

Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi^(*)

Exercising Custody Right and Subsequent Modifications to the Custody Arrangements

Arş. Gör. **Özden ÖZER TAŞKIN**^(**)

Öz

Çocuğa ilişkin meselelerde dikkate alınması gereken temel ilke çocuğun yüksek yararı ilkesidir. Bugün artık velayet ana babanın çocuk üzerinde hakimiyet kurmasının aracı olarak değil, çocuğu hayata hazırlamasının bir aracı olarak kabul edilmektedir. Ana baba çocuğun bakımından, korunmasından, eğitiminden, temsilinden, çocuğun bedensel ve ruhsal iyiliğinden sorumludurlar. İdeal olan çocuğun aile ortamında ana ve babasının ortak sorumluluğu altında olmasıdır. Ancak bu ideal ortamın sağlanamadığı durumlar ortaya çıkabilir. Özellikle günümüzde, aile birlikteliğinin daha kolay çözümlenmesi, aile ortamında olan bitenin dış dünyaya daha rahat aktarılabilir olması, çocuk kavramının değişip çocuğun hakları olan bir birey olduğu anlayışının yerleşmesi gibi nedenlerle velayete müdahale alanı genişlemiştir. Çocuğun yararının gerektirdiği her durumda, somut olayın tüm verileri değerlendirilerek velayet kurumunun düzenlenmesi gerekir. Ana baba ya da çocuğa ilişkin koşullar nedeni ile velayette değişikliğe gitmek gerekebileceği gibi çocuğa ilişkin alınabilecek en ağır tedbir olan velayetin kaldırılması da gündeme gelebilir.

Anahtar Kelimeler

Velayet, Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, Velayetin Hakkının Kullanılması, Velayet Düzenlemesinin Değiştirilmesi, Velayetin Kaldırılması.

Abstract

The best interest of the child, is the most important principle that has to be considered in all matters concerning the child. Today custody is no longer considered as a means for parents to dominate the child, but as a means to prepare the child for life. Parents are responsible for the care, protection, education, representation, physical and mental well-being of the child. Ideally, the child should be in a family in the joint custody of parents. However, there may be situations where this ideal environment cannot be achieved. Especially today, the intervening area to custody has expanded due to reasons such as easier disintegration of family, sharing family problems with outside world more easily, change of child concept and the understanding that the child is an individual with rights. In all cases where the best interest of the child requires, the custody should

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 24.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 26.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 13.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 26.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 11.09.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-mail: ozdenozzer@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0003-1857-4830>.

be arranged by evaluating all characteristics of the case. Due to the conditions related to parents or child, it may be necessary to rearrange the custody or removal the custody which is the heaviest measure that can be taken to protect child.

Keywords

Custody, The Best Interest of the Child, Practicing Custody, Rearrangement of the Custody, Removal the Custody.

GİRİŞ

İnsan yavrusu, hayatını tek başına sürdürebilecek hale gelene kadar bakım görmeye ve korunmaya muhtaçtır. Çocukluk dönemi olarak adlandırılan bu dönemde, çocuğu yetişkin hayatına hazırlama görevinin öncelikle biyolojik ana babada olduğu kabul edilmektedir.¹ Biyolojik ana babaya, çocuğun bakımı, gözetimi, korunması ve hayata hazırlanması için yetkiler verilmesi amacıyla velayet kurumu düzenlenmiş, velayetin süresi de çocukluğun sonu ile çocuğun hayata hazır hale geldiği varsayımına dayalı olarak çocukluk döneminin sona ermesine bağlanmıştır.² Günümüzde velayet, çocuk üzerinde otorite ve egemenlik kurma aracı olarak kabul edilmemekte, ana babaya çocuğu yetişkin hayatına hazırlamaları için tanınan ve birtakım görevleri de içeren bir yüküm-hak olarak görülmektedir.³

Velayetin asıl amacı, her koşulda çocuğun yüksek yararı⁴ gözetilerek, çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal ve ahlaki bakımdan hayata hazırlanmasıdır.⁵ Bu süreçte çocuğun bakımı, gözetimi, korunması, temsili, eğitilmesine ilişkin

¹ Sevgi Usta, *Velayet Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 1.

² Usta, a.g.e., s.1.

³ Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Pegem Akademi, 2015, s.223; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.250; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s.1076; Aydın Zevkililer/ M.Beşir Acabey/ K. Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000, s.1016; Bilal Köseoğlu/ Köksal Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, Bursa, Ekin Yayınevi, 2011, s. 431.

⁴ Çocuğun yüksek yararı ilkesi, çocuk hukukunun en temel ilkesidir. Ancak çocuğun yüksek yararı kavramının tanımı yapılmamıştır. Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 3'e göre "Kamusal ya da sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı esas alınır". Sözleşmenin 3. Maddesi ışığında, çocuğu ilgilendiren her durumda ve her kararda mutlaka çocuk için mümkün olan en iyi çözüm tercih edilmelidir. İlke gerek devletin gerek özel kurumların yürüttüğü ve bir grup olarak çocuğu ilgilendiren her türlü işlemle ilgilidir. Rachel Hodgkin/ Peter Newell, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı*, UNICEF, 2003, s. 40. Kavramın, esnek ve hâkimin takdirine açık olduğu, belirli bir olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi ve somutlaştırılması gerektiği kabul edilmektedir. Serozan, a.g.e., s.65; Yıldız Abik, *Türk Medeni Kanun'daki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi*, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 8.

⁵ Akyüz, a.g.e., s.223.

kararları alma hakkı ve sorumluluğu ana babadadır. Bu nedenle çocukluk dönemi sona erene kadar, velayet hakkının kullanılmasını olumsuz yönde etkileyecek bir değişiklik halinde ya da velayet hakkının kötüye kullanılması durumunda çocuğun yararını korumak ve geleceğini güvence altına almak üzere velayetin kullanımına ilişkin yeni bir düzenlemeye gitmek gerekir.

1. MADDİ HUKUKTA VELAYET HAKKINA GENEL BİR BAKIŞ

Çocukluk süreci hukuku ilgilendiren bir süreçtir. Hukukta çocuk kavramı hem ana baba ile olan soybağını hem de yetişkinlikten önceki dönemi ifade etmek üzere kullanılır. Hukuk düzeninin belirlediği yaşa kadar insan çocuktur, yetişkin kabul edilenin sahip olduğu bağımsızlığa sahip değildir ve özel bir statüye tabidir. Özel statü içerisindeki çocuk üzerindeki yetki, çocuktan ana babanın sorumlu olduğu kabul edilerek, ana babaya velayet kurumu aracılığıyla verilmiştir.

Velayet Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 335-351'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. TMK uyarınca velayet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar.⁶ Ana babaya velayet hakkıyla verilen yetki, çocuğun bakımı, çıkarlarının korunması, temsili, eğitimi, malvarlığının yönetimi için hukuki bir temel oluşturmaktadır.⁷ Velayetin nihai hedefi çocuğu bağımsız bir birey haline getirmektir.⁸ Ana baba velayetten doğan hak ve yetkilerini çocuğun yüksek yararını gözeterek kullanmak yükümlülüğü altındadır.⁹ Dolayısıyla velayet hakkı bu hakkı kullanan ana babanın yararına değil çocuğun yararına tanınmış bir haktır.¹⁰ Bugün artık kabul edilen haliyle velayet, çocuk üzerinde hakimiyet kurma amacına hizmet eden ana babanın kişilik hakkı değil, ana babaya yönelik görevler içeren bir yükümlüdür.¹¹ Ana baba bu hakkı kullanmakla yükümlüdür ve hakkını kullanırken devletin kontrolü altındadır.¹²

⁶ YHHK, 2011/ 2-884 E., 2012/197 K., 16.3.2012 T. www.kazanci.com.tr.

⁷ Öztan, a.g.e., s. 1074.

⁸ Öztan, a.g.e., s. 1074.

⁹ Öztan, a.g.e., s.1074; Akyüz, a.g.e., s.224.

¹⁰ Serozan, a.g.e., s.250; Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 359; Akyüz, a.g.e., s. 223; Öztan, a.g.e., s.1075; Ömer Uğur Gençsan, *Aile Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 1530.

¹¹ Öztan, a.g.e., s.1076.

¹² Öztan, a.g.e., s.1076.

