

Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması

(Protection of Children from Violence Under Civil Law Rules)



Yrd. Doç. Dr. Kadir Berk KAPANCI*

Yrd. Doç. Dr. Başak BAŞOĞLU**

ÖZET

Özel hukuk anlamında şiddet, bir kimsenin kişi ve malvarlığı değerlerine saldırıyı ifade eder. Çocuğun bir birey olarak aile içinde veya aile dışında karşılaştığı şiddete karşı korunması önemli bir konudur ve çeşitli düzenlemelerde özel olarak ele alınmıştır. Türk Medeni Kanunu'ndaki (TMK) bazı genel düzenlemeler de bu kapsamda kabul edilebilir. Nitekim, TMK'da yer alan kişilik haklarının korunması, velayet ve -istisnai olarak- vesayete ilişkin düzenlemeler, çocuğun gerek üçüncü kişilere gerekse de yetkilerini kötüye kullandıkları durumda veli/vasiye karşı özel hukuk kuralları çerçevesinde korunmasını konu almaktadır. İşbu çalışma, Medeni Hukukun anılan düzenlemeleri kapsamında çocuğun şiddete karşı korunmasında başvurulabilecek yollar incelenecektir.

***Anahtar kelimeler:** Şiddet, haklara saldırı, çocuğun korunması, velayet, vesayet.*

ABSTRACT

In terms of private law, violence signifies the uninvited intervention to one's personality rights and patrimonial assets. At this regard, children's protection from violence constitutes an important subject and it is regulated under different legal rules. Some of the general provisions Turkish Civil Code may be taken into account in accordance thereof. Hence, provisions regarding the protection of personality rights, legal guardianship and exceptionnally tutorship deal with protection of children either from third persons or from guardian/tutor when they have misused their authority. This article aims to examine the mentioned provisions with regard to the children's protection from violence.

* MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim dalı, berk.kapanci@mef.edu.tr.

** İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim dalı, basak.basoglu@kemerburgaz.edu.tr.

Keywords: *Violence, infringement of rights, protection of children, legal guardianship, tutorship.*

GİRİŞ

Özel hukuk anlamında şiddet¹ kişivarlığı ve malvarlığı değerlerine saldırıdır ve temel itibariyle şiddete karşı bireylere sağlanan koruma kişilik hakkı korumasıdır. Bunun dışında Türk Medeni Kanunu şiddete karşı özel bir koruma düzenlemesi getirmemektedir.

Türk Medeni Kanunun çocuğa ilişkin temel düzenleme velayet, velayet altında olmayan bir çocuk söz konusu olduğunda ise vesayettir. Bu düzenlemeler, genel olarak çocuğun üçüncü kişilere karşı korunmasını amaçlar. Bununla birlikte, çocuğun veli veya vasinin yetkilerini kötüye kullanması nedeniyle korumasına ihtiyaç olduğu halde çocuğun korunmasını sağlamak için kanunda velayetin/vesayetin kaldırılmasına ilişkin özel düzenlemeler de getirilmiştir. Tüm bu düzenlemeler çocuğun aile içinde veya aile dışında karşılaştığı şiddete karşı korunması bakımında büyük önem taşır.

Bu düzenlemelerin yanı sıra, Çocuk Koruma Kanunu ile Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunda da çocuğun şiddete karşı korunması bakımından önem arz eden bazı düzenlemeler yer almaktadır.

Bu çalışmada Medeni Hukukun anılan düzenlemeleri kapsamında çocuğun şiddete karşı korunmasında başvurulabilecek yollar incelenecektir.

I. Velayet Hükümlerine Dayalı Koruma

A. Genel Bakış

Velayet hakkı, küçüklerin gerek kendilerine gerekse de mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanunun ana ve babaya yüklediği yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin iyi bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak üzere kanunun onlara tanıdığı yetkilerin bütünüdür.² Kanun, velayet hakkını kural olarak ana ve ba-

¹ Şiddet denince şüphesiz ilk akla gelen fiziksel şiddettir. Fiziksel şiddet, çocuğun vücut bütünlüğüne yöneliktir. Yine akla en çok gelen şiddet türlerinden biri cinsel sömürüdür. Cinsel sömürü, çocuğun kendi isteği dışında, hatta kimi zaman farkında bile olmadan cinsel eylemde bulunmaya zorlanmasıdır ki bu da vücut bütünlüğüne yöneliktir. Psikolojik şiddet çocuğun duyguları veya kişiliği üzerinde baskı kurmak olarak ifade edersen bunun da çocuğun manevi bütünlüğüne yönelik olduğunu saptayabiliriz. Dolayısıyla, hukuki olarak fiziksel, cinsel ve psikolojik şiddet çocuğun kişiliğine, kişilik değerlerine yöneliktir. Kişilik değerleri kişilerin doğumlarından ölümlerine kadar sahip oldukları temel değerler bütünüdür. Kişinin yaşamı, sağlığı, bedensel ve ruhsal bütünlüğü, düşünsel faaliyetleri ve onuru, özel hayatı, resmi, adı, özgürlükleri gibi. Öte yandan, ekonomik şiddet temel itibariyle çocuğun malvarlığı değerlerine saldırıdır. Yalnız hemen belirtilmelidir ki, ekonomik şiddet çocuğun temel ihtiyaçlarından yoksun kalmasına sebep oluyorsa, çocuğun kişivarlığı değerlerini de ilgilendirir.

² Velayete ilişkin bkz. **Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman**, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Beta, İstanbul, 2014, s. 406 vd.; **Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş**,

banın her ikisine de ortaklaşa tanımış, aralarında herhangi bir ayırım gözetmemiştir.³ (Bkz. TMK 335, 336) Eğer ana veya babadan biri ölür veya gaipliğine karar verilirse yahut da velayet hakkını kullanamayacak bir duruma düşerse (örneğin kısıtlanması), velayet hakkı tek başına diğer eşe ait olacaktır.

Velayet hakkı, ana ve babaya çocuğun şahsı üzerinde egemenlik sağlar ve onun özadını, yerleşim yerini belirleme yetkisini verir. Bundan başka, velayet hakkı ana ve babaya çocuğun yetiştirilmesi ve eğitilmesi hakkını verir, ama bu aynı zamanda onlara yüklenmiş bir yükümlülüktür.⁴ Ana ve baba, çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimi konularında onun menfaatini özellikle göz önünde bulundurarak bu konuda alınması gereken kararları alır ve uygularlar.⁵

Diğer taraftan velayet hakkı kapsamında ana ve baba, çocuktan sözlere uymasını bekleyebilirler. Bu anlamda çocuk, anne ve babasına itaati ve gerekli saygıyı göstermekle yükümlüdür. eMK 267, ana ve babaya velayet hakları kapsamında, bir de uslandırma yetkisini vermektedir. Bu yetki, ana ve babanın çocuğu yetiştirme ve eğitime, çocuğun da ana ve babasının sözünü dinleme yükümlerinin bir tamamlayıcısı idi. TMK, bu hükmü çocuk haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ruhuna aykırı bularak benimsememiştir.⁶

Yine velayet hakkı kapsamında kullanılabilir bir başka yetki, çocuğun üçüncü kişilere karşı temsil edilmesidir. Bu temsil yetkisinin sınırını TMK 342 atfıyla, vasi için yasak işlemlere ilişkin TMK 448 hükmü belirler: Velayet altındaki kişiyi temsilen kefalet sözleşmesi yapılması, önemli bağışlamalarda bulunulması ve vakıf kurulmasıdır. Hemen belirtilmelidir ki, bu yasağın çocuk için sakıncalı olabilecek başka işlemlere yaydırılmaması büyük eksikliklerdir. Şöyle ki, bu sınırlamaya dahil olmadıgından veli, çocuğu ömür boyu borç altına sokabilecek uzun vadeli kredi anlaşmaları yapabilecek, aynı teminatlar verebilecek veya şirket kurabileceklerdir.⁷

Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz, İstanbul, 2014, s. 342 vd.; **Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk**, Aile Hukuku Ders Kitabı, Vedat, İstanbul, 2013, s. 155 vd., **Ahmet Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, Turhan, Ankara, 2015, s. 622 vd., **Bilge Öztan**, Aile Hukuku, Turhan, Ankara, 2015, s. 1074 vd.; **Rona Serozan**, Çocuk Hukuku, Vedat, İstanbul, 2005, s. 250 vd.

