), s.1095; Yargıtay 2. HD. 17.10.2006. E.6122, K.14141 (Gençcan), s.1095; Yargıtay H.G.K. 01.06.1994. E.2-289, K.371 (Şahin), s.1218; Yargıtay H.G.K. 15.04.1992. E.2-140, K.248 (Uyar), s.2208; Yargıtay 2. HD. 27.10.2000. E.12525, K.13085 (Özmen), s.325; Çelikel, s.108; Köprülü/Kaneti, s.200.

²⁸⁹ Örneğin, yeni eşin çocuğa kötü davranması, velayete sahip olan ana veya babanın yeni evlilikten olan çocuklarına öncelik tanınması gibi. Dural/Öğüz/Gümüş, s.145; Özlü, s.108; “...Toplanan delillerden babanın yeniden evlendiği, çocuğu üvey annenin dövdüğü, çocuğun hastalandığının tespiti için hastaneye sevk edilen çocuğu babanın hastaneye götürmediği anlaşılmış olup, Medeni Kanununun 149'uncu maddesi (TMK. m.183) şartları oluşmuştur.” Yargıtay 2. HD. 22.03.2001. E.3384, K.4392 bkz.(Çelikel), s.108, dn.321; “...Davalı babanın çocuğun bakımına gereken özeni göstermesine karşın, üvey annenin çocukların annesi için ‘o.....’ dediği, çocukları toplum içinde küçük düşürdüğü,

Yeniden evlenen eş, velayet görevini ihmal ederse veya yeni aile ortamında çocuğun gelişimini zarara uğratacak koşullar mevcutsa hakim velayetin değiştirilmesine karar vermelidir²⁹⁰.

Velayete sahip olan tarafın başkasıyla evlenmesi sonucu yeni bir aile düzenine kavuşan çocuğun tam aile ortamı içinde yetişme ihtimali söz konusu olacaktır. Bu ihtimalin çocuğun gelişimine nasıl etki edeceği, onun yararı bakımından önem teşkil etmektedir. Öyleyse hakim, velayete sahip olan tarafın yeni evliliğini detaylı bir şekilde değerlendirmelidir. Yeni aile ortamında çocuğun ruhsal, bedensel ve ahlaki gelişimi açısından tehlike arz edecek bir durum mevcut olduğunda hakim, velayetin diğer eşe tevdiine karar verecektir²⁹¹.

Boşanan eşlerin birbirleriyle evlenmeleri halinde ise, velayet hakkına sahip olmayan eş, hakim kararına gerek olmaksızın kendiliğinden yeniden velayet hakkını elde edecektir.

Yeniden evlenme, tek başına velayetin değiştirilmesini gerektirmezken; velayet hakkına sahip olan ebeveynin bir başka kişi ile evlilik dışı birliktelik²⁹² yaşaması halinde ise velayetin diğer eşe verilmesi gündeme gelebilmektedir. Zira bu halde, çocuğun ahlaki ve zihinsel gelişimi tehlike altındadır ve sağlıklı bir aile düzeni anlayışı zarar görmektedir²⁹³. Ancak Yargıtay haklı olarak, boşanmadan sonra velayete sahip olan tarafın evlilik dışı ilişki yaşamasını velayetin değiştirilmesi veya kaldırılması için yeterli görmemiştir²⁹⁴. Yargıtay'ın bu tespiti isabetlidir. Kanaatimizce, velayet kendisine bırakılmış olan ebeveyn, başkası ile evlilik dışı birlikteliğine rağmen çocuğunu bu

çocukların bu tutum ve davranış karşısında huzursuz oldukları anlaşılmıştır. Bu durumda velayetlerinin anneye verilmesi, çocukların geleceğinin olumlu yönde gelişmesini sağlayacaktır." Yargıtay 2. HD. 12.04.2001. E.4756, K.5817 bkz.(Çelikel), s.109, dn.321; Yargıtay 2. HD. 28.05.2007. E.7859, K.8962 (Köseoğlu/Kocaağa), s.506.

²⁹⁰ Yargıtay 2. HD. 18.03.2002. E.3281, K.3849 (Gençcan), s.1095; Yargıtay 2. HD. 10.09.2008. E.8800, K.11497 (Gençcan), s.1096; Şimşek, s.70; Yargıtay 2. HD. 01.02.2000. E.13602, K.964 (Kaçak), s.660.

²⁹¹ Gençcan, s.1096; Akyüz, s.183.(Müşterek Hayatın Tatili)

²⁹² Bu kapsamda dini nikahlı birliktelikler de yerini almaktadır. Zira bu halde de resmîyet kazanmış bir yeniden evlenme olgusundan söz edilemez. Bu şekilde aynı anda birkaç kadınla nikahlılık da mümkün olabileceğinden –ki böylesi bir yaşam çocuğa da makul gösterilmeye çalışılacaktır. Örneğin, çocuğu kendi annesi dışında kocanın diğer karılarına da anne demeye zorlama ya da bunu normalmiş gibi gösterme durumu çocuğun toplumsal algılarını zedeleyecektir- bu durumun çocuğun ruhsal, zihinsel ve ahlaki yararlarına tesiri ele alınarak çocuğun korunması adına velayetin değiştirilmesi tedbirine başvurulabilecektir.

²⁹³ Çelik, s.294.

²⁹⁴ Yargıtay 2. HD. 07.07.1992. E.6511, K.7640 bkz.(Çelik), s.294, dn.179.

yaşantının dışında tutabiliyorsa çocuğun yararına aykırılık gündeme gelmeyecektir. Bu nedenle evlilik dışı ilişkinin hakimi velayetin değiştirilmesi sonucuna götürebilmesi için somut olayda her yönüyle ele alınması zorunludur. Annenin genelevde çalışarak geçimini sağlıyor olması halinde de, bu durum, çocuğun yararı bakımından değerlendirmeye alınarak velayetin diğer eşe tevdi sonucuna götürecektir. Çocuğun ahlaki ve zihinsel gelişimi bakımından tehdit edici bir unsur söz konusu değilse velayet sahibinin değiştirilmesi gündeme gelmeyecektir²⁹⁵.

TMK. m. 183 hükmüne göre velayetin değiştirilmesi sebeplerinden birisi de, velayet hakkı sahibi anne veya babanın başka bir yere gitmesidir.

Velayete sahip olan tarafın uzunca bir süredir çocuğundan ayrı olarak başka bir yerde olması ve çocuğunu da yanına almaması, velayet görevinin ihmal edildiğini göstermektedir ki, bu da velayetin değiştirilmesi sonucunu doğurur²⁹⁶.

²⁹⁵ Yargıtay 2. HD. 05.07.1995. E.6964, K.7868 (Karar yayınlanmamıştır.) bkz.(Ceylan), s.158 dn.899. Yargıtay, annenin eşcinselliğe yönelik eğilimini çocuğun ahlaki gelişimi bakımından tehlikeli addederken; annenin genelevde çalışıyor olmasına tek başına velayetin tevdiine engel olarak değerlendirmemiş, çocuğun bu tarz yaşam biçiminin dışında tutulmasını yeterli görmüştür.

²⁹⁶ "...Aile bütünlüğü bir zaruret olmadıkça, çocukların anne baba yanında, boşanma halinde birisinin yanında kalmasını gerektirir. Bu hal çocuğun eğitim ve gelişmesine de etkili olur. Davalı babanın uzun süredir Almanya'da olduğu halde çocuğu yanına almadığı ve velayeti fiilen kullanmadığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulü ile velayetin değiştirilmesi (MK. m.149, TMK. m.183) gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir." Yargıtay 2. HD. 18.03.1998. E.2887, K.3407 (Sinerji); "...Taraflar 27.02.2004'te boşanmışlar; müşterek çocukları 1995 doğumlu K. ile 1998 doğumlu B.'nin velayetleri anneye verilmiştir. Davalı anne kararın kesinleşmesinden kısa süre sonra 2004 yılında çocukları fiilen babaya bırakmıştır. Çocuklar dava tarihine kadar hatta dava sırasında da babayla birlikte kalmışlardır. Anne kendisine velayet hakkı verilmesine rağmen çocukları yanına almamış, velayetle ilgili görevlerini yerine getirmemiştir. Türk Medeni Kanununun 183. ve 349. madde koşulları olduğundan çocukların menfaatleri de göz önüne alınarak velayet hakkının anneden alınıp değiştirilerek babaya verilmesi gerekirken, davanın reddi doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2. HD. 15.01.2008. E.16812, K.140 (Gençcan), s.1097; "...Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12., Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. Ve 6. maddeleri gereğince küçük Esra annesi ile kaldığını onunla kalmak istediğini belirtmiştir. Velayet hakkı her ne kadar babaya verilmişse de baba, uzun süre çocuğu yanına almamıştır. TMK'nın 183. maddesi koşulları oluşmuştur. Davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 2. HD. 28.06.2004. E.7643, K.8532 (Gençcan), s.1097; "...Davalı annenin mahkeme kararına uymayıp, velayet görevini yerine getirmediği, çocuğuna yeterli ilgiyi ve şefkati göstermediği ve ona karşı yükümlülüklerini ihmal ettiği sabittir. Davalı annenin bu tavrı, boşanmayı müteakip okul çağına kadar çocuğun Türkiye'de babaanne ve dedesinin yanında kalması konusunda davacı ile ortaklaşa aldıkları karara dayanıyor olsa bile bu durum, anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun manen terk edildiği gerçeğini bertaraf etmez. Anne velayet görevini uzunca bir süre ifa etmemiştir. Davanın kabulü gerekirken, delillerin hatalı takdiri sonucu reddi usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 2. HD. 10.03.2004. E.1970, K.2973 (Gençcan), s.1098; Yargıtay 2. HD. 25.05.2004. E.3568, K.6730 (Gençcan), s.1098; Yargıtay 2. HD. 28.05.2002. E.4174, K.7176 (Gençcan), s.1098; Yargıtay 2. HD. 06.06.2002. E.6617, K.7549 (Gençcan), s.1098; Yargıtay 2. HD. 04.06.2002. E.6680, K.7494 (Gençcan), s.1098; Yargıtay 2. HD. 21.06.2004. E.7326, K.8201 (Gençcan), s.1098; Yargıtay 2. HD. 29.11.2004. E.12314, K.14136 (Gençcan), s.1098; Yargıtay 2. HD. 06.02.2006. E.16981, K.875 (Gençcan), s.1098.

Velayet kendisine bırakılan ebeveynin başka bir yere gitmesi, geçici ve zorlayıcı sebeplerle ise velayetin değiştirilmesi söz konusu olmayacaktır. Zira velayet düzenlemesinde değişikliğe gidilebilmesi için koşullardaki değişikliğin esaslı olması ve süreklilik arz etmesi aranmaktadır. Bu nedenle velayete sahip olan anne veya babanın tedavi amacıyla hastanede yatması, mesleğinin gereği olarak geçici süreyle şehir dışı seminerlerine katılması gibi hallerde esaslı ve sürekli bir değişiklikten bahsedilemeyeceğinden velayetin değiştirilmesi gündeme gelmeyecektir²⁹⁷.

Velayet kendisine verilen ebeveynin yerleşim yerini değiştirmesi, mutlak olarak velayetin diğer eşe tevdi anlamına gelmez. Ancak velayet hakkına sahip olan anne veya baba, çocuğun eğitimi ve sağlığı bakımından yararlarını tehlikeye atacak bir yere taşınmışsa²⁹⁸ ya da sürekli yer değişikliği dolayısıyla çocuğa düzenli ve istikrarlı bir çevre sunamıyorsa bu gibi durumlarda velayetin yeniden düzenlenmesi gündeme gelebilir²⁹⁹.

Velayete sahip olan anne veya babanın ölümü, TMK. m. 183 uyarınca velayetin değiştirilmesi sebeplerinden biri olarak ele alınmıştır. Bu düzenleme ile velayet kendisine bırakılan anne veya babanın ölmesi halinde velayetin kendiliğinden diğer eşe geçmeyeceği anlaşılmaktadır³⁰⁰. Velayetin sağ kalan eşe tevdi hususunda hakim kararı gerekir. Hakim, böyle bir olayın zorunlu kılması halinde gerekli tüm önlemleri alabileceğinden çocuğun yararını göz önünde bulundurup velayetin sağ kalan eşe verilmesini uygun görmeyerek ona bir vasi de tayin edebilir³⁰¹.

Velayete sahip olan ebeveynin ölmesi halinde hakimin gerekli olan tüm tedbirleri alabileceği TMK. m. 183 hükmü ile düzenlenmiştir. Zira bu madde, durumun değişmesinin zorunlu kılması halinde hakimin gerekli tedbirleri almasına ilişkin genel bir düzenleme içermektedir. Bu tedbirler arasında velayetin sağ kalan eşe tevdi edilmesi

²⁹⁷ Gençcan, s.1097.

²⁹⁸ Örneğin; sürekli tedavi gören çocuğun bu tedavinin yapılmasının olanaksız olduğu bir şehre gitmek zorunda bırakılması, vb.

²⁹⁹ Çelikel, s.109; Akyüz, s.184.(Müşterek Hayatın Tatili); Pişken Arabacı, s.53.

³⁰⁰ "...Küçüklerin velayeti daha önce boşanma kararı ile birlikte babaya verilmiş ve bu karar kesinleşmiştir. Babanın sonradan ölümü ile velayet kendiliğinden anneye geçmez. Mahkemece delillerin bu çerçevede değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir." Yargıtay 2. HD. 10.05.2004. E.5253, K.6056 (Çelikel), s.110; Yargıtay 2. HD. 24.10.2005. E.12369, K.14634 (Çelikel), s.110.

³⁰¹ Pişken Arabacı, s.54; Özlü, s.110.

de yer almaktadır. Bu nedenle kanaatimizce doktrinde yer alan, velayete sahip olan tarafın ölmesi halinde velayetin kendiliğinden sağ kalan eşe geçip geçmeyeceği hususundaki tartışma³⁰² önemsizdir. Öte yandan maddede yer alan diğer sebepler bakımından böyle bir tartışma söz konusu olmaksızın salt ölüm haline ilişkin böyle bir tartışmaya girilmesinin madde lafzına da uygun olmadığı kanaatindeyim.

Velayetin değiştirilmesine ilişkin kanun maddesinde yer alan sebeplerin sınırlı sayıda olmayıp örnek niteliğinde yer verildiğini belirtmiştik. Kanun hükmündeki sebeplerin dışında velayete sahip olan anne veya babanın hapsedilmesi, alkol bağımlılığı, ayırt etme gücünü kaybetmesi, ağır bir hastalığa yakalanması gibi hallerde de değişikliğin esaslı ve sürekli olup olmadığı değerlendirilmekle velayet değişikliğine gidilebilecektir³⁰³.

Velayet hakkı sahibi çocuğun diğer ebeveyni ile arasındaki kişisel ilişkiyi engellerse bu halde de velayet değişikliği gündeme gelebilir³⁰⁴. Kişisel ilişkinin engellenmesi, çocuğun aile bağlarını zayıflatabileceği gibi çocuğun gelişimini de olumsuz yönde etkileyecektir. Velayet kendisine bırakılmayan eş ile çocuk arasında kişisel ilişkinin kurulması, TMK. m. 182’de emredici olarak düzenlenmiştir. Bu, çocuğun velayet verilmeyen anne veya babası ile kişisel ilişkisinin önemine binaen konulmuş bir hükümdür. Bu önemin farkında olmayan, haklı bir sebep yokken hakimin tayin ettiği zaman dilimi içinde çocuğun diğer ebeveynle ilişkisine engel olan anne veya baba, çocuğun yararına hareket etmiş olmaz. Bu açılarından değerlendirildiğinde de kişisel ilişkinin engellenmesi ile velayet hakkı kötüye kullanıldığından³⁰⁵ hakim,

³⁰² Çelik, s.294.

³⁰³ bkz. dn.225,226.

³⁰⁴ “...Davalının çocuğun davacı ile kişisel ilişkisini engellediği, çocuğun aile bağlarını özellikle fikri gelişimini kötü etkileyecek bir davranış içine girdiği anlaşıldığından velayetin değiştirilmesine karar verilmesi gerekir.” Yargıtay 2. HD. 04.04.2002. E.3930, K.4731 (Sinerji); “...Davalı, hükümde görüşme günü olarak belirlenen günlerde çocuğu alnabilecek yer olan adresinde hazır bulunmamış, hazır bulundurmamıştır. Boşanma ilamının kesinleşmesinden itibaren diğer görüşme günlerinde çocuğun anne ile görüşürüldüğü yönünde bir belge dosya arasında yoktur. Bu süre içinde bir kez çocuğun icraen anneye verildiği, onda da çocuğun yanında bulunan kadın tarafından kaçırılmak istendiği, zabıta yardımıyla hükmün icra edildiği anlaşılmaktadır. Davalının yarattığı bu sürtüşmeler çocuğun özellikle psikolojik gelişimine menfi etki yapan davranışlar olup tek başına velayetin değiştirilmesi sebebidir.” Yargıtay 2. HD. 20.10.2000. E.12847, K.13179 (Sinerji); Yargıtay H.G.K. 07.06.2000. E.2-927, K.974 (Lale/Lale), s.320.

³⁰⁵ Önemine binaen Yargıtay kararına detaylıca yer verilmiştir. “...Dava, velayetin değiştirilmesi isteğine ilişkindir. Davacı vekili, tarafların boşandıklarını, müşterek çocuğun velayetinin davalı anneye verildiğini, baba ile de şahsi ilişki tesis edildiğini, davacının iki yıldır çocuğunu ancak icra yoluyla görebildiğini, davalının velayet hakkını kötüye kullandığını...; davalı vekili, müşterek çocuğun

çocuğun yararının gerektirdiği tedbirleri alabilecek ve velayetin diğer eşe tevdiine karar verecektir.

II. VELAYETİN KALDIRILMASI

A. Genel Olarak

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 18'inci maddesine göre, çocuğun yetişmesi ve gelişiminde sorumluluk öncelikle anne babadadır. Çocuğun yararı, kendi aile ortamında kalmasını gerektirir. Ancak kanunda öngörülen sebepler³⁰⁶ vuku bulduğunda, anne babasının velayetinde bulunan çocuğun çıkarları tehdit altında

annesinin yanında mutlu ve huzurlu olduğunu, belirtmiştir. Yerel Mahkemece, davacının müşterek çocuk ile sağlıklı ilişki geliştirmekten çok, davalı ile çekişmesini devam ettirdiğini, müşterek çocuğun anne yanında mutlu olduğu, bakım ve ihtiyaçlarının davalı anne tarafından karşılandığı, çocuğun yaşı ve ihtiyaçları nazara alınarak anne yanında kalmasının çocuğun gelişimi açısından daha yerinde olacağı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Davacı vekilince temyiz edilen karar Özel Daire tarafından bozulmuş, mahkemece bozma öncesi gerekçelerle direnme kararı verilmiştir. Uyuşmazlık, velayet kendisinde olan annenin velayet hakkını, velayetin kaldırılması veya değiştirilmesini gerektirecek derecede kötüye kullandığının kanıtlanıp kanıtlanmadığı noktasında toplanmaktadır. ...icra dosyaları ve davalı hakkında çocuk teslimine muhalefet etmekten dolayı uygulanan yaptırım bir arada düşünüldüğünde davalı annenin çocuğun babayla kişisel ilişki hakkını sürekli olarak engellediği, bundan dolayı hakkında yaptırım uygulandığı, bu suretle TMK. m. 324'e aykırı davrandığı anlaşılmıştır. Davalı annenin sekiz yaşındaki çocuğun gelişimi için önemli olmasına rağmen babası ile görüşmesini engelleyerek, velayet hakkını kötüye kullandığı hususunun kanıtlandığı ve müşterek çocuğun velayetinin davalı anneden alınarak davacı babaya verilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu nedenlerle Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararının bozulmasına oybirliği ile karar verilmiştir." Yargıtay H.G.K. 01.04.2015. E.2013/2-1926, K.2015/1139 (Sinerji); "...Taraflarca düzenlenip hakime sunulan hakim tarafından da 'aynen tasdikine' karar verilen protokolde; müşterek çocukların velayetinin anneye verileceği, çocuklarla baba arasında protokolde gösterilen gün ve saatlerde kamuya açık mekanlarda ve gözetim altında kişisel ilişki tesis edileceği, bunun dışında çocuklar on sekiz yaşını bitirinceye kadar babanın internet, telefon veya sair olanakları kullanarak iletişim kuramayacağı veya tesadüfî olarak şahsi münasebet tesis edemeyeceği, yine çocuklar ergin oluncaya kadar velayet hakkının anneden alınması veya kaldırılması ve kişisel ilişki süresinin genişletilmesi için talepte bulunmayacağı, ...belirtilmiştir. Protokolde yer alan 'velayetin kaldırılması veya kişisel ilişkinin genişletilmesi davası açılmayacağına' ilişkin medeni hakları kullanmaktan feragate ilişkin taahhütler, medeni hakları kullanma ehliyetinden önceden vazgeçme niteliğinde olup TMK. m.23'e ve çocukların yüksek yararlarına açıkça aykırıdır. Olayda mahkemece yapılacak iş; protokolün bu haliyle uygun bulunmadığının taraflara bildirilip, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde bulundurarak protokolde gerekli değişiklikleri yapmak...tan ibarettir. Açıklanan yönler gözetilmeden hüküm kurulması doğru bulunmamıştır. Bu nedenlerle hükmün bozulmasına oybirliği ile karar verilmiştir." Yargıtay 2. HD. 04.02.2014. E.2013/11644, K.2014/1866 (Sinerji); Yargıtay H.G.K. 25.06.2008. E.2-454, K.451 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 13.01.2014. E.2013/13646, K.2014/157 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 16.02.2010. E.2009/19748, K.2010/2648 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 30.10.2000. E.12847, K.13179 bkz.(Çelikel), s.110, dn.326; Yargıtay 2. HD. 04.04.2002. E.3930, K.4731 bkz.(Çelikel), s.110, dn.327.

³⁰⁶ Velayetin kaldırılmasına ilişkin sebeplerin varlığı halinde TMK. düzenlemesi velayetin kaldırılmasına karar verileceği yönünde olup hakime takdir yetkisi tanınmış değildir. Ancak 743 Sayılı Kanun döneminde, m. 274: "Velayeti ifadan aciz veya mahcur olan yahut nüfuzunu ağır surette sui istimal eden veya fahiş ihmalde bulunan ana ve babadan, hakim, velayet hakkını nez edebilir." Denilmekle hakime takdir yetkisi tanınmış idi.

kalmaktadır. Bu durum, çocuğun güvenliğinin sağlanması ve gerektiğinde anne babasına karşı bile korunması zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Bu düzenlemede de, çocuğun yararı ilkesi esas alınacak ölçüttür.

‘Koruma Önlemleri’ başlığı altında TMK. m. 346, “Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.” hükmü ile ‘Çocukların Yerleştirilmesi’ başlıklı 347’nci maddenin 1’inci fıkrasında da, “Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hakim, çocuğu ana babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir.” düzenlemesi yer almaktadır. Çocuğun yarar ve güvenliğinin korunması bakımından TMK. m. 347 uyarınca alınan önlemler yetersiz kalırsa, hakim 346’ncı madde hükmünün yetkilendirmesiyle TMK. m. 348 hükmüne binaen son çare³⁰⁷ olarak velayetin kaldırılması önlemine başvuracaktır.

TMK. m. 348 / f. 1, “Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hakim aşağıdaki hallerde velayetin kaldırılmasına karar verir:

1. Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi,

³⁰⁷ Serozan, s.292; Özdamar, s.435(Cedaw); “...Toplanan delillerden her iki tarafın da velayet görevlerini gereği gibi yerine getiremediği ya da ağır surette ihmal ettiği kanıtlanamamıştır. TMK. 348. Maddesi koşullarının oluşmadığı anlaşılmaktadır. Velayetin kaldırılması kararı verilmeden önce velayetin değiştirilip, diğer tarafa verilmesiyle yetinilip yetinilemeyeceği konusunda gerekli tüm araştırmaların yapılması; başka çözüm kalmadığı takdirde velayetin kaldırılması gerekir....Açıklanan hususlar dikkate alınmadan yazılı şekilde velayetlerin kaldırılmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD. 10.09.2014. E.6351, K.16896 [http://www.yargitay.gov.tr/\(05.12.2015\)](http://www.yargitay.gov.tr/(05.12.2015)); Yargıtay 2. HD. 22.01.2014. E.2013/15601, K.2014/1162 [http://www.yargitay.gov.tr/\(05.12.2015\)](http://www.yargitay.gov.tr/(05.12.2015)); “...Velayet ilişkisinde iki taraf söz konusudur. Velayet bu sebeple iki kutupludur. Velayet, küçüklerin bazı durumlarda kısıtlı çocukların gerek kişiliklerinin gerek mallarının korunması ve onların temsili konusunda yasanın ana babaya yüklediği ödevler ile bu ödevlerin gereği olan hakların tümünü ifade eder. Velayet, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme hükümleri ile de ana baba yararına değil çocuk yararına bir hak olarak kabul edilmiştir. Velayet ilişkisinin yeniden düzenlenmesinde bu sebeplerle çocukların yararı göz önünde tutulmalıdır. Velayet ana babaya bırakılan denetimsiz bir hak olmaktan çıkarılmış, kamusal niteliği olan bir hak olduğundan bu hakkın kullanımı denetlenmektedir. Velayetin kötüye kullanılması halinde çocuğu korumak üzere alınabilecek en radikal, en etkin önlem ve bu anlamda son çare ise velayetin kaldırılmasıdır.” Yargıtay H.G.K. 16.05.2007. E.2-251, K.277 (Karşı Oy Yazısı)(Sinerji); Yargıtay 2. HD. 02.05.2007. E.2006/14760, K.2007/7250 (Karşı Oy Yazısı)(Sinerji); Yargıtay 2. HD. 20.03.2007. E.3496, K.4447 (Karşı Oy Yazısı)(Sinerji).

2. *Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması.*” hükmünü amirdir.

TMK. 348’inci madde düzenlemesi ve gerekçesi³⁰⁸ dikkate alındığında velayetin kaldırılması önlemine son çare olarak başvurulacağı anlaşılmaktadır. Zira Medeni Kanun uygulanmasında, çocuğun yarar ve güvenliğinin korunmasına ilişkin alınabilecek önlemlerin en ağırı velayetin kaldırılmasıdır³⁰⁹. Bu nedendir ki çocuğun korunması için tedbir alınırken belli bir sıra izlenmeli, hafif bir tedbirle yetinmek mümkünken daha ağır olanına gidilmemelidir³¹⁰.

Velayetin kaldırılması tedbiri, diğer tedbirlerin çocuğun korunmasını temin edemediği hallerde gündeme gelecektir. Velayetin kaldırılması tedbirine son çare olarak başvurulacağından bunun için öncelikle çocuğun korunmasına ilişkin diğer tüm

³⁰⁸ TMK. 348. Madde Gerekçesi: “Yürürlükteki Kanununun 274 üncü maddesini karşılayan bu hüküm, İsviçre Medeni Kanununun 311 inci maddesinden alınmıştır. Maddenin birinci fıkrası, velayetin bu maddede öngörülen sebeplerle kaldırılabilmesinin ana koşulunu hükme bağlamıştır. Buna göre, velayetin kaldırılabilmesi için çocuğun korunmasıyla ilgili diğer önlemlerin uygulanmış ve bundan bir sonuç alınmamış ya da bu önlemlerin daha başlangıçta yetersiz kalacağına anlaşılmış olması gerekir, önceden aldığı önlemlerden bir sonuç alamayan veya alınması söz konusu olabilecek önlemlerin hiçbirinin sonuç vermeyeceğini daha baştan anlayan hâkim, aşağıdaki sebeplerden birinin varlığı hâlinde, velayetin kaldırılmasına karar vermelidir. Velayetin kaldırılması sebeplerinden birincisi, maddenin ilk fıkrasının (1) numaralı bendine göre, ana ve babanın velayet görevini bazı sebeplerle gereği gibi yerine getirememesidir. Görevin gereği gibi yerine getirilememesi ana ve babanın deneyimsizliği veya hastalığı ya da özürli olması yahut başka bir yerde bulunması sebebiyle meydana gelebileceği gibi, başka bir sebeple de meydana gelebilir. Böylece, (1) numaralı bentteki bu sayım sınırlı bir sayım değildir. Sayımda yer alan sebeplerin ortak özelliği, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen ve belli bir süreklilik arz eden sebepler olmasıdır. Bu bentte yapılan ve velayet görevinin yerine getirilmesini engelleyen sebepler sınırlayıcı olmadıkları için, bu maddede, yürürlükteki metinden farklı olarak, yer almayan "kısıtlılık" da velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen sebepler arasında değerlendirilecektir; çünkü, "kısıtlı" bir kişinin, o kişi ayırt etme gücüne sahip olsa bile, zaten kendisi sınırlı ehliyetsiz olan bir kişi olarak, velayet görevini gereği gibi yerine getiremeyeceği açıktır. Kısıtlı ayırt etme gücüne sahip değilse, o zaman da tam ehliyetsizdir ve elbette ki o da -öncelikle-bu bendin kapsamına girer. Maddenin birinci fıkrasının (2) numaralı bendinde belirtilen ikinci sebep ise, ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı olan yükümlülüklerini ağır bir biçimde savsaklamasıdır.” (Sinerji).

³⁰⁹ Şimşek, s.70; Serozan/Hatemi, s.368; Tekinay, s.505; Serozan, s.292; Çelik, s.268; Baktır Çetiner, s.124; Usta, s.170.

³¹⁰ Tekinay, s.505; Çelik, s.269; “...Medeni Kanununun 274. Maddesi uyarınca velayetin nezine ancak çok ciddi durumlar karşısında gidilmelidir. Çocuğun korunması için alınacak tedbirlerin mümkün olduğu kadar kademeli bir şekilde olması, daha hafif tedbirlerle yetinmek mümkün iken ağırına başvurulmaması gerekir. Bu sebeple mümkün oldukça anne baba dinlenmeli, eğer onların uyarılması ile çocuğun üzerindeki tehlikenin giderilmesi umulur ise onların uyarılması veya... diğer tedbirlere başvurulmalıdır.” Yargıtay 2. HD. 02.04.1992. E.3630, K.3888 (Sinerji).

tedbirler uygulanmış ancak bir sonuç elde edilememiş veya diğer tedbirlerin sonuç vermeyeceği en başta anlaşılmış olmalıdır³¹¹.

Velayetin kaldırılması, anne babanın şahsına yönelik bir yaptırım³¹² değil, çocuğun yarar ve güvenliğinin korunmasını amaçlayan bir tedbirdir³¹³. Bu önemine istinaden kanun koyucu, velayetin kaldırılması sebeplerini tek tek sayma suretiyle tedbirin uygulanmasını hakim kararına bağlamıştır³¹⁴.

Velayete ilişkin kanuni düzenlemeler mutlak hak kapsamında olduğundan, bunlardan vazgeçme hiçbir hüküm ifade etmez ve hukuki bir sonuç doğurmaz. Bu bakımdan velayet hakkı, devir ve ferağ edilemez. Velayet hakkının kaldırılması, kanuni koşullar içinde gerçekleşir ve yalnızca hakim yetkisi dahilindedir. Anne babanın bu tedbiri uygulanmasına razı olup olmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır³¹⁵.

Hakimin velayetin kaldırılması kararı ile velayet hakkına müdahalesi, anne baba ve çocuk ilişkilerini, aralarındaki bağı önemli ölçüde etkileyecektir. Bu nedenle kanundaki koşulların fiilen gerçekleşmesi ve tedbir kararının soyut iddialara dayanmaması gerekmektedir. Velayetin kaldırılması varsayımlara değil, somut olaylara bağlanmalı ve şüpheye yer bırakmayacak surette tespit edilmelidir³¹⁶.

³¹¹ Emine Akyüz, “Velayet Hakkının Kaldırılması”, [Elektronik Versiyon] *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 1992, C.25, S.1 <http://dergiler.ankara.edu.tr/search.php> (19.08.2015), s.11.(Kaldırılması)

³¹² Serozan, s.293; Özlü, s.68.

³¹³ Baktır Çetiner, s.123; Yetik, s.132; Tekinay, s.504.

³¹⁴ Emine Akyüz, “Medeni Kanunun 272. Maddesine Göre Çocuğun Korunması ve Yeni İsviçre Medeni Kanunu Göz Önünde Tutularak Yapılması Önerilen Değişiklikler”, [Elektronik Versiyon] *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 1986, C.19, S.1, <http://dergiler.ankara.edu.tr/search.php> (19.08.2015), s.143.(Değişiklikler)

³¹⁵ Karabacak, s.78; Mehmet Atif Öztürk, “Velayetin Kaldırılması”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi SBE, 2009), s.31

³¹⁶ Akyüz, s.144.(Değişiklikler); Çelik, s.268; Yetik, s.132; İsmail Erbay, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Hukukundaki Velayet Hakkının Kaldırılması (TMK. m.348) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, [Elektronik Versiyon] *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012,C.3,S.2,https://www.google.com.tr/?gws_rd=ssl#q=ismail+erbay+in%C3%B6n%C3%BC+%C3%BCniversitesi+hukuk+fak%C3%BCltesi+dergisi, (05.11.2015), s.22; Mehmet Atif Öztürk, s.32; “...Medeni Kanunun 272 ve 278'inci maddelerine göre, velayet hakkına hakim müdahale edebilmesi için, ana ya da babanın vazifelerini yerine getirmedeğinin sabit olması gerekir. Davaya konu olayda davalı ananın velayet görevini yerine getirmedeği ispatlanmamış, aksine davacı tanıkları bile davalının iyiniyetli ve sorumluluklarını müdrik bir kimse olduğunu açıklamışlardır. Şu durumda mahkemece velayet hakkının kullanılmasını engelleyici nitelikte olmak üzere verilen karar, sabit olan maddi olgulara değil, yalnızca ihtimaller ve davalı kadının cahil olması vakasına dayandırılmıştır. Oysa Medeni Kanunun olayla ilgili maddeleri, varsayıma dayalı düşünceleri değil, gerçekleşen ve sübute eren olayları öngörmüştür. Şu durumda sabit olmayan davanın reddi gerekirken söz konusu maddelerin kapsamı ve niteliğinde yanlıya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya

Velayetin kaldırılmasına karar verilmeden önce, anne babanın velayet hakkını fiilen kullanma imkanına sahip olup olmadıkları da tespit edilmelidir. Kanunen velayete sahip olan anne babanın eylemli olarak velayeti kullanmaları mümkün olmamış, diğer bir deyişle anne babanın velayet hakkı salt mahkeme kararından ibaret kalmış ve bu hakkı kullanmaları bakımından iradeleri dışında fiili imkansızlık hali söz konusu olmuş ise bu durumda velayetin kaldırılması koşullarının gerçekleştiğinden de bahsedilemeyecektir³¹⁷.

Velayetin kaldırılması tedbiri ile çocuğun korunması amacına hizmet edilmektedir. Korunmaya esas olan da çocuğun yarar ve güvenliğidir. Bu nedenle anne babanın kusur durumları dikkate alınmayacaktır³¹⁸. Velayetin kaldırılmasına kusur durumundan bağımsız olarak karar verilecektir³¹⁹. Velayetten doğan yükümlülüklerin yeterince ifa edilmemesi, yetki ve hakların amacına uygun ve gereği gibi kullanılmaması burada önem arz etmektedir. Zira bu tedbir ile çocuğun anne babası karşısında korunması amaçlanır³²⁰.

Velayetin kaldırılmasını gerektiren sebeplerin varlığı halinde, anne babanın yanı sıra diğer ilgililer de velayetin kaldırılması talebiyle mahkemeye başvurabilirler. Hakim, kendiliğinden veya ihbar üzerine de olaya el koyup gerekli düzenlemeleri

aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 03.03.1987. E.642, K.1722 (Sinerji); “...*Toplanan delillerle ortaya çıkan durum, nez şartlarının varlığına yeterli olmayıp velayetin değiştirilmesine yol açar. Öyle ise olaya uygun kanun hükmünün belirlenmesinde hata ile velayetin değiştirilmesi yerine TMK. 348. Maddesi sonuçlarını doğuracak şekilde velayetin kaldırılmasına karar verilmesi bozmayı gerektirir.*” Yargıtay 2. HD. 05.11.2014. E.13712, K.21722 [http://www.yargitay.gov.tr/\(05.12.2015\)](http://www.yargitay.gov.tr/(05.12.2015)); Yargıtay 2. HD. 25.06.2014. E.7529, K.14346 [http://www.yargitay.gov.tr/\(05.12.2015\)](http://www.yargitay.gov.tr/(05.12.2015)); Zeybek, s.82.

³¹⁷ Örneğin, müşterek çocuğun velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn veya onun ailesi tarafından velayet kendisine bırakılan anne veya babadan kaçırılıp alıkonulması gibi. “... *Babanın şehit olması sonucu velayeti davalı anneye yasa gereği geçen 1992 doğumlu Şeyma'nın dede yanında kaldığı, annenin 1994 yılında resmi olmayan bir evlilik yaptığı, bu evliliğin iki ay sürdüğü, Şeyma'nın davacı dede tarafından alıkonulduğu anlaşılmaktadır. Davalı anne, velayeti eylemli olarak kullanma imkanı bulamamıştır. Çocuğa bağlanan aylıklara da dokunmayarak bankada çocuk adına biriktirdiği, velayeti kötüye kullandığına dair başka bir delilin de bulunmadığı dikkate alınmadan velayetin nezi gibi ağır bir yaptırım uygulanması doğru bulunmamıştır.*” Yargıtay 2. HD. 24.03.1997. E.2351, K.3231 bkz.(Çelik), s.269, dn.65; “...*Velayetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe, ana ve babanın velayet görevlerine müdahale olunamaz. Mahkemece velayetin babadan kaldırılmasına ilişkin dava reddedilmiş, velayet babada bırakılmıştır. Velayet babada bırakıldığı halde, TMK. 346. Madde koşulları da gerçekleşmemişken babanın velayeti fiilen kullanamamasına müncer olacak şekilde çocukların öğrenimlerini davacı anneannenin yanında sürdürmelerine karar verilmesi doğru bulunmamıştır.*” Yargıtay 2. HD. 17.12.2007. E.16702, K.17570 (Sinerji).

³¹⁸ Erbay, s.29; Akyüz, s.144.(Değişiklikler); Tekinay, s.504.

³¹⁹ Kusur, ancak anne babanın çocuğun mallarını kullanmaya devam edip edemeyecekleri noktasında önem taşımaktadır. TMK. m. 354: “*Anne ve baba kusurları sebebiyle velayetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler.*”; Çelik, s.268; Mehmet Atıf Öztürk, s.32.

³²⁰ Erbay, s.29.

yapabilir³²¹. Velayetin kaldırılmasında kamu yararı söz konusu olduğundan savcılar da bu davayı açabileceklerdir³²².

B. Velayetin Kaldırılmasını Gerektiren Olgular

Velayetin kaldırılmasına ilişkin olarak kanun koyucu, TMK. m. 348 hükmünde bu tedbire başvuru koşullarını iki bend halinde tek tek sayma yoluna gitmiştir. Sayılan bu sebeplerden birincisi, maddenin ilk fıkrasının 1 numaralı bendinde yer alan ‘velayet görevinin gereği gibi yerine getirilememesi’dir. Bu neticeye yol açacak her türlü sebep –ki bu sebepler sınırlı sayıda olmayıp örnek niteliğindedir³²³- velayetin kaldırılması tedbirini gündeme getirecektir. Diğer bir deyişle anne babanın velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine engel olacak her sebep velayetin kaldırılması sonucunu doğuracaktır. Bu açıdan 1 numaralı bend için sınırlı bir sayma olduğundan söz edilemeyecektir.