2. VELAYET HAKKININ KULLANILMASI

A. Evlilik Sırasında Velayet Hakkının Kullanılması

Yasal sebeplere dayanarak velayet, ana babadan veya ana babadan birinden alınmadıkça, ergin çocuk ana babasının velayeti altındadır (TMK m.335/ I). Evli ana babanın velayet hakkı çocuğun doğumu ile başlar, evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar (TMK m.336/ I). Ana baba, velayet hakkına birlikte sahip olmakla beraber, eşlerden her biri velayetin kullanılmasından diğerinden bağımsız olarak sorumludur.¹³ Dolayısıyla, çocuğa ilişkin kararları alırken ana baba kural olarak birlikte hareket etmek zorundadırlar, ancak ana babadan biri velayete ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınırsa sadece kaçınan tarafa ilişkin tedbir uygulanması ya da velayetin kaldırılması söz konusu olmaktadır.¹⁴ Ayrıca ana babadan her biri, diğerinin rızasına dayanarak bir takım iş ve işlemleri tek başına yapabilir¹⁵

Evli ana baba tarafından velayet hakkının birlikte kullanılması evlilik birliğinin unsurlarından biridir.¹⁶ Bu nedenle, velayetin kullanılmasında eşler, evlilik birliğinin genel hükümlerine uygun hareket etmelidirler. Medeni Kanun, birliğin korunması başlığı ile, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşlerin ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebileceğini düzenlemiştir (TMK m.195/ I). Bu nedenle, ana baba çocuğa ilişkin verecekleri bir kararda uyuşmazlığa düşecek olurlarsa, birlikte veya eşlerden biri tek başına hâkimin konuya ilişkin müdahalesini isteyebilir. Uyuşmazlığın giderilmesine yönelik olarak hâkim, eşlerin ortak bir kararda uzlaşmalarına yönelik yol gösterecek, gerektiğinde uyuşmazlık konusunun çözülebilmesi için karar verme hakkını, çocuğun yararı bakımından en sağlıklı kararı vereceğini düşündüğü eşe tanyacaktır.¹⁷

Ana baba, velayet hakkından kısmen veya tamamen vazgeçemezler, bu hakkın kendilerinden alınmasını isteyemezler, velayet hakkını üçüncü kişilere devredemezler.¹⁸ Ana baba, çocuğa ilişkin hukuki işlemleri yaparken, kendi işlerinde gösterdikleri özen ve dikkati göstermek zorundadırlar; aksi halde ana

¹³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, a.g.e., s. 359; Usta, a.g.e., s.106; Akyüz, a.g.e., s.230; Cem Baygın, Soybağı Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.262.

¹⁴ Usta, a.g.e., s.106.

¹⁵ Akyüz, a.g.e., s.230.

¹⁶ Usta, a.g.e., s.107; Akyüz, a.g.e., s.230.

¹⁷ Serozan, s. 137; Akyüz, a.g.e., s.230.

¹⁸ Öztan, a.g.e., s.1080; Akyüz, a.g.e., s.230.

ve baba sorumlu olurlar.¹⁹ Ana baba, çocukla ilgili işlerde yardım ya da danışmanlık alacakları üçüncü kişileri özenle seçmek ve denetlemekle yükümlüdür.²⁰

Ana ve baba velayet hakkını çocuğun üstün yararını gözeterek ve çocuğun hakkında verilecek kararlara ilişkin görüşlerini göz önünde tutarak kullanacaktır (TMK .339/ I-II).

Ana babanın evlilik içerisinde olmasına rağmen, eşlerden birinin fiilen velayet hakkını kullanması imkânsız olduğunda (hastalık, askerlik gibi sebeplerle) diğer eşin, tek başına velayet hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir.²¹ Tek başına velayeti kullanan taraf, fiili imkânsızlıktan önce velayeti birlikte kullanırken belirledikleri ilkelere göre velayet hakkını kullanmalı, koşulların izin verdiği ölçüde diğer tarafı bilgilendirmelidir.²²

Ana babanın evlilik bağı içerisinde olmasına rağmen, eşlerden birinin velayet hakkını tek başına kullanması, diğer eşin velayet hakkından yoksun bırakılması nedeni ile de olabilir. Velayet hakkından yoksun bırakılma, ana babadan birinin kasten işlediği bir suçtan mahkumiyetinin sonucu olarak düzenlenmiştir (Türk Ceza Kanunu m. 53). Cezanın infazı tamamlanıncaya kadar ana ya da baba velayet hakkını kullanamayacağından diğer eş, velayet hakkını tek başına kullanacaktır.

Velayet ana babadan birinin ölümü halinde sağ kalan tarafa aittir (TMK m.336/ III).

B. Eşlerin Birlikte Yaşamaya Ara Vermesi Halinde

Evlilik devam etmesine rağmen eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düştüğü gerekçesi ile birlikte yaşamaya ara verme kararı verebileceği gibi (TMK m.197/ I) eşler aralarında anlaşarak da ayrı yaşamaya karar verebilirler. Birlikte yaşamaya ara verilmesi, evlilik birliğinin korunması amacıyla düzenlenmiş bağımsız bir tedbir olarak tanımlanmaktadır.²³ Bu nedenle, TMK m.197’de öngörülen tedbirin bir boşanma talebine dayanması gerekmemektedir.²⁴

¹⁹ Öztan, a.g.e., s.1081; Akyüz, a.g.e., s.230.

²⁰ Öztan, a.g.e., s.1081; Akyüz, a.g.e., s.230.

²¹ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku İkinci Cilt*, 18. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016, s. 408; Usta, a.g.e., s.109; Baygın, a.g.e., s.264.

²² Akyüz, a.g.e., s.231; Usta, a.g.e., s. 109.

²³ Canan Yılmaz, *Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s.9.

²⁴ Yılmaz, a.g.e., s.10.



Birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda, hâkim, ergin olmayan çocuklar bakımından, ana baba ile çocuklar arasındaki ilişkiyi düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alır (TMK m. 197/ IV). Hâkim, çocuğa ilişkin bütün tedbirleri, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde alınacak diğer tedbirlerden farklı olarak, eşlerin bu yönde bir talebi olmasa da kendiliğinden alacaktır.²⁵ Bu bağlamda hâkim, çocuğun kimin yanında kalacağına, çocukla diğer eş arasında kişisel ilişki kurup kurulmayacağına ve bunun kapsamına, çocuğa ödenecek nafaka²⁶ miktarına karar verir.²⁷ Düzenlemelerin sağlıklı yapılabilmesi için gereken hâkimin boşanma davasındaki gibi kendiliğinden, sınırsız ve geniş araştırma yapma yetkisi, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde de geçerlidir.²⁸ Hâkim, TMK m.197/ IV'e dayanarak çocuğa ilişkin gereken önlemleri alabilir ancak TMK 346 ve devamındaki maddelerde düzenlenen çocuğu koruyucu önlemlere başvuramaz, özellikle velayetin kaldırılması yoluna gidemez.²⁹ Çocuk lehine alınacak tedbirlerin amacı çocuğun yüksek yararının korunmasıdır. Birlikte yaşamaya ara verilmesi kural olarak geçici bir süre içindir, çocuğa ilişkin alınacak tedbirlerde amaç çocuğun yüksek yararını gözeterek bu geçici sürede mümkün olduğu kadar az zarara uğramasını sağlamaktır.³⁰

TMK m.336/ II uyarınca, "Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse, hâkim, velayeti eşlerden birine verebilir". Hüküm hâkime takdir yetkisi tanımaktadır. Zira "eşlerden birine verebilir" ifadesinden hâkimin velayeti eşlerden birine verebileceği gibi, çocuğu eşlerden birinin himayesine bırakıp, velayetin eşler tarafından birlikte kullanılmasına karar verebileceği anlaşılmaktadır.³¹ Öğretide, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde velayetin eşlerden birine bırakılması konusunda farklı görüşler vardır.³² Görüşlerden biri, boşanmadaki gibi velayetin taraflardan birine verilmesinin eşler arasındaki ilişkiyi daha da bozabileceği, tekrar bir araya gelme durumunda ayrı yaşanan zamanda çocuğa ilişkin alınan kararların tartışma ve huzursuzluk nedeni olabileceği oysa ki birlikte yaşamaya ara verme düzen-

²⁵ Öztan, a.g.e., s.371; Dural/ Öğüz/ Gümüş, a.g.e., s.192; Yılmaz, a.g.e., s.163

²⁶ Çocuğun özel olarak korunma ihtiyacı nedeniyle çocuğa ödenecek nafaka, eşe ödenecek nafakadan önceliklidir. Öztan, a.g.e., s.372.

²⁷ Öztan, a.g.e., s. 371; Dural/ Öğüz/ Gümüş, a.g.e., s.192; Yılmaz, a.g.e., s.163.

²⁸ Yılmaz, a.g.e., s.165.

²⁹ Öztan, a.g.e., s.371; Yılmaz, a.g.e., s.165.

³⁰ Yılmaz, a.g.e., s.168.

³¹ Cengiz Koçhisarlıoğlu, *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 25; Baygın, a.g.e., s.264; Usta, a.g.e., s. 110; G.Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s.9; Öztan, a.g.e., s.1089.