³ TMK 337 uyarınca çocuğun anne ve babası, çocuğun doğumu anında evli değilse, velayet hakkı doğumla birlikte anneye ait olur. Ancak daha sonra evlenirlerse, çocuk anne ve babanın ortak velayeti altına girer.

⁴ Velayet hakkının kapsamına ilişkin bkz. **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 344 vd.

⁵ Çocuğun eğitimi, genel, mesleki ve dini eğitimi kapsar. **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 345.

⁶ Çocuk haklarına ilişkin sözleşmelere ilişkin bkz. **Brian Milne**, Rights of the Child, Springer, 2015.

⁷ Bu konudaki eleştiriler için bkz. **Rona Serozan**, "Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi", Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, Beta, İstanbul, 2003, s. 499-516 (514).

Velayet hakkına sahip olan ana ve baba, çocuğun mallarının yönetilmesi, kullanılması, kısmen sarfedilmesi ve korunması konularında da kanun tarafından yetkilendirilmiştir. Bu yetki aynı zamanda bir yükümlülüğü de bünyesinde barındırır.⁸ Ana ve baba gerek yetkilerin kullanımı gerekse de yükümlülüklerin yerine getirilmesinde yine beraber hareket etmekle yükümlüdürler.

B. İlk Çare: Önleyici Tedbirler

1. Kişiliğin Korunması

Ana ve baba, velayetin kendilerine yüklediği sorumlulukların gereğini yerine getiremeyip, çocuğun yararına aykırı bir durum meydana getirirlerse, son çare olan velayetin kaldırılması yoluna başvurulmadan, hakim gerekli önlemleri re'sen alacaktır.

Çocuğun kişiliğinin korunması bakımından bu önlemler TMK 346 ve 347'de belirtilmiştir.⁹ Bunun yanında Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük'ün ("Uygulama Tüzüğü") 3. maddesi ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 22. maddesinde de koruma önlemi alınması konusuna değinilmiş, Uygulama Tüzüğü'nün 3. maddesinin 2. fıkrasında da ayrıca korunma kararı alınamaması halinde Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 161. maddesi ile Belediye Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca gerekli önlemlerin alınacağı ifade edilmiştir.

Koruma önlemleri başlıklı TMK 346'ya göre, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma göre çare bulamazlar veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır. Koruma önlemlerinin alınabilmesine, herhangi bir ilgilinin başvurusu üzerine veya başvuru bulunmasa bile gerektiğinde hakim tarafından re'sen hükmedilebilir. Esasen bu düzenlemenin en eksik tarafı, hakimin ana ve baba yerine karar vermesidir, esasen hakim ana ve baba yerine karar vermektan kaçınmalı ve karar verme hakkını ilgili konuda çocuk açısından daha sağlıklı bir karar vereceğine inandığı eşe tanınması şeklinde bir düzenleme kararın çocuğu hiç tanımayan bir hakim tarafından verilmesinden daha sağlıklı sonuçlar doğururdu.

Dikkat edilecek olursa kanun, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ne türde önlemlerin alınabileceğini özel olarak belirtmemiş, sadece "uygun" önlemlerin alınması hususunda hakime geniş olarak nitelendirilebilecek bir takdir yetkisi tanımıştır. Bu noktada belirleyici hüküm, hâkimin takdir yetkisini kullanmasına ilişkin TMK 4 olacak, hakim somut olayın özelliklerini gözeterek gerekli

⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 348 vd.

⁹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Gülçin Elçin Grassinger, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması için Alınacak Tedbirler, XII Levha, İstanbul, 2009.

önlemleri ölçülülük ilkesi çerçevesinde alabilecektir. İlgili bağlamda hakim duruma göre ana ve babaya belirli davranışlarda bulunma veya belirli davranışlardan kaçınma yükümünü yükleyebilir. Aslına bakılacak olursa, kanun maddesinin ifadesi çok belirsiz ve geniştir. İster istemez, her şey hakimın sağduyulu bir şekilde hareket etmesi ümidiyle onun ellerine bırakılmış olmaktadır. Oysa ki, kanunun belirli açılardan ve örnek mukabilinden daha kesin sonuçlar öngören ayrıntılı bir düzenleme öngörmesi, hakime vereceği kararda yol gösterici olurdu.

Koruma önlemlerinin alınabilmesi için çocuğun menfaatinin veya gelişmesinin tehlikeye düşmesi, ayrıca ana ve babanın duruma çare bulamamaları veya buna güçlerinin yetmemesi şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Hakim, şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir ederken somut olayın özelliklerini ve çocuğun ihtiyaçlarını dikkate almalıdır. Çocuğun beslenme, sağlık, eğitim ihtiyaçlarının karşılanamaması, çocuğa karşı gereksiz ve amaçsız cezalandırmalar ve küçük düşürücü davranışlarda bulunulması, çocuğun uygun olmayan davranışlara sevk edilmesi, koruma önlemlerine başvurulabilecek durumlara örnek gösterilebilir. Belirtilen durumlar çerçevesinde çocuğun menfaatinin veya gelişmesinin tehlikeye düşmesinde ana ve babanın kusurları aranmaz. Ne var ki ana ve babanın ilgili durumun gerçekleşmesinde kusurlu olmaları, alınacak tedbirin niteliği bakımından etkili olabilir. TMK 346'nın uygulama alanı bulabileceği halleri birkaç örnekle somutlaştıralım:

- Bilindiği üzere velayet hakkı anne ve babanın çocuğa mesleki eğitim vermesini de kapsar. Anne ve baba söz konusu eğitimin verilmesinde çocuğun istek ve eğilimlerini de özel olarak göz önünde bulundurulmalıdır. Örnek olarak güzel sanatlara meraklı olan bir çocuğun annesi ve babası tarafından kendi istekleri doğrultusunda, onu bir avukat veya mühendis olmaya zorlayamazlar. Böyle bir zorlama söz konusu ise, TMK 346 devreye girecek, çocuk hakime başvuruda bulunarak ondan konuyla ilgili gerekli önlemlerin alınabilmesini isteyebilecektir.
- MK 346'nın bir başka uygulaması şöylece belirebilir: Çocuğun anne babasının sözünü dinleme, onlara itaat etme yükümü vardır ama bu yüküm söz konusu olan hukuka veya ahlaka aykırı emirler ile kendisini zarara sokacak talimatlar olduğunda geri çekilir. Çocuk hakime başvurarak duruma müdahale edilmesini isteyebilecektir.
- Farklı bir örneğe geçelim: Yukarıda da belirttiğimiz üzere, çocuğun özadınının belirlenmesinde ana ve baba birlikte yetkilidirler, ne var ki onların ortaklaşa belirledikleri hak bir şekilde çocuğun yararına değilse, örneğin konulan ad, çocuğun ileride psikolojik olarak şiddete veya sömürüye maruz kalmasına, alay konusu olmasına neden olabilecekse bu durumda çocukla ilgili diğer kişilerin TMK 346 kapsamında hakime başvurabilmeleri mümkün görülebilmelidir. Gerçi burada hakimın nasıl bir yol izleyeceği, konu-

lacak isme kendisinin mi karar vereceği noktasında tereddütler doğabilir, somut duruma göre bir uygulama yapılması uygun olur.

