

**VELAYETTE ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI  
İLKESİ**

**Özden ÖZER TAŞKIN**  
**Özel Hukuk Ana Bilim Dalı**  
**Yüksek Lisans Tezi**  
**Eskişehir 2006**

**VELAYETTE ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ**

**ÖZDEN ÖZER TAŞKIN**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Özel Hukuk Ana Bilim Dalı**

**Danışman: Doç. Dr. Nuri Erişgin**

**Eskişehir**

**Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**

**Ağustos, 2006**

**YÜKSEK LİSANS TEZ ÖZÜ**  
**VELAYETTE ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ**  
**Özden Özer Taşkın**  
**Özel Hukuk Ana Bilim Dalı**  
**Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ağustos 2006**  
**Danışman: Doç. Dr. Nuri Erişgin**

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin genel ilkelerinden biri olan "Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi", çocuk hukukunun en temel ilkesidir. İlkeyi düzenleyen Sözleşmenin 3. maddesine göre, çocuğu ilgilendiren her durumda ve her kararda mutlaka çocuk için mümkün olan en iyi çözüm tercih edilmelidir.

Çocuğun yüksek yararı ilkesinin önemi, Sözleşmenin çocuğun yararının her zaman korunması ve üstün tutulması gerektiği yönündeki anlayışını yansıtmaması ve Sözleşmede yer alan hakların gerçeğe dönüşebilmesi için bir kılavuz olmasıdır.

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, çocuk hukukunun hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanını ilgilendirmektedir; ancak doktrinde en çok tartışıldığı alan, ana baba çocuk arasındaki velayet ilişkisidir. Velayet, çocuğun kişi varlığının ve malvarlığının korunması, onun temsil edilmesi konusunda ana babaya görevler yükleyen ve bunların en iyi biçimde yerine getirilmesi için onlara yetkiler sağlayan bir kurumdur. Velayetin asıl amacı, çocuğun korunması ve onun yararının gözetilmesidir. Ana baba velayetten doğan görevlerini yerine getirirlerken, başlıca duyarlılık konuları çocuğun yararı olacaktır.

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, evlilik dışı ana baba çocuk ilişkilerinde de uygulama alanı bulmaktadır. Özellikle, velayetin taraflardan birine verilmesi ya da her iki ebeveynin velayette birlikte sahip olmaları hususlarında ilke gündeme gelmektedir.

**ABSTRACT****THE BEST INTEREST of the CHILD in PARENTAL RIGHTS and DUTIES****Özden Özer Taşkın****Department of Private Law****Anadolu University Institute of Social Sciences, August 2006****Supervisor: Assoc. Prof. Nuri Erişgin**

“The Best Interest of the Child Principle”, which is one of the general provisions of United Nations Convention on the Right of the Child, is the most important principle of children law. Best interest principle recognized in Article 3(1) of the Convention and provides that in all actions and decisions concerning children, the best interests of the child shall be a primary consideration.

The importance of the best interest principle is that it reflects the understanding of the Convention that the interest of the child shall be protected and considered as primary. Moreover the principle is a key to implement the other rights of the Convention.

The best interest of the child principle is related both with the public and the private law of children law. However, it is argued mostly in parental responsibility. The parents have the duties to protect the individuality and the assets of the child and to represent the child. To achieve the duties parents have also rights. The aim of the parental responsibility is to protect the child and the interests of the child. During the exercising parental responsibility, the parent shall consider the interest of the child first.

The best interest of the child principle is also applied in the relation, which is out of the marriage union, between parents and child. Especially with regard the issue of determining the parental responsibility for the future.

**JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI**

**Özden ÖZER TAŞKIN**'ın "Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi" başlıklı tezi **07 Eylül 2006** tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, **Özel Hukuk** Anabilim Dalında yüksek lisans tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

**İmza**

Üye (Tez Danışmanı) : **Doç. Dr. Nuri ERİŞGİN** .....

Üye : **Prof. Dr. Erhan TÜRKER** .....

Üye : **Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES** .....

**Prof. Dr. Nurhan AYDIN**  
**Anadolu Üniversitesi**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü**

## İÇİNDEKİLER

ÖZ .....	ii
ABSTRACT.....	iii
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	iv
ÖZGEÇMİŞ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	vi
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ÇOCUK KAVRAMI VE ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ

1. ÇOCUK KAVRAMI .....	3
1.1. Çocukluk Kavramına Tarihsel Bir Bakış.....	3
1.2. Günlük Dilde Çocuk Kavramı.....	5
1.3. Hukukta Çocuk Kavramı .....	6
1.3.1. Türk Hukuk Sisteminde Benimsenen Çocuk Kavramı.....	7
1.3.1.1. Çocukluğun Başlangıcı.....	7
1.3.1.1.1. Tam Doğum .....	7
1.3.1.1.2. Sağ Doğum .....	7
1.3.1.2. Ceninin Durumu .....	8
1.3.1.3. Henüz Ana Rahmine Düşmemiş Olanların Hukuki Durumu .....	9
1.3.1.4. Çocukluğun Sonu .....	10
1.3.2. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çocuk Kavramı .....	12

<b>2. ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Tarihçesi.....</b>	<b>13</b>
<b>2.2. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Tanımı .....</b>	<b>18</b>
<b>2.2.1. Genel Bakış .....</b>	<b>18</b>
<b>2.2.2. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Tanımlanamazlığı .....</b>	<b>19</b>
<b>2.2.3. Çocuğun Yüksek Yararının Belirlenmesinde Dayanılacak Ölçütler..</b>	<b>20</b>
<b>2.2.3.1. Çocuğun Yararının En İyi Biçimde Korunması .....</b>	<b>21</b>
<b>2.2.3.2. Çocuk Lehine Pozitif Ayrımcılık Yapma .....</b>	<b>21</b>
<b>2.2.3.3. Konuyla İlgili Kişilerin Dinlenmesi .....</b>	<b>22</b>
<b>2.2.3.4. Çocuğun Gelecekteki Yararının da Gözetilmesi.....</b>	<b>22</b>
<b>2.2.3.5. Her Ülkenin Kendi Gerçekliğinin Göz Önüne Alınması .....</b>	<b>23</b>
<b>2.3. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Önemi.....</b>	<b>23</b>

## İKİNCİ BÖLÜM

### EVİLİK BİRLİĞİNDE VELAYET İLİŞKİNDE ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ

<b>1. VELAYET KAVRAMI .....</b>	<b>28</b>
<b>1.1. Velayetin Özellikleri.....</b>	<b>32</b>
<b>1.1.1. Çocuğun Yararına Kullanılması.....</b>	<b>32</b>
<b>1.1.2. Velayetin Bütünlüğü.....</b>	<b>34</b>
<b>1.1.3. Velayetin Geçiciliği.....</b>	<b>34</b>
<b>1.1.4. Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlılığı.....</b>	<b>35</b>
<b>1.2. Velayete Tabi Olan ve Velayet Hakkına Sahip Kişiler .....</b>	<b>35</b>
<b>1.2.1. Velayete Tabi Olanlar .....</b>	<b>35</b>

1.2.2. Velayet Hakkına Sahip Kişiler.....	36
<b>2. VELAYET HAKKININ ALANI.....</b>	<b>38</b>
2.1. Çocuğun Kişi Varlığının Korunması.....	38
2.1.1. Çocuğun Soyadı ve Adı .....	38
2.1.2. Çocuğun Vatandaşlığı .....	41
2.1.3. Çocuğun Yerleşim Yeri .....	42
2.1.4. Çocuğun Eğitimi.....	43
2.1.4.1. Genel Eğitimi.....	43
2.1.4.2. Mesleki Eğitimi.....	46
2.1.4.3. Dini Eğitimi .....	48
2.1.5. Çocuğun Görüşünün Alınması.....	51
2.1.6. Çocuğun Ana Babasının Sözü Dinleme Yükümlülüğü .....	55
2.2. Çocuğun Malvarlığının Korunması.....	58
2.2.1. Ana Babanın Çocuğun Malvarlığını Yönetmesi.....	59
2.2.2. Ana Babanın Çocuğun Malvarlığını Kullanması .....	60
2.2.3. Çocuğun Mallarının ya da Gelirlerinin Sarfı.....	61
2.2.4. Çocuğun Serbest Malları.....	62
2.3. Çocuğun Temsil Edilmesi .....	62
<b>3. VELAYETTE ÇOCUĞUN YARARINA OLMAYAN UYGULAMALARA KARŞI ÖNLEM VE YAPTIRIMLAR.....</b>	<b>65</b>
3.1. Genel Olarak .....	65
3.2. Çocuğun Kişi Varlığının Korunmasına İlişkin Önlemler.....	66
3.2.1. Genel Olarak .....	66
3.2.2. Çocuğun Yerleştirilmesi.....	70



3.2.2.1. Sebepler .....	70
3.2.2.2. Yerleştirme Kararı.....	70
2.2.2.3. Yerleştirme Kararının Sonuçları.....	72
3.3. Çocuğun Malvarlığının Korunmasına İlişkin Önlemler .....	73
3.3.1. Genel Olarak .....	73
3.3.2. Çocuk Mallarının Yönetiminin Ana ve Babadan Alınması .....	74
3.4. Velayetin Kaldırılması .....	74

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### EVLİLİK BİRLİĞİ DIŞINDA ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ

1. EVLİLİK DIŞI ANA BABA ÇOCUK İLİŞKİLERİ.....	78
1.1. Evlilik Dışı Ana Baba Çocuk İlişkilerine Yol Açan Olgular .....	78
1.1.1. Evlenmenin Butlanı .....	78
1.1.2. Boşanma.....	79
1.1.3. Evlilik Dışı Birlikte Yaşam.....	79
1.1.4. Evlilik Dışı Ana Baba ve Çocuk İlişkilerine Kıyaslanabilir Olgular.....	81
1.1.4.1. Ayrılık.....	81
1.1.4.2. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi.....	82
2. EVLİLİK DIŞI ANA BABA ÇOCUK İLİŞKİLERİ ÇERÇEVESİNDE ÇOCUĞUN YARARI İLKESİNİN UYGULANMASI.....	83
2.1. Genel Olarak .....	83
2.2. Soybağı .....	84
2.2.1. Evliliğin Butlanı ve Boşanma .....	87
2.2.2. Evlilik Dışı Birlikte Yaşam.....	88

<b>2.3. Velayetin Ana Babaya Verilmesine İlişkin Sistemler .....</b>	<b>89</b>
<b>2.3.1. Ana Babadan Birine Verilmesi .....</b>	<b>89</b>
<b>2.3.1.1. Sabit Kurallara Göre .....</b>	<b>89</b>
<b>2.3.1.2. Hakimin Takdirine Göre .....</b>	<b>90</b>
<b>2.3.2. Birlikte Velayet.....</b>	<b>91</b>
<b>3. TÜRK HUKUKUNDA BENİMSENEN SİSTEM.....</b>	<b>93</b>
<b>3.1. Genel Olarak .....</b>	<b>93</b>
<b>3.2. Özellikle Boşanmada Velayetin Verilmesinde Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Uygulanması .....</b>	<b>94</b>
<b>3.2.1. Genel Olarak .....</b>	<b>94</b>
<b>3.2.2. Aile Mahkemesi Organizasyonu .....</b>	<b>96</b>
<b>3.3.3. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Uygulanmasına Yarayan Alt Ölçütler .....</b>	<b>97</b>
<b>3.3.3.1. Çocuğun Yaşı.....</b>	<b>97</b>
<b>3.3.3.2. Çocuğun Çevresel Şartlarının ve İlişkilerinin Değiştirilmemesi.....</b>	<b>98</b>
<b>3.3.3.3. Çocuğun Görüşü .....</b>	<b>100</b>
<b>3.3.3.4. İyi Bir Aile Ortamı Sağlanması .....</b>	<b>102</b>
<b>3.3.3.5. Çocuğun Diğer Tarafla Kişisel İlişkisinin Gözetilecek Olması .....</b>	<b>103</b>
<b>3.3.3.6. Çocuğa Şahsen Bakma Olanığı.....</b>	<b>105</b>
<b>3.3.3.7. Ana Babanın Çocuğa Karşı İlgisi ve Çocuğu Eğitebilme Yetenekleri .....</b>	<b>106</b>
<b>3.3.3.8. Ana Babanın Ahlaksal Değer Yargıları ve Davranışları ....</b>	<b>107</b>
<b>3.3.3.9. Boşanmadaki Kusur.....</b>	<b>109</b>
<b>3.3.3.10. Kardeşlerin Ayrılmaması.....</b>	<b>109</b>

<b>3.3.3.11. Ana Baba Arasındaki Anlaşma .....</b>	<b>110</b>
<b>4. OLMASI GEREKEN HUKUK AÇISINDAN TÜRK HUKUKUNDA EVLİLİK DIŞI ANA BABA ÇOCUK İLİŞKİSİ.....</b>	<b>112</b>
<b>SONUÇ .....</b>	<b>114</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>120</b>

## GİRİŞ

Toplumun mutluluğu, huzuru ve geleceği; çocukluğunda, ana babasının yanında mutlu ve huzurlu, yeterli bakımı alarak büyümüş, eğitim olanaklarından yararlanarak kendini geliştirmiş, görüşlerini rahatça ifade edebildiğinden ve seçimlerini yapabildiğinden kendi bağımsız kişiliğinin farkına varabilmiş, yeteri kadar oyun oynamış yetişkinlerin çokluğuna bağlıdır. Bu nedenle, çocuğun ve çocuk haklarının korunması büyük önem taşır.

Çocuk hukukunun ana metni olan ve çocukların Magna Carta'sı olarak bilinen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin genel ilkelerinden biri olan "Çocuğun yüksek yararı ilkesi", çocuğu ilgilendiren her durumda ve her kararda, çocuğun yararının temel düşünce olacağını ifade etmektedir. İlkenin önemi, Sözleşmenin çocuğun yararının her zaman korunması ve üstün tutulması gerektiği yönündeki anlayışını yansıtmaları ve Sözleşmede yer alan hakların gerçeğe dönüşebilmesi için bir kılavuz olmasıdır.

İlke, çocuk hukukunun özel hukuk alanını ilgilendirdiği kadar kamu hukuku alanını da ilgilendirmektedir. Ancak ilkenin belki de en çok uygulama alanı bulduğu, Türk ve yabancı doktrinlerde en fazla tartışıldığı alan, aile hukukunun konusu olan velayettir.

Çalışmanın ilk bölümünü, çocuk kavramı ve çocuğun yüksek yararı ilkesi oluşturmaktadır. Burada özellikle, ilkenin tanımsızlığına rağmen Sözleşmedeki önemi vurgulanmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünü, evlilik birliğinde velayet ilişkisinde çocuğun yüksek yararı ilkesi oluşturmaktadır. Burada, velayet kavramı, özellikleri ve velayetin çocuğun kişi varlığının korunması, malvarlığının korunması, çocuğun temsil edilmesi

işlevlerinde, ilkenin önemi tartışılmakta, velayette çocuğun yararına olmayan uygulamalara karşı önlem ve yaptırımlar açıklanmaktadır.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünü ise, evlilik birliği dışında çocuğun yüksek yararı ilkesi oluşturmaktadır. Burada özellikle velayetin ana babadan birine verilmesine yönelik bir tercih yapılacaksa bu konuda çocuğun yüksek yararını belirlemeye yarayan ölçütlerden bahsedilmekte ve birlikte velayet seçeneğinin de göz ardı edilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ÇOCUK KAVRAMI VE ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ

#### 1. ÇOCUK KAVRAMI

##### 1.1. Çocukluk Kavramına Tarihsel Bir Bakış

Çocuk geçmiş zamanlardan bugüne her toplumun ilgisini çeken bir varlıktır. Toplumların sosyal ve kültürel gelişmesi, toplumdaki egemenliğin nasıl şekillendiği, çocuğa gösterilen ilginin niteliğini ve içeriğini belirlemektedir. Çocukluk kavramı bütün toplumlarda her zaman varolmuştur, yani çocukluk ile yetişkinlik arasında bir sınır olduğu kabul edilmiştir. Ancak “çocuk nedir?” sorusuna verilen yanıt, çocukları yetişkinlerden ayıran yolları belirleyen çocukluk anlayışları, toplumların sosyal, kültürel ve özellikle ekonomik gelişmesine, toplumdaki egemenlik ilişkilerine<sup>1</sup> bağlı olarak değişmiştir<sup>2</sup>. Böylece çocukluğun ne kadar sürdüğü, yetişkinler ile çocuklar arasındaki farklar ve bu farkların toplumsal yaşamdaki önemi tarihsel sürece ve toplumlara göre değişiklik göstermiştir. Bu nedenle denilmektedir ki, çocukluk insanın doğumundan

---

<sup>1</sup> Egemenliğin ailede olduğu zamanlarda aile reisinin çocuk üzerinde sınırsız egemenliği vardır. Devletin egemenlik kazanması ile, devlet aileyi kontrol etmeye başlamıştır ve çocuk aileden sakılan bir varlık haline gelmiştir. Emine Akyüz, **Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması** (Ankara: Milli Eğitim Basımevi, 2000), s. 42.

<sup>2</sup> Ali Naim İnan, **Çocuk Hukuku** (İstanbul: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No:3, 1968), s. 3.

ölümüne kadar olan yaşam sürecinde başı ve sonu belirli, evrensel bir yaşam kesiti değil, daha çok tarihsel olarak değişen kültürel bir yapıdır<sup>3</sup>.

Antik dönemde çocuklarla ilgili tutumlara ilişkin fazla bilgi bulunmamaktadır. Örneğin Eski Yunanlılar çocukluk kavramına pek fazla ilgi göstermemişlerdir. Çocuk ve genç için kullandıkları sözcükler, bebeklik ile yaşlılık arasında kalan hemen her çağı içermektedir<sup>4</sup>. Ancak eski Yunanlıların okul düşüncesini icat etmiş olmaları, gene de bir ölçüye kadar çocukluğa ilişkin bir bilinçleri olduğunu göstermektedir. Romalılar, Eski Yunanlıların okul fikirlerini takip ederek, onlardan daha üstün bir çocukluk bilinci geliştirmişlerdir<sup>5</sup>. Gerek Roma sanatında genç ve gelişkin çocuk anlayışının ortaya konulması ile gerekse eğitim tartışmalarında “çocukların, yetişkinlerin özellikle cinsel sınırlarından korunması” gerektiğinin vurgulanmasıyla çocuk ile yetişkin ayrımı yapılarak, dolaylıda olsa çocukluk tanımlanmıştır<sup>6</sup>.

Modern anlamda çocuk ve çocukluk kavramlarına Ortaçağda rastlanmamaktadır<sup>7</sup>. Ortaçağda çocukluk, çocuğun iyi bir biçimde konuşmaya başladığı, yetişkinlerin söylediği şeyleri söyleyebildiği ve söylenenleri anlayabildiği varsayılan yedi yaşında biterdi<sup>8</sup>. Ortaçağda yedi yaşında ve daha büyük olan çocuk hakkında, toplumsal yaşamda geleneksel olan, yetişkinlere ait her türlü davranışı kapasitesi ölçüsünde gerçekleştirebileceği düşünülmektedir. Ayrı bir çocukluk dünyası yoktu. Ortaçağ dünyasında eğitim düşüncesinin ve ayıp fikrinin olmaması kadar yüksek çocuk ölümü oranları nedeni ile yetişkinlerle çocuklar arasında duygusal bir bağın kurulamamış olması da çocukluk fikrinin ortaya çıkmasına engel olmuştur<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Bob Franklin, **Çocuk Hakları**. Çeviren: Alev Türker (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1993), s. 22.

<sup>4</sup> Neil Postman, **Çocukluğun Yokoluşu**. Çeviren: Kemal İnal (Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 1995), s. 16.

<sup>5</sup> Aynı, s. 16.

<sup>6</sup> Aynı, s. 16.

<sup>7</sup> Colin Heywood, **Baba Bana Top At! Batıda Çocukluğun Tarihi**. Çeviren: Esin Hoşsucu (İstanbul: Kitap Yayınevi, 2003), s. 17; Anthony Giddens, **Sosyoloji** (Ankara: Ayraç Yayınevi, 2000), s. 39.

<sup>8</sup> Postman, **a.g.e.**, s. 26; Heywood, **a.g.e.**, s. 17.

<sup>9</sup> Postman, **a.g.e.**, s. 30; Mine Tan “Çocukluk: Dün ve Bugün”, **Toplumsal Tarihte Çocuk** (İstanbul:Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1993), s. 18.

Çocukluk kavramına ilişkin düşünceler, 16. yüzyıldan itibaren gelişmeye başlamıştır. 17. yüzyılla birlikte çocukluk kavramı, çocuğun masumiyetini ve zayıflığını vurgulamıştır ve bu anlayış masum ve zayıf olan çocuğu koruma görevini yetişkinlere vermiştir<sup>10</sup>. Ancak bu çocukluk kavramına dahil edilenler orta ve üst sınıfın erkek çocukları olmuştur. Alt sınıf ailelerin kızları gibi üst sınıf ailelerin kızları da ve elbette işçi sınıfının çocukları en azından başlangıçta çocuk olarak kabul edilmemiştir<sup>11</sup>.

18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren insan, dolayısıyla çocuk, doğal olarak iyi kabul edilmiş, çocuğun ilk günahın sembolü olarak görülmeyip, kötülüğün nedeninin toplumda aranması gerektiği görüşü ortaya çıkmıştır. Düşünsel anlamdaki bu değişiklik günümüzün çocuğa bakış biçimini de etkileyen bir çocukluk anlayışının ortaya çıkmasını sağlamıştır<sup>12</sup>.

Kentleşme ve sanayileşme, ailenin rolünün ve yapısının değişmesi, insan yaşamının uzaması, ana-baba-çocuk ilişkisinde duygusal bağın oluşması gibi etkenler çocuğa ilişkin anlayışın gelişmesine katkıda bulunmuştur<sup>13</sup>. 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başları modern çocukluk anlayışının oluştuğu dönem olarak kabul edilir<sup>14</sup>. Çocukların yetişkinlerden farklı olduğunun kabulü ile çocuklar ekonomik ve toplumsal değişimlerin olumsuz etkilerinden korunmaya çalışılmıştır<sup>15</sup>. Bugün artık çocuk korunan, yetişkinlerin sorunlarından ve sorumluluklarından uzak tutulan, kendine özgü kişiliğe sahip olan bir bireydir<sup>16</sup>.

## 1.2. Günlük Dilde Çocuk Kavramı

Günlük dilde çocuk hem küçük yaştaki insan, hem de soy bakımından bir ana ve/veya babaya bağlı olan evlat anlamına gelir. Günlük dilde kullanılan çocukluk

<sup>10</sup> Franklin, **a.g.e.**, s. 24.

<sup>11</sup> **Aym**, s. 26.

<sup>12</sup> Kürşat Bumin, **Batıda Devlet ve Çocuk** (Ankara: Alan Yayıncılık, 1983), s. 7.

<sup>13</sup> Akyüz, **a.g.e.**, s. 61.

<sup>14</sup> Heywood, **a.g.e.**, s. 36.

<sup>15</sup> Akyüz, **a.g.e.**, s. 61.

<sup>16</sup> Bekir Onur, "Sunuş", **Toplumsal Tarihte Çocuk** (İstanbul:Tarih Vakfı Yurt Yayınları,1993) s. 2; Mihriban Kırdök ve diğerleri, **Çocuk Hakları** (İstanbul: Çivi Yazıları, 1998), s. 18.



kavramında insanın, hangi yaş sınırına kadar çocuk, hangi yaştan itibaren yetişkin kabul edildiği açık değildir. Burada çocukluğu yetişkinlikten ayıran sınır sosyal çevreye, bölgeye, ekonomik koşullara, dinsel ya da kişisel görüşlere göre değişmektedir<sup>17</sup>.

Soybağını anlatmak için kullanılan çocuk kavramına bakacak olursak, bu anlamda insan yaşamı boyunca ana-babasının çocuğu olarak kalır<sup>18</sup>.

### 1.3. Hukukta Çocuk Kavramı

Hukukta çocuk kavramı iki anlamda kullanılmaktadır. Birinci anlamda çocuk, ana-babadan türeyen kişi, evlat anlamına gelir ve çocuk kavramı soybağını belirtmek amacıyla kullanılır. İkinci anlamda ise çocuk, özel korumaya alınan, kendisine özel haklar ve ayrıcalıklar tanınan yetişkin olmayan insan “küçük”tür.

Hukukta belirli bir yaşın altındaki kişiler çocuk olarak kabul edilir. Ancak çocuğun korunmasını gerektiren durumlara (koruma kapsamına) göre değişik yaş basamakları söz konusu olur<sup>19</sup>.

Hukuk, belirli bir olgunluğa erişinceye kadar, korunmaya ve yardıma muhtaç olan çocuğu korumaktadır. Hukukun aradığı olgunluk düşünsel olgunluktur<sup>20</sup>. Genel olarak kız ve erkek çocukların on sekiz yaşında düşünsel olgunluğa erdikleri kabul edilir<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Akyüz, **a.g.e.**, s. 66. Bazı çevrelerde günlük dildeki çocukluk psikolojideki çocukluktan daha uzun sürmektedir. Psikolojide çocukluk kavramı, Oral Dönem (0-2 yaş), İlk Çocukluk Dönemi (2-6 yaş), Orta Çocukluk Dönemi (6-12 yaş), Ergenlik Dönemi (12-18 yaş) olarak dönemlere ayrılmıştır. Psikoloji bilimi ergenlik dönemini, çocukluktan yetişkinliğe geçiş dönemi olarak kabul etmektedir. Akyüz, **a.g.e.**, s. 66.

<sup>18</sup> Rona Serozan, **Çocuk Hukuku** (İkinci Basım. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005), s. 10.

<sup>19</sup> Örneğin, çocuğun on iki yaşında ceza sorumluluğu ehliyeti başlar (TCK m. 31). Çocuk, on beş yaşında vasiyetname düzenleyebilir (MK m. 502), on yedi yaşında olağan evlenme ehliyeti kazanır (MK m. 124/ I).

<sup>20</sup> Roma ve İslam Hukuku gibi eski hukuklar, çocuğun bedensel olgunluğunun cinsel olarak olgunlaşmasıyla tamamlandığını kabul etmişlerdi. İnan, **a.g.e.**, s. 11.

<sup>21</sup> Bkz. Örnek olarak Medeni Kanun madde 11.

### 1.3.1. Türk Hukuk Sisteminde Benimsenen Çocuk Kavramı

#### 1.3.1.1. Çocukluğun Başlangıcı

Türk Hukuk sisteminde çocukluğun başlangıcı kişiliğin kazanılmasına bağlanmıştır. Kişiliğin kazanıldığı an, kişinin haklara ve sorumluluklara sahip olması ve hukuk düzeni tarafından korunması bakımından önemlidir. Medeni Kanun'un 28. maddesinin 1. fıkrasına göre, kişilik çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar. O halde Medeni Kanun, kişiliğin kazanılmasını yani çocukluğun başlangıcını iki koşulun gerçekleşmesine bağlamıştır.

##### 1.3.1.1.1. Tam Doğum

Doğumun hangi anda tamamlanmış sayılması gerektiği hususunda kanun hükmünde bir açıklama yoktur. Genel olarak kabul edildiğine göre, doğumun tamamlanmış sayılması için çocuğun anadan tamamen ayrılması, ana rahminin dışında bağımsız bir varlık kazanması gerekir. Doğumun doğal ya da doktor müdahalesi ile gerçekleşmesinin önemi yoktur. Baskın görüşe göre göbek kordonunun kesilmiş olması da aranmaz<sup>22</sup>.

##### 1.3.1.1.2. Sağ Doğum

Çocuğun sağ doğması demek, çok kısa bir süre için de olsa anadan bağımsız yaşamış olmasıdır. Çocuğun ne zaman sağ doğmuş sayılacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir fikre göre, çocuğun sağ doğmuş sayılması için kalp atışının ve nefes almasının bir arada bulunması gerekir<sup>23</sup>. Diğer bir fikre göre ise, çocuğun nefes almış

<sup>22</sup> Mustafa Dural / Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku** (Altıncı Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002), s. 15; Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay, **Kişiler Hukuku-Gerçek ve Tüzel Kişiler** (Yedinci Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002), s. 10.; Aydın Zevkliler / Beşir Acabey / Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk** (Altıncı Basım. Ankara:Seçkin Yayıncılık,2000), s. 195; Jale G. Akipek / Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Kanunu Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku** (Dördüncü Basım. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2002), s. 254.

<sup>23</sup> Hüseyin Hatemi, **Kişiler Hukuku Dersleri** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001), s. 29; Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu** (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977), s. 17. Sağ doğum

olması, kalbinin atması, ağlaması, göbek kordonundaki darbeler gibi, çocuğun yaşadığını gösteren herhangi bir işaretin varlığı halinde çocuğun sağ doğmuş sayılması gerekir<sup>24</sup>. Çocuğun bir an için bile olsa yaşadığını hangi işaretlerin göstereceğini belirleme işini tıp bilimine bırakmak ve tıp bilimince de kabul edilen herhangi bir yaşam işareti veren çocuğu hukuki yönden de sağ kabul etmek gerekir.

Medeni Kanun, kişiliğin başlayabilmesi için çocuğun tam ve sağ olarak doğmuş olması koşullarına ek olarak çocuğun yaşama kabiliyetine sahip olmasını aramamıştır. Tıbben yaşaması mümkün olmayan çocuk, tam ve sağ doğduğunda kişilik kazanmış sayılır. Diğer taraftan kişiliğin kazanılması için, doğan çocuğun insan biçiminde olması gerekli değildir. Kabul edilen baskın görüşe göre, insana insan niteliğini veren biçim değildir ve insandan üreyen her şey insan sayılmalıdır<sup>25</sup>.

Çocuğun tam ve sağ doğduğunu ispat etme yükü genel kurala göre (MK m. 6, m. 29/I) bunu iddia edene aittir.

### 1.3.1.2. Ceninin Durumu

MK m. 28/II'ye göre, çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder. Çocuğun ana rahmine düştüğü an cinsi münasebet anı değil, kadının gebe kaldığı andır.

Cenin doğumdan önceki safhada annenin parçasıdır. Tam ve sağ olarak doğmadıkça kişilik kazanmaz. Bu şartın gerçekleşmesi ile de geçmişe etkili olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olacaktır.

---

için kalp atışı ve nefes alma şartı aranır, görünüşte ölüm denilen hallerde hukuk ve tıp bilimi farklı sonuçlara ulaşır. Şöyle ki, görünüşte ölüm denilen hallerde, doğan çocuğun kalbi çalışmasına rağmen solunumu yoktur. Solunum daha sonra tıbbi müdahale ile sağlanabilmektedir. Bu hallerde tıp bilimi çocuğu sağ olarak doğmuş kabul eder. Oysa ki eğer sağ doğum için kalp atışı ve nefes alma birlikte aranır, hukuken bu hal, sağ doğum olarak kabul edilmeyecektir.

<sup>24</sup> Dural / Ögüz, **a.g.e.**, s. 15; Zevkliler / Atabay / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 196.

<sup>25</sup> Dural / Ögüz, **a.g.e.**, s. 17; Oğuzman./ Seliçi,/ Oktay, **a.g.e.**, s. 12.

Aile hukukunda cenini koruyucu düzenlemeler vardır<sup>26</sup>. Medeni Kanun madde 303/ I'e göre, babalık davası çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabilir. Yine Kanunun 348. maddesine göre, kararda aksi belirtilmedikçe, velayetin kaldırılması doğacak bütün çocukları kapsar.

Miras hukukunda, hak ehliyetini doğum öncesine genişletir görünen istisnai düzenlemeler vardır. Medeni Kanun'un 582. maddesine göre, cenin sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur. Mirasçılar arasında bir cenin varsa, paylaşım onun doğumuna kadar ertelenir (MK m. 643/ I). Bu gibi durumlarda, terekedeki menfaatlerini korumak amacıyla cenine bir kayyım atanması öngörülmüştür (MK m. 427/ b.3). Aslında cenin sağ ve tam olarak doğuncaya kadar kişilik kazanmadığından mirasçı da olamaz. Ancak, sonradan sağ ve tam olarak doğduğunda, geçmişe etkili olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren kişi sayılacağından ve bu andan itibaren mirasçı sıfatını kazanacağından paylaşımı ertelemek suretiyle ceninin miras hakkı korunur<sup>27</sup>.

Ceninin yaşam hakkına ilişkin bir hüküm Medeni Kanun'da bulunmamaktadır. Ancak Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre "Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir". Şu halde, bu Kanun'un onuncu hafta dolduktan sonra – daha üstün yarar sahibi görülen ananın yaşam hakkının korunması amacıyla– gebeliğe son vermeyi sıkı koşullara bağlı istisnaî bir durum olarak kabulü, ceninin yaşam hakkının tanınması ve korunması olarak yorumlanabilir.

### **1.3.1.3. Henüz Ana Rahmine Düşmemiş Olanların Hukuki Durumu**

Henüz ana rahmine düşmemiş olanların hukuki durumuna ilişkin genel bir hüküm Medeni Kanun'da yoktur. Ancak bazı maddelerde henüz ana rahmine düşmemiş çocuklarla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, MK m. 348/son velayetin kaldırılmasının ileride doğacak çocukları da kapsadığını belirtmektedir.

<sup>26</sup> Yusuf Solmaz Balo, **Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması** (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), s. 44.

<sup>27</sup> Mustafa Dural/ Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku** (İkinci Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2003), s. 470-471.

### 1.3.1.4. Çocukluğun Sonu

Çocukluk, erginliğe erişmekle son bulur<sup>28</sup>. Bu olgunluğun yaşını, kanundaki ifadeyle erginliği, kanun koyucu ülke şartlarını<sup>29</sup> değerlendirmek suretiyle belirler. Hukuk sistemimize göre, bir kimseye ergin diyebilmek için onun belli bir yaşa ulaşması gerekir. Buna doktrinde normal erginlik denilmektedir. Ancak kanun normal erginlik yanında, bazı hallerde kişileri sanki belirlenen yaşa ulaşmışlar gibi kabul ederek, onlara ergin demektedir.