³² Görüşler için bkz. Emine Akyüz, *Medeni Kanun'a Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması*, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1983, s. 37.

lemesindeki amacın evlilik birliğini korumak olduğunu ileri sürmektedir.³³ Ayrıca boşanmanın velayete ilişkin sonuçlarını elde etmek ama çeşitli nedenlerle boşanmak istemeyen tarafın birlikte yaşamaya ara verilmesi yoluyla istediği sonucu elde edebileceği ileri sürülmektedir.³⁴ Diğer görüşe göre, çocuğun güvenliği, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde velayetin eşlerden birine verilmesini gerektirmektedir.³⁵ Zira ayrı yaşayan eşler arasında çocuğa ilişkin ortak karar vermek ve verilen kararları zamanında uygulamak güçleşecek, yaşanan tartışma ortamı çocuğu daha da olumsuz etkileyebilecektir.³⁶ Öğretide bu imkândan istisnai ve dikkatli olarak yararlanmak gerektiği de belirtilmektedir.³⁷ Ana baba arasındaki mesafenin uzak olması gibi, ana babanın çocuk hakkında birbirleri ile haberleşme imkanının olmaması gibi istisnai durumlarda, velayetin eşlerden birine bırakılabileceği kabul edilmektedir.³⁸ Çocuk ile ilgili alınacak her türlü kararda çocuk hukukuna damgasını vuran, öncelikli ilke olarak dikkate alınması gereken çocuğun yüksek yararı ilkesidir. Bu nedenle, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde çocuğun yüksek yararı, velayetin eşlerden birine verilmesini gerektiriyorsa, evlilik birliğinin akıbetine bakılmaksızın bu yönde bir karar vermek gerekir. Ancak çocuğun velayetinin eşlerden birine verilmesini gerektiren koşullar yoksa, hâkim, velayet hakkını ana babada bırakmalı, sadece çocuğun yanında kalacağı tarafı belirlemeli, gerekiyorsa çocuk ve ana baba için destekleyici tedbirlere karar vermelidir.³⁹

C. Eşlerin Ayrılığına Karar Verilmesi Halinde

TMK m.167'ye göre, boşanma davası açmaya hakkı olan eş, dilerse boşanma, dilerse ayrılık isteyebilir. Dava yalnız ayrılığa ilişkinse hâkim, boşanmaya karar veremez. Dava boşanmaya ilişkinse, ancak ortak hayatın yeniden kurulması olanağı varsa, hâkim bir yıldan üç yıla kadar ayrılığa karar verebilir.

TMK m. 336/ II hükmüne dayanarak hâkim, çocuğun yararını gözeterek velayeti eşlerden birine verebileceği gibi düzenlemenin zıt anlamını dikkate alarak, velayetin eşler tarafından birlikte kullanılmasına devam edilmesi yönünde de karar verebilir.⁴⁰ Ayrılık kararının temelinde genelde eşler arasındaki ağır anlaşmazlıklar yatar ama bir taraftan da ayrılık kararı evliliği korumaya yönelik-

³³ Akyüz (1983), a.g.e., s. 38.

³⁴ Akyüz (1983), a.g.e., s.38.

³⁵ Akyüz (1983), a.g.e., s.38.

³⁶ Akyüz (1983), a.g.e., s.38.

³⁷ Yılmaz, a.g.e., s.169.

³⁸ Yılmaz, a.g.e., s. 169.

³⁹ Usta, a.g.e., s. 111; Baygın, a.g.e., s. 265.

⁴⁰ Koçhıasarlıoğlu, a.g.e., s. 25; Grassinger, a.g.es., s.9; Usta, a.g.e., s.111; Baygın, a.g.e., s.265; Öztan, a.g.e., s.1089.

tir.⁴¹ Eşlerin bir zaman sonra tekrar bir araya geleceği ümit edilir. Bu nedenle, ayrılık kararına rağmen eşler velayeti birlikte yürütebileceklerse, hâkimin takdir hakkını bu yönde kullanması uygun olacaktır.⁴² Ancak hâkim, her şeyden önce çocuğun yüksek yararını gözetmeli, çocuk bakımından ana babadan birinin velayetinde olmak daha uygun olacaksa takdir hakkını bu yönde kullanmalıdır.⁴³ Ayrıca hâkim, TMK m. 348'deki şartların varlığı halinde, ana babanın her ikisinden de velayetin kaldırılması kararı verebilir.⁴⁴

TMK m. 183 hükmü gereği, boşanma sonrası velayet kendisine verilen tarafın ölümü, kısıtlanması veya velayet hakkının elinden alınması halinde, velayet sağ kalan tarafa kendiliğinden geçmez;⁴⁵ diğer tarafın velayet hakkına sahip olabilmek için, hâkimden verdiği kararı değiştirmesini talep etmesi gerekir.⁴⁶ Öğretide, boşanmaya uygulanan hükmün, çocuğun yararı açısından ayrılık kararı bakımından da geçerli olması gerektiği savunulmaktadır.⁴⁷ Ayrılık nedeni ile velayet kendisine verilen tarafın ölümü, kısıtlanması veya velayet hakkının elinden alınması halinde velayet kendiliğinden sağ kalan tarafa geçmemeli, hâkim, çocuğun yararını gözeterek yeni bir karar vermelidir.⁴⁸

D. Boşanma Halinde Velayetin Velayet Hakkının Kullanılması

Medeni Kanun 336/ III'e göre, boşanma halinde, hâkim velayeti ana babadan birine verecektir. Bugüne kadar, öğretide⁴⁹ ağır basan görüş hükümde kural içi bir boşluk olmadığı, kanun koyucunun boşanmada velayet hakkının ana babadan birine verilmesini istediği ve bu nedenle hâkimin velayet hakkını ana babadan birine vermekle yükümlü olduğu yönündeydi.⁵⁰ Bu görüş, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bu konudaki görüş değişikliğine kadar yargı kararlarına da

⁴¹ Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s. 28.

⁴² Grassinger, a.g.es., s.9; Usta, a.g.e., s.111; Baygın, a.g.e., s.265.

⁴³ Öztan, a.g.e., s.714; Baygın, a.g.e., s.265; Usta, a.g.e., s.111.

⁴⁴ Öztan, a.g.e., s.714.

⁴⁵ Boşanmada velayet hakkı kendisine verilen tarafın ölmesiyle velayetin kendiliğinden diğer tarafa geçeceğine ilişkin görüş için bkz. Akıntürk, a.g.e., s. 408.

⁴⁶ Öztan, a.g.e., s.1090; Grassinger, a.g.e., s.11; Usta, a.g.e., s. 114.

⁴⁷ Öztan, a.g.e., s.1089; Usta, a.g.e., s.111.

⁴⁸ Öztan, a.g.e., s. 1089; Grassinger, a.g.e., s.11; Usta, a.g.e., s., 111.

⁴⁹ Öğretideki tartışmalar için bkz. Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s.20; Medeni Kanun'un evlilik dışı (birlikte velayetin kullanıldığı durum dışındaki tüm durumları ifade etmektedir) velayeti düzenleyen hükümlerinin ortak velayete olanak tanıyıp tanımadığına ilişkin öğretideki tartışmalar için bkz. Kudret Güven, Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 4, S. 1, s.11-64.

⁵⁰ Bilge Öztan/ Fırat Öztan, "Boşanmada Velayetin Tevdii", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 1, S.2, s. 473-495.

egemen olmuştur.⁵¹ Yargıtay, yerleşmiş istikrarlı kararlarında ortak velayetin Türk hukukunda uygulanamayacağını, ortak velayetin kamu düzenine aykırı olduğunu vurgulamıştır.⁵² Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.2.2017 tarihli 2016/15771 E. 2017/ 1737 K. sayılı kararında her iki tarafı da İngiliz vatandaşı olan davada baba, evlilik dışı doğan ortak çocuğunun velayetinin anne ve babaya verilmek suretiyle, velayetin ortak düzenlenmesini istemiştir. Yargıtay, somut olayda çözülmesi gereken uyuşmazlığı, ortak velayet düzenlemesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığının belirlenmesi olarak ortaya koymuştur. Kararda, "İç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde ortak velayet düzenlemesinin, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir" denilmiştir. Kararda iç hukukumuzdaki yasal düzenlemeler sıralanmış, "Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan 11 numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Numaralı Protokol, 6684 Sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak 25.03.2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır" denilmiştir. Protokol'ün 5. maddesi "Eşler arasında eşitlik" başlığını taşımakta, "Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez" hükmünü içermektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 7 Numaralı Protokol'ün 5. Maddesi hükmüne dayanarak, talep etmeleri halinde ana babaya ortak (birlikte) velayet verilebileceğini kabul etmiştir. Yargıtay, kararın Ek 7 Numaralı Protokol'e dayandırılması gerekçesini "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların farklı hükümler içermesi nedeniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90/son hükmüne göre milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağını" belirtmiştir.

Öğretide kanun koyucunun, boşanma sonrasında velayetin düzenlenmesine ilişkin kanun hükmünü, tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere ve üyesi olduğu uluslararası kuruluşların kararlarına uygun olarak yeniden düzenlemesi gerekti-

⁵¹ Eylem Apaydın, "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 9, S.1, s.445-475; Baygın, a.g.e., s.266.

⁵² Yarg. 2. HD. 2006/ 6824 E., 2006/ 13638 K., 10.10.2006 T.; Yarg. 2. HD. 2004/ 13947 E., 2004/ 15854 K. 27.12.2004 T.; Yarg. 2. HD. 2004/ 12285 E., 2004/ 13680 K., 22.11.2004 T.; Yarg. 2.HD. 2003/ 4019 E., 2003/ 5500 K, 15.4.2003 T.; Yarg. 2. HD. 2003/ 2818 E., 2003/ 3889 K., 20.3.2003 T. www.kazanci.com.tr.