MK 346'nın Yargıtay kararları ışığındaki uygulamasına bakılacak olursa, maddenin uygulamasında özel olarak "çocuğun üstün yararı" ilkesinin gözetildiği söylenebilir. Nitekim Yargıtay kararlarında da bu hususa özel olarak vurgu yapılmaktadır.¹⁰

Ayrıca Yargıtay, TMK 346'nın öncelikle başvurulması gereken bir hüküm olduğuna da birçok kararında dikkat çekmektedir. Öyle ki eğer mevcut sorun bu hüküm çerçevesinde çözülebiliyorsa, daha ağır bir yaptırım öngören velayetin kaldırılması hükümlerine (MK 348, 349) başvurulmamalıdır.¹¹ Uygulamada ise çoğunlukla bu tedbirlerin, velayetin kaldırılması talebiyle birlikte terditli olarak istenilmekte olduğu görülür, yani adeta eğer daha ağır olan sonuç sağlanamazsa, bu hükümlerin getirdiği koruma tedbirleriyle bir teselli sağlanmış olur.

Hakim, hükmedebileceği koruma önlemlerinin yanında, özel olarak çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesinin tehlikede bulunur veya çocuk manen terkedilmiş halde kalırsa, bu kez TMK 347 uyarınca çocuğun ana ve babadan alınabilmesine ve bir başka aile ya da kuruma yerleştirilmesine de karar verebilir.¹² Bedensel veya zihinsel gelişimin tehlikede bulunması süreklilik göstermesi gereken bir durumdur. Eğer diğer koruma önlemlerinin alınabilmesi suretiyle, çocuk ana ve babadan alınmaksızın tehlike bertaraf edilebiliyorsa, öncelikle bu yola başvurulmalıdır. Diğer bir deyişle,

¹⁰ Birçok Yargıtay kararında bu husus aynı cümlelerle ifade edilmektedir: "Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararı" (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 6; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 3 ve 12; TMK m. 339/1, 343/1. 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m. 4/b)'dır. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir." Örnek olarak bkz. Yarg. 2. HD. 03.07.2015 T., E. 28101, K. 14405. (www.kazanci.com)

¹¹ Nitekim Yargıtay 2.Hukuk Dairesi'nin 11.01.2010 gün ve 2009/8918 E., 2010/114 K. sayılı kararında bu husus, "Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü taktirde ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için, uygun önlemleri alır. (TMK.mad.346) Mahkemece yapılan araştırma ve toplanan delillerden çocuğun menfaatlerinin ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü sonucuna varılmakla, çocuğun korunması ile ilgili uygun önlemlerin alınmasıyla yetinilmesi gerekirken, usulüne uygun olarak harcı verilerek açılmış velayetin kaldırılması (TMK.md.348) davası bulunmadığı halde annenin velayet hakkının tamamen ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir" şeklinde ifade edilmiştir. (www.kazanci.com)

¹² Yargıtay uygulamasına bakıldığında, özellikle TMK 347 gereğince bir koruma önleminin alınabilmesi için gerekli koşulların oluşup oluşmadığına özellikle bakıldığı gözlemlenmektedir. "Sosyal Hizmet Uzmanı tarafından düzenlenen sosyal inceleme raporunda; küçük Mahmut B'nin nüfus kaydına göre anne ve babasının sağ olduğu, babası olan davacının Mardin Bayındırlık ve İskan Müdürlüğünde çalıştığı, almış olduğu ücretin ailenin geçim, barınma ve sosyal ihtiyaçlarını sağlayabilecek düzeyde olduğu, hatta geliri göre yaşam standardının Türkiye standartlarının üzerinde bulunduğunu belirtmiştir. Küçük Mahmut B.'nin 2828 Sayılı Yasanın 3. maddesinde tanımlanan korunmaya muhtaç çocuklardan olmadığı halde Türk Medeni Kanununun 346 ve 347. maddesi gerekçe gösterilerek yazılı şekilde koruma altına alınmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 2. HD, T. 11.03.2004, E.2044, K. 3071) (www.kazanci.com)

çocuğun ana ve babadan alınması başka çare kalmadığında başvuru bir önlem olmalıdır. Öte yandan çocuğun manen terk edilmiş olması, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişimi açısından karşı karşıya bulunulan tehlikeye ana ve baba tarafından müdahale bulunulmaması halini ifade eder. Çocuk, manevi ve ruhsal açıdan anormal davranışlar gösteriyorsa, kişiliğinin gelişimi toplum kuralları ile bağdaşmıyor ve ona uygun olarak gelişmiyorsa, çalışmak veya yakın çevresiyle iletişim kurmak yerine bunlardan kaçınıyorsa, uç düşüncelere yatkınlık gösteriyorsa; onun manen terkedildiği sonucuna varılabilecektir.

Son olarak TMK 347 uyarınca, yukarıda belirtildiği gibi çocuğun bedensel veya zihinsel gelişimi bakımından bir tehlike bulunmasa veya çocuk manen terkedilmiş durumda olmasa dahi, çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek ölçüde bozuyorsa ve durumun gerekleri değerlendirildiğinde başkaca bir çarenin kalmadığı sonucuna varılabiliyorsa, ana ve baba veya çocuğun talebi üzerine hakim, çocuğun ana ve babanın yanından alınarak başka bir ailenin yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine de karar verebilir.

MK 347/I ve II kapsamında alınan önlemlere ilişkin giderler bizzat ana, baba ve çocuk tarafından karşılanmalıdır. Bununla birlikte, ana, baba ve çocuğun ödeme güçlerinin bulunmadığı bir olasılıkta, alınan önlemlerin giderleri devlet tarafından karşılanabilir.

Çocuğun bir ailenin yanına ya da kuruma yerleştirildiği durumlarda, ana ve babanın velayet hakkı sona ermez, ancak çocuğu yetiştirme yetkileri hakim kararıyla ellerinden alınmış olur. Bunun yanında, ilgili hallerde TMK 347/IV uyarınca ana ve babanın nafaka yükümlülüklerinin devam ettiği de hatırlatılmalıdır. Kişiliğin korunmasına ilişkin önlemlerin alınmasına sebep olan şartlarda değişiklik olması halinde, alınan önlemlerin de TMK 351/I uyarınca yeni şartlara uydurulması gerekir.