#### i. Normal Erginlik

MK m. 11/I'e göre erginlik, on sekiz yaşın tamamlanması ile başlar. Medeni Kanun'un açık hükmünden de anlaşıldığı üzere erginlik on sekiz yaşın tamamlanıp on dokuz yaşına basılmakla kazanılır. Bu durumda, on sekiz yaşını dolduran kişi başka bir işleme gerek kalmaksızın ergin olur.

#### ii. Erken Erginlik

Medeni Kanun bazı durumlarda on sekiz yaşın tamamlanmasından önce de erginliğin kazanılabileceğini kabul etmiştir. Çocuk on sekiz yaşını tamamlamadan önce evlenmekle veya hakim kararı ile erken erginliğini kazanabilir.

##### a. Evlenme İle Ergin Kılınma

Medeni Kanun'da evlenmenin kişiyi ergin kılacağı belirtilmiştir (MK m. 11/II).

Olağan durumlarda kadın ve erkek on yedi yaşını doldurmuşsa (MK m. 124/I) yasal temsilcisinin izni ile (MK m. 126) evlenebilir.

Olağanüstü durumlarda ve önemli bir sebebin bulunması halinde hakim on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Bu karar verilmeden önce mümkünse ana ve baba veya vasi dinlenir (MK m. 124/II).

<sup>28</sup> İnan, **a.g.e.**, s. 13.

<sup>29</sup> Ülke toplumunun sosyal, kültürel ve ekonomik durumu, ülkenin iklim koşulları kanun koyucunun erginlik yaşını belirlemede etkili faktörlerdir. **Aynı**, s. 13.

*b. Ergin Kılınma*

Hayat zorunlulukları nedeniyle, bazı çocukların on sekiz yaşını tamamlamadıkları halde, fiilen korunmaya ve yardıma ihtiyacı kalmaz, hatta bağımsız hareket etmeleri kendileri için daha faydalı olur. İşte bunu dikkate alan kanun koyucu bazı şartların gerçekleşmesi durumunda çocuğun normal erginlik yaşına gelmeden önce mahkeme kararı ile ergin kılınmasını sağlamıştır. Ergin kılınmanın şartları şunlardır:

*a) On beş yaşın tamamlanması:* Hakimin erginliğe karar verebilmesi için, çocuğun on beş yaşını tamamlamış olması gerekir. On beş yaşını tamamlamış olması istem anında değil, karar anında aranır.

*b) Çocuğun isteği:* Ergin kılınmaya karar verilmesini isteme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu nedenle ancak çocuk istemde bulunabilir, kanuni temsilcisi aracılığıyla bu hakkın kullanılması mümkün değildir. Çocuk ergin kılınma isteğini hakim önünde beyanda bulunarak açıklayabileceği gibi, kanuni temsilcisinin vermiş olduğu dilekçeyi imzalayarak ya da bizzat kendisi dilekçe vererek açıklayabilir<sup>30</sup>.

*c) Yasal temsilcinin katılması:* Çocuk velayet altında ise, hakimin erginliğe karar verebilmesi için velinin rızası gerekir. Ana ve baba velayete birlikte sahipse ikisinin de rızası aranacaktır. Velayet ikisinden birinde ise, o zaman sadece velayet hakkına sahip olanın rızası aranacaktır. Vesayet altındaki çocuklar da ise ergin kılınma için vesayet dairelerinin izni gereklidir. Medeni Kanun'un 463. maddesinin 6 numaralı bendine göre çocuğun ergin kılınması için, vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izni gerekir.

*d) Çocuğun yararı:* Ergin kılınmayı düzenleyen 12. maddede, ergin kılınma kararının verilebilmesi için "çocuğun yararının olması gerektiği" gibi bir şart açıkça yer almamakla beraber, maddenin yazılış biçiminden hakimin ergin kılınmaya karar verip vermemek hususunda takdir yetkisine sahip bulunduğu anlaşılır<sup>31</sup>. Bu takdir hakkının doğal sonucu olarak da hakimin çocuğun ergin kılınması kararını verebilmesi için çocuğun ergin kılınmada bir yararı olup olmadığını araştırması gerekir.

<sup>30</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay, **a.g.e.**, s. 50.

<sup>31</sup> Aynı, s. 51; İnan, **a.g.e.**, s. 17.

Ergin kılınma çekişmesiz yargı işlemidir. MK m. 470/II'ye göre, vesayet altındaki çocuğun ergin kılınmasına karar verilmişse, mahkeme çocuğun hangi tarihte ergin olacağını ilan eder. Bu hükmün bir düzen hükmü olması nedeniyle, ilan yapılmasa da kararın kesinleşmesi anından itibaren erginlik kazanılmış olur<sup>32</sup>.

Ergin kılınma kararı ile çocuk erginliğin bütün hukuki sonuçlarından yararlanır. Velayet ve vesayet sona erer. Ergin kılınan çocuk bütün haklarını bizzat kullanma imkanına sahip olur. Ancak kanun bir hakkın kullanılmasını belirli bir yaşın tamamlanması şartına bağlamış ise, bu hakkı kullanabilmek için kanunun belirlediği yaşın tamamlanması gerekir, yoksa erginlik belirli bir işlem için öngörülmüş bulunan yaşın yerine geçmez. Örneğin, 15 yaşını tamamlayıp da ergin kılınmış çocuk 17 yaşını tamamlamadan evlenemez.

### **1.3.2. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çocuk Kavramı**

20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi<sup>33</sup>,nin 1. maddesine göre “Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır”.

Sözleşmedeki tanımdan açıkça anlaşılmaktadır ki, on sekiz yaşından küçük her insan çocuktur. Birinci madde, çocukluğun başlangıcını, taraf devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde konuya ilişkin farklı yaklaşımlar söz konusu olduğundan belirlemekten kaçınmıştır. Çocuğa sağlanan hukuki korumanın doğum öncesini de içerip içermediği tartışma konusu olmuşsa da sözleşmeye geniş bir katılım

<sup>32</sup> Dural / Ögüz, **a.g.e.**, s. 53.

<sup>33</sup> Sözleşme Türkiye tarafından 14.09.1990 tarihinde imzalanmış, 09.12.1994 tarihinde 4058 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuştur. Bakanlar kurulu tarafından 23.12.1994 tarihinde 94/6423 sayılı kararla onaylanmış ve 27.01.1995 gün ve 22184 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşme metni için bkz. RG. T. 27.01.1995, S. 22184. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, yüz doksan dört ülkeden yüz doksan ikisi tarafından onaylanmıştır. Sözleşmeyi onaylamayan iki ülke Amerika Birleşik Devletleri (Politik irade eksikliği) ve Somali'dir. (Resmi olarak tanınan bir hükümetin eksikliği) Jaap E. Doek, “The Protection of Children's Rights and the United Nations Convention on the Rights of the Child: Achievements and Challenges”, **Saint Louis University Public Law Review**, 22, (2003), s. 235.

sağlanabilmesi açısından tartışmalı olan ceninin hukuksal konumu sorunu, Sözleşmenin Başlangıcına “çocuğun doğumdan sonra olduğu kadar doğum öncesinde de elverişli hukuksal konumdan yararlanacağı” şeklinde bir ifade konulması ile çözümlenmiştir<sup>34</sup>.

Sözleşme doğuma ya da rahme düşme anına açık bir göndermede bulunmayarak, çocukluğun ya da yaşamın başlamış sayılacağı anın belirlenmesini ülkelerin kendi yasal düzenlemelerine bırakmıştır<sup>35</sup>.

Sözleşme amaçları açısından çocukluk döneminin sona ermesini tanımlarken daha belirleyicidir. Sözleşmeye göre çocuk en azından on sekiz yaşına gelinceye kadar korunmalıdır. Çocuğa uygulanabilir yasa on sekiz yaşından önce ergin sayılabilmeye olanağı tanıyabilir. Ancak bu şekilde sözleşmenin genel ilkelerinden kaçılmaya çalışılmamalıdır. Taraf devlet kendi yasalarına göre çocuğu hangi yaşta ergin sayarsa sayсын on sekiz yaşından küçük çocuklara ilişkin yükümlülüklerinden kurtulamaz<sup>36</sup>.

## 2. ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ

### 2.1. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Tarihçesi

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, çocuk kavramının ve çocuk haklarının tarihsel gelişimi içerisinde ortaya çıkmıştır. Çocuk haklarının gelişimi ise, çocuğun korunması fikrinin ortaya çıkışı ile başlar<sup>37</sup>. Çocuğu korumanın kapsamı ve şekli, tarihsel süreçte, toplumun ekonomik, sosyal, kültürel gelişmesine, örgütlenmesine ve toplum içindeki egemenlik koşullarına göre değişiklik göstermiştir<sup>38</sup>. Köleci Roma toplumundan

<sup>34</sup> Tekin Akıllıoğlu, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme** (Ankara: AÜSBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:13, 1995), s. 4.

<sup>35</sup> Rachel Hodgkin/ Peter Newell, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı** (UNICEF) , s. 4.

<sup>36</sup> Aynı, s. 4.

<sup>37</sup> Avrupa’da Hıristiyanlığın kabulünden hemen sonra çocuğa özen gösterilmeye ve çocuk korunmaya başlanmıştır. Fakat tarihte dinler genel olarak çocuğun yararı kavramını değil, çocukların korunmalarını ve içinde buldukları cemaate uygun yetiştirilmelerini önemsemişlerdir. İnan, **a.g.e.**, s.7; Betül Onursal “Çocuğun Yüksek Yararı” (Çocuk Hakları Okulu için Hazırlanmış Yayınlanmamış Makale), s. 2.

<sup>38</sup> İnan, **a.g.e.**, s. 3.



günümüz sanayi toplumuna kadar geçen tarihsel süreçte çocuk hakları evrilip gelişmiştir<sup>39</sup>.

Toprak işlerini, avcılığı ve madenciligi erkeklerin yapmaları ve böylece onların ekonomik gücü ele geçirip, kadınların eve itilmeleri ile anaerkil aileden ataerkil aile yapısına geçildiği ve baba velayetinin topluma egemen olduğu dönemlerde esas olan çocuğun yararı değil, babanın yararıydı<sup>40</sup>. Çocuk, baba için hem ekonomik yarar sağlayan kullanışlı bir mal, hem de bakılması ve yetiştirilmesi külfetli bir varlık olarak görülüyordu<sup>41</sup>.

Roma ailesi içinde aile evladları *patria potestas* altında yaşarlardı<sup>42</sup>. *Patria potestas*, *pater familias*'in<sup>43</sup> ailesine dahil bütün çocuklar, torunlar ve aileye dahil diğer kimseler üzerindeki hakimiyetini ifade ediyordu. Aile babasının, çocuk üzerindeki hakimiyeti tamamen sınırsızdı<sup>44</sup>. Roma ailesinde sadece aile babası hak ehliyetine sahipti, çocuğun hak ehliyeti yoktu<sup>45</sup>. Aile babasının çocuk üzerinde “*hayat ve memmat hakkı*” (*ius vitae ac necis*) vardı. Bu hak ile çocuğun hayatına hükmedebilir, suç işleyen çocuğu dövmek, hapsetmek hatta öldürmek suretiyle cezalandırabilirdi<sup>46</sup>. Aile babası

<sup>39</sup> Serozan, **a.g.e.**, s. 15.

<sup>40</sup> Aynı, s. 16.

<sup>41</sup> Akyüz, **a.g.e.**, s. 42. Çocuğun ne büyük bir sıkıntı ve keder kaynağı olarak görüldüğünü Eski Yunan'da sıkça tesadüf edilen çocuk aleyhtarı deyişlerden anlamaktayız. “Bir babadan ancak, bir evlat fazlasına malik olan diğer bir baba daha bedbahttır” örneğinde olduğu gibi. Roberto Paribeni, **Roma Ailesi**. Çeviren: Şemseddin Talip (İstanbul: Ahmed İhsan Basımevi, 1935), s. 94.

<sup>42</sup> Ziya Umur, **Roma Hukuku** (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982) s. 391; Özcan Karadeniz, **Roma Hukuku** (5. Basım. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1989), s. 160.

<sup>43</sup> *Pater familias* “aile babası” anlamına gelmekle beraber, bu kimsenin mutlaka baba olması gerekmezdi. Büyükbaba da torun ve torun çocuklarının babası olmadığı halde Pater Familias ismini taşırdı. Hatta bir kimse çocuğu olmasa bile *pater familias* olabilirdi. Kudret Ayiter, **Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku** (İkinci Basım. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1963), s. 42. Andreas B. Schwarz **Roma Hukuku Dersleri**. Çeviren: Türkan Rado (İkinci Basım. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1945), s. 241.

<sup>44</sup> “*Ius autem potestatis quod in liberos habemus proprium est civium Romanorum, nulli enim alii sunt homines qui talem in filios suos potestatem habeant, qualem nos habemus*”. (Institutiones, I, 55) “Evladlarımız üzerinde haiz olduğumuz hak (iktidar hakkı) Roma vatandaşlarına has bir şeydir ve çocuklar üzerinde bizim haiz olduğumuz böyle bir kudrete malik olan diğer insanlar da mevcut değildirler”. Paribeni, **a.g.e.**, s. 52.

<sup>45</sup> Karadeniz, **a.g.e.**, s. 160.

<sup>46</sup> Ayiter, **a.g.e.**, s. 52; Paul Koschaker, **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları** (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975), s. 326.

aileye ait çocukları ellerinde tutup geri vermeyen üçüncü şahıslardan istihkak davası (*rei vindicatio*) ile çocuğu geri isteyebilirdi. Bu husus, çocuk üzerindeki hakkın mutlak hak olduğunu gösterir<sup>47</sup>. Aile babası hakimiyeti altındaki çocukları isterse satabilirdi, (*ius vendendi*) isterse çalıştırabilir ve elde edilen kazancı bizzat alabilirdi<sup>48</sup>. Çocuğun, aile babasının kendisine bakımı ne kadar kötü olursa olsun buna karşı çıkma imkanı yoktu<sup>49</sup>. Aile babası yeni doğan çocuğunu terk edebilir, öldürebilirdi. Çocuk üçüncü kişiye karşı haksız fiil işlemişse, aile babası bu kişiye çocuğu *nox*a olarak teslim edebilirdi<sup>50</sup>. Çocuğun *patria potestastan* çıkması “*Emancipatio*” denilen bir işlemle söz konusu olurdu<sup>51</sup>. Aile babası, çocuğu üç kez üst üste satarsa, çocuk *sui iuris* konumuna gelirdi<sup>52</sup>. Romada Hıristiyanlığın etkisi<sup>53</sup> ile baba hakimiyetinin katılığı yumuşamış ve çocukları yetiştirmek ana-babanın görevi olarak düşünölmeye başlanmıştır<sup>54</sup>. Ancak Roma hukukunun hiçbir döneminde bugünkü anlamıyla çocuk hakları söz konusu olmamıştır<sup>55</sup>.

Tarihsel süreçte çocuk hakları bakımından belirleyici bir başka dönem Sanayi Devrimi'dir. Sanayi Devrimi ile tarımsal üretime dayanan büyük haneli aile, ücretli emeğe dayanan çekirdek aileye dönüşmüştür<sup>56</sup>. Devrimin toplumsal hayatta meydana getirdiği en büyük kırılmalardan biri ev ile işyerinin birbirinden ayrılmasıdır. Babanın

<sup>47</sup> Umur, **a.g.e.**, s. 400; Ayiter, **a.g.e.**, s. 50; Koschaker, **a.g.e.**, s. 327.

<sup>48</sup> Ayiter, **a.g.e.**, s. 53.

<sup>49</sup> Aynı, s. 53.

<sup>50</sup> Umur, **a.g.e.**, s. 399; Karadeniz, **a.g.e.**, s. 166; Özlem Söğütü, “Roma Hukukunda Aile Babasının Egemenliği Altında Bulunanların Fiillerinden Sorumluluğu ile Türk Hukukunda Ev Reisinin Sorumluluğu”. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1993), s. 80.

<sup>51</sup> Aile babasının ölmesi, özgürlüğünü, yurttaşlığını yitirmesi veya kendisinin başka bir aile babasının hakimiyeti altına girerek *sui iuris* durumunu kaybetmesi de *patria potestasi* sona erdirirdi. *Patria potestasin* sona ermesinin bir başka hali ise, çocuğun bir başka aile tarafından evlat edinilmesi ile o zamana kadar hakimiyeti altında bulunduğu aile babasının hakimiyetinden çıkıp, yeni aile babasının hakimiyeti altına girmesidir. Iustinianus zamanında *patria potestasi* kötü kullanan baba ceza olarak bu hakimiyetini kaybedebiliyordu. Umur, **a.g.e.**, s. 166.

<sup>52</sup> Ayiter, **a.g.e.**, s. 62.

<sup>53</sup> İncil'de yer alan “*Summa debetur puero reverentia*” cümlesinde “çocuğa azami dikkat ve ihtimam, azami saygı gösterilmelidir” denilmektedir. Paribeni, **a.g.e.**, s. 64.

<sup>54</sup> Akyüz, **a.g.e.**, s. 45.

<sup>55</sup> Aynı, s.46.

<sup>56</sup> Serozan, **a.g.e.**, s. 17.

her gün çalışmak üzere evden ayrılması ile ev, anne ve çocuklar için özel bir alan haline almış, böylece aile içinde anne ve çocuk yavaş yavaş babadan bağımsızlaşmaya başlamıştır<sup>57</sup>. Çocuğu baba karşısında bağımsızlaştıran bir başka gelişme, tarım ekonomisinde karşılıksız olarak babası için çalışan çocuğun, sanayileşme ile dışarıda çalışmaya başlamasıdır.<sup>58</sup> Sanayi toplumunda çalışma yaşamına katılan çocuk bir yandan dışlanmış, sömürüye ve şiddete maruz kalmış, diğer yandan da aile içinde babası karşısında güç kazanmış ve nesne olmaktan kurtulmuştur<sup>59</sup>. Ailenin evrimi ile, ailenin, içinde yaşayan her bireyin kendi kişiliğini geliştiren bir ortam olarak kabul edilmesi, çocuğun aile ve toplum içinde yerini kuvvetlendirmiş, çocuğa karşı bakım ve koruma yükümlülüğünün gelişmesini sağlamıştır; devlet aile ilişkisinde devletin güç kazanması ile, devlet de bu yükümlülüğün yerine getirilmesi konusunda aktif bir denetim yürütmeye başlamış ve böylece yasal düzenlemelerde de çocuğun yararı kavramı gözetilmeye başlanmıştır<sup>60</sup>.

Uluslararası alanda çocuk haklarının korunması çalışmalarına ilk olarak 1894 yılında Jules Le Jeune'ün milletlerarası çocukların korunması teşkilatının kurulması fikrini ortaya atmasıyla başlamıştır<sup>61</sup>. Uluslararası alandaki bu çalışmalar Birinci Dünya Savaşına kadarki devre, İkinci Dünya Savaşına kadarki devre ve İkinci dünya Savaşından sonraki devre bölümlenmesi ile incelenebilir<sup>62</sup>. Ancak çağdaş çocuk hakları sisteminin esası, 26 Eylül 1924 tarihinde Milletler Cemiyeti Genel Kurulunca kabul edilen “Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi”dir<sup>63</sup>. Bildirge, doğrudan çocukların

<sup>57</sup> Janet L. Dolgin, “Why Has the Best-Interest Standard Survived?: The Historic and Social Context”, **Children Legal Rights Journal** 16, (1996), s. 2.

<sup>58</sup> Serozan, **a.g.e.**, s. 17.

<sup>59</sup> **Aym**, s. 17, 18.

<sup>60</sup> Onursal, **a.g.e.**, s.2; Akyüz, **a.g.e.**, s.42. Örneğin çocuğun yararı kavramı Napoleon Kanunlarında, boşanan anne-baba arasında çocuğun yerini tespit etmeye ilişkin olarak “çocuğun en avantajlı durumu” ifadesi ile belirtilmiştir. Onursal, **a.g.e.**, s.2.

<sup>61</sup> İnan, **a.g.e.**, s.81.

<sup>62</sup> Bu çalışmalara ilişkin ayrıntılı tarihçe için bkz. İnan, **a.g.e.**, s. 80 vd.

<sup>63</sup> Betül Onursal “Çağdaş Çocuk Hakları Sisteminde Türkiye'nin Konumu”, **Yeni Türkiye Dergisi**, Yıl.4 Sayı no 22 (Temmuz-Ağustos 1998), s. 1147. 1924 Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi bir önsöz ve beş ilkeden oluşmaktadır. Bildirge çocuğun gelişmesi, korunması, tedavi görmesi, eğitilmesi, istismardan korunması, en önce yardım görmesi, kardeşlik duyguları ile büyütülmesi gerektiği ilkelerini içermektedir.

korunmasına yönelik ilk uluslararası belgedir<sup>64</sup>. Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi esas alınarak 20 Kasım 1959 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca, “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi” kabul edilmiştir. Bildirge, etraflı bir çocuk hakları listesi oluşturmaya çalışan ilk uluslararası anlaşmadır. Bildirge istenilen başarıyı elde edememesine rağmen, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne temel oluşturmuştur<sup>65</sup>. Bildirgede yer alan on temel ilkeden ikincisinde “Çocuk özel bir himayeden istifade edebilmeli; ona hürriyet ve haysiyet içinde sıhhatli ve normal şekilde bedeni, fikri, ahlaki, ruhi ve sosyal yönden gelişmesini sağlayacak imkan ve kolaylıklar kanun ve diğer vasıtalarla temin edilmelidir. Bu maksatla hazırlanan kanunlarda çocuğun çıkarları göz önünde bulundurulmalıdır” denilmektedir<sup>66</sup>. Bildirgede çocuğun yararı “saygınlık ve özgürlük koşulları içinde normal biçimde ve sağlıklı, sosyal, ruhsal, ahlaki, akılsal, fiziksel gelişmesini sağlamak” olarak ifade edilmiştir<sup>67</sup>. Çocuğun çıkarlarının göz önünde bulundurulması gerektiğinin belirtilmesi ile çocuğun yüksek yararı ilkesi bildirgede açıkça yerini almıştır.

İlke, Çocuk Hakları Bildirgesi’nde yer aldığı 1959 yılından beri uluslararası belgelerde göze çarpmaktadır. 1979 tarihli Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme<sup>68</sup>’nin iki maddesinde yer almıştır<sup>69</sup>. İlke, Çocuk Hakları ve Esenliği Hakkında Afrika Şartı’nın<sup>70</sup> 4. maddesinde “Herhangi bir kişi ya da yetkili makam tarafından çocuklara ilişkin olarak ifa edilen bütün

<sup>64</sup> Elizabeth M. Calciano, “United Nations Convention on the Rights of the Child: Will It Help Children in the United States?”, *Hastings Int’l & Comp. Law Review*, 15, 1991-1992, s. 518.

<sup>65</sup> Calciano, *a.g.e.*, s. 519.

<sup>66</sup> Bildirge için bkz. Hodgkin/ Newell, *a.g.e.*, s. 621; Bilgin Tiryakioğlu, **Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku** (Ankara: T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları), s. 7.

<sup>67</sup> Sevgi Usta Sayıta, **Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi**, (İstanbul: Fliz Kitabevi, 1996), s. 114.

<sup>68</sup> Sözleşme metni için bkz. RG. T. 14.10.1985, S. 18898.

<sup>69</sup> Sözleşmenin 5(b) maddesinde, “anneliğin sosyal bir görev olarak anlaşılmasını ve çocukların yetiştirilmesi ve gelişiminde kadın ve erkeğin ortak sorumluluğunun tanınmasını öngören ve her durumda çocukların çıkarlarını her şeyden önce gözeten anlayışa dayanan bir aile eğitimini sağlamak” konusunda taraf devletlerin bütün uygun önlemleri alacağı belirtilmektedir. 16(1)(d) ise, “medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ana ve babanın eşit hak ve sorumlulukları tanınacak, ancak her durumda çocukların çıkarları en ön planda gözetilecektir” denilmektedir.

<sup>70</sup> Çocuk Hakları ve Esenliği Afrika Şartı, 11 Temmuz 1990’da kabul edilmiş ve 29 Kasım 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

tasarruflarda, çocuğun yüksek menfaatinin gözetilmesi en başta gelen mülahaza olacaktır” şeklinde yer almaktadır<sup>71</sup>. Çocuğun yüksek yararı ilkesi uluslararası başka metinlerde de yer almasına<sup>72</sup> rağmen en kesin ve açık ifadeyle<sup>73</sup> 1989 yılında kabul edilen ve çocukların Magna Carta’sı diye bilinen<sup>74</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde<sup>75</sup> yer alır.

## 2.2. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Tanımı

### 2.2.1. Genel Bakış

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, çocuk hukukunun en temel ilkesidir.

<sup>71</sup> Semih Gemalmaz, **Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler** (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002), s. 408.

<sup>72</sup> Örneğin, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, mülteci çocuklara ilişkin olarak ifa edilen her tasarrufta aile birliği ilkesi kadar, çocuğun yüksek yararı ilkesinin de yol gösterici olacağını belirtmiştir. Karar No 47 (XXXVIII) (1987) Mülteci çocuklara ilişkin paragraf (d) Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından mülteci olarak kabul edilenlerin uluslararası korunmasına ilişkin kararlar. Philip Alston, “The Best Interest Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights”, **International Journal of Law and the Family** 8, (1994), s. 4.

<sup>73</sup> İlkenin yer aldığı diğer bazı sözleşmeler kadınlarla veya başka gruplarla ilgili iken, Çocuk Hakları Sözleşmesi çocuk haklarını kabul ettirmeyi amaçlamaktadır. Bu sözleşmede çocuk, hakların nesnesi değil, öznesidir. Ayrıca sözleşmede, ilkenin sadece yasa yaparken ya da uygularken değil çocuğa ilişkin her türlü tasarrufta gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir. Alston, **a.g.e.**, s. 4.

<sup>74</sup> Serozan, **a.g.e.**, s. 49; Marta Santos Pais, “**The Best Interest of the Child: The Point of View of a Member of the Committee on the Rights of the Child**” Les droits de l’enfant entre theorie et pratique, Institut Universitaire Kunt Bösh- Institut International des droits de l’enfant, Sion- Suisse, 1997, s. 45.

<sup>75</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuklara ilişkin uluslararası örf ve adet hukukunun kuvvetlendirilmesini temsil etmektedir. Sözleşmenin pek çok ülke tarafından kısa sürede kabul edilmesi itibarını arttırmıştır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi uluslararası çocuk hukukuna üç şekilde katkıda bulunmuştur. İlk olarak, Sözleşme önceki uluslararası sözleşmelerde ihmal edilen hakları kapsamaktadır. Örneğin, özürlü çocukların ve duygusal olarak ihmal edilmiş çocukların tedavisi, tüm çocuklar için alternatif bakımın standartları, ihmal ve istismar olaylarının belirlenmesi ve bildirilmesi için gerekli önlemler gibi konuları düzenlemiştir. İkinci olarak, Sözleşme çocuk hakları hukukunun bazı alanlarını önceki uluslararası sözleşmelere göre daha detaylı düzenlemektedir. Mülteci çocukların korunması ve çocukların sömürüye karşı korunması konusunda Sözleşme, belirsizliğe sebep olacak hiçbir açıklık bırakmamaktadır. Üçüncü olarak, Sözleşme çocuk hakları hukukunun gelişmesini kolaylaştırmaktadır. Düzenli ve açık olmayan çocuk hakları hukuku, çocuk haklarının mahkemelerde kullanılmasını zorlaştırmakta ve çocuk hakları hukukunda uluslararası bir uzlaşma ve anlaşmaya engel olmaktadır. Sözleşme, hukukçular için çocuğu ilgilendiren hemen her duruma ilişkin başvurulabilir basit ve yetkin bir kaynak durumundadır. Calciano, **a.g.e.**, s. 522-523.

Çocuk Hakları Sözleşmesi m.3’de öngörülen ilkeye göre, “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar ve yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yüksek yararı temel düşüncedir”.

Sözleşmenin 3. maddesi ışığında, çocuğu ilgilendiren her durumda ve her kararda mutlaka çocuk için mümkün olan en iyi çözüm tercih edilmelidir<sup>76</sup>. İlke, gerek devletin gerekse özel kurumların yürüttüğü ve bir grup olarak çocuğu ilgilendiren her türlü girişimle ilgilidir<sup>77</sup>.

“Çocuğun yüksek yararı ilkesi, Sözleşmedeki diğer üç temel ilke gibi<sup>78</sup>, Sözleşmede yer alan çocuk haklarının gerçeğe dönüşebilmesi için izlenmesi gereken yaklaşımı belirten şemsiye bir ilkedir”. Yani tüm maddelerin uygulanmasında bu ilke dikkate alınacaktır<sup>79</sup>.

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, sözleşmenin kendi içerisinde ana-babadan ayrılma (m. 9); ana-babanın çocuğun yetiştirilmesi ve gelişmesindeki sorumluluğu (m. 18); aile ortamından yoksun bırakılan çocuklar ve evlat edinilen çocuklar (m. 20 ve m. 21); çocuğun polis ve adalet sistemi ile ilişkiye girmesi (m. 37 ve m. 40) gibi konularda da yer almaktadır.

### 2.2.2. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Tanımlanamazlığı

Çocuğun yüksek yararı kavramı Sözleşmede tanımlanmamıştır. Bu durum eleştirilere maruz kalmıştır. Çocuğun yüksek yararına karar verecek olanların neyin bu amaca gerçekten hizmet edeceğini belirleyebilmek için bazı ölçütlere ihtiyaç duyacakları; ancak çocuğun yüksek yararını belirlerken kullanacakları bu ölçütlerin tanımlanmasının güç olduğu belirtilmiştir. Hakim, çocuğa ilişkin ölçütlere dayanarak

<sup>76</sup> Pais, **a.g.e.**, s. 45.

<sup>77</sup> Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 40.

<sup>78</sup> Sözleşmenin diğer genel ilkeleri 2. maddede düzenlenen “ayrım gözetmeme” ilkesi, 6. maddede düzenlenen “çocuğun yaşama, hayatta kalma ve gelişme hakkı” ve 12. maddede düzenlenen “çocuğun görüşlerine saygı” ilkesidir.

<sup>79</sup> Pais, **a.g.e.**, s. 44

vereceği kararların çocuğun hayatı üzerindeki etkisini görebilecek olsaydı bile, çocuğun yüksek yararına karar verebilmek için acaba hangisine öncelik vermeli, hangilerini kullanmalıdır?<sup>80</sup>

Bu eleştirilere karşı iki cevap öne çıkmıştır. İlki, ilkenin tanımsızlığının giderilmesinin, toplumsal hayattaki geleneklere, alışkanlıklara, anlayışlara dayandırılabilirliği<sup>81</sup>. İkincisi ise, ilkenin yol gösterici özelliğidir. İlke, somut bir olayda, bir çocuğun yüksek yararının nasıl sağlanacağına, buna ilişkin bir kararın nasıl verilmesi gerektiğine dair kesin ifadeler içermemesine rağmen, çocuğun yüksek yararını belirlemeyi amaçlayanlara yol göstermektedir.<sup>82</sup>. Yine Sözleşmenin temel ilkelerinden biri olan “ayırım gözetmeme” nin de Sözleşmede tanımlanmamış olması, bu ilkenin önemini ve çocuk haklarının yaşama geçirilmesini sağlamadaki değerini asla tartışma konusu haline getirmez. Özellikle bu tip temel ilkelere ilişkin tanım yapmak zor ve sakıncalı bir iştir. Zira, sıklıkla tanımlar, haklara sınırlayıcı bir yaklaşımla bakılmasına sebep olurlar<sup>83</sup>. Bu nedenle hukukta böylesine sınırları çizilmemiş, hakim in takdirine açık, somut olayın özelliklerini dikkate almayı gerektiren kavramları kapsayan kurallara da ihtiyaç duyulur<sup>84</sup>.

### 2.2.3. Çocuğun Yüksek Yararının Belirlenmesinde Dayanılacak Ölçütler

Çocuğun yüksek yararını belirlerken göz önüne alınabilecek Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin temel ilkelerine dayalı ölçütler şöyle sıralanabilir<sup>85</sup>:

---

<sup>80</sup> Alston, **a.g.e.**, s. 18.

<sup>81</sup> Stephen Parker, “The Best Interests of the Child-Principles and Problems,” **International Journal of Law and the Family** 8, (1994), s. 39; Alston, **a.g.e.**, s. 19.

<sup>82</sup> Aynı, s. 19.

<sup>83</sup> Pais, **a.g.e.**, s. 45- 46.

<sup>84</sup> Serozan, **a.g.e.**, s. 65- 66.

<sup>85</sup> Onursal, **Çağdaş Çocuk Hakları Sistemi**, s. 1152.

### 2.2.3.1. Çocuğun Yararının En İyi Biçimde Korunması

Çocuğun yararı, onun pek çok açıdan esenlikte olmasını gerektirir. Çocuğu sadece aile kurumu içerisinde düşünerek, aile içindeki yararının sağlanması yeterli değildir. Okulda, iş yerinde, sosyal hizmet kurumlarında, sokakta, karakolda, mahkemede, cezaevinde, hastanede, toplumsal hayatın her alanında çocuğun yararı gözetilmelidir<sup>86</sup>. Ayrıca çocuğa, sadece çocukluk sıfatının verdiği bazı haklar (ana babadan ayrılmama ya da oyun ve dinlenme hakkı gibi) tanımakla yetinilmemeli, her insanın hakkı olan temel kişi hakları, sosyal ve ekonomik haklar, korunma hakları bağımsız ve onurlu bir birey olan çocuğa da tanınmalıdır<sup>87</sup>.

### 2.2.3.2. Çocuk Lehine Pozitif Ayrımcılık Yapma

İlke, bir somut olayda çocuğun yararı başka kimselerin yararları ile çatıştığında çocuğun yararına üstünlük tanınması emrini de içermektedir.