ği ifade edilmektedir.⁵³ Yeni bir düzenleme yapılmasını savunan yazarlar arasında, velayetin eşlerden birine verilmesi ile birlikte velayet arasında kural-istisna ayırımı yapılması gerekliliği ve böyle bir ayırım yapılacaksa hangisinin kural olması gerektiği tartışmalıdır.⁵⁴

Çocuğun yüksek yararı ilkesi gereği, yapılacak yasal değişikikte birlikte velayet ile tek başına velayet arasında kural-istisna ayırımı yapılmaması gerektiği görüşüne katılıyoruz. Zira velayetin düzenlenmesinde somut olayın koşulları değerlendirmelidir. Evlilik sona ermesine rağmen ana babanın medeni bir ilişki yürütebildiği, çocuğun sorumluluğunu ortak taşımaya istekli olduğu ve çocuğun yararının bu yönde olduğu durumlarda, hâkim velayeti ana babaya birlikte verebilmelidir.⁵⁵ Ancak kimi durumlarda birlikte velayetin, boşanmış eşlerin çocuk üzerinden anlaşmazlıklarını devam ettirme aracı olabileceği de dikkate alınmalıdır. Özellikle eşlerden birinin, ortak velayeti, çocuğun yetiştirilmesi sorumluluğuna ortak olma amacıyla değil de diğer eşin hayatına karışma ve hayatını zorlaştırma aracına dönüştürmek için isteyebileceği değerlendirilmelidir. Dolayısıyla hangi velayet modelinin, çocuğun yüksek yararına olduğunu hâkim, somut olayın tüm koşullarını değerlendirerek takdir etmelidir.

E. Ana Babanın Evli Olmaması Halinde Velayet Hakkının Kullanılması

Ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir (TMK m.337/ I). Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir (TMK m. 337/ II).

Ananın kısıtlı veya küçük olması halinde çocuğa vasi atanmışsa, ananın ergin olması ya da kısıtlılık halinin kalkması üzerine velayet, doğrudan anaya geçecektir.⁵⁶ Ancak anaya velayet verilemediği için velayet babaya verilmişse, ananın ergin olması ya da kısıtlılık halinin kalkması ile babada olan velayet kendiliğinden anaya geçmeyecek, velayetin babadan alınıp anaya geçebilmesi için hâkim kararı gerekecektir.⁵⁷ O nedenle, eğer ileride velayetin anaya bırakılması düşünülüyorsa, örneğin yaşı küçük annenin erginliğe eriştiğinde velayeti alabileceği düşünülüyorsa, bu süreçte çocuğa bir vasi atanması daha yerinde olacaktır⁵⁸

⁵³ Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s. 86; Apaydın, a.g.m., s. 449; Leyla Müjde Kurt, "Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C.9, S.2, s. 157-186. Ancak, boşanmış eşlerin, çocuk üzerinden savaşına yol açacağı düşüncesiyle birlikte velayetin çocuk yararına uygun olmadığını düşünen yazarlar da vardır. Bkz. Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul, On İki Yayıncılık, 2019, s. 183.

⁵⁴ Tartışmalar için bkz. Kurt, a.g.m., s. 169-170.

⁵⁵ Öztan, a.g.e., s.1091.

⁵⁶ Grassinger, a.g.e., s.13.

⁵⁷ Grassinger, a.g.e., s.13.

⁵⁸ Gamze Turan Başara, "Ana ile Evlilik Dışındaki Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017, C.30, S. 131, s. 211-238.

Doktrinde, ana babanın evlilik dışı birlikteliklerinde, çocuğun birlikte velayet hakkına sahip olabilmelerine imkân verecek bir düzenlemenin de olması gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁹

3. VELAYETE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DEĞİŞTİRİLMESİ

Kişiler arasındaki uyuşmazlığı nihai olarak çözümleme amacına yönelik kesin hüküm, sonradan yeni şartlar ortaya çıksa da kural olarak değiştirilemez. Kesin hükmün kural olarak değiştirilememesi, bireyin hukuki güvenliğini ve devletin yargı erkine güveni sağlamaktadır. Yargıtay'ın yerleşik görüşü, velayetin kamu düzeni ile ilgili olması⁶⁰ ve çocuğun üstün yararının dikkate alınması⁶¹ gerektiğinden, velayete ilişkin düzenlemenin değişen şartlara göre her zaman yeniden değerlendirilebileceği yönündedir.⁶² Velayete ilişkin kararların kesin hüküm oluşturduğunu ileri süren görüş de bu kararların kesin hükmün etkileri açısından diğer mahkeme kararlarına göre daha farklı olduğunu kabul etmektedir.⁶³

Velayete ilişkin düzenlemelerin değiştirilmesi, Medeni Kanun madde 183 ve madde 348'deki düzenlemelerde karşımıza çıkar. Medeni Kanun madde 183'de velayet ilişkin düzenlemenin değiştirilmesini gerektirecek olgulardan

⁵⁹ Serozan, a.g.e., s. 255; Baygın, a.g.e., s. 271.

⁶⁰ "Velayet, kamu düzenine ilişkindir. Velayet düzenlemesinde, çocukların üstün yararı ana ve babanın isteklerinden önce gelir". Yarg. 2. HD. 2016/ 8521 E., 2016/ 8889 K., 2.5.2016 T. www.kazanci.com.tr; "Velayet kamu düzenine ilişkindir ve velayet düzenlemesinde aslolan küçüğün menfaatidir". Yarg. 2. HD. 2014/ 25804 E., 2014/ 24658 K. 4.12.2014 T. www.kazanci.com.tr; Yarg. 2. HD. 2014/ 15336 E., 2014/ 25732 K., 27.11.2014 T. www.kazanci.com.tr. Yarg. 2. HD. 2013/ 3300 E., 2013/ 15257 K., 3.6.2013 T. www.kazanci.com.tr.

⁶¹ "Velayet düzenlemesinde; çocukla ana ve babanın yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir". Yarg. 2. HD., 2016/ 17625 E., 2018/ 5907 K. 2.5.2018 T. www.kazanci.com.tr; Yarg. 2. HD. 2016/ 24604 E., 2017/ K. 16.1.2017 T. www.kazanci.com.tr; "Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken ilke, çocuğun üstün yararınıdır. Çocuğun üstün yararını belirlerken, onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana babanın yararları, boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur". Yarg.2. HD. 2016/19750 E., 2017/ 254 K., 11.1.2017 T. www.kazanci.com.tr; "Velayetin düzenlenmesinde, ebeveynlerin istek ve tercihleri dikkate alınmakla birlikte aslolan çocukların üstün yararınıdır". Yarg. 2. HD. 2012/ 9931 E., 2012/ 27552 K., 19.11.2012 T. www.kazanci.com.tr; Yarg. 2. HD. 2016/8521 E., 2016/ 8889 K. 2.5.2016 T. www.kazanci.com.tr; Yarg. 2. HD., 2014/ 10142 E., 2014/ 20871 K., 27.10.2014 T. www.kazanci.com.tr.

⁶² Baygın, a.g.e., s.373. "O halde; şartların değişmesi halinde her zaman yeniden düzenlenmesi mümkün bulunan ortak çocukların velayetlerinin davacı-davalı babaya verilmesine karar vermek gerekir". Yarg. 2. HD., 2016/ 17662 E., 2018/ 7967 K., 25.6.2018 T. www.kazanci.com.tr; "Gerçekleşen bu durum karşısında, velayete ilişkin kararların kesin hüküm teşkil etmeyeceği ve şartların değişmesi halinde velayetin yeniden düzenlenebileceği de gözetilerek, ..." Yar. 2. HD. 2016/ 13421 E., 2018/ 11 K. 8.1.2018 T. www.kazanci.com.tr; "Velayetin değiştirilmesi davası şartların değişmesi halinde her zaman açılabilir ve kamu düzenine ilişkindir". Yarg. 2. HD. 2012/13416 E., 2013/ 5817 K., 6.3.2013 T. www.kazanci.com.tr.