2. Malvarlığının Korunması

Çocuğun kişiliğinin korunmasına ilişkin önlemlerin yanında kanun çocuğun malvarlığının da korunması için bir dizi önlem öngörmektedir.¹³

Vesayetten farklı olarak (bkz. ve karşı TMK 454/II) anne ve baba çocuğun mallarının yönetilmesi ile alakalı olarak hesap vermek ve yol açabilecekleri olası zararlar için teminat göstermek zorunda değildir. Bununla birlikte ana ve baba, çocuğun malları üzerindeki yönetim haklarını kendileri için değil, bizzat çocuğun çıkarları

¹³ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Hayrunnisa Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, 2013/3, s.81-105.

için kullanılmalı ve öngörülü bir yönetici gibi davranmak durumundadırlar. Zira onlar çocuğun mallarını geri verirlerken TMK 363/I'e göre vekil gibi sorumlu olacaklardır.

İşte ana ve babanın çocuğun mallarını yönetmekte özensiz davranmaları durumunda hakim, TMK 352/II uyarınca müdahalede bulunabilir. Diğer taraftan hâkim, TMK 360'a göre malların korunması için uygun önlemlerin alınmasına da karar verebilir. Esas itibarıyla kanun koyucu malların yönetimi konusunda ana ve babanın yükümlülüklerini savaştırmaları için ciddi yaptırımlar öngörmektedir. Yalnız bunun için velinin özensiz davranıldığı açık olarak ortaya koyulabilmelidir.¹⁴

MK 360/II'ye göre hakim, ana ve babaya çocuğun mallarının yönetilmesi bakımından ana ve babaya talimat verebilir, belirli zamanlarda verilen bilgi ve hesabı yeterli görmediği takdirde çocuğun mallarının bir yere tevdi edilmesine veya ana ve babanın güvence göstermelerine hükmedebilir. Bu hallerde ana ve babanın çocuğun malları üzerindeki yönetim hakkı yine devam edecektir.

Eğer alınan bu önlemlerle tam olarak bir sonuç alınamıyorsa, TMK 361/I uyarınca çocuğun mallarının yönetiminin bir kayyıma devredilmesine karar verilebilir. TMK 360 çerçevesinde alınan önlemlerden farklı olarak, bu durumda ana ve babanın çocuğun malları üzerindeki yönetim hakkı sona erecektir. Diğer taraftan TMK 361/II hükmü de, çocuğun yönetimi ana ve babaya ait olmayan serbest mallar tehlikeye düştüğünde bu malların yönetiminin kayyıma devredilebilmesine imkan vermektedir. Aynı şekilde, TMK 361/III'de de çocuk mallarının gelirlerinin veya bu mallardan ayrılmış belirli miktarların kanuna uygun şekilde sarf edileceğinden kuşku duyulması halinde bunların yönetiminin de kayyıma bırakılabilmesine imkan tanınmıştır. Her bir olasılıkta malların yönetiminin kayyıma bırakılması, diğer önlemlerle bir sonuç alınamadığında başvurulması gereken bir yaptırımdır.

Malvarlığının korunmasıyla ilgili olarak hükmedilen bu önlemlerin alınmasına sebep olan şartlarda değişiklik olursa, alınan önlemlerin de TMK 351/I uyarınca

¹⁴ Nitekim bu konuda bkz. Yarg. 2. HD., 29.03.2011 T., E. 17939, K. 5497 sayılı kararında bu husus açık olarak belirtilmiştir: "Ana ve baba, çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermezlerse, hakim, malların korunması için uygun önlemleri alır (TMK m. 360, Tüzük m. 4/2). Bu önlemlerin neler olduğu Türk Medeni Kanunu'nun 360/2. ve 361. maddelerinde gösterilmiştir. / Bu yasal düzenleme karşısında Aile Mahkemesince yapılacak iş; sağ kalan eşi çağırarak; bir süre belirleyerek belirleyeceği bu süre içinde, sağ kalan eşten çocuğun, varsa malvarlığını gösteren bir defter vermesini istemek ve bu malvarlığında veya yapılacak yatırımlarda ileride gerçekleşecek önemli değişiklikleri de bildirmesi için uyardıktan ibarettir. Türk Medeni Kanunu'nun 352/2. ve Tüzüğün 4/2. maddesi koşulları bulunmadıkça; başka bir ifade ile, ana ve babanın çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermemeleri durumu mevcut olmadıkça; hakim, çocuk mallarının korunması konusunda ana ve babanın yönetme hakkına müdahale edemez ve bu sonucu doğuracak bir karar veremez. Türk Medeni Kanunu'nun 336 /son maddesi gereğince, velayet hakkına sahip olan annenin çocuğun mallarını yönetmekte yeterli özeni göstermediği iddia ve ispat edilmemişken; annenin kanundan doğan yönetim hakkını sınırlayacak müdahale niteliğinde yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (www.kazanci.com)

yeni şartlara uydurulması gerekir. önlem kendiliğinden sona ermez, yeniden hakim kararı alınması gerekir. Buna karşılık velayetin kaldırılması kararı verildiğinde ise, alınan önlem kendiliğinden sona erecektir.

C. Son Çare: Velayetin Kaldırılması

Velayetin kötüye kullanılması halinde çocuğu korumak üzere alınabilecek en radikal önlem, bir başka deyişle başvurulabilecek son çare TMK 348-349 hükümleri uyarınca velayetin kaldırılmasıdır. Bu kararı vermeye yetkili mahkeme, 4787 sayılı kanunun 4. maddesi uyarınca aile mahkemesidir.

Ancak velayet durup dururken ana ve babanın elinden alınamaz. Bu konudaki genel nitelikli hüküm olan TMK 348'e göre velayetin kaldırılabilmesi için ya ana ve babanın deneyimsizlikleri, hastalıkları, başka yerde bulunmaları veya benzeri sebeplerle velayeti sorumluluk bilinci içinde yürütmekten aciz olmaları, ya çocuğa karşı gerekli ilgiyi göstermeyerek görevlerini ağır biçimde ihmal etmeleri ya da çocuğa karşı nüfuzlarını kötüye kullanmış olmaları gerekir. Örneğin anne ve babanın uygunsuz yaşam tarzı, velayetten doğan görevlerini ihmal etmesi veya suç işlemesi velayetin kaldırılmasını gerektirebilir.¹⁵ Yargıtay'ın bir kararında, tek başına velayet hakkına sahip olan annenin birlikte yaşadığı kişinin çocuğu cinsel istismarına göz yumması ve dolayısıyla çocuğa karşı yükümlülüklerini ağır şekilde savsaklaması nedeniyle velayetin kaldırılmasına hükmedilmiştir.¹⁶

Velayetin kaldırılması bazı durumlarda varolan velayet durumunun değiştirilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Örnek olarak sadece annede olan velayetin daha sonra sadece babaya verilmesi karar verilebilecektir. Velayetin değiştirilmesinde id-

¹⁵ Bkz. Yarg. 2. HD. T. 21.03.2013, E. 4373, K. 7946, Yarg. 2. HD. T. 15.04.2013, E. 6570, K. 10507, Yarg. 2. HD., T. 21.12.2010, E. 18266, K. 21610. (www.kazanci.com)