Gerçi Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 3. b.1’de yer alan “...çocuğun yüksek yararı temel düşüncedir” şeklindeki ifadeden çocuğun yüksek yararının her durum için göz önüne alınması gereken tek ve diğer her şeye üstün bir ilke olmadığı gibi bir anlam çıkarılabilir. Ancak, ilkenin çocuk hakları için olan önemi dikkate alınacak olursa, “çocuğun yüksek yararı temel düşüncedir” ifadesi çocuğun yararının en üstün olarak ele alınması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır. Çocuğun yararı, başka kişilerin yararı ile ya da başka ilkelerle çelişebilir. Kadının hakları ile çocuğun hakları çatışabilir. Kadının kendi kimliğini saklayarak doğurma hakkı ile çocuğun kendi ana-babasını tanıma hakkının çatışması gibi. Ya da ailenin birliği ilkesi ile çocuğun yüksek yararı ilkesi çatışabilir. Ancak çatışan yararlar ya da ilkeler olması halinde yapılması gereken çocuğun yararının araştırılması ve bunun üstün tutulmasıdır<sup>88</sup>. Zira, çocuğun yüksek yararı ilkesini uygulayabilmek, çocuğu bir taraftan bağımsız ve onurlu bir birey olarak kabul ederken, diğer taraftan, çocuğun toplumun en

<sup>86</sup> Serozan, **a.g.e.**, s. 2.

<sup>87</sup> **Aynı**, s. 51.

<sup>88</sup> Onursal, **Çocuk Hakları Okulu**, s. 3.



fazla korunmayı gerektiren kesimi içerisinde olduğu gerçeğini göz önüne alarak, çocuk lehine pozitif ayrımcılık yapmakla mümkündür<sup>89</sup>.

### 2.2.3.3. Konuyla İlgili Kişilerin Dinlenmesi

Çocuğun yararı, pek çok kişinin katılımı ile belirlenebilir. Kişi için en iyiyi kendisinin, çocuk için en iyiyi ailesinin, çocuğun yararını tespitte yarayacak çocuğun gelişimi, onun ihtiyaçları gibi konuların –bunlar çeşitli bilim dallarının uzmanlık alanına girdiği- için en iyiyi ilgili alanların uzmanlarının bilebileceği düşünülürse çocuğun yararı tespit edilmeden önce çocuk, aile ve konu ile ilgili uzmanlar dinlendikten sonra karar verilmelidir.

Çocuğun yararını belirlemenin en etkin yolu, çocuğun görüşünün alınmasıdır<sup>90</sup>. Sözleşmenin diğer temel ilkelerinden olan çocuğun görüşlerine saygı ilkesi gereği, bir görüş oluşturma yeteneğine sahip çocuk ailede, okulda, mahkemede, hastanede, toplumsal yaşamın her alanında kendisini ilgilendiren her konuda söz hakkı sahibidir; çocuğa kendisini ifade edebilmesi için mutlaka fırsat verilmelidir<sup>91</sup>. Bunun için de çocuğa ilişkin “düşüncesi, isteği olamaz; olsa da ifade edemez; etmişse de kendisine yakın insanların etkilemesi ile etmiştir” gibi düşüncelerin aşılması gerekir. Çocuğun yararını belirlemek hassas ve pek çok veriyi beraber değerlendirmeyi gerektiren bir durumdur ve bu durumda verilecek kararın merkezinde olan çocuğun görüşleri hafife alınmamalıdır. Örneğin, evlat edinme gibi çocuğun bütün hayatını etkileyecek bir konuda herkesten çok çocuğun söz hakkı olmalıdır.

### 2.2.3.4. Çocuğun Gelecekteki Yararının da Gözetilmesi

Çocuğun yüksek yararını belirlerken göz önüne alınacak husus, çocuk için iyi herhangi bir çözümü değil, en iyi olanı bulmaktır. Çocuk için en iyi olan, toplumdan topluma, o anki koşullara, her çocuğun kendi özel durumuna göre değişebilir. Çocuğun yüksek yararını tespit edecek kişi ya da kişiler, tüm bu faktörleri değerlendirmelidirler.

<sup>89</sup> Serozan, **a.g.e.**, s. 4- 5.

<sup>90</sup> Onursal, **Çocuk Hakları Sistemi**, s. 1152.

<sup>91</sup> Hodgin/ Newell, **a.g.e.**, s. 145.

Çocuğun yüksek yararının tespiti, sadece tespit anındaki koşulların değil gelecekteki durumun da değerlendirilmede göz önüne alınmasını, yani çocuğun kısa, orta ve de uzun dönemdeki yararının gözlemlenmesini gerektirir. Örneğin hakim, çocuğun velayetinin ana babadan hangisine verileceğine ilişkin bir karar verirken, çocuğun yararını sadece çocuğun karar anındaki yaşı ile değerlendirmemeli, karar anından üç sene , beş sene sonra da çocuk için iyi olacak çözümü düşünmelidir. Hatta hakim kararını verirken, çocuğun günün birinde yetişkin bir insan olarak geriye dönüp baktığında nasıl bir karar verilmiş olmasını dileyebileceğini de düşünmelidir<sup>92</sup>.

### 2.2.3.5. Her Ülkenin Kendi Gerçekliğinin Göz Önüne Alınması

Çocuğun yararının her ülkenin toplumsal yapısı, sosyo-ekonomik koşulları açısından değiştiği dikkate alınarak, her ülkenin çocuğun yararını belirlerken kendi gerçekliğini göz önüne alması gerekir<sup>93</sup>. Örneğin, Türk toplumunda aile kavramı batıdaki aile kavramına göre daha geniş algılanır. Çocuğun çoğu zaman ana ve baba tarafından akrabaları ile yakın ve sıcak ilişkileri vardır. Böyle bir gerçekliğin, örneğin çocukla büyükanne büyükbabası arasında kişisel ilişki tesisine ilişkin bir talepte, göz önünde tutulması çocuğun yararına olacaktır (Bkz. MK 325).

### 2.3. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Önemi

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi “çocuğun yüksek yararı ilkesi” ni çocuk hakları hukukunun merkezine yerleştirmiştir<sup>94</sup>. İlke, Sözleşmenin diğer üç genel

---

<sup>92</sup> Parker, **a.g.e.**, s. 30.

<sup>93</sup> Ancak taraflar yüksek yararı kültürel anlamda göreceli bir kavram olarak yorumlayarak, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakları bu yolla inkar edemezler. Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 40. Her ülkenin çocuğun yararını belirlerken kendi gerçekliğini (kültürel, sosyo-ekonomik, coğrafi, vs. her ne açıdan olursa olsun) göz önüne alabilecek olması asla çocuklara Sözleşme ile tanınan hakları sınırlar ya da ortadan kaldırır bir duruma yol açmamalıdır.

<sup>94</sup> Parker, **a.g.e.**, s. 27.

ilkesi<sup>95</sup> gibi, Sözleşmede yer alan çocuk haklarının tümünün gerçeğe dönüşmesi için izlenmesi gereken yaklaşımı belirten bir hükümdür<sup>96</sup>.

Sözleşme, çocuğun her zaman korunması ve üstün tutulması gereğini temel çıkış noktası almaktadır ve bu bir anlamda Sözleşmenin ahlaki tutumudur. İşte, ilke, Sözleşmenin bu ahlaki tutumunu<sup>97</sup> yansıtmaktadır<sup>98</sup>. “Çocuğun yüksek yararının gözetilmesi sözleşmenin yapısında bir bütün olarak bağlayıcı güce sahip ve çocuk haklarına yenilikçi bir yaklaşımla evrensel ahlaki bir referans olarak kabul edilmiştir”<sup>99</sup>. Çocuğun yararının birinci derecede gözetilmesi yönündeki yaklaşım, hukuki, yargısal ve idari alanlarda yeni bir karar yönteminin benimsenmesini gerektirmektedir<sup>100</sup>. Sözleşmenin 3. maddesinin ışığında, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organı tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yüksek yararı temel düşüncedir. Başka bir ifadeyle, çocuğu etkileyen her durumda ve her kararda, daima çocuk için en iyi olan çözüm seçilmelidir<sup>101</sup>.

Böyle bir yaklaşım, tüm durumlarda hem devlet ve egemenlik alanı içindekiler arasındaki direk ilişkilerde hem de devlet çocuk haklarının gündeme geldiği genel durumları (aile gibi özel bir ilişkinin söz konusu olduğu haller de dahil olmak üzere) düzenlerken hakim olmalıdır<sup>102</sup>. Ayrıca, çocuğun kısa vadeli çıkarı değil, uzun vadede, geniş kapsamlı ve toplumsal çevre içindeki yararı gözetilmelidir<sup>103</sup>. Çocuğun yararının en iyi biçimde korunacağı, tüm menfaat çatışmalarında çocuğun yararının öncelikli olarak dikkate alınacağını belirten ilke, eşitlik ilkesi ve sosyal devlet ilkesi ile de uyum

---

<sup>95</sup> Bkz. dipnot 78.

<sup>96</sup> Pais, **a.g.e.**, s. 44. Madde 3 (1) de yer alan ilkenin içeriği, Sözleşmenin daha sonraki bir maddesinde ve daha dar bir ifadeyle yer almış olsaydı bugünkü önemine ve ününe sahip olamayacağı ileri sürülmektedir. Alston, **a.g.e.**, s. 15-16.

<sup>97</sup> Sözleşmenin ahlaki çerçevesi “İnsanlık, çocuğa elindeki en iyi şeyi borçludur” şeklinde ifade edilmiştir. Akıllıoğlu, **a.g.e.**, s. 17.

<sup>98</sup> Pais, **a.g.e.**, s. 44.

<sup>99</sup> **Aym**, s. 44.

<sup>100</sup> Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 42.

<sup>101</sup> Pais, **a.g.e.**, s. 44.

<sup>102</sup> **Aym**, s. 45.

<sup>103</sup> Serozan, **a.g.e.**, s. 65.

içerisindedir. Bu anlamda maddenin ikinci ve üçüncü paragrafları da büyük önem taşımaktadır. Üçüncü maddenin ikinci paragrafı “Taraf devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli koruma ve bakımı sağlamayı üstlenir ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar” ifadesiyle devletin aktif ve genel yükümlülüklerini belirtmektedir. Devlet ana-babanın haklarına ve görevlerine saygı gösterirken, çocuğun esenliğini her durumda gözetecek bakım ve korumayı sağlayacaktır<sup>104</sup>. Üçüncü maddenin üçüncü paragrafı ile, çocuklarla ilgili bütün kurumlar, hizmetler ve tesisler için yetkili makamların belirlediği standartlara uyulmasını sağlama görevi devlete verilmektedir<sup>105</sup>.

Yasal düzenlemelerde çocuğun yüksek yararı ilkesi içselleştirilmeli, böylece mahkemelerin<sup>106</sup> ilkeye atıfta bulunabilmeleri sağlanmalıdır<sup>107</sup>. Ayrıca yasama organı, yasama tasarruflarını yaparken halihazırda bulunan ya da tasarlananlar içerisinde hangisinin ya da hangilerinin, çocuğun yararı ilkesini hayata geçirebilmek için tercih edilebilir en iyi çözüm olduğunu sorgulamalıdır<sup>108</sup>. İlke, sadece tek tek çocuklara ilişkin kararlarla<sup>109</sup> ilgili yasal düzenlemelerde değil, çocuk gruplarını ya da bütün çocukları ilgilendiren ama doğrudan çocuklara yönelik olmayan eylemlerle<sup>110</sup> ilgili yasalarda da yer almalıdır<sup>111</sup>. İlke, kaynak tahsisine karar verilirken, merkezi ve yerel bütçelerde, çocuklara yönelik hizmetlere mümkün olan en yüksek ödeneklerin ayrılmasını

---

<sup>104</sup> Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 38.

<sup>105</sup> Sözleşmenin 3. maddesinin üçüncü paragrafı şöyle demektedir: “Taraf devletler, çocukların bakımı ve korunmasından sorumlu kurumların hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler”. Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 37.

<sup>106</sup> Yararlar arasındaki çatışmaya ilişkin karar verilmesi gereken durumlarda, çocuğun yararını gözetilen bir karar vermek mahkemenin hem hakkı hem de görevidir. Örneğin çocuğun ana-babasını tanıma hakkı ile hekimin sır saklama yükümü karşı karşıya geldiğinde çocuğun yararı öncelikli olmalıdır. Pais, **a.g.e.**, s. 45; Serozan, **a.g.e.**, s. 66.

<sup>107</sup> Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 43.

<sup>108</sup> Pais, **a.g.e.**, s. 45.

<sup>109</sup> Örneğin çocuğun ana-babasının boşanması halinde velayetin taraflardan birine verilmesine ilişkin bir karar. Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 43.

<sup>110</sup> İstihdam, planlama, ulaştırma gibi alanlarda verilecek kararlar. **Aynı**, s. 43

<sup>111</sup> **Aynı**, s. 43.

gerektirmektedir<sup>112</sup>. Yine ekonomik uyum politikalarının ve bütçe kesintilerinin çocuklar üzerindeki etkisi, çocuğun yüksek yararı ilkesi göz önünde tutularak alınmalıdır<sup>113</sup>.

Ayrıca ilke, ana-babanın çocuğun yetiştirilmesi ve gelişiminin sağlanması sorumluluğunu<sup>114</sup> yerine getirirken yol gösterici bir referans teşkil etmektedir. Bu nedenle, Sözleşmenin 18. maddesi<sup>115</sup> çocuğun yüksek yararının ana-babanın başlıca duyarlılık konusu olması gerektiğini belirtmektedir<sup>116</sup>.

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, çocuğun kendi hakları<sup>117</sup> ile gerçek bir kişi olduğu anlayışının belirginleşmesine yardımcı olmaktadır.

Bu noktada ilkenin çocuk hakları ile ilgili olarak üç farklı işlev görebileceği belirtilmelidir<sup>118</sup>. İlk olarak ilke, Sözleşmedeki diğer maddeler ile uyum içerisinde, Sözleşmenin ruhunu ve yaklaşımını açıklamakta ve desteklemektedir. Bu anlamda ilke, hem diğer hakların uygulanmasında hem de Sözleşmenin yorumlanmasında göz önünde tutulmalıdır. İlkenin ikinci işlevi ise, Sözleşmede düzenlenen diğer haklar arasındaki çatışmayı<sup>119</sup>, çocuğun yararına çözmektir<sup>120</sup>. Üçüncü olarak ise ilke, taraf devletlerin

---

<sup>112</sup> **Aym**, s. 41

<sup>113</sup> **Aym**, s. 42.

<sup>114</sup> Sözleşme, çocuğun bakımında ve korunmasında asıl görevin ana-babaya düştüğünü, ancak bakım ve korumayı ana-babanın tek başına sağlayamadığı durumlarda devletin bu konuda aileye yardımla yükümlü olduğunu kabul etmektedir. Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 17. Çocuk yararına öngörülmuş olan ana babanın gözetim hakkı dışarıya karşı bir hak görünümünde olsa bile iç ilişkide bir yükümdür. Bu nedenle de ana-babanın çocuk üzerindeki bu hakkı, çocuğun yararı ile asla çatışamaz. Serozan, **a.g.e.**, s. 6.

<sup>115</sup> Sözleşmenin 18. maddesi şöyle demektedir: “Taraf devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler”. Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 225. Resmi çeviride yer alan “yasal vasi” ifadesi Türk hukuku açısından uygun bir ifade değildir.

<sup>116</sup> Pais, **a.g.e.**, s. 45.

<sup>117</sup> Çocuğun kendi gelişmesinde söz sahibi olması, yaşamına ilişkin kararlarda görüşünü açıklaması, varlığının dikkate alınması sözleşmenin kabul ettiği önemli ilke ve yaklaşımlardandır. Akıllıoğlu, **a.g.e.**, s. 17.

<sup>118</sup> Alston, **a.g.e.**, s. 15- 16.

<sup>119</sup> Örneğin, Sözleşmenin 7. maddesi çocuğun ana-babası tarafından bakılma hakkını düzenlerken, 9. madde çocuğun yararının gerektirdiği hallerde çocuğun ana-babasından ayrılmasına karar verilebileceğini belirtmektedir.

mevzuatlarını ve uygulamalarını değerlendirmede göz önünde tutulan temel bir unsur işlevi görmektedir<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> Alston, **a.g.e.**, s. 16.

<sup>121</sup> Parker, **a.g.e.**, s. 27; Alston, **a.g.e.**, s. 16.

## İKİNCİ BÖLÜM

### EVİLİK BİRLİĞİNDE VELAYET İLİŞKİNİNDE ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ

#### 1. VELAYET KAVRAMI

Eski hukuk sistemlerinde, velayet, babanın çocukları üzerindeki mutlak bir hakkı olarak kabul edilmiş, zamanla bu hak anaya da tanınmıştır. Velayeti ana babanın mutlak hakkı olarak görüp çocuk için en iyiyi ana babanın bileceğini düşünenler, velayet hakkı ile mülkiyet hakkını eşdeğer görmüşlerdir<sup>122</sup>.

Ancak toplumsal hayatın bambaşka bir hal almasıyla, aile ve çocuk kavramlarına ilişkin anlayışlar ve buna bağlı olarak da velayetin tanımı ve niteliği değişiklik göstermiştir.

Bugün artık velayet, çocuğun kişiliğine ve mallarına özen göstermek ve onu temsil etmek konusunda ana babaya görevler yükleyen ve bunların en iyi biçimde yerine getirilmesi için onlara yetkiler sağlayan, asıl amacı çocuğun korunması ve çocuğun yararının gözetilmesi olan bir kurumdur<sup>123</sup>. Bu anlamıyla velayet, çocuk üzerinde bir hakka sahip olmayı değil, onu gelecekte yeterli bir olgunluğa ulaştırmayı amaçlar. Şu durumda velayet, çocuğa bedensel, zihinsel, duygusal ve ahlaksal açıdan hayata uyum sağlayabilme yeteneğinin kazandırılması amacıyla yönelik olarak ana

---

<sup>122</sup> Selma Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2000), s. 27.

<sup>123</sup> Akyüz, **a.g.e.**, s. 236.

babaya sağlanmışır<sup>124</sup>. Bu nedenle de velayet çocuğun yararı (MK m. 339/ I) ve çocuğun katılım hakkıyla (MK m. 339/ III) sınırlandırılmışır<sup>125</sup>.

Çocuğun korunması ve onun toplumsal hayata hazırlanması yalnız aile içi bir mesele olmaktan çıktığından, velayetin amaca uygun ve sınırları içinde kullanılıp kullanılmadığı devletin denetimine ve müdahalesine açık bir hale gelmiştir.

Velayetin ana babaya görevler yüklemesi ve asıl olarak çocuğun yararına kullanılması zorunluluğu, velayetin ana babanın üçüncü kişiler karşısındaki bir hakkı, hem de anayasal ağırlıklı bir hakkı olarak da düşünülmesine engel olmamalıdır<sup>126</sup>. Çocuğun hayat bulmasına yol açan ve onun geleceğini yönlendirenler, önemli görevlerle birlikte çocuğu hayata hazırlamak, onu yetiştirmek ve terbiye etmek hakkına da sahip olmalıdırlar<sup>127</sup>. Alman Anayasası madde 6/ II'ye göre çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi, ana babanın doğal hakkı ve onlardan ilk sırada beklenen ödevdir<sup>128</sup>. Velayet, ana baba bakımından bir hak olarak kabul edildiğinde, bu hak çocuğun özerk ve onurlu kişiliğiyle, onun yüksek yararıyla ve devletin denetim ve müdahale yetkisiyle sınırlanmaktadır<sup>129</sup>. Ancak velayet ana babaya çocuk üzerinde bir egemenlik hakkı vermez. Velayet, üçüncü kişilere karşı mutlak bir haktır<sup>130</sup>. Ana baba velayete dayanarak çocuğun üçüncü kişilerle ilişki kurmasını engelleyebilir, üçüncü kişilere karşı egemenlik haklarına özgü iadeyi isteme yetkisinden ve haksız fiil korumasından yararlanır<sup>131</sup>. Bu anlamda, herhangi bir kimse çocuğu haksız yere alıkoysa, ana baba ondan çocuğu geri alabilir, bu kişiden haksız fiil tazminatı sağlayabilir<sup>132</sup>.

<sup>124</sup> Emine Akyüz, “Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi”, **Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı** (İstanbul: 1999), s. 647.

<sup>125</sup> Serozan, **a.g.e.**, s. 250.

<sup>126</sup> Cengiz Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması** (Ankara: Turhan Kitabevi, 2004), s. 181; Serozan, **a.g.e.**, s. 251.

<sup>127</sup> Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 186; Emily Buss, “Parental Rights”, **Virginia Law Review**, 88, (2002), s. 656.

<sup>128</sup> Dieter Hahn, **Kindheits-, Jugend- und Erziehungsrecht** (München: C. H. Beck, 2004), s. 46.

<sup>129</sup> Serozan, **a.g.e.**, s. 5.

<sup>130</sup> Hahn, **a.g.e.**, s. 46.

<sup>131</sup> Serozan, **a.g.e.**, s. 151.

<sup>132</sup> **Aym**, s. 151.



İade isteminden ve haksız fiil hükümlerinin himayesinden yararlanılması nedeniyle velayet mutlak hak olarak nitelendirilebilir ve velayetin ana babaya çocuk karşısında sorumluluklar (ödevler) yüklemesi de bu nitelendirmeyi engellemez<sup>133</sup>. Ancak yine de velayet hakkı klasik haklar şemasına uymaz<sup>134</sup>. Ana babanın çocuk üzerindeki hakkı, onların eşya üzerindeki iştirak halinde mülkiyetine benzetilemez. İç ilişkideki bakım, saygı, sadakat ve dayanışma yükümleri de kendine özgüdür, ifaları istenemez; bu hak ve yükümlülükler bir egemenlik hakkından söz etmeyi haklı göstermez<sup>135</sup>. Velayet, kişiye sıkı biçimde bağlı olması, başkalarına devredilememesi, mirasçılara geçmemesi ve feragat konu olmaması<sup>136</sup> gibi özellikleriyle kişilik hakkına benzer<sup>137</sup>. Ancak bu hak, artık günümüzde ana babanın kişilik haklarının bir parçası olarak kabul edilmemektedir<sup>138</sup>. Velayet hakkı bir kişilik hakkı olarak kabul edilse bile bu kişilik hakkı, ana babanın kendi yararına değil, çocuğun yararına tanınan bir haktır<sup>139</sup>. Modern hukukta velayet, aile bireylerinin bağımsızlığı ilkesinden, ivme kazanan insan hakları, özel olarak çocuk hakları hareketinden, toplumsal hayattaki sosyal ve fikirsal gelişmelerden etkilenecek eski katılığını kaybetmiş ve artık her şeyden önce bir ödev (görev, yükümlülük) olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Bu nedenle kimi çağdaş yasalarda egemenlik ve bağımlılık çağrışımı yapan “velayet” terimi yerine “bakma hakkı” terimi getirilmiştir. Alman Hukukunda yapılan değişiklikle “velayet” (elterliche Gewalt) terimi yerine “bakma hakkı” (elterliche Sorge) terimi getirilmiştir<sup>140</sup>. İngiltere’de 1975 tarihli Çocuk Yasası’nda (Children Act) “ana babanın hakları ve ödevleri” (the parental rights and duties) terimi kullanılırken bu yasayı değiştiren 1989

---

<sup>133</sup> Hahn, **a.g.e.**, s. 47.

<sup>134</sup> Serozan, **a.g.e.**, s. 251.

<sup>135</sup> Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm** (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004), s. 166.

<sup>136</sup> Çocuğu evlatlık olarak verme veya çocuğun evlenmesine izin vermede velayetten feragat veya velayetin devri değil, velayeti yasal yoldan sona erdirmeye bir olur verme durumu söz konusudur. Yine velayete özgü bazı yetkilerin bir süreliğine başkasına, örneğin bir eğitim kurumuna bırakılması velayetin devri değildir. Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 252.

<sup>137</sup> **Aym**, s. 251.

<sup>138</sup> Bilge Öztan, **Aile Hukuku** (Beşinci Basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004), s. 626.

<sup>139</sup> Emine Akyüz, **Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması** (Ankara: Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Yayınları, 1983), s. 26.

<sup>140</sup> Ali Naim İnan, “Medeni Hukukta Velayet, Vesayet ve Kayyumluk”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 69 Sayı: 1-2-3 (1995), s. 73; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 253.

tarihli Çocuk Yasası'nda "çocuklar için sorumluluk" (responsibility for children) terimi kullanılmıştır<sup>141</sup>.

Velayeti yalnızca hak veya yalnızca ödev olarak kabul etmek velayeti açıklamakta yetersiz kalır. Çocuğun kişisel varlığı ile malvarlığının korunmasında ve onun temsilinde ana babaya görevler verilirken, bu görevleri yerine getirebilmeleri için gerekli yetkiler de verilmiştir. Velayetin hem bir hak hem de bir yükümlülük olma özelliği iç içe geçmiştir ve bunları ayırmak mümkün değildir<sup>142</sup>. Şöyle ki velayet hakkı kaldırılrsa bile ana babanın görevleri devam eder ya da velayete ilişkin görevler sona erse de ana babanın çocuğa ilişkin istekleri olabilir<sup>143</sup>. Ayrıca velayeti sadece görev olarak kabul etmek, ana baba çocuk ilişkisinin duygusal boyutunu göz ardı etmek ve ana babalığı sırf çocuğa, topluma, devlete karşılıksız bir hizmet olarak görmek anlamına gelir<sup>144</sup>. Bu nedenle velayeti bir yüküm-hak (hak-ödev) olarak kabul etmek gerekir<sup>145</sup>. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Ebeveynlerin Velayet Sorumlulukları Hakkında Tavsiye Kararı Eki'nde velayet, bir ödevler ve yetkiler toplamı olarak şu şekilde ifade edilmiştir: "Ebeveynlerin velayet hakları (sorumlulukları) ifadesi, özellikle çocuğu bakıp gözetmek, çocukla kişisel ilişki kurup sürdürmek ve çocuğa eğitimi, barınmasını sağlamak, yasal temsilciliğini yapmak ve mal varlığını yönetmek suretiyle , çocuğun manevi ve maddi esenlik ve refahını güvence altına almayı amaçlayan bir ödevler ve yetkiler toplamıdır"<sup>146</sup>.

---

<sup>141</sup> Çetiner, **a.g.e.**, s. 29.

<sup>142</sup> İnan, **Medeni Hukukta Velayet**, s. 74.

<sup>143</sup> Çetiner, **a.g.e.**, s. 30.

<sup>144</sup> Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 186; Çetiner, **a.g.e.**, s. 30.

<sup>145</sup> İnan, **Medeni Hukukta Velayet**, s.74; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 250; Çetiner, **a.g.e.**, s. Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 187.

<sup>146</sup> TK.No. R (84) 4'ün metni için bkz. Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 77-78.

## 1.1. Velayetin Özellikleri

### 1.1.1. Çocuğun Yararına Kullanılması

İlk olarak, velayette çocuğun yararı ön plandadır. Velayetin ana babaya verdiği her yetki, çocuğun yararı için kullanılmalı, çocuk ile ana babanın çıkarı çatıştığında çocuğun yararı gözetilmeli, devlet velayetin kullanımına çocuğun yararı gerektirdiğinde müdahale etmelidir. Medeni Kanun 339/ I'de “Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygular” denilmekte ve madde 345’de çocuğun yararının tehlikeye düşeceği hallerden birine ilişkin olarak alınacak önlemler belirtilmektedir. Ancak Medeni Kanunda, çocuğun yararı ile ana babanın yararının çatışması halinde çocuğun yararının öncelikli olacağını belirten açık bir hüküm yoktur. Bununla birlikte, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesinde çocukla ilgili bütün faaliyetlerde çocuğun yüksek yararının temel düşünce olacağı açıkça ifade edilmiştir. Türkiye bu anlaşmayı onaylamıştır<sup>147</sup>. Anayasa madde 90/ V’e göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”. Bu durumda, velayet ilişkisinde çocuğun yararının temel düşünce olması, Anayasa madde 90/ V’e göre, kanun hükmünde kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi gereğidir. Yargıtay da velayetle ilgili kararlarda hakimnin takdir hakkı olduğu, ancak hakimnin bu takdir hakkını kullanırken önce çocuğun çıkarını düşünmesi, sonra tarafların durumuna bakması gerektiği yönünde karar vererek, çocuğun yararının ana babaya tercih edileceğini belirtmiştir<sup>148</sup>.

Çocuğun yararı, ana babanın yararı karşısında öncelikli olarak gözetilecektir. Ancak, asıl sorun çocuğun yararına olanın ne olduğu ve bu yararı kimin belirleyeceğidir. Velayete devletin müdahalesi kabul edildiğine göre velayette çocuk ve

<sup>147</sup> Onay Kanunu sayı ve tarih için bakınız dipnot 33.

<sup>148</sup> YHGK 18.10.1969 968/ 2-768-711. (Bkz. Nihat İnal, **Uygulamada Nafaka ve Boşanma Davaları** İkinci Baskı. Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1975), s. 925.

ana babadan başka devletin de yararı gözetilecek midir? 1804 Fransız Medeni Kanunu, velayeti babaya emanet edilmiş bir hak olarak kutsal kabul ederken, kanunu yorumlayanların en meşhurlarından biri olan Demolombe, babanın çocuk üzerindeki hakkının ne sadece babanın yararına ne de sadece çocuğun yararına olduğunu, tüm ilgililerin yararı için kullanılması gerektiğini ifade ediyordu. “Velayet, çocuğun güçsüzlüğü korunmasını, deneyimsizliği denetimini gerektirdiği için çocuğun yararına, çocuğu yetiştirmek ana baba açısından sadece bir görev değil aynı zamanda bir hak olduğu için ana babanın yararına ve sağlıklı bir aile sağlıklı bir toplumun ilk ve en önemli garantisi olduğu için devletin yararına kullanılmalıdır”<sup>149</sup>. Aslında, çocuğun çıkarı ile ana babanın çıkarının çatışması halinde çocuğun yüksek yararı ilkesinin uygulanması sadece çocuğa ilişkin kişisel bir çıkar olmayıp toplumun da yararınadır<sup>150</sup>. Genel olarak kabul edilmektedir ki gelişim aşamasında sağlıklı büyüyen çocuklar, toplumun olgun, sorumluluk sahibi ve üretken bir üyesi olmaktadır. Tersine, gelişim aşamasında ihtiyaçları karşılanmayan çocuklar, sosyal taleplere cevap veremeyen, genellikle üretken olmayan ve bazen de tehlikeli bireylere dönüşmektedirler<sup>151</sup>.

Velayetin ana babaya verdiği yetkilerin ve bu yetkilerin kullanımının çocuğun yararı bakımından sınırlandırılmasının hukuki önemine ilişkin İngiliz uygulamasından şöyle bir karar gösterilebilir: On bir yaşındaki özürlü bir kız çocuğunun annesi, kızının cinsel bir saldırıya uğrama ve bundan dolayı özürlü bir çocuk dünyaya getirme ihtimaline karşı, bir çocuk doktoru ve bir kadın-doğum doktorunun tavsiyesi ile çocuğun kısırlaştırılmasına karar vermişti. Operasyondan önce sosyal bir görevli konuyu mahkemeye götürmüştü. Mahkeme çocuğun yararı ilkesine dayanarak, bir kadının temel insan hakkı olan çocuk doğurma hakkının kendisinden geri dönülemez şekilde alınmasının çocuğun yararına olmayacağını belirterek operasyonun yapılmasına izin vermemiştir<sup>152</sup>.

<sup>149</sup> Jacqueline Rubellin-Devichi, “**The Best Interests Principle In French Law and Practice**”, International Journal of Law and the Family, 8, (1994), s. 261’den naklen.

<sup>150</sup> Çetiner, **a.g.e.**, s. 33.

<sup>151</sup> Lynn M. Akre, “**Struggling With Indeterminacy: A Call For Interdisciplinary Collaboration In Redefining the Best Interest of the Child Standard**”, Marquette Law Review, 75, (1991-1992), s. 629.

<sup>152</sup> Stephen M. Cretney, **Principles of Family Law** (Dördüncü Basım. London: Sweet& Maxwell, 1984), s. 295.

### 1.1.2. Velayetin Bütünlüğü

Velayet bir bütündür. Velayetteki çocuğun kişiliğine ve mallarına özen gösterilmesini amaçlayan hak ve ödevler bölünemeyeceği gibi velayet zaman bakımından da bölünemez. Velayetteki hak ve ödevlerin bölünemeyeceği, çocuğun kişiliği üzerindeki velayetin ana babadan birine, malları üzerindeki velayetin diğerine bırakılmayacağı anlamına gelir. Aslında böyle bir bölüşüm, bazı durumlarda çocuğun yararına olabilir. Örneğin anaya ihtiyaç duyan bir çocuğun velayeti anaya verilirken, malvarlığının yönetiminin de mali konularda daha becerikli olan babaya, velayetin bölünmezliği nedeniyle verilememesi, çocuğun yararına olmayacaktır<sup>153</sup>. Alman Medeni Kanunu'na göre, hakim boşanmada velayete ilişkin hak ve görevleri ana baba arasında paylaşırabilir, çocuğun güvenliği nedeniyle çocuğun bakım ve eğitimi ile ilgili görevi ana babadan birine, malların idaresi görevini de diğerine verebilir. Velayetin ana baba arasında zaman bakımından bölünüp bölünemeyeceği, yani velayetin belli bir süre ana babadan birine, bu sürenin dolmasından sonra diğerine verilip verilemeyeceği tartışmalıdır<sup>154</sup>. Velayetin zaman bakımından bölünmesini uygun bulan görüşe göre, çocuğun yaşı, cinsiyeti ve kişiliği dikkate alınarak velayetin belli bir yaşa kadar anaya, bu yaştan sonra babaya verilmesi çocuğun yararına olur<sup>155</sup>. Diğer görüşe göre ise, çocuğun yararı eğitimin mümkün olduğu kadar istikrarlı sürmesini ve alıştığı çevrenin değiştirilmemesini gerektirdiğinden ve beraber yaşadığı ana veya babadan bir gün zorunlu olarak ayrılacağı endişesi hem çocuğu hem de velayete sahip ana veya babayı huzursuz kılacağından, velayetin bölünmesi çocuğun yararına değildir<sup>156</sup>.

### 1.1.3. Velayetin Geçiciliği

Velayetin kapsamı, çocuk erginliğe ulaşınca kadar gittikçe daralır ve erginlikle beraber ortadan kalkar. Velayetin amacı, çocuğu yaşama en iyi biçimde hazırlayabilmek ve ona bağımsız bir kişilik kazandırabilmektir. Ana baba bu amaç

---

<sup>153</sup> Çetiner, a.g.e., s. 47.