⁶³ Burak Huysal, Devletler Özel Hukukunda Velayet, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 177.

bazıları sayılmıştır, Medeni Kanun madde 348’de ise velayetin kaldırılması düzenlenmiştir. Velayetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe, ana ve babanın velayet görevlerine müdahale olunamaz.⁶⁴

A. Yeniden Düzenlemeyi Gerektiren Olgular

Velayete ilişkin düzenlemenin değiştirilmesini gerektirecek olgulardan bazılarını içeren Medeni Kanun’un 183. maddesine göre, ana babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hâkim re’sen veya ana babadan birinin talebi üzerine gerekli önlemleri alır. Kanunda sayılanlardan başka olgular da (örneğin velayet kendisinde olan ana veya babanın ağır hastalığı, hapsedilmesi, bitkisel hayata girmesi, bağımlılık tedavisi için bir kuruma yatırılması) velayetin değiştirilmesini gerektirebilir.⁶⁵ Ortaya çıkan yeni olgular çocuğa ilişkin de olabilir. Örneğin çocuğun karakterinde ortaya çıkan değişiklikler (şiddete meyil, sosyal izolasyon, bağımlılık, sorumluluklardan kaçış gibi), çocuğun ihtiyaçlarının artması ya da farklılaşması, velayete sahip olmayan tarafın yaşadığı şehirde bir okula başlaması, hastalanması gibi değişiklikler velayetin değiştirilmesini gerektirebilir. Ancak yeni olgulara dayanarak velayetin değiştirilebilmesi için çocuğun yüksek yararı bunu gerektirmelidir.⁶⁶ Çocuğun yüksek yararı ilkesinin uygulanmasındaki problem, ilkenin içeriğinin belirli olmaması, hâkimin takdirine dayanmasıdır. Amerikan Hukuk sisteminde de velayet davaları çocuğun yüksek yararı ilkesine dayanmaktadır ve her eyaletin mevzuat veya içtihat hukuku ile şekillenmiş çocuğun yüksek yararını belirlemeye yarayan etmenlerden oluşan bir listesi vardır.⁶⁷ Örneğin, diğer pek çok eyaletin düzenlemesinden farklı olarak, ebeveynlerin lehine varsayımları değil, çocuğa ilişkin tüm verilerin değerlendirilmesini esas alan Indiana eyaletinin düzenlemesine göre, bir mahkeme velayetin değiştirilmesine ilişkin bir karar verirken, çocuğun yaşı ve cinsiyetini, ebeveynlerin taleplerini, çocuğun taleplerini (özellikle çocuk en az on dört yaşında ise), çocuğun ebeveynleri ve kardeşleri ile olan ilişkisini, çocuğun ev ortamına, okul hayatına ve toplumsal hayata uyumunu, çocukla ilgili kişilerin fiziksel ve ruhsal sağlığını, aile içi şiddete ilişkin bulguları, çocuğa fiilen bir başkasının baktığına ilişkin bulguları değerlendirmek zorundadır.⁶⁸ Ana veya baba, koşulların değiştiği iddiası ile her zaman velayetin değiştirilmesi talebinde bulunabilir. Ancak

⁶⁴ YHGK 2011/2-884 E., 2012/197 K., 16.3.2012 T. www.kazanci.com.tr.

⁶⁵ Baygın, a.g.e., s.373.

⁶⁶ Baygın, a.g.e. s. 373.

⁶⁷ Margaret Ryznar, *The Empirics of Child Custody*, Cleveland State Law Review, 2017, Vol.65: 211, s. 215.

⁶⁸ Ryznar, a.g.m., s.215.

mahkeme, çocuğa ilişkin değerlendirilmesi gereken verilerden birindeki değişikliğin, çocuğun velayetinin değiştirilmesini gerektirecek önemde olduğuna ikna olmalıdır.

a. Ana veya Babanın Başkasıyla Evlenmesi

Velayet kendisine verilmiş ana ya da babanın yeniden evlenmesi, velayetin kendisinden alınması için tek başına bir gerekçe olamaz (TMK m. 349/ I).⁶⁹ Velayete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi çocuğun menfaatine aykırı bir durum oluşturuyorsa, velayete ilişkin düzenlenmenin değiştirilmesi ya da durum ve koşullara göre velayetin kaldırılması söz konusu olur (TMK m.349/ II).

b. Ana veya Babanın Başka Bir Yere Gitmesi

Kanun koyucu, velayete ilişkin düzenlemenin değiştirilmesini gerektirebilecek olgulardan biri olarak, velayet hakkına sahip ana veya babanın yer değiştirmesini düzenlemiştir (TMK m.183). Velayet hakkına sahip ana veya babanın yerleşim yerini değiştirmesi her zaman velayetin yeniden düzenlenmesini gerektirmez. Kanun koyucunun ifadesiyle “yeni olguların zorunlu kılması” halinde velayete ilişkin düzenlemeyi değiştirilmesi söz konusu olacaktır. Velayet hakkına sahip eşin, çocuğun sağlığı veya eğitimi açısından uygun olmayan bir yere taşınması, sürekli olarak yer değiştirme nedeni ile çocuğun istikrarlı bir çevre içerisinde büyüyememesi, çocuğun diğer eşten veya akrabalarından keyfi olarak uzaklaştırılmak maksadıyla yer değiştirilmesi, velayetin değiştirilmesini gerekli kılabilir.

c. Ana veya Babanın Ölmesi

Velayete sahip olan tarafın ölümü halinde, velayete sahip olmayan ana veya baba velayet hakkını kendiliğinden kazanmaz. Velayetin, sağ kalan eşe verilmesi hâkimin vereceği karar ile mümkün olur.⁷⁰ Zira velayet hakkı taraflardan birine verilirken gözetilen husus, çocuğun üstün yararadır. Çocuğun üstün yararı, çocuğun sevgi, ilgi, şefkat göreceği, bedensel ve ruhsal gelişimin en iyi şekilde gerçekleşeceği, eğitim imkanlarına sahip olacağı tarafa velayet hakkının verilmesini gerektirir.⁷¹ Hâkim, takdir hakkını kullanarak çocuk için en iyisine karar kıldıktan sonra

⁶⁹ “Velayeti üstlenen anne veya babanın tekrar evlenmiş olması, tek başına velayetin değiştirilmesi için yeterli değildir. Çocuğun menfaati (üstün yararı) gerektirdiği takdirde, velayet değiştirilebilir”. Yarg. 2. HD. 2013/ 4764 E., 2013/ 25031 K., 4.11.2013 T. www.kazanci.com.tr

⁷⁰ Yarg. 2. HD., 2012/8899 E., 2013/3450 K., 13.2.2013 T. www.kazanci.com.tr.

⁷¹ “Velayet ve kişisel ilişki düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişimin gerçekleştirilebilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üs-

velayet hakkı sahibinin ölümü ile velayet hakkı sahibi olmaya aday diğer ebeveynin tekrar değerlendirilmesi gerekir. Asıl olan çocuğun velayet altında olmasıdır. Ancak velayetin ölüm halinde kendiliğinden diğer tarafa geçmeyip, tekrar hâkimin takdir hakkına ihtiyaç duyması çocuğun yararına bir düzenlemedir.

Velayete hakkına sahip tarafın değil de diğer tarafın ölümü velayet hakkının kullanılmasını etkilemez.⁷²

d. Çocukla Kişisel İlişkinin Engellenmesi

Boşanmanın çocuklar üzerindeki etkisini inceleyen araştırmalar, boşanmanın yarattığı olumsuzluklar arasında çocuk için en yıpratıcı olanın, ana veya baba ile olan ilişkisinin tamamen kesilmesi olduğunu göstermektedir.⁷³ Bu nedenle boşanmadan sonra velayet hakkı kendisine bırakılmayan taraf ile çocuğun kişisel görüşme hakkı çocuğun yararına olacak şekilde düzenlenmeli ve bu düzene her iki tarafın da uyması sağlanmalıdır. Medeni Kanun'un 323. maddesinde "Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir" denilmektedir. Hükümde her ne kadar sadece ana babanın velayeti altında olmayan çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı olduğundan bahsedilmişse de Türk öğretisi⁷⁴ ve uygulamasında,⁷⁵ çocuğun da kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, velayet hakkı taraflardan birine verilirken diğeri ile çocuk arasında çocuk yararına aykırı olmamak kaydıyla kişisel ilişkinin kurulması ve kurulan kişisel ilişkinin hâkimin hükmüne uygun şekilde sürdürülmesi gereklidir. Velayet hakkına sahip olan ana veya baba, diğer tarafın çocukla olan kişisel ilişkisini engellerse, bu durum velayetin değiştirilmesini gündeme getirebilir.⁷⁶

tün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde karar vermesi gerekir, yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınmalıdır." Yarg. 2. HD., 2017/ 4354 E., 2018/ 14859 K., 18.12.2018 T. www.kazanci.com.tr.

⁷² Yarg 2.HD., 2005/874 E., 2005/4061 K., 16.3.2005 T. www.kazanci.com.tr.

⁷³ Fulya Erlüle, "Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 9, S. 2, s.259- 284.

⁷⁴ Serozan, a.g.e., s.242, Erlüle, a.g.m., s.262.