¹⁶ "Küçük Ece 25.3.1997 doğumlu olup anne ve babasının boşanması sonucu yaşamın küçüklüğü nedeniyle velayeti annesine verilmiştir. Babası "Atipik Psikoz" tanısıyla Medeni Kanununun 355. maddesi uyarınca 7.3.2000 tarihinde vesayet altına alınmıştır. Tüm dosya kapsamından özellikle hazırlık evrakındaki davalı ile Abdullah Y.'in ifadelerinden ; davalı ile Abdullah isimli evli ve çocuklu şahsın 1999 yılından beri evlilik dışı birlikte yaşadıkları anlaşılmaktadır. Küçük Ece İstanbul Üniversitesi, İstanbul Tıp Fakültesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı Başkanlığına bağlı poliklinikte tetkik ve takibinin yapıldığı dönemde görüşmeyi yapan doktora annesinin birlikte yaşadığı şahsın kendisine karşı uygunsuz davranışlarını anlatmıştır. Uzman doktorların 13.6.2002 tarihli raporlarında da; (Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Ruh Sağlığı Hastalıkları Anabilim Dalına ait) çocuğun bireysel psikiyatrik değerlendirilmesinde istismara ait ifadesinin olduğu 8 ay önceki psikiyatrik değerlendirme ve tanının önem kazandığı ifade edilmiştir. Toplanan delillerle; velayeti elinde bulunduran annenin çocuğa karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığı, olayda velayetin kaldırılması koşullarının gerçekleştiği (TMK. md. 348) anlaşılmaktadır. Davalı anneden velayetin kaldırılarak çocuğa vasi tayini için ihbarda bulunulması gerekirken yazılı şekilde davanın reddi doğru değildir." (Yarg. 2. HD., 03.03.2003 T., E. 1468, K. 2770) (www.kazanci.com)

rak çağındaki çocuğun fikri de özellikle dikkate alınır.¹⁷ Bununla birlikte, velayetin değiştirilmesinde idrak çağındaki çocuğun dinlenilmesi esas olsa da, çocuğun fikri kendisine zarar verici nitelikteyse hakim bunu dikkate de almayabilir, zira velayet kamu düzenidir, kaldı ki bu yaklaşım Çocuk Haklarına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 6/b ile uyumludur.¹⁸

Küçük yaştaki çocukların ise velayetlerinin anneye verilmesi esastır.¹⁹ Ne var ki anne velayetin gereklerini yerine getiremeyecek durumdaysa, çocuğun yararı üstün tutularak farklı bir çözümleme yapılması yoluna gidilmesi esas olmalıdır.²⁰ Nitekim, çocuk, küçük olsa bile velayetinin babaya verilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır.²¹

¹⁷ Bkz. Yarg. 2. HD. T. 09.09.2013 T., E. 939, K. 20212, Yarg. 25.09.2013 T., E. 2773, K. 21832, Yarg. 2. HD., T. 01.07.2008, E. 6259, K. 9740. (www.kazanci.com)

¹⁸ “Davacı baba tarafından açılan velayetin değiştirilmesi davası sonucu mahkemece, sosyal inceleme raporunda küçüklerin anne ile yaşamak istedikleri belirtilip, küçüklerin talepleri de dikkate alınarak, davanın reddine karar verilmiştir. Ne var ki; velayet, kamu düzenine ilişkindir ve velayet düzenlenmesinde aslan küçüküğün menfaati- dir. Küçükler, temyiz aşamasında verdikleri dilekçe ile babalarının yanında kalmak istediklerini beyan etmişler, davalının annesi de, kızının uygunsuz bir yaşam şekli olduğunu belirtmiştir. Mahkemece, küçüklerin velayet konusunda beyanları alınmış, temyiz aşamasında dosyaya sunulan belgeler de dikkate alınarak bir karar verilerek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” (Yarg. 2. HD., T. 04.12.2014, E. 25804, K. 24658) (www.kazanci.com)

¹⁹ “Dava velayetin değiştirilmesi veya müşterek çocukla kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi talebine ilişkindir. Taraflar Kuşadası Asliye Hukuk (Aile) Mahkemesinin 12.06.2007 tarihinde kesinleşen boşanma ilamıyla anlaşmalı olarak boşanmışlar, anlaşma uyarınca velayet davalı anneye verilmiş, davacı baba ile müşterek çocuk arasında kişisel ilişki düzenlenmiştir. Müşterek çocuk Can 17.1.2005 doğumlu olup, ana bakım ve şefkatine muhtaçtır. Davalı annenin çocuğa karşı velayet görevini savsakladığına, gereken ilgiyi göstermediğine ve davacı babanın müşterek çocukla kişisel ilişkisini engellediğine ilişkin dosya kapsamında yeterli delil de bulunmamaktadır. Toplanan deliller, velayetin değiştirilmesi şartlarının oluştuğunu kabule yeterlilikte bulunmamaktadır. Velayet sahibi annenin yeniden evlenmesi, tek başına velayetin değiştirilmesini gerektirmez. Gerçekleşen bu durum karşısında davalının velayetin değiştirilmesine yönelik talebin reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.” (Yarg. 2. HD., T. 13.01.2014, E. 13402, K. 1) (www.kazanci.com)

²⁰ “Davacı kadın 2006 doğumlu Buse adlı ortak çocuğun velayetinin bakacak ekonomik gücü olmadığını belirterek, davalı babaya verilmesini istemiş, bu istemi duruşmada yinelenmiştir. Çocuğun dava aşamasında davalı baba yanında kaldığı, babaanne tarafından bakıldığı anlaşılmaktadır. Durum böyleyken, mahkemece 4787 Sayılı Aile Mahkemeleri Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5. maddesi gözetilerek bir uzman inceleme incelemesine baş vurmadan sadece anne ilgisine muhtaç olacak yaşta olduğundan söz edilerek çocuğun velayetinin istemi dışında davacı anneye verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.” (Yarg. 2. HD., 16.11.2011 T., E. 18862, K. 18702) (www.kazanci.com)

²¹ “Taraflar anlaşmalı boşanmışlardır. O tarihte çocuklar çok küçük olup, anne şefkatine daha fazla muhtaç oldukları halde, davacı kadın çocukların velayetini almamış, davalı babaya bırakmıştır. Baba, çocuklara karşı hem babalık görevini, hem de annenin vereceği şefkati vermeye çalışmış, bunda da muvaffak olmuş ve çocukları sırasıyla 10 ve 11 yaşlarına getirmiştir. Davacı babanın ikinci eşi de, bu hususta davacıya yardımcı olmuştur. Davacı anne ise, uzunca bir süre çocukları görmeye bile gitmemiş, ihtiyaçları ile hiç ilgilenmemiştir. Çocuklar büyüdükten sonra, yasanın aradığı hiçbir neden yokken velayetin babadan alınmasına karar verilmesinin büyük bir haksızlık olacağı açıktır. Kaldı ki, davacı kadının imkanları davalı babadan daha fazla değildir ve çocuklara babadan daha fazla vereceği bir şey de yoktur. Diverme kararındaki açıklamaların ak-

Boşanma davasında velayetin eşlerden hangisine verileceğinin tespitinde hangi tarafın çocuğu daha iyi yetiştireceği, rahat ettireceği, ona daha iyi bakacağı hususlarına dikkat edilir, yoksa eşlerin boşanma davasının açılmasında kusurlu olmaları bir önem taşımaz.²² TMK'daki en büyük eksiklerden biri henüz evlenmemiş veya ayrılmış ana babanın ortak velayetine olanak tanınmamasıdır.²³ Kaldı ki, ortak velayet söz konusu olmasa bile veli olmayan ana veya babanın en azından çocuğun gelişimi açısından önemli konularda bilgilenme ve görüş bildirme hakkının bulunması gerekir.