Kanuni düzenlemede, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesine engel olacak davranışlar bakımından anne babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması şeklinde örnekleme yoluna gidilmiştir. Devamla ‘veya benzeri sebeplerden biriyle’ denilmek suretiyle bu saymanın sınırlı olmadığı, örnek mukabilinde yer verildiği anlaşılmaktadır. Bu sebepleri ayrı ayrı ele alacak olursak:

Anne baba, velayet görevini gereği gibi yerine getiremiyorsa hakim, velayetin kaldırılmasına karar verecektir. Velayet görevinin gereği gibi yerine getirilememesi, anne babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması ya da bunlara benzer sebeplere ilişkin olabilir³²⁴. Bu sebeplerin ortak özelliği, velayet görevinin gereğince

³²¹ “...Velayetin nezini yalnız ana baba değil, ilgili diğer kimseler de dava edebilir. Çocuğun menfaatlerinin korunması bakımından gerekli tedbirleri almakta esasen görevli olan mahkeme bu yoldaki davayı usulen incelemek ve sonucuna göre karar vermekle yükümlüdür.” Yargıtay 2. HD. 25.12.1970. E.6696, K.7045 bkz.(Karabacak), s.79, dn.285; “...Velayetin nezi kamu düzenini ilgilendirdiği için sebeplerin öğrenilmesi halinde hakim de resen müdahale edebilir. Onun için de velayetin nezini istemek sadece ana babaya tanınmış bir hak değildir. Herkes ihbar yetkisine sahiptir. Bu itibarla dedenin müracaatı ihbar olarak kabul olunmak ve inceleme yapıp sonucu uyarınca hüküm tesis edilmek icap eder.” Yargıtay 2. HD. 19.02.1973. E.915, K.969 bkz.(Karabacak), s.79, dn.285; Yargıtay 2. HD. 03.05.2000. E.5501, K.5771 (Özmen), s.439.

³²² Baktır Çetiner, s.92.

³²³ bkz. TMK. 348. Madde Gereğesi.

³²⁴ Velayetin kaldırılması sebeplerinden anne babanın ‘özürlü olması’ hali, TMK. m. 348 / f. 1 / b.1’in 07.07.2005 Tarih ve 5378 Sayılı Kanununun 38’inci madde değişikliği ile kanundan çıkarılmıştır.; TMK. 348’inci madde gereğesinde, “Bu bentte yapılan ve velayet görevinin yerine getirilmesini

ifasını engelleyen ve süreklilik arz edici olmalarıdır³²⁵. Sebeplerin süreklilik teşkil eder nitelikte olması, anne babanın kısa süreliğine ve geçici olarak velayet görevini yerine getirememesi durumunda velayetin kaldırılmasını gündeme getirmeyecektir. Örneğin, anne babanın geçici bir süreliğine iş seyahatine çıkmaları, geçici bir hastalık ya da işsizlik gibi hallerde anne baba velayet görevini geçici olarak ifa edemediğinden velayetin kaldırılması şartlarının oluştuğu söylenemeyecektir³²⁶. Ancak uzun süren akli veya bedeni hastalık, anne babanın çocuklarını hizmetçiye bırakarak yıllar sürecek seyahate çıkmaları, anne babanın ikisinin birden mahkum olup hapse girmeleri velayeti kullanmada yetersizlik hallerine örnektir³²⁷.

Yetersizlikten bahsedilebilmesi için, anne babanın velayetten doğan çocuğun bakım, eğitim ve gözetimi ödevlerini idrak edememesi, yetki ve hakların gereği gibi ve amacına uygun olarak kullanılamaması ve buna bağlı olarak da karar almakta aciz olmaları aranmaktadır³²⁸.

Anne babanın deneyimsizliği, velayetten doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinde bilgi bakımından yetersizliği ifade etmektedir. Doktrinde deneyimsizlik ve bilgisizlik nedeniyle velayetin kaldırılmasına; çocuğun aşırı şımartılarak davranışlarına hiçbir sınır konulmaması ya da tam aksine kişiliğin tamamen baskı altına alınmasına neden olacak şekilde sert davranılması ve bu iki tutum arasında orantısız bir değişkenlik sergilenmesi şeklindeki anne baba davranışları örnek olarak gösterilmektedir³²⁹.

Kanuni düzenlemede her ne kadar deneyimsizlik ibaresi kullanılmış ise de, bu ibare geçici bir durumu ifade etmektedir. Bu durum da velayetin kaldırılması sebeplerinde aranan süreklilik niteliği ile çelişir. Zira anne babalık deneyimi zamanla kazanılmaktadır. Ancak salt bu sebebe istinaden velayetin kaldırılmasına karar

engelleyen sebepler sınırlayıcı olmadıkları için, bu maddede, yürürlükteki metinden farklı olarak, yer almayan "kısıtlılık" da velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen sebepler arasında değerlendirilecektir; çünkü "kısıtlı" bir kişinin, o kişi ayırt etme gücüne sahip olsa bile, zaten kendisi sınırlı ehliyetsiz olan bir kişi olarak, velayet görevini gereği gibi yerine getiremeyeceği açıktır. Kısıtlı ayırt etme gücüne sahip değilse, o zaman da tam ehliyetsizdir ve elbette ki o da -öncelikle- bu bendin kapsamına girer."

³²⁵ Özlü, s.72; Karabacak, s.80.

³²⁶ Zeybek, s.84; Özlü, s.73

³²⁷ bkz. (Özlü, s.73, dn.24)

³²⁸ Zeybek, s.95.

³²⁹ Akyüz, s.12(Kaldırılması); Pişken Arabacı, s.57.

verildiğinde ise ebeveynlerin böyle bir deneyimi kazanmaları da imkansız hale gelmektedir³³⁰. Akyüz'ün³³¹, uygulamada velayetin deneyimsizlik nedeniyle kaldırılması tek başına bulunmaz, genellikle diğer şartlarla birlikte söz konusu olur, şeklindeki tespiti de bu beyanlarımızı desteklemektedir.

Hakimin, anne babanın deneyimsizliği halinde velayetin kaldırılmasından önce ebeveynlerin anne babalık deneyimi kazanmalarını sağlayacak başkaca tedbirlere başvurulması gerekmektedir³³². Daha önce de belirtildiği üzere velayetin kaldırılması çocuğun korunması bakımından öngörülen tedbirlerin en ağırıdır. Diğer önlemlerden sonuç alınmadığı takdirde velayetin kaldırılması son çare olarak düşünülmelidir.(TMK. m. 348). Ancak, TMK. m. 348 hükmü, koşulların varlığı halinde hakimin velayetin kaldırılmasına karar vereceğini düzenlemekle başkaca bir tedbiri uygulaması konusunda hakime takdir yetkisi tanımamıştır. Medeni Kanunun bu düzenlemesi karşısında, 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 6 / f.1 / b. 1'in d alt bendinde, Aile Mahkemesi'ne yetişkinler hakkında, *“Bir meslek edinme kursuna veya uygun görülecek bir eğitim kurumuna...”* gönderme imkanı vermektedir³³³. Zorunluluk olmadıkça çocuk ile anne baba arasındaki bağın koparılması gerekmektedir. Hal böyle olmakla anne babanın salt deneyimsizliği velayetin kaldırılmasına neden olmamalıdır³³⁴.

Anne babanın hastalığı, velayetin kaldırılması tedbirine başvuru koşullarından biri olarak düzenlenmiştir. Ancak anne babanın her hastalığı değil, velayet görevini gereği gibi yerine getirmeye engel nitelikte olan, devamlılık arz eden hastalıkları bu tedbirin uygulanmasına yol açacaktır³³⁵. Sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olma halinde bu koşul gerçekleşmiş olmaktadır. Geçici fiziksel rahatsızlıklar velayetin

³³⁰ Özlü, s.81; Yetik, s.133.

³³¹ Akyüz, s.12.(Kaldırılması)

³³² Hakim, anne babanın deneyim kazanmaları için bir kursa devam etmelerine, gerektiğinde kurs masraflarının devlet tarafından karşılanmasına karar verme gibi başkaca tedbirler öngörebilir.

³³³ Mehmet Atıf Öztürk, s.36; Çelik, s.271.

³³⁴ Çelik, s.270.

³³⁵ Çelikel, s.112; Mehmet Atıf Öztürk, s.37; Akyüz, s.12.(Kaldırılması)

kaldırılması sonucunu doğurmazken; felç, uzun süre iyileşme olanağı bulunmayan akıl hastalığı veya akıl zayıflığı hallerinde ise velayetin kaldırılması söz konusu olacaktır³³⁶.

Akıl hastalığı, vesayeti gerektiren bir haldir. Ancak hasta vesayet altına alınmamış olsa da velayet görevini ifada yetersiz kalacağından sahip olduğu velayet kaldırılabilir³³⁷.

Velayetin kaldırılması tedbirine son çare olarak başvurulacaktır. Diğer tedbirlerden sonuç alınamaması halinde ancak velayetin kaldırılması gündeme gelecektir. Örneğin, velayete sahip olan ebeveynin bulaşıcı bir hastalığa yakalanması halinde velayetin kaldırılması yerine hakimın öncelikle yapması gereken, çocuğun geçici olarak diğer ebeveyne veya bir yakının yanında bulunmasına karar vermektir. Ancak bulaşıcı hastalık anne babanın her ikisinde de varsa bu durum çocuğun sağlığını da tehdit edeceğinden velayet her ikisinden de kaldırılarak çocuğa bir vasi tayin edilmesi gerekmektedir³³⁸. Yine anne babanın özürlü oluşu, velayetin kullanılmasında sürekli bir yetersizliğe yol açıyorsa velayetin kaldırılması nedeni olacaktır³³⁹.

Alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığında, anne babanın kısıtlanmasına karar verilmiş ise velayetin kaldırılması söz konusu olacaktır. Ayrıca, bu bağımlılığı nedeniyle ebeveynin içinde bulunduğu karakter ve ruhsal dengesizlikler ile irade zayıflığı dolayısıyla çocukları manen terk edilmiş haldedirler³⁴⁰. Anne baba, alkolik olduklarından aile başkanlığı iktidarını kaybetmiş, çocuklarına eğitim verme yetisinden

³³⁶ Pişken Arabacı, s.57; Baktır Çetiner, s.93; “...Kısıtlanarak vesayet altına alınan anne halen felçli olup başkasının yardımıyla yaşamını sürdüren, sakatlara özgü üç tekerlekli bisikletle sokağa çıkan, dilencilikle geçinen biri olduğuna göre velayetin ona verilmesi çocuk yönünden hiçbir yarar sağlamaz.” Yargıtay H.G.K. 24.11.1993. E.2, K.593 bkz.(Özlu), s.80, dn.57; “...Davalıda psikolojik rahatsızlıklar bulunduğu, tedavi gördüğü çekişmesizdir. Vesayet altına alınmasına gerek olmadığına ilişkin sulh dosyası getirtilerek birlikte Adli Tıbbı gönderilmesi, davalıda bulunan ruhsal rahatsızlığın çocuğun gelişmesi, eğitimi, ruhsal sağlığı yönünden sakınca yaratıp yaratmayacağı hakkında bilgi alınması, sonuca uygun karar verilmesi gereğinin düşünülmemesi isabetsizdir.” Yargıtay 2. HD. 18.06.2001. E.819, K.9535 (Mehmet Atıf Öztürk), s.38.

³³⁷ Özlu, s.73;

³³⁸ Karabacak, s.81; Baktır Çetiner, s.93.

³³⁹ Zeybek, s.85.

³⁴⁰ “...Annenin zina yaptığı, bu suçtan dolayı mahkum olduğu... Babanın aşırı şekilde içkiye düşkün olduğu, davalı ile evli olduğu sırada eve yabancı erkekleri getirdiği, onların eşine karşı yaptığı sarkıntılıklara seyirci kaldığı, kız çocukları kendi yanında iken onlara karşı olan olumsuz davranışları üzerine küçüklerin kaçarak karakola sığındıkları... Çocukların beden ve fikren gelişmesinin tehlikede bulunması veya manen yüzüstü bırakılması halinde... Mahkemece yapılacak iş Medeni Kanun 274’üncü maddesi uyarınca anne ve babadan çocuklar üzerindeki velayet hakkının neğine karar vermek... olmalıdır. Bu yönler gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD. 09.05.1995. E.6045, K.6867 (Özmen), s.393.

yoksun hale düşmüş olacaklarından bu bağımlılıkların velayetin kaldırılması için yeterli bir neden olduğundan söz edilebilir³⁴¹.

TMK. m. 348, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilememesi sonucunu doğurarak velayetin kaldırılmasına yol açan bir diğer sebep olarak, anne babanın başka bir yerde bulunması hususunu düzenlemektedir.

Velayet altındaki çocuğun yerleşim yeri, anne babasının yerleşim yeridir. (TMK. m. 21 / f. 1) Eğer velayet hakkı anne babadan sadece birine bırakılmış ise, bu durumda çocuğun yerleşim yeri, velayete sahip ebeveynin yerleşim yeri olacaktır. Bu açıklamalardan yola çıkıldığında çocuğun anne ve baba ile birlikte yaşamamasının velayetin temel özelliklerinden biri olduğu anlaşılmaktadır. Bunun aksine olacak şekilde anne babanın çocuğun yerleşim yerinden başka bir yerde bulunması, velayetin kaldırılmasına neden olacaktır. Zira bu durumda velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesi mümkün değildir. Ayrıca çocuk denetimsiz, disiplinsiz ve düzensiz yaşamaya itilmiş olur³⁴². Ancak anne babanın geçici olarak başka bir yerde bulunmaları durumunda kanunun aradığı koşul gerçekleşmiş olmayacaktır³⁴³.

Başka bir yerde bulunma nedeniyle velayetin kaldırılabilmesi için anne baba ile çocuğun birlikte yaşamaya son vermiş olmaları, başka bir yerde bulunmanın terk amacı taşıması ve bu durumun haksız olması gerekir³⁴⁴.

Ortak hayattan uzaklaşma, anne veya babanın ya da çocuğun yerleşim yerini terk etmesi, çocuğun başkasının yanına bırakılması hallerinde birlikte yaşamaya son vermeden söz edilebilir. Terk kavramı ise, anne babanın velayet görevini yerine getirmeyecek şekilde birlikte yaşama olgusuna son vermeleri ve ortak yaşam alanından

³⁴¹ Yetik, s.135; Özlü, s.74.

³⁴² Akyüz, s.13(Kaldırılması)

³⁴³ Mehmet Atıf Öztürk, s.39; "... Davalının eşinin ölümü nedeniyle üzüntü ve maddi sıkıntı içinde kalması ve özellikle eşinin miras haklarını almak amacıyla çocukları geçici bir zaman için amcalarına emanet ettiği anlaşılmaktadır. Davalı, lise mezunudur. Aciz ve mahcur bir durumda bulunmadığı gibi, nüfuzunu ağır bir surette suistimal ettiği ve fahiş bir ihmalde bulunmak maksadı ile hareket eylemediği de açıkça anlaşılmaktadır. Medeni Kanun 274. Maddesindeki (TMK. m. 348) koşullar gerçekleşmemiştir. Velayetin nezini icap ettirecek bir durum sabit görülmediğinden velayetin nezine dair verilen karar usul ve kanuna aykırıdır." Yargıtay H.G.K. 10.03.1978. E.1977/2-490, K.1978/226 (Sinerji).

³⁴⁴ Mehmet Atıf Öztürk, s.40; Pişken Arabacı, s.58.

ayrıldıktan sonra çocuklarının bakım ve eğitimleri ile ilgilenmemeleri olarak ifade edilmektedir³⁴⁵.

Ebeveynlerin görev gereği veya hastalık ya da tutukluluk nedenleriyle çocuklarından ayrı bir yerde bulunmaları halinde, burada terk etme amacından bahsedilemeyeceği için koşulları oluşmadığından başka yerde bulunma nedenine dayalı velayetin kaldırılması gündeme gelmeyecektir³⁴⁶.

Velayet görevinin yerine getirilememesi yukarıda açıklanan sebeplerle sınırlı değildir. Bu durum, TMK. m. 348 / f.1 / b.1 düzenlemesinde yer alan ‘benzeri sebepler’ ifadesinden de açıkça anlaşılmaktadır. Velayet görevinin gereğince yerine getirilememesine yol açan, süreklilik arz eden ve dolayısıyla çocuğun yararını tehdit eden her sebep velayetin kaldırılması sonucunu doğurabilir³⁴⁷. Hakim, her bir sebebi somut olay bakımından değerlendirerek benzeri sebeplerden olup olmayacağına karar verecektir³⁴⁸.

Madde gerekçesi incelendiğinde anne babanın kısıtlanması³⁴⁹ halinin de velayet görevinin yerine getirilmesini engelleyen sebepler arasında zikredildiği görülmektedir. 743 Sayılı Türk Kanuni Medenisi 274’üncü maddede anne babanın kısıtlanması velayetin kaldırılması sebepleri arasında açıkça belirtilmişken, Türk Medeni Kanunu düzenlemesinde ‘benzeri sebepler’den biri olarak ele alınabileceği madde gerekçesinde ifade edilmiş ancak madde düzenlemesinde kısıtlılık haline yer verilmemiştir.

Eski ve yeni kanun arasındaki anne babanın kısıtlanması sebebine ilişkin düzenleme farklılığı bakımından yeni kanunun eksik olduğu düşüncesini beyan eden Çelik’in³⁵⁰ bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira anne babanın deneyimsizliği

³⁴⁵ Yetik, s.137; Özlü, s.84; Örneğin, velayet hakkı kendisine bırakılan ebeveynin çocuğu dede, amca, teyze nezaretine bırakarak çok uzun süreli seyahatlere çıkması veya onların bulunduğu yerden tamamen ayrı, uzak bir yerde çalışarak hayatını çocuğundan ayrı sürdürmesi velayet hakkının amacı ile bağdaşmayacağından velayetin kaldırılması gerekecektir. bkz.(Zeybek, s.86, dn.407)

³⁴⁶ Özlü, s.86; Pişken Arabacı, s.58; Çelik, s.272; Mehmet Atif Öztürk, s.40; Zeybek, s.86.

³⁴⁷ Özer Taşkın, s.76.

³⁴⁸ “...Velayetin nezi için kanunun aradığı sebeplerin vücudunu hakim takdir eder.” Yargıtay 2. HD. 12.03.1951. E.7100, K.1936 (Mehmet Atif Öztürk), s.43.

³⁴⁹ Kısıtlama, ergin olan ve velayet altında olmayan bir kişinin fiil ehliyetinin doğrudan ve öncelikli olarak kendisinin ve dolaylı olarak da ‘başkalarının’ hukuksal koruma ihtiyacıyla ve kanunda yer alan sebeplere dayalı olarak mahkeme kararıyla sınırlandırılmasını ifade eder. Detaylı bilgi için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s.413 vd.

³⁵⁰ Çelik, s.274.

halinde velayetin kaldırılmasına karar veren hakimin anne babanın kısıtlanması halinde, velayetin kaldırılmasına evleviyetle karar verebileceği aşıkardır³⁵¹. Bu husus, benzeri sebepler ifadesi içerisinde değerlendirilecektir. Madde gerekçesinde de kısıtlılık sebebine yer verilmiş olması nedeniyle bu konuda kanunda bir eksiklikten söz edilemeyeceği kanaatindeyiz.

Kısıtlanmayı gerektiren haller, TMK. 404 ila 408'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre akıl hastalığı veya akıl zayıflığı³⁵²; savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşam tarzı³⁵³, malvarlığını kötü yönetim; özgürlüğü bağlayıcı ceza³⁵⁴ (bir yıl veya daha uzun süreli) sebeplerinden birinin varlığı halinde kanunun emredici düzenlemesi karşısında hakim, ilgilisi hakkında kısıtlama kararı verecektir. Bunlar, zorunlu kısıtlama sebepleridir. Ancak TMK. m. 408'de yer alan kısıtlama sebebi ise iradidir. İlgilisinin talebi üzerine hakim, somut bir korunma gerekliliğinin varlığını tespit ettiğinde, o kişinin kısıtlanması hükmünü kuracaktır³⁵⁵.

³⁵¹ bkz. Özlü, s.88, dn.90.

³⁵² "... Olayda evlilik birliği devam etmektedir. Baba, akli melekelerinin yerinde olmaması sebebiyle Türk Kanunu Medenisinin 355'inci maddesi gereğince kısıtlanmış ve vesayet altına alınmıştır. B'nin velayet hakkının davalı babadan kaldırılmasında ve velayetin anneye verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır." Yargıtay 2. HD. 23.10.2003. E.12583, K.14218 bkz.(Karabacak), s.83, dn.304.

³⁵³ "Davalı kadının meslek olarak konsomatrisliği seçmiş olması kanunen velayetin nezi sebeplerinden sayılamaz. Fakat velayet vazifesini yerine getirmediği çocuğunu vaktiyle genelevde çalışmış olan anneannesinin yanında daimi surette bıraktığı toplanan delillerle sübuta ermiş ve bu haller velayetin davalıda kalmasında ciddi sakıncalar yaratmış olmasına binaen sair temyiz itirazları yerinde değilse de; davalının sabit olan ahvali velayetin davacı babaya tevdiini gerektirirken nezine karar verilmesi doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2. HD. 02.05.1969. E.2490, K.2349 (Özmen), s.384; "...Hadisede annenin metres hayatı yaşadığı kabul edilmiştir. Bu hal velayetin nezini icap ettirmese bile velayetin anadan alınıp baba tarafından kullanılmasına karar vermeyi gerektirecek nitelikte bir olaydır. Bu cihetin düşünülmemesi ve nezi talebinin içinde velayetin tevdi hususunun da hali bulunduğundan zühul olunması isabetsizdir. İşbu sebepten dolayı yerinde görülen itirazı kabulüyle temyiz olunan hükmün bozulmasına karar verilmiştir." Yargıtay 2. HD. 26.11.1964. E.6476, K.5760 (Özmen), s.385.

³⁵⁴ "...Davalı kadının kocasını öldürmek suçundan ... 5 yıl hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasına karar verildiği ve hükümle birlikte bihakkın tahliyesinin de sağlandığı anlaşılmaktadır. Ceza mahkemesinin kararının kesinleştiğine dair bir bilgi yoktur. O halde mahkemece yapılacak iş, davalı kadının mahkumiyetine ilişkin kararın kesinleşip kesinleşmediğini araştırmak, kesinleştiğinin belirlenmesi halinde ... Medeni Kanun m.357 (TMK. m.407) gereğince vasi atanıp atanmadığını tespit etmek, atanmamış ise Sulh Mahkemesine ihbarda bulunarak davalıya vasi atanmasını sağlayarak sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Açıklanan yönler gözetilmeden davalının hükümlülüğü sebebiyle hacir altına alındığına dair bir karar bulunmadığından ve bu hususun açılan dava tarihi itibarıyla velayetin nezi sebebi olarak kabul edilemeyeceğinden bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 2. HD. 16.05.2000. E.3360, K.6401 (Özmen), s.438.

³⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s.417.

Eski kanun düzenlemesinde³⁵⁶ anne babanın kısıtlanması halinde velayetin kaldırılması tedbiri, hakimın takdir yetkisine bırakılmışken³⁵⁷; Türk Medeni Kanunu 348'inci madde gerekçesinde³⁵⁸ ise, kısıtlamanın varlığı halinde hakimın velayetin kaldırılmasına karar vereceği düzenlenmiştir. TMK, anne babanın kısıtlanması halinde hakimın velayetin kaldırılması hususunda takdir yetkisini kaldırmış bulunmaktadır³⁵⁹.

Özlü'ye göre³⁶⁰ anne baba kanunda yazılı sebeplerden biri nedeniyle kısıtlanmışsa medeni haklarını kullanma ehliyetinden kısmen veya tamamen mahrum kalacağından velayet kendilerinden alınır.

Kısıtlanma kararı ile kendi işlerini görmekten aciz hale gelen, kendi malvarlığının idaresinde vasiye muhtaç olan anne babanın çocuklarını temsil edemeyeceği, onların işlerini göremeyeceği ve mallarını yönetemeyeceği bir gerçektir. Çünkü kendi malvarlığının yönetimi için vasiye ihtiyacı olan ebeveynin çocuğun şahsına özen göstermesi veya mevcut mallarını yönetmesi mümkün olmayacaktır³⁶¹. Ayrıca velayet hakkında çocuğun fiziksel, zihinsel, ruhsal ve ahlaki yararlarının temini ve korunması esas olduğundan anne babanın kısıtlanması durumunda hakimın takdir yetkisi olmaksızın velayetin kaldırılması gerekecektir³⁶². Ancak doktrinde Köprülü/Kaneti³⁶³, kısıtlanan anne babadan velayetin kaldırılması konusunda hakimın takdir yetkisi olduğunu savunmaktadır.

Kanaatimizce de, Köprülü/Kaneti'nin belirttiği üzere³⁶⁴, anne babanın kısıtlanması halinde, velayetin kaldırılmasının zorunlu olduğundan bahsedilemez. Zira

³⁵⁶ Türk Kanunu Medenisi m. 274 / f. 1: "*Velayeti ifadan aciz veya mahcur olan yahut nüfuzunu ağır surette suiistimal eden veya fahiş ihmalde bulunan ana ve babadan hakim velayeti nez edebilir.*"

³⁵⁷ Yargıtay 2. HD. 25.12.1979. E.9326, K.9536 bkz.(Karabacak), s.82, dn.301

³⁵⁸ TMK. m. 348 gerekçesi için bkz. s.74, dn.291

³⁵⁹ Karabacak, s.82.

³⁶⁰ Özlü, s.89.

³⁶¹ Özlü, s.90; Yetik, s.139; Akyüz, s.14(Kaldırılması)

³⁶² Karabacak, s.83.

³⁶³ Köprülü/Kaneti, s.258; Aksi yönde Akyüz, s.14(Kaldırılması)

³⁶⁴ Her ne kadar adı geçen eser 743 Sayılı Kanun dönemine ilişkin olduğundan kanuni düzenleme gereği hakimın takdir yetkisi bulunduğu yazarlarınca ifade edilmiş ise de; hakimın takdir yetkisinin mevcut düzenlemelerde de yer alması gerektiği kanaatindeyiz. Zira kısıtlılık hali, TMK. m. 348 gerekçesinde belirtildiği üzere, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen bir sebep olarak ele alınıp aynı maddenin ilk cümlesi uyarınca ancak ve ancak çocuğun korunmasına dair diğer koruma önlemlerine başvurulmuş ve bunlardan netice elde edilememiş olması halinde velayetin kaldırılmasını gündeme getirecektir ki; diğer koruma önlemlerinin yetersiz kalıp kalmadığı hususunda da aslında hakim takdir yetkisini kullanmış olacaktır.

bir başka görevli mahkemece³⁶⁵ verilen kısıtlama kararı ile velayet hakkını düzenleyecek olan hakimi bağlı kabul edip; hakime TMK. m. 182 uyarınca tanınan takdir yetkisini velayetin kaldırılması hususunda yok saymak, velayet hakkının özüne ve ruhuna aykırıdır. Velayete ilişkin genel bir düzenleme olarak TMK. 182'inci maddesinde hüküm altına alınan 'Hakimin Takdir Yetkisini', TMK. m. 348 bakımından göz ardı etmek kabul edilebilir değildir. Hakim, gerek talep ve ihbar üzerine gerekse resen velayete dair düzenlemelerde takdir yetkisini kullanırken; Sulh Hukuk Mahkemesince verilen anne babanın kısıtlılık kararı ile bu yetkisini sınırlamak, velayetin kamu düzeninden olma özelliği ile çocuğun üstün yararı ilkesini tehlikeye düşürebilecektir.

Akyüz'ün anne babanın kısıtlanması üzerine, hakimin takdir hakkının olmadığı ve mutlaka velayetin kaldırılmasına karar vermesi gerektiği görüşünün genel bir ilke olarak kabulü kanaatimizce uygun değildir. Aksi halde bu, çocuğun yararı bakımından herhangi bir değerlendirme yapmaksızın, doğrudan anne babası ile bağının koparılması anlamına gelir ki; bu da çocuğun menfaat ve güvenliği ilkelerinin zedelenmesine yol açabilecektir.

Örneğin, çocuğun yararı gerektirdiği takdirde, genelevde çalışan bir annenin³⁶⁶ çocuğu bu yaşantısının dışında tutması halinde velayetin kendisine tevdi mümkün iken; Sulh Hukuk Mahkemesi hakiminin salt kötü yaşam tarzı sebebine istinaden annenin kısıtlanmasına karar vermesiyle mutlak bir velayetin kaldırılması hükmünden bahsetmek, çocuğun yararı ilkesini bertaraf etmektir.

Bu nedenlerle velayetin kaldırılması hususunda, somut olaya ilişkin sebeplerin değerlendirilmesi ve netice olarak velayetin kaldırılmasında hakimin takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmenin velayet hakkının süjesi olan çocuğun yararını korumak adına bir zorunluluk olduğu kanaatindeyiz.

Diğer taraftan, TMK. m. 16 / f. 1 hükmü, kısıtlanan kimsenin kişiye sıkı surette bağlı haklarını kullanırken yasal temsilcinin rızasına ihtiyacı olmadığını düzenlemiştir. Velayet hakkı da kişiye sıkı surette bağlı haklardandır. Kanun maddesinin bu düzenlemesi karşısında, kısıtlı da olsa anne babanın velayetten doğan haklarını tam

³⁶⁵ TMK. m. 397 / f. 2: "Vesayet makamı, sulh hukuk mahkemesi... 'dir."

³⁶⁶ bkz. dn.64.

ehliyetliymiş gibi kullanmaya devam edecekleri anlaşılmaktadır. Öyleyse TMK. m. 348'in gerekçesi dikkate alındığında, anne babanın kısıtlanmasına yol açan olgu ile bu kısıtlılık halinin velayete etkisinin değerlendirilmesi ve elde edilecek sonuca göre velayetin kaldırılmasına karar verilmesinin daha uygun olacağı görüşündeyiz. Daha önce de ifade edildiği üzere, genelevde çalışan bir annenin kötü yaşam sürdüğü gerekçesiyle kısıtlanması söz konusu olduğunda, çocuğunu bu yaşantının dışında tutması halinde çocuğun yararı da gerektiriyorsa kısıtlama kararının varlığına rağmen velayetin kaldırılmasına karar verilmemelidir.

Hal böyle olmakla kısıtlanma kararı verilmekle vesayet altına alınan anne babanın kendi işlerini idare etmekten aciz olduklarından velayetleri altındaki çocuğun korunmasına yönelik tedbirlerin alınması da kaçınılmazdır. Bu çerçeveden bakıldığında, hakimin kısıtlılık halinin varlığına rağmen koruyucu tedbirler almaktan imtina etmesi de mümkün değildir. Ama bu kısıtlılık hali, hakimi doğrudan velayetin kaldırılması kararı vermeye de zorlamamalıdır. Kanaatimizce, velayetin kaldırılmasında kısıtlılık nedeni, belirleyici olmaktadır. Örneğin, savurganlık veya malvarlığının kötü yönetimi nedeniyle anne babanın kısıtlanmış olması ihtimalinde, doğrudan velayetin kaldırılmasına karar vermek yerine, ailenin korunması amacı güdülerek aile malvarlığını yönetmesi için TMK. m. 403 / f. 2³⁶⁷ uyarınca bir kayyım atanması önlemi düşünülmelidir.

Anne babanın kısıtlanmasına karar verilmesi halinde velayet hakkı kendiliğinden sona ermez. Hakimin velayetin kaldırıldığına ilişkin karar vermesi gerekmektedir³⁶⁸.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu m. 53 / f. 1 / c bendi uyarınca, anne veya baba, kasten işledikleri bir suçtan hapis cezasına mahkumiyetlerinin kanuni sonucu olarak

³⁶⁷ TMK. m 403 / f. 2: “Kayyım, belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için atanır.”

³⁶⁸ Özer Taşkın, s.76; Akyüz, s.14(Kaldırılması); “...Medeni Kanun 274'üncü maddesi hükmüne göre mahcur babanın velayeti nez olunmadıkça velayetten doğan hakları devam eder. Bu durumda vasinin baba adına dava açma hakkı söz konusu olamaz. Kaldı ki vasi, şahısla sıkı sıkıya bağlı bulunan hakları vesayet altındaki kişi adına resen kullanamaz. Hacir altına alınmış olan velinin Medeni Kanun 274'üncü maddesi uyarınca velayetinin nezi söz konusu ise de, bu konuda henüz verilmiş bir mahkeme kararı bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu takdirde velayet altındaki küçüğe, doğum yerinin değiştirilmesi davasını açmak üzere bir vasi tayini gerekecektir.” Yargıtay 18. HD. 17.12.1996. E.9994, K.11429 (Sinerji).

velayet hakkından yoksun bırakılırlar³⁶⁹. Bu halde velayet hakkının kaldırılması konusunda ceza yargılamasını yapan mahkemece bir karar verilmiş olduğundan, ayrıca hukuk mahkemesinden velayetin kaldırılması kararı alınması gerekmemektedir³⁷⁰.

Anne babanın mali yönden yetersiz, fakir ve yardıma muhtaç olmaları velayetin kaldırılmasını gerektirmez³⁷¹. Ancak anne baba yoksul olmalarına rağmen haklı bir sebep olmaksızın çalışmaktan kaçırıyorsa, başkalarının yardımıyla geçinmeyi adet haline getirmişlerse bu durumda velayetin onlardan kaldırılması için haklı bir neden teşkil etmektedir.

Anne baba çocuğa şiddet uygular, fuhuş yaptırmak için satar, eroin alım satımında aracı olarak kullanır, istemediği kişiyle nişanlamaya veya evlenmeye zorlar, suç işlemeye teşvik ederse ve buna benzer eylemlerle velayet hakkını kötüye kullanırlarsa, çocuğun menfaat ve çıkarlarının sürekli ve ağır bir şekilde tehlikeye düşmesi söz konusu olduğundan velayet kendilerinden kaldırılır³⁷². Anne babanın anılan bu davranışları, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesine engel olan ‘benzeri sebepler’ içerisinde mütalaa olunacaktır.

Anne babanın tutukluluğu halinde ise velayetin kaldırılıp kaldırılamayacağı hususunda da Yargıtay’ın farklı görüşleri bulunmaktadır. Doktrinde Akyüz³⁷³, tutukluluk, gözaltına alınma veya savaş esiri olma gibi mecburi ikamet durumlarında velayetin kaldırılabileceğini savunmaktadır. Fakat bu hallerde zorunlu ikamet devam edeceği süre, bu süre içinde çocuğun kontrol imkanının bulunup bulunmadığı, bu halin son bulmasıyla velayete sahip anne babanın çocuğun yanına dönme ihtimali göz önünde bulundurularak bir sonuca ulaşılmalıdır.

Yargıtay, tutukluluğun velayetin kaldırılmasındaki rolüne ilişkin farklı görüşler içeren kararlarından birinde, tutukluluğun bir kazai bir tedbir olduğu, süreklilik arz etmediği bu nedenle aciz sebebi sayılamayacağını ve ceza yargılamasının sonunda

³⁶⁹ Detaylı bilgi için bkz. Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007, s.1009 vd.

³⁷⁰ Zeybek, s.87.

³⁷¹ Yargıtay 2. HD. 30.01.2001. E.14741, K.1465 bkz.(Zeybek), s.86, dn.403; “...Ananın mali durumunun zayıf olması, başlı başına velayetin kaldırılması sebebi değildir.” Yargıtay 2. HD. 04.11.1983. E.8892, K.9227 (Mehmet Atıf Öztürk), s.35.

³⁷² Çelik, s.274; Özmen, s.420.

³⁷³ Akyüz, s.13(Kaldırılması)

ebeveynin beraat etme ihtimalinin de bulunduğu belirtilmekle velayetin kaldırılması sebebi olarak kabul etmemiştir³⁷⁴. Diğer kararında ise Yargıtay, sanık olan annenin yargılandığı suç itibarıyla kısa sürede salıverilemeyeceği, annenin tutukluluk halinin velayet görevini yerine getirmesine engel olacağını bu nedenlerle velayetin kaldırılmasına karar verilmesi yönünde bozma kararı vermiştir³⁷⁵.

Yargıtay'ın aynı sebebe ilişkin birbirinden farklı kararlar vermesi, tutukluluk halinin sürekliliği hususunda farklı kanaate varmış olması dolayısıyladır. Bu halde, velayet görevinin gereği gibi yerine getirememeye haline yol açan benzeri sebeplerden biri olarak da anne babanın tutuklu bulunmaları ele alınabilir. Ancak ebeveynin tutukluluk nedenine dayalı zorunlu ikametinin ne kadar süreceği, bu çerçevede isnad olunan suçun vasfı, ceza dosyasında var olan delillerin kapsam ve niteliği –ki deliller büyük ölçüde toplanmış olduğunda sanığın serbest bırakılma ihtimali artmaktadır- bu süre içerisinde çocuğu kontrol imkanının olup olmadığı, bu durumun sona ermesiyle ebeveynin çocuğun yanına dönme ihtimali her bir somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmeye çocuğun yararına olacak şekilde koruyucu tedbirlere başvurulması ve koşullar gerektirdiğinde de velayetin kaldırılmasına karar verilmesi mümkün olacaktır³⁷⁶.

³⁷⁴ “...Tutuklanma hali kazai bir tedbirdir. Ne kadar devam edeceği önceden kestirilemeyeceği gibi beraat etmek ihtimali de büyük ölçüde mevcuttur. Öte yandan tutuklu kişi bizzat veya vekili ile her çeşit hukuki tasarrufla bulunma imkanına sahiptir. Görülüyor ki hacir hali ile tutukluluk arasında benzerlik yoktur. Hal böyle olunca kıyas yoluyla maddenin kapsamını genişletmek ileride telafisi imkansız sonuçların doğmasına yol açabilir. Hacri gerektirmeyecek nitelikteki akıl zayıflığı, aptallık derecesine varan saflık, idraki azaltan içki iptilası ve benzeri haller aciz kapsamı içine girer. Bunların ortak vasfı devamlılıktır. Oysa tutuklanmak yukarıda açıklandığı gibi devamlılık ifade etmez ve aciz sebebi sayılmaz. O halde davalının eşini öldürmekten sanık olarak tutuklu bulunması velayetin nezi sebebi sayılamaz.” Yargıtay 2. HD. 23.10.1972. E.6553, K.6031 (Mehmet Atif Öztürk), s. 45; “...Çocuğun küçük bulunuşu sebebiyle mevkuף olan anne ile birlikte cezaevinde olduğu anlaşılakta olup, bilirkişi raporu ile belirlenen psikolojik olgulara göre babayı öldüren anadan velayetin nez edilmemesi doğrudur. ... usul ve kanuna uygun hükmün onanmasına karar verilmiştir.” Yargıtay 2. HD. 24.11.1997. E.12535, K.12763 (Sinerji).

³⁷⁵ “...Olayda çocukların babası, 24.11.2005 ölmüştür. Velayet hakkına sahip olan anne Neriman ise kocasını kasten öldürmek suçundan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası istemiyle yargılanmakta olup bu suçtan 24.11.2005 tarihinden bu yana cezaevinde tutukludur. Yargılandığı suçun niteliği itibarıyla kısa sürede salıverilme olasılığı da uzak görünmektedir. Annenin cezaevinde tutuklu olması, velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine engeldir. Bu bakımdan velayetin kaldırılmasına karar verilmesi ve her iki çocuğa da bir vasi atanması için yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulması yönünde hüküm tesis edilmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçelerle davanın reddedilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD. 23.01.2007. E.2006/10576, K.2007/220 (Sinerji).

³⁷⁶ Çelik, s.273; Mehmet Atif Öztürk, s.45 vd.

TMK. m. 348 / f. 1 / b. 2’de velayetin kaldırılması sebeplerinden bir diğeri, anne babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya çocuğa karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması olarak düzenlenmiştir.