<sup>154</sup> Akyüz, *Çocuğun Korunması*, s. 101.

<sup>155</sup> Şakir Berki, *Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970), s. 11.

<sup>156</sup> Akyüz, *Çocuğun Korunması*, .s. 101.

doğrultusunda velayeti kullanır. Çocuğun yaşı ilerledikçe artan anlayabilme ve kendi başına karar verebilme kabiliyeti karşısında velayet zayıflamaya başlar<sup>157</sup>. Örneğin, Alman hukukunda çocuk on dört yaşını tamamladıktan sonra dinini seçme hakkına sahiptir. On iki yaşından sonra çocuğun isteği dışında önceki dini değiştirilemez. Beş yaşını tamamladıktan sonra çocuğun isminin değiştirilmesi için onayı gereklidir<sup>158</sup>.

#### **1.1.4. Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlılığı**

Velayet şahsa sıkı sıkıya bağlıdır. Velayetin, artık ana babanın çocuğa bakma hakkı olarak görüldüğünü belirtmiştik. İşte ana babanın çocuğa bakma hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Ana baba bu hakkı başkasına devredemez veya ondan feragat edemez.

### **1.2.Velayete Tabi Olan ve Velayet Hakkına Sahip Kişiler**

#### **1.2.1.Velayete Tabi Olanlar**

Velayete kural olarak ergin olmayan çocuk tabidir (MK m. 335/ I). Bununla beraber ergin olan çocuk kısıtlandığı takdirde, hakim çocuğun vesayet altına konulup, kendisine vasi atanmasına gerek görmedikçe, ana babanın velayeti altında kalır (MK. m.335/ II).

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre "Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır". Bu anlamda, ana babanın sorumlulukları çocuk on sekiz yaşını tamamlayana kadar devam etmektedir. Bununla beraber, çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana baba eğitim sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdür (MK m. 328/ II). Velayetin amaçlarından birinin, çocuğun yetişkin hayatına tam anlamıyla hazır hale getirilmesi olduğu düşünülecek olursa, çocuğun tek

<sup>157</sup> Hahn, a.g.e., s. 47, Serozan, a.g.e., s. 250- 251; Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 237.

<sup>158</sup> Hahn, a.g.e., s. 47.

başına varolabilmesi için gereken donanımının tamamlandığı ana kadar ana babanın desteğinin devam etmesi gerektiğinin kabulü yerindedir.

### 1.2.2. Velayet Hakkına Sahip Kişiler

Medeni Kanun velayeti, çocuğun soybağı ile bağlı olduğu ana baba ile çocuğu evlat edinenlere tanımıştır. Velayet çocuk üzerinde geniş yetkiler sağladığından, velayete sahip olanların sayısının sınırlı tutulması çocuğun yararınadır. Ana baba dışındaki kimseler, çocuğa yakın dereceli kan hısımları bile olsalar, velayet hakkına sahip değildirler.

Ana baba birbiriyle evli ise çocuğun doğumundan itibaren birlikte velayete sahiptirler. Evlilik devam etmekle beraber ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse, hakim velayeti eşlerden birine verebilir (MK m. 336/ II). Velayet evliliğin ölüm ile sona ermesi halinde sağ kalan eşe, evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde ise çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa ait olacaktır (MK m. 336/ III).

Ana baba birbirleriyle evli değilse, çocuğun velayeti doğumla birlikte anaya aittir (MK. m. 337/ I).

Medeni Kanun madde 314/ I'in "Ana babaya ait olan hak ve yükümlülükler evlat edinene geçer" hükmüne göre evlat edinenin de çocuk üzerinde velayet hakkı vardır.

Çocuğu koruyucu kurumlardan biri olan koruyucu aile kurumunda velayetin kime ait olacağı düzenlenmemiştir. Bu durum karşısında, öğretilde, çocuk hakkında verilen koruyucu aile yanına yerleştirme kararının ana ve/veya babadan velayetin alınması sonucunu kendiliğinden doğurmayacağı yönünde yaygın bir anlayış bulunmaktadır. Bu kurum çerçevesinde Medeni Kanunun aile başkanlığını düzenleyen hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir<sup>159</sup>.

Üvey ana ve üvey babanın ise velayet hakkı yoktur. Ancak Medeni Kanun madde 338'e göre, "Eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle

<sup>159</sup> Usta Sayita, **a.g.e.**, s. 27.

yükümlüdürler. Kendi çocuğu üzerinde velâyeti kullanan eşe, diğer eş uygun bir şekilde yardımcı olur; durum ve koşullar zorunlu kıldığı ölçüde çocuğun ihtiyaçları için onu temsil eder”.

Yapay dölleme teknolojisinin ya da artık bazı ülkelerde kabul görmeye başlayan aynı cinslerin evliliklerinde, çiftlerin bir çocuğu evlat edinmelerinin, velayete ilişkin ortaya çıkaracağı sorunlar henüz ülkemiz açısından gündemde değildir. Ülkemizde yapay döllemeye imkan tanınmış ancak Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği<sup>160</sup>, ne göre, bu hak yalnızca evli çiftlere, kendilerine ait üreme hücrelerini kullanmaları şartıyla verilmiştir (m. 1, 4/f). Yani evli çiftler, üçüncü kişilerin sperm veya yumurtalarını kullanamaz ya da evli çiftlere ait üreme hücreleri doğacak çocuk kendilerine verilmek üzere başka bir kadında (taşıyıcı anne veya kiralık anne) kullanılamaz (m. 17)<sup>161</sup>. Yönetmeliğe göre gerçekleşen yapay döllemede çocuğun ana babasına (nesebe) ilişkin bir problem çıkmadığından, velayete ilişkin bir problem de oluşmaz. Hem toplum hem de hukuk tarafından tanınması gerektiğini düşündüğümüz aynı cinslerin beraberliklerinde<sup>162</sup>, bir çocuğun evlat edinilmesi ve buna bağlı olarak velayet sorununun, çocuğun yüksek yararı ilkesi açısından tartışmaya değer bir konu olduğu muhakkaktır ve aynı cinslerin evliliğine izin verilen ülkelerde bu konuya ilişkin tartışmalar devam etmektedir. Ancak böyle bir tartışmanın ülkemiz açısından yakın bir gelecekte gerçekleşmeyeceği açıktır.

<sup>160</sup> RG T. 21.8.1987, S. 19551. Değişiklikler t. 19/11/1996, s. 22822; t. 31.03.2001, s. 24359.

<sup>161</sup> Haluk Nomer, “Sunî Dölleme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Neseb Problemleri”, **Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2000), s. 547.

<sup>162</sup> Aksi görüşler için: Hüseyin Hatemi, **Aile Hukuku I Evlilik Hukuku** (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005), s. 33; Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ Alper Gümüüş, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2005), s. 72.



## 2. VELAYET HAKKININ ALANI

### 2.1. Çocuğun Kişi Varlığının Korunması

Çocuğun özadına, yerleşim yerine, eğitimine karar vermek, sağlığını gözetmek ve hayatını düzenlemek gibi tüm bakım, gözetim, eğitim yetki ve ödevleri velayetin çocuğun kişi varlığı ile ilgilidir<sup>163</sup>.

Çocuğun kişi varlığının korunması amacıyla ana babaya tanınan yetkilerin sınırı çocuğun yararı ve çocuğun katılım hakkıdır (MK m. 339).

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin temel ilkelerinden olan “çocuğun yüksek yararı” ve “çocuğun görüşlerine saygı” ilkelerinin yanında özel yasalarla konulan kurallar ve anayasal temel hakların sınırlandırılmasında geçerli olan “ölçülülük ilkesi” de velayeti sınırlar. Anayasal temel hakların kullanılabilmesi için herhangi bir yaş sınırlaması yoktur. Çocuğun anayasal özgürlükleri ana babası tarafından ancak ölçülülük ilkesine göre sınırlandırılabilir. Yani somut olayda çocuğun anayasal haklarının sınırlandırılması için haklı bir neden olmalı, sınırlayıcı önlem de bu haklı nedenle uyumlu olmalıdır<sup>164</sup>.

#### 2.1.1. Çocuğun Soyadı ve Adı

Soyadı, özad ile birlikte kişinin ve onun ailesi ile olan bağının bireyselleştirilmesine ve belirginleştirilmesine hizmet eder<sup>165</sup>. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 7/ 1'e göre çocuk doğumdan itibaren isim hakkına sahiptir. Her çocuğun bir özadı ve soyadı olmalıdır.

Medeni Kanun madde 321'e göre “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır. Ancak ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekarlık soyadını taşır”. Evlatlık ise kendisini evlat edinenin

<sup>163</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.260.

<sup>164</sup> Aynı, s. 260.

<sup>165</sup> Cyril Hegnauer, **Grundriss des Kindesrechts** (Beşinci Basım. Bern: Stampfli Verlag, 1999), s.111.

soyadını alır (MK m. 314/ III). Pek çok batı ülkesinde evlat edinme işlemi çocuğun öz ana babasıyla ilişkisini koparır. Öz ana babanın çocuğu evlat edinenlerle ilgili bilgilere ulaşamaması, evlat edinme işleminin tam bir gizliliğe dayanması çocukla evlat edinenler arasında gerçek ve sağlam bir ilişki kurulmasını sağlamaktadır<sup>166</sup>. Ancak bu gizlilik çocuk açısından söz konusu değildir. Zira, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuğun ana babasını, kimliğini bilmesine çok önem vermiştir. Bu nedenle, evlat edinenin soyadı çocuğa verilmekle birlikte çocuğun kimliğini bilme hakkının<sup>167</sup> korunmasına özen gösterilmelidir<sup>168</sup>.

Ana babası bilinmeyenlerin soyadını bulunduğu yerin en büyük mülkiye amiri takar (Soyadı Kanunu madde 8).

Medeni Kanuna göre ailenin soyadı babanın soyadı olduğu için, evlilik birliği içinde doğan çocuğun soyadı, babanın soyadı olacaktır. Ana ve baba boşanmış veya ölmüş olsa dahi çocuk babanın soyadını alır<sup>169</sup>. Buna karşılık, evlilik dışında doğan çocuk ananın soyadını alır. Ancak, 25.04.2006 tarih ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu<sup>170</sup> madde 28 (4)'e göre, "Tanınan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edilir".

Ana baba sonradan soyadını değiştirirse çocuğun soyadı da onun rızasına bağlı olmaksızın değişir. Ancak ayırtım gücünü kazandıktan sonra, ana babanın soyadı değişikliğinin çocuğun soyadını da değiştirebilmesi için çocuğun rızası gerekir.

Çocuğun özadına gelince, yeni doğan bir bebeğin kendi adının belirlenmesinde herhangi bir katkısı olamayacağından bu konu çocukla ilgili kimseleri (ana baba, evlat

<sup>166</sup> Rona Serozan, "Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi", **Ünal Tekinalp'e Armağan**, (İstanbul: Beta Yayınları, 2003), s. 505.

<sup>167</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 8: "1. Taraf devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dahil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt eder. 2. Çocuğun kimliğinin unsurlarından bazılarında veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması halinde taraf devletler çocuğun kimliğine süratle kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunurlar".

<sup>168</sup> Hodgkin/Newell, **a.g.e.**, s. 102.

<sup>169</sup> Akipek/ Akıntürk, **a.g.e.**, s.442.

<sup>170</sup> RG. T. 29.04.2006, S. 26153.

edinen) ya da devleti ilgilendirir<sup>171</sup>. Devlet terkedilmiş çocuklara mutlaka bir övad vermelidir. Ana baba belli ise, çocuğun adını onlar vermelidir. Medeni Kanun madde 339/ V'e göre "Çocuğun adını koymak ana ve babaya aittir". Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 7/ 1 gereği, ana babanın çocuğa adını vermesini onlar açısından sadece bir hak değil, aynı zamanda yükümlülük olarak da görmek gerekir. Velayet hakkı kendilerinden alınmış ana baba da çocuğun adını belirleme hakkına sahiptirler. Zira çocuğun adının belirlenmesi hakkının velayet ile mutlak bir ilişkisi yoktur<sup>172</sup>.

Ana baba çocuğun ismini belirlerken çocuğun yararını tehlikeye atmamalıdır. İsmi gülünç olması, çocuğun çevresinde küçümsenmesine yol açması ya da çocuğun kişisel gelişimini zedelemesi gibi durumlarda çocuğun yararının tehlikeye düştüğü kabul edilmelidir<sup>173</sup>. İsviçre ve Alman hukukuna göre, çocuğun özadı onun cinsiyetini belli etmelidir. Cinsiyeti belli etmeyen bir ad, ancak cinsiyeti belli eden bir başka adla birlikte verilebilir<sup>174</sup>. Türk Hukukunda kişinin adına ilişkin düzenlenen kurallarda böyle bir sınırlama yoktur<sup>175</sup>. Erkek çocuğa kız adının, kız çocuğa erkek adının konulması toplumda sıkça rastlanan bir durumdur. Böyle bir durum çocuğun alay konusu haline gelmesine ya da ilerideki hayatının zorlaşmasına sebep olacaksa çocuğun yararına aykırıdır. Çocuğun yararına aykırılık yaratabilecek bir başka durum, ana babanın çocuğa, kendi ideolojik görüşlerini yansıtan adlar koymalarıdır. Eğer bu tarz bir ad çocuğun ileride gireceği ilişkileri ve toplum içindeki yerini olumsuz etkileyecekse, çocuğun yararına aykırıdır<sup>176</sup>.

---

<sup>171</sup> Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s.102.

<sup>172</sup> Öztan, **a.g.e.**, s.653; Berki, **a.g.e.**, s.39.

<sup>173</sup> Hahn, **a.g.e.**, s.41.

<sup>174</sup> Hegnauer, **a.g.e.**, s. 116; Hann, **a.g.e.**, s. 41.

<sup>175</sup> Nüfus Kanunu madde 16/ IV, c.2 "Türk milli kültürüne, ahlak kurallarına, örf ve adetlerine uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar çocuğa verilemez". Bu hüküm, 15. 7. 2003 tarihli ve 4928 Sayılı Kanunun 5. maddesiyle şu şekilde değiştirilmiştir: "Ancak ahlak kurallarına uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar konulamaz".

<sup>176</sup> Huriye Reyhan Öztürk, "Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Çocuğun Şahsı Bakımından Sonuçları" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000), s.104

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi (çocuğun görüşlerine saygı) gereği, çocuğun ana babasının koyduğu adı değiştirmesine yasal olarak izin verilmesi gerekir<sup>177</sup>.

Evlat edinen isterse çocuğa yeni bir övad verebilir (MK m. 314/ 2).

### 2.1.2. Çocuğun Vatandaşlığı

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 7/ 1'e göre, çocuk doğumdan itibaren bir vatandaşlık kazanma hakkına sahiptir<sup>178</sup>. Çocuğun bir vatandaşlığı olması toplum tarafından kabulü ve devlet tarafından korunması bakımından önemlidir. Ancak, devletler egemenlik ve vatandaşlık konularında duyarlı olduklarından çocuğun vatandaşlığı konusu özellikle zorlu bir konudur<sup>179</sup>.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 7/ 2'de şöyle denilmektedir: “Taraflar devletler, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması söz konusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt ederler”. Bu hüküm, devletlere kendi topraklarında doğan her çocuğa vatandaşlık tanıma yükümlülüğü getirmemektedir; ancak Sözleşmeye taraf devletlerin gerek kendi başlarına gerekse başka devletlerle işbirliği yaparak doğan her çocuğun bir vatandaşlık elde etmesine çalışmalarını amaçlamaktadır<sup>180</sup>.

Sözleşme hükümleri gereği, çocuğun ana babasına bağlı olarak kazandığı vatandaşlık statüsünü değiştirmek için kendi başına girişimde bulunmasına izin verilmelidir<sup>181</sup>.

<sup>177</sup> Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 102.

<sup>178</sup> Sözleşmedeki vatandaşlık kazanma hakkı ifadesi doğrudan doğruya Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nden alınmıştır. Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 103. Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi madde 24 (3)'de ise “Her çocuk vatandaşlık kazanma hakkına sahiptir” denilmektedir.

<sup>179</sup> **Aynı**, s. 103.

<sup>180</sup> **Aynı**, s. 103.

<sup>181</sup> **Aynı**, s. 104. Konuya ilişkin Amerikan hukukundan Polovchak davası örnek verilebilir: Oniki yaşındaki Walter Polovchak Amerika'ya Ukrayna'dan ailesi ile birlikte gelmiştir. Aile Amerika'da birkaç

Vatandaşlık Kanunu madde 1'e göre, "Türkiye içinde veya dışında Türk babadan olan ya da Türk anadan doğan çocuklar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşdırlar". Yabancı anadan evlilik dışında doğan çocuk anasının vatandaşlığını alır. Ancak çocuk, Türk vatandaşına tanıma ya da babalık davası yoluyla nesep bağı ile bağlanırsa doğumdan başlayarak Türk vatandaşı olur (Vatandaşlık Kanunu madde 2). Diğer taraftan evlat edinilen çocuğun vatandaşlığı değişmez. Ancak, kendisi vatansız ise veya ana babası bilinmiyor ya da nerede oldukları hakkında bilgi yoksa bir Türk tarafından evlat edinilmekle Türk vatandaşı olur (Vatandaşlık Kanunu madde 3). Çocuğun tabiiyetsiz kalmaması için devletlerin üzerlerine düşeni yapmaları gereğine uygun olarak, Vatandaşlık Kanunu madde 4'e göre "Türkiye'de doğan ve vatandaşlığını ana ve babasından doğumla kazanamayan çocuklar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşdırlar". Ayrıca, ana veya babasının Türk vatandaşlığını yitirmesine bağlı olarak Türk vatandaşlığını yitirmiş olan çocuk, ergin olduktan sonra bir yıl içinde, seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını seçebilir (Vatandaşlık Kanunu madde 12). Buna karşılık ana veya babasına bağlı olarak çocuğun Türk vatandaşlığının kaybı, çocuk onbeş yaşından büyük ise, yazılı olur vermesine bağlıdır (Vatandaşlık Kanunu madde 32).

### 2.1.3. Çocuğun Yerleşim Yeri

Çocuk yerleşim yeri bakımından ana babasına bağlıdır. Nitekim Medeni Kanun madde 21'e göre, çocuğun yerleşim yeri ana babaninkidir. Ana baba yerleşim yerini belirlerken çocuğun yararını göz önünde bulundurmalarıdır. Ailenin yerleşim yeri büyük oranda ailenin ekonomik durumu ile ilgilidir. Ancak ailenin ekonomik durumu ne olursa olsun, çocuğun yetiştirilmesi için uygun olmayan bir çevrede yerleşim yeri belirlenmesi çocuğun yararına olmayacaktır.

Ana babanın yerleşim yeri ortak değilse, çocuğun yerleşim yeri, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeri olur (MK m. 21). Çocuk vesayet

---

yıl yaşamıştır. Walter'ın ana babası bir zaman sonra anavatanlarına dönme kararı aldığında Walter ailesi ile birlikte gitmeyi reddetmiş ve sığınma hakkı için müracaat etmiştir. Kamunun yoğun ilgisini çeken davada hakim, çocuğun kendi çevresini ve hatta vatandaşlığını belirleme hakkını kabul ederek Walter'ın lehine karar vermiştir. Claire Andre/ Manuel Velasquez, "Children's Rights", *Issues in Ethics*, 3, 1, (1990) <<http://www.scu.edu/Ethics/publications/iie/v3n1/children.html>> ( 20.05.2006).

altında ise, bağılı olduğu vesayet makamının bulunduğu yer, yerleşim yeridir (MK m. 21/ II). Çocuğun yerleşim yeri, onun uzun bir süre için de olsa eğitim, sağlık, bakım veya ceza kurumuna konulmasıyla değişmez (MK m. 22).

#### 2.1.4. Çocuğun Eğitimi

##### 2.1.4.1. Genel Eğitimi

Çocuğun eğitilmesi, velayete sahip ana baba açısından hem bir hak hem de bir yükümlülüktür<sup>182</sup>. Çocuğun okul eğitimi alıp almaması konusunda ana baba özgür değildirler. Anayasaya göre, kimse eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılmaz (madde 42/ I), ilköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur (madde 42/ V). Eğitimin zorunlu olması aynı zamanda eğitimin parasız olmasını gerektirir (Anayasa madde 42/ 5). Ayrıca, eğitim zorunlu kılındığında devletin bu eğitimi verecek ortamı yaratması, yani okul, derslik, öğretmen, eğitim araç ve gereçlerini sağlaması ve bunları coğrafi ve demografik koşullara uygun olarak planlı bir şekilde dağıtması gerekir<sup>183</sup>. Zorunlu eğitimin ilköğretim ile sınırlı olması, ana babanın çocuğa ilköğretimden sonra eğitim hayatına devam etme imkanı sağlama ödevinin bulunup bulunmadığını düşündürür. Çocuğun yararı açısından, ana baba okumaya istekli ve yeterli bir çocuğa orta ve yüksek öğrenim imkanı sağlamalıdır. Medeni Kanun madde 340'a göre "Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar". Ana babanın, çocuğu olanaklarına göre eğitmesinden anlaşılması gereken, ana babanın çocuğun eğitimi için ellerindeki tüm imkanları zorlamaları gerektiğidir<sup>184</sup>. Ana babanın imkanlarının yetersiz olduğu durumlarda devletin katkısı gündeme gelmektedir. Anayasa madde 42/ VII'ye göre, "Devlet, maddi imkanlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar". Çocuğun genel eğitiminde (özellikle anaokul ve ilköğretim dönemi öncesinde, yani çocuğun daha

<sup>182</sup> Dural/ Öğüz/ Gümüş, **a.g.e.**, s. 523.

<sup>183</sup> Nuri Yaşar, **İnsan Hakları Avrupa Sisteminde ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000), s. 89.

<sup>184</sup> Öztürk, **a.g.e.**, s. 109.

küçük yaşlarında) ana babanın sorumluluğu ağır basarken, okul eğitimi gündeme geldiğinde, ana babayla birlikte devletin sorumluluğu da söz konusu olmaktadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 28<sup>185</sup>,de çocuğun eğitim hakkı düzenlenmekte ve bu hak dolayısıyla devlete yüklenen görevler açıklanmaktadır. Buna göre taraf devletler çocuğun eğitim hakkını “tedricen ve fırsat eşitliği temelinde” gerçekleştirmelidirler. Okul öncesi eğitimin önemini vurgulayan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Doğumdan Sekiz Yaşa Kadar Çocukların Bakımı ve Eğitilmeleri Hakkında Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararı’nda<sup>186</sup> ise, “İlkokula başlamaya en az iki yıl kalan süreçte, ailelerin bu yönde arzusu olması halinde bütün çocuklar için yararlanabilecekleri eğitim olanakları sunulmalıdır. Mali kaynakların bulunmayışı, böyle bir eğitim sunulması ihtiyacında olan çocuklar bakımından bir engel teşkil etmemelidir” denilmektedir.

Ayrıca, Medeni Kanun madde 340/ II’ye göre, ana baba, bedensel ve zihinsel özürülü çocuğa yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlamalıdır. Özürülü bir çocuğun eğitimi, sağlıklı bir çocuğa göre çok daha farklı bir uzmanlık gerektirdiğinden, ana baba ne kadar iyi niyetli ve ne fedakar

---

<sup>185</sup> Madde 28-1.Taraf devletler, çocuğun eğitim hakkını kabul ederler ve bu hakkın fırsat eşitliği temeli üzerinde tedricen gerçekleştirilmesi görüşüyle özellikle:

- (a) İlköğretimi herkes için zorunlu ve parasız hale getirirler;
- (b) Ortaöğretim sistemlerinin genel olduğu kadar mesleki nitelikte de olmak üzere çeşitli biçimlerde örgütlenmesini teşvik ederler ve bunların tüm çocuklara açık olmasını sağlarlar ve gerekli durumlarda malî yardım yapılması ve öğretimi parasız kılmak gibi uygun önlemleri alırlar;
- (c) Uygun bütün araçları kullanarak, yükseköğretimi yetenekleri doğrultusunda herkese açık hale getirirler;
- (d) Eğitim ve meslek seçimine ilişkin bilgi ve rehberliği bütün çocuklar için erişilir hale getirirler;
- (e) Okullarda düzenli biçimde devamın sağlanması ve okulu terk etme oranlarının düşürülmesi için önlem alırlar

<sup>186</sup> TK. No. R (81) 3. Tavsiye kararında, çocukların okul öncesi bakım ve eğitiminin şu ölçütleri karşılaması gerektiği belirtilmektedir: çocuğun güvenlik ve şefkat/sevgi ve oyun faaliyetleri dahil, diğer çocuklar ve yetişkinlerle sosyal ilişki kurma ihtiyacı karşılanmalıdır; bedensel ve ruhsal sağlığı için gerekli koşulları sağlanmalıdır; çocuğun yaratıcı yönünü ve entelektüel gelişimini ve kendisini ifade edebilme kapasitesini geliştirmelidir; çocuğa çevresi ile bütünleşmesi ve yaşam mücadelesi vermeyi öğrenmesinde yardımcı olmalıdır ve çocuğun bağımsızlığını, inisiyatif kullanmasını ve özgürce hareket etmesini teşvik etmelidir; çocuğun kültürel ve psikolojik kimliğine saygı göstermelidir ve onun biricikliğini ve bireyselliğini tanımalıdır; çocuğun her yaşta başka kişilerle görüşebilmesini mümkün kılmak üzere, ailenin ve okul öncesiyle ilgili çevrelerin topluma daha geniş ölçekte açık olmalarını sağlamalıdır. Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 54.

olurlarsa olsunlar pek çok durumda yetersiz kalacaklarından, bedensel veya zihinsel özürlü çocukların eğitimi konusunda asıl ve en önemli görev devlete düşmektedir. Nitekim Anayasa madde 42/ VII, c.2’de “Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır” denilmektedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 23/ II ve III’de ise, taraf devletlerin, özürlü çocukların eğitilmeleri, tıbbi bakım ve rehabilitasyonları, dinlenip eğlenmeleri hususlarında ana babaları ile onlara bakmakla yükümlü diğer kimselere yardım edilmesini düzenlenmiştir.

Çocuğun eğitilmesi genel eğitim verilmesi ile birlikte mesleki ve dini eğitimin sağlanmasını da kapsar. Dolayısıyla eğitimin tanımı okullardaki öğretim ile sınırlanamaz<sup>187</sup>. Eğitim ve öğretim faaliyetinin birbiriyle yakın temas içinde olduklarını Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin, 1954 tarihli bir kararında<sup>188</sup>, eğitime ilişkin olarak yaptığı şu tanımda görebiliriz: *“Eğitim iyi bir vatandaş olmanın temelidir. Eğitim çocukları kültürel değerlerle uyandırmak, ilerisi için meslekî yetişmelerine hazırlamak ve çevrelerine uygun ve yararlı kılmakta esas araçtır. Bugün kendisine eğitim fırsatı tanınmayan bir çocuğun hayatta başarı kazanması umulamaz artık”*.

Çocuğun yetiştirilmesindeki amaç, onun ruhi, fiziki ve ahlaki melekelerinin gelişmesine yardımcı olmak, dengeli gelişmesini, topluma ayak uydurmasını sağlamak ve bağımsızlığını kazanmasını sağlamaya yönelik değerleri ona kazandırmaktır<sup>189</sup>. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 29’da eğitimin hedefleri, çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi; insan haklarına ve temel özgürlüklere, Birleşmiş Milletler Şartı’nda benimsenen ilkelere saygının geliştirilmesi; çocuğun ana babasına, kültürel kimliğine,

<sup>187</sup> Unesco’nun 18. Genel Konferansı’nda alınan 1974 tarihli Uluslararası Anlayış, İşbirliği ve Barış ile İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklere İlişkin Eğitim Tavsiye Kararı, eğitimin tanımını şu şekilde yapmaktadır: “Eğitim sözcüğü, bireylerin ve sosyal grupların, ulusal, uluslararası toplumlar içinde ve bu toplumların da yararına olacak biçimde, bilinçli olarak, kişisel kapasiteleri, tutumları, davranışları ve bilgileriyle birlikte gelişmeyi öğrendikleri sürecin bütünüdür. Bu süreç, herhangi bir etkinlikle sınırlanamaz”. Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 373.

<sup>188</sup> Brown V. Board of Education davası, siyah çocukların eğitim imkanlarının fiziksel koşullar bakımından beyaz çocuklarınkiyle eşit şartlara sahip olmasına rağmen, ayrı eğitim tesislerinin özü itibarıyla eşitliğe aykırı olduğu savıyla açılmıştı. Walter Gellhorn, **Amerikan Hakları**. Çeviren: Ünsal Oskay (Ankara: Türk Siyasî İlimler Derneği Yayınları, 1965), s. 141.

<sup>189</sup> Çetiner, **a.g.e.**, s. 57; Öztan, **a.g.e.**, s. 650.



dil ve değerlerine ve kendisinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesi; çocuğun anlayış, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dinî gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenebilecek şekilde hazırlanması; doğal çevreye saygının geliştirilmesi, olarak belirtilmiştir<sup>190</sup>.

Medeni Kanun madde 339/ I'e göre "Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar". Bu anlamda, ana babanın çocuğun eğitimi ile ilgili tek görevi, çocuğun okul eğitimi görmesini sağlamak değildir. Ana baba aynı zamanda çocuğun okulda gördüğü eğitimin niteliğini denetlemeli, okul idaresi ve öğretmenlerle işbirliği halinde olmalı, gerektiğinde yanlış karar ve davranışlara müdahalede bulunmalı, böylece okulda çocuğun yararının gözetilmesini tamamen devlete bırakmamalıdır<sup>191</sup>. Nitekim İsviçre (m. 302/ III) ve Alman Medeni Kanunu'nda (m.1631a) ana babanın, okul ve gerektiğinde öteki kamu kurum ve kuruluşları ile işbirliği yapma ödevi yer almaktadır. Ana babanın okul ve öğretmenler üzerindeki denetim görevini yerine getirmeleri, özellikle çocuğun kişilik hakkını ihlal eden, onur kırıcı uygulamaları önlemek açısından önem kazanmaktadır.

#### 2.1.4.2. Mesleki Eğitimi

Eğitimin bugün kazandığı en temel anlam ve ana baba için asıl önem taşıyan yönü, onun çocuğa bir meslek ve sonunda ilerideki yaşamını sürdürebileceği bir iş sağlamasıdır<sup>192</sup>. Bu anlamıyla mesleki eğitim hem çocuğa ilerisi için ekonomik bağımsızlık sağlar hem de onun duygusal ve ahlaksal gelişiminde olumlu etkilerde

<sup>190</sup> Madde 29 göstermektedir ki, eğitimin temel amaçlarına ilişkin tüm dünyada ulaşılan bir mutabakat söz konusudur. Ancak, bu maddeye Türkiye çekince koymuştur. "Türkiye Cumhuriyeti, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin, 17 (Çocuğun Gerek Duyduğu Bilgilere Erişimi), 29 ve 30. (Azınlıklara ya da Yerli Halklara Mensup Çocuklar) maddelerinde yer alan hükümleri, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Andlaşması'nın sözleri ve ruhuna göre yorumlayıp uygulama hakkını saklı tutmaktadır". Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 395. Azınlık çocuklarının kültürel hakları, dil ve ad seçme özgürlükleri bu çekince ile eşitlik ilkesine aykırı olarak sınırlandırılmıştır. Aynı yönde Serozan, **a.g.e.**, s. 63.

<sup>191</sup> Akyüz, **a.g.e.**, s. 251- 252.

<sup>192</sup> Yaşar, **a.g.e.**, s.66.

bulunur<sup>193</sup>. Ana baba, çocuğa yeteneklerine uygun düşecek ölçüde mesleki eğitim sağlamakla yükümlüdürler. Gerçi önceki Medeni Kanun'un "Ana ve baba, çocuğun meslekî terbiyesini sevk ve idare eder ve mümkün merteye kuvvet ve kabiliyetini ve arzularını nazara alır" diyen 265 nci maddesi yeni kanuna alınmamıştır; ama bu durum ana babanın çocuğa mesleki eğitim verme yükümlülüğünün kaldırılmış olduğu şeklinde yorumlanamaz<sup>194</sup>. Nitekim Medeni Kanun'un "Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar" diyen madde 339/ III hükmü de ana baba açısından çocuğa mesleki eğitim verme yükümlülüğünün devam ettiğini gösterir<sup>195</sup>. Bu yükümlülüğü yerine getirirken ana baba, çocuğun ilerideki mesleğine ilişkin yönlendirici bir rol oynarlar. Ana baba, çocuğu bir mesleğe yönlendirirken çocuğun kabiliyetlerini, kapasitesini ve kendi mesleğini seçme arzusunu dikkate almalıdırlar<sup>196</sup>. Çocuğun ilerideki mesleğine ilişkin bir seçimi ve bu yönde eğitim görme isteği varsa, ana baba çocuğu başka bir mesleğe zorlamamalıdırlar. Eğer zorlarsa çocuk hakime başvurarak gerekli önlemlerin alınmasını talep edebilir<sup>197</sup>. Ana baba, mesleki eğitim hakkında çocuğu yönlendirirken, onu çeşitli meslekler hakkında bilgilendirmelidirler. Çocuğun ilgi ve yeteneklerine uygun bir meslek seçimi konusunda çocuğu yönlendirme ve ona mesleki rehberlik sağlama ana baba açısından da bir hayli zor bir iştir. Bu bakımdan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 28/ 1(d)'de devlete, eğitim ve meslek seçimine ilişkin bilgi ve rehberliği bütün çocuklar için erişilebilir hale getirmesi yükümlülüğü vermektedir.

---

<sup>193</sup> Akyüz, **a.g.e.**, s.252.

<sup>194</sup> Turgut Akıntürk, **Aile Hukuku** (Yedinci Basım.İstanbul: Beta Basım Yayım, 2002), s. 406.

<sup>195</sup> **Aynı, a.g.e.**, s. 406.

<sup>196</sup> Çetiner, **a.g.e.**, s. 64.

<sup>197</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku, C.II Aile Hukuku** (Beşinci Basım. İstanbul: Nurgök Matbaası, 1965), s. 373.