⁷⁵ "Ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkı, çocuğun temel haklarından (Çocuk Hakları Sözleşmesi md.9/3). Bu tür kişisel ilişki çocuğun sadece yüksek yararları gerektirdiği takdirde veya ana ve babanın bu haklarını amacına aykırı kullanmaları halinde kısıtlanabilir ve engellenebilir (Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi md. 4/2)" Yarg. 2. HD., 2015/ 21179 E., 2015/ 21304 K., 16.11.2015 T.; Yarg. 2. HD., 2015/22625 E., 2015/ 23204 K., 3.12.2015 T. www.kazanci.com.tr

⁷⁶ Yarg. 2. HD, 2016/ 7741 E., 2017/ 1217 K., 7.2.2017 T; Yarg. 2. HD., 2016/12054 E., 2016/11763 K. 16.6.2016 T. www.kazanci.com.tr; Yarg. 2. HD., 2016/ 17842 E., 2016/ 13832 K., 17.10.2016 T. www.kazanci.com.tr;

B. Velayetin Kaldırılması

Çocuğun yararı bakımından, velayete ilişkin düzenlemenin değiştirilmesi gerektiğinde başvurulabilecek yollardan biri de velayetin kaldırılmasıdır. Velayetin kaldırılması çocuğun yararı bakımından alınacak tedbirlerden en ağıridır. Kanun koyucu, ölçülülük ilkesine uygun olarak, çocuğa ilişkin alınacak diğer önlemlerin etkisiz kalması ya da bu önlemlerin yetersiz kalacağına açık olduğu durumlarda başvurulmak üzere velayetin kaldırılmasını öngörmüştür.⁷⁷ Velayetin kaldırılması için, ana babanın velayetten doğan görevleri kendilerinden ya da çocuktan kaynaklanan bir sebeple gereği gibi yerine getirememeleri, çocuğun ana baba yanında olmasının onun sağlıklı gelişimi için ciddi ve sürekli bir tehlike oluşturması gerekir.⁷⁸ Ancak velayetin kötüye kullanılması tek bir seferlik bir eylemden kaynaklanıyor bile olsa eğer bunun çocuk üzerindeki olumsuz etkisi uzun süreli olacaksa, tek bir eylem bile velayetin kaldırılması sebebi olabilir.⁷⁹ Bu nedenle velayetin kaldırılmasını gündeme getiren olayların süresinden ya da başlangıcından ziyade çocuk üzerindeki etkisine, velayetin kaldırılması talep edildiği anda bu kararın çocuk için en iyi karar olup olmadığına bakmak gerekir. Velayet hakkının kaldırılması kararı tartışılırken, konuyu gündeme getiren olayın geçtiği zamanki ve mevcut koşullar değerlendirilmelidir. Uygulamada, velayetin kaldırılması kararı verilmenden önce, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişimin tehlikede bulunup bulunmadığı, velayetin kaldırılmasını gerektiren sebebin olup olmadığının araştırılması, gerektiğinde psikolog, pedagoğ, sosyal çalışmacılardan birinden de görüş alınıp ona göre karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Velayetin kaldırılmasını gerektiren sebepler her iki eşten kaynaklanıyorsa velayet her iki eşten kaldırılır, eğer kaldırma sebebi sadece bir eş için söz konusu ise velayet hakkı o eşten alınır.⁸⁰ Velayetin kaldırılması kamu düzeni ile ilgilidir. Bu nedenle, hâkim davaya ilişkin bilgi ve belgeleri re'sen araştıracaktır.⁸¹

Medeni Kanun, çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkimin aşağıdaki hallerde velayetin kaldırılmasına karar verebileceğini düzenlemektedir:

1. Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi
2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması

⁷⁷ Grassinger, a.g.e., s. 162.

⁷⁸ Grassinger, a.g.e., s.163.

⁷⁹ Grassinger, a.g.e., s. 163.

⁸⁰ Grassinger, a.g.e., s.164.

⁸¹ Grassinger, a.g.e. s.164.



Bu sebepler bazen birbirinin içine girer, ailede yaşanan olayların birinci bent kapsamında mı, ikinci bent kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiğini belirlemek zorlaşır.⁸²

a. Velinin Deneyimsizliği, Hastalığı, Başka Bir Yerde Bulunması veya Benzeri Sebeplerle Velayetin Kaldırılması

TMK m. 348/b.1 uyarınca “Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yer bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi” velayetin kaldırılması için gereken koşullardan biridir. Hükümden anlaşılacağı gibi sayılan sebepler sınırlı sayıda değildir, “veya benzeri sebepler” ifadesinden sayılan sebeplerin örnek olarak sayıldığı anlaşılmaktadır. Bir çocuğu yetiştirirken çocuğun menfaati ile çatışan ya da çocuğun gelişimine olumsuz etkilerde bulunacak çok farklı uygulama söz konusu olabilir. Her somut olayda ana baba tutumlarının o somut olaydaki çocuk bakımından değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle velayetin kaldırılması sebepleri genel olarak düzenlenerek, hâkime takdir yetkisi verilmiştir.

Ana babanın velayeti kullanmadaki deneyimsizliği velayeti kaldırma sebebi-dir. Ana babanın, çocuğun bakım, gözetim ve eğitiminde yapması gerekenleri idrak edememesi, sorumluluklarını yerinde getirmemesi ve gerekli kararları almakta aciz kalması, çocuğun aşırı hoşgörülü bir ortamda kuralsız büyümesi ya da tam tersine aşırı disiplin altında çok fazla kuralla büyümesi ana babanın deneyimsizliğinden kaynaklanabilir.⁸³ Ana babanın yetersizlik hali yaşlarının küçüklüğüne, ruhen ana baba görevine hazır olmamalarına, kendi kişiliklerinde mevcut olan bir sebebe bağlı olabilir. Eğer bu yetersizlik hali süreklilik arz ederse velayetin kaldırılması gerekir.⁸⁴ Ana babanın yoksul olup mali desteğe ihtiyaç duyması tek başına velayetin kaldırılması sebebi teşkil etmez.⁸⁵ Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 26’ya göre, Taraf Devletler, her çocuğun, sosyal sigorta dahil, sosyal güvenlikten yararlanma hakkını tanırlar ve bu hakkın tam olarak gerçekleşmesi sağlamak için ulusal hukuklarına uygun önlemleri alırlar. Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 27’ye göre de Taraf Devletler, çocuğun gelişmesi için gerekli hayat şartlarının sağlanması konusunda ana babaya yardımcı olmak amacıyla gerekli önlemleri alır ve gereksinim olduğu takdirde özellikle beslenme, giyim ve barınma konusunda maddi yardım ve destek programları uygular.

⁸² Grassinger, a.g.e. s. 168.

⁸³ Emine Akyüz, Velayet ve Çocuğun Korunması, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 143; Hakkı Özlü, Velayetin Kaldırılması, Ankara, Adil Yayınevi, 2002, s. 72, Grassinger, a.g.e., s.170.

⁸⁴ Özlü, a.g.e. s.72

⁸⁵ Özlü, a.g.e. s.80.

Bir anlamda çocuğun yoksulluk içinde büyümemesi devletin sorumluluklarındandır. Ana babanın yoksul ve yardıma muhtaç olması velayetin kaldırılması sebeplerinden sayılmasa da ana babanın çalışmaktan kaçınması ya da çocuğun bakımı için hiç para sarf etmeyip yardım almak için ısrar etmesi velayetin kaldırılması sebebi sayılabilir.⁸⁶

Ana babanın bedensel ya da ruhsal bir hastalığı, velayetten doğan görevlerin ifasını engelliyorsa velayetin kaldırılmasını gerektirebilir. Bedensel hastalığın bulaşıcı bir hastalık olması, bu nedenle çocuğun sağlığını tehlikeye düşürmesi veya kişinin bedenini, akli melekelerini kullanmaya engel teşkil etmesi nedeni ile çocuğa ilişkin sorumlulukların yerine getirilememesi ya da ölümcül bir hastalık olması nedeniyle çocuğun ihtiyaçları ile ilgilenilememesi, velayetin kaldırılmasını gerektirebilir. Ana babanın hastalığı durumunda değerlendirilmesi gereken hususlar, çocuğun hasta ana baba yanında kalması nedeniyle sağlığının tehlikeye düşüp düşmediği, hasta ana babanın çocukla ilgilenemese bile çocukla ilgili karar alabilecek durumda olup olmadığı⁸⁷ ve çocuğun menfaatinin hâkimin takdir edeceği başka önlemlerle koruma imkanının olup olmadığıdır.⁸⁸

Medeni Kanun madde 348/ b.1'de yer alan ana babanın başka bir yerde olması sebebinden anlaşılması gereken, ana babanın uzaklık nedeniyle çocuğa gereken sevgi ve özeni gösterememesi, çocuğu temsil etme görevini yerine getirememesi, çocuğun bakım ve eğitimi ile ilgilenememesidir. Uzaklığa rağmen, çocuğun ana baba ile iletişim kurma imkânı varsa, çocuğun ihtiyacı olduğu zamanlarda ya da acil durumlarda ana baba çocuğun yanında olabiliyor ve velayet görevlerini ifa ediyorsa velayetin kaldırılması söz konusu olmayacaktır. Zira değerlendirilmesi gereken fiili uzaklığın velayet görevini yapmaya engel teşkil edip etmediğidir.⁸⁹ Örneğin uzun süreden beridir kendisinden haber alınmayan, nerede olduğu bilinmeyen taraf için velayetin kaldırılması kararı verilebilir.⁹⁰

⁸⁶ Özlü, a.g.e., s. 81.