Kanuni düzenlemede kullanılan ibarelerin kelime anlamları ele alındığında; ‘anne babanın yeterli ilgiyi göstermemesi’, onların velayetten doğan yükümlülüklerin ifasında ihmalleri olduğunu ortaya koymaktadır. Diğeri bir ifadeyle anne babanın ihmali davrandıklarını göstermektedir. İlgili bentte cümlenin devamında yer alan ‘savsaklama’ kelimesinin de, ihmal ile eş anlam taşıdıkları görülmektedir³⁷⁷. Kanun koyucu her ne kadar ‘veya’ bağlacı ile aynı bentte iki farklı sebebi düzenlemeyi amaçlamış ise de, anılan düzenlemede aynı sebebe ilişkin hem ihmal hem de ağır ihmal durumları ele alınmıştır. Aynı anlama gelen ifadelerin artarda kullanılması kanun yapma tekniği açısından eleştirilmeye elverişlidir³⁷⁸. Eski kanun metninde yer alan, ‘ana babanın nüfuzunu ağır surette suiistimal etmesi’, yani anne babanın velayet görevlerini kötüye kullanmaları sebebine, doktrinde haklı olarak savunulduğu üzere biz de Türk Medeni Kanunu düzenlemesinde aynen yer verilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz³⁷⁹. Zira velayetin kaldırılmasına ilişkin olarak anılan maddenin birinci fıkranın ilk bendinde anne babanın kusurunun aranmadığı haller örnek mukabilinde sıralanmış, ikinci bentte ise anne babanın kusurunu içeren ihmali davranışlarının gerekliliğine ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Böylesi bir düzenleme içinde, velayet hakkının kötüye kullanılması şeklinde anne babanın kusuru ve icrai hareketlerini gerektirir, spesifik bir sebebin yer almayışı kanaatimizce bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

Hal böyle olmakla birlikte TMK. 348’inci maddesinde nüfuzun kötüye kullanılması sebebi düzenlenmemiş de olsa, TMK. m. 2 / f. 2, “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” hükmü uyarınca anne babanın velayet hakkından doğan nüfuzunu kötüye kullanması yasaklanmıştır³⁸⁰. Bu genel hüküm çerçevesinde nüfuzun kötüye kullanılması, velayetin kaldırılmasında kanuni bir

³⁷⁷ ihmal: Dikkatsizlikten ve özensizlikten kaynaklanan kusur, savsaklama, gerekli özeni göstermeme, savsaklama: Umursamama, baştan savma. Sinerji Sözlük.

³⁷⁸ Özlü, s.105.

³⁷⁹ Çelik, s.276; Pişken Arabacı, s.59.

³⁸⁰ Karabacak, s.87.

zorunluluk arz etmektedir. Bu suretle 348'inci madde hükmünde eksiklik olarak ifade ettiğimiz husus aslında m. 2 / f. 2 düzenlemesiyle ikmal olunmaktadır.

Ayrıca, Türkiye'nin tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 19, *“Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, çocuğun ana babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suiistimale, ihmâl ya da ihmalkar muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar.”* hükmünü içermektedir. Böylelikle nüfuzun kötüye kullanılması velayetin kaldırılması sebebi olarak uluslararası sözleşme ile uygulamada yerini almaktadır³⁸¹.

Velayet hakkının kapsadığı ödevlerin anne baba tarafından büyük bir özenle yerine getirilmesi ve bu konuda herhangi bir ihmallerinin bulunmaması asıldır³⁸². Velayet hakkı, diğer kişilik haklarından farklı olarak anne babaya kendi çıkarları için değil, çocuğun çıkarları için tanınmıştır. Çocuğun fiziksel, zihinsel ve ruhsal yararlarının korunması, anne babanın velayet görevini ifada sevgi, şefkat, ilgi ve ihtimamlarını zorunlu kılmaktadır.

Bu hüküm uyarınca velayetin kaldırılması, ilk bend hükmünden farklı olarak anne babanın kusurlu davranışlarını gerektirir. Ayrıca ihmali davranışın sürekli olması aranır³⁸³. Fakat, davranışın sonucunda çocuğun yararı bakımından ağır bir tehlikeye yol açmışsa eylem süreklilik arz etmese de velayetin kaldırılmasına neden olabilir³⁸⁴. Örneğin, çocuğun ebeveyni tarafından cinsel istismara maruz bırakılması durumunda eylemin niteliği gereği süreklilik unsuru aranmaksızın velayet kendilerinden kaldırılacaktır³⁸⁵.

Hakim, takdir yetkisini kullanarak somut olayda velayetin kaldırılmasına yol açacak bir ihmalin olup olmadığını tespit edecektir. Çocuğun ihmali olarak nitelendirilebilecek anne baba davranışları iradi ise ve bu davranışlar ile sonuç arasında

³⁸¹ Karabacak, s.87.

³⁸² Akyüz, s.15(Kaldırılması)

³⁸³ Dural/Öğüz/Gümüş, s.370; Akyüz, s.15(Kaldırılması); Köprülü/Kaneti, s.258.

³⁸⁴ Zeybek, s.76; Çelik, s.278; Özlü, s.104.

³⁸⁵ Yetik, s.141.

bir bağ mevcutsa, anne baba tarafından bu sonuç istenmemesine rağmen öngörülebiliyor ve bu sonucun engellenmesi için hiç çaba gösterilmiyorsa ağır ihmalin varlığından bahsedilir³⁸⁶.

Çocuğun bedensel ve ruhsal gelişimini zedeleyen anne babanın kusurlu davranışları velayetin kaldırılmasına yol açacaktır³⁸⁷. Velayet hakkının kaldırılması hususunda bir ihmalin olup olmadığını hakim, her somut olayda tespit edecektir. Velayetin kaldırılması koruma tedbirleri bakımından alınacak en ağır karar olduğundan hakim, takdir yetkisini kullanırken çok daha dikkatli olmalıdır. Zira soyut bir kavram olan ihmalin içeriğini tespit etmek ve hangi durumlarda aşırı olacağını belirlemek oldukça zordur. Hakim, bu durumda karar verirken çocukların ruhsal durumlarına ilişkin uzman eğitimcilerin, pedagogların bilgi ve görüşlerine başvurmalıdır³⁸⁸. Aksi halde, hakimin çocukların ruhsal durumuna vakıf olmadan verdiği kararlarda yanılma ve isabetsizlikler ortaya çıkabilecektir³⁸⁹.

Çocuğu başıboş bırakarak kötü alışkanlıklar edinmesine neden olma, eğitimi ile ilgilenilmemesi hatta okula gitmesine engel olunması³⁹⁰, tehlikeli hastalığa yakalanmış olan çocuğun tedavi ettirilmemesi, başkasının yanına bırakılarak bir daha aranmaması³⁹¹,

³⁸⁶ “...Ananın gayri meşru bir şekilde bir erkekle yaşayıp, çocukla hiç ilgilenmemesi, çocukla birlikte olduğu sırada dahi sabahları uyumayı tercih edip çocuğu aç olarak okula göndermesi aşırı ihmaldir.” Yargıtay 2. HD. 10.02.1992. E.1183, K.1386 bkz.(Baktır Çetiner), s.103, dn.64; “Davalı kadının yaşantısının toplumun çoğunluğu tarafından benimsenmeyecek nitelikte olduğu anlaşılmıştır. Ananın çocukları bırakıp yurtdışına gitmesi, Libya’da oturması keyfiyeti ve çocukların bakımsız kalmış olmaları velayet görevinin aşırı derecede ihmali niteliğini taşır. Yaşantısı böyle hareketli olan bir kadının çocuklarına gerekli zaman ayırıp onların yetişmesi ile ilgilenmesi mümkün değildir. Bu şartlar altında velayetin nezi zorunluluğu doğduğundan isteğin reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay H.G.K. 02.04.1986. E.2-139, K.346 (Sinerji).

³⁸⁷ Yetik, s.141.

³⁸⁸ Yargıtay 2. HD. 03.03.2003. E.1468, K.2770 (Köseoğlu/Kocaağa), s.518.

³⁸⁹ Baktır Çetiner, s.103.

³⁹⁰ “...Davalının velayeti kendinde olan çocuğu, zorunlu olan ilköğretime kaydettirmeyip göndermediği anlaşılmaktadır. İlköğretim parasız olup davalının davranışı velayet görevini ağır ihmaldir. Velayet hakkının nezi gerekir.” Yargıtay 2. HD. 14.09.2000. E.9763, K.10306 (Mehmet Atıf Öztürk), s.48.

³⁹¹ “...Diğer yandan davalı annenin yeni evlendiği kişinin küçüğe karşı davranışlarını hoş gördüğü, babanın ölümünden sonra da çok uzun süreli çocuğu davacı yanında bırakarak velayet hakkının kullanılmasında ağır ihmalde bulunduğu dosya içeriğinde bulunan şahadetle sübuta ermektedir. Bu durumda kanunda öngörülen şartlar oluştuğundan davalının velayetinin nezi ile çocuğa bir vasi tayini için dosyanın sulh hakimine gönderilmesi gerekir. Yetersiz gerekçe ile istemin reddi doğru değildir. ...açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.” Yargıtay 2. HD. 27.10.2000. E.12486, K.13084 (Sinerji); “...çocuğu halasına bakılıp gözetilmek için bıraktığı, diğer delillere göre velayetin nezi için Medeni Kanunun 274’üncü maddesindeki şartların da gerçekleşmemiş olmasına göre velayetin nezi karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 21.09.1994. E.393, K.518 bkz.(Çelik), s.277, dn.95; “...Çocukların daimi olarak anneannede kaldığı sabit olmadığı gibi bakım için kısa süreli bırakılması da davanın kabulü için yeterli değildir.

çocuğun bakım için verildiği yerin sıkça değiştirilmesi, bir kuruma veya koruyucu aile yanına yerleştirilmiş çocuğa anne babanın haksız biçimde ve devamlı müdahaleleri, kazanç amacıyla çocuğun iş gücünün istismarı, çocuğun gelişimini etkileyecek derecede haysiyetsiz hayat sürme, anne baba arasındaki düşmanca tutum ve davranışlar³⁹², babanın bir daha dönmek üzere evi terk etmesi, babanın istikrarsız hayat sürmesi, babanın kazancını kendisine sarf ederek ailesini zaruret içinde bırakması, doktrinde yeterli ilgi göstermeme ve ağır ihmal içeren davranışlara örnek olarak gösterilmektedir³⁹³.

Anne babanın çocuğa karşı ihmali davranışlarının velayetin kaldırılmasından bahsedilebilmesi için, çocuğun zihinsel, ruhsal ve fiziksel yararlarının ciddi bir tehdit altında bırakması aranmaktadır. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi, ciddi ihmalin varlığından bahsedilebilmesi için, bu ihmalin çocuğa yönelik kusurlu bir davranıştan kaynaklanması, çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal sağlığı ve ahlakı bakımından olumsuz sonuçlar doğuracak nitelikte olması gerekliliğini belirtmektedir³⁹⁴. Ayrıca ihmalin var olduğu hususu her bir somut olayda inandırıcı delillerle ispat olunmalıdır. Aksi halde velayetin kaldırılmasına karar verilemez. Yargıtay da sebep gösterilmeden veya iddialar ispatlanmadan velayetin kaldırılmasının yanlış olduğu görüşündedir³⁹⁵.

Bu yönün gözetilmemesi usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay H.G.K. 01.06.1994. E.289, K.371 bkz.(Çelik), s.277, dn.95.

³⁹² Anne babanın bizzat kendilerini çocuğu yetiştirmek için gerekli yeteneklere sahip kılmayarak veya ahlaki olmayan bir yaşam tarzı sürerek çocuğa kötü örnek olmaları gerekçesine istinaden, Akyüz, s.16(Kaldırılması).

³⁹³ Yetik, s.140; Akyüz, s.15(Kaldırılması); Mehmet Atif Öztürk, s.48; Çelik, s.276 vd.; “...Çocuklara davalının ve gelinin bakmadığı, ilkokulda okuyan çocukların okula uygun olmayan kıyafetle bakımsız ve kirli, aç ve dayak yemiş vaziyette, yara bere içinde gittikleri, kaymakamlıkça yapılan tahkikat ve bizzat yapılan müşahededen anlaşıldığı ve davalı baba ile yapılan temastan da bir sonuç alınamadığından velayetin nezini gerektiren şartlar oluşmuştur.” Yargıtay 2. HD. 10.02.1992. E.1182, K.1386 (Baktır), s.164(Aile); “...Küçükler G ve M'nin babaları, 20.02.2002'de ölmüştür. Bu tarihten beri küçüklerin davacı D'nin yanında kaldıkları ve eğitimlerine devam ettikleri anlaşılmıştır. Anne S'nin küçüklere yeterli ilgiyi göstermediği ve küçüklere karşı yükümlülüklerini ağır şekilde savsakladığı sabit olmuştur. Velayetin kaldırılması isteminin kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD. 25.04.2006. E.21280, K.6222 (Mehmet Atif Öztürk), s.54; Yargıtay 2. HD. 03.03.2003. E.1468, K.2770 (Mehmet Atif Öztürk), s.54; Yargıtay 2. HD. 14.06.2003. E.6832, K.7827 (Mehmet Atif Öztürk), s.55.

³⁹⁴ BGE 38 II 454 naklen Akyüz, s.17(Kaldırılması).

³⁹⁵ “...Medeni Kanunun 348/2 maddesi, annenin çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması halinde velayetin kaldırılmasına karar verilebileceğini hükme bağlamıştır. 1986 doğumlu R ile 1994 doğumlu D'nin babası K, 1996'da ölmüş, bu çocukların velayeti anneye kalmıştır. Anne başka bir erkekle ilişkiye girmiş, onunla yaşamaya başlamış ise de çocuklara karşı olumsuz davranışlarda bulunduğu ispat edilememiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 16.04.2003. E.4523, K.5537 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 22.06.1999. E.6847, K.7169 (Sinerji);

Türk Medeni Kanunu, velayetin kaldırılması nedenleri arasında özel bir hüküm olarak 349'uncu maddesinde, anne veya babanın yeniden evlenmesi halini düzenlemiştir. Bu hükmüne göre, velayet kendisine bırakılmış olan anne veya babanın yeniden evlenmesi başlı başına velayetin kaldırılması nedeni değildir³⁹⁶. Ancak çocuğun menfaatinin zorunlu kıldığı hallerde velayetin diğer eşe tevdi edilebileceği veya durum ve koşullara göre velayetin kaldırılabilmesi düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile güdülen amaç, çocuğu üvey anne veya üvey babanın dışlayıcı, aşağılayıcı, haksız tavır ve davranışlarına karşı koruma ile çocuğun maddi ve manevi durumunun bu evlilik dolayısıyla kötüleşmesinin önüne geçmektir³⁹⁷.

Anne veya babanın yeniden evlenmesi dolayısıyla velayetin kaldırılması hususunda hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Hakim, çocuğun menfaati gerektirdiği takdirde velayetin diğer eşe tevdiine karar verebileceği gibi, velayetin kaldırılmasına hükmederek vasi atanması yoluna da gidebilecektir. Yeniden evlenme olgusu özel bir sebep olarak düzenlendiğinden velayetin kaldırılmasına karar verilebilmesi için TMK. m. 348'de yer alan diğer koşulların bulunmasına gerek yoktur.

Bir başka aile ya da kuruma yerleştirilmesi gereken çocukların yeniden evlenme ile birlikte hem anne hem de babanın yer aldığı tam aile ortamına kavuşmasıyla çocuğun durumunun iyileşmesi de mümkündür. Üvey anne veya üvey

"...Çocukların velayetinin davalıya bırakılmasına ilişkin kararı kesinleşmesinden itibaren çok kısa bir süre geçmişse velayetin ihmali iddiası kabul edilemez." Yargıtay 2. HD. 02.05.2002. E.2866, K.5751 (Yetik), s.171; Yargıtay 2. HD. 29.01.1968. E.7136, K.638 bkz.(Usta), s.169, dn.19; *"...Mahkemece takdir edilen şehadete nazaran davalının çocuk üzerindeki velayetini fahiş surette ihmal veya suiistimal eylediği tahakkuk etmemiş ve ananın sonradan evlenmesi velayetinin nezini mucip ahvalden bulunmamış, delillerin takdiri yargıca mevdu olup vaki takdirde de bir isabetsizlik olmadığı anlaşılmış olmakla..."* Yargıtay 2. HD. 10.05.1952. E.2407, K.2857 (Mehmet Atif Öztürk), s.55; *"...Çalışmakta olan kadının, çalıştığı sürelerle sınırlı olarak çocuğunu annesi yanına bırakması, ihmal olarak kabul edilemez."* Yargıtay 2. HD. 29.11.1993. E.10383, K.11462 (Mehmet Atif Öztürk), s.50; Yargıtay 2. HD. 30.01.1997. E.281, K.1143 (Mehmet Atif Öztürk), s.50.

³⁹⁶ Yargıtay H.G.K. 01.06.1994. E.289, K.371 bkz.(Çelik), s.279, dn.100; *"...Kendisine velayet tevdi edilmiş olan eşin yeniden evlenmesi, velayetin kaldırılması için başlı başına sebep oluşturmaz. Velayeti kendisine verilen davalı ananın ağır ihmal ve kusuru ispatlanamadığı gibi yeniden evlenmiş olması ve küçüğün fiili durumu, yerinin büyükbabası yanında bulunması, velayetin davalıdan kaldırılmasını gerektirmez."* Yargıtay 2. HD. 28.01.1985. E.209, K.666 (Özlü), s.121; Ergün, s.1090; Ümit Gezder, Türk Medeni Hukuku, 1. Baskı, C.I, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014, s.187.

³⁹⁷ Serozan, s.292; Usta, s.172; Çelikel, s.108.

baba çocuğa maddi manevi destek de olabilmektedir. Böyle bir ortamın varlığında salt evlilik olgusunun velayetin kaldırılmasına yol açmayacağı aşıkardır³⁹⁸.

Ancak anne babanın yeniden evlenmesi çocuğun gelişimini olumsuz yönde etkileyebilir, yararlarını tehlikeye atabilir. Üvey anne veya üvey baba, kendi çocuğu ile üvey çocuğu arasında ayrımcılık yapabilir, çocuğu aşağılayıcı davranışlarda bulunabilir, şiddet uygulayabilir, hatta cinsel istismara dahi maruz bırakabilir³⁹⁹.

Yeniden evlenmenin çocuğun yaşantısındaki bu çeşitli ihtimalleri göz önünde bulunduran kanun koyucunun ‘çocuğun menfaati gerektirdiğinde’ ile ‘durum ve koşullara göre’ ibarelerinin önem ve yerindeliği anlaşılmaktadır. Kanun koyucu çocuğun yararlarının tehlikeye düşmemesi adına önlem alma gereği duymuştur⁴⁰⁰.

Önlem alınırken sebeplerin ve tehlikenin ciddi olması aranır. Hakim, takdir yetkisini kullanırken hakkaniyete uygun davranmalıdır. Çocuğun yeni evliliği istememesi, velayetin kaldırılması sebebi olmayacaktır. Çocuğun menfaatini tehdit edip, zedeleyecek bir tehlikenin varlığı aranır. Yoksa ihtimallere dayanarak hüküm tesisi söz konusu olamaz⁴⁰¹.

³⁹⁸ Yargıtay H.G.K. 12.02.1968. E.2-1617, K.104 bkz.(Çelikel), s.108, dn.319; “...Yeniden evlenme ile genellikle çocukların durumu kötüleşir. Soyut yeniden evlenme velayetin kaldırılması nedeni değildir. Velayet sırf tekrar evlenme nedeni ile kaldırılmaz.” Yargıtay 2. HD. 03.05.1951. E.8074, K.7912 bkz.(Özlü), s.121, dn.233; “...Kocası ölüp başkası ile evlenmiş bulunan çocuklu kadının sırf evlenmiş olması, çocukların velayetinin kendisinden alınmasını, velilik sıfatının alınarak çocuklara kendisinin de olsa vasi tayinini icap ettirmez.” Yargıtay 2. HD. 31.05.1952. E.3503, K.3228 bkz.(Özlü), s.121, dn.233; Yargıtay H.G.K. 15.04.1992. E.2-140, K.248 bkz.(Özlü), s.121, dn.233; “...Velayet hakkı kendisine verilen eşin ihmali veya velayet görevini yerine getirmekte acizliği belirlenmedikçe sadece evlenmiş olması velayetin nezini gerektirmez.” Yargıtay 2. HD. 21.11.2000. E.12525, K.13085 (Özmen), s.424; Yargıtay H.G.K. 16.11.1991. E.2-360, K.502(Özmen), s.432; Yargıtay 2. HD. 20.04.1973. E.2754, K.2632 (Özmen), s.448.

³⁹⁹ “...Davalı, babanın 1991’de ölümünden sonra 1993’te evlenmiştir. Davalının evlendiği kişinin TCK 503, 491 ve 191. maddelerini ihlal sebebiyle birçok mahkumiyetinin olduğu dosya arasındaki resmi kayıtlarla bellidir. 1984 doğumlu ve mümeyiz olan küçük E’nin üvey babası hakkındaki tanıklarca da doğrulanan beyanlarını samimi kabul etmek gerekir. Diğer yandan davalı annenin yeni evlendiği kişinin küçüğe karşı davranışlarını hoş gördüğü,... dosya içeriğinde bulunan şahadetle sübuta ermektedir. Yetersiz gerekçe ile istemin reddi doğru değildir.” Yargıtay 2. HD. 27.10.2000. E.12486, K.13084 (Sinerji).

⁴⁰⁰ Çelik, s.279.

⁴⁰¹ “...Önlem alınırken sebeplerin ve tehlikenin ciddi olması lazımdır. İhtimallere dayanılarak hüküm tesisi mümkün değildir. Gerçekten Medeni Kanununun 275’inci maddesine göre ana veya babanın yeniden evlenmesi halinde hal icap ettiriyorsa, çocuklara vasi tayin edilebilir. Bunun tabii sonucu olarak da velayet nez olunur. Mesela ana veya baba ahlaken düşük birisiyle evlenirler yahut saldırgan bir delinin ana babası ile hayatlarını birleştirirler, uyuşturucu madde kullanan ya da imal eden kişilerle nikahlanırlar veya benzeri davranışlar ve atmosfer içine girerlerse bu takdirde 275. Madde hükmü uygulanabilir. Yoksa afaki olarak bir takım istidlalle üvey babanın yanında çocuğun kalmasından bahsetmek suretiyle nezi müessesesi harekete geçirilemez. Olayda toplanan deliller nezi

C. Velayetin Kaldırılmasının Sonuçları

Türk Medeni Kanunu 348 ve 349'uncu maddelerinde yer alan sebeplerden birinin gerçekleşmesi halinde, mahkemece velayetin kaldırılmasına karar verilecektir⁴⁰². Velayet, bu sebeplerin gerçekleştiği anne veya babadan ya da her ikisinden de kaldırılabilir⁴⁰³. Kaldırma kararının ebeveynlerden birine ilişkin olması halinde velayet hakkı, tek başına diğer tarafa ait olacaktır⁴⁰⁴. Velayetin her iki ebeveynden kaldırılması⁴⁰⁵ veya boşanma kararı⁴⁰⁶ ile velayet kendisine tevdi edilmiş olan anne veya babadan kaldırılması halinde çocuğa bir vasi tayin edilecektir⁴⁰⁷.

Boşanma sonrasında velayet kendisine bırakılmış olan taraftan velayet kaldırılarak çocuğa vasi atanması, velayetin tevdi edildiği tarafın vefatı halinde velayetin doğrudan sağ kalan eşe geçmeyerek çocuğun vesayet altına alınması durumuna eşdeğerdir⁴⁰⁸. Boşanma kararı ile velayet hakkına sahip olan anne veya babadan velayetin kaldırılması kararı, velayetin kendiliğinden diğer ebeveyne geçmesi sonucunu doğurmaz.

Boşanmada velayet hakkı, taraflardan birine bırakıldıktan sonra diğer ebeveyne tevdi edilmesi, TMK. m. 348 anlamında değil, m. 183 kapsamında gerçekleşir⁴⁰⁹. Ancak hakimin boşanma dolayısıyla velayet kendisine bırakılan taraftan velayetin kaldırılmasına karar verdikten sonra velayetin diğer eşe tevdiinin mümkün olup olmadığını araştırmasında, bu ihtimali gözden geçirmesinde bir engel

gerektirecek nicelik ve nitelik taşımamaktadır.” Yargıtay 2. HD. 24.10.1983. E.2754, K.2632 (Şener), s.249.

⁴⁰² Usta, s.178; Dural/Öğüz/Gümüş, s.370.

⁴⁰³ Pişken Arabacı, s.59.

⁴⁰⁴ Çelik, s.282; Erbay, s.42; Serozan/Hatemi, s.368.

⁴⁰⁵ TMK. m. 348 / f 2: “*Velayet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır.*”

⁴⁰⁶ Çelik, s.282; Pişken Arabacı, s.59.

⁴⁰⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s.371; Aras, s.314; Köprülü/Kaneti, s.197; Akıntürk/Ateş, s.311(Aile); “...*Müşterek çocuğun velayeti davacı babaya verilmiştir. Davacı TMK. 'nın 406. Maddesi gereğince kötü yönetimden kısıtlanmış olup velayet görevini ifa edecek durumda değildir. Küçüğün velayetinin davalı anneye verilmesi halinde annenin yaşantısı sebebiyle idrak çağında bulunan küçüğü olumsuz yönde etkileyeceği de sabittir. Mahkemece anne ve babadan velayetin kaldırılmasına karar verilip, küçüğe vasi tayini için yetkili vesayet makamına (sulh mahkemesine) ihbarda bulunulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.*” Yargıtay 2. HD. 20.10.2009. E.12410, K.17856 (Gençcan), s.1103; Tekinay, s.505; Nevzat Koç, “Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış”, [Elektronik Versiyon] *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C.7, Özel Sayı, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/egitimogretim/dergi/icindekiler7-oz.htm> (21.12.2015), s.112.

⁴⁰⁸ Karabacak, s.92.

⁴⁰⁹ Erbay, s.36.

bulunmamaktadır⁴¹⁰. Zira, asıl olan küçüğün velayet altında olmasıdır. Bu nedenle çocuğun menfaatini temin etmek adına hakim, her bir somut olayda böyle bir inceleme yapabilecektir. Ancak kanaatimizce boşanma davasında velayete ilişkin detaylı bir inceleme yapıldıktan sonra velayet taraflardan birine tevdi edilirken, diğer eşin velayetin gereklerini yerine getirebilecek yeteneğe sahip olmadığı anlaşılmış olmaktadır⁴¹¹. Hal böyle olmakla her bir olay bakımından bu şekilde bir genel kanaate varılması da mümkün değildir. Hakim, durum değerlendirmesi yaparak, velayet kaldırıldığında çocuğun menfaati gerektiriyorsa diğer ebeveyne tevdi yerine kendisine vasi tayini yoluna gidilmesi uygun olacaktır.

Velayet kaldırılıp vasi tayin edildiğinde çocuk artık velayet altında değil, vesayet altındadır ve hakkında vesayete ilişkin hükümler uygulanır⁴¹². Çocuk, aynı anda hem velayet hem de vesayet altında bulunamayacağına göre velayet kaldırılmadan çocuğa vasi atanması mümkün değildir⁴¹³.

Velayetin kaldırılması ile birlikte kural olarak anne ve babanın velayetten doğan hak ve yükümlülükleri sona ermektedir⁴¹⁴. Bu durumda velayet kendisinden kaldırılan ebeveyn artık çocuğu eğitemez, terbiye edemez, temsil edemez; çocuğun şahsına özen gösterme ödevi de ortadan kalkar⁴¹⁵. Ancak velayetten bağımsız bir hak olarak anne babanın çocuk ile kişisel ilişkilerinin devam etmesi, bu kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler de, anne babanın çocuğu görme hakkının hısımlıktan doğan bir hak olduğu ve velayet kaldırılmakla soy bağının

⁴¹⁰ Erbay, s.42.

⁴¹¹ Fakat her olay bakımından böyle bir genel kanaate varılması da mümkün değildir. Hakim, somut olayda bu durumu değerlendirerek çocuğun yararına olan kararı verecektir.

⁴¹² Çelik, s.282; Karabacak, s.92; “...*Velayetin babadan alınması halinde anne yok ise küçüğe vasi tayini için... ihbar yapılması gerekirken küçüğün velayet hakkının dedeye verilmesi bozma nedenidir.*” Yargıtay 2. HD. 04.01.1998. E.14140, K.14 bkz.(Çelik), s.283, dn.120; “...*Küçük H'nin annede olan velayeti Ankara 5. Aile Mahkemesi'nin 2004/2003 E. – 220 K. ve 07.12.2004 günlü kararı ile kaldırılmıştır. Velayet altında bulunmayan küçüğün vesayet altına alınması, kararının da küçüğün yerleşim yerindeki vesayet dairesi tarafından verilmesi zorunludur. Bu açıklama karşısında küçüğün Aile Mahkemesince dedenin velayeti altına konulması isabetsizdir.*” Yargıtay 2. HD. 18.05.2005. E.1224, K.7839 bkz.(Karabacak), s.92, dn.339; “...*Velayet anadan nez edildiğine göre durumun vasi tayin edilmek üzere Sulh Mahkemesine bildirilmesiyle yetinilmesi gerekirken, velayetin küçüğün amcasına tevdi isabetsizdir.*” Yargıtay 2. HD. 04.11.1983. E.8892, K.9227 (Özmen), s.443.

⁴¹³ “...*Eşlerden birinin vefatı halinde, velayet sağ kalan eşe ait olur ve asıl olan küçüklerin velayet altında olmasıdır. Ananın velayet hakkı nez edilmedikçe velayet altında bulunan çocukların vesayet altına alınması ve kendilerine vasi tayin edilmesi usul ve kanuna aykırıdır.*” Yargıtay 2. HD. 18.12.1986. E.10828, K.11187 bkz.(Çelik), s.283, dn.121.

⁴¹⁴ Akyüz, s.18(Kaldırılması); Pişken Arabacı, s.60; Canan Şimşek, s.115.

⁴¹⁵ Karabacak, s.91; Mehmet Atıf Öztürk, s.67.

zedelenmeyeceği gerekçesiyle kişisel ilişkinin devamı doğrultusundadır⁴¹⁶. TMK. m. 323 hükmü⁴¹⁷ de, anne babadan her birinin velayeti kendisinde olmayan çocukla uygun kişisel ilişki kurulmasını talep etme hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir.

Çocuğun yararı gerektirdiğinde veya anne babanın bu hakkını amacına aykırı kullanmaları halinde, kişisel ilişki kısıtlanabilir veya engellenebilir⁴¹⁸. Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde ölçüt çocuğun yararları olacaktır. Bu hususta Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 9'uncu maddesinde de, Sözleşme'ye taraf olan devletlere, ana babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babasının her ikisiyle de düzenli biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü getirilmiştir.

Velayetin kaldırılması, anne baba ile çocuk arasındaki soy bağı ilişkisini ortadan kaldırmaz. Soy bağı ilişkisi varlığını koruduğundan bu bağın sonucu olarak da anne ve babanın bazı yükümlülükleri de devam etmektedir. TMK. m. 350 / f. 1 hükmü, *"Velayetin kaldırılması halinde ana ve babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder."* şeklindedir. Bu düzenleme

⁴¹⁶ Usta, s.179; Pişken Arabacı, s.60; Serozan, s.293; Akyüz, s.18(Kaldırılması); Erbay, s.42; İmamoğlu, s.201; Çelik, s.286; *"...Mahkeme, çocuğun ana babanın velayeti altında bırakılmasını faydalı görmezse bir vasi atayabilir. Ancak bu halde dahi ana veya babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı engellenemez."* Yargıtay 2. HD. 18.09.1992. E.7547, K.8176 (Baktır Çetiner), s.125; *"...Velayetin babadan nez edilmiş olması, çocukla baba arasında kurulan nesep bağına kaldırılmaz. Baba çocuğun iase ve terbiyesi için gerekli olan her türlü giderleri karşılamak zorundadır. Buna karşılık baba olmanın kendisine verdiği duyguyu da tatmak ihtiyacındadır. Mahkemece küçüğün bedeni ve fikri gelişimine engel olmayacak, infazda güçlük çıkartmayacak biçimde çocukla baba arasında uygun bir şahsi ilişki kurulması gerekmektedir. Bu yönün düşünülmemesi usul ve kanuna aykırıdır."* Yargıtay 2. HD. 24.12.1992. E.12614, K.12903 (Sinerji).

⁴¹⁷ TMK. m. 323: *"Anne ve babadan her biri velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir."*

⁴¹⁸ *"...Velayet hakkının kaldırılması, ana ve babanın çocukları ile kişisel ilişki kurma hakkını da ortadan kaldırmaz. Ana babasından veya bunlardan birisinden ayrılmasına karar verilen çocuğun kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça ana babasının ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkı, çocuğun temel haklarındanıdır.(Çocuk Hakları Sözleşmesi m.9/3) Bu tür kişisel ilişki çocuğun sadece yüksek yararları gerektirdiği takdirde veya ana ve babanın bu haklarını amacına aykırı kullanmaları halinde kısıtlanabilir veya engellenebilir.(Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m.4/2) Dosyanın annenin çocukla kişisel ilişki kurma hakkını amacına aykırı kullanacağına veya kişisel ilişkinin çocuğun yüksek yararlarına aykırı düşeceğine ilişkin bir delil bulunmadığına göre, velayet hakkı kendisinden alınan davalı ile çocuk arasında uygun sürelerle kişisel ilişki tesisi gerekirken, bu hususun gözetilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir."* Yargıtay 2. HD. 12.05.2014. E.3538, K.10767 <http://www.yargitay.gov.tr/> (05.12.2015)

gereğince velayet kaldırılmış da olsa anne babaya sırf anne baba olmaları dolayısıyla yüklenen bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü varlığını koruyacaktır⁴¹⁹.

Anne baba, çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılamaya muktedir değilse, bu giderler çocuğun mallarından karşılanacaktır⁴²⁰. Anne ve babanın maddi imkanlarının yetersizliği ile çocuğun mallarının giderleri karşılamaya yetmemesi durumunda, çocuğun bakım ve eğitim giderleri TMK. m. 350 / f. 2 uyarınca Devlet tarafından karşılanır.

Velayetin kaldırılması kararının kapsamına ilişkin olarak TMK. m. 348 / f. 3 uyarınca bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, velayetin kaldırılması, kararda aksi belirtilmediği sürece mevcut ve doğacak tüm çocuklar için etkili olacaktır. Eski Medeni Kanunda, bu tedbirin herhangi bir istisnaya ve hakimin takdirine yer bırakmaksızın tüm çocukları kapsayacağı şeklinde ifade edilmiştir⁴²¹.

Hakim, her bir somut olayda velayetin kaldırılması kararına neden olan koşullar ile durum değerlendirmesi yaparak bu koruma tedbirinin kapsamını belirleyecektir. Tek bir çocuk yönünden tedbir kararı verebileceği gibi, mevcut olan ve doğacak tüm çocuklar da velayetin kaldırılması kararının kapsamına dahil edebilecektir⁴²². İleride doğacak çocuklar ibaresi, velayetin kaldırılmasına karar verildikten sonra soybağı düzeltilen çocuklar ile kendilerinden velayet kaldırılmış olan tarafların evlilik birliğinin sona ermesinin ardından bir başkasıyla yapmış oldukları evlilikten dünyaya gelen çocukları da kapsamaktadır. Ancak velayet, yeniden evlenme

⁴¹⁹ Tekinay, s.506; Baktır Çetiner, s.127; Yetik, s.147; Çelikel, s. 114; Özmen, s.423; “...*Velayetin kaldırılması halinde ana ve babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder.(TMK. m. 350) Vesayet altındaki küçüğün babasından vasinin bu maddeye dayanarak nafaka isteme hakkı da bulunmaktadır.* Yargıtay 2. HD. 16.06.2003. E.7748, K.8811 (Mehmet Atif Öztürk), s.73.

⁴²⁰ TMK. m. 327 / f. 2: “*Anne ve baba, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı halinde, hakimin izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar sarf edebilirler.*”

⁴²¹ 743 Sayılı TKM. m. 274 / f. 2: “... *Nezin hükmü ileride doğacak çocuklara şamildir.*”; “...*Velayetin nezini gerektiren sebepler, bütün çocuklar için geçerlidir.*” Yargıtay 2. HD. 16.03.1971. E.1561, K.1759 bkz.(Baktır Çetiner), s.93, dn.16; “...*Velayetin nezi, ileride doğacak çocuklara bile şamil olur.*” Yargıtay 2. HD. 23.10.1972. E.6553, K.6031 bkz.(Baktır Çetiner), s.93, dn.16.

⁴²² Pişken Arabacı, s.60; Zeybek, s.94; Canan Şimşek, s.115.

nedenine dayalı olarak kaldırıldığında, bu sebebin yeni evlilikten doğacak çocuklara sirayeti ve onların menfaatini zedelemesi söz konusu olmayacaktır⁴²³.

Hakim, velayetin kaldırılmasını gerektiren koşullara göre, bu karardan etkilenecek olan çocukların kapsamını belirleyecek; kararda aksi bir düzenleme yapılmamış olması halinde bu tedbir tüm çocuklar için geçerli olacaktır. Ancak kararda açıkça belirtilmek suretiyle tedbirin, sadece velayetin kaldırılması sebebi kendi aleyhine vuku bulan çocuk bakımından etkili olacağına da hükmedilebilir⁴²⁴.

Çocuğun korunması amacıyla alınan tedbirlerin değişen koşullara uyarlanması TMK. m. 351 / f. 1 hükmü gereğindedir. Bu doğrultuda velayetin kaldırılmasına yol açan sebep ortadan kalktığında aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca hakim, resen veya anne babanın talebi üzerine velayeti kendilerine iade edecektir.

Çocuğun korunması amacına hizmet eden velayetin kaldırılması kararı mutlak ve süresiz değildir. Çocuğun yararı gerektirdiği sürece devam eder⁴²⁵. Sebep ortadan kalktığında velayet hakkının geri verilmesi her zaman için mümkündür. Ancak velayetin geri verilmesi sebep ortadan kalktığında kendiliğinden gerçekleşmez. Bunun için hakim kararına ihtiyaç vardır⁴²⁶. Kaldırma kararı varlığını korurken, çocuğun ergin olması, ölmesi veya evlatlık verilmesi hallerinde ise velayetin iadesi gündeme gelmeyecektir⁴²⁷.

⁴²³ Oğuzman/Dural, s.318.

⁴²⁴ "...Medeni Kanununun 348 / f.3 maddesi; kararda aksi belirtilmedikçe, velayetin kaldırılmasının mevcut ve doğacak bütün çocukları da kapsayacağını hükme bağlamıştır. Toplanan delillerden davalının ikinci evliliğinden 28.02.2003 doğumlu bir çocuğunun olduğu anlaşılmaktadır. Annenin bu çocuğa karşı ilgisizliği, yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığını gösterir herhangi bir delil de gösterilmemiştir. Mahkeme hüküm fıkrasında velayetin kaldırılmasının yalnızca 04.07.1998 doğumlu Alperen'e ait olduğuna işaret edilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir." Yargıtay 2. HD. 17.10.2005. E.12046, K.14219 (Sinerji).

⁴²⁵ Akyüz, s.19(Kaldırılması); Zeybek, s.94; Karabacak, s.94; Canan Şimşek, s.115; Önal, s.72; "...Önlem niteliğindeki kararlarda kesin hükümden bahsedilemez. Değişen koşullara göre hakim mütahalesi imkan dahilindedir." Yargıtay 2. HD. 11.06.1991. E.5153, K.9136 bkz.(Çelik), s.302, dn.213; "...İş bu dava çocuğun anası tarafından 10.04.2003 tarihinde açılmıştır. Davacı çocuğun velayetinin davalı babadan alınıp kendisine verilmesini istemektedir. İstek...velayetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalktığından bahisle velayetin iadesi (TMK. m. 351/2) niteliğindedir. Delillerin bu çerçevede değerlendirilip hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır." Yargıtay 2. HD. 24.03.2004. E.2686, K.3690 (Sinerji).