Bir de daha özel nitelikteki TMK 349 hükmü uyarınca velayet kaldırılabilir. Bunun için eşlerden birinin daha önceki evliliğinden veya evlilik dışı ilişkisinden doğan çocuğunun, diğer eş tarafından benimsenmemesi ve bu eşin ona karşı horlayıcı, dışlayıcı, haksız olarak nitelendirilebilecek olan tavrına karşı özel olarak korunması haklı olarak görülebilmelidir. Yoksa normal şartlarda çocuğun ana veya babasının yeniden evlenmesi velayetin kendiliğinden kaldırılmasını gerektirmez.²⁴ Her iki hükmün kapsamına giren durumda da velayet ana ve babadan alınır, TMK 348/II / TMK 349 c.2 uyarınca çocuğu koruma görevi atanan vasiye verilir. Diğer taraftan istisnai olarak velayetin ana ve babadan sadece birinin elinden alınması da söz konusu olabilir. Bu durumda velayet hakları ve yükümleri kalan kişiye (duruma göre sadece anaya veya sadece babaya) ait olur.

Velayetin kaldırılmasına ilişkin kararlar, aksi belirtilmedikçe doğmuş ve doğacak bütün çocukları kapsamaktadır. (Bkz. TMK 348/III)

Öte yandan velayetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalkacak olursa, hakim kendiliğinden veya ana veya babanın talepte bulunması üzerine onlara geri verecektir (Bkz. TMK 351/II)

II. Vesayet Hükümlerine Dayalı Koruma

Çocuk bakımından aslanan velayettir. Ancak velayet altında bulunmayan her çocuk vesayet altına alınır. Buna göre, çocuğun anne ve babasının her ikisinin de

sine, dosya kapsamı gözetildiğinde, bozma ilamında yazılan gerekçelerde Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bir yön bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, bozma kapsamı dosya içeriğine uygundur." (Yarg. HGK, 17.09.2008 T., E. 2-557, K. 546) (www.kazanci.com)

²² Yarg. 2. HD., 06.03.1962 tarihli ve E. 646, K. 1497 sayılı kararında davalı ananın zinası sabit olduğu halde, babanın içinde bulunduğu kötü durum ve çocukların yaşlarının küçük olması gözetilerek velayet anaya verilmiştir. Yine benzer başka bir kararda, annenin genelevde çalışması doğrudan onun kötü bir anne olacağına işaret etmeyebileceği vurgulanmıştır. Tabii bunun için annenin çocuğu bu yaşantının tamamen dışında tutabiliyor olması lazımdır, önemli olan yegane husus çocuğun yararının üstünlüğüdür. (Bkz. Yarg. 2. HD., 05.07.1995 T., E. 6964, K. 7868) (Bu kararlar için bkz. **Akıntürk/Karaman**, s. 310-311)

²³ Bu konudaki eleştiriler için bkz. **Serozan**, a.g.m., s. 511.

²⁴ Bu konuda ayrıca bkz. Yarg. 2. HD., 20.04.1973 T., E. 2754, K. 2632. (www.kazanci.com)

öldüğü veya kimliklerinin bilinmediği hallerde (yani çocuğun terkedilmesi durumunda), çocuğun ana ve babasının haklarında gaiplik veya kısıtlama kararı verilmesi veya velayet görevlerini gereği gibi yapmaması nedeniyle velayetin ana ve babanın her ikisinden de kaldırılması hallerinde çocuğa vasi atanır.²⁵ Vesayet özellikle aile içinde şiddet gören çocuklar bakımından önemli bir koruma sağlamaktadır.

Velayet kendisine ait olan ana veya babanın ölmesi halinde, velayet kendiliğinden diğerine geçmez. Bu durumda ancak gerekirse çocuğa vasi atanır. Evlat edinilen çocuk da evlat edinenin ölmesi, evlatlık sözleşmesinin kaldırılması veya velayetin kaldırılması halinde kendiliğinden ana – babasının velayeti altına girmez. Yine bu durumda da gerekirse çocuğa vasi atanır.

Vasi, bu görevi yapabilecek yetenekte olan ve vesayet makamı tarafından atanan ergin bir kişidir (TMK 413). Çocuğa vasi atanırken, kişinin özel olarak çocuğa vasi olmaya elverişli olup olmadığına bakılır, bir başka deyişle vasinin çocuk ile kişisel ilişkileri önem taşır. Bu nedenledir ki, haklı sebepler engel olmadıkça, vesayet makamı, öncelikle çocuğun yakın hısımlarından birini vasi olarak atar. Hatta bu noktada çocuğun ya da ana veya babasının isteklerinin dinlenmesi de önemlidir.

Vasi, çocuğun kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatleri korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür. Vasi, görevini yürütürken gerekli özeni göstermelidir. Ayrıca çocuk vasinin kendisi adına yapacağı işlemlerde görüş bildirecek yaşta ise, vasi karar vermeden önce çocuğa gerekli her türlü noktada bilgi vermeli ve onun görüşlerini de dinlemelidir.²⁶

Vasi, görevini yürütürken belirli zamanlarda ve herhalde yılda bir defa vesayet makamına yani sulh hukuk mahkemesine rapor ve hesap vermekle de yükümlüdür. Ayrıca, vasinin bütün eylemlerine ve işlemlerine karşı ayırt etme gücüne sahip çocuk ve diğer ilgililerin vesayet makamına itiraz da bulunma hakları vardır.

Vasinin çocuğun malvarlığına ilişkin hususlarda defter tutması da zorunludur. Vasinin, vesayet altındaki küçük adına kefil olması, vakıf kurması ve önemli bağışlamalarda bulunması yasaktır. Öte yandan, bazı işlemler bakımından ise vasinin vesayet makamından izin alması gerekmektedir. Bu işlemler, taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynı hak kurulması, olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları dışında kalan taşınır veya diğer hak ve değerlerin alımı, satımı, devri ve rehnedilmesi, olağan yönetim sınırlarını aşan yapı işleri, ödünç verme ve alma, kam-

²⁵ Vesayete ilişkin bkz. Akıntürk/ Karaman, s. 469 vd.; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 393 vd.; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 169 vd., Kılıçoğlu, s. 695 vd., Öztan, s. 1257 vd.

²⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Gülçin Elçin Grassinger, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt I, XII Levha, İstanbul, 2010, s.823-846.

biyo taahhüdü altına girme, bir yıl veya daha uzun süreli ürün ve üç yıl veya daha uzun süreli taşınmaz kirası sözleşmeleri yapılması, vesayet altındaki küçüğün bir sanat veya meslekle uğraşması, acele hallerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordota yapılması, mal rejimi sözleşmeleri, mirasın paylaşılması ve miras payının devri sözleşmeleri yapılması, borç ödemededen aciz beyanı, hayat sigortası yapılması ve çiraklık sözleşmesi yapılmasıdır.

Hatta bazı hallerde vasinin tek başına hareket etmesi yeterli görülmemiş, vesayet makamının ve hatta denetim makamının da izni aranmıştır. Bu haller, bir işletmenin devralınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi veya önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması, ömür boyu aylık veya gelir bağlama veya ölüncüye kadar bakma sözleşmeleri yapılması, mirasın kabulü, reddi veya miras sözleşmesi yapılması ve küçüğün vasi ile sözleşme yapması olarak sayılmıştır.