⁸⁷ Örneğin bedensel hastalığı nedeniyle hareket kabiliyeti kısıtlı olan ana ya da baba, akli melekeleri yerinde olduğu için velayetten doğan sorumluluklarını yerine getirebiliyorsa ya da üçüncü bir kişi marifetiyle bunu yapıyorsa veyahut velayet görevinde eksik kaldığı hususlarda diğer taraf, bu eksikliği giderebiliyorsa, bedensel hastalık nedeniyle velayetin kaldırılmasına gerek yoktur. Grassinger, a.g.e., s. 171.

⁸⁸ Medeni Kanun madde 347'ye göre, çocuğun bedensel veya zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa, hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına ya da kuruma yerleştirebilir. Eğer hasta ana baba, velayet görevinde eksik kalmakla beraber diğer taraf bu eksikliği giderebiliyor ve çocuğun bir kuruma ya da aile yanına yerleştirilmesi de velayet hakkını kaldırmaya gerek olmaksızın çocuk için sağlıklı bir çözüm olabiliyorsa, madde 347'de düzenlenen tedbiri de velayetin kaldırılmasından önce değerlendirmek gerekir. Grassinger, a.g.e., s.171.

⁸⁹ "Mahkemece davalı annenin velayet kendisinde bulunmasına rağmen çocukları davacı dedeye bıraktığı ve ilgilenmediği gerekçesiyle annede olan velayetin kaldırılmasına karar verilmiş ise de, toplanan delillerden ve özellikle tanık beyanlarına göre davalı annenin aileler arasında mey-

Eşlerden birinin başka bir ülkede yaşaması, yerleşim yerinin belli olmaması velayetin kaldırılmasına sebep olabilir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu madde 35'in düzenlemesine göre, kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edildiğinde, mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak velayet hakkından yoksun bırakılır.

Ana babanın kısıtlanmış olması velayetin kaldırılması sebepleri arasında yer almaz.⁹¹ Ancak kısıtlanmanın sebepler arasında sayılmamış olması kısıtlanmanın velayeti kaldırma sebebi olamayacağı anlamına gelmez. Zira velayetin kaldırılması sebepleri kısıtlı sayıda sayılmış değildir, MK m.348/b.1'deki sebepler örnek olarak sayılmış, benzer sebeplerden biriyle de velayetin kaldırılabilmesi düzenlemede yer almıştır. Akıl hastalığı, akli zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza gibi kısıtlılık sebeplerine baktığımızda tüm bunların ana babanın velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine engel teşkil edebileceği görülmektedir. Dolayısıyla ana ya da baba hakkında kısıtlılık kararı verildiğinde, bu karar aynı zamanda velayetin kaldırılmasına yol açmaz ama kısıtlanmış ebeveynin velayet görevlerini gereği gibi ifa edemeyeceği kabul edildiğinden, velayetin kaldırılmasına yönelik bir talepte kaldırma sebebi olarak değerlendirilir.⁹²

Ana babaya yönetim kayyımı (TMK m. 426-428) ya da yasal danışman (TMK m. 429) atanması velayetin kaldırılması sebep olmaz.⁹³ Zira bu durumlarda kendisine kayyım ya da yasal danışman atanan kişinin fiil ehliyetinde bir sınırlama olmaz. Ancak çocuğun malvarlığının yönetiminde sorun yaşıyorsa Medeni Kanun'da (m.360-361) yer alan önlemler çocuğun yararı gereği düşünülmelidir.

b. Ana Babanın Çocuğa Yeterli İlgiyi Göstermemesi veya Ona Karşı Yükümlülüklerini Ağır Biçimde Savsaklaması

Ana babanın çocuğa gerekli ilgi ve sevgiyi göstermemeleri, velayetin kendilerine yüklediği sorumlulukları gereği gibi yerine getirmemeleri velayetin kaldı-

dana gelen büyük bir kavga sonrasında velayet konu çocukları babalarına teslim etmek zorunda kaldığı ve sonrasında alamadığı görülmüş olur, yine toplanan delillerden davalı annenin velayet görevini ifadan aciz olduğunu gösterir bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Velayetin kaldırılması kararı ana baba için ağır sonuçlar doğuran bir karardır. Asıl olan ana/babası sağ olan velayete tabi çocuğun velayet altında bırakılmasıdır". Yarg.2. HD., 2018/4106, E., 2018/9182 K., 13.9.2018 T. www.kazanci.com.tr

⁹⁰ Baygın, a.g.e., s.351; Usta, a.g.e. s.465.

⁹¹ Önceki Medeni Kanun'un 274. maddesinde hâkimin mahcur olan ana babadan velayet hakkının nez 'edebileceği düzenlenmekteydi.

⁹² Akyüz, a.g.m., s.144. Grassinger, a.g.e., s.175.

⁹³ Özlü, a.g.e., s.92.

rılması sebepleridir. Ana babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya velayetle doğan görevlerini ağır biçimde savsaklaması kasıt veya ağır ihmal neticesinde gerçekleşir. Ana babanın çocuğun beden ve ruhen gelişimin engelleyecek her türlü istismarı (fiziksel, duygusal ya da cinsel) velayetin kaldırılma sebeplerinden biri olacaktır. Velayetin kaldırılması için çocuğun gelişiminin sürekli tehdit altında olması gerekmez, tek seferlik bir istismar nedeniyle uzun süreli olumsuz etki altında kalacak olması da velayetin kaldırılması için yeterlidir.⁹⁴

Velayetin kaldırılması kararı verilirken hâkim, somut olaydaki verileri değerlendirilmelidir. Ailenin yapısı, koşulları, aileye ve çocuğa toplumun ve hukukun yeni bakış açısı dikkate alınmalıdır.⁹⁵

Babanın çocuğu fuhuşa teşvik ve aracılık etmek suçundan hükümlü olması,⁹⁶ velayet hakkı kendisinde olan annenin çocuğu yanına almayıp babaannede bırakması,⁹⁷ velayet hakkına sahip annenin çocuklarını çok uzun süre üçüncü bir kişi yanında bırakmış olması ve çocukların bakım ve eğitiminin bu kişi tarafından sağlanıyor olması,⁹⁸ velayet hakkına sahip annenin çocuğa şiddet uygulaması, kötü muamelede bulunması,⁹⁹ babanın çocuğa şiddet uygulaması, annenin ise çocuğun cinsel ve ruhsal bütünlüğünü korumaya ilişkin yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması,¹⁰⁰ annenin çocukları ile ilgilenmemesi,¹⁰¹ velayet kendisinde olan annenin çocuğun cinsel istismarına zemin hazırlaması ve göz yumması,¹⁰² annenin çocukları babalarına göstermeyip sürekli olarak babalarından kaçırmaması ve çocukları okula göndermemesi¹⁰³ TMK m.348/I b.2 için örnek teşkil eden olaylardır.

c. Velayet Hakkına Sahip Ana Babanın Yeniden Evlenmesi

TMK 349'a göre, velayete sahip ana babanın yeniden evlenmesi, velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak çocuğun yararı gerektiriyorsa velayet sahibi

⁹⁴ Özlü, s.93, Grassinger, a.g.e., s. 179.

⁹⁵ Örneğin önceki Medeni Kanun'da ana babanın çocuğun eğitimi hususunda tedip hakkına sahip olduğu kabul edilmekteydi. Ana babanın çocuğu eğitmek için normal ölçülerde dövebileceğini kabul eden pek çok eski yargı kararı vardır. Oysa bugün çocuğa her ne sebeple olursa olsun şiddet uygulanması kabul edilemez.

⁹⁶ Yarg. 2. HD., 2017/5362 E., 2017/14895 K., 19.12.2017 T. www.kazanci.com.tr.

⁹⁷ Yarg. 2. HD., 2016/13524 E., 2016/12659 K., 28.6.2016 T. www.kazanci.com.tr.

⁹⁸ Yarg. 2. HD. 2004/6832 E., 2004/7827 K., 14.6.2004 T. www.kazanci.com.tr.

⁹⁹ Yarg. 2. HD., 2014/9270 E., 2014/10794 K., 12.5.2014 T. www.kazanci.com.tr.

¹⁰⁰ Yarg. 2. HD., 2010/7251 E., 2010/20509 K., 7.12.2010 T. www.kazanci.com.tr.

¹⁰¹ Yarg. 2. HD., 2007/13481 E., 2007/14489 K., 2.11.2007 T. www.kazanci.com.tr.

¹⁰² Yarg. 2. HD., 2003/1468 E., 2003/2770 K., 3.3.2003 T. www.kazanci.com.tr.