⁴²⁶ Akyüz, s.20(Kaldırılması).

⁴²⁷ Mehmet Atıf Öztürk, s.75; Karabacak, s.94; Canan Şimşek, s.117; Zeybek, s.95.

Velayetin kaldırılması için ağır ve istisnai koşulların varlığı arandığından, geri vermenin mümkün olabilmesi için de söz konusu koşulların ortadan kalkıp kalkmadığı hususunda hakimın hassas ve titiz bir inceleme yapması önem arz etmektedir⁴²⁸.

III. VELAYETİN DÜZENLENMESİNDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Bir davaya konusu bakımından hangi mahkemede bakılabileceği görev kurallarına göre belirlenir⁴²⁹. Velayetin düzenlenmesine dair davalara, 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun 4'üncü maddesi uyarınca aile mahkemelerinde bakılır. Anılan Kanunun 4'üncü maddesi, "*Aile mahkemeleri, aşağıdaki dava ve işleri görürler:*

1. 22.11.2001 tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun (eklenmiş ibare RGT:20.04.2004 RG No:25439 Kanun No:5133/2) Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 03.12.2001 tarihli ve 4722 Sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler," hükmünü amirdir.

Eğer aile mahkemesi kurulmamışsa bu durumda da 4787 Sayılı Kanun 2'nci madde hükmü devreye girerek, "*Aile mahkemesi kurulamayan yerlerde bu Kanun kapsamına giren dava ve işlere, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemesince bakılır.*" görevli mahkemeyi belirlemiştir.

Velayet, her iki ebeveynden veya ölüm ya da boşanma sebebiyle velayete tek başına sahip olan anne babadan kaldırıldığında TMK. m. 348 uyarınca çocuğa bir vasi tayin edilmesi gerekmektedir. Velayetin kaldırılması davası, 4787 Sayılı Kanun m. 4 kapsamında yer almakla aile mahkemesinin görev alanına girmektedir. Ancak velayet altında bulunmayan çocuğa vasi tayininde ise görevli olan Sulh Hukuk Mahkemeleri'dir. Velayetin kaldırılmasına karar veren aile mahkemesi hakimi, çocuğa

⁴²⁸ Akyüz, s.20.

⁴²⁹ İsmail Ercan, Medeni Usul Hukuku, 6.Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2011, s.67.

vasi tayini için durumu vesayet makamına yani sulh hukuk mahkemesine bildirmelidir⁴³⁰.

5133 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 2'nci maddesi uyarınca, 4787 Sayılı Kanun m. 4'te yer alan Aile Mahkemesinin görevleri hükmünden Türk Medeni Kanununun vesayete ilişkin üçüncü kısmı çıkarılmıştır. 5133 Sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle vasi tayini artık aile mahkemesinin görevleri arasından yer almamaktadır⁴³¹. Söz konusu kanuni düzenleme göz önünde bulundurulduğunda Aras'ın⁴³², durum gerektirdiğinde aile mahkemesi hakiminin velayeti her iki eşten alarak çocuğa vasi tayin edebileceği, şeklindeki beyanının kabulü mümkün değildir.

Bir davaya yer bakımından hangi mahkemece bakılabileceğini belirleyen kurallar ise yetki kurallarıdır⁴³³.

TMK. m. 182 uyarınca velayet düzenlemesini yapmakla yetkili olan mahkeme, boşanma veya ayrılığa karar verecek olan yer mahkemesidir. Zira bu durumda velayet hakkı, boşanma davası içinde karara bağlanacaktır, müstakil bir velayet davasından bahsedilmez.

Boşanma davasında yetkiye ilişkin TMK. m. 168 düzenlemesi, *“Boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce*

⁴³⁰ Mehmet Atif Öztürk, s.80.

⁴³¹ Çelikel, s.115; *“...Velayet altında bulunmayan küçüklerin vesayet altına alınması gerekir. Görevini yaparken vesayeti gerektiren bir halin varlığını öğrenen idari makamlar ve mahkemeler bu durumu yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar. Vesayet makamı Sulh Mahkemesi, denetim makamı ise Asliye Hukuk Mahkemesidir. Mahkemece babada olan velayetin kaldırıldığına göre küçük ...'e vasi atanması için durumun sulh hakimine bildirilmesi gerekirken görev yönü düşünülmeden vesayet kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”* Yargıtay 2. HD. 02.02.2005. E.2004/14450, K.2005/1140 (Sinerji); *“...Velayet anneden kaldırıldığına göre küçük A'ya vasi tayin edilmesi için vesayet makamına (Sulh Mahkemesine) gerekli ihbarın düşünülmemesi de yerinde değildir.(MK. m. 404)”* Yargıtay 2. HD. 17.10.2005. E.12046, K.14219 (Sinerji); *“...Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması İlişkin Kanuna göre vesayet makamı görevi Sulh Hukuk Mahkemesine... verilmiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında dava dosyasının görevli S vesayet makamına devredilmesi gerekir.”* Yargıtay 2. HD. 13.09.2004. E.8821, K.9744 (Sinerji); *“...4787 Sayılı Kanunda söz konusu değişiklik gereğince vasi tayinine ilişkin davalarda aile mahkemesi görevli olmadığından mahkemece velayetin babadan kaldırılmasına, küçüğün vesayet altına alınması için ilgili ve yetkili vesayet makamına gerekli ihbarın yapılmasına karar verilmesi gerekirken, kısa kararda küçüğün dedesinin vasi olarak atanmasına karar verilmesi de doğru bulunmamıştır.”* Yargıtay 2. HD. 11.03.2008. E.19530, K.3196 bkz.(Mehmet Atif Öztürk), s.80, dn.191.

⁴³² Aras, s.314.

⁴³³ Ercan, s.77.

son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir.” hükmünü amirdir. Boşanma ve ayrılık davalarına ilişkin olarak düzenlenen bu özel yetki, kesin nitelik arz etmediğinden⁴³⁴ 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 6’da yer alan genel yetki kuralını⁴³⁵ ortadan kaldırmaz. Hal böyle olmakla beraber TMK. m. 168 hükmü, HMK. m. 6 düzenlemesini de kapsamaktadır. Dolayısıyla boşanma davasında karara bağlanacak olan velayet hakkına dair yetkili mahkeme bakımından TMK. 168’inci maddesi dışında usuli bir düzenleme söz konusu değildir⁴³⁶.

Yetkili mahkeme, velayet davalarının boşanma davasından müstakil olarak ikame edildiğinde önem arz etmektedir. Bu halde TMK. m. 168 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır.

HMK. m. 382 / f. 2 / b bendi uyarınca, *“Velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi”* aile hukuku alanındaki çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmaktadır. Çekişmesiz yargı işlerinde HMK. m. 384 düzenlemesi⁴³⁷ uygulama alanı bulacak ve kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır.

TMK’da velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine tevdi ve kaldırılan velayetin geri verilmesine ilişkin davalarda yetkili mahkeme belirlenmediğinden HMK. m. 384 hükmü uygulanacaktır⁴³⁸.

⁴³⁴ Yargıtay kararlarında da boşanma davalarında mahkemenin yetkisinin kamu düzenine ilişkin olmadığı gibi kesin yetki niteliği taşımadığı da belirtilmektedir. Yargıtay H.G.K. 22.04.1998. E.2-276, K.297 bkz.(Ercan), s.86, dn.24.

⁴³⁵ HMK. m. 6: *“Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.”*

⁴³⁶ Ancak evlilik birliğinin devamı sırasında açılan tedbir mahiyetindeki velayet davalarında ise yetki söz konusu olmayıp bu tür davaların her yerde ikame edilmeleri mümkündür. Yargıtay 2. HD. 29.06.1999. E.5058, K.7547 bkz. (Tutumlu), s.1353, dn.67; *“...Tarafların evlilik birliği devam etmektedir. Dava tedbir niteliğinde velayetin tevdi niteliğinden ibarettir. Aile birliğinin tedbir niteliğinde korunmasına yönelik davalarda yetki söz konusu olmaz. Bu tür davalar davalının ikametgahı mahkemesinde açılabileceği gibi, davacının bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir. Dava davacının bulunduğu yer mahkemesinde açılmıştır. Yetki ilk itirazının reddi gerekirken kabulü isabetsizdir.”* (Sinerji)

⁴³⁷ HMK. m. 384: *“Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir.”*

⁴³⁸ *“...Dava 17.07.2013 tarihinde, 6100 Sayılı HMK yürürlüğe girdikten sonra açılmıştır. Bu sebeple artık davacının müşterek çocuğun velayetinin anneden alınıp kendisine verilmesi yönündeki talebi, bir ‘çekişmesiz yargı’ işidir. Çekişmesiz yargı işlerinde de kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu kabul*

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce yürürlükte bulunan 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda (HUMK) çekişmesiz yargı işlerine dair bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu nedenle velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine tevdi ve kaldırılan velayetin geri verilmesine ilişkin davalarda HUMK. 9’uncu maddesinin “Her dava, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça açıldığı tarihte davalının Türk Kanunu Medenisi gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde görülür.” hükmü uyarınca genel yetki kuralı uygulanmaktaydı.

Ancak eski kanun döneminde dahi Gençcan⁴³⁹, velayetin çocuğun güvenliğinin sağlanması için öngörüldüğünü ve velayetin değiştirilmesinin kamu düzenine ilişkin olduğu belirtmekle, çocuğun korunması önlemini alma hakkına çocuğa en yakın hakimin öncelikle sahip olduğunu vurgulamıştır⁴⁴⁰. HMK’da bu hususlarda yetkili mahkemeye açıkça yer verilmekle uygulamada genel bir ilke benimsenmiştir.

edilmiştir. Velayetin kaldırılması veya ebeveynlerden birinden alınarak diğerine verilmesine yahut kaldırılan velayetin iadesine ilişkin davalardaki yetki konusunda, TMK’da aksine bir düzenleme bulunmadığına göre, HMK’daki çekişmesiz yargı ile ilgili genel yetki kuralı burada da uygulanacaktır. O halde, davacı kendi oturduğu yer mahkemesinde de bu davayı açabilir. Öyleyse yetki itirazının reddi ile velayetin değiştirilmesiyle ilgili talebin esasının incelenmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçe ile yetkisizlik kararı verilmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 22.12.2014. E.25983, K.26169; Yargıtay 2. HD. 18.12.2014. E.17965, K.25948[http://www.yargitay.gov.tr/\(05.12.2015\)](http://www.yargitay.gov.tr/(05.12.2015)); Yargıtay 2. HD. 08.09.2014. E.9022, K.16742; Yargıtay 2. HD. 12.05.2014. E.2945, K.10787; Yargıtay 2. HD. 07.05.2014. E.3240, K.10564[http://www.yargitay.gov.tr/\(05.12.2015\)](http://www.yargitay.gov.tr/(05.12.2015)); Yargıtay 2. HD. 06.03.2014. E.2013/20243, K.2014/4890; Yargıtay 2. HD. 19.02.2014. E.2013/17536, K.2014/3190 [http://www.yargitay.gov.tr/\(05.12.2015\)](http://www.yargitay.gov.tr/(05.12.2015)); Yargıtay 2. HD. 04.11.2013. E.18057, K.24954 (Sinerji); “...Davacı kurum, koruma altına alınmış olan çocuk üzerindeki ana ve babanın velayet hakkının kaldırılmasına ve (...)karar verilmesini istemiştir. Dava, 15.05.2013 tarihinde açılmıştır. Velayetin kaldırılması davası, kanunda aksine bir hüküm bulunmadığından talepte bulunanın veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesinde... açılabilir. Her iki yetki kuralı kesin yetki olmayıp, ancak davalılar tarafından bu hususun ilk itiraz olarak ileri sürülmesi halinde dikkate alınır. Hakim, yetkinin kesin olmadığı hallerde, bu hususu resen nazara alamaz. Davalıların yetkiye ilişkin bir itirazı bulunmamaktadır. Bu yön nazara alınmadan resen yetkisizlik kararı verilmesi doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 18.06.2014. E.2013/24012, K.2014/13732 [http://www.yargitay.gov.tr/\(05.12.2015\)](http://www.yargitay.gov.tr/(05.12.2015)). Kanaatimizce, davalıların yetki itirazı bulunsa dahi, 6100 Sayılı HMK. m. 384 uyarınca çekişmesiz yargı işlerinde davacının oturduğu yer mahkemesi yetkili olduğundan yerel mahkemece yetki itirazının reddine karar verilerek işin esasının incelenmesine geçilmesi gerekecektir.

⁴³⁹ Gençcan, s.1094.

⁴⁴⁰ Velayet kendisinde olan babanın çocuğunu İzmir’de boşandığı eşi yanına bırakıp yerleşim yeri olan Kars’a gitmesi durumunda annenin İzmir hakimine değil de Kars hakimine başvurmayı zorlamayı anlayabilmek olanaksızdır. İzmir hakimi, İzmir’de bulunan çocuk için koruma önlemlerini almak zorundadır. O halde velayetin değiştirilmesine ilişkin davalarda çocuğa en yakın mahkemenin yetkili olduğunu kabul zorunluluğu olduğunu düşünmekteyiz. bkz.(Gençcan, s.1094’ten naklen). Kanaatimizce de, velayet kendisine bırakılmayan ancak çocuğun fiilen yanında yaşadığı ebeveynin çocuğun korunmasına ilişkin talepleri bakımından onu davalı diğer ebeveynin yerleşim yerine gitmeye zorlamak çocuğun yararı ve güvenliğini tehlike atacaktır. HUMK döneminde de Gençcan’ın benimsediği görüşün uygulanması, çocuğun yararı bakımından bir zorunluluk teşkil etmektedir.

Velayetin kaldırılmasına karar verildikten sonra küçüğe vasi atanması⁴⁴¹ bakımından yetkili olan mahkeme ise TMK. m. 411 uyarınca, “*Vesayet işlerinde yetki küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir.*”

IV. VELAYETE İLİŞKİN DÜZENLEMENİN İCRA İFLAS KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE YERİNE GETİRİLMESİ

Velayetin düzenlemesine ilişkin kararlar, ilamlı icra yoluyla infaz olunur⁴⁴². 2004 Sayılı İcra İflas Kanununa (İİK) göre, velayete sahip olan ebeveyn diğer tarafın çocuğu kendisine teslim etmemesi halinde velayete dair mahkeme ilamını icraya koyarak takip talebinde bulunabilir. Bu talebi alan icra memuru borçluya yani velayet hakkı kendisine bırakılmamış olan ebeveyne çocuğun velayet hakkı sahibine teslimi için bir icra emri gönderir. (İİK. m. 25)

İcra emrinde, İİK. m. 24 / f. 2 uyarınca, “*Alacaklı ve borçlunun ve varsa mümessillerinin adları ve soyadları ile şöhret ve yerleşim yerleri hükmü veren mahkemenin ismi ve hükmolunun şeyin neden ibaret olduğu, ilamın tarih ve numarası ve icra mahkemesinden veya istinaf veya temyiz yahut iadei muhakeme yolu ile ait olduğu mahkemeden icranın geri bırakılması hakkında bir karar getirilmedikçe cebri icraya devam olunacağı yazılır.*” şeklindeki genel hususlara ek olarak, velayet hakkına sahip olmamasına rağmen çocuğu yanında tutan ebeveyne çocuğu yedi gün içinde teslim etmesi, yedi gün içinde çocuk teslim edilmediği takdirde ilâmın zorla yerine getirileceği ihtar yazılır.

Borçlu, İİK. m. 25 hükmüne aykırı davranır ve icra emrinin gereğini yerine getirmese, ilam hükmü zorla icra edilir ve çocuk, lehine icra emri tesis edilen diğer bir deyişle velayet hakkı sahibine teslim edilir.

⁴⁴¹ Ali İhsan Özüğür, Velayet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, 3.Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007, s.814 vd.; “*Dava vasi tayini istemine ilişkindir. TMK. 'nın 411. maddesinde 'vesayet işlerinde yetki, küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir.'* Aynı yasanın 19. maddesinde de; ‘*Bir kimsenin ikametgahı, yerleşmek niyetiyle oturduğu yerdir...*’ hükümleri yer almaktadır. Yerleşim yerinin tespit edilemediği hallerde, karine olarak nüfusa kayıtlı olunan yer de yerleşim yeri olarak kabul edilir. Somut olayda; Ç.K.'nın H. A. Sk. E.-K. B. Blok No: 5/10 19 M. Mah. Kadıköy adresinde oturduğunun anlaşılmasına göre, yetkili mahkeme Kadıköy 2. Sulh Hukuk Mahkemesidir.” Yargıtay 20. HD. 18.12.2006. E.15626, K.17716 (Sinerji); Yargıtay 18. HD. 07.03.2013. E.862, K.3226 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 07.06.2005. E.6437, K.8781 (Sinerji).

⁴⁴² Pişken Arabacı, s.61.

İİK. m. 25 / f. 2, “Çocuk teslim edildikten sonra diğer taraf haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa ayrıca hükme hacet kalmadan zorla elinden alınıp öbür tarafa teslim olunur.” hükmünü amirdir.

Şimdiye kadar yapmış olduğumuz açıklamalarda, velayet düzenlemesinde temel ilkenin çocuğun yararı olduğu vurgulanmıştır. Ancak çocuğun teslimine dair mahkeme ilamının icra takibine konu yapılması ve çocuğun teslim alınıp teslim edilen olarak ifade edilmesi ve zorla icranın objesi olması kanaatimizce kabul edilebilir değildir.

Çocuk, velayet hakkının süjesidir. Velayet hakkı, anne babanın sahip olduğu kişiye sıkı surette bağlı bir hak olmasına karşın, çocuk yararına tanınmış bir haktır. Serozan’ın⁴⁴³ da belirttiği üzere, İcra İflas Kanunu düzenlemesinde velayet, mülkiyet hakkı gibi değerlendirilip, çocuk da bu mülkiyet hakkının konusunu teşkil eden, salt bir icra emrine istinaden zorla ebeveynin elinden alınıp diğerine teslim edilmesi gereken bir menkul mal olarak nitelendirilmektedir.

Türk Medeni Kanunu uygulaması, uluslararası sözleşmeler ve Yargıtay kararlarında çocuğun ruhsal, duygusal ve zihinsel yararlarının ön planda tutulması zorunluluğu önem arz ederken; çocuğun his dünyasından uzak, duygusuz bir zorlamayı içeren İcra İflas Kanunu düzenlemesine maruz bırakılması, kanaatimizce çocuğu telafisi zor psikolojik sıkıntılara sürüklemektedir.

Boşanma sonrasında velayet kendisine tevdi edilen ebeveynin bu hakkı kullanabilmesi adına öncelikle çocuğun yararı göz önünde bulundurularak Türk Medeni Kanunu kapsamında bir düzenlemeye gidilmesi veya İcra İflas Kanunu hükümlerinin yumuşatılmasının daha uygun olacağı kanısındayım. Örneğin, çocuğu kanuni süre içinde velayet hakkı sahibi ebeveyne vermeyen -borçlu- taraf için ikinci bir süre tanınıp bu sürenin sonunda da emre aykırı davranması halinde, bu iki haklı ihtarin velayet hakkı sahibinin herhangi bir beyanına gerek kalmadan şikayet ihbarı olarak değerlendirilip, İİK. m. 341 hükmünün⁴⁴⁴ uygulanması gündeme gelebilir. Böylelikle hem çocuk zorla

⁴⁴³ Serozan, s.252 vd.

⁴⁴⁴ İİK. m. 341: “Çocuk teslimi hakkındaki ilamın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikayeti üzerine, altı ay

ebeveynin elinden alınmanın yaratacağı duygu tahribatından kurtulur hem de velayet hakkı sahibinin şikayet başvuru prosedürü atlanmış olur ve daha hızlı netice elde edilebilir.

Ayrıca madde metnindeki terminolojinin de çocuğun yararı düşünülerek daha duyarlı hale getirilmesi sağlanabilir. Zira çocuğun yararı söz konusu olduğunda bu ilkenin gözetilmesi sadece velayet hakkını düzenleyen Türk Medeni Kanunu metniyle sınırlı değildir, mevzuat hükümlerinin –hangi kanun olduğu ayırt edilmeksizin- çocukla ilgili her bir düzenlemede çocuğun yararı ilkesinden hareketle yola çıkılması bir zorunluluk halini almalıdır. Aksi halde İcra İflas Kanununun çocuğun duygusal gelişimini tehdit eden mevcut ibareleriyle birlikte zorla icra emrinin kabul edilmesi buraya kadar yapılan tüm açıklamaların bir kenara bırakılması anlamına gelir.

Çocuk teslimine ilişkin olmak üzere İİK. 25/B maddesi uyarınca, “*Çocukların teslimine ve...dair ilamların icrası, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagoğ, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir.*” hükmüyle çocuğun yararının korunması düşünülmüş de olsa, bununla 25’inci maddenin ‘çocuğun ebeveynin elinden zorla alınacağı’ uygulamasını bertaraf etmediği için 25/B maddesi ile çocuğun yararının tesis edilemeyeceği bu hususta yetersiz kaldığı anlaşılmaktadır. Zira uygulamada, uzman bilirkişinin hazır olmadığı ve salt icra memurunun zorlamasıyla vuku bulan, çocuğun hiçe sayıldığı cebri icralar da azımsanamayacak boyuttadır. Öyle ki İİK. m. 25/B düzenlemesinin ihtiyacı karşıladığını ve tam manasıyla çocuk yararına hizmet ettiğini söylemek güçtür.

Sonuç olarak velayet hakkı, çocuğun korunması, çocuğun yararlarının üstün tutulması amaçlarına hizmet etmektedir. Velayet düzenlenirken çocuğun ruhsal, fiziksel ve duygusal gelişimi ön planda olmalıdır. Hal böyle olmakla çocuk, anne babanın deneyimsizliği, hastalığı gibi durumlar karşısında velayetin kaldırılması tedbiri ile

kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilamın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir.”

ebeveynlerine karşı dahi koruma altına alınırken, çocuk psikolojisine yönelik herhangi bir eğitimi ve uzmanlığı bulunmayan icra memurunun küçüğü zorla anne babasının elinden alması karşısında çocuğun korumasız, savunmasız ve çaresiz bırakılmasının kabulü mümkün değildir.

Velayete ilişkin kararın yerine getirilmesi bakımından Türk Medeni Kanununda bir düzenlemeye gidilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyim. Yoksa velayetle uzaktan yakından hiçbir alakası olmayan bir kanun sistematığı içerisinde çocuğun menkul mal gibi düşünülerek zorla teslim alınıp teslimine konu edilmesinin çocuğun yararına aykırı bir uygulama olduğu aşikardır.

Velayet düzenlemesinde öncelikli olan çocuğun yararadır. Her bir kanun hükmü bu ilkeden yola çıkarak tesis edilmek zorundadır, çünkü küçük yaştaki çocuğun duygu dünyasında; mahkeme ilamını, icra memurunun vazifesini ifa ettiğini, kanun hükmünün icra edilmeye çalışıldığını ve diğer zorlayıcı hükümleri anlayabilmesi ve bunları haklı görmesini beklemek imkansızdır. Öyleyse İcra İflas Kanununun ilgili maddelerinde terminoloji ve uygulama bakımından evleviyetle çocuk yararına bir yenilemeye gidilmesi hayati önem arz etmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÇOCUK İLE KİŞİSEL İLİŞKİNİN DÜZENLENMESİ

I. KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ DAYANAĞI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Boşanmanın çocuklarla ilgili kişisel sonuçlarından bir diğeri, anne veya babanın velayeti kendisine bırakılmayan çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkıdır⁴⁴⁵. Çocuk, hakim kararıyla taraflardan hangisine verilmişse, o ebeveyn tek başına velayet hakkının sahibi olur. Diğer taraf bakımından velayet hakkı artık son bulmuştur⁴⁴⁶. Ancak bu durumda sona eren sadece velayet hakkıdır. TMK. m. 182 / f. 1 hükmü, kişisel ilişki kurma hakkının devam ettiğini açıkça düzenlemektedir.

TMK. m. 182 / f. 1 uyarınca⁴⁴⁷, hakim boşanmaya ya da ayrılığa karar verirken anne ve babanın çocuk ile olan kişisel ilişkilerini resen düzenlemek zorundadır⁴⁴⁸. Diğer bir ifade ile kişisel ilişkinin kamu düzeninden olması dolayısıyla hakim, talep olmasa da kişisel ilişkiyi hükme bağlayacaktır⁴⁴⁹. Ancak kişisel ilişki kurma hakkı, boşanma ve ayrılık hallerine münhasır değildir⁴⁵⁰. Velayet hakkı kaldırılmamakla beraber, TMK. m. 347 uyarınca çocuğun bir aile yanına veya kuruma yerleştirilerek başkasının koruma ve gözetimine bırakıldığı hallerde de anne babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı

⁴⁴⁵ Gençcan, s.1119; Aras, s.314; Kaçak, s.651; İnal, s.617.

⁴⁴⁶ Akıntürk/Ateş, s.313(Aile); Özmen, s.467.

⁴⁴⁷ TMK. m. 182 / f. 1: “Mahkeme boşanmaya veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra ana ve babanın haklarını ve çocukla kişisel ilişkilerini düzenler.”

⁴⁴⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s.146; “...Velayeti bırakılmayan tarafla küçükler arasında uygun kişisel ilişki kurulmaması da usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 18.10.2005. E.8391, K.14409 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 24.02.2015. E.2014/18206, K.2015/2581 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 06.11.2014. E.10647, K.21863 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 31.01.2005. E.2004/15286, K.2005/998 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 24.05.2004. E.2004/5659, K.6642 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 24.03.2003. E.2891, K.4037 (Sinerji); “...Velayeti anneye verilen küçük ile baba arasında kişisel ilişki düzenlenmemesi kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 24.03.2003. E.2891, K.4037 (Tutumlu), s.1383; Yargıtay 2. HD. 20.10.2005. E.11988, K.14608 (Özüğür), s.740; Yargıtay 2. HD. 28.09.2004. E.7936, K.10798 (Özüğür), s.740; Yargıtay 2. HD. 11.03.2002. E.2674, K.3338 (Ali Karagülmez/Sami Sezai Ural, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Kanunu, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), s.115.

⁴⁴⁹ Ergün, s.1093.

⁴⁵⁰ Canan Yılmaz, “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, [Elektronik Versiyon] *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2015, C.35, S.1, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/411017>(26.06.2019), s.107(Yargıtay).

bulunmaktadır. Bu hallerde kişisel ilişki hakkının dayanağı, TMK. m. 323'ün “*Ana ve babadan her biri, (...) kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.*” hükmüdür. Medeni Kanun m. 323 düzenlemesi, TMK. 182'nci maddeden farklı olarak anne babanın talebi şartını aramaktadır⁴⁵¹.

Velayet hakkının son bulması, velayet kendisine verilmeyen ebeveynin müşterek çocukla kişisel ilişki kurup görüşmesine, onunla vakit geçirmesine, aralarındaki duygusal bağlılığı sürdürmeye yönelik paylaşımlarda bulunmasına engel değildir⁴⁵².

Kişisel ilişki kurma hakkı, anne veya babanın velayeti kendisine bırakılmayan çocuğu ile görüşmesi, özlem gidermesi, çocuğun gelişimi konusunda bilgi sahibi olması, çocuğun kendisinden uzaklaşmasını önleyerek her iki tarafın sevgi ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlayan en doğal ve inkar edilemez haklarından⁴⁵³. Çocuğun anne babasını tanıyıp bilmesi, onlar tarafından sevildiğini hissetmesi ve onlarla ilişki kurup, onlar tarafından yetiştirilmesi hakkının bir görünümüdür⁴⁵⁴.

Boşanma kararı ile velayet kendisine bırakılmayan ebeveynin çocuğunu görme hakkından mahrum kalmaması adına tanınmış olan kişisel ilişki kurma hakkı, anne babanın kişilik haklarındadır. Kişisel ilişki kurma hakkı, bir başkasına devredilemeyeceği gibi bu haktan feragat de mümkün değildir. Anne babanın bu haktan feragat etmeleri anlamına gelecek şekilde yaptıkları anlaşmalar da geçersizdir⁴⁵⁵.

⁴⁵¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.146; Tutumlu, s.1382; İbrahim Özbay, “Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası”, *e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, 2009, S.84, www.e-akademi.org (05.11.2016), s.12-40; “...TMK 323'üncü maddesi, ‘Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.’ hükmünü taşımaktadır. Müşterek çocuklar F ve A ile davalı anne arasında kişisel ilişki kurulmamıştır. Davalı anne ile velayetleri babaya bırakılan müşterek çocuklar arasında uygun kişisel ilişki kurulması gerekirken bu yön dikkate alınmadan yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 07.05.2007. E.18591, K.7505 (Gençcan), s.1119; Yılmaz, s.108(Yargıtay).

⁴⁵² Akıntürk/Ateş, s.313(Aile).

⁴⁵³ Akıntürk/Ateş, s.396(Aile); Akyüz, s.145(Müşterek Hayatın Tatili); Serozan, s.240; “...Boşanma halinde velayet kendisine bırakılmayan ana veya babanın çocukla şahsi münasebet kurması için gerekli görülen tedbirlerin alınması Medeni Kanununun 148'inci maddesinde (TMK. m. 182) emredilmektedir. Bu hüküm çocuğun velayet verilmeyen ana ya da babası ile şahsi ilişkisinin hayatı öneminin bir sonucudur.” Yargıtay 2. HD. 30.10.2000. E.12847, K.13179 (Özmen), s.500.

⁴⁵⁴ Usta, s.74.

⁴⁵⁵ Ceylan, s.165; Dural/Öğüz/Gümüş, s.350; Güneşlioğlu, s.102; Yargıtay 2. HD. 07.11.1942. E.468, K.3943 bkz.(Canan Şimşek), s.120, dn.486; İlknur Serdar, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, [Elektronik Versiyon] *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C.9, Özel Sayı,

Kişisel ilişki kurma hakkının hukuki niteliğiyle ilgili olarak, bir görüşe göre anne babanın çocukla olan soybağı ilişkisine istinaden tesis edildiği⁴⁵⁶; diğer taraftan bizim de katıldığımız görüşe göre ise kişisel ilişkinin salt soybağı ilişkisine değil de anne baba olma duygusu ve manevi yönüne bağlı olduğu⁴⁵⁷ savunulmaktadır.

Anne baba ile çocuk arasındaki ilişki, kan hısımlığı olarak sadece hukuki bir nitelik taşımaz; aynı zamanda sevgi, şefkat ve hoşgörü gibi duygusal bir ilişkiyi de içinde barındırmaktadır⁴⁵⁸. Velayet hakkı sona ermesine rağmen velayet kendisine bırakılmayan anne veya baba ile çocuk arasındaki manevi bağ ve birbirlerine olan sevgi, varlığını korumaktadır. Nitekim bu yönüyle kişisel ilişki kurma hakkını sadece soybağı ilişkisinin varlığına hasretmek uygun olmayacaktır.

Hal böyle olunca kişisel ilişki düzenlemesini sadece soybağının varlığı üzerine temellendiren görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü salt çocuğu dünyaya getirmiş olmak, diğer bir deyişle çocuğun biyolojik anne babası sıfatını taşımak; ebeveynlerin, anne baba olma duygusunu hissedip yaşayabildikleri, müşterek çocuğu sevdikleri, ona hoşgörülü ve şefkatli davrandıkları, saygı duydukları ve ona yol gösterip rehberlik edebilecek kişiler oldukları anlamına gelmez⁴⁵⁹.

Önceleri kişisel ilişki hakkının sahibi anne baba iken, çocuk haklarının tanınip uygulamada yer almasıyla beraber çocuk da bu hakkın objesi olmaktan çıkarak süjesi haline gelmiş bulunmaktadır⁴⁶⁰. Bu konuya ilişkin olarak, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 9 / 3 maddesi uyarınca, "*Taraf Devletler, ana babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babasından ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler.*" Diğer yandan 1982 Anayasası'nın 'Ailenin korunması ve çocuk hakları'⁴⁶¹ başlığı altında yer alan m. 41 / f. 3, "*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek çıkarına aykırı olmadıkça ana ve babasıyla*

[http://webb.deu.edu.tr/hukuk/egitimogretim/dergi/icindekiler9-ozelsayi.htm\(21.12.2015\)](http://webb.deu.edu.tr/hukuk/egitimogretim/dergi/icindekiler9-ozelsayi.htm(21.12.2015)), s.741(Kişisel).

⁴⁵⁶ Yargıtay 2. HD. 23.09.1976. E.5861, K.6510 bkz.(Canan Şimşek), s.121, dn.488.

⁴⁵⁷ Akyüz, s.145(Müşterek Hayatın Tatili)

⁴⁵⁸ Serdar, s.739(Kişisel).

⁴⁵⁹ Akyüz, s.144(Müşterek Hayatın Tatili)

⁴⁶⁰ Serdar, s.742(Kişisel)

⁴⁶¹ 'Ailenin korunması' biçiminde olan başlık, 07.05.2010 günlü ve 5082/4 maddesi ile 'Ailenin korunması ve çocuk hakları' olarak değiştirilmiştir.

kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.” düzenlemeleriyle kişisel ilişki kurma hakkının çocuk bakımından kişilik hakkının ayrılmaz bir parçası olduğu vurgulanmıştır. Bu nedendir ki, kişisel ilişki kurma hakkı, iki taraflı olarak kabul edilmektedir. Anne babanın çocukla kişisel ilişki kurulması talep haklarının yanı sıra, çocuk da anne babasıyla kişisel ilişki kurulmasını talep etme hakkını haizdir. Doktrin ve uygulamada, kişisel ilişki kurma hakkının anne babanın yanı sıra çocuğa da tanınmış bir hak olduğu kabulü yer almaktadır⁴⁶².

TMK. m. 323 hükmü ile anne babanın çocukla kişisel ilişki kurma taleplerinin uygun bir nitelik taşıması gerektiği öngörülmüştür. Bu uygunluk kriterinin tespitinde somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulacaktır. Ancak TMK. m. 182 / f. 2, çocukla kişisel ilişki tesis edilirken çocuğun eğitim, ahlak ve sağlık bakımından yararlarına öncelik verileceği hükmünü amirdir. Bu durumda çocuğun yararının her bir somut olayda anne babanın çıkarlarına üstün tutulacağı anlaşılmaktadır⁴⁶³.

⁴⁶² Tekinay, s.278; Canan Şimşek, s.122; Yılmaz, s.106(Yargıtay); Erlüle, s.262(Ziyaret); Erlüle, s.221; *“Bu hak, anne/baba için olduğu kadar çocuk için de bir haktır.”* Yargıtay H.G.K. 20.03.2013. E.2012/2-799, K.2013/389(Sinerji); Yargıtay 2. HD. 16.10.2018. E.2016/25496, K.2018/11115(Sinerji).

⁴⁶³ Dural/Öğüz/Gümüş, s.350; *“...Çocukla ana baba arasındaki ilişkiler düzenlenirken tarafların şefkat, sevgi ve benzeri duygularının tatmininden önce küçüğün bedeni ve fikri inkişafı ve menfaatlerinin zedelenmemesi ön planda göz önünde tutulmak icabeder.”* Yargıtay 2. HD. 14.09.1971. E.5218, K.5027 (Yalçinkaya/Kaleli), s.1964; *“...Çocukla ana baba arasında kişisel ilişki düzenlenirken ön planda tutulması gereken husus çocuğun yararlarıdır. Başka bir anlatımla küçüğün bedeni ve fikri gelişimine engel olacak ya da tehlikeye düşürecek şekilde bir ilişkiye müsaade edilemez. Her ne kadar ana babalık duygularının tatmini de önemli bir faktör ise de, çatışma halinde çocuğun yararını ana babanın yararına üstün tutmak zorunludur.”* Yargıtay 2. HD. 17.01.1983. E.103, K.81 (Yalçinkaya/Kaleli), s.1962; Yargıtay 2. HD. 25.01.1982. E.8687, K.405 (Yalçinkaya/Kaleli), s.1962; Yargıtay 2. HD. 13.04.2010. E.734, K.7240 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 05.05.2003. E.14527, K.15589 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 20.04.2015. E.5618, K.7861 (Sinerji); *“...Somut olayda kişisel ilişki tesisi çocuğun bedensel gelişimi bakımından yararına bir düzenleme değildir. O halde çocuğun yaşı göz önüne alınarak daha uygun sürelerle kişisel ilişki tesisi gerekirken, bu husus nazara alınmadan hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”* Yargıtay 2. HD. 28.03.2013. E.2012/21866, K.2013/8689 (Sinerji); *“...Velayeti anneye verilen müşterek çocuk ile baba arasında şahsi ilişki düzenlenirken analık babalık duygusundan ziyade çocuğun bedeni ve fikri gelişiminin nazara alınması, çocuğun yaşının küçüklüğü üzerinde durulması, şahsi ilişkinin başlangıç ve bitiş saatlerinin gösterilmesi gerekir.”* Yargıtay 2. HD. 19.02.2004. E.2003/16663, K.2004/1898 (Sinerji).

II. KİŞİSEL İLİŞKİ DÜZENLENİRKEN GÖZETİLECEK İLKELER

A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu 182'nci maddesi ile boşanma sonrasında velayet kendisine bırakılmayan taraf ile çocuğun düzenli olarak görüşmelerine imkan sağlamakla aralarındaki duygu bağının devamı kanuni zemine oturtulmuştur.

Diğer taraftan da TMK. m. 323'ün "*Ana babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.*" düzenlemesiyle kişisel ilişki kurma hakkı pekiştirilmiştir⁴⁶⁴.

TMK. 182 ve 323'üncü maddeleri birlikte ele alındığında, sadece velayet hakkı kendisine bırakılmayan ebeveynin değil, velayet hakkına sahip olmakla beraber TMK. m. 347 uyarınca çocuğun bir aile yanına veya kuruma yerleştirilerek başkasının koruma ve gözetimine bırakıldığı hallerde de anne babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkının güvence altına alındığı sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁶⁵.

Hakim, kişisel ilişkiyi düzenlerken TMK. m. 182 / f. 2 uyarınca çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarını gözeterek somut olayın koşullarına göre kanun koyucunun kendisine tanıdığı olduğu takdir yetkisini kullanacaktır⁴⁶⁶. Çocuğun üstün yararı ile kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan ebeveynin annelik babalık duygularının tatmini ya da özellik arz eden diğer durumları dikkate alınarak arada bir menfaat dengesi kurulması gerektiğine dair Yargıtay kararı

⁴⁶⁴ TMK. 323'üncü madde gerekçesinde de, "... Bu madde, bir bakıma 182'nci maddede düzenlenen, boşanan eşlerden velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkının da dayanağıdır. 182'nci madde hükmü ise, boşanma halinde velayet hakkının kullanılmasının hangi eşe bırakılacağına ve boşanan eşin (veya çocuk vesayet altında ise, eşlerin) çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkının nasıl kullanılacağına hakim tarafından kararlaştırılmasına ilişkindir." denilmek suretiyle iki madde arasındaki irtibat açıklanmıştır.