Vasi çocuğun bakımı ve eğitimi için gereken önlemleri kişisel özen göstererek almakla da yükümlüdür. Bu kapsamda vasi ana ve babanın yetkilerine sahiptir. Öte yandan, çocuğun bakımına ilişkin masraflar, kural olarak çocuğun ana-babası tarafından karşılanacaktır. Ancak zorunlu durumlarda, bu masraflar için çocuğun malvarlığına da başvurulması mümkündür. Bunun da olanaklı olmaması halinde, masraflar çocuğun nafaka yükümlüsü akrabalarından talep edilir. Son çare olarak masrafları bizzat devlet karşılar.

Yine çocuğun kişilik değerlerini ilgilendiren, çocuğun bir eğitim, bakım veya sağlık kurumuna yerleştirilmesi ve yerleşim yerinin değiştirilmesi bakımından vesayet makamının izni aranmaktadır (TMK 462). Vesayet altındaki çocuğun evlat edinilmesi, vatandaşlığa girmesi veya vatandaşlıktan çıkması ve ergin kılınması bakımından ise vesayet makamının yanı sıra denetim makamının da izni aranmıştır (TMK 463).

Vesayet makamı, eğer vasinin olağan veya şikayet üzerine denetimi sırasında haklı bir sebep görürse, vasiyi görevden alabilir. Şöyle ki vasi,

- görevini ağır surette savsaklarsa yani kendi kusuruyla görevinin gerektirdiği özeni göstermezse, veya
- vasilik yetkilerini bu görevin amaçları ile örtüşmeyecek şekilde yarar sağlamak amacıyla kötüye kullanırsa, veya
- vesayeti altındaki çocuk ile veya vesayet makamı ile arasındaki güven ilişkisini ağır şekilde sarsıcı davranışlarda bulunursa, veya
- vesayet altındaki çocuğun menfaatlerini optimal düzeyde korumayı azaltacak yetersizliklere sahipse,

vesayet makamı (sulh hukuk mahkemesi) vasiyi görevden alabilir. Vesayet makamının kararlarına karşı itiraz denetim makamına yani asliye hukuk mahkemesine yapılabilir.

III. Kişilik Haklarının Korunması Hükümlerine Dayalı Koruma

Kişilik haklarının korunması TMK 23 ve 24'te düzenlenmektedir. Bu hükümler kapsamında, Medeni Kanun, kişiliği gerek hukuki işlem (MK 23) gerekse de haksız fiil (MK 24) yoluyla yapılacak saldırılara karşı korumuştur.

MK 23'ün amacı, kişilerin serbest iradeleriyle düzenleyebilecekleri hukuki işlemlerin sınırını çizmektir. Kuralın üç farklı noktada tipikleşen bir etkisinin olduğu söylenebilir:

- Bu bağlamda bir defa kişiler, yapacakları hukuki işlemlerle hak ve/veya fiil ehliyetlerinden kısmen veya tamamen vazgeçemezler. Örnek olarak bir kişi hiçbir zaman belirli türde bir malı almayacağını bir başkasına taahhüt etmişse, bu taahhüt kesin hükümsüzdür, etki doğurmaz.
- Yine aynı hüküm kapsamında kişi ekonomik özgürlüğünden de vazgeçemez, söz gelimi bir kişiye kölelik etmeyi taahhüt edemez. Bununla birlikte kişi, ekonomik özgürlüğünü makul düzeyde kişisel faaliyeti çerçevesinde tarafı olacağı sözleşmelerde altına girdiği borçlarla kısıtlayabilir. Tabii, bu kısıtlamalar ancak hukuka veya ahlaka aykırı olmadıkları suretle geçerli olacaktır. Örnek olarak bir kişinin bir başkasına bağlı olarak çalışmayı taahhüt etmesi diğer bir deyişle bir hizmet sözleşmesi çerçevesinde diğerinin işçisi olarak çalışmayı taahhüt etmesine herhangi bir engel yoktur. Ne var ki bu sözleşmenin çok uzun bir süre için akdedildiği olasılıklarda, mesela 20-30 yıl gibi bir süre için kararlaştırılmada bulunulduysa, burada aşırı bir özgürlük kısıtlamasının olduğu söylenebilir.²⁷
- Kişi, özgürlüğü dışındaki kişiliğinin parçasını oluşturan vücut tamlığı üzerinde de kişilik haklarına aykırılık teşkil edecek tasarruflarda bulunamaz.

²⁷ Bilindiği üzere kural olarak süreli sözleşmelerde sözleşme süresinden önce ancak haklı sebeple fesih yoluyla bir sona erdirilebilir ve fakat olağan sebeple fesih yolu kapalı tutulmuştur. Kanun, konu hizmet sözleşmesi olduğunda ise özel bir düzenleme yapma yolunu seçmiş, eBK 343'e göre 10 yıldan fazla süreli yapılan hizmet sözleşmelerinde işçiye sözleşmeyi serbestçe (olağan) feshedebilme imkanını tanımıştır. Diğer sözleşmeler özelinde de, eğer sözleşme bu şekilde çok uzunsa, kişi özgürlüğünün aşırı kısıtlanmasının ahlaka aykırılığa yol açtığı iddia edilebilecektir. Yalnız tabii bunun için salt sözleşme süresinin uzun olması tek başına yeterli değildir, bundan başka sözleşmenin bu haliyle taraflardan biri için ekonomik özgürlüğün devri anlamına gelmesi, bu tarafın diğerinin keyfine tabi bir duruma sokulması ve bu şekilde sözleşme özgürlüğünün özünü tehlikeye girmesi gerekir. Kanunun hizmet sözleşmesinde işçiye bu tarzda serbest bir fesih hakkı tanınması ise, özel olarak işçinin menfaatleri gözetilerek düşünülmüş, kesin hükümsüzlük gibi herkes tarafından ileri sürülebilecek veya hakim tarafından re'sen nazara alınabilecek bir yaptırım yerine, işçinin iradesine dayalı kullanılabileceği bir hukuki imkan sağlanmıştır. Bu şekilde işçiye kendi kararını kendisi verme şansı tanınmıştır.

Vücut bütünlüğüne yapılabilecek müdahaleler ancak kişinin sağlığının korunması gerekçesi ile kabul edilebilecektir.

MK 24 ise, kişiliği hukuka aykırı saldırılara ve müdahalelere karşı korur. Hukuka aykırılıktan kasıt, kişinin mutlak nitelik taşıyan kişilik haklarının ihlal edilmesidir. Kişinin hayatı, sağlığı, vücut tamlığı, şeref ve haysiyeti, resmi, sesi, özel hayatının gizliliği, sırları vb. değerler, çerçeve hak niteliğindeki kişilik haklarının kapsamında kabul edilir ve meydana gelebilecek saldırılara karşı korunur.

Diğer taraftan bazı durumlarda, yapılan müdahalenin hukuka aykırılığını kaldırın unsurlar da söz konusu olabilir. Bu durumda müdahale hukuka uygun sayılacaktır. Hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığını iddia eden kişi bunları kendisi ispatlamakla yükümlüdür. Hukuka uygunluk sebepleri şöylece sayılabilir: Mağdurun rızası, üstün nitelikte özel yarar, üstün nitelikte kamusal yarar, kanunun verdiği yetki.