### 2.1.4.3. Dini Eğitimi

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 14/ 1'e göre "Taraflar devletler, çocuğun düşünce, din ve vicdan özgürlükleri<sup>198</sup> hakkına saygı gösterirler". Bu maddeye göre çocuğun bir dine mensup olma hakkı vardır. Din özgürlüğü konusunda Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 18 (1). maddesi şöyle demektedir: "...Bu hak, kendi tercihiyle bir dini kabul etme veya inanca<sup>199</sup> sahip olma özgürlüğü ile tek başına veya başkalarıyla birlikte toplu bir biçimde aleni veya özel olarak dinini veya inancını ibadet, uygulama, öğretim şeklinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir". İkinci paragrafta ise "Hiç kimse, kendi tercihi olan bir dini kabul etme veya inanca sahip olma özgürlüğünü zayıflatacak bir zorlamaya tabi tutulamaz." ifadesi yer alır.

Çocuğun dini özgürlüğünü Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi açıklıkla ortaya koymaktadır. Görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuk, kendisini ilgilendiren konularda görüşlerini serbestçe ifade edebilme hakkına (m. 12) ve düşüncesini özgürce açıklama hakkına (m. 13) sahiptir. Bu haklar dinle ilgili konuları da içermektedir. Bu nedenle, Sözleşmeye göre, dinini seçme hakkı çocuğa aittir. Ana baba çocuğun yetenekleri ile bağdaşır biçimde bu hakkın kullanılmasında çocuğa yol göstermelidirler. 14. maddenin 2. paragrafı "Taraflar devletler, ana babanın ve gerekiyorsa vasilerin; çocuğun yeteneklerinin gelişmesiyle bağdaşır biçimde haklarının kullanılmasında çocuğa yol gösterme konusundaki hak ve ödevlerine saygı gösterirler"

<sup>198</sup> Din özgürlüğü ve vicdan özgürlüğü kavramları birbirlerine bağlı ancak farklı şeyleri ifade etmektedirler. Din özgürlüğü, kişinin inandığı dini inancı açığa vurma ve bu inanca uygun ibadetini gerçekleştirebilmesi anlamına gelirken vicdan özgürlüğü, kişinin istediği dini inancı benimseme ya da bütün dinleri reddedebilme hakkıdır. Bu anlamda kişinin iç dünyasında belirli bir önem ve bütünlük taşıyan yaşam felsefesi de vicdan özgürlüğü kapsamında ele alınmalıdır. R. Barış Erman, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Din ve Vicdan Özgürlüğü", **Ünal Tekinalp'e Armağan** (İstanbul: Beta Yayınları, 2003), s. 286.

<sup>199</sup> İnsan Hakları Komitesinin bu maddeye ilişkin yorumunda din ve inanç kavramlarının geniş biçimde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Tektanrılı, çoktanrılı ya da ateist inançlarla birlikte bir din veya inanç açıklamama hakkı da koruma kapsamındadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de çeşitli kararlarında din ve vicdan özgürlüğünün, belirli bir dine inanmayı ya da inanmamayı ya da hiçbir dine inanmamayı kapsadığını belirtmiştir. Mahkeme, Yunanistan'a karşı Kokkinakis kararında "*Din ve vicdan özgürlüğü, demokratik toplumun temel taşlarından biridir ve kişilerin kendi kimliklerini ve yaşama bakış açılarını belirlemelerinde en büyük öneme sahip konulardan birisidir. Din ve vicdan özgürlüğü, inananlar yanında ateistler, agnostikler, kuşkucular ve ilgisizler için de son derece önemli bir haktır*" demektedir. Naklen Erman, **a.g.e.**, s. 286.

ifadesi ile bu konuda ana babanın özgürlüklerinden değil hak ve ödevlerinden bahsetmektedir.

Sözleşmenin genel ilkeleri ve 14. maddenin içeriği, çocuğun onsekiz yaşına kadar otomatik olarak ana babanın dininden sayılmalarını desteklememekte, ve yine 8. madde (kimliğin korunması), 20. madde (aile ortamından yoksun kalındığında ailenin korunması) ve 30. madde (çocuğun belirli bir topluluk içinde kendi grubuyla birlikte dininin gereklerini yerine getirebilmesi) çocukların kendi ana babalarının dininden sayılmalarını desteklemektedir. Ancak çocuğun ana babasının dininden sayılmasını destekledikleri varsayılan maddeler, çocuğun görüşlerine saygı ilkesini göz ardı etmemekte, asıl olarak çocuğun bir kimlik sahibi olmasını, aidiyeti olmasını desteklemektedir. Yani Sözleşme, bir taraftan çocuğun üyesi olduğu aile içerisinde tanıdığı ve benimsediği dinini, çocuğun kimliğine ve aidiyetine duyulan saygı nedeniyle korurken, diğer taraftan çocuğa, özgür ve bağımsız bir birey olarak görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olduğunda (din kavramını ve bir dini inanca sahip olmanın ne demek olduğunu anlayabildiğinde), bir anlamda ona dayatılmış olan dinsel inancını değiştirebilme imkanı vermektedir.

Uluslararası belgelerde din ve vicdan özgürlüğü hassasiyetle korunurken, Medeni Kanun, çocuğun dini eğitimini belirleme hakkını ana babaya vermiştir (MK. madde 341). Ana baba, çocuğun dini eğitimi üzerinde çocuk ergin oluncaya kadar söz sahibidirler<sup>200</sup>. Bu durum, yani, çocuğun ergin oluncaya kadar dinine ilişkin kendi kararını bildirememesi, ana babanın seçimine katılamaması din ve vicdan özgürlüğüne aykırıdır. Ayrıca, çocuğun inanç özgürlüğünü kabul etmemek onun eşit işlem görme konusundaki temel hakkını da sınırlamaktadır. Zira, yetişkinler dinini seçme hakkına sahiptirler<sup>201</sup>. İsviçre hukukunda çocuk, onaltı yaşını doldurduğunda dini inancını kendisi seçebilmektedir. Alman hukukunda ise, on dört yaşını dolduran çocuk kendi dini inancını seçebilmekte, on iki yaşından büyük bir çocuğun dini inancını değiştirmek söz konusu ise çocuğun rızası gerekmektedir. Türk Hukukunda ise, dini eğitim verme hakkı velayete bağlı olduğundan, ana babadan birinden velayet alındığında, diğeri

<sup>200</sup> Hakkı Özlü, **Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması** (Ankara: Adil Yayınevi, 2002), s. 37.

<sup>201</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 64.

çocuğa öncekinden farklı bir dini eğitim verebilmektedir<sup>202</sup>. Yine çocuğun, çocuk bu konuda kendi iradesini oluşturacak olgunlukta değilse ana babanın istekleri (tercihleri) dikkate alınmaksızın resmi eğitim kurumlarında din dersi verilmesi<sup>203</sup> (Anayasa madde 24/ IV)<sup>204</sup> din ve vicdan özgürlüğüne, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne ve laiklik ilkelerine aykırıdır<sup>205</sup>.

Olması gereken, ana babanın çocuğa dini eğitim vermemesi, dolayısıyla çocuğun dinini kendisinin seçmesidir. Ancak Medeni Kanunda ana babanın çocuğa dini eğitim verme hakkı düzenlendiğinden, doktrinde çocuğun dini eğitimini tayin etme yetkisinin, ana babaya çocuğa hiçbir dini eğitim vermeme, dinsizlik telkin etme yetkisi verip vermediği tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, ana babaya dini eğitim konusunda verilen yetki, uygun gördükleri dinin, iman ve ahlak esaslarına göre çocuğu yetiştirmektir, yoksa bu yetkiye dayanarak, ana babanın çocuğu dinsiz yetiştirmeleri, ona din aleyhinde olumsuz telkinde bulunmaları mümkün olmamalıdır<sup>206</sup>. Maddenin lafzından bu anlaşılmaktadır, çocuğun dinsiz yetiştirilmesi konusunda seçim hakkı verildiği değil. Bu görüşe göre, amaç ana babaya çocuğu dinsiz yetiştirmek yetkisi tanımak olsaydı, kanunlarda dini eğitim ile ilgili bir hükmün yer alması da gerekmezdi<sup>207</sup>. Bir başka görüşe göre ise, laik devlet olmanın, din ve vicdan özgürlüğüne saygının gereği olarak, ana baba, çocuğun dini eğitimi konusunda serbestirler. Çocuğa dini eğitim verebilecekleri gibi dini eğitim vermemeyi de tercih edebilirler<sup>208</sup>. Bu tür bir çözümü benimsemek hem insan hakları değerlerine uygundur hem de daha akılcıdır. Zira, herhangi bir dini inancı olmayan ana babayı, sırf kanunda yer alıyor ya da toplumun genelinin bir dini inancı var diye, çocuğa dini eğitim vermeye zorlamanın, çocuğun zihinsel ve psikolojik gelişimi açısından uygun olmayacağı açıktır. Bu konudaki en

<sup>202</sup> Öztan, **a.g.e.**, s. 652.

<sup>203</sup> Devlet sadece mecburi din eğitimi vermekle kalmayıp bu eğitimin içeriğini de kendisi belirlemektedir. Bu resmi eğitim, toplumda mevcut bütün dinî ve felsefi akımları içermedikçe devletin tarafsız olması ilkesine gölge düşecektir. Yaşar, **a.g.e.**, s. 50.

<sup>204</sup> Anayasa madde 24/ IV'de din eğitimine ilişkin olarak şöyle denilmektedir: "Din ve ahlak eğitim ve öğretimi devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır".

<sup>205</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 302.

<sup>206</sup> Akıntürk, **a.g.e.**, s. 407.

<sup>207</sup> Berki, **a.g.e.**, s. 45.

<sup>208</sup> İnan, **Çocuk Hukuku**, s. 129-130; Dural/ Ögüz/ Gümüş, **a.g.e.**, s. 523; Öztan, **a.g.e.**, s. 653.

uygun çözüm ise, çağdaş kanunlarda olduğu gibi, dinini seçmek, bu yönde eğitim görmek veya dinini değiştirmek yetkilerini yeterli olgunluğa ulaştığında tamamen çocuğa bırakmaktır. Çocuğun yüksek yararı, dinini tamamen kendi özgür iradesi ile seçebilmesindedir. Dine bağlılık ya da dini ibadetin gerektirdiği uygulamalar çocuğun yararına aykırı olmadıkça, onun bedensel ve ruhsal gelişimini tehlikeye atmadıkça ana baba ya da devletin çocuğa müdahalesi söz konusu olmamalıdır<sup>209</sup>.

### 2.1.5. Çocuğun Görüşünün Alınması

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin genel ilkelerinden biri olan "çocuğun görüşlerine saygı" Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenmiştir. 12. madde, Sözleşme'nin uygulanmasına ve diğer bütün maddelerin yorumlanmasına ilişkin olarak temel bir önem taşımaktadır. Madde 12(1)'de "Taraf devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, bu görüşlere, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özeni göstermek suretiyle tanırlar", 12(2)'de "Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır" denilmektedir.

Sözleşme, madde 12(1) ile, çocuğun, haklarının aktif öznesi olduğu düşüncesinin bir sonucu olarak, taraf devletlere, belirli bir görüş oluşturma yeteneğine sahip her çocuğun, kendisini ilgilendiren bütün konularda görüşlerini serbestçe ifade edebilmesi ve çocuğun görüşlerine yaşı ile olgunluk derecesi göz önüne alınarak gereken önemin verilmesini sağlama yükümlülüğü getirmektedir. Çocuğun görüşlerini ifade etme hakkı iki aşamada yaşama geçirilir. Çocuk ya sadece görüşünü bildirir ya da kendisini ilgilendiren bir işleme olur verir<sup>210</sup>.

<sup>209</sup> Çocuğun bedensel ve ruhsal gelişimini tehlikeye atacak bir ibadet şekli olarak şu haber örnek verilebilir: "... tarikatının ibadetinde küçük çocukların yanaklarına da şiş batırılıyor". <www.radikal.com.tr> (19.04.2006). Bu tip bir ibadet şekline çocuğun ana babası tarafından zorlanması, teşvik edilmesi ya da katılımına göz yumulması, çocuk ile ilgili koruma önlemlerinin alınmasını zorunlu kılar.

<sup>210</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 68.

Çocuğu ilgilendiren her konuda gözetilmesi gereken çocuğun yüksek yararadır ve çocuğun kendi görüşleri, onun yüksek yararını belirleyen etmenlerden biridir. Bu nedenle, Sözleşmeye göre çocuk her alanda (ev içinde ya da okulda veya yetişkin otoritesinin söz konusu olduğu diğer alanlarda) ve kendisini ilgilendiren her konuda (evlat edinme, ad değiştirme, okul seçimi gibi) görüşlerini ifade etme hakkına sahiptir<sup>211</sup>.

Sözleşme “görüş oluşturma yeteneğine sahip çocuk” ifadesini kullanmakta ancak çocuğun görüşlerini serbestçe ifade etme hakkına ilişkin bir alt sınır getirmemektedir. Çocuk küçük yaşlardan itibaren kendine ilişkin konularda bir görüş oluşturabilir. Bu nedenle somut olayda, çocuğun görüşlerine ne ölçüde ağırlık tanınacağına karar verilirken yaş ve olgunluk düzeyi ölçütleri beraber ele alınacaktır. Sözleşme bu konuda çocuğun yaşını tek başına bir ölçüt olarak kabul etmediğinden, taraf devletlerin yasal düzenlemelerinde, belirli konulara ilişkin olarak çocuğun görüşünün dikkate alınmasında bir alt yaş sınırı getirilmesini desteklememektedir de<sup>212</sup>.

Sözleşme madde 12 (2)’de ise, çocuğa kendisini ilgilendiren herhangi bir adli ya da idari kovuşturmada görüşlerini açıklama hakkı vermektedir. “Çocuğu etkileyen herhangi bir adli süreç” ifadesi yargı açısından geniş bir alanı kapsamaktadır. Boşanma, velayetin belirlenmesi, ad değiştirme gibi yargı kararları bu kapsam içerisindedir<sup>213</sup>. İdari kovuşturma kapsamına ise örneğin eğitim, sağlık, planlama, sosyal güvenlik gibi alanlardaki kararlar girmektedir.

Çocukların Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi<sup>214</sup> özellikle velayet sorumluluklarının kullanılmasına ilişkin bulunanlar olmak üzere aile hukuku davalarında, çocuğa, yaşına ve anlama gücüne uygun ve ona zarar vermeyecek her türlü bilginin sunulması ve çocuğun görüşlerine gereken önemin verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Sözleşmenin, çocuğun bilgilendirilmesi ve davada görüşlerini ifade

<sup>211</sup> Hogkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 149- 150.

<sup>212</sup> **Aynı**, s. 149- 150.

<sup>213</sup> Mültecilik, göçmenlik statüsüyle ilgili kararlar, ceza davaları hatta ana babanın yargılanıp da çocuğun hayatını değiştirecek ceza davaları da dahil olmak üzere yine bu kapsam içerisindedir. **Aynı**, s. 150.

<sup>214</sup> 25.01.1996 tarihinde imzaya açılmış, 01.07.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Bakanlar Kurulunun 12.03.2002 tarih ve 2002/ 39170 sayılı kararı ile Sözleşmenin onaylanmasını kararlaştırmıştır. RG. T. 02.05.2002, S. 24743.

etmesi hakkını düzenleyen 3. maddesine göre, iç hukuk bakımından yeterli anlama gücüne sahip sayılan bir çocuk, kendisini doğrudan ilgilendiren bir davada, bu davaya ilişkin bilgileri talep etme, kendini görüşlerini bildirme, ve bu görüşlere uyulmasının olası sonuçları ve herhangi bir kararın olası sonuçları hakkında bilgilendirme hakkına sahiptir<sup>215</sup>.

Çocuğun kendisini ilgilendiren her türlü işlemde görüşlerini bildirmesi önemlidir ancak incelemekte olduğumuz velayetin ana babaya verdiği yetkilerin kullanılması, çocuğun kişi varlığıyla daha yakından ilgili olduğu için, bu yetkilerin kullanılması sırasında çocuğun görüşlerini bildirme hakkı daha fazla önem kazanmaktadır. Velayetin kullanılması sırasında, çocuğa katılım hakkı sağlanarak hem onun yüksek yararını belirlemede kullanılacak bir etmen sağlanacak, hem de çocuğa genel demokrasi kültürü aşılacaktır. Ana baba çocuk ilişkisinde baştan beri ana babanın kişilik hakkı ile eşdeğerde kişilik hakkına sahip olan çocuk<sup>216</sup>, kendi onurlu ve özerk kişiliğinin bilincine de, kendisine söz hakkı verildiğinde varacaktır. Demokratik, eşitlikçi ve katılımcı bir aile ortamında yetişen ve bağımsız bir kişilik kazanan çocuk, toplumsal ve siyasal hayatta demokrasinin ve insan haklarının güvencesi olacaktır<sup>217</sup>.

Medeni Kanun madde 339/ III'e göre "Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınırlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar".

Çocuğun kişilik değerleriyle ilgili tasarruflarda, rızasının alınması özellikle vücut bütünlüğü hakkına yönelik tıbbi müdahalelerde önem kazanmaktadır. Tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve Medeni Kanun madde 16'ya göre, ayırt etme gücüne sahip çocuk, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları yasal temsilcisinin rızasına ihtiyaç duymaksızın kullanabilir. Ancak ayırt etme gücüne sahip bir çocuğun tıbbi müdahaleye tek başına rıza gösterip gösteremeyeceği doktrinde

<sup>215</sup> Söz konusu metin için bkz. Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 362.

<sup>216</sup> Hülya İmamoğlu, "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 54 Sayı 2, 2005, s. 191.

<sup>217</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 54.



tartışmalıdır<sup>218</sup>. Bu konudaki görüşler şu üç ana başlıkta toplanabilir: Tıbbi müdahale için ayırt etme gücüne sahip çocuğun görüşünün alınması gerektiğini ancak bu konuda son söz hakkının yasal temsilcide olduğunu savunan görüş; ayırt etme gücüne sahip çocuğun ve yasal temsilcisinin rızasını birlikte arayan görüş ve ayırt etme gücüne sahip çocuğun rızasını tek başına yeterli sayan görüş<sup>219</sup>.

Bu konuya ilişkin 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun<sup>220</sup> madde 70 ve Hasta Hakları Yönetmeliği<sup>221</sup> madde 24/ I'e göre, hasta küçük veya kısıtlı ise yasal temsilcisinden izin alınır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 26. maddesine göre ise, "Kanuni temsilcinin muvafakatının gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır". Mevzuattaki bu maddelerden, çocuk ayırt etme gücüne sahip olsa bile, kendisine tıbbi müdahale yapılabilmesi için ana babasının rızası bulunması şartı arandığı, ancak yine de çocuğun bu konudaki görüşünün alınması gerektiği anlaşılmaktadır.

Çocuğun tıbbi müdahalenin önem ve kapsamını değerlendirecek ruhsal ve ahlaki olgunluğa, yani ayırt etme gücüne sahip olduğunda<sup>222</sup>, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı, tıbbi müdahaleye rıza verme hakkını tek başına kullanabilmesi yönündeki görüş kabul edilse bile<sup>223</sup>, çocuğun hayatının devamı için ve sağlığının korunması açısından tıbbi müdahalenin gerekli olduğu, ancak çocuğun bu tıbbi müdahaleyi reddettiği durumlarda

<sup>218</sup> Zarife Şenocak, "Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 50 Sayı 4, 2001, s. 74.

<sup>219</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. Şenocak, **a.g.e.**

<sup>220</sup> RG. T. 14. 04. 1928, S. 863.

<sup>221</sup> RG. T. 01.08.1998, S. 23420.

<sup>222</sup> Çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını tıbbi müdahaleyi yapacak doktor bizzat tespit edecektir. Şenocak, **a.g.e.**, s. 77. Amerika'da, çocukların tıbbi konulara karar vermede olgunluklarını ölçmek için yapılan, çocukların yapacağı seçimler ile makul bir yetişkinin yapabileceği seçimlerin karşılaştırılması üzerine kurulu bir deneyin sonuçlarına göre; 14 yaşındaki çocuklar neredeyse tamamen yetişkinler gibi, 9 yaşındakiler de çok da kötü olmayan seçimler yapmışlardır. John Eekelaar, "The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism", **International Journal of Law and the Family**, 8, (1994), s. 61. dipnot 57.

<sup>223</sup> Şenocak, **a.g.e.**, s. 76.; Bilge Öztan; **Şahsın Hukuku** (Dokuzuncu Basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2000), s. 121.

ana babanın tıbbi müdahale yönündeki kararının, velayetten kaynaklanan bakım ve gözetim ödevine dayanarak, çocuğun kararının önüne geçebileceği kabul edilmelidir<sup>224</sup>.

İster tıbbi müdahale için çocuğun görüşü ile birlikte ana babanın rızası şart koşulsun isterse çocuğun rızası tek başına yeterli sayılsın, her iki koşulda da doktor, aydınlatma yükümlülüğünü hem ana babaya hem de çocuğa karşı yerine getirmelidir. Tıbbi aydınlatma, hastalığın durumu ve gidişatı, tedavinin riskleri ve faydaları konusunda bilgilendirmeye yönelik olup tıbbi müdahale konusunda doğru karar verilmesi amacına hizmet ettiğinden<sup>225</sup>, ana babanın karar vereceği durumlarda bu bilgilerin onlara ve nihayetinde tıbbi müdahale çocuk üzerinde olacağından çocuğa da verilmesi gerekir. Tıbbi müdahaleye rızayı verecek olan ayırt etme gücüne sahip çocuk olduğunda, aydınlatma yükümlülüğünün çocuğa karşı olması doğaldır. Doktor çocuğun anlama ve kavrama kabiliyetini dikkate alarak bu yükümlülüğünü yerine getirmelidir<sup>226</sup>. Tıbbi müdahaleye karar verme konusunda ana babanın söz sahibi olmadığı bu durumda, onların da doktorun aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde bilgi alma hakkı olmalıdır. Böyle bir durumda ana babanı tıbbi müdahale hakkında bilgi alma hakkı velayet hakkından kaynaklanmaktadır<sup>227</sup>.

### 2.1.6. Çocuğun Ana Babasının Sözü Dinleme Yükümlülüğü

Velayetin kapsamında çocuğun, ana babasına itaat etme, onun sözünü dinleme yükümlülüğü de vardır<sup>228</sup>. Zira ana babanın velayetten doğan haklarını kullanabilmesi, görevlerini yerine getirebilmesi önemli ölçüde çocuğun ana babasının sözünü dinlemesine bağlıdır<sup>229</sup>. Bu nedenle Medeni Kanun madde 339/ II “Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür” hükmünü koymuştur.

<sup>224</sup> İmamoğlu, **a.g.e.**, s. 206.

<sup>225</sup> Şenocak, **a.g.e.**, s. 78.

<sup>226</sup> **Ayn**, s. 78.

<sup>227</sup> **Ayn**, s. 79.

<sup>228</sup> Akıntürk, **a.g.e.**, s. 407.

<sup>229</sup> Dural/ Ögüz/ Gümüş, **a.g.e.**, s. 522.

Çocuğun ana babasının sözünü dinlemesi, ana babanın velayeti çocuğun yararına kullanması ve çocuğun kişiliğine saygı göstermesi ile sınırlıdır<sup>230</sup>. Ana baba velayetten doğan yetkilerine dayanarak, çocuğun kişiliğine müdahalede bulunacak ya da çocuğun yararını tehlikeye düşürecek şeyleri yapmasını çocuktan isteyemez. Çocuğun bu tarzdaki talimatlara uyma yükümlülüğü yoktur<sup>231</sup>. Bu durumda Medeni Kanun madde 346'ya<sup>232</sup> dayanarak hakimin müdahalesi istenebilir.

Önceki Medeni Kanun'da, çocuğun ana babasının sözünü dinlememesinin yaptırımını "tedip hakkı" başlığı ile 267. maddede düzenlenmişti. Tedip hakkı, ana babanın çocuğun eğitimi için gerektirdiği takdirde çocuğun vücut bütünlüğü, onuru, özgürlüğü gibi kişilik değerlerine müdahale teşkil edecek çeşitli zorlama araçlarına başvurabilme yetkisidir<sup>233</sup>. Tedip hakkına dayanılarak, çocuğu eğitsel açıdan istenilen davranışa yönlendirmek üzere, çocuğa öğüt verilmesi, uyarıda bulunulması, sert davranılması veya çocuğun dövülmesi gibi farklı ağırlıktaki önlemler söz konusu olmaktadır<sup>234</sup>. Gerçi doktrinde, 267. maddenin tedip hakkının içeriğini belirtmediğinden ve bedensel cezanın modern eğitim anlayışında yeri olmamasından hareketle, maddenin bedensel ceza uygulama yetkisi içermediğini savunanlar olmuştur<sup>235</sup>. Ancak doktrinde baskın görüş ve Yargıtay uygulaması tedip hakkının bedensel ceza verme yetkisini de içerdiğini kabul etmekteydi<sup>236</sup>. Yeni Medeni Kanun, tedip hakkına yer vermemiştir. Ancak, tedip hakkının kanundan çıkarılmış olmasının eski Medeni Kanun'a göre bir gelişme olmadığı, çocuğu dayaktan ve şiddetin diğer formlarından korumaya yeterli

<sup>230</sup> Aynı, s. 522; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 407; İmamoğlu, **a.g.e.**, s. 193.

<sup>231</sup> Örneğin, ana babanın çocuğa sürekli dışarı çıkma yasağı getirmesi ya da çocuğun yaşıtı arkadaşlarıyla geçerli bir neden olmaksızın görüşmesini engellemesi, hem çocuğun yararına hem de onun kişilik haklarına aykırıdır. Çocuğun bu yöndeki talimatlara uyması istenemez.

<sup>232</sup> Medeni Kanun madde 346 şöyle demektedir: "Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır".

<sup>233</sup> İmamoğlu, **a.g.e.**, s. 204.

<sup>234</sup> Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 372.

<sup>235</sup> Sevgi Usta Sayita, "Anne Babanın Tedip Hakkı", **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Sayı 8, (Temmuz, 1994) s. 15-18.

<sup>236</sup> Tedip yetkisinin, ölçülülük ilkesine göre kullanılması gerektiği, tedip suretiyle çocuğun bedensel, ruhsal ve zihinsel gelişmesine zarar verilmemesi gerektiği kabul edilmekteydi. Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 372; İnan, **Çocuk Hukuku**, s. 131; Akyüz, **a.g.e.**, s. 254; Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, **Aile Hukuku** (İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaası, 1986), s. 252.

olmayacağı savunulmaktadır<sup>237</sup>. Bu görüşe göre, velayet çocuk üzerinde bir çeşit egemenlik olarak görüldükçe, velayetin bu egemenliğin araçlarını da içeriyor olması gerekir. Ayrıca, Medeni Kanun’da çocuğun itaat etme ödevi saklı tutulduğuna göre, ana babanın aldığı kararları çocuğa rağmen nasıl uygulayacağı sorusunun cevabı “tedip hakkı yoluyla” olacaktır. Aynı yazar, doktrinde yer alan “*ana babanın gerekli kararları alma ve uygulama yetkisinin varlığının tedip hakkını içerir şekilde yorumlanmaması gerektiği*”<sup>238</sup> yönündeki görüşü, çocuğun itaat yükümlülüğünün kanunda saklı olması, tedip hakkının çocuğun itaat etme ödevinin tamamlayıcısı olması, ayrıca Türk hukuk doktrini ve uygulamasının tedip hakkı yanındaki tavrı nedeniyle kabul edilir bulmamaktadır<sup>239</sup>. Yazara göre, tedip hakkı Medeni Kanun’da yer almasa bile varlığını sürdürmektedir. Zira Medeni Kanun madde 1’e göre, kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hakim örf ve adet hukukuna göre karar verecektir ve Türk Hukukunda, ana babanın çocuk üzerinde tedip hakkına sahip oldukları ve bu hakkın çocuğu belli bir oranda dövebilme yetkisi vermesi örf ve adet hukukundan kaynaklanmaktadır<sup>240</sup>.

Bir yetişkine bedensel ceza uygulanması insanlık onuruna aykırı görülürken, söz konusu, çocuğa bedensel ceza uygulanması olduğunda, bunun kabul edilebilir olarak görülmesi insan hakları alanında çifte standarttır ve böyle bir yaklaşımın makul bir açıklaması da yoktur. Ayrıca, bugün artık, çocuk eğitiminde şiddete yönelik cezaların (hem fiziksel hem de duygusal şiddet anlamında<sup>241</sup>) olumlu sonuçlar vermediği, aksine çocuğun ruh sağlığını olumsuz etkilediği, en kötüsü bu tür cezaya maruz kalanların bunu yetişkin olduğunda kendi çocuğuna uyguladığı bilinen bir gerçektir<sup>242</sup>. Eğer uygulayıcı, kanunda yer almayan tedip hakkına ilişkin bir tereddüt yaşayacak olursa, Anayasa’nın 90. maddesi ışığında, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’ni

<sup>237</sup> H.Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması** (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005), s. 185.

<sup>238</sup> Özlü, **a.g.e.**, s. 39 dipnot 29.

<sup>239</sup> B. Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 186.

<sup>240</sup> B. Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 187.

<sup>241</sup> Çocuğun sürekli azarlanması, korkutulması, başkalarının yanında küçük düşürülmesi ya da ana babanın kendini acındırarak veya çocuğa küserek, çocuğu yola sokmaya çalışması da çocuğa uygulanan yanlış disiplin yöntemleridir. Atalay Yörükoğlu, **Çocuk Ruh Sağlığı** (İkinci Basım. Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1979), s. 156.

<sup>242</sup> Yörükoğlu, **a.g.e.**, s. 152; Fatma Gül Cirhinlioğlu, **Çocuk Ruh Sağlığı ve Gelişimi** (Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2001), s. 156.

akla getirmelidir. Zira Sözleşme'nin 19(1). maddesi, çocuğun her türlü şiddete karşı korunması hakkını düzenlemekte ve şöyle demektedir: “Bu Sözleşme’ye taraf devletler, çocuğun ana babasının ya da onlardan yalnızca birinin, vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suiistimale, ihmal ya da ihmalkar muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önemleri alırlar”.

Ana baba çocuğu eğitmek için çağdaş çocuk eğitiminin belirlediği yöntem ve ilkelerden yararlanabilirler. Ana babanın kullandığı araçlar (yaptırımlar), hukuken kabul edilebilir ve mutlaka çocuğun yararına olmalı; ayrıca, olaya, çocuğun yaşı ve kişiliğine göre belirlenmelidirler. Ana babasının sözünü sürekli olarak dinlemeyen, onlara karşı devamlı itaatsizlik eden çocuğa karşı ise Medeni Kanun madde 347/ II'nin düzenlediği bir yaptırımdan söz edilebilir<sup>243</sup>. Medeni Kanun madde 347/ II'ye göre, çocuğun aile içinde kalması, ailenin huzurunu onlardan katlanmalarını beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hakim, çocuğu bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir.

## 2.2. Çocuğun Malvarlığının Korunması

Çocuğun fiil ehliyeti yoktur ancak Medeni Kanun madde 8 gereğince hak ehliyeti (hak ve borçlara sahip olma ehliyeti) vardır. Bu nedenle de, çocuk kendisine bağış yapılması, miras bırakılması, tazminat ödenmesi gibi nedenlerle bir malvarlığı sahibi olabilir. Bu malvarlığının korunması ve değerlendirilmesi velayete sahip ana ve babanın görevidir. Ana babanın malvarlığını koruyup değerlendirmesi, malvarlığının yönetilmesi ve malvarlığından yararlanılması yollarıyla gerçekleşir<sup>244</sup>.

<sup>243</sup> Akıntürk, **a.g.e.**, s. 408.

<sup>244</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 266.

### 2.2.1. Ana Babanın Çocuğun Malvarlığını Yönetmesi

Medeni Kanun madde 352/ I'de yer alan “Ana ve baba, velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler” hükmünden açıkça anlaşıldığı gibi çocuğun mallarının yönetilmesi ana baba için hem hak hem de yükümlülüktür. Bu nedenle ana baba bu haktan feragat edemezler, ancak çocuğun mallarının yönetiminde üçüncü kişilerin görüşlerini alabilirler, malların fiili yönetimini üçüncü kişilere bırakabilirler<sup>245</sup>. Çocuğun malları ile ilgi yapılacak bütün hukuki işlemleri kapsayan yönetim hakkı, çocuğun serbest malları dışındaki malları üzerindedir.

Ana baba, velayetleri devam ettiği sürece yönetim hakkını birlikte kullanırlar. Ana baba, çocuğun malvarlığının yönetimi ile ilgili olarak hesap vermek ve malvarlığının kötü yönetilmesi ihtimalinde sebep olabilecekleri zarara karşılık olmak üzere bir güvence göstermek zorunda değildirler (MK m. 352). Ancak, ana babanın hesap verme ve güvence gösterme mecburiyetinde olmamaları, yönetim hakkını sınırsız ve kontrolsüz ya da kendi çıkarları için kullanabilmeleri anlamına gelmez<sup>246</sup>.

Bir kere her şeyden önce, ana baba çocuğun malvarlığını, onu tüketecek şekilde yönetemezler. Ana babanın yönetim anlayışı, çocuğun mallarını korumak, değerlendirmek ve çoğaltmak için gerekli tedbirleri almaya yönelik olmalıdır<sup>247</sup>. Bu anlamda ana baba çocuk adına başkasına kefil olamaz, vakıf kuramaz, önemli bağışlamada bulunamaz. Öte yandan, ana baba çocuğun malvarlığının artması için de gayret göstermelidir. Ancak ana baba bu konuda çocuğun yararı ile sınırlı olarak, iyi bir yöneticinin alacağı kadar risk almalıdırlar<sup>248</sup>.

Yine ana babanın yönetim yetkisine çocuk yararına getirilen bir sınırlama; çocuk ile ana baba arasında ya da ana babanın çıkarına olarak üçüncü kişi ile çocuk arasında yapılacak bir hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesi için, işleme bir kayyımın katılması ve hakimin onayının gerekmesidir (MK m. 345). Ana baba, çocuğun yararına

<sup>245</sup> Öztan, **Aile Hukuku**, s. 684.