⁴⁶⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s.350; Tutumlu, s.1382; "...TMK 323'üncü maddesi, 'Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.' hükmünü taşımaktadır. Müşterek çocuklar F ve A ile davalı anne arasında kişisel ilişki kurulmamıştır. Davalı anne ile velayetleri babaya bırakılan müşterek çocuklar arasında uygun kişisel ilişki kurulması gerekirken bu yön dikkate alınmadan yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır." Yargıtay 2. HD. 07.05.2007. E.18591, K.7505 (Gençcan), s.1119

⁴⁶⁶ Pişken Arabacı, s.65; TMK. m. 4: "Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir."

bulunmaktadır⁴⁶⁷. Hakim, kişisel ilişki kurma hakkını tesis ederken annelik ve babalık duygularının da tatminini gözeticek, ancak menfaatlerin çatışması halinde çocuğun yararlarını anne babaninkine üstün tutacaktır⁴⁶⁸.

TMK. m. 182 / f. 2 hükmü, kişisel ilişkinin düzenlenmesinde hakime yol gösterici olmak üzere örnek mukabilinden ölçütler belirlemiş, burada kanun koyucu 'özellikle' ibaresini kullanmakla madde metninde yer alanların dışındaki kıstasların da ele alınarak çocuğun yararının belirlenmesi hususunu vurgulamıştır.

B. Çocuk Bakımından Gözetilecek İlkeler

Boşanma yargılamasında hakim, velayet kendisine bırakılmayan anne veya baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi tesis ederken çocuğun özelliklerini ve bu özellikler bakımından da ortak ve genel bir ilke olarak ve öncelikle çocuğun yararını göz önünde bulundurmaya zorundadır⁴⁶⁹. Şüphesiz, kişisel ilişkinin tesisinde sınırları çocuğun yararı belirlemektedir⁴⁷⁰. TMK. m. 182 / f. 2 hükmünde de çocuğun yararı ilkesi açıkça düzenlenmiştir.

Yargıtay kararlarında çocuğun yaşı, eğitimi, sağlık durumu, ahlaki yararı, kardeşlerin birbirini görebilmesi, çocuğun görüşünün alınması ilkeleri yol gösterici olarak göz önünde bulundurulmuş ilkelere dir. Çocuğun yararını sağlamaya yönelik olan bu ilkeleri ayrı ayrı ele alacak olursak:

Kişisel ilişki düzenlenmesinde çocuğun yaşı⁴⁷¹ hakim tarafından dikkate alınmalıdır. Zira çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç bir yaşta olup olmaması

⁴⁶⁷ "...Müşterek çocuk ile velayet verilmeyen taraf arasında kişisel ilişki düzenlenirken, bir tarafta analık babalık duygularının (çocuk sevgisinin) tatmini, diğer tarafta küçüğün ruhsal ve bedensel gelişiminin olumsuz etkilenmemesi gibi iki farklı amaç arasında uygun, makul ve adil bir dengenin kurulması gerekir." Yargıtay 2. HD. 06.02.1992. E.1234, K.1176 (Çetinkaya), s.65.

⁴⁶⁸ Yalçınkaya/Kaleli, s.1854 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s.350; Kılıçoğlu, s.603(Aile); bkz. 'Anne Baba Bakımından Gözetilecek İlkeler', s.117 vd.

⁴⁶⁹ Güneşlioğlu, s.105; Usta, s.82; Grassinger, s.195;Ceylan, s.168; "Her ne pahasına olursa olsun şahsi ilişki kurulması yerine, çocuğun üstün yararına uygun şahsi ilişki kurulması zorunluluğu bilinmelidir." Köseoğlu/Kocaağa, s.499; Fulya Erlüle, "Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı"[Elektronik Versiyon] *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C.9, S.2, [https://dergipark.org.tr/download/article-file/573715\(02.07.2019\)](https://dergipark.org.tr/download/article-file/573715(02.07.2019)), s.267(Ziyaret); Yılmaz, s.111(Yargıtay)

⁴⁷⁰ Grassinger, s.194.

⁴⁷¹ Çelikel, s.119; Dural/Öğüz/Gümüş, s.350; Çelik, s.296.

ilişkilerin tesisinde belirleyici rol oynayacaktır⁴⁷². Anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuk, emzirme döneminde ise, geceleri annesinin yanında geçirmelidir. Bu konuda Yargıtay'ın, süt emme çağında olan küçüğün baba yanında tam gün kalmamasına özen gösterilmesi gerektiği yönünde kararları mevcuttur⁴⁷³. Hatta küçüğün emzirme saatlerinin dahi geçirilmemesi gerektiği de söylenebilir⁴⁷⁴. Ayrıca anne bakım ve şefkatine muhtaç olan küçüğün her hafta sonu bir gün annesinden ayrılmasının küçüğün gelişimine olumsuz etki edeceği⁴⁷⁵ ve yine bir buçuk yaşındaki bir çocuğun bir ay süre

⁴⁷² Pişken Arabacı, s.66.

⁴⁷³ "...Velayeti anneye verilen tarafların müşterek çocuğu Yağmur, 27.05.2005 doğumlu olup, karar tarihinde bir yaşını doldurmamıştır. Emzirme döneminde. Bu yaştaki bir çocuğun cumartesi günü saat 10.00'dan Pazar günü saat 10.00'a kadar, dini bayramların ikinci günü saat 10.00'dan üçüncü günü saat 10.00'a kadar ve temmuz ayının birinci günü aynı saat ile ağustos ayının birinci günü aynı saate kadar baba yanında kalacak şekilde kişisel ilişki tesisi çocuğun bakımını engeller. Bu yön gözetilmeden kişisel ilişki tesisi usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 2. HD. 05.12.2006. E.10351, K.16974 (Gençcan), s.1131; "...Velayeti anneye verilen müşterek çocuk 14.02.2003 doğumludur. Küçük Bekir Emre yaşı nedeniyle ana bakım ve şefkatine muhtaçtır. Bu husus nazara alınmaksızın gece yatısına kalacak şekilde baba ile şahsi ilişki tesisi isabetsizdir." Yargıtay 2. HD. 06.07.2005. E.8556, K.10642 (Gençcan), s.1131; "Velayeti anneye bırakılan müşterek çocuk 29.08.2007 doğumludur. Cemre Naz ile baba arasında kişisel ilişki düzenlenirken öncelikle küçüğün bedeni ve fikri gelişimi dikkate alınmalıdır. Müşterek çocuğun yaşı göz önüne alınarak babayla yatılı kalmayacak şekilde kişisel ilişki düzenlemesi gerekirken yazılı olduğu şekilde düzenleme yapılması doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2. HD. 03.11.2009. E.15608, K.18818 (Gençcan), s.1131; Yargıtay 2. HD. 27.12.2005. E.15423, K.18360 (Gençcan), s.1131; "...Küçüğün yaşı da göz önünde tutularak her hafta cumartesi ya da Pazar olmak üzere tek bir gün, gündüz saatleri ile sınırlı olarak kişisel ilişkinin düzenlenmesi uygun olur." Yargıtay 2. HD. 28.02.1986. E.1826, K.2161 bkz.(Güneşlioğlu), s.106, dn.487; Yargıtay 2. HD. 27.12.2005. E.11875, K.18399.(Özüğür), s.736; Yargıtay 2. HD. 26.10.2000. E.10935, K.13029 (Özüğür), s.736.

⁴⁷⁴ Gençcan, s.1131.

⁴⁷⁵ "Müşterek çocuk 10.07.2013 doğumludur. Mahkemece davalı baba ile çocuk arasında "aynı yerde oturmaları halinde her ayın 1. ve 3. haftaları cumartesi ve pazar günleri ile dini bayramların 2. ve 3. günleri sabah saat 09:00'dan ertesi gün akşam saat 17:00'ye kadar; her yıl 1 Temmuz günü sabah saat 09:00'dan 31 Temmuz günü saat 17:00'a kadar, farklı yerde oturmaları halinde her yıl 1 Temmuz günü sabah saat 09:00'dan 31 Temmuz günü saat 17:00'a kadar" kişisel ilişki kurulmuştur. Velayeti anneye verilen müşterek çocuk halen anne bakım ve şefkatine muhtaç olması nedeniyle, uzun süreli olarak anne yanından ayrılması çocuğun bedeni ve fikri gelişmesine engel olacağı gibi, davacı annenin velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine de engel olacaktır. Kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararların değişen şartlara göre her zaman değiştirilmesi mümkündür. Baba ile müşterek çocuk Haktan arasında daha kısa süreli şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmadığı" Yargıtay 2. HD. 14.01.2016. E.2015/8979, K.2016/588(Sinerji); "...Küçük Edanur 28.04.2002 doğumludur. Ayın her Pazar günü baba ile kişisel ilişki kurulması onun bedeni ve fikri gelişimini engelleyeceği gibi annenin velayet hakkını gereği gibi kullanmasına da engel olacak niteliktedir. Daha uygun kişisel ilişki kurulmak üzere hükmün bozulması gerekmektedir." Yargıtay 2. HD. 25.10.2004. E.11413, K.12372 (Gençcan), s.1132; "...Müşterek çocuk Arda 30.01.2006 doğumludur. Bir buçuk yaşındadır. Velayeti anneye bırakılan çocukla baba arasında ayın her cumartesi günü kişisel ilişki kurulması annenin velayet hakkını kısıtlayacak niteliktedir." Yargıtay 2. HD. 12.04.2007. E.17160, K.6186 (Gençcan), s.1132; "... Müşterek çocuk 2002 doğumlu olup, baba ile her hafta sonu Pazar günü saat 09.00-17.00 arası kişisel ilişki tesisi yaşı itibarıyla çocuğun eğitim, bedeni ve fikri gelişimini olumsuz etkileyeceği gibi(...). Daha uygun süreli kişisel ilişki tesisi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2. HD. 03.05.2004. E.4772, K.5711 (Gençcan), s.1132; Yargıtay 2. HD. 17.06.2004. E.6835, K.7989(Gençcan), s.1132; Yargıtay 2. HD. 09.06.2004. E.6596, K.7498 (Gençcan), s.1133; Yargıtay 2. HD. 27.12.2005. E.11875, K.18399 (Gençcan), s.1133.

ile babasına bırakılmasının uygun olmayacağına⁴⁷⁶ dair Yargıtay kararları da bulunmaktadır. Öyleyse hakim, müşterek çocuk ile baba arasında kişisel ilişki tesis ederken, çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç halde olup olmadığı hususunu gözeterek ziyaretlerin süre ve sıklığını belirleyecektir⁴⁷⁷.

Müşterek çocuk anne bakım ve şefkatine muhtaç olma yaşını geçmiş ise, bu durumda baba ile kişisel ilişki bakımından küçüğün baba yanında yatılı kalacak şekilde bir hüküm kurulması gerekmektedir⁴⁷⁸. Ancak düzenlenecek kişisel ilişkide, ziyaretlerin

⁴⁷⁶ “...Velayeti anneye verilen müşterek çocuk 17.08.2003 doğumludur. Ana bakım ve şefkatine muhtaç küçük ile davalı baba arasında 1-30 Temmuz tarihleri arasında şahsi münasebet tesisine karar verilmesi çocuğun bedeni gelişimine engel olacağından doğru olmadığı gibi çocuğun davacı anne tarafından davalı babaya gönderilmek suretiyle kişisel ilişki kurulması da isabetsizdir.” Yargıtay 2. HD. 12.05.2005. E.5560, K.7845 (Gençcan), s.1133; “...Velayeti anneye bırakılan Yiğitcan 09.08.2003 doğumludur. İki yaşındadır. Her yılın temmuz ayı boyunca baba yanına bırakılması onun bedeni ve fikri gelişimine olumsuz etki yapar. Açıklanan husus üzerinde durulmaması da yerinde değildir.” Yargıtay 2. HD. 24.10.2005. E.12312, K.14753 (Gençcan), s.1133; Yargıtay 2. HD. 02.10.1998. E.8593, K.10237 (Gençcan), s.1133; Yargıtay 2. HD. 24.10.2005. E.12038, K.14708 (Gençcan), s.1133; Yargıtay 2. HD. 30.03.2010. E.2009/3782, K.2010/6130 (Sinerji).

⁴⁷⁷ Serdar, s.764(Kişisel).

⁴⁷⁸ “Velayeti elinde bulundurmayan baba ile ortak çocuk arasında düzenlenen kişisel ilişkinin ortak çocuğun yaşı da gözetildiğinde yetersiz kaldığı anlaşılmaktadır. Baba ile ortak çocuk arasında babalık duygularını tatmin edecek şekilde yarı yıl tatili ve yaz tatilinde temmuz ayı süresince yatılı olacak şekilde daha uygun süreli kişisel ilişki kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD. 04.07.2018. E.2016/21111, K.2018/8519 (Sinerji); “...Çocukla ana veya baba arasında düzenli kişisel ilişki kurulması ve bu ilişkinin sürdürülmesi çocuk için bir hak olduğu gibi, düzenli kişisel ilişki elde etme ve sürdürme ana veya baba için de bir haktır. Kişisel ilişki tesisinden beklenen amaç çocukla ebeveynleri arasında aile bağlarını geliştirmek ve bu suretle çocuğun sağlıklı gelişimini sağlamaktır. Bu bakımdan kişisel ilişki tesis edilirken çocuğun bedeni, fikri ve ruhsal gelişimi esas alınarak amacı gerçekleştirici bir düzenleme yapılmalıdır. Velayeti anneye bırakılan müşterek çocuk ... 2011 doğumlu olup, baba yanında yatılı kalmasına engel yoktur. Bu yönler gözetilmeden, davacı-davalı baba ile müşterek çocuk arasında 10 yaşına kadar sadece ayda iki kere yatılı olmayacak şekilde ve dini bayramların ikinci günü yatılı olmayacak şekilde kişisel ilişki kurulması beklenen amaca aykırılık teşkil eder. Ancak, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, hükmün bu bölümünün düzeltilerek onanmasına karar verilmesi gerekmektedir (HUMK m. 438/7).” Yargıtay 2. HD. 16.03.2016. E.3130, K.4601 (Sinerji); “...Kabule göre de; müşterek çocuğun yaşı da göz önüne alınarak baba ile yatılı kalacak şekilde kişisel ilişki kurulmaması da uygun bulunmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 22.12.2004. E.15642, K.15542 (Gençcan), s.1134 ; “...Kişisel ilişkiden amaç, analık ve babalık duygularının tatminini sağlamaktır. Velayeti annede olan müşterek çocuk Efe 24.05.2003 doğumludur. Davacı baba ile küçük arasında boşanma kararı ile düzenlenen kişisel ilişki aradan geçen zaman içerisinde çocuğun yaşının büyümüş olması da nazara alındığında yetersiz kalmıştır. O halde davacı ile küçük arasında ayın belli haftaları ve uzun süreli yatıya kalacak şekilde kişisel ilişki kurulması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD. 16.12.2009. E.18162, K.21771 (Gençcan), s.1134; Yargıtay 2. HD. 03.03.2005. E.1298, K.3171 (Gençcan), s.1134; Yargıtay 2. HD. 05.10.2004. E.9879, K.11228 (Gençcan), s.1134; Yargıtay 2. HD. 05.05.2009. E.6233, K.8718 (Gençcan), s.1134; “...Davacının İstanbul’da müşterek çocukların ise velayetlerinin verildiği davalı anneleriyle birlikte Silifke’de yaşadıkları anlaşılmaktadır. Tarafların farklı şehirlerde olmaları, çocukların yaşları da dikkate alınarak yatılı kalacak şekilde (...) kişisel ilişki kurulması gerekir.” Yargıtay 2. HD. 09.06.2014. E.6601, K.12745 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 25.05.2010. E.2009/5029, K.2010/10106 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 17.02.2010. E.2009/1211, K.2010/2855 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 12.11.2013. E.6931, K.26014 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 22.12.2014. E.26414, K.26222 (Sinerji).

sıklığı velayet hakkına sahip olan ebeveynin velayet görevini yerine getirmesine⁴⁷⁹ ve çocukla ilgilenmesine engel olmamalı⁴⁸⁰, velayet kendisine bırakılan tarafı sürekli eve bağımlı bir hale getirmemelidir⁴⁸¹.

Hakim, anne ve/veya babanın çocukla olan kişisel ilişkilerini düzenlerken çocuğun bedeni ve fikri gelişimini göz önünde bulundurmalı⁴⁸², kurulacak olan kişisel ilişki çocuğun bedensel ve ruhsal sağlığını tehdit etmemelidir⁴⁸³.

⁴⁷⁹ “...Velayeti davalı annede bulunan müşterek çocuk ile davacı baba arasında her hafta sonu kurulan kişisel ilişki davalı annenin velayet görevini gerektiği şekilde yerine getirmesine engel olacağı gibi, anneyi her hafta sonu eve bağımlı hale getirecektir. Ayrıca bu şekilde kurulan kişisel ilişkide, her hafta sonu yer ve ortamı değişen çocuğun da üstün yararı bulunmamaktadır. O halde mahkemece, davacı baba ile müşterek çocuk arasında her ayın belirli hafta sonları yatılı olacak şekilde uygun kişisel ilişki kurulması gerekirken yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi yanlış olmuştur.” Yargıtay 2. HD. 05.05.2014. E.3384, K.10303 (Sinerji); “...Velayeti davacı babaya verilen müşterek çocuk ile her hafta Pazar günü davalı annesi ile kişisel ilişki kurulması, davacı babanın velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine engel olacağı gibi anne yanında yatılı bırakmayacak şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi de doğru değildir.” Yargıtay 2. HD. 27.06.2005. E.7766, K.9997 (Özüğür), s.746.

⁴⁸⁰ “...Müşterek çocuklarla kişisel ilişkinin her hafta sonu tesisi, davacıyı eve bağımlı hale getirebileceği gibi, çocuklarla ilgilenmesini de etkileyecek niteliktedir. Ayın belirli hafta sonlarını içerecek şekilde daha uygun kişisel ilişki tesisi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi (...) kanuna aykırı olup hükmün bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 2. HD. 19.10.2004. E.10782, K.12121 (Gençcan), s.1135; “...Baba ile her hafta sonu kişisel ilişki kurulması, annenin her hafta sonu eve bağlılığı ve hafta sonları çocuklarıyla ilgilenememesi sonucunu doğurur. Daha uygun kişisel ilişki kurulması için hükmün bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 2. HD. 22.05.2003. E.6456, K.7475 (Tutumlu), s.1385.

⁴⁸¹ “...Küçükler anne bakım ve şefkatine muhtaç olup, her hafta Salı ve Perşembe günleri arasında kişisel ilişki tesisi, davacıyı eve bağlar şekilde ve amacına uygun değildir. Ayın her hafta sonu olmayacak şekilde belirli hafta sonları babayla kişisel ilişki kurulması gerekirken yazılı olduğu şekilde kişisel ilişki kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD. 20.12.2004. E.13901, K.15371 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 25.06.2012. E.12283, K.17596 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 03.05.2011. E.2010/6638, K.2011/7635 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 25.10.2010. E.2009/15824, K.2010/17641 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 08.04.2010. E.668, K.6930 (Sinerji); “...Davacı anne çalışmaktadır. Müşterek çocuk 13.12.2000 doğumludur. Her hafta sonu cumartesi günü saat 10.00’den ertesi günü saat 18.00’e kadar baba ile kişisel ilişki kurulması doğru görülmemiştir. Çünkü, bu şekilde kişisel ilişki tesisi davacı anneyi her hafta sonu eve bağımlı hale getirebileceği gibi, çocuğun ihtiyaçları ve bakımı ile de ilgilenmesini engeller niteliktedir.” Yargıtay 2. HD. 05.05.2004. E.4726, K.5807 bkz.(Çelikel), s.120, dn.350; Yargıtay 2. HD. 19.10.2005. E.11686, K.14483(Özüğür), s.740; Yargıtay 2. HD. 22.11.2004. E.11576, K.13576 (Özüğür), s.740.

⁴⁸² “...Mahkemece velayeti davalı-karşı davacı annede bulunan 07.12.2005 doğumlu M. ile davacı-karşı davalı baba arasında her hafta sonu cumartesi günü saat 09.00’dan Pazar günü saat 18.00’e kadar kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiş olması, küçüğün yaşı, eğitimi, bedeni ve fikri gelişimini olumsuz yönde etkileyeceğinden doğru değildir.” Yargıtay 2. HD. 20.03.2013. E.2012/2-799, K.2013/389 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 05.07.2011. E.2010/16826, K.2011/11499 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 25.04.2011. E.2010/5849, K.2011/6879 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 20.02.2003. E.1166, K.2145 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 25.03.2004. E.2695, K.3758 (Özüğür), s.756; Yargıtay 2. HD. 25.06.2003. E.8492, K.9542 (Tutumlu), s.1384; “...Küçük A. 1997 doğumludur. Halen bir buçuk yaşındadır. Temmuz ayının 1-31 tarihleri arasında babaya bırakılmasının onun gelişimine olumsuz etki yapacağı açıktır.” Yargıtay 2. HD. 02.10.1998. E.8593, K.10237 (Tutumlu), s.1386; “...1988 doğumlu küçük D.’nin senenin iki buçuk ayını babanın yanında geçirecek biçimde uzun süreli kişisel ilişki kurulması onun bedeni ve fikri gelişimini tehlikeye sokacağı gibi, belli bir terbiye almasını da önler. Bu sakıncalar göz önünde bulundurularak baba ile küçük arasında daha uygun süreli kişisel ilişki kurmak gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 23.11.199 E.10700, K.11529 bkz.(Çelik), s.296, dn.189.

⁴⁸³ “...Müşterek çocuğun sağlık sorunları nedeniyle sürekli anne gözetiminde bulunması gerektiği toplanan delillerle sabittir. Bu yön gözetilmeden baba ile küçük arasında yazılı şekilde kişisel ilişki

TMK. m. 182 / f. 2 uyarınca kişisel ilişkinin tesisinde özellikle çocuğun sağlık, eğitim⁴⁸⁴ ve ahlak bakımından yararlarının esas tutulması gerektiği belirtilmiştir. Bu hususta kişisel ilişkinin sıklığı ve süresi, çocuğun eğitimi ve yararları bakımından önem arz etmektedir. Zira çocuğun birbirine zıt ve ikili terbiye sistemine maruz kalması çocuğun yararı bakımından tehdit oluşturmaktadır. ‘Göçebe’ denecek şekilde çocuğun anne baba arasında paylaşılması, onun değişik ortam ve terbiye anlayışı ile karşı karşıya kalması küçüğün kişilik kazanmasında olumsuz etkiler yaratabileceği gibi, eğitiminde de aksamalara yol açabilecektir⁴⁸⁵.

kurulmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 12.03.2007. E.3111, K.3779 (Gençcan), s.1139; “...Çocuklardan Y. 1999 doğumludur. Dosyadaki mevcut raporlardan Y.’nin bronşit astım, reflü ve Akdeniz anemisi rahatsızlıklarının olduğu sabittir. Y.’nin davacılarca yatılı bırakılması halinde, bu rahatsızlıkların onun hayatında tehlike yaratıp yaratmayacağı konusunda, sağlık kurulu raporu alınmadan ve gerekli araştırma yapılmadan Y. İle ilgili yazılı olduğu şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 31.05.2007. E.15598, K.9133 (Gençcan, s.1139); Boşanmış aile çocukları hakkında yapılan bir araştırmada katılımcılardan bir çocuk; velayete sahip olmayan annesinin her ziyarette kendisini “saçların ne biçimsiz!” sözleriyle karşıladığını; bu sözlerden sonra hemen tarağı alıp saçlarını ortadan ayırdığını; eve döndüğünde ise babası tarafından aynı sözlerle karşılanıp bu kez de saçlarının yana ayrılarak tarandığını, bu olay nedeniyle yaşantısı birbirine zıt iki ortamda sürdürmek zorunda kaldığını ve bu zıtlığın ruhsal dengesini bozduğunu hissettiğini belirtmiştir. bkz.(Serdar, s.764, dn.96’dan naklen)(Kişisel); “...Ruhsal sorunları bulunan çocukla baba arasında kişisel ilişki kurulurken çocuğun sağlığının olumsuz etkilenmemesi esas alınmalı, bu konuda uzman görüşü alınarak düzenleme yapılmalıdır.” Yargıtay 2. HD. 12.-.2000. E.7156, K.10177 (Özmen), s.472; Çelik, s.296.

⁴⁸⁴ “...1985 ve 1988 doğumlu küçüklerle ayrı yerde oturan babaları arasında yaz aylarında onların eğitimine engel olmayacak şekilde uzun süreli kişisel ilişki düzenlenmelidir.” Yargıtay 2. HD. 20.03.2000. E.721, K.3202 (Özmen), s.473; “...Taraflar ayrı kentte oturmaktadırlar. Ayda bir Cuma günü kişisel ilişki tesisi amaçtan uzak olduğu gibi öğrenci olan küçüklerin eğitimini de olumsuz etkilemektedir. Şahsi ilişki daha uzun ve eğitime engel olmayacak şekilde düzenlenmelidir.” Yargıtay 2. HD. 22.02.2000. E.2131, K.2214 (Özmen), s. 472; “...Davalı-karşılık davacı anne ile çocuğun Almanya’da, davacı-karşılık davalı babanın ise Türkiye’de ikamet ettikleri, çocuğun 2000 doğumlu olup öğrenim ve eğitim çağında olduğu anlaşılmaktadır. Çocuğun Almanya’daki eğitim ve öğrenim durumuyla ilgili taraflardan bilgi alınarak, oradaki eğitimine engel oluşturmayacak şekilde baba ile kişisel ilişki düzenlenmesi gerekir.” Yargıtay 2. HD. 09.07.2008. E.10957, K.10210 (Gençcan), s.1127; “...Çocuk ile baba arasında yaz aylarında kişisel ilişki kurulurken çocuğun kursu ile ilgi kurularak kadının, kocanın kişisel ilişkisini engelleyebileceğinin nazara alınmaması usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 28.03.2002. E.3924, K.4339 (Gençcan), s.1127; Yargıtay 2. HD. 27.09.2004. E.9721, K.10736 (Gençcan), s.1127; Yargıtay 2. HD. 23.12.2009. E.19608, K.22397 (Gençcan), s.1127; Yargıtay 2. HD. 05.02.2001. E.786, K.1894 (Özügür), s.778.

⁴⁸⁵ “...Mahkemece çocuğun senenin çift aylarında baba yanında, tek aylarında ise ana yanında kalması şeklinde kişisel ilişki kurulması öngörülmüştür. Bu düzenleme çocuğun zararlıdır. Çünkü 1977 doğumlu olup her yönden yetişecek çağda bulunan bir çocuğun her ay değişik ortamda ve değişik bir terbiye tarzı ile karşı karşıya kalması onun kişilik kazanmasını olumsuz yönde etkiler. Öte yandan çocuk okul çağına geldiğine göre, her ay çevre değiştirmesi, okulu iki eve de ne kadar yakın olursa olsun eğitim zorluğu meydana getirir.” Yargıtay 2. HD. 17.01.1983. E.103, K.81 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1962; Kılıçoğlu, s.195(Aile).

Diğer taraftan yaşam tarzıyla çocuğa iyi örnek olmayacak ebeveyn ile ilişkilerin tesisinde, çocuğun kendisiyle uzun süreli bir arada bulunmamasına özen gösterilmesi, yine çocuğun yararı ilkesi gereğidir⁴⁸⁶.

Kişisel ilişki kurma hakkı bakımından çocuğun yararı esas tutularak bir düzenlemeye gidilmesi, TMK. m. 182 / f. 2 uyarınca kanuni bir zorunluluktur. Çocuğun yararını temin bakımından Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12'nci; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3 ve 6'ncı madde hükümleri idrak çağında olan küçüğün kişisel ilişki konusunda görüşünün alınmasını öngörmektedir⁴⁸⁷. Buna göre, anne ve/veya babanın çocukla kişisel ilişki kurma talepleri ya da hakim in bu ilişkiyi re'sen düzenlemesi gereken durumlarda, kişisel ilişkinin kurulup kurulamayacağı ve kurulacak olan ilişkinin içeriği hakkında idrak çağında bulunan çocuğun beyanı alınarak, bunun hüküm tesisinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁴⁸⁸.

Ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün kişisel ilişki kurulmaması yönünde beyanda bulunması halinde, bu beyanı haklı gerekçelere dayanıyorsa ve çocuk kişisel ilişki kurulmasını reddetmenin sonuçlarını algılayabilecek olgunlukta ise, bu durumda anne ve/veya babanın kişisel ilişki düzenlenmesine dair taleplerinin reddedilecek ya da daha önceden tesis edilmiş olan görüşme hakkına son verilecektir⁴⁸⁹. Çocuğun ısrarla kişisel ilişkiyi reddetmesine rağmen kişisel ilişki kurulmuş ise, bu durum onun kişilik hakkının ihlaline de yol açar⁴⁹⁰.

Diğer taraftan beyanına başvuru olan küçük, ayırt etme gücünü haiz olmasa da kişisel ilişkinin kurulması yönünde isteği bulunmuyorsa bu hallerde de beyanı dikkate

⁴⁸⁶ Yargıtay 2. HD. 04.02.1993. E.13478, K.809 bkz.(Çelikel), s.121, dn.352.

⁴⁸⁷ bkz. s.5, dn.8,9.

⁴⁸⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s.350; Çelikel, s.130; Usta, s.82; Kılıçoğlu, s.604(Aile); "...Kişisel ilişki süresinin çocuğun eğitimini ve yetiştirilmesini engellememesi gerekir. Bu konuda gerekli araştırma yapılmaması ve 1991 doğumlu çocuğun bilgisine başvurulmaması da isabetsizdir." Yargıtay 2. HD. 27.10.2003. E.13233, K.14379 (Tutumlu), s.1388; "...Küçük Beyhan A. 12 yaşındadır. Halen (...) okulunda eğitimine devam ettiği anlaşılmaktadır. İdrak çağındadır. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3 ve 6 maddeleri ile Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. Maddeleri dikkate alınarak mahkemece Beyhan A. 'nin annesi ile arasında kurulan şahsi ilişki konusunda beyanın alınması, bu düşüncenin de diğer delillerle birlikte değerlendirilip hüküm kurulması gerekir. Bu yönün dikkate alınmaması usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 2. HD. 07.07.2005. E.9057, K.10845 (Sinerji).

⁴⁸⁹ Grassinger, s.194; Güneşlioğlu, s.107 vd.; Ertlüle, s.271(Ziyaret).

⁴⁹⁰ Yılmaz, s.114(Yargıtay).

alınarak çocuğun anne baba tarafından şiddet, istismar ve benzeri olaylara maruz bırakılıp bırakılmadığı hususu araştırılmadan karar verilmesi, çocuğun kişilik hakkının ve menfaatlerinin korunması adına bir tehlike oluşturur⁴⁹¹.

Anne babanın çocukla kişisel ilişkisi düzenlenirken, müşterek birden fazla çocuğun bulunması ve küçüklerin velayetlerinin aynı ebeveyne bırakılmamış olduğu durumlarda kardeşlerin birbirlerini görmelerini sağlayacak bir düzenlemeye gidilmesi gerekir⁴⁹². Kardeşlerin birbirlerini görme ve bir arada bulunarak birlikte zaman geçirmelerine engel olacak şekilde kişisel ilişki kurulması, çocukların ruhsal gelişimleri açısından olumsuz tesir yaratabilecektir. Bu nedenle kurulan ilişkide sürelerin iç içe geçmemesine özen gösterilerek kardeşlerin birbirlerini görmeleri sağlanmalıdır.

C. Anne Baba Bakımından Gözetilecek İlkeler

Hakim, kişisel ilişkiye dair hükmünü tesis ederken çocuğun özelliklerinin yanı sıra anne ve babanın özelliklerini de dikkate almak zorundadır. Zira çocuk ile velayet kendisine bırakılmayan anne veya baba arasında kurulacak olan ilişkinin hangi sıklıkta ve ne zaman olacağı, görüşmenin nerede ve ne şekilde gerçekleştirileceği hususları ebeveynlerin özelliklerinin ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

⁴⁹¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.351.

⁴⁹² Çelikel, s.121; Özmen, s.469; Kaçak, s.653; Ergün, s.1096; "...Mevcut durum ve şartlara göre, kardeşlerin birbirlerini görmelerine de sağlayacak şekilde daha uygun bir kişisel ilişki kurulması gerektiğinden," Yargıtay 2. HD. 16.03.2016. E.4625, K.5411 (Sinerji); "...Çocuk ile şahsi ilişki kurulurken kardeşlerin de birbirini görüp ilişki kurmalarına imkan sağlayacak bir düzenleme yapılması, onların gelişmeleri bakımından zorunludur." Yargıtay 2. HD. 27.10.2000. E.12525, K.13085 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 12.04.2007. E.2006/17697, K.2007/6206 (Köseoğlu/Kocaağa), s.504; Yargıtay 2. HD. 11.07.2011. E.2010/11606, K.2011/11975 bkz.(Çelikel), s.121, dn.354; Yargıtay 2. HD. 26.10.1992. E.10083, K.10252 (Yetik), s.229; Yargıtay 2.HD. 28.11.2013. E.12174, K.27972(Gençcan), s.265 (Velayet); Yargıtay 2. HD. 16.01.2014. E.2013/18432, K.2014/656 (Gençcan), s.265 (Velayet); "... Taraflar ayrı şehirde bulduklarına göre müşterek çocukların da birbirini görmelerini sağlamak üzere bir aydan az olmayacak şekilde yaz tatilinde ve iki çocuğun ilişki süreleri birbiri içine girmeyecek biçimde kişisel ilişkinin düzenlenmesi gerekir." Yargıtay 2. HD. 21.01.1985. E.9998, K.290 (Yalçinkaya/Kaleli), s.1959; "...Şahsi ilişki düzenlenirken kardeşlik duygularını tatmin edecek şekilde çocukların birbirlerini görmeleri de sağlanmalıdır." Yargıtay 2. HD. 01.11.1999. E.8166, K.11516 (Özmen), s.473; Yargıtay 2. HD. 05.11.1999. E.9325, K.11884 (Özmen, s.473); Yargıtay H.G.K. 07.02.2001. E.2-13, K.35 (Tutumlu), s.1385; Yargıtay 2. HD. 22.12.2004. E.14253, K.15520 (Özüğür), s.749; Yargıtay 2. HD. 07.10.1999. E.8067, K.10337 (Özüğür), s.788; Yargıtay 2. HD. 01.02.1999. E.13006, K.337 (Özüğür), s.792.

Kişisel ilişki kurulurken çocuğun yararları esas alınmakla birlikte anne babalık duygularının tatmini de amaçlanmaktadır⁴⁹³. Bu amaca yönelik olarak kişisel ilişki, anne babalık duygularının tatminini sağlayacak yeterlikte kurulmalıdır⁴⁹⁴. Bu duyguların tatmini sağlanmaya çalışılırken çocuğun gelişimine engel bir düzenleme yapılmamalıdır. Zira kişisel ilişkinin tesisinde öncelikli olarak çocuğun yararları esas alınmalıdır. Anne babalık duygularının tatmini önemli bir faktör ise de, çatışma halinde çocuğun yararına üstünlük tanınması bir zorunluluktur⁴⁹⁵.

⁴⁹³ Çelikel, s.123; Ergün, s.1095; Yargıtay 2. HD. 11.09.2000. E.9023, K.10085 (Özmen), s.473; "...Velayet kendisine verilmeyen baba ile ortak çocuk arasında babalık duygularının tatminine olanak verecek ve her ayın belirlenecek bir kısım hafta sonlarında çocuğun baba yanında yatmaya kalacağı şekilde uygun kişisel ilişki düzenlemesi yapılmamış olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 2. HD. 13.10.2011. E.16840, K.15784 (Sinerji); "...Ortak çocukla velayet kendisine verilmeyen ana veya babanın kişisel ilişkisinin tesisinde; çocuğun bedensel, ahlaki ve zihni gelişiminin gözetilmesi yanında analık ve babalık duygularının tatmini de önemlidir." Yargıtay 2. HD. 17.01.2011. E.2009/21097, K.2011/239 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 05.03.2012. E.3423, K.4652 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 12.05.2014. E.495, K.10800 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 12.11.2013. E.6931, K.26014 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 23.01.2013. E.2012/13367, K.2013/1584 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 23.01.1989. E.11597, K.266 bkz.(Ceylan), s.170, dn.971; Yargıtay 2. HD. 28.02.1986. E.1826, K.2161 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1955.

⁴⁹⁴ "Tarafların ortak çocuğu ... 15.02.2007 doğumludur. Velayeti elinde bulundurmayan baba ile ortak çocuk arasında düzenlenen kişisel ilişkinin ortak çocuğun yaşı da gözetildiğinde yetersiz kaldığı anlaşılmaktadır. Baba ile ortak çocuk arasında babalık duygularını tatmin edecek şekilde yarıyıl tatili ve yaz tatilinde temmuz ayı süresince yatılı olacak şekilde daha uygun süreli kişisel ilişki kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 2. HD. 04.07.2018. E.2016/21111, K. 2018/8519(Sinerji); "Mahkemece ortak çocuk'nun velayeti davalı-davacı anneye bırakılmış, ortak çocukla baba arasında kişisel ilişki düzenlenmiştir. 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 veya ayrı ülkelerde iseler, tarafların ve çocuğun külfetli sayılabilecek seyahatlere katılmamalarına dikkat edilmelidir, Davalı-davacı annenin, velayetini bırakılan çocukla birlikte Türkiye'de, davacı-davalı babanın ise ... ülkesinde oturduğu anlaşılmaktadır. Taraflar mevcut duruma göre ayrı ülkelerde yaşıyor olmakla birlikte, günümüzdeki ulaşım olanaklarındaki kolaylık gözetildiğinde, babalık duygularını tatmine elverişli, çocuğun da baba sevgisi ve şefkatini tatmasına yeterli, daha uygun süreyle kişisel ilişki tesisi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2. HD. 13.03.2018. E.668, K.3194(Sinerji); "... Ayrıca, çocuk ile baba arasında kurulan kişisel ilişki babalık duygularını tatmin etmeye elverişli ve yeterli değildir. Velayeti davacı anneye bırakılan ortak çocuk ile baba arasında, daha uygun süreli ve yatılı kalacak şekilde kişisel ilişki kurmak gerekir. Kişisel ilişki kurulmasına yönelik hüküm kurulurken, gelecek yıllardaki koşullar önceden bilinemeyeceğinden, şimdiden ortak çocuk ile baba arasında kademeli bir şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi ve kişisel ilişki süresinin yeterli olmaması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 2.HD. 03.10.2017. E.2016/5286, K.2017/10515(Sinerji); Yargıtay 2. HD. 08.04.1986. E.3329, K.3712 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1955; Yargıtay 2. HD. 27.03.1986. E.3009, K.3242 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1955; "...Velayeti anaya verilen müşterek çocukla baba arasında sadece dini ve milli bayramlarda kişisel ilişki kurulması yetersizdir." Yargıtay 2. HD. 30.01.1992. E.509, K.815 (Çelikel), s.123; Yargıtay 2. HD. 29.01.2004. E.229, K.1132 (Çelikel), s.123; "...Kişisel ilişki annelik ve babalık duygularını tatmin edecek yeterlikte ve nitelikte olmalıdır. Küçüklerin anne yanında gece de kalacak şekilde uygun kişisel ilişki tesisi gerekirken bu hususun gözetilmemesi doğru değildir." Yargıtay 2. HD. 21.01.2004. E.14407, K.665; Yargıtay 2. HD. 11.03.2002. E.2379, K.3277 (Tutumlu), s.1384; Yargıtay 2. HD. 12.03.2003. E.2146, K.3428 (Tutumlu), s.1384; Ancak, TMK. m. 182 / f. 2 uyarınca, kişisel ilişki düzenlenirken çocuğun yararlarına üstünlük tanınacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Çatışma halinde annelik babalık duygularının tatmininden ziyade çocuğun yararı ilkesine öncelik tanınacaktır.