Kişilik haklarına hukuka aykırı bir saldırı söz konusu olduğunda saldırının durdurulması için bir dava açılabilir. Bu davanın açılabilir olması saldırının devam ediyor olmasına bağlıdır. Saldırı sona erdiği halde etkisi hala devam ediyorsa, bu durumda saldırıya son verilmesi davası açılmaz, açılacak dava saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasıdır. Yalnız aradan çok zaman geçmiş ve artık herhangi bir etkinin bahsedilemiyorsa bu dava açılmaz. Son olarak saldırı henüz gerçekleşmemiş ve fakat yakın gelecekte ciddi şekilde gerçekleşme tehlikesi bulunuyorsa, bu durumda saldırının önlenmesi davasının açılması gerekecektir. Bu tehlike varlığını sürdürdükçe dava açılabilecektir. Söz konusu dava neticesinde hakim davalıyı saldırı teşkil edebilecek davranıştan kaçınmaya mahkum edecektir. Yalnız bu kararın dengeli ve adil olması şarttır: Hem davacının davayı açmaktaki amacına uygun şekilde hizmet etmeli, hem de davalının özgürlüğünü aşırı şekilde kısıtlayıcı bir nitelikte olmamalıdır.

Bu davaların açılması için kişilik haklarına yönelen saldırının hukuka aykırı olması yeterlidir. Ayrıca saldırıda bulunanın veya bulunma tehlikesi olanın kusurlu bulunmasına gerek yoktur. Bunların yanı sıra, maddi ve manevi tazminat ile gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı menfaat devrinin talep edilmesi de mümkündür.

IV. Ehliyet Hükümlerine Dayalı Koruma

Çocuk, ayırt etme gücüne sahip olup olmamasına göre tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsizlerin tabi olacakları hukuki işlem rejiminden birine tabi olacaktır. Tam ehliyetsizlerin tek başlarına işlem yapabilmesi mümkün değildir. Bunların işlemlerini zorunlu olarak yasal temsilcileri gerçekleştirecektir.

Sınırlı ehliyetsizlerin yapabilecekleri işlemler ise üç farklı kategoride değerlendirilir. İlk kategoride sınırlı ehliyetsizin veya yasal temsilcisinin hiçbir şekilde yapamayacağı yasak işlemler bulunur. (bkz. TMK 449) İkinci kategoride sınırlı eh-

liyetsizin tek başına yasal temsilcisinin rızası aranmaksızın yapabileceği işlemler yer almaktadır. Bu kategoride yer alan işlemler şöyle sıralanabilir: Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması, karşılıksız kazandırma lehdarı olunması, bir başkasının temsilcisi olarak hareket edilmesi, özel kanun normlarıyla ehliyetin genişletildiği haller (bkz. TMK 357/II, 358, 359, 453, 455) Son ve en geniş işlem kategorisi ise, sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin rızasını (önceden iznini veya sonradan onayını) alarak yapabildiği işlemler oluşturmaktadır. (Bkz. TMK 342, 448)

Diğer taraftan, özel bir noktaya daha temas edilmesi gerekebilir: Gerek çocuk ile ana-babası arasındaki işlemlerin, gerekse de çocuk ve üçüncü kişiler arasındaki ana-baba lehine olarak yapılan işlemlerin geçerli olabilmesi için, TMK 345 uyarınca işleme bir kayyımın da katılması ve işlemin hakim onayına (aile mahkemesi hakimi) sunulması gerekir. Bunun tek istisnası, yapılan işlemin çocuğa sadece yarar sağladığı, onu borç altına sokmadığı durumlar bakımındandır. İlgili durumlarda kayyımın katılmasına ve hakim onaylamasına ihtiyaç olmaksızın işlem geçerlidir.

V. Özel Kanunlarda Öngörülen Korumalar

Türk Medeni Kanununun yanı sıra çocuğun özel hukuk eliyle korunmasına ilişkin Çocuk Koruma Kanunu²⁸ ile Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunda²⁹ da çocuğun korunmasına ilişkin bazı özel düzenlemeler getirilmiştir.

Çocuk Koruma Kanununun 5. maddesinde çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya ressen çocuk hâkimi tarafından alınabilecek koruyucu ve destekleyici tedbirler ana hatlarıyla düzenlemiştir. Buna göre, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında tedbir alınması mümkündür. Buna göre, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol gösterilmesi (danışmanlık), çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine (eğitim), çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi halinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine (bakım), çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya

²⁸ 15.7.2005 tarihli ve 25876 sayılı Resmi Gazete.

²⁹ 20.3.2012 tarihli ve 28239 sayılı Resmi Gazete.

sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına (sağlık) ve barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya (barınma) yönelik tedbirlerin alınmasına hakim tarafından karar verilebilir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, Çocuk Koruma Kanunu bu tedbirlerden sadece ana hatlarıyla bahsetmektedir, tedbirlerin kapsamı uygulamaya bırakılmıştır.

Aynı şekilde, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 5. maddesi uyarınca aile içinde çocuğa şiddet uygulayanlarla ilgili olarak hakim, şiddet uygulayanların çocuğa yönelik şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasına, müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılmasına, çocuğun yaşadığı konuta veya okuluna yaklaşmamasına, kişisel ilişki kırma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılmasına, sınırlanmasına ya da tümüyle kaldırılmasına karar verebilir. Öte yandan, çocuğun ananın şiddete karşı korunmasına ilişkin hükümlerden de yararlanacağı şüphesizdir.

SONUÇ

Çocuğun özel hukuk kurallarıyla korunmasında Türk Medeni Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu ve Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun hükümleri önem arz etmektedir. Bu düzenlemelerin hepsinde çocuğu korumaya yönelik düzenlemelere yer verilmektedir. Ancak düzenlemeleri bir arada değerlendirdiğimizde, bu düzenlemeler bir bütünlük arz etmemektedir ve eksiktir. Esasen en uygunu özel kanunlar ile getirilen özel hukuk düzenlemelerin olabildiğince Türk Medeni Kanunu'nda yer bulmasıdır.

Öte yandan, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan velayet ve vesayete ilişkin düzenlemelerin de BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ile Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesi ışığında yeniden ele alınması ve özellikle çocuğun kendisini ilgilendiren konularda, ulaştığı olgunluğa göre görüş bildirme veya rıza gösterme hakları ile çocuğun yararının önceliği ilkesinin daha ön plana çıkarılması ve uygulanabilir kurallar olarak Türk hukukunda somutlaştırılması gerekir.

KAYNAKÇA

- Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman**, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Beta, İstanbul, 2014.
- Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz, İstanbul, 2014.
- Gülçin Elçin Grassinger**, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması için Alınacak Tedbirler, XII Levha, İstanbul, 2009.
- Gülçin Elçin Grassinger**, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt I, XII Levha, İstanbul, 2010, s.823-846.
- Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk**, Aile Hukuku Ders Kitabı, Vedat, İstanbul, 2013.
- Ahmet Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, Turhan, Ankara, 2015.
- Brian Milne**, Rights of the Child, Springer, 2015.
- Hayrunnisa Özdemir**, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, 2013/3, s.81-105.
- Bilge Öztan**, Aile Hukuku, Turhan, Ankara, 2015.
- Rona Serozan**, Çocuk Hukuku, Vedat, İstanbul, 2005.
- Rona Serozan**, “Yeni Medeni Kanun’un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, Beta, İstanbul, 2003, s. 499-516.