<sup>246</sup> Öztan, **Aile Hukuku**; s. 685 Akıntürk, **a.g.e.**, s. 415- 416.

<sup>247</sup> Öztan, **Aile Hukuku**, s. 685.

<sup>248</sup> **Aynı**, s. 694.

olmayan, kayyımın katılımı ve hakimin denetiminden uzak işlemlerle çocuğu hukuken bağlayamazlar<sup>249</sup>.

Ana baba yönetim hakkını çocuğun yararına kullanmalıdır; ancak yönetim sırasında ana babanın çocuğun yararı ilkesi uyarınca denetimi oldukça güçtür. Kanun koyucu, kural olarak yönetimin başlangıcı için denetimi kolaylaştıracak, örneğin defter tutma ya da bildirimde bulunma gibi araçlar öngörmemiştir.

Bununla birlikte, bir durumda yönetim hakkının başlangıcında bu gibi araçlara başvurulması olanağı kabul edilmiştir. Evliliğin sona ermesi nedeniyle velayet hakkı, dolayısıyla çocuğun mallarının yönetim hakkı kendisine verilen taraf, malvarlığının durumunu gösteren bir defter vermek ve malvarlığında ya da yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır (MK m. 353).

Öte yandan yönetim hakkının son bulması durumunda da ana baba tamamen serbest bırakılmamıştır. Nitekim, ana baba yönetim hakkı sona erdiğinde –yönetim sırasında kural olarak göz ardı edilen– hesap verme ile yükümlü tutulmuşlardır (MK m. 362). Böylelikle, yönetim sırasında ana babayı çocuğun yararını sürekli olarak gözetmeye yöneltebilecek dolaylı bir koruma tedbiri hayata geçirilmektedir.

### **2.2.2. Ana Babanın Çocuğun Malvarlığını Kullanması**

Medeni Kanun madde 354'e göre “Ana ve baba, kusurları sebebiyle velayetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler”.

Velayetin içerdiği bir hak olarak ana babanın çocuğun mallarını kullanma hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu haliyle kullanma hakkının herkese karşı ileri sürülebileceği ve hakkın kendisinin ya da kullanma imkanının başkasına devredilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>250</sup>.

Öte yandan MK 354'den de anlaşıldığı gibi, yönetim hakkından farklı olarak kullanma hakkı kural olarak ana babanın elinden alınamamaktadır. Hatta çocuğun

<sup>249</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 268.

<sup>250</sup> Öztan, **Aile Hukuku**, s. 689.

yararına aykırı kimi uygulamalarda bulunmaları halinde bile ana baba kullanma hakkından yoksun bırakılamamaktadır. Yeter ki, özellikle MK 348/I (1) uyarınca velayet hakkı kusurlu davranışlarına dayandırılarak ellerinden alınmamış, kaldırılmamış olsun!

### 2.2.3. Çocuğun Mallarının ya da Gelirlerinin Sarfı

Çocuğun mallarının gelirinin ana baba tarafından harcanması mümkündür. Ancak, çocuğun mallarının geliri öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için kullanılmalıdır; ancak hakkaniyet ölçütü ile sınırlı olarak aile ihtiyaçları için de sarfedilebilir (MK m. 355/ I).

Esas olarak çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli olan tüm giderlerden ana baba sorumludur (MK m. 327/I). Ana baba bu giderleri kendi kazançları ve malvarlıklarından karşılamalı; kural olarak çocuğun malvarlığına dokunmamalıdır<sup>251</sup>. Ancak ana baba kendi imkanlarıyla bu masrafları karşılayamıyor ise, çocuğun mallarına başvurabilirler (MK m. 327/II, 355, 356). Medeni Kanun madde 327/ II hükmüne göre, ana baba yoksul iseler veya çocuğun özel durumu olağanüstü masraflar yapılmasını gerektiriyorsa ya da çok olağandışı herhangi bir sebep varsa, hakimin izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar sarfedebilirler. Hükümde yer alan “olağandışı herhangi bir sebep” ifadesi, çocuğun malvarlığına ana babasının el atmasını kolaylaştırabilecek bir ifadedir, ayrıca bu sebep çocukla ilgili bile olamayabilir. Bu da çocuğun yararına aykırı bir durumdur<sup>252</sup>.

Yine olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilir. Ancak ana babanın bunları tüketme yetkisi yoktur<sup>253</sup>. Ayrıca kanun koyucu, bu tip bir harcamayı sadece çocuğun bakımı için öngörmüştür<sup>254</sup>. Zorunluluk halinde hakimin izniyle, ana baba çocuğun diğer mallarına da başvurabilirler (MK m. 356/ II). Buna göre, ana baba

<sup>251</sup> Ahmet Kılıçoğlu, **Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu** (Ankara: T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, 2003), s. 130.

<sup>252</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 271.

<sup>253</sup> Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 134.

<sup>254</sup> Akıntürk, **a.g.e.**, s 424.



çocuğun bakımı, eğitimi ve yetiştirilmesi için zorunluluk varsa, çocuğun mallarını paraya çevirerek harcayabilirler. Böyle bir zorunluluk olup olmadığı, her somut olaya göre ve asıl olarak çocuğun ihtiyaçlarını ana babasının karşılaması gerektiği kuralı da göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir<sup>255</sup>. Bu hükümde geçen “diğer mallardan” kasıt, hükmün birinci fıkrasında bahsedilen sermaye biçimindeki ödemelerin, tazminatların ve benzeri edimlerin ihtiyacı karşılamaması halinde, çocuğun bunların dışında kalan mallarıdır<sup>256</sup>.

#### 2.2.4. Çocuğun Serbest Malları

Çocuğun tüm malları üzerinde ana babanın yönetim ve kullanma hakkı yoktur. Kanun koyucu, çocuğun ergin olduğunda malvarlığını tek başına yöneteceğini göz önünde bulundurarak, bu konuda deneyim kazanmasını sağlamak amacıyla, çocuğa henüz ergin olmadan, bazı malları üzerinde yönetim ve kullanma hakkı tanımıştır<sup>257</sup>. Ana babanın yönetim ve kullanma haklarının bulunmadığı ya da bunlardan sadece birinin bulunduğu bu mallara çocuğun serbest malları denir.

#### 2.3. Çocuğun Temsil Edilmesi

Ana baba, velayetteki hak ve yetkilerle sınırlı olarak ve velayeti yürütme hakkına sahip oldukları sürece, yani kural olarak çocuk ergin oluncaya kadar, üçüncü kişilere karşı çocuğun kişi ve malvarlığını yasal temsil yoluyla korurlar. Vesayette kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsilde de uygulanır. Ancak vesayette kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler arasında düzenlenmiş, vesayet dairelerinin iznine bağlı hukuki işlemleri, yasal temsilci sıfatıyla ana baba vesayet makamının iznine bağlı olmaksızın yapabilirler<sup>258</sup>. Velayetten doğan hak ve yetkileri kullanabilmek, yükümlülükleri yerine getirebilmek amacıyla kendilerine temsil yetkisi verilen ana babanın gözeteyeceği temel ilke çocuğun yüksek yararı ilkesidir.

<sup>255</sup> Kılıçoğlu, a.g.e., s. 135.

<sup>256</sup> Akıntürk, a.g.e., s. 424.

<sup>257</sup> Aynı, s. 424..

<sup>258</sup> Aynı, s. 409- 411.

Ana baba velayet hakkına birlikte sahip iseler, çocuğun temsilini de birlikte gerçekleştirmelidirler. Eğer ana babadan biri velayet hakkına sahip ise, çocuğun yasal temsilcisi velayet hakkına sahip ana veya babadır. İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler (MK m. 342/ II).

Çocuk, ayırt etme gücüne sahip değilse, yani tam ehliyetsiz ise hiçbir hukuki işlemi yapamaz, çocuğun yaptığı hukuki işlemler hükümsüzdür ve ana babanın oluru ile de geçerli hale gelmez. Bu durumda, ana baba yasal temsilci olarak çocuk adına ve hesabına hareket ederler. Çocuk ayırt etme gücüne sahip ise, yani sınırlı ehliyetsiz ise, ana babasının iznine gerek duymaksızın, tek başına, kazandırmalarda ve serbest mallarıyla ilgili hukuki işlemlerde bulunabilir, ancak kendisini borçlandıran işlemler, ana babasının işlem öncesi izni veya işlem sonrası onayı ile hüküm ifade eder. Bu durumda da, ana babanın yasal temsilci olarak yaptığı, ayırt etme gücüne sahip çocuğun hukuki işlemlerine izin vermek veya katılmaktır. Ana baba gerek ayırt etme gücüne sahip çocuk gerekse ayırt etme gücünden yoksun çocuk adına ve hesabına, Medeni Kanun madde 449'da sayılan yasak işlemler (kefil olma, vakıf kurma ve önemli bağışlarda bulunma) istisna olmak üzere tüm hukuki işlemleri yapabilirler.

Çocuk, ana babasının kendisi adına yaptıkları hukuki işlemlerden kendi malvarlığı ile sorumludur (MK m. 343/ II). Ana baba ile çocuğun çıkarlarının çatıştığı bir hukuki işlemle, çocuk borç altına girecekse, bu işleme bir kayyımın katılması ve hakim onayı gerekir.

Çocuğun, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanması bakımından ise, şöyle bir ayırım söz konusudur: Birinci derecede kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda ana baba çocuğu temsil edemezler, ancak çocuk da bunları tek başına kullanamaz. Birinci derecede kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda yasal temsilci yasağı, çocuğun yararına olmak üzere yumuşatılmış ve bunların kullanımı için temsilci ve çocuğun beraber hareket etmeleri zorunluluğu getirilmiştir<sup>259</sup>. Birinci derecede kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda yasal temsilci yasağı ve bu yasağın çocuğun yararına yumuşaması açısından ayırt etme gücüne sahip çocuk ile ayırt etme gücünden yoksun çocuk arasında fark yoktur<sup>260</sup>. Ayırt

<sup>259</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 276.

<sup>260</sup> **Aynı**, s. 279.

etme gücüne sahip çocuk, ikinci derecede kişiye sıkı surette bağlı hakları tek başına kullanabilir. Ayrıca, çocuğun ikinci dereceden kişiye bağlı haklarını, ana babasının da, onun adına ve hesabına kullanabileceği kabul edilir. Ana baba, çocuğu mahkemelerde temsil edebilir, çocuğun davalı veya davacı olduğu davalarda onun adına usul işlemleri yapabilir. Ana baba, bu gibi durumlarda Medeni Kanun madde 339/ II gereği, ayırt etme gücüne sahip çocuğun görüşünü almalıdırlar<sup>261</sup>.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğun yüksek yararı ve çocuğun görüşlerine saygı genel ilkelerinin bir anlam ifade edebilmesi için özellikle üzerinde durulması gereken iki husus, çocuğun kendi başına tıbbi yardım ve hukuki yardım alabilmesinin sağlanmasıdır.

Çocuğun ana babasının oluru olmaksızın hukuki yardım alabilmesi (bir avukata başvurabilmesi) Sözleşme ile düzenlenen hakların çocuğun yaşantısında bir anlam ifade edebilmesi açısından önem taşır. Yine çocuğun kendi başına tıbbi yardım alabilmesi, çocuğun yararı ve görüşleri ile ana babanıninkilerin çatıştığı durumlarda önem taşır. Örneğin ana babanın itirazlarına rağmen çocuk cinsellik ya da aile planlamasına ilişkin bir eğitim almak isterse, çocuğun buna hakkı olmalıdır. Ayrıca, çocuk ana babasının rızası olmaksızın yetkili mercilere şikayette bulunabilmeli ve kovuşturma talep edebilmelidir. Özellikle, çocuğun aile içinde maruz kaldığı şiddet ve cinsel sömürü gibi durumlarda çocuğun tek başına şikayette bulunabilmesi ve hukuki yardım almak üzere bir avukata tek başına başvurabilmesi önem taşımaktadır<sup>262</sup>. Ancak, çocuğun bir hekimden ya da avukattan yardım alması bir sözleşmedir ve sözleşme yapabilme fiil ehliyeti gerektirir. Medeni Kanun'un, çocuğun ana babasının rızasını olmaksızın borç altına giremeyeceği kuralı karşısında çocuk ihtiyaç duyduğu yardıma başvuramayacaktır. Ancak çocuğun yararı için çok ciddi önemi olan durumlarda, ana babanın rızasını aramaktan vazgeçip, alışveriş hayatının güvenliği yerine kamu güvenliğinin korunması gerekir<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> Aynı, s. 279.

<sup>262</sup> Hogkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 164.

<sup>263</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 285.

### 3. VELAYETTE ÇOCUĞUN YARARINA OLMAYAN UYGULAMALARA KARŞI ÖNLEM VE YAPTIRIMLAR

#### 3.1. Genel Olarak

Velayet kurumu, çocuğun yararına düzenlenmiş bir kurum olarak kabul edilmekte, ana babaya sağlanan haklar çocuğun yetiştirilmesi, eğitilmesi ve çıkarlarının korunması amacıyla hizmet etmektedir<sup>264</sup>. Ana baba, velayetin kendilerine tanıdığı hakları kullanırken, vasiden farklı olarak, herhangi bir kamu denetimine tabi değildirler<sup>265</sup>. Oysaki, ana babanın yetersizliklerinden ya da kötü niyetli olmalarından dolayı, velayeti çocuğun yararına aykırı olarak kullanmaları söz konusu olabilir. Bu tür durumlarda hakim, çocuğun korunması için gereken önlemleri alır<sup>266</sup>.

Çocuğun yararının korunması için alınacak önlemlerin neler olacağı genel olarak hakimin takdirine bırakılmıştır (MK m. 346, m. 360). Medeni Kanunda sayılan belirli durumların gerçekleşmesi halinde hakimin alacağı bazı özel önlemler de öngörülmüştür (MK m. 347, m. 348, m. 361). Ayrıca 14.1.1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun<sup>267</sup> (AileKorKan.) madde 1 ile 9.1.2003 tarih ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun<sup>268</sup> (AileMahK.) madde 6 düzenlemelerinde öngörülen tedbirlere başvurulması mümkündür. Bu konuda, 3.7.2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu<sup>269</sup> (ÇocukKorKan.) da önlemlere ilişkin içerdiği hükümlerle ilgili olarak yasa koyucunun güncel tutumunu göstermesi bakımından dikkate değer görünmektedir<sup>270</sup>.

<sup>264</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 301; Dural/ Öğüz/ Gümüş, **a.g.e.**, s. 528.

<sup>265</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 301; Dural/ Öğüz/ Gümüş, **a.g.e.**, s. 528; Selahattin Sulhi Tekinay **Türk Aile Hukuku** (Dördüncü Basım. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982), s. 513.

<sup>266</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 301.

<sup>267</sup> RG. T. 17.01.1998, S. 23233.

<sup>268</sup> RG. T. 18.01.2003, S. 24997.

<sup>269</sup> RG. T. 15.07.2005, S. 5395.

<sup>270</sup> Söz gelişi ÇocukKorKan madde 7/ II'ye göre "Tebdir kararı verilmeden önce çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılabilir".

Hakimin alacağı önlemlerin çocuğun yararını korumaya yönelik olması ve çocuğun yararı için tehlike oluşturan durumla orantılı olması gerekir. Yani ölçülülük ilkesi uygulanmalı, hafif bir önlemlerle çocuğun yararına aykırı olan durum ortadan kaldırılabilecekken ağır bir önlem kararı verilmemelidir<sup>271</sup>. Zira, bu kuralın ihlal edilmesi de çocuğun yararını tehlikeye sokar. Örneğin, ana babaya biraz yol gösterilmesi, uzman kişilerin yardım etmesi çocuğun durumunu düzeltebilecekken, ana babadan alınarak bir kuruma yerleştirilmesi, çocuğun yararını korumaya elverişli bir önlem olmayacaktır.

Ana babanın velayete birlikte sahip oldukları durumlarda, koruma önlemleri durumun özelliğine göre, her ikisine karşı uygulanabileceği gibi ana babadan sadece birine karşı da uygulanabilir<sup>272</sup>.

### 3.2. Çocuğun Kişi Varlığının Korunmasına İlişkin Önlemler

#### 3.2.1. Genel Olarak

Medeni Kanun'un 346. maddesinde "Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır" denilmektedir. Doktrinde, madde 346 hükmünün, çocuğun hem kişi varlığı hem de malvarlığına ilişkin ödevlerin yerine getirilmemesi halini kapsamadığı, çocuğun sadece kişi varlığına ilişkin ödevlerin yerine getirilmemesi halini kapsadığı kabul edilmektedir<sup>273</sup>. Kanunda çocuğun malvarlığını koruyan özel bir düzenleme olması bu görüşü desteklemektedir<sup>274</sup>.

Çocuğun korunması için gerekli önlemlerin alınmasını, en başta çocuğun kendisi olmak üzere, çocuğun yararına aykırı bir durumun varlığından haberdar olan herkes

<sup>271</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 302; Serozan, **a.g.e.**, s. 292; Öztan, **Aile Hukuku**, s. 670- 671.

<sup>272</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 302.

<sup>273</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 302; Dural/ Öğüz/ Gümüş, **a.g.e.**, s. 528; Öztan, **Aile Hukuku.**, s. 668; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 430.

<sup>274</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 302; Öztan, **Aile Hukuku.**, s. 668; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 430.

isteyebilir; hakim bu önlemleri re'sen alabilir<sup>275</sup>. ÇocukKorKan. madde 7/ I'e göre, "Çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı; çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen çocuk hakimi tarafından alınabilir". AileKorKan.'a göre ise, çocuk aile içinde şiddet görüyorsa, durumu kendisi veya Cumhuriyet başsavcılığının bildirmesi ile aile mahkemesi hakimi re'sen önlem alır.

Koruma önlemlerinin alınabilmesi için, ana babanın çocuğa ilişkin görevlerini yerine getirmemiş olmaları ve çocuğun yararının tehlikeye düşmüş olması gerekir. Ana babanın velayetten doğan görevlerini yerine getirmemelerinde kusur aranmadığı gibi çocuğun yararını aktif davranışları ile tehlikeye düşürmeleriyle, ihmal suretiyle tehlikeye düşürmeleri ya da bunu ana babadan birisinin yapmış olması ile birlikte yapmış olmaları arasında da bir fark yoktur<sup>276</sup>. Ana babanın hiçbir kötü niyeti olmasa bile, bilgisizliği veya görgüsüzlüğü de önlem alınmasını gerektirebilir<sup>277</sup>. Ana babanın görevlerini yerine getirmemiş olmaları çocuğun yararını tehlikeye düşürmüş olmalıdır. Tehlikenin doğmuş olması ya da ağır bir tehlike olması gerekli değildir<sup>278</sup>. Çocuğun bedensel, duygusal ya da zihinsel gelişiminin tehlikeye düşeceğine ilişkin ciddi şüpheler varsa ya da hafif bir tehlikenin doğurduğu zararın ileride artacağından şüphe ediliyorsa önlem alınması gerekir<sup>279</sup>. Çocuğun yararına aykırı davranışlar ya da çocuğun yararının ne zaman tehlikeye düşmüş sayılacağı konusunda kesin tanımlar yoktur, her olayda olayın niteliğine göre değerlendirme yapılmalıdır. Bu konuda doktrinde verilen örneklerden birkaçı şöyledir: "Çocuğun gereği gibi beslenmemesi, sağlığına yeterli özen gösterilmemesi, çocuğun gereksiz ve amaçsız cezalandırılması, öğretim ve eğitimin ihlali, özürlü çocuğa uygun eğitim verilmemesi, çocuğun hata ve başarısızlıklarının yeter derecede önemsenmemesi"<sup>280</sup>.

<sup>275</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 292; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 430.

<sup>276</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 303.

<sup>277</sup> Özlü, **a.g.e.**, s. 60.

<sup>278</sup> Öztan, **Aile Hukuku**, s. 671; Özlü, **a.g.e.**, s. 59.

<sup>279</sup> Öztan, **Aile Hukuku**, s. 671; Özlü, **a.g.e.**, s. 59.

<sup>280</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 303- 304.

Medeni Kanun madde 346’da hakimin alması gereken önlemler belirtilmemiş, sadece “uygun önlemler” ifadesi kullanılmıştır. Bu önlemler arasında, özellikle ve öncelikle AileKorKan. ile AileMahK’da düzenlenenler dikkate alınmalıdır.

Yasa koyucunun aile içinde şiddete maruz kalan çocuğa karşı gösterdiği duyarlılığı temsil eden AileKorKan.’a göre, bu gibi durumlarda, hakim, kusurlu ebeveynin sergilediği korku veya şiddet içeren ya da zarar verici veya rahatsız edici davranışlarını yasaklama, bu davranışlar içerisindeki ebeveyni ortak veya çocuğun oturduğu konuttan uzaklaştırma gibi önlemlere karar alabilir (m. 1).

Öte yandan AileMahK’da “Koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler” başlığı altında m. 6/I (2)’de aile mahkemesince “küçükler hakkında

a) Bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almaya,

b) Bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan veya manen terk edilmiş halde kalan küçüğü, ana ve babadan alarak bir aile yanına veya resmî ya da özel sağlık kurumuna veya eğitimi güç çocuklara mahsus kuruma yerleştirmeye,

c) Çocuk mallarının yönetimi ve korunmasına ilişkin önlemleri almaya,

d) Genel ve katma bütçeli daireler, mahallî idareler, kamu iktisadî teşebbüsleri ve bankalar tarafından kurulmuş teşekkül, müessese veya işletmelere veya benzeri işyerlerine yahut meslek sahibi birinin yanına yerleştirmeye” ilişkin karar alınabileceğini düzenlemektedir.

Hakimin, gerektiğinde yukarıda anılanlara benzeyen diğer önlemlere takdiren karar verme yetkisi de bulunmaktadır (MK m. 4, AileKorKan m.1). Ana babaya velayetten doğan görevlerini hatırlatmak, yapmaları gerekenlere dair bilgi, talimat ve öğüt vermek, onları uzmanlardan yardım almaya, görevlerini yerine getirmelerine yardımcı olacak bakıcı veya eğitici tutmaya zorlamak, velayetin kaldırılabilmesi konusunda uyarmak gibi önlemler, uygun önlemler olabilir<sup>281</sup>.

<sup>281</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 304; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 431.

Ayrıca, yasa koyucunun güncel tutumunu yansıtan ÇocukKorKan.'nda öngörülen önlemler de hukuk hakimine takdiri değerlendirmesinde yol gösterici olacaktır. ÇocukKorKan., “Koruyucu ve destekleyici tedbirler” başlıklı 5. maddesinde şu düzenleme yer almaktadır: “Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

- a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunların çözümünde yol göstermeye,
- b) Eğitim tedbiri, 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,
- c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirmemesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesi,
- d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,
- e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya,

yönelik tedbirdir.”



### 3.2.2. Çocuğun Yerleştirilmesi

#### 3.2.2.1. Sebepler

Medeni Kanun madde 347/ I'e göre, "Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir".

Çocuğun ana babadan alınması ana baba için ağır bir yaptırım olduğu kadar çocuğun yararı açısından da çok dikkatle karar verilmesi gereken bir önlemdir. Bu yüzden, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişiminin tehlikede bulunması süreklilik göstermelidir. Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişimi o derece bir tehlikede olmalı ya da ana baba çocuğun bakımına ve eğitimine öyle kayıtsız kalmalıdır ki, çocuğun ana babadan koparılması çocuk için en iyi çözüm olsun (krş. MK m. 346)<sup>282</sup>. Eziyet görse ya da ihmal edilse bile pek çok durumda çocuk, ana babasına manevi olarak kuvvetle bağlıdır. Bu nedenle çocuğun içinde bulunduğu durumun, çocuk ana baba yanında tutularak, diğer önlemlerle iyileştirilmesi mümkünse bu yol mutlaka denenmelidir; çocuk ana babasından en son çare olarak koparılmalıdır<sup>283</sup>.

Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesinin tehlikede bulunması veya manen terk edilmiş olması -ki bu durumda da çoğu kez çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi etkilenir- dışında Medeni Kanun madde 347/ II'ye göre "Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir".

#### 3.2.2.2. Yerleştirme Kararı

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 20. maddesine göre, kendi yararına olarak aile ortamından yoksun bırakılan çocuk için devletin verebileceği bakım imkanlarından (bu bakım kuruma yerleştirme, evlat edindirme, koruyucu aile

<sup>282</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 305.

<sup>283</sup> **Aynı**, s. 305.

yanına yerleştirme şeklinde olabilir) biri seçilirken, çocuğun yetiştirilmesinde sürekliliğin korunması ve çocuğun etnik, dinsel, kültürel ve dil kimliği göz önünde tutulmalıdır<sup>284</sup>. Çocuğun yetiştirilmesinde süreklilikten kasıt, olabildiğince çocuğun ana baba ve diğer aile üyeleri ile ve toplumla temas halinde olmasıdır. Bir başka anlamı ise, devletin çocuğun yetiştirilmesine ilişkin seçtiği çözümün istikrarlı olmasıdır. Ana babasından ayrılmakla zaten yıkıma uğramış çocuğun, koruyucu aile ile kurumlar arasında dolaştırılmasından özenle kaçınmak gerekir<sup>285</sup>. Etnik, dinsel, kültürel ve dil kimliğinin göz önünde tutulması ise, çocuğun devletin gözetiminde bakıma tabi tutulurken, bir bütün olarak çocuğun kimliğine, kişiliğine, çocuğun kendini yetiştirme hakkına saygı gösterilmesi demektir<sup>286</sup>.

Bütün bu nedenlerle yerleştirileceği yerin belirlenmesi çocuğun yararı açısından önemli bir husustur. Bu ise, çocuğun daha doğal ortamından, ana baba yanından alınmadan önce nereye yerleştirileceğinin kararlaştırılmış olmasını gerektirir<sup>287</sup>. Bu konuda karar verme, MK m. 347’de “hâkim” olarak anılan aile mahkemelerinin işidir (AileMahK. m. 4/1).

Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu<sup>288</sup> madde 22’ye göre, “Korunmaya muhtaç çocukların reşit oluncaya kadar bu Kanun hükümlerine göre Kurumca kurulan sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri ve bir meslek sahibi edilmeleri hususundaki gerekli tedbir kararı yetkili ve görevli mahkemece alınır. Bu karar için gerekli belgeler Kurumca düzenlenir ve ilgili mahkemeye gönderilir”. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise, “Haklarında derhal korunma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar mahkeme kararı alınıncaya kadar, bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda veya aile yanında mahalli mülkü amirin onayı alınmak suretiyle bakım altına alınır”<sup>289</sup>.

<sup>284</sup> Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 264.

<sup>285</sup> **Aym**, s. 264.

<sup>286</sup> **Aym**, s. 264.

<sup>287</sup> Öztan, **Aile Hukuku**, s. 675.

<sup>288</sup> RG. T. 27.05.1983, S. 18059.

<sup>289</sup> Keza Çocuk KorKan m.9’da da “acil” durumlar için benzer biçimde bir çözüm düzenlenmektedir. Buna göre, çocuğun SHÇEK tarafından bakım ve gözetim altına alınmasından sonra üç gün içerisinde hakimden alınması gereken geçici (acil) koruma kararı üzerine azami otuz gün içerisinde çocuk hakkında

Hakimin, çocuğun nereye yerleştirileceği konusunda geniş takdir yetkisi vardır<sup>290</sup>. Ancak çocuğun yararı bakımından, kuruma yerleştirilmesi tercih edilen bir uygulama değildir. Çocuğun bedensel, zihinsel ve duygusal gelişiminin en iyi aile içerisinde tamamlanacağı düşüncesinden hareketle, gelişmiş ülkelerde kurum bakımı yerine koruyucu aile<sup>291</sup> veya çocuk köyleri<sup>292</sup> tercih edilmektedir<sup>293</sup>. Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 23. maddesine göre de, "Mahkeme korunma kararı alınan korunmaya muhtaç çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda olduğu kadar Kurumun denetim ve gözetiminde bir "Koruyucu Aile" tarafından da yerine getirilebilir".

### 2.2.2.3. Yerleştirme Kararının Sonuçları

Çocuğun kuruma ya da koruyucu aile yanına yerleştirilmesi ana babanın velayet hakkına son vermez; ancak çocuğu yetiştirme yetkileri son bulur<sup>294</sup>. Hakim, çocuğun yararına aykırı olmadıkça, ana babası ile kişisel görüşmelerini de

---

sosyal inceleme yapılması gerekmektedir. Ancak bundan sonra çocuk hakkında böyle bir önlemin gerekliliğine karar verilebileceği öngörülmektedir.

<sup>290</sup> Akıntürk, **a.g.e.**, s. 432.

<sup>291</sup> Koruyucu aile ya da kişi, hakkında geçici veya sürekli yerleştirme kararı alınan korunmaya muhtaç çocuğu, Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu ile yapılan sözleşmeye dayanarak, yetiştiren ve ona bakan aile veya kişidir. Usta Sayita, **Koruyucu Aile**, s. 24. Koruyucu ailenin yükümlülükleri, yanına yerleştirilen çocuğun öncelikle fiziksel ve psiko-sosyal gelişiminin sağlıklı olabilmesi için gerekli koşulları sağlamak, çocuğun yeteneklerinin ve becerilerinin el verdiği ölçüde öncelikle eğitim ve öğretimi ya da meslek sahibi edindirilmesi için gerekli çabayı göstermek, çocuğun varsa öz ailesi ve akrabaları ile uygun görülen şekil ve zamanda görüşmesini sağlamak, koruyucu aileye yerleştirilen çocuklara ilişkin olarak mesleki çalışmaları yürüten sosyal çalışmacılara gerekli koşulları hazırlamak, adres ve ikametgah değişikliklerini, bu değişiklik gerçekleşmeden önce İl Müdürlüğüne bildirmektir. Koruyucu Aile Yönetmeliği madde 13. RG. T. 14.10.1993, S. 21728.

<sup>292</sup> Çocuk köyleri, bir anne ve sınırlı sayıda, değişik yaşlarda kız ve erkek çocuklardan oluşan ailelerden meydana gelir. Çocuklar kendilerine ait bir evde, bir anne gözetiminde kardeş gibi yaşarlar. Latife Bıyıklı, "Korunmaya Muhtaç Çocuklar ve S.O.S. Çocuk Köyleri", **Topçuoğlu'na Armağan** (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995), s. 174. S.O.S. Çocuk Köyü modeline uygun olarak açılan ilk Türk çocuk köyü, İstanbul Gaziosmanpaşa ilçesindeki Bolluca Çocuk Köyü'dür. <<http://www.cocukkoyleri.org>> (7.8.2006).

<sup>293</sup> Bıyıklı, **a.g.e.**, s. 173.

<sup>294</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 307.

düzenlemelidir<sup>295</sup>. Hakimin verdiği önlem kararının gerektirdiği giderler, ana baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa devlet tarafından karşılanır (MK m. 347/ III).

### 3.3. Çocuğun Malvarlığının Korunmasına İlişkin Önlemler

#### 3.3.1. Genel Olarak

Kanun koyucu, çocuğun malvarlığını, çocuğun yararına olmak üzere en uygun şekilde ana babasının koruyup değerlendireceğine inandığından, onların yönetimine bırakmış ve kural olarak ana babayı bu konuda hesap vermekle veya güvence göstermekle sorumlu tutmamıştır (MK m. 352/ I). Ancak ana babanın yetersizlikleri ya da kötü niyetleri nedeni ile, çocuğun malvarlığının tehlikeye düşme ihtimali her zaman vardır ve bunun için kanun koyucu çocuğun malvarlığının korunmasına ilişkin önlemleri de düzenlemiştir. Bir kere her şeyden önce, yönetimi anne babaya bırakan madde 352'nin ikinci fıkrası, ana babanın yükümlülüklerini yerine getirmedikleri durumlarda hakimin müdahale edeceğini belirtmektedir.

Hakimin, çocuğun malvarlığının korunmasına ilişkin önlem almasına asıl olarak imkan tanıyan madde 360/ I'e göre, ana baba çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermezlerse, hakim malların korunması için uygun önlemleri alır.

Hakimin çocuğun mallarının korunmasına ilişkin uygun önlemlere karar verebilmesi için, ana babanın kusurlu olması gerekli değildir<sup>296</sup>. Her ne sebeple olursa olsun, yeterince özen göstermeyen ana babaya karşı, henüz tehlike gerçekleşmemiş de olsa hakim uygun önlemleri, çocuğun yararı için alacaktır<sup>297</sup>.

Madde 360/ II'ye göre, "Hâkim, özellikle malların yönetimi konusunda talimat verebilir; belirli zamanlarda verilen bilgi ve hesabı yeterli görmezse, malların tevdi edilmesine veya güvence gösterilmesine karar verebilir".

---

<sup>295</sup> Aynı, s. 308.

<sup>296</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 309; Öztan, **Aile Hukuku**, s. 698.

<sup>297</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 699.

### 3.3.2. Çocuk Mallarının Yönetiminin Ana ve Babadan Alınması

Çocuğun mallarına yönelik tehlike madde 360/ II'de düzenlenen önlemlerle giderilememişse ya da bu önlemlerin işe yaramayacağı baştan anlaşılıyorsa, çocuğun mallarının yönetimi ana babadan alınarak bir kayyım devredilebilir (MK m. 361/ I).

Yönetimin ana babadan alınıp kayyım devredilmesi onların velayet haklarını etkilemez. Velayet hakkı ana babada kalır; kayyım da malları yönetir<sup>298</sup>.

Çocuğun, yönetimi ana babaya ait olmayan malları tehlikeye düştüğünde de hakim aynı önlemleri alabilir; çocuk mallarının gelirlerinin veya bu mallardan ayrılmış belirli miktarların kanuna uygun şekilde sarfedileceğinden kuşku duyarsa, bunların yönetimini de kayyım bırakabilir (MK m. 361/ II, III).

Ana babanın yönetim sırasında çocuğun yararına aykırı tutum ve davranışlar sergilemeleri karşısında ciddi görünen bir önlem olarak ana babanın yönetim hakkının kaldırılması yoluna başvurulması olanaklıdır. Gerçekten yasa koyucu yönetim hakkının keyfi kullanımını önlemek için, yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmeyerek, çocuğun mallarını tehlikeye düşüren ana babadan bu hakkın alınarak bir kayyım devredilebileceğini düzenlemiştir (MK m. 361).