⁴⁹⁵ Kılıçoğlu, s.603(Aile); "...İlişkide anne/babalık duygularının tatmini yanında çocuğun bedensel, fikri, ruhsal, eğitsel, kültürel gelişimine yönelik yararı da gözetilir. Anne/baba yararı ile çocuk yararı

Velayet kendisine verilmemiş olan ebeveyn ile müşterek çocuk arasında kişisel ilişki düzenlenirken hakim ebeveynin oturduğu yeri de dikkate almak zorundadır⁴⁹⁶. Yerel mahkemelerce velayet kendisine bırakılan taraf ile kişisel ilişki kurulacak olan ebeveynin aynı veya farklı şehirlerde yaşama durumlarına göre düzenleme yapılmaktadır. Tarafların aynı şehirde ikamet etmeleri halinde, kişisel ilişkinin en azından ayda iki kez belli saatler arasında düzenlenmesinin uygun olacağı görüşü, Yargıtay kararlarında istikrar kazanmıştır⁴⁹⁷. Farklı şehirlerde yaşamaları durumunda da, ana babalık duygularının tatminine elverişli, yılın tatil aylarından birinde⁴⁹⁸ ve belli bir ay süresince⁴⁹⁹, sık ve kısa süreli olmayacak⁵⁰⁰ şekilde kişisel ilişki düzenlemesi uygun olacaktır.

çatışırsa, çocuğun yararına üstünlük tanınır.(TMK. 182/II, 325, 324)” Yargıtay H.G.K. 20.03.2013. E.2012/2-799, K.2013/389 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 20.06.2000. E.7431, K.8396 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 17.01.1983. E.103, K.81 bkz.(Serdar), s. 764, dn.94(Kişisel); Yargıtay 2. HD. 06.07.2004. E.8202, K.9032 bkz.(Serdar), s. 764, dn.94(Kişisel).

⁴⁹⁶ Serdar, s.764(Kişisel); “...Taraflar ayrı kentlerde oturmaktadırlar. Bu nedenle ayda bir, ilk Cuma günü saat 09.00-17.00 arasında kişisel ilişki düzenlenmesi amaçtan uzak olduğu gibi öğrenci olan küçüklerin eğitimlerini engelleyecektir. Mahkemece tarafların ayrı kentlerde oturmaları, çocukların eğitimleri göz önünde tutularak ana evlat bağlarını güçlendirecek, tatmin edecek şekilde, eğitimi aksatmayacak düzeyde daha uygun ve uzun süreli kişisel ilişki tesisi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD. 22.02.2000. E.2131, K.2214 (Sinerji); “...Yurt dışındaki ana veya baba ile kişisel ilişki kurulurken, sürenin aralıksız ve bir aydan az olmasına dikkat edilmelidir.” Yargıtay 2. HD. 07.10.1985. E.6988, K.7887 bkz.(Çelikel), s. 122, dn.355; Gökhan Karakayalı, “Velayet Hakkının Kullanılmasına İlişkin Hukuki Sorunlar ve Özellikle Koruyucu Aile Uygulaması”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2009), s.31.

⁴⁹⁷ “...Taraflar aynı yerde oturmaktadırlar. Baba ile sadece dini ve milli bayramlar ile 1 Temmuz – 1 Ağustos arasında kişisel ilişki kurulması uygun değildir. Ayın belirli haftalarında da uygun kişisel ilişki kurulmasının düşünülmemesi bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD. 30.05.2005. E.5946, K.8423 (Gençcan), s.1151; “...Toplanan delillerden tarafların aynı şehirde oturdukları anlaşılmaktadır. Velayet kendisine verilmeyen baba ile çocuk arasında mevcut düzenlemeye ilaveten her ayın belli günlerinde de ilişki kurulması gerekir. Bu husus üzerinde durulmaması usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 14.02.2002. E.1206, K.1976 (Gençcan), s.1151; Yargıtay 2. HD. 30.05.2002. E.6253, K.6270 (Gençcan), s.1151; Yargıtay 2. HD. 06.12.2004. E.13292, K.14546 (Gençcan), s.1151.

⁴⁹⁸ “...Tarafların aynı yerleşim yerinde oturdukları anlaşılmaktadır. Yılın tatil aylarından birinde de uygun süre kişisel ilişki düzenlenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 24.02.2005. E.16838, K.2731 (Gençcan), s.1155.

⁴⁹⁹ “...Toplanan delillerden tarafların aynı şehirlerde yaşadıkları anlaşılmaktadır. Senenin belli ayında velayeti davalı anneye verilen küçük ile davacı arasında kişisel ilişki kurulmaması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD. 03.11.2004. E.11714, K.13019 (Gençcan), s.1154; Yargıtay 2. HD. 25.06.2009. E.10045, K.12525 (Gençcan), s.1155; Yargıtay 2. HD. 06.11.1998. E.10528, K.11946 bkz.(Güneşlioğlu), s.107, dn.491.

⁵⁰⁰ “...Çocukla ana baba arasında kişisel ilişki düzenlenirken çocuğun yararı, analık ve babalık duygularının tatmini gibi hususların titizlikle irdelenmesi gerekir. Kişisel ilişki düzenlenen müşterek çocuk Doğukan'ın 2000 doğumlu olduğu, halen Kırşehir'de davalı babası ile birlikte kaldığı, tarafların her ikisinin de memur olarak ayrı kentlerde çalıştıkları dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında çocukla davacı arasında her hafta sonu kişisel ilişki düzenlenmesi çocuğun yararına uygun düşmeyeceği gibi, babayı her hafta sonu eve bağımlı hale getireceğinden usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 26.10.2009. E.13380, K.18508 (Gençcan), s.1155; “... Taraflar ayrı kentlerde oturmaktadırlar. Bu nedenle ayda bir, ilk Cuma günü 09.00-17.00 saatleri arasında kişisel ilişki düzenlenmesi amaçtan uzak olduğu gibi, öğrenci olan küçüklerin

Diğer taraftan ebeveynlerin aynı şehir veyahut farklı şehirlerde ikamet etme durumlarına göre kişisel ilişkinin ihtimalli olarak düzenlendiği kararlar da mevcuttur⁵⁰¹. Zira boşanma sonrası taraflar ayrı şehirlerde ikamet edebilecekleri gibi nerede yaşamaya devam edecekleri kesinlik kazanmamış da olabilir. Hakimin bu ihtimallere cevap verecek bir düzenleme yapması uygun olacaktır⁵⁰².

Son dönem Yargıtay kararlarında taraflarla ilgili ayrı ülke, ayrı şehir ayırımına gidilmesinin önemi kalmadığı belirtilmektedir⁵⁰³. Doktrinde de Şanver⁵⁰⁴, günümüzde ulaşımın geldiği noktada ayrı ülke, ayrı şehir ayırımına gidilmesinin ve buna bağlı olarak da kişisel ilişki süresinin sınırlandırılmasının uygun olmayacağı görüşündedir. Bu görüşe katılmakla birlikte, tarafların bu ayırımın dikkate alınmasını talep etmeleri halinde ise Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere kişisel ilişki düzenlenirken ayrı ülke veya ayrı şehirde yaşama durumunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁵⁰⁵.

eğitimlerini engelleyecektir. Mahkemece tarafların aynı kentlerde oturmaları, çocukların eğitimi göz önünde tutularak ana evlat bağlarını güçlendirecek, tatmin edecek şekilde, eğitimi aksatmayacak düzeyde daha uygun ve uzun süreli kişisel ilişki tesisi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD. 22.02.2000. E.2131, K.2214 (Sinerji).

⁵⁰¹ “...Tarafların aynı şehirde yaşamaları halinde her ayın 1. ve 3. Cumartesi günleri saat 10.00'dan ertesi gün saat 10.00'a kadar, her yıl 1-31 Temmuz tarihleri arasında, MEB.ca belirlenmiş resmi yarıyıl tatilinin ilk haftasında; ayrı şehirlerde yaşamaları halinde her yıl 1-31 Temmuz tarihleri arasında MEB.ca belirlenmiş resmi yarıyıl tatilinin ilk haftasında, bunlardan ayrı olarak dini bayramların 2. günü saat 10.00'dan ertesi gün saat 10.00'a kadar...davalı annenin ortak çocuğu aldirtıp görüşmelerine...” Yargıtay 22. HD. 11.03.2013. E.2012/20450, K.2013/6383 (Sinerji).

⁵⁰² “...Tarafların ileride ayrı ayrı yerlerde oturmaları ihtimali de gözetilerek kişisel ilişkinin buna dahi cevap verecek şekilde düzenlenmesi gerekir.” Yargıtay 2. HD. 03.05.1983. E.3950, K.3985 (Yalçinkaya/Kaleli), s.1960.

⁵⁰³ “Mahkemece ortak çocuklar, .. ve...'nın velayetleri davacı anneye bırakılmış ortak çocuklarla baba arasında "aynı şehirde oturmaları hali" ve "farklı şehirlerde oturmaları hali" için ayrı ayrı kişisel ilişki düzenlenmiştir. Taraflar, farklı şehirlerde yaşıyor olsalar bile, günümüzdeki ulaşım olanaklarındaki kolaylık gözetildiğinde, kişisel ilişkiye dair düzenleme yapılırken, taraflar bu hususun dikkate alınmasını açıkça talep etmemişlerse, "ayrı şehir, aynı şehir ayırımına" gidilmesinin de önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, aynı şehir, aynı şehir ayırımına gidilmeksizin ve yaz tatilini de kapsayacak, babalık duygularını tatmine elverişli, çocukların da baba sevgisi ve şefkatini tatmasına yeterli, daha uygun süreyle kişisel ilişki tesisi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 2.HD. 24.12.2018. E.6563, K.15121(Sinerji); “...Mahkemece müşterek çocuk velayeti davalı anneye bırakılmış, müşterek çocuk ile baba arasında 'aynı şehirde oturmaları hali' ve 'farklı şehir veya ülkede oturmaları hali' için ayrı ayrı kişisel ilişki düzenlenmiştir. Davalı annenin velayetine bırakılan çocukla birlikte Fransa ülkesinde, davacı babanın ise Türkiye'de oturduğu anlaşılmaktadır. Taraflar mevcut duruma göre ayrı ülkelerde yaşıyor olmakla birlikte, günümüzde ulaşım olanaklarındaki kolaylık gözetildiğinde, kişisel ilişkiye dair düzenleme yapılırken taraflar bu hususun dikkate alınması açıkça talep etmemişlerse, 'ayrı şehir, aynı ülke ayırımına' gidilmesinin de önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan ayrı şehir veya aynı ülke ayırımına gidilmeksizin babalık duygularını tatmine elverişli, çocuğun da baba sevgisi ve şefkati tatmasına yeterli, daha uygun süreyle kişisel ilişki tesisi gerekir.” Yargıtay 2. HD. 11.02.2015. E.2150, K.1346 (Sinerji).

⁵⁰⁴ Şanver, s.241.

⁵⁰⁵ “Mahkemece velayeti davalı-davacı anneye verilen ortak çocuklar ile davacı-davalı baba arasında "aynı şehirde oturmaları hali" ve "farklı şehirde oturmaları hali" için ayrı ayrı kişisel ilişki

Kişisel ilişki düzenlenirken göz önünde bulundurulması gereken ilkelerden biri de ilişki kurulacak olan anne veya babanın çalışma saatleri ile izin durumlarıdır⁵⁰⁶. Bununla velayet kendisinde olmayan anne veya baba ile çocuğun daha fazla vakit geçirmeleri amaçlanmaktadır⁵⁰⁷.

Velayet kendisinde olmayan anne babanın yaşam biçimleri⁵⁰⁸ ile çocuğa karşı tutum ve davranışları⁵⁰⁹ da kişisel ilişkinin tesisinde belirleyici ilkelerdir. Özellikle anne

düzenlenmiştir. Taraflar mevcut duruma göre aynı şehirlerde yaşıyor olmakla birlikte, günümüzdeki ulaşım olanaklarındaki kolaylık gözetildiğinde, kişisel ilişkiye dair düzenleme yapılırken, taraflar bu hususun dikkate alınmasını açıkça talep etmemişlerse, "ayrı şehir, aynı şehir ayırımına" gidilmesinin de önemi bulunmamaktadır." Yargıtay 2.HD. 27.11.2018. E.2017/6015, K.2018/13566 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 19.03.2018. E.2016/14523, K.2018/3561 (Sinerji); " Mahkemece, davacı-karşı davalı baba ile velayeti davalı-karşı davacı anneye bırakılan tarafların müşterek çocuğu 2013 doğumlu ... Koşum arasında "Velayet kendisine verilmeyen baba ile müşterek çocuk arasında şahsi ilişki tesisi ile; tarafların aynı il sınırı içinde oturmaları halinde her ayın 1 ve 3. haftası cumartesi günü sabah saat: 09:00' dan ertesi günü akşam saat:17:00' ye kadar, ...'nın 3. günü sabah saat: 09:00' dan aynı gün akşam saat 17:00' ye kadar; Kurban Bayramının 3. günü sabah 09:00' dan ertesi günü akşam saat 17:00' ye kadar; her yıl yarıyıl (sömestir) tatilinin başladığı ilk gün sabah saat 09:00' dan, yarı yıl tatilinin 7. günü akşam saat 17:00' ye kadar; her yılın temmuz ayının 1. Günü sabah saat:09:00' dan 31. günü akşam 17:00' ye kadar, taraflar farklı yerlerde yaşarlarsa her ayın 2. haftası cuma günü saat 17:00' den takip eden pazar akşamı saat 17:00' ye kadar, ...nın 3. günü sabah saat 09:00' dan aynı gün akşam saat 17:00' ye kadar, Kurban Bayramının 3. günü sabah saat:09:00' dan ertesi günü akşam saat 17:00' ye kadar; her yıl yarıyıl (sömestir) tatilinin başladığı ilk gün sabah saat 09:00' dan, yarı yıl tatilinin 7. günü akşam saat 17:00' ye kadar; temmuz ayının 1. Günü sabah saat 09:00' dan 31. Günü saat 17:00' ye kadar müşterek çocuğun anne ... Koşum'dan alınarak baba ...'a verilmesine" karar verilmiş, hüküm davacı-karşı davalı baba tarafından temyiz edilmiştir. (...) Taraflar mevcut duruma göre aynı şehirlerde, farklı ilçelerde yaşıyor olmakla birlikte, günümüzdeki ulaşım olanaklarındaki kolaylık gözetildiğinde, kişisel ilişkiye dair düzenleme yapılırken, taraflar bu hususun dikkate alınmasını açıkça talep etmemişlerse, "ayrı şehir, aynı şehir ayırımına" gidilmesinin de önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, aynı şehir-ayrı şehir ayırımına gidilmeksizin babalık duygularını tatmine elverişli, çocuğun da baba sevgisi ve şefkatini tatmasına yeterli, daha uygun süreyle kişisel ilişki tesisi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır. Ne var ki, bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, hükmün bu bölümünün düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir." Yargıtay 2.HD. 13.12.2017. E.2016/8904, K.2017/14514(Sinerji).

⁵⁰⁶ Çelikel, s.123; Yalçınkaya/Kaleli, s.1858; Çelik, s.297; "...Diğer taraftan davalı memurdur. Hafta içinde her Cuma saat 09.00'da başlayacak şekilde çocuğu ile kişisel ilişki kurulmasının işi nedeniyle mümkün olmadığı gözetilmeden her hafta Cuma günü saat 09.00'dan başlayacak şekilde kişisel ilişki kurulması da doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2. HD. 27.06.2002. E.7290, K.8580 (Gençcan), s.1121; "...Davalının BOTAŞ'ta çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle Pazar günü için şahsi ilişki tesisine karar verilmesi gerekirken işte olduğu Çarşamba günü şahsi ilişki kurulması doğru görülmemiştir." Yargıtay 2. HD. 29.11.2004. E.12817, K.14122 (Gençcan), s.1121; "...Davalı babanın avukat olması nedeniyle yaz tatilinde adli ara verme tarihine denk gelecek şekilde çocukla kişisel ilişki kurulması çocuğun yararına değildir. Bu durum değerlendirilmeden temmuz ayında kişisel ilişki kurulması uygun değil ise de, bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün bu yönden düzeltilerek onanması gerekmiştir." Yargıtay 2. HD. 10.04.2007. E.5431, K.5973 (Gençcan), s.1122; "...Ana ile çocuğun izin ayı olan ağustosta birlikte olmasının daha uygun bulunduğu açıktır." Yargıtay 2. HD. 31.10.1986. E.9367, K.9561 bkz.(Serdar), s.766, dn.102(Kişisel); "...Taraflar memur bulduklarına göre çocukla ana baba arasındaki kişisel ilişkinin tatil günleri de gözetilerek kurulması zorunludur. Aksi halde çocukla ana baba arasında kişisel ilişki kurulması eylemli olarak imkansız hale gelir." Yargıtay 2. HD. 24.11.1983. E.9069, K.9205 (Özmen), s.519.

⁵⁰⁷ Pişken Arabacı, s.70.

⁵⁰⁸ "...Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce küçüğün bedeni ve fikir gelişimi dikkate alınmalıdır. Velayeti anneye verilen küçük Berfin 1995 doğumludur. Yedi yaşındadır. Baba ile her ayın ilk Cuma gününden Pazar günü akşamına kadar kişisel ilişki kurulmuştur. Toplanan delillerden babanın uyuşturucu kullandığı ve hırsızlık yaptığı anlaşılmaktadır. Babanın yaşama biçim dikkate

veya babanın ağır ruhsal bozukluklarının varlığı ya da alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığının bulunması halinde kişisel ilişki tesisine karar verilmesi küçüğün yararlarına aykırı düşmektedir⁵¹⁰. TMK. m 324 / f 2'nin kişisel ilişki hakkı sahibi ebeveynin çocukla ciddi olarak ilgilenmemesi ve kişisel ilişki dolayısıyla çocuğun huzurunun tehlikeye girmesi⁵¹¹ durumunda kişisel ilişki kendilerinden alınabileceği gibi bu hakkın reddedilebileceğine dair düzenlemesiyle anılan ilkelerin önemi vurgulanmıştır.

Anlaşmalı boşanmada taraflar, çocukla kişisel ilişkisinin ne şekilde olacağı konusunda da anlaşmaya varmış olabilirler. Bu anlaşma, kanuna ve özellikle çocuğun yararına aykırı olmadığı takdirde hakim mütahalesi gündeme gelmeyecektir⁵¹². Aksi halde kişisel ilişkiye dair bir anlaşmanın varlığı, hakim re'sen araştırma ve inceleme yapma yetki ve yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır⁵¹³. Yapılan anlaşmanın hakim tarafından uygun bulunması ve dahi çocuğun menfaati için gerekli değişiklikleri yapabilmesi TMK. m. 166 / f. 3 hükmünün gereğidir. Ancak böyle bir değişiklik taraflarca kabul edildiği takdirde hüküm ifade edecektir.

D. Kişisel İlişkinin Kurulma Şekli

Hakim, boşanma kararında çocuğun velayet kendisine bırakılmayan ebeveyn ile ne şekilde görüşeceğini düzenlemek zorundadır⁵¹⁴. Kişisel ilişkide amaç çocuğun yararı ile anne babalık duygularının tatmini ve geliştirilmesidir. Bu amaç doğrultusunda Yargıtay'ın da istikrar kazanmış olan görüşüne göre kişisel ilişkinin bir başkasının

alındığında kurulan bu ilişki çoktur. Mahkemece daha uygun düzenleme yapılması gerekmektedir. Açıklanan hususun dikkate alınmaması usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 21.06.2002. E.7389, K.8314 (Gençcan), s.1120.

⁵⁰⁹ Gençcan, s.1123; Pişken Arabacı, s.70;

⁵¹⁰ Aras, s.315.

⁵¹¹ “...Davalı-karşılık davacının çocuklarına fiziksel şiddet uyguladığı, bu suretle kişisel ilişkiyi amacına aykırı kullandığı, kişisel ilişki sebebiyle çocukların huzurunun ciddi olarak tehlikeye girdiği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 324/2. maddesi koşulları gerçekleşmiştir. O halde, davalı-karşılık davacıdan kişisel ilişki hakkının alınması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 26.10.2009. E.12107, K.18350 (Gençcan), s.1123; “...Davalının öngörülen şekilde bir davranışı gerçekleşmediği halde, çocukların yaşları ve anne bakım ve şefkatine muhtaç oldukları gerekçesiyle, küçükler R. Ve Z. İle davalı babası arasında ‘bu aşamada kişisel ilişki kurulmasına yer olmadığına’ şeklinde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 23.02.2015. E.2014/17934, K.2015/2505 (Sinerji).

⁵¹² Ceylan, s.169;Çelikel, s.124;

⁵¹³ Oktay Özdemir, s.1240.

⁵¹⁴ Akıntürk/Ateş, s.314(Aile); Ceylan, s.169.

nezaret ve denetimi altında yapılmasına karar verilemez⁵¹⁵. Zira böylesi bir nezaret ve denetim hali, çocukla anne baba arasında yeterli bir duygu bağının oluşmasına ve çocuğun anne baba sevgisini tatmasına engel teşkil edeceği gibi, kişisel ilişki hakkını sınırlandırarak ebeveyn açısından da olumsuz sonuçlara yol açabilir⁵¹⁶.

Kişisel ilişki anne veya babanın çocuğunu yanına alması şeklinde kurulmalıdır. Kişisel ilişkinin velayete sahip olan ebeveynin evinde olmak üzere tesis edilmesi, infazda sorun çıkmasına neden olacağından çocuğun yararına aykırı sonuçlar doğurabilecektir⁵¹⁷.

⁵¹⁵ Ergün, s.1095; “...Küçük, 1998 doğumlu olup, halen on altı yaşındadır. Kişisel ilişkinin çocuğun ikametinde ziyaret suretiyle tesisi, bu ilişkinin başkalarının gözetimi altında kurulması anlamına gelir. Çocuğun menfaati gerektirmediği sürece gözetim altında kişisel ilişki, bundan beklenen amaca aykırıdır. Gözetim altında kişisel ilişkiyi çocuğun menfaatinin gerektirdiğine ilişkin bir delil ve olgu bulunmamaktadır. Mahkemece bu hususta gösterilen gerekçeyi haklı kılacak çocuğun beyanı dışında somut bir delil ve olgu bulunmamaktadır. Kişisel ilişkinin başkalarının gözetimi olmaksızın serbest ve başkalarının etkisinden uzak ve rahat bir ortamda kurulması bundan beklenen amaca uygun düşer. Bu husus nazara alınarak hüküm kurulması gerekirken, karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 13.01.2014. E.2013/14209, K.2014/236 (Sinerji); “...Baba ile yalnız dini bayramların birinci günü üç saat kişisel ilişki kurulması yeterli olmadığı gibi, bu ilişkinin anne yanında tesisi de doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 29.01.2004. E.229, K.1132 (Sinerji); “...Bir çocuk ile ana ve babası düzenli şekilde kişisel ilişkiyi elde etme ve sürdürme hakkına sahiptir. Bu tür kişisel ilişki sadece çocuğun yüksek yararı gerektirdiği takdirde kısıtlanabilir ve engel olunabilir. Çocuğun gözetim olmaksızın ana veya babasından birisiyle kişisel ilişkinin sürdürülmesi onun yüksek yararına değilse, ana veya babasıyla gözetim altında ya da diğer şekillerde kişisel ilişki kurma imkanı da öngörülebilir. Kişisel ilişki düzenlenirken çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas alınır. Çocuk 22.10.2007 doğumludur. Mahkemece tesis edilen kişisel ilişki babalık duygularını tatmine elverişli olmadığı gibi çocuk bakımından da baba sevgisini tatmaya elverişli değildir. Gözetim altında kişisel ilişkinin çocuğun menfaatine olduğu da ispat edilememiştir. O halde baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin daha uzun süreli ve gözetimsiz olarak düzenlenmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 20.04.2015. E.5618, K.7861 (Sinerji); Yargıtay 2. HD. 06.07.2004. E.8202, K.9032 (Sinerji); “...Çocukla ananın şahsi ilişkilerinin alışılmış usullere göre düzenlenmesi gerekir. Çocukla ananın başka bir kimsenin evinde buluşması suretiyle ilişki kurulması çocuk ruhunda iyi etkiler bırakmayacağından böyle bir düzenleme kurulması doğru değildir.” Yargıtay H.G.K. 12.02.1958. E.2, K.9-6 (İnal), s.620; “...Çocuklarla baba arasında ziyaret günü ve saatleri belirlenirken 15.02.2000 günlü resmi gazetede yayımlanan Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşmenin 21. maddesine aykırı bir biçimde bu hakkın rahatça kullanılmasına engel olacak tarzda icra müdürü ya da polis gözetiminde ilişki kurulmasına karar verilmesi kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 13.12.2001. E.16164, K.1696 (Özmen), s.499; Yargıtay 2. HD. 30.01.2001. E.14834, K.1474 (Kaçak), s.652; Yargıtay 2. HD. 27.03.1986. E.3009, K.3242 (Yalçınkaya/Kaleli), s.1955; Yargıtay 2. HD. 07.04.2003. E.3871, K.4937 (Özüğür), s.759.

⁵¹⁶ Çelikel, s.125; “...Velayet kendisine verilmeyen baba ile müşterek çocuk arasında düzenlenen kişisel ilişkide ‘okullar açikken okulun rehberlik servisinde rehber öğretmen gözetiminde, tatil günleri semt karakolunda karakol yetkilisi önünde, diğer günler il belediye hudutlarında kalınmak suretiyle kurulmasına’ şeklinde kişisel ilişki düzenlendiği, bu düzenlemenin kişisel ilişki hakkını sınırlar nitelikte olup taraflar açısından da olumsuz sonuçlar doğurabileceği ve amacına uygun düşmeyeceği anlaşıldığından belirtilen yönler gözetilmeden yazılı olduğu şekilde düzenleme yapılması doğru olmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 04.07.2005. E.8419, K.10482 (Özüğür), s.744.

⁵¹⁷ “...Müşterek çocuk Kerem’in velayeti davacı anneye verilmiş, davalı baba ile küçük arasında her ayın son cumartesi günü saat 10.00-16.00 arasında memur nezaretinde ve annenin ikametgahında,(...) kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiş ise de doğru olmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 07.04.2005. E.3913, K.5610 (Gençcan), s.1166; “...Taraflar ayrı kentlerde oturaktadırlar. Küçükler yönünden

Kişisel ilişkinin kurulmasında çocuğun zorlanması veya yararlarının zedelenmesi ihtimal dahilindeyse ancak o zaman bir başkasının gözetimi söz konusu olabileceği savunulmaktadır⁵¹⁸. Kişisel ilişkinin sınırlanması ya da önemli sebeplerin varlığı halinde kaldırılmasına karar verilmesi, başvurulacak son çare olmalıdır. Çünkü çocuğun yararına aykırı olmadıkça anne babasını görmesine engel bir hüküm kurulamaz. Baktır ve Serdar'ın bu görüşlerine katılmak mümkün değildir. Kişisel ilişkinin kaldırılması son çare olmalıdır; ama çocuğun menfaatinin zedelenmesine yol açacak ve arzulanan amaca hizmet edemeyecek bir kişisel ilişkinin tesis edilmesi, çocuğun yararına aykırı olacaktır. Belgin'in bizim de katıldığımız görüşüne göre⁵¹⁹, kişisel ilişkinin kurulmasında üçüncü bir kişinin nezareti ile amaçlanan, kişisel ilişki kurulan ebeveynin etkilerini bertaraf etmek ise, böyle bir durumda kişisel ilişkinin kurulmaması veya reddi yönünde bir hükme varılmasının çocuğun yararı bakımından daha isabetli olacaktır.

E. Kişisel İlişkinin Uygulanabilirliği ve Süre

Kişisel ilişkiye dair tesis olunan hüküm, açık ve infazda tereddüde yer bırakmayacak nitelikte olmalıdır⁵²⁰. Özel günlerin ne olduğuna değinilmeden, başlangıç ve bitiş saatleri belirtilmeden, ilişkin olduğu ay ve hafta açıklanmadan kişisel ilişki kurulması, belirsizlik ve çelişkiye neden olacağından uygun değildir. Düzenlenecek kişisel ilişkinin ebeveynler arasında anlaşmazlıklara yol açmaması ve küçüğün zarar

temmuz ayında ve ayın üçüncü haftası küçükler birbirini görmeyecek şekilde kişisel ilişki kurulması doğru olmadığı gibi, küçük E. yönünden babanın anne yanına giderek küçükle kişisel ilişki kurma yükümlülüğü altına sokulacak ve anneye bağımlı hale getirecek şekilde kişisel ilişki tesisi de doğru olmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 20.07.2005. E.11652, K.11677 (Gençcan), s.1164; “...Babanın çocuğunu yanına alması suretiyle kişisel ilişki kurulması gerekirken, infaz güçlüğü yaratacak ve ayrılmış eşin (eski) kocasını evinde kabul etme zorunluluğu doğuracak şekilde ilişki kurulması usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 20.05.1983. E.4400, K.4583 bkz.(Çetinkaya), s.73, dn.215; “...Taraflar ayrı kentlerde oturdukları halde her ayın 2. ve 4. hafta cumartesi günleri ve dini bayramların 2. günü Mersin’de davacı anne yanında koşullu kişisel ilişki tesisi de doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 18.05.2004. E.5357, K.6429 (Özüğür), s.753.

⁵¹⁸ Serdar, s.768(Kişisel); Baktır, s.136(Aile).

⁵¹⁹ Derya Belgin, “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2011), s.38.

⁵²⁰ Aras, s.315; Ergün, s.1097; Çelikel, s.127;Çetinkaya, s.72.

görmemesi için hükmün uygulanabilir olması ve bu konuda açıklık taşıması önem arz etmektedir⁵²¹.

Kişisel ilişkinin başlangıç ve bitiş tarihleri gün, saat belirtilmek suretiyle kararda açıkça yazılmalıdır⁵²². Müşterek çocuk ile yapılacak görüşmelerin süre ve sıklığı

⁵²¹ “...her ayın cumartesi günü, şeklinde yetersiz, belirsiz ve infazda tereddütlere yol açacak biçimde düzenleme yapılması usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 11.06.1985. E.5595, K.5767 (Yalçinkaya/Kaleli), s.1957; “...Velayeti anneye verilen çocukla baba arasında kişisel ilişki düzenlenirken senenin hangi ayında ve Cuma günleri hangi saatler arasında görüşeceklerinin belirtilmesi zorunludur. Bu yön gözetilmeden kişisel ilişkinin ‘yaz aylarından birinde ve Cuma günleri öğleden sonra iki saat’ olarak infaz güçlüğü yaratacak şekilde düzenlenmesi bozmayı gerektirir.” Yargıtay 2. HD. 18.12.1984. E.9135, K.10493 (Yalçinkaya/Kaleli), s.1959; Yargıtay 2. HD. 30.10.1984. E.8555, K.8718 (Yalçinkaya/Kaleli), s.1959; Yargıtay 2. HD. 26.04.1984. E.3828, K.3958 (Yalçinkaya/Kaleli), s.1959; Yargıtay 2. HD. 21.11.1983. E.8609, K.8088(Yalçinkaya/Kaleli), s.1960; Yargıtay 2. HD. 01.11.1983. E.7869, K.8137 (Yalçinkaya/Kaleli), s.1960; Yargıtay 2. HD. 28.03.1983. E.1193, K.2645 (Yalçinkaya/Kaleli), s.1961; “...Baba ile kişisel ilişki kurulurken her ayın hangi haftaları ve sömestr tatilinin hangi haftasında çocuğun baba yanında kalacağını açıkça belirtilmemesi suretiyle infazda karışıklık yaratılması doğru olmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 09.11.2005. E.17551, K.15368 (Ergün), s.1118; Yargıtay 2. HD. 29.01.1999. E.13048, K.226 (Özmen), s.474; Yargıtay 2. HD. 10.10.1989. E.1990, K.8669 (Şimşek), s.653.

⁵²² Ergün, s.1097; Ceylan, s.170; “...Ayrıca kişisel ilişkinin cuma gününden başlatılması, dini bayramlarda tüm günleri kapsayacak şekilde kişisel ilişki kurulması, yaz tatilinde kurulan kişisel ilişkinin başlangıç ve bitiş günlerinin belirlenmemesi de hatalı olup,(...) hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 2. HD. 14.01.2019. E.2018/7685, K.2019/47(Sinerji); Tüm dosya kapsamından velayetleri anneye bırakılan ortak çocuklar 2008 doğumlu ile 2009 doğumlu yaşları dikkate alındığında, davalı-davacı baba ile ortak çocuklar arasında, babalık duygularının tatmini de dikkate alınarak dini bayram günleri, yaz ile yarıyıl tatillerinde daha uzun ve hafta sonlarında yatılı olacak şekilde kişisel ilişki kurulmasının, çocuğun sağlığını, ahlaki ve bedensel gelişimini tehlikeye düşüreceğine ilişkin bir delil bulunmadığına göre, ortak çocuk ile davalı-karşı davacı baba arasında daha uzun süreli ve kişisel ilişkinin başlama ve bitiş saatleri de belirtilmek suretiyle kişisel ilişki kurulmaması doğru görülmemiştir. Ancak, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün bu bölümünün düzeltilerek onanmasına karar verilmesi gerekmiştir. Sonuç: Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple, gerekçeli kararın hüküm fıkrasından 3. bendin hükmünden tamamen çıkartılmasına, yerine “Velayeti davacı-karşı davalı anneye verilen ortak çocuklar 2008 doğumlu... ile 2009 doğumluile davalı-karşı davacı baba arasında, her ayın 1. ve 3. Cumartesi günü 10:00 ile takip eden Pazar günü 17:00 saatleri arasında, dini bayramların 2. günü 10:00 ile 3. günü 17:00 saatleri arasında, her yıl babalar gününde 10:00 ile 18:00 saatleri arasında, sömestr tatilinin ilk günü saat 10:00 takip eden 5. günü saat 18:00 arasında, ortak çocukların tek ile biten doğum günlerinde sabah saat 11:00'den akşam 17:00 arasında ve her yıl 1 Temmuz 10:00 ile 30 Temmuz 17:00 saatleri arasında kişisel ilişki kurulmasına” cümlesinin yazılmasına, temyiz edilen hükmün bu bölümünün düzeltilmiş şekliyle, temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda (1.) bentte gösterilen sebeple ONANMASINA,” Yargıtay 2. HD. 23.10.2018. E.2017/215, K.2018/11721(Sinerji); “Tarafların velayetleri davalı anneye bırakılan ortak çocuklarının, kimlik bilgilerinin hükmünde gösterilmemesi ve baba ile çocuklar arasında her yıl yarıyıl tatili ve Temmuz ayında kurulan kişisel ilişkide kişisel ilişkinin başlangıç ve bitiş saatlerinin belirtilmemesi sebebiyle, hükmün infazında tereddüt oluşacağından hükmün velayet ve kişisel ilişki yönünden bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 2. HD. 16.10.2017. E.1232, K.11041(Sinerji); Yargıtay 2.HD. 27.04.2016. E.7297, K.8531(Sinerji); Yargıtay 2.HD. 18.02.2008. E.1607, K.1706(Gençcan), s.264(Velayet); Yargıtay 2.HD. 16.11.2006. E.7431, K.15834(Gençcan), s.264(Velayet); “...Müşterek çocuk M. ile davacı baba arasında ‘babanın müşterek çocuğu her ay sonu bir defa yanına alarak hafta sonu iki günlüğüne ve ay ortasında davalının yanında bir kez’ görmesi şeklinde kurulan kişisel ilişkinin başlangıç, bitiş tarihleri gösterilmeden infazda karışıklık yaratacak şekilde karar verilmesi doğru olmadığı gibi davacı babanın kişisel ilişkisini kısıtlayacak biçimde davalı anne yanında çocuğu göreceği şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi de usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 18.02.2008. E.1607, K.1706 (Gençcan), s.1162; Yargıtay 2.HD. 19.02.2004. E.2003/16663, K.2004/1898 bkz. (Akyüz), s.206, dn.302(Çocuk).

hakim tarafından belirlenerek hüküm fıkrasında yer alacaktır. Bu husus ebeveynlerin iradesine terk edilemez⁵²³.

Kişisel ilişkinin süresi tayin edilirken çocuğun yararı ilkesi öncelikli olarak göz önünde bulundurulacaktır. Anne bakım ve şefkatine muhtaç bir küçüğün uzun süreli olarak babasının yanında kalması şeklinde tesis edilecek kişisel ilişki çocuğun ruh sağlığı ve dengesini bozabilecektir⁵²⁴. Bu nedenle öngörülen süre makul olup, aşırıya kaçılmamalıdır⁵²⁵.

Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde infaza dair ilkelerden biri de, bu ilişkinin gerektirdiği masraf ve külfete, lehine kişisel ilişki kararı verilen ebeveynce katlanılacak olmasıdır⁵²⁶. Bu konuda velayet kendisine bırakılmış olan tarafa külfet yüklenilmesi doğru değildir⁵²⁷.

F. Uzman Görüşünden Yararlanma

Velayet hakkı kendisine bırakılmayan ebeveynin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde çocuğun özellikle sağlık, ahlak ve eğitim bakımından yararları esas alınır. Anne babalık duygularının tatmini ve geliştirilmesine de değer verilmekle birlikte çatışma halinde çocuğun yararı üstün tutulur. Bu doğrultuda kişisel ilişkinin çocuğun

⁵²³ “...Kişisel ilişki gün ve süreleri hakim tarafından belirlenmelidir. Bu yön gözetilmeden sürelerin belirlenmesinin taraflara bırakılması ve infazda tereddüde düşülecek şekilde hüküm kurulması yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD. 17.06.2002. E.5925, K.8089 (Gençcan, s.1161.

⁵²⁴ bkz. s.112, dn.476-480; Serdar, s.764(Kişisel); “...Üç yaşındaki bir çocuğun dört gün müddetle evden ayrılması ve Kadıköy’den Bursa’ya çeşitli vasıtalar değiştirerek seyahate zorlanması sakıncalar doğuracağı gibi, anasından ayda bir ayrılmasının ruhi yapısında kötü tesir edeceği kuvvetle muhtemeldir. Babanın şefkat hislerini tatmini için çocuğun bu şekilde bir işleme tabi tutulması doğru değildir.” Yargıtay 2.HD. 19.04.1971. E.5218, K.5027 bkz.(Akyüz), s.206, dn.302(Çocuk).

⁵²⁵ Yargıtay 2. HD. 15.03.2005. E.333, K.407 bkz.(Pişken Arabacı), s.74, dn.380.

⁵²⁶ “...Tarafların müşterek çocuklarının velayeti davacı anneye verilmiş olup, baba ile çocuğun kişisel ilişki kurma külfetinin İİK. 25/A maddesine aykırı olarak velayet verilen davacıya yükletilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 19.01.2011. E.2010/9375, K.2011/388 bkz.(Çelikel), s.125, dn.366; Yargıtay 2. HD. 12.02.2009. E.15787, K.2053 (Gençcan), s.1168.

⁵²⁷ “...Davalının kişisel ilişki yönünden karar düzeltme talebine gelince, velayet hakkı anneye verilen küçük BT. ile davacı baba arasında kişisel ilişki düzenlenirken ‘küçüğün babaya gönderilmesi suretiyle’ kişisel ilişkiye karar verilmesi doğru değildir. Bu sebeple davalının karar düzeltme isteğinin kabulüne,(...) mahkeme kararındaki yanlışlık yeniden yargulamayı gerektirmediğinden hüküm fıkrasındaki ‘davacı babaya gönderilmek suretiyle’ sözlerinin hükümden çıkartılmasına, bunun yerine ‘davacı baba tarafından alınmak suretiyle İİK. 25/b maddesine uygun şekilde’ sözlerinin yazılmasına ve kararın bu bölümünün düzeltilmiş şekliyle onanmasına(...)” Yargıtay 2. HD. 20.09.2004. E.9719, K.10308 (Gençcan), s.1169 ; “...Velayet kendisine verilen davacı annenin ikametgahının değişmesi durumunda davalı babanın çocuğu ‘bu adresten alarak’ kişisel ilişki kurmasının tabii bulunmasına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına(...)” Yargıtay 2. HD. 09.10.2008. E.8343, K.12836 (Gençcan), s.1169.

yararlarını tehdit edip etmeyeceğinin uzman raporuyla belirlenmesi ve bu rapor uyarınca hüküm tesisi isabetli olacaktır⁵²⁸.