¹⁰³ Yarg. 2. HD., 2002/13679 E., 2002/13548 K., 9.12.2002 T. www.kazanci.com.tr.

değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velayet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir (TMK m. 349/ II). Velayetin kaldırılmasına imkân veren bu özel düzenlemede hükmün uygulanabilmesi için TMK m.348'de sayılan nitelikli koşulların gerçekleşmesi aranmamıştır.¹⁰⁴ Burada amaç çocuğun korunmasıdır; bu nedenle ana babanın kusuru aranmayacaktır.¹⁰⁵ Velayetin kaldırılabilmesi için, evlilik nedeni ile çocuğunun huzurunun bozulması, üvey ana ya da üvey babanın dışlayıcı, horlayıcı, haksız tavırları nedeni ile maddi ve manevi durumunun kötüleşmesi gerekmektedir.¹⁰⁶ TMK m.349, hâkime geniş takdir hakka vermektedir.¹⁰⁷ Yargıtay'ın bu konuda yerleşmiş görüşü, velayet sahibi ana ya da babanın evlenmiş olmasının tek başına velayetin kaldırılmasına sebep olmayacağı yönündedir.¹⁰⁸ Çocuğun yeni evliliği istememesi de velayetin kaldırılması sebebi olamaz.¹⁰⁹

C. Velayetin Kaldırılmasının Sonuçları

Velayet hakkı sadece ana veya babadan kaldırılmışsa, diğer taraf velayet hakkına tek başına sahip olur. Ancak velayet ana babanın her ikisinden birden kaldırılmışsa, çocuğa bir vasi atanması gerekir (TMK m.348/2). Velayete tek başına sahip olan ana veya babadan velayet kaldırılmışsa ve diğer taraf hayatta değilse ya da velayet görevini yerine getirebilecek durumda değilse çocuğa vasi atanır.¹¹⁰

TMK 348/ III'e göre, velayetin kaldırılması, aksi kararda belirtilmedikçe mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar. Velayetin kaldırılmasına ilişkin kararın tüm çocuklar için geçerli olup olmadığının takdiri hâkimdedir. Velayetin kaldırılmasına ilişkin sebep sadece bir çocuk için geçerli ise, örneğin özel ilgi ve bakım gerektiren çocuğa ilişkin sorumluluklar yerine getirilmiyorsa, hâkim sadece söz konusu çocuğa ilişkin velayetin kaldırılmasına karar verebilir.¹¹¹ Bu durumda hâkim velayetin kaldırılması kararının hangi çocuk için olduğunu kararında açıkça belirtmelidir.¹¹² Velayetin kaldırılması sebepleri, velaye-

¹⁰⁴ Serozan, a.g.e., s.292; Öztan, a.g.e., s.1155.

¹⁰⁵ Öztan, a.g.e., s.1155; Grassinger, a.g.e., s.184; Usta, a.g.e., s.471.

¹⁰⁶ Serozan, a.g.e., s.292; Baygın, a.g.e., s.355; Grassinger, a.g.e. s.183.

¹⁰⁷ Öztan, a.g.e., s.1094.

¹⁰⁸ Yarg. 2. HD., 2009/16476 E., 2010/ 6149 K., 31.3.2010 T; Yarg. 2.HD. 2011/ 17647 E., 2012/ 12042 K., 7.5.2012 T. www.kazanci.com.tr

¹⁰⁹ Öztan, a.g.e., s.1094.

¹¹⁰ "Mahkemece davacı annenin ortak çocuklar üzerindeki velayetinin kaldırılmasına, davalı babanın hükümlü olması sebebiyle velayetin babaya da bırakılmasının mümkün olmayacağından bahisle vasi tayini için Sulh Hukuk Mahkemesine ihbarda bulunulmasına karar verilmiştir." Yarg. 2.HD. 2017/ 5362 E., 2017/14895 K. 19.12.2017 T. www.kazanci.com.tr.

¹¹¹ Baygın, a.g.e., s.358.

¹¹² Grassinger, a.g.e., s.189.

tin kaldırılması kararının kapsamını belirlemede etkili olacaktır. Örneğin, ana babanın kısıtlanması nedeni ile velayet kaldırılmışsa, bu kararın tüm çocukları kapsamı gerekir.¹¹³ Eğer hâkim velayetin kaldırılması kararını sadece belirli bir çocuk için vermişse bu durumda ileride doğacak çocuklar bakımından da ana babanın velayetin devam ettiği kabul edilmelidir. Kararda istisna tutulmadıkları için velayetin kaldırılması kararından etkilenecek olan ileride doğacak çocuklar, sadece velayet hakkı kaldırılan ana babanın müşterek çocukları değil, üçüncü bir kişi ile ilişkisinden doğan çocuklar olarak da yorumlanmalıdır.¹¹⁴

Velayetin kaldırılması ile ana baba velayetten doğan hak ve yetkilerini kaybederler. Ancak ana babanın velayetten bağımsız soybağından kaynaklanan yükümlülükleri devam eder. TMK m. 327’de düzenlenen bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü devam eder. TMK m.350/I’e göre, velayetin kaldırılması halinde ana ve babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder. Aynı zamanda ana babanın soybağından kaynaklanan hakları velayet kaldırılmış olsa bile devam eder. Ana baba velayet kendilerinden kaldırılmış olsa bile çocukla kişisel ilişki talebinde bulunabilirler. Ancak çocuğun yüksek yararı gereği ana babanın kişisel ilişki kurma hakkı sınırlandırılabilir veya tamamen engellenebilir. TMK m.311’de düzenlenen ana babanın rızasının aranmayacağı haller dışında, çocuğun evlat edinilmesi konusunda rızaları aranır.¹¹⁵

TMK m.351’e göre, velayetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalkmışsa hâkim, re’sen ya da ana babanın istemi üzerine velayeti geri verir.

SONUÇ

Medeni Kanun’un boşanma ve ayrılık halinde eşlerden birine velayetin bırakılmasına ilişkin düzenlemesi ile velayetin kaldırılmasına ilişkin düzenlemesi sebep ve sonuçları bakımından farklıdır. Eşlerden birine velayetin bırakılması, birlikte yaşamaya ara verilmesi, butlan veya boşanma hallerinde söz konusu olur. Velayetin kaldırılması ise evliliğin sona ermesi ile ilgili değildir. Velayetin kaldırılması için TMK 348 ve 349’daki şartların gerçekleşmesi gerekir. Eşlerden birine velayet bırakıldığında, diğer taraf velayet hakkını kaybeder ancak bu velayeti kaybeden tarafın velayetin kaldırılması sebeplerini taşıdığı anlamına gelmez. Kaldı ki artık evliliğin sona ermesine ya da ayrılık kararına rağmen eğer çocuğun yüksek yararı gerektiriyorsa hâkimin, birlikte velayete hükmede-

¹¹³ Baygın, a.g.e., s.358.

¹¹⁴ Baygın, a.g.e., s.359.

¹¹⁵ Öztan, a.g.e., s.1105; Usta, a.g.e., s.475; Baygın, a.g.e., s.360; Grassinger, a.g.e., s.199-200.



bileceği de kabul edilmektedir. Velayete ilişkin olarak karar verirken hâkim, toplumsal düzenin eski adetlerini gözeterek babanın üstünlüğünü kabul edebilir, çocuğa bakım verenin çoklukla kadın olduğu ön kabulü ile anayı tercih edebilir ya da ana-babaya (kadınlık ve erkekliğe) ilişkin yargıları dışlayarak (ki bu tutum, çocuğun velayet hakkı bakımından her iki cinse de eşitlik sağlamaktadır) asıl olanın çocuk olduğu gerçeğiyle ve çocuğu merkeze koyan bir bakış açısıyla, çocuğun yararına olmak üzere bir tercihte bulunabilir. Burada mesele, çocuğun yararının nasıl belirleneceği meselesidir. Her somut olayda, hâkim çocuğa ilişkin verileri titizlikle değerlendirmelidir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız, *Türk Medeni Kanun'daki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi*, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011.
- Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku İkinci Cilt*, 18. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016.
- Akyüz, Emine, *Çocuk Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Pegem Akademi, 2015.
- Akyüz, Emine, *Medeni Kanun'a Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması*, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1983.
- Akyüz, Emine, *Velayet ve Çocuğun Korunması*, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Apaydın, Eylem, *Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C.9, S. 1.
- Baygın, Cem, *Soybağı Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş M. Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.
- Erlüle, Fulya, *Yargıtay Kararları Çerçevesine Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C.9, S.2.
- Gençsan, Ömer Uğur, *Aile Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Güven, Kudret, *Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet*, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C.4, S. 1.
- Grassinger, G. Elçin, *Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Hatemi Hüseyin, *Aile Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Hodgkin, Rachel/ Newell Peter, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı*, UNICEF, 2003.
- Huysal, Burak, *devletler Özel Hukukunda Velayet*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz, *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.
- Köseoğlu, Bilal/ Kocaağa Köksal, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, Bursa, Ekin Yayınları, 2011.

- Kurt, Leyla Müjde, *Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C.9, S. 2.
- Özlu, Hakkı, *Velayetin Kaldırılması*, Ankara, Adil Yayınevi, 2002.
- Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Öztan, Bilge/ Öztan Fırat, *Boşanmada Velayetin Tevdii*, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C.1, S.2.
- Ryznar, Margaret, *The Empirics of Child Custody*, Cleveland State Law Review, 2017, Vol.65: 211.
- Serozan, Rona, *Çocuk Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Turan Başara, Gamze, *Ana ile Evlilik Dışındaki Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017, C. 30, S. 131.
- Usta, Sevgi, *Velayet Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Yılmaz, Canan, *Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Zevkililer, Aydın/ Acabey, M. Beşir, Gökyayla K. Emre, *Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000.