Ayrıca, ana babanın, çocuğun mallarının geri verilmesinden vekil gibi sorumlulukları öngörülmüştür (MK m. 363/I). Nihayet, ana baba, yönetimin bitiminde çocuğun malvarlığında sorumsuzca ve kötü yönetimleri nedeniyle oluşan eksilmeden, çocuğa karşı tazminatla sorumlu olurlar<sup>299</sup>.

### 3.4. Velayetin Kaldırılması

Velayetin çocuğun yararına aykırı olarak kullanıldığı durumlarda, çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa hakim velayetin kaldırılmasına karar verir (MK m. 348/ I).

<sup>298</sup> Öztan, **Aile Hukuku**, s. 700.

<sup>299</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 268.

Velayet ana babanı her ikisinden kaldırılabilceği gibi sadece birinden de kaldırılmış olabilir. Ana babadan birinden kaldırılmışsa, velayetten doğan hak ve yükümlölükler artık sadece diğer taraf için söz konusu olur, eğer iki taraftan da kaldırılmışsa çocuğa vasi atanır (MK m. 348/ II). Velayetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar. Ancak hakim, bu konuda farklı bir karar da verebilir (MK m. 348/ III).

Velayetin kaldırılması kurumu, çocuğun yararı için düzenlendiğinden ana babanın velayetten doğan görevlerini yerine getirmemelerinde kusurlu olmaları aranmaz. Ancak çocuğun yararı için alınabilecek en ağır önlem olduğundan kanunda sınırlı sayıda öngörülen nedenlerden birinin gerçekteşmiş olması gerekir<sup>300</sup>. Medeni Kanun'da düzenlenen nedenler, ana babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması veya benzer sebeplerden biriyle velayet görevini yerine getirmemesi (MK m. 348/ b.1) ve ana babanın, çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlölüklerini ağır biçimde savsaklamasıdır (MK m. 348/ b.2).

Velayetin kaldırılması ile ana babanın nafaka yükümlölüğü ortadan kalkmaz (MK m. 350/ III). Ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı vardır. Ayrıca, çocuğun yararına aykırı bir düzenleme olarak, ana baba, kusurları sebebiyle velayet kaldırılmadığça, çocuğun mallarını kullanabilirler (MK m. 354).

**i. Ana babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması veya benzer sebeplerden biriyle velayet görevini yerine getirmemesi**

Ana baba velayet görevlerini yerine getirme konusunda sürekli olarak yetersiz iseler, velayet kendilerinden alınır<sup>301</sup>. Ana babanın, velayetin kendilerine verdiği görevlerin ve hakların farkında olmamaları, velayetin gerektirdiği kararları uygulama irade ve yeteneklerinin olmaması, velayet görevlerini yerine getirme konusunda yetersiz olduklarını gösterir<sup>302</sup>.

<sup>300</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 313.

<sup>301</sup> Öztan, **Aile Hukuku**, s. 643.

<sup>302</sup> **Aynı**, s. 643.

Kanunun birinci fıkrasının birinci bendinde sayılan durumlar, “benzeri sebepler” ifadesinden de anlaşıldığı üzere, sınırlayıcı değildir. Velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen ve süreklilik gösteren her sebep velayetin kaldırılmasını gerektirebilir<sup>303</sup>. Ana babanın yetersizliği çocuğun yararını ciddi biçimde tehlikeye sokmalıdır<sup>304</sup>.

Ana babanın kısıtlanması ile çocuğun yararı tehlikeye düşeceğinden velayetin kaldırılması gerekir. Zira, ana baba kısıtlanma kararı ile kendi işlerini bile göremezler<sup>305</sup>. Kısıtlanma kararı ile velayet hakkı kendiliğinden sona ermez, hakimin velayetin kaldırıldığına dair karar vermesi gerekir. Ana babaya yasal danışman atanması ise mutlak surette velayetin kaldırılması gerektirmez; ancak ana babanın velayet yeterlilikleri konusunda ciddi şüpheler uyandırabilir<sup>306</sup>.

## **ii. Ana babanın, çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması**

Bu hükümde düzenlenen durumlar ana babanın kusurlu davranışları sonucu ortaya çıkar<sup>307</sup>.

Ana baba çocukla yeteri kadar ilgilenmezse, velayetten doğan haklarını ağır derecede kötüye kullanırsa, yükümlülüklerini yerine getirmek konusunda ağır ihmal gösterirlerse, velayet kaldırılır<sup>308</sup>. Ana babanın bu tarz davranışlarında süreklilik unsuru aransa da, eğer davranışın sonucu, çocuğun yararı açısından ağır bir tehlike doğurmuşsa bir defalık olaylar da velayetin kaldırılmasını gerektirebilir<sup>309</sup>.

## **iii. Ana babanın yeniden evlenmesi**

---

<sup>303</sup> **Aym**, s. 643- 644.

<sup>304</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 314.

<sup>305</sup> **Aym**, s. 314- 315.

<sup>306</sup> **Aym**, s. 315.

<sup>307</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 316; Dural/ Ögüz/ Gümüş, **a.g.e.**, s. 531.

<sup>308</sup> Öztan, **Aile Hukuku**, s. 644- 645.

<sup>309</sup> Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, 316- 317.

Medeni Kanun madde 349'a göre, velayet sahip ana babanın yeniden evlenmesi velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak yeni ailesinde çocuğun yararı tehlikeye giriyorsa velayet ana ya da babasından alınıp diğer ebeveyne verilebilir ya da çocuğa vasi atanabilir (MK m. 349).



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### EVLİLİK BİRLİĞİ DIŞINDA ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ

#### 1. EVLİLİK DIŞI ANA BABA ÇOCUK İLİŞKİLERİ

##### 1.1. Evlilik Dışı Ana Baba Çocuk İlişkilerine Yol Açan Olgular

###### 1.1.1. Evlenmenin Butlanı

Evlilik birliğini sona erdiren durumlardan biri evlenmenin butlanıdır. Medeni Kanun, evlenmenin butlanı nedenlerini iki farklı biçimde düzenlemiştir. Eşlerden birinin evlenme sırasında evli olması, ayırt etme gücünden sürekli bir sebeple yoksun olması, evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması, eşler arasında evlenmeye engel derecede hısımlığını bulunması halinde evlenme mutlak butlanla sakat olur. Kamu düzeninin korunması amacıyla kanun koyucu tarafından sınırlı olarak sayılmış bu hallerden birinin bulunması durumunda Cumhuriyet savcısı ya da ilgili herkes herhangi bir hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın evliliğin sona erdirilmesi için dava açabilir.

Ayırt etme gücünden geçici yoksunluk, yanılma, aldatma, korkutma nedenleriyle eşlerden birinin iradesinin sakatlanması, yasal temsilcinin izninin bulunmaması gibi durumlardan birinin olması halinde ise evlenme nisbi butlanla sakat olur. Nisbi butlan durumunda söz konusu olan eksiklikler kamu düzenini etkileyecek nitelikte olmamakla beraber, eşlerden birinin çıkarını zedeleyebileceğinden nisbi butlanla sakatlanmış evliliğin de iptali istenebilir. Bu durumda dava açma hakkı ilgili eşe ve yasal temsilciye tanınmıştır.

Mutlak butlan veya nisbi butlan hallerinden biri ile sakat olan evlilik ancak hakim kararı ile sona erer ve hakim kararına kadar da geçerli olan bir evlenmenin bütün sonuçlarını doğurur (MK m. 156) . Evlenmenin iptaline ilişkin hakim vereceği karar her iki halde de, kararın kesinleşmesinden itibaren ileriye etkili olur, yani geriye etkili değildir<sup>310</sup>.

### 1.1.2. Boşanma

Evlilik nasıl toplumun düzeni ve geleceği için sosyal ve doğal bir zorunluluk ise bir ömür beraber olmak için evlenen ancak bunu başaramayan eşler için de boşanma aynı derecede önemli bireysel ve sosyal bir gereksinimdir<sup>311</sup>.

Evlenmenin boşanma ile sona erebilmesi için kanunda sayılmış olan boşanma nedenlerinden en az birinin varlığının hakim kararı ile tespiti gerekir. Boşanma hükmünün kesinleşmesi ile evlilik ve buna bağlı olarak da eşler arasındaki maddi ve manevi yükümlülükler sona erer<sup>312</sup>. Ancak boşanan eşler ile ortak çocukları arasındaki maddi manevi yükümlülükler devam eder. Hakim boşanmaya ilişkin hükmünü verirken, çocuğun velayetinin eşlerden hangisine ait olacağını, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisini, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine katkısını da düzenler.

### 1.1.3. Evlilik Dışı Birlikte Yaşam

Ülkemizde, evlilik dışı birlikte yaşam, tarafların fiili beraberliklerini meşru evlilik olarak gördükleri; ancak hukuki anlamda hiçbir geçerliliği olmayan ve gelenek olarak varlığını sürdüren dini nikaha dayanmaktadır<sup>313</sup>.

<sup>310</sup> Dural/ Ögüz/ Gümüş, **a.g.e.**, s. 81; Öztan, **Aile Hukuku.**, s. 353; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 221.

<sup>311</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Ailenin Çilesi Boşanma** (İstanbul: Çağdaş Yayınları, 1976), s. 9; Mehmet Beşir Acabey, **Soybağı** (İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2002), s. 165.

<sup>312</sup> Öztan, **Aile Hukuku**, s. 458.

<sup>313</sup> Bu tür beraberliklerden doğan ve af kanununa göre nüfusa kaydedilen çocuklar da evlilik dışı doğmuş kabul edilmektedir.

Evlilik dışı çocuğun velayeti anaya aittir (MK m. 337). Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hakim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir (MK m. 337/ II).

Evlilik dışı çocuğun velayetinin ana babaya birlikte verilmemesi, ana babadan velayete sahip olmayan tarafın, çocukla ilgili hiçbir konuda söz sahibi olamaması demektir<sup>314</sup>. Bu durum, aralarında evlilik ilişkisi olmamasına rağmen bir aile hayatı sürmek, çocuklarını beraber yetiştirmek isteyen ana baba açısından problem yaratacaktır. Şöyle ki, ana babanın kendi aralarında velayetin sorumluluğunu uyum içinde paylaştıkları, çocuğa ilişkin kararları beraberce aldıkları durumda, velayete sahip olmayan tarafın üçüncü kişilere karşı bir söz hakkı olmadığı gibi, ana baba arasında çocuğa ilişkin bir kararda anlaşmazlık çıkması halinde de kanunen velayet hakkına sahip olmayan tarafın, kendi sözünü dinletebilme imkanı olmayacaktır. Zira bu tür durumlarda, ana baba arasında velayetin birlikte yürütülmesine ilişkin sadece bir onur anlaşması olduğundan söz edilebilir ancak böyle bir anlaşmanın varlığı, velayete sahip olmayan tarafa, sözünü dinletebilmeye yönelik bir hukuki yaptırım olanağı vermez.

Evlilik dışında doğan çocuğun velayetinin sadece anaya ait olması, anayasal eşitlik ilkesi ile ana baba hakkına, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğun ana babasından ayrılmama hakkını düzenleyen 9. maddesine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesine de aykırıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Johnston ve Diğerleri Davası*'nda, evlilik dışında doğan çocuğun velayetinin anada olmasını, başvuru babanın birlikte velayeti alamamasını ve ana baba hakkından mahrum edilmesini, çocuğun ana babası tarafından birlikte evlat edinilme imkanının da bulunmamasını, her üç başvurucunun da (uzun süredir evlilik dışında birlikte yaşayan ana baba ve evlilik dışında doğan çocuk) aile yaşamına saygı hakkını (madde 8) ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>315</sup>.

Türk Hukukunda evlilik dışı birlikte yaşam halinde, bu birliktelikten doğan çocuğun velayetini ana baba ortaklaşa yürütmek isteseler bile, bu mümkün olmadığı gibi, hukukumuzda birlikte evlat edinme ancak karı koca için mümkün olduğundan,

<sup>314</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 255.

<sup>315</sup> Johnston ve Diğerleri Davası, Karar Sıra no: 122, Karar Tarihi: 18.12.1986, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, <<http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=122>> (16.7.2006).

evlilik dışı birlikte yaşayan çiftlerin çocuklarının velayetini, bu çocuğu birlikte evlat edinme yoluyla sağlamaları da söz konusu değildir<sup>316</sup>. Bu nedenle, batıdaki yeni eğilimlere uygun olarak, evlilik dışı birlikte yaşayan çiftlere, çocuklarının velayetini birlikte kullanma imkanını verecek düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

#### **1.1.4. Evlilik Dışı Ana Baba ve Çocuk İlişkilerine Kıyaslanabilir Olgular**

##### **1.1.4.1. Ayrılık**

Hukuk sistemimizde boşanma ile birlikte ayrılık kurumuna da yer verilmesi, evlilik birliğini sona erdirmeden önce, taraflara evliliğin akıbeti üzerine daha sakin ve mantıklı düşünebilmeleri için birbirlerinden ayrı olarak geçirebilecekleri bir süre verilmesi düşüncesine dayanmaktadır<sup>317</sup>.

Ayrılık süresince evlilik birliği devam eder sadece ortak hayat belli bir süre için tatil edilir. Hakimin, ayrılığa hükmedebilmesi için boşanma nedenlerinden birinin varlığının ispat edilmiş olması gerekir<sup>318</sup>. Kanunda sayılan nedenlerden birine dayanarak dava açan taraf, boşanma veya ayrılık isteyebilir. Davacının, ayrılık istemesi durumunda hakim boşanmaya hükmedemez; ancak boşanmayı istemesi durumunda ayrılığa hükmedebilir. Hakim, boşanma nedenlerinden birinin ispat edilmiş olması ve eşler arasında tekrar bir araya gelme ihtimalinin bulunması koşullarıyla ayrılığa hükmedebilir<sup>319</sup>. Hakim, ayrılığa bir yıldan üç yıla kadar bir süre için karar verebilir.

Ayrılık halinde, çocuğun durumuna ilişkin çözüm için kanun maddelerine bakacak olursak; Medeni Kanun madde 182'nin "Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasisinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler" diyen hükmü nedeniyle boşanmada olduğu gibi ayrılık halinde de çocuğun velayetinin taraflardan birine verilmesi gerektiği

<sup>316</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 255.

<sup>317</sup> Öztan, **Aile Hukuku**, s. 429.

<sup>318</sup> **Aynı**, s. 428.

<sup>319</sup> **Aynı**, s. 430.

düşünülebilir. Ancak Medeni Kanun madde 336/ II'deki “Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse, hakim velayeti eşlerden birine verebilir” ifadesinden açıkça anlaşıldığı gibi ayrılık halinde hakim, velayeti eşlerden birine verebileceği gibi her iki eşe birden de verebilir<sup>320</sup>. Bu anlamda, hakim kanunun 182. maddesi gereği, ayrılık halinde de çocuğun ana baba ile olan ilişkilerini düzenlemek zorundadır; ancak velayeti taraflardan birine vermek zorunda değildir. Asıl olan, velayetin müştereken ana babada olup, çocuğun bakım işinin taraflardan birine verilmesidir<sup>321</sup>.

Ayrılıkta velayetin taraflardan birine verilmesinin çocuğun yararına olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, ayrılıkta eşler birbirleri ile tartışma ve çekişme halindedirler. Boşanma öncesinde çocuğu ya kendi yanlarına çekmeye çalışarak ya da karşı tarafa duydukları öfkeyi çocuğa yansıtarak çocuğun kişilik gelişimine zarar verirler. Bu nedenle çocuğun yararı için ayrılıkta çocuğun velayeti taraflardan birine verilmelidir<sup>322</sup>. Ancak ayrılık kurumunun amacı eşleri tekrar bir araya getirmektir. Çocuğun velayetini taraflardan birine vererek, eşler arasında iletişim ve uzlaşmayı gerektiren bir ilişki kurma imkanının ortadan kaldırılmaması gerekir. Çocuğun yararı çoklukla ana babasının tekrar bir araya gelmesinde ve eski aile hayatına dönülmesindedir. Tarafların aile bilincini, velayet sorumluluğunun birlikte yüklenilmesi, bu sorumluluğu bir tarafın tek başına yüklenmesinden daha fazla canlı tutar. Çocuğun yararı asıl amaç olduğuna ve çocuğun yararı ana babasının birlikte sorumluluğu altında olması olduğuna göre ayrılıkta da ana baba velayet sorumluluğunu birlikte sürdürmelidirler<sup>323</sup>.

#### **1.1.4.2. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi**

Birlikte yaşamaya ara verilmesi, evlilik birliğini koruma amacıyla düzenlenmiş bir kurumdur. Medeni Kanun madde 197'ye göre “Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir”.

<sup>320</sup> Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 25.

<sup>321</sup> Öztan, **Aile Hukuku**, s. 433.

<sup>322</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 33.

<sup>323</sup> Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 195.

Birlikte yaşamaya ara verilmesi için tehlikenin ciddi olması gerekir. Birlikte yaşamaya ara verilmesine hakim izin verebileceği gibi hakimin iznine gerek olmaksızın da eşler ayrı yaşama hakkına sahiptirler. Ancak hakimin izninin bulunması, hem ayrı yaşamayı isteyen eşin haklı olduğunun hakim tarafından belirlenmesinde yarar olduğundan hem de ayrı yaşamaya ilişkin tedbirlerin hakim tarafından belirlenmesi açısından daha uygundur. Birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda alınacak tedbirler arasında çocuğa ilişkin olanlar da vardır. Madde 197/ IV'e göre "Eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hakim, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alır". Diğer tedbirlerden farklı olarak, hakim çocuğun menfaatlerinin korunmasına, bakımına ve ana baba ile kişisel ilişkilerine ilişkin tedbirleri re'sen alır<sup>324</sup>.

Birlikte yaşamaya ara verilmesi, eşlerin velayet hakkını sona erdirmez, eşler velayeti birlikte kullanmaya devam ederler, ancak fiili olarak çocuğun eşlerden birinin yanında kalması gerekir. İşte hakim, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde, çocuğun kimin yanında kalacağına, diğer eşle olan kişisel ilişkisine ve çocuğa ilişkin yapılacak giderlere eşlerin katkısına karar verir.

## **2. EVLİLİK DIŞI ANA BABA ÇOCUK İLİŞKİLERİ ÇERÇEVESİNDE ÇOCUĞUN YARARI İLKESİNİN UYGULANMASI**

### **2.1. Genel Olarak**

Aile ilişkileri içerisinde çocuğun yüksek yararı ilkesinin kendisini gösterdiği en önemli iki konu soybağı ve velayettir.

Çocuğun yüksek yararı ilkesinden hareket ederek düzenlenen soybağına ilişkin hükümlerin amacı, çocuğu açık, istikrarlı, kısa sürede hukuken, bir ana babaya bağlamaktır<sup>325</sup>.

<sup>324</sup> Öztan, **Aile Hukuku**, s. 223; Dural/ Öğüz/ Gümüş, **a.g.e.**, s. 266.

<sup>325</sup> Acabey, **a.g.e.**, s. 210.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde “Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır” denilmektedir. Bu maddede düzenlenen bütün bu haklar çocuğun ana babasına karşı soybağının belirlenmesi ile ilgilidir<sup>326</sup>.

Çocuk hukukunun medeni hukuk boyutundaki kamusalılık, istikrar, tip sıklığı, şekilcilik, çocuğun görüşlerine saygı ilkeleri, çocuğun kimlik hakkı, ana babasını bilme hakkı, birbirleriyle bağlı ve iç içe geçmiştir ve hepsi sonuç olarak çocuğun yüksek yararı ilkesine hizmet etmektedir<sup>327</sup>. Bu ilkeleri en iyi soybağına ilişkin hükümlerde görmek mümkündür. Örneğin, soybağı davalarında kamusalılık gereği re'sen araştırma ilkesinin söz konusu olması, istikrar ilkesi gereği soybağı ilişkilerinin sık sık değiştirilememesi, soybağına ilişkin davaların hak düşürücü sürelerinin kısa tutulmuş olması, şekilcilik ilkesi gereği soybağına ilişkin işlemlerin hakim, noter, nüfus memuru aracılığıyla gerçekleştirilmesi gibi<sup>328</sup>.

Soybağının sonucu olan çocuğun velayeti konusunda da çocuğun yüksek yararı ilkesinin mutlak surette göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Özellikle ana babanın evlilik ilişkisi içerisinde olmadıkları durumlarda çocuğun velayetine ilişkin benimsenecek çözüm çocuğun yararı ile yakından ilgilidir.

Her iki konuda da yapılacak düzenlemelerin çocuğun yararına uygun olması gerektiği gibi, kanun hükümleri yorumlanırken ve kanun boşlukları doldurulurken de çocuğun yüksek yararı ilkesi göz önünde tutulmalıdır<sup>329</sup>.

## 2.2. Soybağı

Geniş anlamda soybağı bir kimsenin üst soyu ile olan biyolojik bağı, yani çocuğun ana baba, büyükanne büyükbaba ile olan doğal bağı ifade etmektedir<sup>330</sup>. Dar

<sup>326</sup> Akyüz, **Çocuğun Güvenliği**, s. 101.

<sup>327</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 162.

<sup>328</sup> **Aynı**, 158- 162.

<sup>329</sup> Acabey, **a.g.e.**, s. 187.

anlamda soybağı ise bir kimsenin sadece ana babasıyla arasındaki bağı ifade etmektedir<sup>331</sup>.

Soybağı çocuğun kimliğinin önemli bir ögesi, kimliğini bilme hakkının bir görünümüdür<sup>332</sup>. Soybağının çocuğun yararı açısından bir başka önemi ise, çocuğun kimden geldiğinin bilinir kılınmasıyla bakım ve korunma, nafaka, miras, vatandaşlık, ad, yerleşim yeri gibi konulardaki haklarının gereği gibi yerine getirilmesinin sağlanabilir olmasıdır. Soybağını belirlemek suretiyle çocuğun ana babasını bilme, onlar tarafından bakılma hakkı anlam kazanır<sup>333</sup>. Ana babasını bilmek, çocuğun kimliğini oluşturmasına yardımcı olacağı, ona ana babası tarafından bakılma imkanı sağlayacağı gibi çocuğa genetik özelliklerini bilme imkanı da verir<sup>334</sup>.

Çocukla ana baba arasındaki soybağından bahsedildiğinde akla ilk gelen, çocukla ana baba arasındaki biyolojik bağ, yani doğal soybağıdır<sup>335</sup>. Ancak hukuk sadece biyolojik ana babayı<sup>336</sup> değil, psikolojik ana babayı<sup>337</sup> da tanımaktadır; çocuğun psikolojik ana babasına bağlanmasına da imkan vermektedir<sup>338</sup>. Örneğin çocuğun biyolojik babası olmadığı halde çocuğu tanıyan erkek ya da çocuğu reddetmeyen koca, çocuğun psikolojik ve hukuksal babasıdır. Yine çocuğu evlat edinenlerle çocuk arasında kan bağına dayanan bir soybağı yoktur; ancak evlat edinme ile yapay yolla soybağı oluşmaktadır<sup>339</sup>.

---

<sup>330</sup> Velidedeoğlu, **Aile Hukuku**, s. 312; Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.**, s. 203; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 313; Öztan, **Aile Hukuku**, s. 519.

<sup>331</sup> Velidedeoğlu, **Aile Hukuku**, s. 312; Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.**, s. 203; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 313- 314; Öztan, **a.g.e.**, s. 519.

<sup>332</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 144.

<sup>333</sup> **Aynı**, s. 145.

<sup>334</sup> **Aynı**, s. 144.

<sup>335</sup> Acabey, **a.g.e.**, s. 6.

<sup>336</sup> Biyolojik ana baba çocuğu dünyaya getirenlerdir. Joseph Goldstein/ Anna Freud/ Albert J. Solnit, **Beyond the Best Interest of the Child** (New York: The Free Pres, 1973), s. 16-17.

<sup>337</sup> Psikolojik ana baba, çocuğa sürekli bakım, sevgi, ilgi, refah ve bağlılık sağlayanlardır. Goldstein/ Freud/ Solnit, **a.g.e.**, 17- 20.

<sup>338</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 144; Acabey, **a.g.e.**, s. 7.

<sup>339</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 144; Acabey, **a.g.e.**, s. 7.



Çocuğun ana babası ile soybağının belirlenmesi karinelere dayanır. Anaya ilişkin karine kesindir; aksi ispatlanamaz<sup>340</sup>. Ana çocuğu doğurandır. Çocuğun normal ya da yapay dölleme sonucu dünyaya gelmiş olması<sup>341</sup>, evlilik içinde veya evlilik dışında doğması arasında bir fark yoktur<sup>342</sup>. Soybağı doğal bir olaya, doğuma dayanır ve çocukla ana arasındaki soybağı doğumla kurulur (MK m. 282). Ana ile çocuk arasında evlat edinme yoluyla da soybağı ilişkisi kurulabilir (MK m. 282/ III).

Ananın kim olduğu her zaman açıkça bellidir (çocuğu doğuran kadın); ancak baba her zaman belli değildir. İki karineden birine dayanarak baba bulunur: Evlilik içinde doğmuş ya da döllemiş çocuğun babası kocadır (MK m. 285); evlilik dışında doğmuş çocuğun babası, çocuğun doğumundan önceki üçyüzüncü gün ile yüzsekseninci gün arasında<sup>343</sup> ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olan erkektir (MK m. 302/ I). Karineler göstermektedir ki, kanun koyucu biyolojik babalığı, yani kan bağıını psikolojik babalığa tercih etmektedir ve bulunması daha güç ve sorunlu olduğu halde biyolojik babayı bulmayı istemektedir<sup>344</sup>.

<sup>340</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 147.

<sup>341</sup> Hukukumuzda evli çiftler ancak kendi üreme hücrelerini kullanmak suretiyle yapay dölleme yoluna başvurabilmektedir (Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği madde 1/ 4). Ancak, Yönetmelikteki bu yasağa rağmen başka bir kadının yumurtası ile yapay dölleme gerçekleşirse yumurta sahibi genetik ananın mı çocuğu doğuran biyolojik ananın mı hukuki ana kabul edileceğine ilişkin bir çözüm Medeni Kanun'da yer almamaktadır. Acabey, **a.g.e.**, s. 222. Bizim de katıldığımız görüşe göre, çocuğu doğuran ana ile genetik ananın farklı kişiler olması halinde, çocuğun yararı açısından, doğum olayına üstünlük tanınarak çocuğu doğuran kadının ana sayılması gerekir. Zira, çocuk ile ana arasında bağı oluşturan ve kuvvetlendiren göbek bağıdır. Ayrıca, doğumla kurulan soybağı çocuk açısından daha açık, daha kesin ve daha kolay saptanabilmektedir. Genetik analık bir araştırma gerektirir ve her zaman bir şüphe barındırır. Doğumdan itibaren çocuk anaya hukuken bağlanabilecekken, genetik bağı veya kan bağına üstünlük verilerek, çocuk dava konusu haline getirilmemelidir. Serozan, **a.g.e.**, s. 166; Acabey, **a.g.e.**, s. 221. Ancak çocuğun kimlik hakkına dayanarak genetik anayı öğrenme hakkı vardır. Serozan, **a.g.e.**, s. 167.

<sup>342</sup> Öztan, **Aile Hukuku**, s. 520.

<sup>343</sup> Bilimsel verilere göre en uzun gebelik süresi olan üçyüz gün ile en kısa gebelik süresi olan yüzseksen gün arasındaki yüzyirmi güne bir günün eklenmesiyle kritik dölleme dönemi bulunur. Ancak tıp bilimindeki gelişmeler sayesinde, çocuğun fiziksel gelişimi ile ananın adet görme dönemlerinin değerlendirilmesi ile kritik dölleme dönemi on- oniki güne kadar inmiştir. Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 180.

<sup>344</sup> Aynı, s. 169.

Çocuk ile baba arasındaki soybağı ana ile evlilik, tanıma veya hakim hükmüyle kurulur (MK m. 282/ II). Ayrıca baba ile çocuk arasında evlat edinme yoluyla da soybağı ilişkisi kurulabilir (MK m. 282/ III).

### **2.2.1. Evliliğin Butlanı ve Boşanma**

Medeni Kanun'un "babalık karinesi" başlığını taşıyan madde 285/ I hükmüne göre, "Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır". Hükmün uygulama alanı açısından evliliğin butlanla sona ermesi ile boşanmayla sona ermesi arasında fark yoktur.

Evlilik birliği içinde doğan ya da döllenen çocuk (evlenme töreninden hemen sonra doğmuş olsa bile), kendisini doğuran kadının kocasına hukuken bağlanır (MK m. 285/ I). Sonradan bu evlenmenin geçerli olmaması çocuğun soybağına ilişkin hukuki sonucu etkilemez. Medeni Kanun'un 157. maddesine göre, butlanına karar verilen bir evlilikten doğan çocuk, ana ve baba iyiniyetli olmasalar bile evlilik içinde doğmuş sayılır. Butlanına karar verilen bir evlilik içinde doğan ya da döllenişmiş olan çocuğun soybağının, ana babanın evliliğin geçerliliği konusundaki iyiniyetlerine bakılmaksızın korunması, çocuğun yüksek yararı ilkesinin, başka ilkelerle çatışması halinde üstün tutulması gerekliliğine uygundur.

Evlilik içinde doğmakla veya döllenişmiş olmakla babaya hukuken bağlanan çocuğun soybağı üzerinde eşlerin boşanmalarının da hiçbir etkisi olmaz. Çocuk ile baba arasındaki soybağı ortadan kaldıracabilecek tek durum, soybağının reddi davası ile babalık karinesinin çürütülmesidir.

Kanun koyucu, evliliğin butlanına ya da boşanmaya ilişkin mahkeme hükmü kesinleştikten sonra 300 gün içinde doğan çocuğun evlilik ilişkisi içinde döllendiğini varsayarak, bu çocuğu sona eren evlilikteki kocaya bağlamıştır. Kanun koyucu, burada çocuğu soybağısız bırakmamak için, baba olma ihtimali en kuvvetli erkeğe ilişkin bir babalık karinesi düzenlemiştir. Medeni Kanun madde 290 hükmüne göre ise, "Çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılır. Bu karine çürütülürse ilk evlilikteki koca baba sayılır". Burada da çocuğun yararına bir düzenlemeyle, çocuk

önce baba olma ihtimali daha yüksek olan ikinci kocaya, onun babalığının çürütüldüğü durumda ise ilk kocaya hukuken bağlanmaktadır<sup>345</sup>.

Babalık karinesi, bir taraftan çocuğu, sorgusuz sorunsuz kocaya bağlayarak kalıcı bir soybağı kurmak suretiyle, bir taraftan da çocuğun kendisinden olmadığını bildiği halde ona babalık etmek isteyen kocaya bu imkanı vererek ailenin huzurunu korumak suretiyle, çocuğun yüksek yararı ilkesine hizmet etmektedir<sup>346</sup>.

### 2.2.2. Evlilik Dışı Birlikte Yaşam

Evlilik dışında doğan çocuk, soybağı açısından, evlilik içi çocukla eşit statüdedir. Yani, evlilik dışında doğan çocuğun ana babası ile arasında kurulan soybağı, evlilik içinde doğan çocuğun ana babası ile arasında kurulan soybağı ile aynı türdendir. Soybağının tekliği ilkesine göre, soybağı, çocuğun evlilik içi ya da evlilik dışı doğmasına göre, evlilik içi- evlilik dışı soybağı<sup>347</sup> diye ayrılmamaktadır<sup>348</sup>. Çocuğun yararı açısından olması gereken de budur. Bu tür bir ayırım, yüzyıllardır özellikle miras bakımından, evlilik dışı çocuğu dışlamak için süregelmiştir<sup>349</sup>.

Soybağının sonuçları ve ana ile çocuk arasındaki soybağının kurulması (ana çocuğu doğurandır; ana ile çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulur) bakımından evlilik içinde doğan çocuk ile evlilik dışında doğan çocuk arasında fark bulunmamaktadır; ancak baba yönünden soybağının kurulmasında bir fark vardır. Evlilik içinde doğan çocuk açısından, ananın kocası babadır, baba ile çocuk arasındaki soybağı doğum anından itibaren kurulur. Evlilik dışında doğan çocuk açısından ise,

<sup>345</sup> Acabey, **a.g.e.**, s. 114.

<sup>346</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 171.

<sup>347</sup> 743 Sayılı önceki Medeni Kanun'da, nesebi sahih çocuk (evlilik içi soybağına sahip çocuk), nesebi sahih olmayan çocuk (evlilik dışı soybağına sahip çocuk) ayırımı vardı. Nesebi sahih çocuk, evlilik içinde doğmuş veya ana rahmine düşmüş çocuk ile sonradan nesebi düzeltilen çocuktur. Nesebi sahih olmayan çocuk ise, ana rahmine düştüğü ya da doğduğu anda ana babası arasında evlilik bağı olmayan ve doğumda sahih nesep karinesinden yararlanan; ancak sonradan nesebi koca tarafından reddedilen çocuktur. Oğuzman/ Dural, **a.g.e.**, s. 322. Eski ve yeni Kanuna göre karşılaştırmalı olarak, soybağının kurulması, genel olarak sonuçları ve özellikle evlilik dışında doğan çocukların mirasçılığına ilişkin olarak bkz. Acabey, a.g.e.

<sup>348</sup> Acabey, **a.g.e.**, s. 278.

<sup>349</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 211.

baba ile soybağının kurulabilmesi için, çocuğun halen başka bir erkekle soybağı ilişkisi içerisinde bulunmaması ön koşulu yanında, babanın sonradan anayla evlenmesine veya çocuğu tanımasına ya da mahkeme hükmüne ihtiyaç vardır<sup>350</sup>.