III. KİŞİSEL İLİŞKİ DÜZENLEMESİNDE DEĞİŞİKLİKLER

A. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Değiştirilmesi

Kişisel ilişki tesis edilirken anne babalık duygularının tatmininden önce çocuğun yararı esas alınır⁵²⁹. Hakim, çocuğun yararını göz önünde bulundurarak değişen koşullara göre resen veya talep üzerine⁵³⁰ her zaman yeni bir düzenleme yapabilir⁵³¹. Bu niteliği gereği kişisel ilişki kesin hüküm teşkil etmez⁵³².

⁵²⁸ Özkan, s.1289; "...Bilirkişi raporunda çocuğun baba ile iki haftada bir cumartesi-Pazar günleri görüşmesi ve baba yanında kalmasının çocuğun kişilik gelişimi için gerekli olduğu açıklanmıştır. Bu doğrultuda hüküm kurulması gerekirken bilirkişi raporundan ayrılmayı gerektiren bir sebep ve gerekçe gösterilmeden (...) hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 2. HD. 09.06.2004. E.6531, K.7508 (Gençcan), s.1187; "...TMK. 182/2 maddesine göre, 'velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur.' F.L. Hastanesinin 25.03.2003 tarihli raporunda davalı kocanın 25.04.2002 tarihinde yatırıldığı; Anti-Sosyal Kişilik Bozukluğu teşhisiyle 30.04.2002 tarihinde taburcu edildiği belirtilmektedir. Bu rapor içeriği nazara alınarak baba ile kişisel ilişkinin çocuğun sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarını zedeleyip zedelemeyeceğinin yine uzman raporuyla belirlenmesi ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik araştırma ve incelemeyle karar verilmesi isabetsizdir." Yargıtay 2. HD. 05.05.2003. E.14527, K.15589 (Sinerji); "...Tarafların ortak çocuğu 1986 doğumlu Ö.'nün ruhsal sorunları bulunduğu, anneden ayrı kalma korkusu ile yüklü olduğu anlaşılmaktadır. Ruhsal sorunları bulunan çocukla baba arasında çocuğun sağlığını etkilemeyecek şekilde kişisel ilişki kurulması yöntemi uzmanlığı gerektirdiğinden çocuğun tedavisini yapan uzmanlardaki ve kurumlardaki bilgi ve belgeler getirilerek bu konuda çocuk ruh sağlığı uzmanlarından alınacak rapor dikkate alınarak kişisel ilişki kurulması gerektiğinin düşünülmemesi doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2. HD. 12.09.2000. E.7156, K.10177 (Özüğür), s.780; Yargıtay 2. HD. 23.06.2003. E.5514, K.9384 (Tutumlu), s.1385; Bu konuda detaylı bilgi için bkz. s.43 vd.

⁵²⁹ bkz. dn.498.

⁵³⁰ "...Taraflar arasında görülüp sonuçlanan davada, tarafların boşanmalarına, müşterek çocuk velayetinin babaya verilmesine, küçüğün anne ile şahsi ilişki düzenlenmesine dair hüküm 21.12.1995 tarihinde kesinleşmiştir. Hatice Ceylan 27.05.1996 tarihli dilekçe ile görüşme günlerinin değiştirilmesini istemiştir.(...) Şahsi münasebetin değiştirilmesi ile ilgili harcı verilerek usulüne uygun açılmış bir dava bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 2. HD. 17.10.1996. E.9543, K.10436 (Özmen), s.513. Yargıtay bu kararı oy çokluğu ile almıştır. Karşı oy ise "...Çocuğun korunmasında hakime doğrudan hareket etme ve önlem alma görevi verilmiştir. İlgililerin bu konudaki isteği bir dava olmayıp, hakimi önlem almak üzere uyarı niteliğindedir. (bkz. Y.2.HD. 1995/9587 E. – 9916 K., 30.12.1995 T. kararı) Bu nedenle kişisel ilişkinin uyarı üzerine yeniden düzenlenmesinde yasal koşullara aykırılık yoktur. Hakimin kararının yerindeliğinin incelenmesi gerekir. Sayın çoğunluğun bozma nedeni yaptığı düşüncelerine katılmıyorum." şeklindedir.(Özmen, s.513) Kararda çoğunluğun görüşüne katılmak mümkün değildir. Aksi halde TMK. 183. maddede öngörülen hakimin resen hareket yetkisinin hiçbir ehemmiyeti kalmayacaktır.

⁵³¹ "...Kişisel ilişki ile ilgili kararlar teknik anlamda kesin hüküm teşkil etmez. İlerde değişen şartlara göre her an yeniden düzenlenebilir. Somut olayda, velayet hakkı anneye verilen müşterek çocuk Orkun Kaan 2003 doğumlu olup anne bakım ve şefkatine muhtaçtır. Gerçekleşen bu durum karşısında küçüğün gece yatısına kalacak şekilde ve her yılın 1 Temmuz- 20 Temmuz tarihleri

Kişisel ilişkiyi tekrar gözden geçirerek hakimi yeni bir düzenleme yapmaya sevk edecek olan değişikliğin esaslı olması gerekmektedir⁵³³. Bu hususta TMK'nın 'Durumun değişmesi' kenar başlıklı 183'üncü maddesi, kişisel ilişkinin değiştirilmesine neden olabilecek olgulara örnek niteliğinde yer vermektedir. Bu olgular, anne veya babanın yeniden evlenmesi, başka bir yere gitmesi⁵³⁴ ya da ölmesi şeklinde kaleme alınmıştır⁵³⁵.

Yeni olguların varlığı⁵³⁶ veya mevcut koşullarda meydana gelen değişiklikler dolayısıyla kişisel ilişkide yeni bir düzenlemeye gidilebilmesi için kanun, zorunluluk halini aramaktadır. Yoksa her bir değişiklik kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesini

arasında uzun süreli olarak babaya bırakılması, küçüğün bedeni ve fikri gelişimi yönünden olumsuz sonuçlar doğuracağı gibi anne bakım ve şefkatinden de yoksun bırakacaktır. Bu yönler nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir." Yargıtay 2. HD. 07.04.2004. E.3313, K.4469 (Gençcan), s.1172; "...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle TMK. 166/2 madde koşullarının oluşmuş bulunmasına ve kişisel ilişkinin değişen koşullara göre yeniden düzenlenmesinin mümkün olmasına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına." Yargıtay 2. HD. 13.09.2004. E.8725, K.9756 (Gençcan), s.1177.

⁵³² "...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle, kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle çocukla kişisel ilişki konusunda verilen hükmün kesin hüküm niteliğinde olmadığı; çocuğun yaşının ilerlemesi ve değişen koşullara göre yeniden dava açma olanağının mevcut olduğunun anlaşılmasına göre davalı kocanın temyiz itirazları yersiz olup ilgili kısmın onanmasına(...)" Yargıtay 2. HD. 24.10.2011. E.2010/16211, K.2011/16762 (Sinerji); "...Kişisel ilişki ile ilgili kararlar kesin hüküm teşkil etmezler(...)" Yargıtay 2. HD. 09.04.2013. E.2012/9745, K.2013/9865 (Sinerji).

⁵³³ Pişken Arabacı, s.76; "...Çocuk Nurettin 06.06.1991 doğumludur. Kişisel ilişki düzenlenmesinde çocuğun baba ile babalık duygularını geliştirecek şekilde ilişki kurması da göz önünde tutulur. Taraflar aynı yerde oturmaktadırlar. Daha uygun süreli ve çocuk baba yanında yatacak şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2. HD. 11.03.2002. E.2579, K.3277 (Gençcan), s.1177, Yargıtay bu kararı oy çokluğu ile almıştır. Karşı oy ise "...Boşanma davasında kişisel ilişki ile ilgili bölüm 08.06.2001 de kesinleşmiş, bu dava 4 ay sonra 10.10.2001 de açılmıştır. Geçen süre içinde tarafların ve çocuğun durumunda herhangi bir değişiklik olmamıştır. Böyle bir iddia da yoktur. Ayrıca 1 ayda uzun süreli kişisel ilişki olup davalının çocuğun baba ile görüşmesine engel olduğu konusunda bir delil de yoktur. Hakimin takdirine değer verilerek karar onanmalıdır. Bu yönden sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum." şeklindedir.

⁵³⁴ "...Tarafların boşanmaları sonucu velayeti anneye bırakılan 01.01.1998 doğumlu çocuk ile baba arasında kişisel ilişki 'on beş günde bir, saat 08.00-17.00 arasında, dini ve milli bayramların 1. günleri saat 08.00-17.00 arasında' şeklinde düzenlenmiştir. Tarafların o tarihte Konya'da oturdukları, kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi istemiyle açılan temyize konu dava sırasında ise davacı babanın İskenderun'da davalı annenin Konya'da oturduğu anlaşılmaktadır. Davacının yazın temmuz veya ağustos aylarından birinde kişisel ilişki düzenlenmesi istemiyle açtığı dava mahkemece 'kesin hüküm' bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Sonradan değişen durum ve koşullara göre kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi istenebilir." Yargıtay 2. HD. 27.10.2003. E.13421, K.14276 bkz.(Güneşlioğlu), s.113, dn.512.

⁵³⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. s.57 vd.

⁵³⁶ "...Taraflar anlaşmalı olarak 16.05.2003 tarihli kararla boşanmış, bu karar şahsi ilişki yönünden koca tarafından temyiz edilmiş ise de bilahare kocanın temyizden feragati üzerine 12.09.2003 tarihinde kesinleşmiştir. Temyize konu dava ise kesinleşmeden 25 gün geçtikten sonra 07.10.2003 tarihinde açılmıştır. Davacı boşanma tarihinden dava tarihine kadar geçen çok kısa süre içerisinde şahsi ilişkinin yeniden düzenlenmesini gerektirecek yeni bir maddi olgunun varlığını da kanıtlamış değildir. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır." Yargıtay 2. HD. 02.06.2004. E.6126, K.7186 (Gençcan), s.1177.

gerektirmez. Çocuğun yararı ön planda tutularak bu zorunluluk hali tespit edilecektir⁵³⁷. Ortaya çıkan yeni olgular, çocuğun yararı bakımından tehdit oluşturmakta ise, bu durumda çocuğun yararı üstün tutulmakla kişisel ilişkide yeni bir düzenlemeye gidilmesi TMK.'nın 183. maddesi gereğince zorunludur.

Yeni olguların ortaya çıkması veya mevcut koşullarda değişikliklerin zorunlu kılması üzerine kişisel ilişkide değişiklik yapılması ancak bir dava ile mümkündür⁵³⁸. Anne babadan biri talepte bulunabileceği gibi, çocuğun menfaatinin tehlikede olduğu belirlenmiş ise hakimin re'sen harekete geçme yetkisi de bulunmaktadır. Hakim re'sen dava açabilmesinin yanında, kamu düzenini ilgilendiren bir dava olması nedeniyle re'sen araştırma ilkesi gereğince bizzat araştırma yapma yetkisini de haizdir.

B. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Reddedilmesi ve Kaldırılması

TMK.'nın 324'üncü maddenin⁵³⁹ 1'nci fıkrasında, çocukla kişisel ilişki kurulurken anne ve babanın uyması gereken yükümlülükler yer verilmiş, ikinci fıkrada ise kişisel ilişkinin reddedilmesi ya da kaldırılmasına yol açabilecek sebeplere değinilmiştir⁵⁴⁰. Madde metninde '*diğer önemli sebepler*' ifadesiyle bu sebeplerin sınırlı sayıda olmadığı belirtilmektedir⁵⁴¹.

Birinci fıkrada, kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan ebeveyn ve velayet hakkı sahibi ebeveynden bahsedilmiş; bunlar, çocuğun yararına uygun davranmakla

⁵³⁷ Gençcan, s.1177; Güneşlioğlu, s.113; Pişken Arabacı, s.76.

⁵³⁸ Pişken Arabacı, s.77.

⁵³⁹ TMK. m.324: "*Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür. / Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir.*"

⁵⁴⁰ "...TMK. 324. maddedeki sebeplerle hakim kişisel ilişki kurma hakkını reddedebilir. Yasada sayılı haller gerçekleşmeden davalı baba ile kişisel ilişki kurulmasına 'şimdilik yer olmadığına' şeklinde hüküm tesis edilmesi yasaya aykırıdır." Yargıtay H.G.K. 19.09.2007. E.2-622, K.598 bkz.(Serdar), s.774, dn.130(Kişisel); "...Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını yasada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer sebepler varsa hakim tarafından kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir. Davalının öngörülen şekilde bir davranışı gerçekleşmediği halde, çocukların yaşları ve anne bakım ve şefkatine muhtaç oldukları gerekçesiyle küçükler R. Ve Z. İle davalı babası arasında 'bu aşamada kişisel ilişki kurulmasına yer olmadığına' şeklinde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 2. HD. 23.02.2015. E.2014/17934, K.2015/2505 (Sinerji)

⁵⁴¹ Ceylan, s.168.

yükümlü kılınmışlardır⁵⁴². İkinci fıkrada ise, yükümlülükler aykırı davranılması halinde kişisel ilişkinin reddedilebileceği veya kaldırılabilirliği belirtilmiştir.

Birinci fıkrada, velayete sahip olan tarafın diğerinin çocukla kişisel ilişkisini zedelemekten kaçınması ihtimalini kapsar surette düzenleme yapılmasının, ‘Çocuk ile Kişisel İlişki / Sınırları’ başlığı altında Türk Medeni Kanun sistematığına uygun bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz. Zira velayete sahip olan ebeveynin böylesi bir yükümlülüğü ihlali, kendisi aleyhine bir durum yaratacağından⁵⁴³ kişisel ilişkinin reddedilmesi veyahut kaldırılmasını gündeme getirmeyecektir.

Kanaatimizce ‘Çocuk ile Kişisel İlişki’ başlığı altında düzenlenen kişisel ilişkinin sınırlarına dair TMK. m. 324 / f. 1 hükmü, sadece kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan tarafın velayet hakkının kullanılmasına engel olmama yükümlülüğü şeklinde düzenlenmeli⁵⁴⁴ ki; bunun ihlali halinde kişisel ilişkinin reddi ya da kaldırılması söz konusu olabilsin.

Velayet kendisine verilmeyen ebeveyn ile çocuk arasında tesis olunan kişisel ilişki, her şeyden evvel çocuğun yararına hizmet etmelidir⁵⁴⁵. Kanun koyucu, çocuğun yararına üstünlük tanıyarak kişisel ilişki kurma hakkının sınırlarını tayin etmiştir⁵⁴⁶. Böylelikle hakkın kullanılması belli sınırlar dahilinde mümkün iken; sınırın ihlali halinde kişisel ilişkinin reddedilmesi veya kaldırılması gündeme gelmektedir⁵⁴⁷.

*“Anne babası ayrı olan çocuğun ebeveynleriyle düzenli kişisel ilişki kurması ve bu ilişkiyi sürdürmesi anne ve baba için bir hak olduğu gibi çocuk için de haktır”*⁵⁴⁸. Bu niteliği gereğince çocuğun velayet kendisine verilmeyen ebeveyne yabancılaşmasını önlemek ve diğer yandan da anne babalık duygularının tatminini sağlamak adına kişisel

⁵⁴² Erlüle, s.282(Ziyaret).

⁵⁴³ Kanaatimizce, bu durum ancak velayetin değiştirilmesi sebebi olarak ele alınabilir. TMK. m. 324 ile birlikte anılması mümkün değildir. Zira madde metninde belirtilen kişisel ilişki, velayet kendisine bırakılmamış olan ebeveyn ile çocuk arasındaki münasebete ilişkin olarak kullanılmış hukuki bir terimdir. Ayrıca velayet hakkı sahibi ile çocuk arasındaki durumun TMK sistematığı içinde, bu başlık altında ele alınmasının yerinde olmadığı görüşündeyiz.

⁵⁴⁴ Akyüz, s.216(Çocuk).

⁵⁴⁵ Serdar, s.773.

⁵⁴⁶ Çelik, s.298; Pişken Arabacı, s.77; Çetinkaya, s.76;

⁵⁴⁷ Serdar, s.773(Kişisel); Ceylan, s.168; Hatemi/Oğuztürk, s.111; Özlü, s.161.

⁵⁴⁸ Yargıtay 2.HD. 14.06.2016. E.11968, K.11699(Sinerji).

ilişkinin reddedilmesi veya kaldırılması tedbirine son çare olarak başvurulması⁵⁴⁹ ve bu yaptırımın çok dikkatli kullanılması gerektiği haklı olarak vurgulanmaktadır⁵⁵⁰.

Çocukla ebeveyn arasındaki bağın tamamen koparılması yerine, somut olayın özelliklerine göre çocuğun yararına olmak kaydıyla daha önce kurulan kişisel ilişkinin içeriğinin değiştirilmesi veya makul şekilde sınırlandırılması suretiyle yeni bir düzenleme yapılması da mümkündür⁵⁵¹.

Kişisel ilişkinin çocuğun hayatındaki dengeleri bozup bozmadığı dikkate alınmalıdır. Kişisel ilişki nedeniyle çocuğun huzuru tehdit altında kalıyorsa çocuğun yararına hizmet etmeyen bu ilişki sona erdirilebilir⁵⁵². Çocuğun yararının tehdit altında kaldığından söz edebilmek için kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan ebeveynin kusurlu olması ve çocuğun zarar görmüş olması aranmaz. Çocuğun yararı bakımından böyle bir tehlikenin varlığı yeterlidir⁵⁵³. Eğer bu ilişki dolayısıyla çocuğun duygusal yönden ihmal edilmesi ve buna bağlı olarak da çocuğun kendini güvende hissedememesi, fiziksel şiddete ve cinsel istismara maruz kalması tehditleri gündeme geliyorsa çocuk tehlike altında olduğundan kişisel ilişki kaldırılacaktır⁵⁵⁴.

Kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan taraf, bu hakkını kullanırken, kararda belirlenen gün ve saatlere uygun davranarak, velayet hakkının gereğince ifa edilmesine engel olmaktan kaçınılmalıdır. Aksi halde öngörülen sürelerin dışına çıkarak ve hatta

⁵⁴⁹ Serdar, s.779(Kişisel).

⁵⁵⁰ Tekinay, s.278.

⁵⁵¹ Erlüle, s.282(Ziyaret); “Somut olayda, davalı baba, kişisel ilişki kurulması sırasında çocuğu süresinde teslim etmeyerek yükümlülüklerini yerine getirmekte ihmali davranışlar sergilemişse de bu davranışlarının çocukla baba arasındaki kişisel ilişkinin tamamen kaldırılmasını gerektirecek ağırlıkta olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple çocukla baba arasındaki kişisel ilişkinin tamamen kaldırılması çocuğun yüksek yararına uygun olmamıştır. Mahkemece, babanın ihmali davranışları da dikkate alınarak çocukla baba arasında daha önce kurulan kişisel ilişkinin makul şekilde sınırlandırılması suretiyle yeniden kişisel ilişki düzenlemesi yapılması gerekirken, çocukla baba arasındaki bağın tamamen koparılması ve çocuğun babasına yabancılaşması sonucunu doğuracak şekilde kişisel ilişkinin tamamen kaldırılması doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2.HD. 14.06.2016. E.11968, K.11699(Sinerji).

⁵⁵² Aras, s.315; “...Toplanan delillerden davalının boşanmalarından sonra davacıyı ve davacının annesini çocuğun gözleri önünde silahla ağır biçimde yaraladığı, çocuk beş yaşındayken gerçekleşen bu olay nedeniyle çocukta babaya karşı aşırı derecede korku geliştiği ve babasının sürekli olarak annesine zarar verebilecek potansiyel olarak gördüğü, babasını görmek ve karşılamak istemediği, babasıyla görüşmesi çocuğu psikolojik açıdan olumsuz etkilediği, kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzurunun ciddi biçimde bozulduğu ve tehlikeye girdiği anlaşılmaktadır. TMK. 324/2 maddesi koşulları oluştuğundan davanın kabulü ile baba ile çocuğun kişisel ilişkisinin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD. 31.05.2005. E.5868, K.8446 (Gençcan), s.1171.

⁵⁵³ Erlüle, s.236; Yılmaz, s.127.

⁵⁵⁴ Yılmaz, s.127.

görüşmenin sonunda çocuğu geri götürmeyip uzun süre yanında alikoyarak onun eğitimini, yetiştirilmesini engellemiş olur ki; bu da yükümlülüklerine aykırılık teşkil ettiğinden kişisel ilişkinin reddedilmesi veya kaldırılması sonucunu doğurabilir⁵⁵⁵.

Kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan taraf, çocuk ile gereğince ilgilenmez, ona karşı sorumluluklarını yerine getirmez, görüşme günlerinde çocuğu gelip almaz, çocuğu ile samimi ve sıcak ilişkiler kurmaz, çocuğunu terk ederek uzunca bir süre aramaz ise bu hallerde çocukla ciddi olarak ilgilenmediğinden kişisel ilişki talebi reddedilebileceği gibi var olan ilişkinin kaldırılması kararı da verilebilecektir⁵⁵⁶.

Madde metninde yer alan diğer sebepler olarak da çocuğun yararını tehdit edip; sağlık, ahlak ve eğitim bakımından gelişimini tehlikeye düşürecek haller kişisel ilişkinin reddi ya da kaldırılması neticesini doğuracaktır⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ Serdar, s.776(Kişisel); "...Toplanan delillerden davalının davacıyı tehdit ettiği, küçükle kişisel ilişkisini zedelediği, bununla da kalmayarak küçüğü okuldan kaçırdığı ve halen de yükümlülüğüne aykırı olarak velisi olan davacıya teslim etmediği belirlenmiştir. MK.'nın 324. maddesi koşulları olduğundan ana ile küçüğün kişisel ilişkisinin kaldırılmasına karar verilmesi gerekir." Yargıtay 2. HD. 09.07.2003. E.7602, K.10488 bkz.(Çelikel), s.132, dn.383; "...Görülüyor ki, baba iki buçuk yıl gibi uzun süreli çocuğu kaçırarak annenin velayetini kullanma hakkını engellemiş, çocuğun daha mahiyetinin ne olduğunu kavrayamadığı kavramlar ve saklamalara polisle kaçırılmalara maruz bırakmış, ruh yapısını alt üst edecek, kendisini başka bir isimle çağırma, resmi mercilerde ya da başka çevrelerde başka isimle bilinme durumları yaratmıştır. Çocuğun sağlıklı ruh ve beden gelişmesini engellemiştir. Bu haller hakimnin doğrudan müdahalesini gerektirir. Ayrıca velayeti haiz olan anne ile de çok olumsuz durumlar meydana getirilmiştir. Şu halde mahkemece yapılacak iş, çocuğun farik ve mümeyyiz çağa gelip olayları kavrayacağı yaşa kadar örneğin 11 yaşına kadar baba ile çocuk arasındaki şahsi ilişkiyi kaldırmaya karar vermesi gerekirken yazılı şekilde aynı olayların tekrar edilmesine müsait bir şahsi ilişki kurulması yasaya aykırıdır." Yargıtay 2. HD. 02.10.1992. E.8023, K.8927 (Özmen), s.502; "Somut olayda, davalı baba, kişisel ilişki kurulması sırasında çocuğu süresinde teslim etmeyerek yükümlülüklerini yerine getirmekte ihmali davranışlar sergilemişse de bu davranışlarının çocukla baba arasındaki kişisel ilişkinin tamamen kaldırılmasını gerektirecek ağırlıkta olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple çocukla baba arasındaki kişisel ilişkinin tamamen kaldırılması çocuğun yüksek yararına uygun olmamıştır. Mahkemece, babanın ihmali davranışları da dikkate alınarak çocukla baba arasında daha önce kurulan kişisel ilişkinin makul şekilde sınırlandırılması suretiyle yeniden kişisel ilişki düzenlemesi yapılması gerekirken, çocukla baba arasındaki bağın tamamen koparılması ve çocuğun babasına yabancılaşması sonucunu doğuracak şekilde kişisel ilişkinin tamamen kaldırılması doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 2.HD. 14.06.2016. E.11968, K.11699(Sinerji).

⁵⁵⁶ Serdar, s.776(Kişisel); "...Babanın çocuklara karşı olan tutum ve davranışı, davalının çocuklarla kişisel ilişkisinin tamamen kaldırılmasını gerektirecek nitelikte bulunmamaktadır. Babanın davranışları da dikkate alınarak velayetleri davacı anneye verilen çocuklarla davalı arasında uygun süreli şahsi münasebet tesisi gerekir." Yargıtay 2. HD. 26.12.2005. E.20562, K.18158 (Sinerji).

⁵⁵⁷ Anne baba arasında kişisel ilişki kurulmasını ya da sürdürülmesini engelleyecek derecede sorunlar bulunması, kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan tarafın çocuğu etkin olarak korumasına engel teşkil edecek bulaşıcı bir hastalığının bulunması; çocuğun herhangi bir baskı altında kalmaksızın ısrarla kişisel ilişki kurmayı reddetmesi, diğer sebeplere örnek olarak gösterilebilir. Detaylı bilgi için bkz. Erlüle, s.240 vd.

IV. ÇOCUK İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİLER ARASINDA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI

Çocuk ile anne baba arasında tesis olunan kişisel ilişki, kan hısımlığı dolayısıyla sadece hukuki bir nitelik taşımaz; aynı zamanda sevgi, şefkat ve hoşgörü, aidiyet ve güven gibi duygu durumlarını da içerir. Duygusal doyum çocuğun manevi gelişimi bakımından önem taşır. Bu nedendir ki çocuğun yararına aykırı olmadığı müddetçe onun duygularına hitap edecek ve manevi gelişimini destekleyecek surette anne baba dışındaki kişilere⁵⁵⁸ de bu hak tanınabilmelidir⁵⁵⁹.

Eski kanun döneminde bu hususta herhangi bir düzenleme yer almıyordu. Doktrinde ise büyükanne ve büyükbabaların bu hakkı kullanabilmeleri konusunda çeşitli görüşler savunulmaktaydı. Bir görüş, çocukla kişisel ilişki kurma hakkının anne babaya özgü olduğunu büyükanne ve büyükbabanın böyle bir hak iddiasında bulunamayacaklarını savunuyordu⁵⁶⁰. Bunun aksine Saymen⁵⁶¹, teamüllerin, aile ilişkilerinin ve akrabalık bağlarının gereği olarak büyükanne ve büyükbabaların torunları ile kişisel ilişki kurulmasını hakimden talep edebilecekleri görüşündedir. Diğer bir görüş de, bu konuda kanuni bir düzenleme bulunmadığından kanun boşluğundan hareket edilmesi gerektiğini belirtmekteydi⁵⁶². Buna göre, kişisel ilişki kurulacak olan çocuğun anne veya babasının ya da her ikisinin ölmüş veya gaipliğine karar verilmiş olması, ölenin veya gaibin anne babasının talep etmesi ve torunları ile aralarında sahil nesep bağının varlığı halinde kanun boşluğu bulunduğunu ve hakim bu boşluğu kanunun tanıdığı kural koyma yetkisine dayanarak dolduracağı savunulmaktadır.

⁵⁵⁸ TMK. m.325: “*Olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabilir.*”

⁵⁵⁹ Güneşlioğlu, s.109.

⁵⁶⁰ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, C.II, 5. Bası, İstanbul: Nurgök Matbaacılık, 1965, s.215.

⁵⁶¹ Ferit Hakkı Saymen, “Boşanma Halinde Çocukların Büyük Ana Babalarıyla Münasebetleri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, S.6, 1951, s.330.

⁵⁶² Aytakin M.Ataay, “Büyük Ana ve Büyük Babalarla Torunlar Arasında Şahsi Münasebetler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.23, S.3-4, 1958, s.372 vd.

Yargıtay, doktrindeki bu fikir ayrılığını İçtihadı Birleştirme Kararı⁵⁶³ ile büyükanne ve büyükbabaların lehine çözümlenmiştir. Zira Türk toplumunun sıkı ve sağlam aile bağları da bunu gerektirmiştir⁵⁶⁴.

Yargıtay'ın bu uygulamasının aksine, İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Medeni Kanunu'nun eski halinden hareketle bu konuda kanunda bir boşluk bulunmadığını bu nedenle büyükanne ve büyükbabaların torunları ile kişisel ilişki talebinde bulunamayacaklarına dair kararlar vermektedir⁵⁶⁵. 01.01.1978 tarihinde yürürlüğe giren 25.06.1976 tarihli bir Federal kanun değişikliği ile İsviçre'de de bu hususa Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına paralel bir çözüm getirilmiş oldu⁵⁶⁶.

Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte üçüncü kişilerle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması açıkça hükme bağlanmıştır⁵⁶⁷. Kanun koyucu, İçtihadı Birleştirme Kararının kapsamını genişleterek sadece büyükanne ve büyükbabalara değil; hısımlar başta olmak üzere diğer kişilere de bu haktan yararlanabilme imkanı getirmiştir⁵⁶⁸. Böylelikle üvey anne, üvey baba, uzun yıllar çocuğun bakımı ile ilgilenmiş olan kimse de hakimden çocukla kişisel ilişki kurulmasını talep edebilecektir⁵⁶⁹.

Anne veya baba ile kişisel ilişki kurulmasından farklı olarak üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurulabilmesi için kanun olağanüstü halin varlığını aramaktadır⁵⁷⁰.

⁵⁶³ "...Büyük baba ve büyük analarıyla şahsi münasebetleri kesilen ve onlara karşı sevgi hisleri körleştirilen torunların manevi ve ahlaki melekeleri matlup şekilde inkişaf edemeyecektir. Velayet hakkını haiz ana veya baba çocuğun müstakbel maddi menfaatlerini göz önünde tutarak büyük baba veya büyük ana ile örf ve teamülün icabı nispetinde şahsi münasebeti devam ettirmek mecburiyetindedirler. Bu hal çocuğun manevi ve ahlaki inkişafı bakımından da zaruridir.(...) Bu sebeplere binaen büyük ana ve büyük babanın torunları ile velinin arzusu hilafına ve veliyi hasım göstermek suretiyle şahsi münasebet temini talep ve davaya hakları bulunduğu Temyiz İkinci Hukuk Dairesi'nin 12.11.1947 tarihli ilamında belirtilen içtihadın isabetli olduğuna 18.11.1959 tarihinde üçte ikiye geçen ekseriyetle karar verildi." Yargıtay İBK. 18.11.1959. E.12, K.29 (Şener Akyol, Medeni Hukukta Uygulama Örnekleri, C.I, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1971, s.42 vd.)(Uygulama).

⁵⁶⁴ Kılıçoğlu, s.129.

⁵⁶⁵ Akıntürk/Ateş, s.315(Aile).

⁵⁶⁶ Akıntürk/Ateş, s.316(Aile).

⁵⁶⁷ TMK. m.325: "Olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabilir."

⁵⁶⁸ Ceylan, s.167; Aras, s.316.

⁵⁶⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.353.

⁵⁷⁰ Özdamar, s.438(Cedaw); "...Olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere özellikle de hısımlarına tanınabilir. Davacı büyükbaba ve büyükanne ile küçük arasında kişisel ilişki kurulmasını gerektirecek olağanüstü haller ispatlanmadığı halde davacı büyükbaba ve büyükanne ile küçük çocuk arasında kişisel ilişki

Olağanüstü halden anlaşılması gereken, çocuk ile üçüncü kişi arasında ilişki kurulmasını haklı gösterecek sıkı bir duygusal bağın bulunması, aynı aile ortamında yaşamış olmanın verdiği bir yakınlığın varlığıdır⁵⁷¹. Bu hal özellikle evlilik, boşanma ya da ölüm ile sona erdiğinde üçüncü kişilerin var olan ailevi ilişkileri sürdürmeyi arzu ettiklerinde söz konusu olacaktır⁵⁷². Böylesi bir yakınlığın varlığına rağmen çocuğu görüp sevmeye, özlem giderme imkanının bulunmaması halinde üçüncü kişinin talebi haklı kabul edilebilecektir⁵⁷³. Ancak olağanüstü halin varlığı tek başına yeterli bir koşul değildir. Bunun yanında tesis edilecek olan ilişkinin çocuğun menfaatine uygun olması aranır⁵⁷⁴.

kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 04.02.2009. E.19498, K.1470 (Gençcan), s.1175; “...*Olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere özellikle hısımlarına da tanınabilir. Davacı dayı olağanüstü halin varlığını kanıtlayamadığından davanın reddi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.*” Yargıtay 2. HD. 07.05.2008. E.113, K.6611 (Gençcan), s.1176; Kanundaki bu ifade, büyükanne ya da büyükbabanın, torunuyla kişisel ilişki kurulmasını isteyebilmesi için mutlaka olağanüstü hallerin gerçekleşmesinin gerekmemesi nedeniyle eleştirilmekte ve bu ifadenin daha iyi bir şekilde kaleme alınabileceğini ileri sürülmektedir. bkz.(Canan Şimşek, s.132, dn.547).

⁵⁷¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.353.

⁵⁷² Kılıçoğlu, s.131; “...*Davacılar, kişisel ilişki kurulması istenilen 20.09.2013 doğumlu Ö'nün babaannesi ve dedesidir. Davacıların oğulları ve çocuğun babası A. 22.05.2013 tarihinde vefat etmiştir. Olağanüstü hallerin varlığı halinde, üçüncü kişi sıfatıyla çocuğun babaannesi ve dedesinin de kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı mevcuttur.(TMK. m.325) Davacıların oğlu olan baba vefat ettiğine göre, olağanüstü haline mevcut olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bununla birlikte dosya kapsamında kurulacak kişisel ilişkinin çocuğun gelişimini olumsuz etkileyeceği, onun zararına olacağı yönünde bir kanıt da bulunmamaktadır. O halde mahkemece özellikle kişisel ilişki kurulması istenilen çocuğun yaşı da gözetilerek, bedeni ve fikri gelişimini olumsuz etkilemeyecek ve davalı annenin velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine engel olmayacak şekilde davacılar ile çocuk arasında uygun süreli kişisel ilişki düzenlenmesi gerekirken, yetersiz gerekçe ile isteğin reddi usul ve yasaya aykırıdır.*” Yargıtay 2. HD. 09.12.2015. E.23075, K.23757 <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=47&t=4812> (29.10.2016); “...*Küçük Ayşenur 2005 doğumlu olup babası 2007 yılında ölmüştür. Davacının torunun görmek ve onunla uygun kişisel ilişki kurmak, torun sevgisini tatmak ve çocuğa da bu sevgiyi vermek hakkıdır. Davacının bu hakkını amacına aykırı kullanacağına dair dosyada bir delil yoktur. O halde uygun kişisel ilişki tesisi gerekirken isteğin reddi doğru görülmemiştir.*” Yargıtay 2. HD. 21.01.2009. E.13959, K.389 (Gençcan), s.1173.

⁵⁷³ Serdar, s.755(Kişisel).

⁵⁷⁴ Usta, s.79; Kılıçoğlu, s.131; Zevkliler/Havutçu, s.308; Kucuroğlu, s.69; “...*Mahkemece; davacılar ile torunları arasında kişisel ilişkinin çocuğun menfaatine uygun düşüp düşmediği ve kişisel ilişki süresinin çocuğun yüksek yararı gözetilerek ne yönde olması gerektiği konusunda uzmanlardan görüş alınarak ve taraflardan delilleri de sorulup toplanarak hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*” Yargıtay 2. HD. 04.02.2010. E.2009/11368, K.2010/1720 (Sinerji); “...*Büyükbaba ile torun arasındaki kişisel ilişkinin amacı, hısımlık bağlarını güçlü tutmak ve büyükbaba ve büyükannenin torun sevgisini tatmin, çocuğun da büyükbaba ve büyükanne sevgi ve şefkatini hissetmesini, bu yolla çocuğun manevi ve ahlaki gelişimini sağlamaktır. Çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde bu hakkın amaca uygun tesisi gerekir.*” Yargıtay 2. HD. 15.06.2010. E.1005, K.11852 (Sinerji); “...*Davacılar, ölen kardeşlerinin çocukları ile uygun süre kişisel ilişki kurulmasını istemiştir. Aile mahkemesi uzmanları tarafından düzenlenen 06.03.2007 günlü rapor ile çocukların davacı halaları ile kişisel ilişki kurulması gerektiği bildirilmiştir. (...) yapılacak iş çocuklar ile davacılar arasında uygun bir süre ile kişisel ilişki kurmaktan ibarettir.*” Yargıtay 2. HD. 27.02.2008. E.17948, K.2389 (Gençcan), s.1176. Bu karar oyçokluğu ile alınmıştır. Karşı oy: “...*TMK.'nın 325/1 maddesi uyarınca üçüncü kişilerle çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasında olağanüstü hallerin varlığı yanında bu ilişkinin çocuğun*

Çocuğun velayeti anneye verilmiş, baba ile kişisel ilişki düzenlenmiş ve baba, çocuğun büyükbaba ve büyükannesi ya da diğer hısımlarıyla beraber yaşamaktaysa ayrıca bu hısımlar lehine de kişisel ilişki tesis edilmesinde olağanüstü bir durum söz konusu değildir. Diğer taraftan çocuk gereksiz yere annesinden uzun süre ayrı kalacak ve bu durum çocuğun birden fazla ortam arasında bocalamasına yol açacağından menfaatine uygun da olmayacaktır⁵⁷⁵.

Doktrinde⁵⁷⁶, anne baba sağ ise ve bunlardan biri çocukla kişisel ilişki kurma hakkını kullanmaktaysa ayrıca üçüncü bir kişinin bu haktan yararlanmasının mümkün olmayacağı haklı olarak savunulmaktadır. Zira hısımlar, kendi tarafındaki anne veya baba aracılığıyla çocukla ilişki kurabileceklerdir⁵⁷⁷. Aksi uygulamanın çocuğun farklı ortamlar arasında gelgitler yaşamasına, velayet sahibi ebeveyniyle gereğince vakit geçirememesine, alıştığı ortamdan uzun süreli olarak uzak kalmasına neden olacağından çocuğun yararını tehlikeye düşürebileceği kanaatindeyiz⁵⁷⁸.

menfaatine de uygun düşmesi gereklidir. Oysa toplanan delillerden olağanüstü hallerin varlığı kanıtlanamadığı gibi bu ilişkide çocukların yararlarının da bulunmadığı anlaşıldığından, hükmün onanması gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluk kararına katılmıyorum.” şeklindedir.; “Babanın ölümü nedeniyle velayeti davalı annede bulunan küçük Büşra 2007 doğumlu olup ana bakım ve şefkatine muhtaçtır. Bu sebeple ‘her yıl 1 temmuz saat 10.00’den 31 temmuz günü saat 17.00 arası’ davacılar büyük anne ve büyük baba yanında kişisel ilişki kurulması doğru olmamıştır.” Yargıtay 2. HD. 01.04.2003. E.1841, K.4624 bkz.(Çelikel), s.128, dn.375.

⁵⁷⁵ Kılıçoğlu, s.131 vd.

⁵⁷⁶ Akıntürk/Ateş, s.398(Aile); Ergün, s.1098.

⁵⁷⁷ “Boşanma kararı ile kendisine kişisel ilişki hakkı tanınmış olan baba ve davalı anne İstanbul’da bulunmaktadır. Davacı babaannenin ise yılın bir bölümünü Amerika da geçirdiği, Türkiye ye geldiği zamanlarda İstanbul’da kaldığı, babanın kişisel ilişki günlerinde torununu görebildiği anlaşılmaktadır. Davacının torunuyla görüşmesine, babanın engel çıkardığı ileri sürülmemiştir. Davacı, babaya tanınan kişisel ilişki süresi içinde torununu görme ve aile bağlarını koruma ve geliştirme imkanına sahiptir. Ortada davacıya kişisel ilişki hakkı tanınmasını gerekli ve haklı kılan olağanüstü bir durum bulunmamaktadır. O halde, davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır. Bu itibarla ... Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesinin 27.09.2007 tarihli kararının kaldırılmasına, ... Aile Mahkemesinin 25.10.2016 tarihli kararının bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.” Yargıtay 2.HD. 11.04.2018. E.2039, K.4860 (Sinerji).

⁵⁷⁸ “...Davacılar 2004 doğumlu torunları ile kişisel ilişki kurulmasını istemişlerdir. Mahkemece TMK. 325.maddesinde açıklanan ölçütler dikkate alınmak suretiyle kişisel ilişkinin çocuğun menfaatine olup olmadığı, ne şekilde kurulması gerektiği hakkında uzman görüşü alınarak sonucu uyarınca hüküm kurulması gerekirken, annesinin velayet hakkını kısıtlar, anneden uzun süre ayrı kalması sonucu doğurur şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 08.11.2007. E.2006/20224, K.2007/15306 (Sinerji).

Hal böyle olmakla kişisel ilişki sahibi ebeveyn, kişisel ilişki süresi içinde kendi hısımları olan üçüncü kişilerin çocukla görüşüp, özlem gidermelerine engel oluyorsa Yargıtay bu durumda olağanüstü halin varlığını kabul etmektedir⁵⁷⁹.

Türk Medeni Kanunu 325'inci madde ve bu hükmün getiriliş amacı ile 326'nçı madde gerekçesinde yer alan "...Böylece örneğin çocuğun hısımları, mahkemece bir karar verilmeye kadar velayet hakkına sahip ana ve babanın rızası olmadıkça(...)çocukla kişisel ilişki kuramayacaklardır." ifadesinden de anlaşılacağı üzere, üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakları, ana babanın sağ olup olmamasına ya da ana ve/veya babanın kişisel ilişki kurma haklarını kullanmış olup olmamalarına bağlanmış değildir⁵⁸⁰. Öyleyse kanunun aradığı koşullar her bir somut olayda ayrı ayrı değerlendirilecek ve koşulların varlığı halinde üçüncü kişiler lehine kişisel ilişki tesis edilebilecektir. Ancak bu ilişki velayet hakkını kısıtlamamalı ve anne babaya tanınan kişisel ilişki süresi gibi geniş olması beklenmemelidir⁵⁸¹.

TMK. 325'inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca, anne babanın çocukla kişisel ilişkisi bakımından öngörülen sınırlamalar üçüncü kişilere de kıyasen uygulanacaktır.

⁵⁷⁹ "...Davacı, çocuğun anneannesidir. Çocuğun anne ve babası boşanmış, boşanma kararıyla çocuk babanın velayetine bırakılmış, anne ile çocuk arasında boşanma kararında gösterilen sürelerde kişisel ilişki tesis edilmiştir. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, çocuğun annesinin zaman zaman ve özellikle yaz aylarında Çorum'a gelip davacı ile birlikte kaldığı anlaşılmaktadır. Davacı, anneye tanınan kişisel ilişki süresi içinde, anne kişisel ilişki için çocuğu teslim aldığı anda torununun görme ve onunla kişisel ilişki kurma ve sürdürme olanağına sahiptir. Küçüğün annesinin ona tanınan kişisel ilişki süresi içinde torununu kendisine göstermediğine ilişkin bir delil ortaya konulmamıştır. Davacının istemini haklı kılacak olağanüstü bir hal bulunmamaktadır. Öyleyse davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." Yargıtay 2. HD. 06.12.2010. E.7475, K.20285 (Sinerji).

⁵⁸⁰ Serdar, s.756; "...Davacı, torunuyla kişisel ilişki kurulmasına izin verilmesi istemiyle davalı gelini aleyhine dava açmış, mahkemece dava kabul edilmiş, karar davalı tarafca temyiz edilmiştir.(...) Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Dosya kapsamına göre kişisel ilişki kurulmak istenen küçük (K)'nın anne ve babası evli olduğu halde dava sadece çocuğun annesine yöneltilmiş, babası davalı olarak gösterilmemiştir. Velayet hakkı sahiplerinden babanın da davaya dahili ile onun göstereceği kanıtlar toplanmadan eksik hasımla karar verilmesi doğru değildir." Yargıtay 2. HD. 31.05.2004. E.6169, K.6954(Sinerji). Görüleceği üzere, üçüncü kişilerin kişisel ilişki talebi, ebeveynlerin sağ olup olmamasına; kişisel ilişki kurma haklarını kullanmış olup olmadıklarına bağlı değildir.

⁵⁸¹ "...Üçüncü kişilerin koşullar gerçekleştiği takdirde çocukla kişisel ilişki kurma hakkı mevcut ise de; kişisel ilişki süresinin ana ve babaya tanınan genişlikte olması beklenemez. Ancak; anneanne, dede, büyükanne ve büyükbabalarla torunlar arasındaki kişisel ilişki torunun bunlarla 'aile bağlarını' güçlendirmek ve geliştirmek, onların da torun sevgilerini tatmaya elverişli olacak yeterlilikte olmalıdır. Çocuğun yaşı dikkate alındığında, davacı-davalı babaanne ve dede ile çocuk arasında yatılı kişisel ilişki kurulmasının, çocuğun sağlığı, ahlaki ve bedensel gelişimini tehlikeye düşüreceğine dair bir delil bulunmadığına göre, çocuk ile davacılar arasında ayın belirli hafta sonlarında, yarıyıl tatili ve yaz tatillerinde yatılı olacak şekilde kişisel ilişki kurulmasına karar verilmesi gerekir." Yargıtay 2. HD. 28.06.2016. E.12739, K.12650 <http://www.hukukihaber.net/kararlar/ucuncu-kisilerin-cocukla-kisisel-iliski-tesisi-h82151.html> (30.10.2016)

Bu durumda üçüncü kişiler çocukla olan kişisel ilişkilerinde anne babanın ya da diğer kişilerin ilişkilerini zedelemekten kaçınmalıdırlar. Buna uyulmaması halinde TMK. 324. maddesi uyarınca bu hakka ilişkin talepleri reddedilebileceği gibi, kendilerinden geri de alınabilir⁵⁸².

V. KİŞİSEL İLİŞKİNİN KURULMASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Boşanma kararı veren hakim, TMK. 182 / 1 maddesi uyarınca müşterek çocuğun velayeti konusunda bir hüküm oluşturduğu gibi, velayet kendisine bırakılmayan tarafla çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi de resen düzenlemek zorundadır.

Kişisel ilişkiyi karara bağlayacak olan görevli mahkeme, 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun 4'üncü maddesi uyarınca 'Aile Mahkemesi'dir. Aile mahkemesinin bulunmadığı yerlerde Asliye Hukuk Mahkemesi'nce düzenleme yapılacaktır⁵⁸³. Bu görev kuralı, boşanma davasından sonra açılan kişisel ilişki talepli davalar bakımından da geçerlidir⁵⁸⁴.

Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde mahkemenin yetkisine dair 326'ncı madde, "*Kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili bütün düzenlemelerde çocuğun oturduğu yer mahkemesi de yetkilidir. / Boşanma ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin yetki kuralları saklıdır.(...)*" hükmünü amirdir. Buna göre, kişisel ilişkiye dair alınacak her karar bakımından çocuğun oturduğu yer mahkemesi de yetkili kılınmakla özel bir yetki kuralı düzenlenmiştir. Anılan düzenleme ile kanun koyucu, çocuğun yararını esas alarak, davanın sürüncemede kalmaması adına yetki hususunda uyuşmazlık çıkmasını

⁵⁸² Güneşlioğlu, s.117; Karabacak, s.77; Pişken Arabacı, s.79; Fulya Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması",[Elektronik Versiyon] *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2010, C.16, S.3-4, [http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/article/download/5000064070/5000059941\(29.10.2016\)](http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/article/download/5000064070/5000059941(29.10.2016)), s.245

⁵⁸³ "...Dava, davalı baba ile çocuk arasında kurulan kişisel ilişkinin değiştirilmesi isteğine ilişkindir. Görev kamu düzeniyle ilgilidir. Mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması gerekir. (...) Aile Mahkemesi kurulmayan yerlerde Hakimler Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemelerinde davanın Aile Mahkemesi sıfatı ile görülüp karara bağlanması gerekir. Bu açıklama karşısında davaya aile mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken, bu husus düşünülmeden Asliye Hukuk Mahkemesi olarak yargılamaya devam edilip, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 2. HD. 08.10.2009. E.4500, K.16912 (Gençcan), s.1186.

⁵⁸⁴ Tutumlu, s.1383.

önlemek istemiştir⁵⁸⁵. Çocuğun ‘oturduğu yer’ ifadesini TMK.’nın 21. maddesi⁵⁸⁶ uyarınca ele almak gereklidir⁵⁸⁷. Madde metninden de anlaşıldığı gibi, ‘çocuğun oturduğu yer’ ifadesi ile kesin bir yetki kuralı getirilmiş değildir. Zira boşanma ve evlilik birliğinin korunmasına dair yetki kuralları saklı tutulmuştur. Kişisel ilişkinin boşanma davasının ferî olarak karara bağlanmasında yetkili mahkeme, boşanma davasına bakmaya yetkili olan mahkemedir⁵⁸⁸.

VI. İCRA İFLAS KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ YERİNE GETİRİLMESİ

Velayet kendisine bırakılmayan ebeveynin mahkeme kararında hükme bağlanan sürece çocukla kişisel ilişki kurulmasına diğer taraf engel olamaz⁵⁸⁹. Kişisel ilişki kurma hakkı sahibi, çocukla görüşüp ilişki kurulmasına müsaade edilmemesi halinde, mahkeme ilamını icraya koyarak takip talebinde bulunabilir⁵⁹⁰. Bu talebi alan icra memuru, velayet hakkına sahip tarafa icra emri göndererek, kişisel ilişkiye engel olmaması gerektiğini aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini ve İİK. 341. madde uyarınca cezalandırılacağını ihtar eder. (İİK. m. 25/a).

İcra memurunun zor kullanma yetkisi asla çocuğa karşı kullanılmamalı⁵⁹¹; yalnızca borçlu olan velayet hakkı sahibine yöneltilmelidir. Ancak cebri icraya dahi istisnai olarak başvurulmalı; velayet hakkı sahibi anne veya babaya çocuğun gözü önünde zor kullanılmamalıdır. Çünkü çocuğun resmi otorite kullanılarak teslim edilmesi, çocukta kalıcı izler bırakabilecektir⁵⁹².

Kanun koyucu, çocukların kişisel ilişki kurulmasına dair ilamın icrasında olumsuz etkilenmelerinin önüne geçmek amacıyla özel hüküm getirmiştir⁵⁹³. İcra İflas Kanunu 25/b maddesinin “Çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına

⁵⁸⁵ Tutumlu, s.1383.

⁵⁸⁶ TMK. m.21/f1: “ Velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır.”

⁵⁸⁷ Pişken Arabacı, s.75.

⁵⁸⁸ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. s.96 vd.

⁵⁸⁹ Serdar, s.768.

⁵⁹⁰ Pişken Arabacı, s.80; Güneşlioğlu, s.111.

⁵⁹¹ Serozan, s.240.

⁵⁹² Akyüz, s.157.(Müşterek Hayatın Tatili)

⁵⁹³ Canan Şimşek, s.154.

dair ilamların icrası, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu⁵⁹⁴ tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın veya bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir.” hükmü ile çocuğun ruhsal yönden tehdiye uğramaması adına onun psikolojik gelişimini destekleyici bir düzenleme kaleme alınmıştır⁵⁹⁵. Böylelikle çocuğun yararı esas alınarak icranın herhangi bir çatışma olmaksızın tesis edilmesinde uzmanların rolü önem arz etmektedir⁵⁹⁶.

Kişisel ilişki kurulmasına dair ilamın icrasında çocuğun yararının ne olduğu tespit edilmelidir. Bu tespiti yapacak olan hakim veya icra müdürü değil; uzman kişidir. Ancak, uzman tespit ve görüşlerine icra müdürünün uyma zorunluluğu olup olmadığı kanunda açıkça belirtilmemiştir⁵⁹⁷. Uzman bulundurulmasına dair maddenin düzenleme amacı dikkate alındığında, icra müdürünün uzman görüşünü dikkate alarak işlem yapması gerektiği doktrinde haklı olarak savunulmaktadır⁵⁹⁸. Kanaatimizce de, uzman görüşleri doğrultusunda hareket edilmesi, çocuğun üstün yararının korunması bakımından kabulü zorunlu bir uygulamadır.

Resmi görevlilerin otoritesi ile anne babasının tartışmaları ortasında kalan, duygu dünyası tahribata uğramış bir küçüğün korku içerisinde kişisel ilişkiye zorlanmasına rağmen uzman kişinin salt tespitinde bulunup bunu rapor halinde dosyaya sunması, İİK. 25/b hükmünün getiriliş amacına aykırıdır. Zira çocuğun yararı her şeyin üstünde tutularak işlem yapılması gerekmektedir⁵⁹⁹.

⁵⁹⁴ Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumunun (SHÇEK) tercih edilmesinin nedeni, SHÇEK'in ülke genelinde her ilde ve bir kısım ilçelerde teşkilatının mevcut olması nedeniyle ilamın icrasında uzman görevlendirilmesinde kolaylık sağlanması olabilir. Ayrıca icra müdürlüklerinde çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrası işlerinin aile mahkemelerinin iş yoğunluğuna nazaran daha az olması nedeniyle dışarıdan uzman görevlendirilmesi tercih edilmiş olabilir. bkz.(Belgin, s.93'ten naklen).

⁵⁹⁵ Özlem Ezgi Solak, “Boşanmanın Çocuklar Bakımından Hukuki Sonuçları”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2014), s.124; Pişken Arabacı, s.80; Belgin, s.86.

⁵⁹⁶ Ömer Mavi, “İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcra Uzmanının Rolü ve Çocuğun Durumu”, [Elektronik Versiyon] *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, S.74, [http://tbdergisi.barobirlik.org.tr/arama?d1=0&d2=0&s=74&k=0&w=\(25.12.2015\)](http://tbdergisi.barobirlik.org.tr/arama?d1=0&d2=0&s=74&k=0&w=(25.12.2015)), s.272.

⁵⁹⁷ Serdar, s.771(Kişisel).

⁵⁹⁸ Prof. Dr. Hakan Pekcanitez İcra İflas Panelinde, icra müdürünün öncelikle uzmanın görüşü doğrultusunda hareket etmesi gerektiğini, “Aksi halde uzmanın danışman, ama danışılabilir bile onun görüşlerine uyulmamasının herhangi bir sonucu olmayan kişi olmaktan öte gitmesi mümkün değildir” şeklinde ifade etmiştir. bkz.(Serdar, s.771, dn.114'ten naklen)(Kişisel).

⁵⁹⁹ Köseoğlu/Kocaağa, s.499.

Çocuk ruhsal ve fiziksel zarara uğramaktaysa; güvenliği tehdit altındaysa böylesi bir ortamda birkaç saat sürecek de olsa çocuğun kişisel ilişkiye zorlanması çocukta telafisi zor izler bırakabilecektir. Uzman kişinin bu durumu sadece rapor etmesi, çocuğun o anda yaşadığı korkuyu, uğradığı zararı bertaraf edemeyecektir. Bu nedenlerle İİK. 25/b maddesini uzmanın ilamın icrasında fiilen hazır olmasının yanında aktif rol üstleneceği şeklinde uygulamak yerinde olacaktır.

Çocuğun yararı bakımından olması gereken ve de arzulanan düzene ilişkin görüş ve temennilerimize rağmen aile hukukuna yabancı, çocuğun yararı ilkesinden uzak, asıl görevi devlet eliyle alacakların tahsili olan icra iflas sistemi içinde çocuğun bir eşyaymışçasına oradan oraya teslim edilmesi ne yazık ki ülkemizde keyfi uygulamalara özellikle de daha çok çocuğun istismar edilmesine neden olacaktır⁶⁰⁰. Ancak belirtmek isteriz ki, Adalet Bakanlığı'nca hazırlanmış ve çalışmaları devam etmekte olan 'Mağdur Hakları Kanun Tasarısı' ile çocukla kişisel ilişki kurulmasının amacına ve ruhuna aykırı olan cebri icra uygulamasının kaldırılması yolu açılmıştır⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ Göktan Koçyıldırım, "Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası Uygulamaları", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, SBE, 2010), s.114; Bu konuda detaylı bilgi için bkz. s.99 vd.

⁶⁰¹ Detaylı bilgi için bkz. Erlüle, s.265(Ziyaret).

SONUÇ

Aile toplumun temelidir. Ve evlilik bu temel için atılan ilk adımdır. Evlenen kişiler mutlu bir yuva için hayatlarını birleştirirken, süreç içinde karşılaşılan olumsuzluklar ve yaşanan anlaşmazlıklar bu birliktelikleri sona erdirmektedir.

Eşlerin hayat birliktelikleri boşanma ile hukuken son bulmaktadır. Boşanma kararı ile hakim herhangi bir talep olmaksızın müşterek çocuk velayeti hakkında da bir hüküm tesis eder.

Evlilik devam ederken velayet hakkının kullanımı anne ve babaya aittir. Ancak evliliğin boşanma ile son bulması halinde hakim, velayet hakkını anne ya da babadan birine bırakır. Bu hususta hakime yön verecek olan temel ilke, çocuğun yararı ilkesidir. Zira boşanmadan en çok etkilenecek olan çocuktur. Çocuğun o masum dünyasında anne babasını birbirinden ayrı düşünmeye imkan yok gibidir. Böyle bir ihtimali tasavvur dahi edemeyen veya etmek istemeyen küçüğün korunmaya en çok ihtiyaç duyduğu şüphesizdir.

Problemlili bir aile ortamında sağlıklı gelişme imkanı bulamayan çocuğun boşanma ile velayet hakkı düzenlenirken psikolojik ve sosyolojik açıdan yaşamındaki tüm olumsuzlukların en aza indirgenmesi amaçlanır. Çocuğun yararı ilkesi burada hakime yol gösterir. Bu ilkenin temini bakımından da idrak çağındaki çocuğun dinlenilmesi önem arz etmektedir. Çocuğun görüşü alınırken gerçek iradesinin ortaya konulmasında da uzman bilirkişiler rol oynamaktadır.

Çocuğun yararı anne babanın yararı ile çatıştığında çocuğun yararına üstünlük tanınması bu ilkenin zorunlu bir sonucudur. Zira çocuk korunur ve gözetilirse, toplumun geleceği korunup, toplumun yararı temin edilmiş olur. Çocuklar mutlu olursa, ruhsal açıdan sağlık bulursa; toplumun yapı taşları da sağlam olur. Ve gelecek nesiller de mutlu olup mutlu yuvalar kurarak toplumu huzur içinde ayakta tutmayı başarırlar.

Çocuğun dinlenilmesi ve çocuğun yararı ilkeleri böylesine önem arz etmesine rağmen Türk Medeni Kanunu'nda velayet hakkı bakımından bu ilkelere yer verilmemiş olması ciddi bir eksikliklidir. Zira velayet hakkı çocuğun yararına bir haktır. Hakim karar

verirken anne, baba veya vasi ve vesayet makamının düşüncesini alabilecekken; velayet hakkı kendi yararına tesis edilen çocuğun evleviyetle beyanının alınması bir zorunluluktur. Bu zorunluluğa rağmen kanuni zeminde yer bulamaması uygun olmamıştır.

TMK.'nın bir diğer eksikliği de, boşanma halinde birlikte velayet düzenlemesine yer verilmemiş olmasıdır. TMK. m.336/II uyarınca hakim, ayrılık halinde velayet hakkını anne babanın birlikte kullanımına bırakabilecekse, boşanma halinde de birlikte velayete karar verebilmesi mümkün olmalıdır. Zira boşanmada olduğu gibi ayrılık durumunda da anne ve babanın beraber yaşamaları söz konusu değildir. Anne baba arasındaki problem ve anlaşmazlıklar her iki halde de varlığını korumaktadır. Hal böyle olmakla kanunda, boşanma sonrasında birlikte velayete yer verilmemiş olması isabetli değildir. Bu hususta Ek 7 No'lu Protokol m. 5 uyarınca uygulamada birlikte velayet kararlarının verilmeye başlanmış olması, önemli bir adımdır. Doktrindeki tartışmaları sona erdirmek ve birlikte velayetin nasıl kullanılacağını göstermek adına kanuni bir düzenleme yapılması önem arz etmektedir.

Boşanmadan sonra anne babanın velayeti birlikte yürütebilmeleri, çocuğun yararına uygun olması ve tarafların bu hususta anlaşmış olmaları ve rıza göstermeleri halinde mümkün olmalıdır. Çocuk için en doğru kararı verecek olan yine anne ve babasıdır. Bu nedenle tarafların birlikte velayete dair irade açıklamaları ve bu husustaki anlaşma metinleri hakimce göz ardı edilmemelidir. Hakim ebeveynlerin irade açıklamalarını, talep ve rızalarını dikkate almakla velayet modellerinden çocuğun yararına en uygun olanı tercih ederek hükmünü tesis edecektir.

Velayet hakkı açısından çocuğun yararı ilkesine yer verilmemiş olmasına rağmen, TMK. m. 182/II kişisel ilişkinin düzenlenmesinde çocuğun yararının esas tutulacağını belirtilmesi uygulama bakımından yol gösterici olmuştur. Ancak kişisel ilişki icrasının çocuk bir taşınır eşyaymışçasına İcra İflas Kanunu tekeline bırakılmış olması, bu ilkenin amacına aykırıdır. Bu uygulama sadece ilamın yerine getirilmesine hizmet etmekte fakat çocuğun duygu dünyası hiçe sayılmaktadır.

İlamın icrasında uzmanların da hazır bulunması gereği, çocuğun velayet sahibi ebeveyninden ayrılmak istemeyişini; gitmek zorunda olduğu resmi görevlilerin kim olduklarını bilmediği ve tanımadığı gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bu karmaşa, çocukta telafisi güç psikolojik sorunlara yol açabilecektir. Tüm bu nedenlerle çocuk ile velayet kendisine bırakılmayan anne ya da babanın görüşmelerinde İcra İflas Kanunu uygulamalarının devreden çıkarılmasına ve Türk Medeni Kanunu'nda çocuğun korunmaya değer bir varlık olarak ele alınacağı kanuni düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu konuda üzerinde çalışmaların devam ettiği, 'Mağdur Hakları Kanun Tasarısı' ile cebri icra uygulamalarına son verilecek olması çocuğun yararı bakımından önemli bir gelişmedir.

Türk Medeni Kanunu anne baba dışında üçüncü kişilerin de çocukla kişisel ilişki kurabilmeleri konusunda yeni bir düzenleme getirmiştir. Eski kanunda açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile sadece büyükanne ve büyükbabaların kişisel ilişki kurma hakkı bulunduğu kabul edilmişti. Yeni kanun düzenlemesinde herhangi bir sınırlandırma yapılmaksızın üçüncü kişilere kişisel ilişki kurma hakkı tanınmıştır. Ancak üçüncü kişilerin bu talebinin kabulü iki koşulun varlığına bağlanmıştır. Olağanüstü halin varlığı ve çocuğun menfaatine uygunluk aranan koşullardır. Velayet hakkı ile anne babanın kişisel ilişki kurma hakkının kullanılmasına engel olunmaması adına üçüncü kişiler bakımından bu koşulların getirilmesi isabetli olmuştur.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya. **Türk Medeni Hukuk-Aile Hukuku**, 21. Bası, C.II, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019, (Aile).

Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya. **Medeni Hukuk**, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012, (Medeni).

Akyol, Şener. **Medeni Hukukta Uygulama Örnekleri**, C.I, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1971.

Akyol, Şener. **Medeni Hukuka Giriş-Prof. Dr. Bülent Köprülü'nün Anısına Armağan**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.

Akyüz, Emine. **Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması**, Ankara Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, No:125, 1983, (Müşterek Hayatın Tatili).

Akyüz, Emine. **Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması**, 6. Baskı, Ankara: Pegem Akademi Yayıncılık, 2018.

Apaydın, Eylem. "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018, C.9, S.1, ss.445-476.

Aras, Bahattin. **Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri**, Ankara: Adalet, 2007.

Ardıç, Oğuzhan. **Medeni Hukuk**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.

Ataay, Aytekin M. "Büyük Ana ve Büyük Babalarla Torunlar Arasında Şahsi Münasebetler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.23, S.3-4, 1958.

Ayan, Mehmet. **Medeni Hukuka Giriş**, 8. Baskı, Konya: Mimoza Yayıncılık, 2013.

Aydın, Okan. "Boşanma Sürecinde Velayet İle İlgili Anlaşmazlık Yaşayan Ebeveynlerin Çocuklarına İlişkin Düşünceleri Ve Çocukların Boşanmaya Uyum Düzeylerinin İncelenmesi", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Üniversitesi FBE, 2009.

Baktır Çetiner, Selma. **Velayet Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2000.

Baktır, Selma. **Aile Mahkemeleri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.

Berki, Şakir. **Medeni Hukuk-Umumi Esaslar Şahıs Ve Aile Hukuku**, Ankara: Yargıçoğlu Matbaa, 1961.

Ceylan, Ebru. **Türk ve İsviçre Hukuku'nda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, 1. Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2006.

Çağlar, Şule. “Yabancı Mahkeme Tarafından Verilen Velayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi SBE, 2018.

Çelikel, Serdar. **Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

Çetinkaya, Volkan. “İnsan Hakları Hukuku Açısından Velayet”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi SBE, 2009.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Alper. **Türk Özel Hukuku-Aile Hukuku**, C.III, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.

Ercan, İsmail. **Medeni Usul Hukuku**, 6.Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2011.

Ergün, Zafer. **Boşanma Davaları**, 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.

Erman, Hasan. **Medeni Hukuk Dersleri Başlangıç Bölümü**, 4. Basım, İstanbul: Der Yayınları, 2012.

Gençcan, Ömer Uğur. **Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.

Güneşlioğlu, Filiz. “Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, 2009.

Grassinger, Gülçin Elçin. **Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2009.

Görgeç, Başak. “Türk Medeni Kanunu'nda Velayet Hükümleri ve Özellikle Çocuğun Korunması”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi SBE, 2011.

Gezder, Ümit. **Türk Medeni Hukuku**, 1. Baskı, C.I, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014.

Gündoğdu, Cengiz. “Tasavvufta Velayet Kavramı”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1992.

Hatemi, Hüseyin. **Aile Hukuku**, 7. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Hatemi, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Burcu. **Aile Hukuku**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

İmre, Zahit. **Medeni Hukuka Giriş**, 2. Bası, İstanbul: 1976.

İnal, Nihat. **Nişanlanma-Evlenme-Mal Rejimi-Boşanma-Velayet-Nafaka ve Eşya Davaları**, Ankara: Kartal Yayınevi, 2003.

Kaçak, Nazif. **Boşanma Nafaka Mal Rejimleri Velayet**, Ankara: Kartal Yayınevi, 2004.

Kahraman, Süheyla. Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Karabacak, Ayşegül. “Eşlerin Çocuk Üzerindeki Velayet Hakkı”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi SBE, 2006.

Karaca, Hilal. “Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükümleri”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

Karagülmez, Ali/Ural, Sami Sezai. **Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Kanunu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

Karakayalı, Gökhan. “Velayet Hakkının Kullanılmasına İlişkin Hukuki Sorunlar ve Özellikle Koruyucu Aile Uygulaması”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi SBE, 2009.

Kaynar, Reşat. **Medeni Hukuk Dersleri**, İstanbul: Nihad Sayar Yayın ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, 1980.

Kaynaroğlu, Nilgün. “Orta Sosyo-Ekonomik Düzeydeki Boşanmış Ailelerin Altı Yaş Grubu Çocuklarındaki Psiko-Sosyal Özelliklerin İncelenmesi”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 1984.

Keçer, Sevde. “Boşanmalarda Çocuğun Kişi Varlığının Hukuksal Açından Korunması”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi SBE, 2010.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Medeni Kanunumuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.

Kılıçoğlu, Ahmet. Aile Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.(Aile)

Kiremitçi, Müge. “Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul Üniversitesi SBE, 2014.

Müge Kiremitçi, “Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2014)

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

Koçyıldırım, Gökten. “Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası Uygulamaları”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Hacettepe Üniversitesi, SBE, 2010.

- Köprülü, Bülent./Kaneti, Selim. **Aile Hukuku**, İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaası, 1985/1986.
- Köseoğlu, Bilal. **Aile Mahkemelerinin İşleyişi**, Ankara: Seçkin, 2005.
- Köseoğlu, Bilal/Kocaağa, Köksal. **Aile Hukuku ve Uygulaması**, 1. Baskı, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2009.
- Kucuroğlu, Zeynep. “Boşanmanın Kişisel Sonuçları”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi SBE, 2011.
- Lale, İsmail/Lale, Ömer. **Evlilikte Hukuksal İlişkiler**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Oğuzman, M.Kemal/Barlas, Nami. **Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 13. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006.
- Oğuzman, M. Kemal/Dural, Mustafa. **Aile Hukuku**, İstanbul: 1998.
- Oğuzoğlu, H. Cahit. **Medeni Hukuk Dersleri I**, Ankara: Çankaya Matbaası, 1940.
- Özdamar, Demet. **Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanun Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu**, Ankara: Seçkin, 2002(Kadın).
- Özdamar, Demet. **Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (Cedaw) ve Ek İhtiyari Protokol’ün İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi**, Ankara: Seçkin, 2009(Cedaw).
- Özdemir, Hayrunnisa/Ruhi, Ahmet Cemal. **Çocuk Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Özel, Sibel. **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Özer Taşkın, Özden. “Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Anadolu Üniversitesi SBE, 2006.
- Özlu, Hakkı. **Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması**, 1.Baskı, Ankara: Adil Yayınevi, 2002.
- Özmen, İsmail. **Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri**, Ankara: Kartal Yayınevi, 2005.
- Öztan, Bilge. “**Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu**”, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006(Birlikte Velayet).
- Öztan, Bilge. **Aile Hukuku**, 6. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.

Öztekin Gelgel, Günseli. **Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri**, İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2006.

Öztürk, Sevda. “Anne Babası Boşanmış 9-13 Yaş Grubundaki Çocuklar ile Aynı Yaş Grubundaki Anne Babası Boşanmamış Çocukların Benlik Saygısı ve Kaygı Düzeyi İlişkileri”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, 2006.

Öztürk, Mehmet Atif. “Velayetin Kaldırılması”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Akdeniz Üniversitesi SBE, 2009.

Özuğur, Ali İhsan. **Velayet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler**, 3.Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.

Pişken Arabacı, Gülistan. “Boşanmanın Çocuklar Bakımından Sonuçları”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi SBE, 2008.

Serozan, Rona. **Çocuk Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005(Çocuk).

Serozan, Rona. **Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku**, 4. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

Solak, Özlem Ezgi. “Boşanmanın Çocuklar Bakımından Hukuki Sonuçları”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi SBE, 2014.

Şahin, Emin. **Aile Hukuku Davaları**, Ankara: Kartal Yayınevi, 2004.

Şanver, Şerafettin. **Evliliğin Kırmızı Çizgileri Boşanma Davaları El Kitabı**, 2. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2009 (2009).

Şanver, Şerafettin. **Evliliğin Kırmızı Çizgileri 6100 Sayılı HMK'ya Göre Boşanma Davaları El Kitabı**, 3. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2014(2014).

Şener, Esat. **Nafaka, Velayet, Vesayet Evlatlık, Babalık**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1994.

Şimşek, Mustafa. **Aile Mahkemelerinin Görevine Giren Davalar ve Yargılama Usulü**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2005.

Şimşek, Canan. “Türk Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2012.

Tekinay, Selahattin Sulhi. **Türk Aile Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990.

Tutumlu, Mehmet Akif. **Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku**, 2. Baskı, C.II, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

Usta, Sevgi. **Çocuk Hakları Ve Velayet**, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2012.

Uyar, Talih. **Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku**, C.III, Ankara: 2002.

Üner Altuntaş, Gülден Elçim. “İstanbul Fatih Adliyesi 1. Aile Mahkemesi’nde 2005-2007 Yılları Arasında Verilen Velayet Kararlarında Yer Alan Uzman Raporlarının Değerlendirilmesi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü, 2010.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. **Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku**, C.II, 5. Bası, İstanbul: Nurgök Matbaacılık, 1965.

Yalçinkaya, Namık/Kaleli, Şakir. **Boşanma Hukuku**, Ankara: Türk Hava Kurumu Basımevi, 1987.

Yetik, Nurten. **Nüfus Velayet Vesayet Nafaka**, 2. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2007.

Yıldırım, Abdülkerim. **Türk Aile Hukuku**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2014.

Yılmaz Önal, Burcu. “Velayetin Kapsamı ve Hakimin Müdahalesi” **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi SBE, 2008.

Yücel, Yeliz. “Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki ve Çocuğun Soyadı” **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi SBE, 2018.

Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe. **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.

Zeybek, Elvan. “Velayet Hakkının Kullanımı”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi SBE, 2009.

Sürekli Yayınlar

Akyüz, Emine. “Boşanmanın Çocuk Üzerindeki Etkileri”, [Elektronik Versiyon] *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 1978, C.11, S.1(22.08.2015), (Etkiler).

Akyüz, Emine. “Medeni Kanununun 272. Maddesine Göre Çocuğun Korunması ve Yeni İsviçre Medeni Kanunu Göz Önünde Tutularak Yapılması Önerilen Değişiklikler”, [Elektronik Versiyon] *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 1986, C.19, S.1, (19.08.2015), (Değişiklikler).

Akyüz, Emine. “Velayet Hakkının Kaldırılması”, [Elektronik Versiyon] *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 1992, C.25, S.1(19.08.2015), (Kaldırılması).

Akyüz, Emine. “Cumhuriyet Döneminde Çocuk Hukukundaki Gelişmeler”, Cumhuriyet ve Çocuk-II. Ulusal Çocuk Kültürü Kongresi Bildirileri, Ankara: **Ankara Üniversitesi Çocuk Kültürü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları**, 4-6 Kasım 1998(Cumhuriyet).

Bingöl, Ediz. “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, [Elektronik Versiyon] *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, C.88, S.2, (22.08.2015).

Birinci Uzun, Tuba. “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, C.6(1), ss.135-166.

Bursalıoğlu, Ziya. “Görev Yetki Sorumluluk Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 1992, C.25, S.1, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/40/503/6028.pdf> (19.10.2014), s.5 vd.

Cansel, Erol. “Velayet Hakkı Ve Kötüye Kullanılması Nedeniyle Kaldırılması” ,*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı*, 1977, C.I, No.406.

Çelik, Cemil. “Velayetin Kaldırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, C.54, S.1, <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/yil-2004-05-cilt-54-sayi-1-4/> (19.08.2015).

Çetiner, Selma. “Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan*, 2017, C.19, Özel Sayı.

Dinç, Hakkı. Hukuk Merceği Konferans ve Paneller, *Ankara Barosu Yayınları*, 2003, s.646.

Doğan, İzzet. “Türk Medeni Kanununa Göre Velayet”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_477.htm (19.10.2014).

Dönmez, Ünsal/Barın, Taylan. “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, C.9, S.35, ss.175-210.

Erbay, İsmail. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Hukukundaki Velayet Hakkının Kaldırılması (TMK. m.348) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012,C.3,S.2,https://www.google.com.tr/?gws_rd=ssl#q=ismail+erbay+in%C3%B6n%C3%BC+%C3%BCniversitesi+hukuk+fak%C3%BCltesi+dergisi, (05.11.2015).

Erlüle, Fulya. “Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2010, C.16, S.3-4,<http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/article/download/5000064070/5000059941>(29.10.2016).

Erlüle, Fulya. “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C.9, S.2, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/573715> (02.07.2019).

Esener, Turhan. “Boşanmanın Fer’i Neticelerine Dair Mukaveleler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VIII, S.3-4, (1951).

Gençcan, Ömer Uğur. “Ortak Velayet”, [Elektronik Versiyon] *İzmir Barosu Bülten*, Mart 2017, Özel Sayı, ss.24-30.(Ortak).

İmamoğlu, Hülya. “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C.54, S.2, s.183 vd.

İnan, Ali Naim. “Çocuğun Ve Çocuk Haklarının Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Prof. Dr. H. Cahit Oğuzoğlu’na Armağan*, 1972, No.303, s.274 vd.(Haklar).

İnan, Ali Naim. “Özel Hukuk Bakımından Ana-Baba İle Çocuk İlişkileri Ve Çocukların Ana-Babaya Karşı Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan*, 1995, No.498, s.20 vd.

İnce Akman, Nurten. “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, C.9, S.34, ss.189-230.

Kaya, Mine. “Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması”, [Elektronik Versiyon] *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, S.2010/4, (02.02.2019), s.279 vd.

Koç, Nevzat. “Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C.7, Özel

Sayı, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/egitimogretim/dergi/icindekilerc7-oz.htm>
(21.12.2015).

Kurt, Leyla Müjde. “Boşanma Durumunda Birlikte(Ortak) Velayet”, [Elektronik Versiyon] *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C.9, S.2(24.06.2019), ss.157-186.

Mavi, Ömer. “İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, S.74, [http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/arama?d1=0&d2=0&s=74&k=0&w=\(25.12.2015\)](http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/arama?d1=0&d2=0&s=74&k=0&w=(25.12.2015)).

Ruhi, Ahmet Cemal. “Türk Hukukunda Velayet ve Velayet ile İlgili Mahkeme İlamlarının Tenfizi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Şubat 2014, C.9, S.90.

Saymen, Ferit Hakkı. “Boşanma Halinde Çocukların Büyük Ana Babalarıyla Münasebetleri”, **İstanbul Barosu Dergisi**, S.6, 1951.

Serdar, İlknur. “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C.9, Özel Sayı, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/egitimogretim/dergi/icindekiler9-ozelsayi.htm>
(21.12.2015).

Serdar, İlknur. “Birlikte Velayet”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C.10, S.1, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz10-1/5ilknurserdar.pdf>
(12.10.2014)

Tercan, Erdal. “Türk Aile Mahkemeleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C.52, S.3, <http://dergiler.ankara.edu.tr/search.php> (22.08.2015)

Topal, Esin. “Aile Mahkemelerinde Uzman Raporuyla Çözümlenecek Sorunlar ve Usul”, *Mevzuat Dergisi*, 2008, S.124, <https://www.mevzuatdergisi.com/2008/04a/02.htm>(10.10.2018)

Yılmaz, Canan. “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2015, C.35, S.1, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/411017>(26.06.2019)(Yargıtay).

Diğer Kaynaklar

Güneş, Adem(pedagog). Güvenli Bağlanma, 1. Baskı, İstanbul: Timaş Yayınevi, 2014, (bağlanma).

Kazancı İctihat Bilgi Bankası

Köşkdere, Ali Algın. “Baba ve Oğul, Babanın Çocuğun Hayatındaki Yeri ve İyi Baba”, http://www.bursapsikiyatri.com/haber_detay.php?h_id=16, (14.12.2014).

Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı

<http://www.hukukihaber.net/kararlar/ucuncu-kisilerin-cocukla-kisisel-iliski-tesisi-h82151.html> (30.10.2016).

[http://www.sagligimicinhersey.com/Hastalik_DigerSaglikSH_Detay_30_2278_Psikodrama_Nedir_Kimler_Psikodramaya_Katilabilir?.html.\(22.08.2015.\)](http://www.sagligimicinhersey.com/Hastalik_DigerSaglikSH_Detay_30_2278_Psikodrama_Nedir_Kimler_Psikodramaya_Katilabilir?.html.(22.08.2015.))

<http://www.yargitay.gov.tr>