### **2.3. Velayetin Ana Babaya Verilmesine İlişkin Sistemler**

#### **2.3.1. Ana Babadan Birine Verilmesi**

##### **2.3.1.1. Sabit Kurallara Göre**

Çeşitli hukuk sistemleri evliliğin sona ermesi halinde, velayetin taraflara verilmesine ilişkin olarak, birbirlerinden farklı bir takım sabit kurallar kabul etmişlerdir. Baba hakimiyetinin egemen olduğu Roma ve Cermen Hukukunda evlilik içinde olduğu gibi evlilik bağı ortadan kalktıktan sonra da çocuk, babanın egemenliği altında kalmaya devam etmiştir. Roma'da daha sonraları, boşanma halinde çocuğun bakılmak ve eğitilmek üzere eşlerden hangisine verileceği hakim takdirine bırakılmıştır. Hakim, önceleri takdir hakkını çocuğun yararına kullanırken, Hıristiyanlığın etkisi ile takdir hakkı sabit bir kurala bağlanmış ve velayetin boşanmada kusuru olmayan eşe verileceği kabul edilmiştir<sup>351</sup>.

Common Law'da babanın mutlak hakimiyetiyle beraber, çocuğu korumak, yetiştirmek ve eğitmek üzere hukuki sorumluluğu bulunmaktaydı. Boşanma halinde, ondokuzuncu yüzyılın ortalarına kadar, velayet babaya verilmekte ve boşanmadan sonra ananın çocuk ile ilişkisi önemli ölçüde kısıtlanmaktaydı. 1839 tarihli British Act, boşanma halinde, ana ile çocuk arasındaki bağı kesen uygulamada önemli bir değişiklik yapmıştır. Buna göre, velayet yedi yaşına kadar anaya verilmeli, yedi yaşından büyük çocuk ile ana arasında da kişisel ilişki tesis edilmeliydi. Aynı şekilde onyedinci ve

---

<sup>350</sup> Acabey, **a.g.e.**, s. 279.

<sup>351</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 52.

onsekizinci yüzyıllarda Amerika’da da erkek egemen bir hukuk sistemi söz konusuydu ve boşanma halinde velayet çoklukla babaya verilmekteydi<sup>352</sup>.

İslam hukuku ise, çocuğun velayetinin belirli bir yaşa kadar anaya, ondan sonra babaya verilmesini kabul etmiştir. Erkek çocuk yedi, kız çocuk dokuz yaşına kadar ana tarafından bakılmaktadır. Ancak ananın bu hakka sahip olabilmesi için “*hür, mümeyyiz, reşit, itimada layık, haysiyetli ve çocuğun muhafazasına ve eğitimine ehil olması*” gerekmektedir. Ana bu özelliklere sahipse gayrimüslim de olsa çocuğa bakma hakkına sahiptir<sup>353</sup>.

### 2.3.1.2. Hakimin Takdirine Göre

Velayetin hangi tarafa verileceğine ilişkin olarak sabit kuralları kabul eden hukuk sistemlerinde daha çok tercih edilen taraf baba iken, toplumun çocuğun sağlıklı yetişmesine duyduğu ilginin artması ve sanayi devriminin etkisi ile bu tercih anaya doğru kaymaya başlamıştır. Çalışmak için baba ev dışına çıkınca, çocuğa bakma görevi evde oturan anaya kalmıştır. 1940’larda, ananın çocuğun gelişimi üzerindeki eşsiz rolüne, çocuğun ilk ve en büyük aşkı olduğuna dair psikoloji alanında ortaya atılan teoriler de velayet davalarında ananın tercih edilir hale gelmesini sağlamıştır. Bu durum uzun yıllar devam etmiştir. Babaların, velayet davalarında cinsiyet ayrımcılığı yapıldığını ileri sürmeleri, eşitliğe ilişkin anayasal kaygılar, feminist hareket, kadınların iş yaşamına katılmaları velayet davalarında ananın üstünlüğüne son vermiş ve 1970’lerin ortalarından itibaren velayete ilişkin kararlarda çocuğun ihtiyaçları ve yararı tarafların cinsiyetine ve ana babanın haklarına tercih edilir hale gelmiştir<sup>354</sup>. Velayetin hangi tarafa verileceği sabit kurallardan bağımsızlaşıp, öncelik çocuğun yararına verilince de bunu belirleyebilmek için hakimin takdir hakkı gündeme gelmiştir. Velayetin hangi tarafa verileceğine ilişkin olarak hakimin takdir hakkını kabul eden

<sup>352</sup> Joan, B. Kelly, “The Determination of Child Custody”, **The Future of Children** 4, 1, (1994), s. 121-122, <<http://futureofchildren.org>> (12.7.2006).

<sup>353</sup> Halil Cin, **Eski Hukukumuzda Boşanma** (İkinci Basım. Konya: Selçuk Üniversitesi Yayınları, 1988), s. 117.

<sup>354</sup> Kelly, **a.g.e.**, s. 122.

sisteme göre, velayetin kime verileceğine ilişkin sabit kurallar yoktur, hakim her somut olaya ilişkin özellikleri göz önünde tutarak kendi kanısına göre karar verecektir.

Hakim, velayeti taraflardan birine verirken, bununla birlikte velayet kendisine verilmeyen tarafın çocukla kişisel ilişki kurmasına ve yine bu ana ya da babanın çocuğun bakım ve eğitim masraflarına katılım oranına ilişkin de karar verecektir.

Çocuğa ilişkin bu sorunların çözümü, kamu düzenini ilgilendirdiğinden hakim bu konularda tarafların talepleri ile bağlı olmaksızın re'sen karar verir, tarafların yaptığı anlaşma ile de bağlı değildir<sup>355</sup>.

Hakimin velayetin taraflardan birine verilmesi ve buna bağlı düzenlemelerde sahip olduğu takdir yetkisi sınırsız değildir. Hakim, kendisine takdir yetkisi tanınan tüm durumlarda olduğu gibi burada da M.K. m. 4 uyarınca hukuka ve hakkaniyete göre karar verir. Hakim, velayetin ana babadan birine verilmesine ilişkin karar verirken ana babayı dinleyecektir. Her ne kadar kanunda açıkça çocuğun dinlenilmesi hükmü yer almamışsa da bu konuda çocuğun mutlaka dinlenilmesi gerekir ve kanaatimizce bunun için çocuğun belirli bir yaşa ya da olgunluğa gelmiş olması da gerekmemektedir. Bir uzmanın yardımıyla çok küçük yaştaki bir çocuktan bile, ana babasından hangisinin yanında daha mutlu ve huzurlu olacağına dair bilgi alınabilir ve bu hakime kanaatini oluştururken yardımcı olabilir. Hakimin somut olayın tüm verilerini değerlendirirken göz önünde tutacağı temel ilke çocuğun yüksek yararı ilkesidir.

### 2.3.2. Birlikte Velayet

Günümüzde boşanmadan sonra hakimin, velayeti ana babadan birine vermek yerine, çocuğun yüksek yararı gerektiriyorsa, ana babaya birlikte vermesi gerektiği yönündeki görüş taraftar kazanmaktadır<sup>356</sup>.

Hukukumuz açısından belirleyici olan İsviçre Medeni Kanunu'nda da birlikte velayet, ana babanın ortak talebi, çocuğun eğitimi ve bakımı konusunda birlikte yüküm

<sup>355</sup> Hacer Akkaya, "Velayetin Tevdii ve Vasi Tayini" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1993), s. 87.

<sup>356</sup> Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 5.

altında olduklarına dair bir anlaşmayı hakime sunmuş olmaları, birlikte velayetin çocuğun yararına olması koşullarının gerçekleşmesi ve hakimin de birlikte velayeti onaylaması şartıyla kabul edilmiştir<sup>357</sup>.

Boşanmanın çocuk üzerindeki etkileri, velayet gibi konulara ilişkin olarak yapılan araştırmalara göre, çocuğun ekonomik ve duygusal güvenliği, her iki ebeveyn de çocuğun hayatında aktif rol oynamaya devam ettiği sürece daha iyi sağlanmaktadır<sup>358</sup>. Çocuğun büyürken pek çok açıdan hem anasına hem de babasına ihtiyaç duyduğu gerçeği artık kabul edildiğine göre, çocuğun, evlilik birliği bozulmasına rağmen, her iki ebeveyniyle ilişkide kalması, bu ilişkinin kopartılmaması, korunması imkanı varsa, kanun koyucu, her iki tarafla çocuk arasında velayetin varlığına ve korunmasına da karşı çıkmamalıdır. Zira, velayette asıl olarak gözetilmesi gereken ilke çocuğun yüksek yararı ilkesidir. Ana babanın birlikte velayet konusunda anlaştığı ve bunun da çocuğun yararına olduğu durumlarda velayet ana babaya birlikte verilmeli, yine çocuğun yararına olduğu ancak ana babanın birlikte velayeti yürütme konusunda isteksiz oldukları durumlarda da ana baba birlikte velayet konusunda hakim tarafından teşvik edilmelidir.

Eşler, boşanırken diğer konuların yanı sıra birlikte velayet üzerine de anlaşmış olabilirler. Birlikte velayet kabul edilmediğinde, onlar birlikte velayet hakim tarafından onaylanmadığı için, boşanabilmek uğruna ikisinden birinin tek başına velayetini benimsemek zorunda bırakılmış olurlar<sup>359</sup>.

Çocuğu dünyaya getirmeleri nedeniyle velayet ana baba açısından doğal bir hak olarak da kabul edilmektedir. Birlikte velayet çözümü reddedilip, velayetin ana babadan birine verilmesi gerektiği kabul edilince, ana ya da babadan bu doğal hakkı sırf evlilik birliği çözüldü diye alınmış olur. Bu durum, velayet elinden alınan tarafla çocuk arasındaki ilişkinin de bozulmasına sebep olur. Zira velayet ana babadan birine verildiğinde, velayete sahip olmayan tarafın çocuğun yetişmesine, eğitimine ilişkin kararlarda söz hakkı kalmadığından, velayetin verdiği yükümlülükler ve haklarla bir

---

<sup>357</sup> Aynı, s. 16.

<sup>358</sup> "A Summary of the Research on Divorce" <<http://childrenanddivorce.bizland.com/rflp/id9.html>> (16.7.2006).

<sup>359</sup> Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 86.

anlamda kendiliğinden ortaya çıkan çocuğa bağlılık ve özen gösterme hali zarara uğrayacaktır. Alman Anayasa Mahkemesi de bu konuya ilişkin kararında “*eğer boşanan eşler, çocuğun iyiliğine olarak ana baba sorumluluğunu beraberce devam ettirmeye istekli ve buna elverişli iseler, Alman Medeni Yasası’nın eski 1671/ IV uyarınca onların çocuk üzerinde birlikte velayetin dışlanmış olması Alman Anayasası 6/ II 1’de öngörülen ana baba haklarını ihlal eder*” demiştir<sup>360</sup>.

Uluslararası metinleri de birlikte velayeti destekler şekilde yorumlamak mümkündür. Avrupa Konseyi’nin “Ebeveynlerin Velayet Sorumlulukları Hakkında Tavsiye Kararı” nda çocuğun hem ana hem de baba ile yakın ilişki kurma gereksinimi de gözetilerek, yetiştirilmesinde ana babanın ortak bir sorumluluk taşıdığı, ana babanın rızasının bulunduğu hallerde, velayet hakkının ortaklaşa olarak kullanılmasına karar verilebileceği belirtilmiştir<sup>361</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ayrımcılık yasağı, eşler arası eşitlik, özel hayatın ve aile hayatının korunmasını ilgilendiren hükümleri birlikte velayete ilişkin dayanak oluşturabilirler. Yine, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişiminin sağlanmasında ana babanın birlikte sorumluluk taşıdığını öngören 18. maddesinin, “çocuğun yüksek yararı ilkesi” ni açıklayan 3. maddesinin ve çocuğun ana babasından ayrılmama hakkını düzenleyen 9. maddesinin, birlikte velayeti destekler nitelikte olduğu söylenebilir<sup>362</sup>.

### 3. TÜRK HUKUKUNDA BENİMSELENEN SİSTEM

#### 3.1. Genel Olarak

Türk hukukunda hakimin takdiri sistemi egemendir. Hakimin takdir yetkisi başlığını taşıyan Medeni Kanun madde 182 kuralı, “Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasiinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler” demektedir. Hakim ana babayı veya vasiyi

<sup>360</sup> Aynı, s. 163’den naklen.

<sup>361</sup> Gemalmaz, a.g.e., s. 77.

<sup>362</sup> Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s. 197.



ve her ne kadar madde hükmünde yer almasa da çocuğu da dinledikten sonra, her somut olayın kendisine sunduğu verileri de dikkate alarak, çocuğun yararına olmak üzere, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir. Hakim, kararını gerekçelendirmelidir<sup>363</sup>.

### 3.2. Özellikle Boşanmada Velayetin Verilmesinde Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Uygulanması

#### 3.2.1. Genel Olarak

Boşanma halinde, çocuğun velayetine ilişkin olarak verilecek karar, ana babayı, çocuğu ve toplumu ilgilendirmektedir. Çocuğun sağlıklı bir birey olarak topluma katılması, büyük ölçüde ana babası ile olan ilişkisinin uzunluğu ve kalitesine bağlı olduğundan, boşanmadan sonra çocuğun mümkün olan en iyi şekilde yetiştirilmesinin sağlanması toplumun yararınadır<sup>364</sup>.

Boşanma davasıyla birbirleriyle karşıt taraf haline gelen eşler, çocuğun yararını düşünemeyeceklerinden, kısa ve uzun vadede çocuğun çıkarına olan tüm koşulları ve olasılıkları ölçüp, değerlendirip karar vermek görevi hakime düşer. Bu görevi yerine getirirken hakimin yararlanacağı temel ilke “çocuğun yüksek yararı” ilkesidir<sup>365</sup>.

Çocuğun yüksek yararı ilkesinin, velayete ilişkin kararda temel ilke olarak uygulanmasının en olumlu yönü, verilecek kararın, ana baba hakları, toplumsal kabuller ya da hukuki gelenekler yerine tamamen çocuğun fiziksel ve duygusal ihtiyaçlarına öncelik vermesidir. İlke, hukuk sisteminin, velayete ilişkin süreçte, çocukları bir sınıf ya da homojen bir grup olarak kabul etmeyip, her çocuğu kendi özel şartları ile

<sup>363</sup> Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, **Medeni Hukuk** (Dokuzuncu Basım. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2002), s. 64.

<sup>364</sup> Kelly, **a.g.e.**, s. 122.

<sup>365</sup> Steven N. Peskind, “Determining the Undeterminable: The Best Interest of the Child Standard as an Imperfect but Necessary Guidepost to Determine Child Custody”, **Northern Illinois University Law Review**, 25, (2004-2005), s. 450. Doktrinde çocuğun yüksek yararı ilkesine alternatif olarak, hakimin çocuk için “en az zararlı seçimi” yapması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, velayet davası zaten kazananın olmadığı, çocuğun yeteri kadar zarar gördüğü bir süreçtir. Hakim çocuğa en az zararlı olacak durumu belirleyip, çocuğun sağlıklı gelişme şansına yönelik ilerideki zararları bir an evvel önlemelidir. Goldstein/ Freud/ Solnit, **a.g.e.**, s. 54.

değerlendirmesini sağlamaktadır<sup>366</sup>. Ancak hakim, neyin çocuğun yararına olduğunu objektif ve kesin olarak nasıl belirleyebilecektir? Çocuğun psikolojik ve sosyal ihtiyaçlarının çokluğu ve bunların belirlenmesinin zorluğu, çocuğun yüksek yararına ilişkin kesin bir tanım yapmayı güçleştirmektedir. Her çocuğun yaşam koşulları farklı ve karmaşık olduğundan, hakime çocuğa ilişkin karar verirken kullanabileceği kesin prensipler sunmak da mümkün değildir<sup>367</sup>. İlkeye ilişkin asıl problem, çocuğun yararlarından hangisinin dikkate alınacağına, ana babaya ve çocuğa ilişkin verilerden<sup>368</sup> hangisine, ne kadar ağırlık verileceğine ve çocuğun zaman içerisinde gelişen ihtiyaçlarının nasıl hesaba katılacağına ilişkin yapılacak değerlendirmelerin farklılık göstermesinden, kişiden kişiye değişebilecek olmasından doğmaktadır. Bu durumda da hakim, belki de çocuğun tüm yaşamını etkileyecek bir kararı ana baba ve çocuk hakkındaki kısıtlı bilgisine dayanarak verirken, çocuklukla kendi değer yargılarından ve hayat tecrübelerinden etkilenmeye meyillidir<sup>369</sup>.

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, doktrinde tanımlanamaz olarak kabul edilmekle beraber, yer aldığı ilk uluslararası belge olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi'nde çocuğun yararı "saygınlık ve özgürlük koşulları içinde normal biçimde

---

<sup>366</sup> Kelly, **a.g.e.**, s. 129.

<sup>367</sup> Peskind, **a.g.e.**, s. 450.

<sup>368</sup> "Boşanma halinde müşterek çocuklara ait velayet yetkisini tayin ve takdir ederken, mahkeme tarafların çıkarlarını değil daha ziyade çocukların çıkarlarını düşünmek zorundadır. Mahkeme çocukların sağlık, tahsil, terbiye ve yetiştirmeleri bakımından en elverişli tedbirleri almaya mecburdur. Çocukların yaşları, cinsiyetleri, eşlerin sağlık, sosyal, ahlaki durumları göz önünde tutularak bu hususlar takdir edilir". YHGK 31.03.1968, 120/ 120. Nihat İnal, **Aile Mahkemeleri Davaları** (Ankara: Sözkese Matbacılık, 2004), s. 541. Amerikan Hukukunda, pek çok eyaletin kabul ettiği Uniform Marriage and Divorce Act'e göre, hakimin velayet davalarında çocuğun yüksek yararına karar verebilmesi için şu verileri incelemesi gerekmektedir: 1) Ana babanın velayete isteği; 2) Çocuğun görüşü; 3) Çocuğun, ana babası ile olan ilişkisi; 4) Çocuğun ev ve okul hayatına, toplumsal hayata uyumu; 5) Ana babanın ve çocuğun fiziksel ve zihinsel sağlığı. Marcia Mobilia-Boumil, "Joint Child Custody: In Whose Best Interest?", **Suffolk University Law Review**, 21,1, (1987), s. 12.

<sup>369</sup> **Divorce and Custody- Should Mom or Dad Raise the Kids?**, Child Legal Rts. Journal, 28, (1979-1980), s. 31; Kelly, **a.g.e.**, s. 129. Bir hakim çocuğun ana ya da baba ile olan ilişkisinde, çocuk için iyi olanın süreklilik, disiplin ve tutarlı davranışlar olduğunu düşünerek velayeti bunları sağlayan tarafa verirken, bir başka hakim önemli olanın sevgi, anlayış ve içten gelen davranışlar olduğunu düşünerek, velayeti bu koşulları sağlayan tarafa verebilir. Katharine T. Bartlett, "Preference, Presumption, Predisposition, and Common Sense: From Traditional Custody Doctrines to the Amerikan Law Institue's Family Dissolution Project", **Family Law Quarterly** 36, 1, (2002), s. 13.

ve sağlıkla, sosyal, ruhsal, ahlaki, akılsal, fiziksel gelişmesini sağlamak” olarak ifade edilmiştir.

Hakim, çocuğun velayetini ana ya da babadan birine verebilmek için çocuğun yüksek yararı ilkesinden yararlanacaktır; ancak ilkeye ilişkin çocuğun fiziksel, ruhsal, fikirsel gelişimi, eğitimi, terbiyesi gibi konular psikoloji, pedagoji, psikiyatri gibi bilim dallarının alanlarına girdiklerinden, hakim bu bilim dallarının çocuk gelişimi ve eğitimi gibi çalışmalarından yararlanacak, söz konusu bilim dallarının yol göstermesiyle somut olaya ilişkin bazı verileri de göz önünde tutacaktır<sup>370</sup>.

### 3.2.2. Aile Mahkemesi Organizasyonu

Çocuğun yüksek yararı ilkesini uygulayabilmek için, çocuğun içinde bulunduğu koşulları ve neyin çocuğun yararına olduğunu belirlemek gerekmektedir<sup>371</sup>. Ana babanın, çocuğun ve şahitlerin dinlenmesi hakime bir fikir verebilir, ancak bunlar yeterli olmaz<sup>372</sup>.

Çocuğun yararını belirlerken, çocuk gelişimi, çocuğun fiziksel ve duygusal ihtiyaçları, çevrenin ve sosyal koşulların çocuğa etkisi, bu alanlarda yapılmış araştırmalar, bu araştırmaların değerlendirilmesi gibi özel ve teknik bilgiye ihtiyaç vardır. Bu teknik bilgilerin sağlanmasıyla, sağlıklı bir karar verilmesi ancak organizasyonu tam bir aile mahkemesi<sup>373</sup> ile mümkündür.

Türk hukuk sisteminde hakimin takdir hakkı ve bu takdir hakkını çocuk yararına kullanması gerekliliği aile mahkemesi organizasyonunu gerekli kılar. Aile Mahkemesi hakimini<sup>374</sup>, aile mahkemesi uzmanları<sup>375</sup>, kendi alanlarına ait uzmanlık bilgileriyle,

<sup>370</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 56.

<sup>371</sup> Akre, **a.g.e.**, s. 629.

<sup>372</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 87-88.

<sup>373</sup> AileMahK.’un 4. maddesine göre, -vesayet hariç- (ifade, 14.04.2004 tarihli ve 5133 sayılı Kanun’la eklenmiştir) aile hukukundan doğan dava ve işleri aile mahkemeleri görürler.

<sup>374</sup> Aile mahkemesi hakimine ilişkin kanunda yapılan ilk düzenleme “aile mahkemesi hakimi evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve tercihen aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olmalıdır” şeklinde idi. Sonradan 14.04.2004 tarihli ve 5133 sayılı Kanun ile yapılan düzeltme ile “aile mahkemesi hakimi tercihen evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile hukuku alanında lisansüstü eğitim

olaya ilişkin topladıkları verilerle donatacaklardır. Çocuğun yararı bakımından, aile mahkemesi organizasyonunda bulunanların evli ve çocuk sahibi, aile hukuku alanında çalışma yapmış olması aranır. Ayrıca, çocuk için neyin yararlı olduğunu tespit anlamında çok önemli görevleri olan uzmanların, alanında bilgili ve deneyimli, güvenilir ve aile mahkemesinde çalışmaya istekli kişiler arasından atanması uygun olur.

### 3.3.3. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Uygulanmasına Yarayan Alt Ölçütler

#### 3.3.3.1. Çocuğun Yaşı

Velayetin hangi tarafa verileceğini belirlemede, çocuğun yaşının dikkate alınması iki amaca hizmet etmektedir. Çocuğun yaşı, özellikle küçük yaştaki çocuğun hangi ebeveynine ihtiyaç duyduğunu belirlemeye yardım eder. Ya da çocuğun görüşü (isteği-seçimi) dikkate alınırken yaşı, onun bu konudaki olgunluk düzeyine ilişkin bir ölçü olarak kabul edilir<sup>376</sup>.

Pek çok hakim küçük yaştaki çocuğun velayetini annesine verecektir. Zira pek çok toplumda ve çok eskiden beri ananın küçük çocuğa en iyi bakımı ve ilgiyi vereceği, bunun kadının doğasında olduğu düşünülmektedir<sup>377</sup>.

---

yapmış olmalıdır” şeklini aldı. (m.3) Aile mahkemesi hakiminin takdir hakkı çok geniştir ve vereceği kararlar aile ile birlikte toplumu da ilgilendirir. Bu nedenle, en iyi şekilde donatılmış, mesleki bilgisi tam bir hakim olmalıdır. Aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yerine psikoloji alanında lisansüstü eğitim yapmış olmalarının aranması daha uygun olabilirdi. Selma Baktır, **Aile Mahkemeleri**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), s. 58.

<sup>375</sup> Her aile mahkemesinde, davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyumsuzluk nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve sonucu bildirmek, mahkemenin gerekli gördüğü hallerde huzurda bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek, mahkemece verilen diğer görevleri yapmak üzere, tercihen evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim yapmış psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı bulunur (madde 5). Aile mahkemelerinde psikiyatri uzmanı hekim bulunmaması bir eksikliklerdir. **Aym**, s. 56.

<sup>376</sup> Timoty B. Walker, “Measuring the Child’s Best Interests- A Study of Incomplete Considerations”, **Denver Law Journal**, 44, 1967, s. 135. Küçük çocuğun velayetinin anaya verilmesi, Amerikan Hukukunda “Tender Years” doktrini olarak anılmaktadır.

<sup>377</sup> **Aym**, s. 136.

Her ne kadar modern düşünce kadının çocuk bakımına ilişkin özel yeteneği ve içgüdücü olduğu savını reddetse, toplum hayatında cinsiyete göre belirlenen rol dağılımı (kadın evde, erkek işte) eskisi gibi olmasa ve çocuğun hayatında ana babanın önemi eşit kabul edilse de, küçük çocuğun velayetinin, çocuğun yararını olumsuz etkileyen bir durum olmadıkça, anaya verilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>378</sup>.

### 3.3.3.2. Çocuğun Çevresel Şartlarının ve İlişkilerinin Değiştirilmemesi

Çocuğun çevresel şartlarının, ilişkilerinin sürekliliği ve istikrarı, çocuğun normal gelişimi için çok önemlidir. Fiziksel, duygusal, zihinsel, sosyal ve ahlaksal gelişim çocuk için kendi içinde zaten problemlili bir süreçtir. Bir de dış dünyadaki karışıklıklar ve değişiklikler eklenince, çocuğun normal gelişimi durabilir ya da zarara uğrayabilir<sup>379</sup>.

Çocuğun çevresindeki değişikliklere tepkisi çeşitli yaş dönemlerine göre değişir. Şöyle ki:

Doğumdan yaklaşık 18. aya kadar, çocuğun aile üyeleri ile kurduğu kuvvetli bağın, ebeveynlerden birinin ani yokluğu ile bozulması çocukta endişe yaratır, güven duygusunun azalmasına yol açar, çocuğun uyku ve beslenme düzeninde bozukluklara sebep olur. Duygusal bağ kurduğu kişilerle bu durumun sıkça tekrar etmesi, çocuğun ileride başkalarıyla sağlıklı sosyal ilişkiler kurmasına engel olur<sup>380</sup>.

<sup>378</sup> Yargıtay, şefkat çağındaki çocuğun velayetinin anaya verilmesi gerektiği görüşündedir. Esat Şener, **Vesayet ve Velayet Hukuku** (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1996), s. 223. “Velayetin düzenlenmesinde çocuğun yararı esas alınır. Henüz bir yaşını bitirmemiş anne bakım ve şefkatine muhtaç küçüğün velayetinin babaya verilmesi isabetsizdir”. 2. HD., 04.4.2001, 2-308/ 331 (Kazancı Bilişim- İctihat Bilgi Bankası); “Anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun velayet hakkı, annenin görevini yerine getirmesini engelleyen haklı bir neden olmadıkça anneye verilmelidir”. 2. HD., 23.01.2001, 14230/ 1048. İsmail Özmen, **Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri** (Ankara: Kartal Yayınevi, 2005), s. 68; “Ana, şerefe uygun düşmeyen bazı hareketlerle tanınmış olsa bile, henüz ana bakım ve sevgisine muhtaç olan ve fenalığı ayırt edemeyecek pek küçük bir yaşta bulunan bir çocuğun velayetinin babasına verilmesinde isabet yoktur”. 2. HD., 03.04.1950, 1709/ 1770 (İnal, **Aile Mahkemeleri Davaları**), s. 533.

<sup>379</sup> Goldstein/ Freud/ Solnit, **a.g.e.**, s. 31-32.

<sup>380</sup> **Aynı**, s. 32-33.

Beş yaşın altındaki çocuklarda, ebeveynleri ile olan bağın kopması, çocuğun çevresinin değiştirilmesi, çocuğun o zamana kadar geliştirdiği kişilik özelliklerini ve yeteneklerini olumsuz yönde etkiler. Duygusal olarak zorlandığı bu dönemde çocuk, yakın zamanda öğrendiklerini hızlı bir şekilde unuttur. Örneğin, çocuğun tuvalet alışkanlıklarında sorun çıkar, konuşma yeteneği geriler<sup>381</sup>.

Çocuk okul çağında ise, ana babası ile olan ilişkisinin bozulması, onun ana baba ile özdeşleşme çabalarını engeller. Özdeşleşme ebeveynle kurulan sürekli ve sağlıklı ilişkisinin sonucudur. Kendini terk edilmiş hisseden çocuk, özdeşleşme çabası içinde olmayacağından toplumsallaşması zarar görür<sup>382</sup>.

Ergenlik döneminde de çocuğun çevresinin değişmesi, ana baba ile olan ilişkisinin kesilmesi çocuğu etkiler. İlk bakışta, çocuğun, ana babasının korumacılığındansa onlarla bir ilişki içinde olmamayı tercih ettiği düşünülebilir. Ancak bu izlenim doğru değildir. Çocuğun, bağımsız kişiliğini kazanabilmesi için ana babasının otoritesine karşı çıkması çocuk gelişiminde doğal bir süreçtir. Ancak çocuğun bağımsızlaşması, çocuğun ana baba ile olan ilişkisinin beklenmedik dış müdahalelerle kesilmesi, ana babanın çocuğu fiziksel ya da ruhsal olarak terk etmesi sonucu değil, çocuğun kendi isteği ile, doğal bir süreç olarak gerçekleşmelidir<sup>383</sup>.

Şu durumda hakim, çevre değişikliğinin çocuk üzerindeki olumsuz etkilerini göz önünde tutarak ana babadan hangisi, çocuğa daha istikrarlı bir çevre sağlayabilecekse velayeti o tarafa vermelidir. Ayrıca, fiili ayrılık nedeni ile çocuk uzun süredir taraflardan biri ile yaşıyorsa, velayetin verilmesinde çocuğun uzun süredir birlikte yaşadığı ana ya da babanın tercih edilmesi çocuğun yararına olacaktır<sup>384</sup>. Çocuğun büyüdüğü, okula gittiği, arkadaşlar edindiği, aidiyet duyduğu çevrenin değiştirilmesi kişiliğini geliştirme hakkına aykırı olacaktır.

---

<sup>381</sup> **Aynı**, s. 33.

<sup>382</sup> **Aynı**, s. 33.

<sup>383</sup> **Aynı**, s. 34.

<sup>384</sup> “Velayetin babadan alınmasını gerektiren maddi bir hadisenin varlığı ispat edilememiştir. Küçüğün alıştığı ortamdaki ayrılmasının onun gelişimine olumsuz etki yapacağı da açıktır”. 2. HD., 22.03.2002, 3147/ 4072; “Devamlı baba yanında kalan küçüğün boşanma ile velayetinin anneye verilmesi, babadan velayetin alınmasını gerektirici sebepler bulunmadıkça çocuğun yararına olmayacağından doğru değildir”. 2. HD., 19.03.2003, 2651/ 3784 (Kazancı Bilişim- İctihat Bilgi Bankası).

### 3.3.3.3. Çocuğun Görüşü

Bugüne kadar doktrin ve uygulamada pek önem verilmeyen çocuğun ne istediği, velayetine ilişkin görüşü, aslında hakimin çocuğun yararına karar verebilmesi için dikkate alması gereken bir husustur<sup>385</sup>. Ancak doktrinde , çocuğun görüşünün dikkate alınması gerektiği belirtilirken, bağımsız düşünebilecek ve karar verebilecek yaşta olan çocuktan bahsedilmektedir<sup>386</sup>.

Çocuğun görüşünün dikkate alınması, birkaç yönden eleştirilmektedir. Bir kere, çocuğun ana ya da babası arasında seçim yapmaya zorlanarak duygusal yönden yıpranacağı, seçmediği ebeveynine karşı suçluluk duyacağı ileri sürülmektedir<sup>387</sup>. Çocuğun pek çok durumda manevi bir baskı duyacağı doğrudur, ancak boşanma süreci ile zaten sarsılmış olan çocuğun bir de boşanmadan sonraki yeni hayatında istemediği ya da daha az istediği ebeveyni ile yaşamaya zorlanmasının da anlamı yoktur. Yine, çocuğun kendine özgü, bağımsız bir görüşünün olamayacağı, rasyonel şekilde düşünemeyeceği, taraflardan birinin baskısı ile görüşünü belirteceği, bu durumda da hakimin çocuğun gerçek görüşünü bilemeyeceği ileri sürülmektedir<sup>388</sup>. Bu durumda hakim, çocuğun gerçek isteğinin ortaya çıkarılabilmesi için başka bilim dallarından yardım isteyerek, uzman bilirkişilerin raporlarına göre takdir hakkını kullanabilir. Çocuk, etkisi altında olduğu ana ya da babasının öğrettiklerine uygun cevaplar verebilir, ancak uzman psikolog ya da psikiyatrlar, sadece bu cevaplarla yetinmeyerek, çocuğun ana babası karşısındaki davranışlarını, onlarla ilişkisini, ana babanın çocuğa karşı tutumunu izleyerek çocuğun gerçekten ne istediğini ortaya çıkarabilirler<sup>389</sup>. Ayrıca, hukuk doktrin ve uygulamasının, çocuğun iradesinin etki altında meydana gelmesi nedeniyle onun görüşünün dikkate alınmaması gerektiği görüşü, psikolog ve psikiyatrlar tarafından, yetişkinlerin iradelerinin de etki altında kalabileceği ama hukukun onların görüşlerini dikkate aldığı yönünde eleştirilmektedir<sup>390</sup>.

<sup>385</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 68 Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 294.

<sup>386</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 294.

<sup>387</sup> Eekelaar, **a.g.e.**, s. 53; Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 69.

<sup>388</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 70.

<sup>389</sup> **Aynı**, s. 70.

<sup>390</sup> **Aynı**, s. 70.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 12 (1)'e göre “Taraflar devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, bu görüşlere, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özeni gösterilmek suretiyle tanırlar”. Sözleşme, çocuğa ilişkin konularda, çocuğun görüşlerine ne ölçüde ağırlık tanınacağına karar verilirken yaş ve olgunluk düzeyi ölçütlerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Sözleşmeye göre, yaş kendi başına bir ölçüt değildir, çocuğun kendisi ile ilgili bir karara katılması söz konusu olduğunda belirli bir yaş sınırı konulmamalıdır. Bu nedenle, hakimin, velayetin ana babadan hangisine verileceğine dair karar verirken, bir yaş sınırı aramaksızın çocuğu dinlemesi gerekir. Küçük yaştaki çocuğun görüşünün (isteğinin) olamayacağı fikri doğru değildir. Böylesi durumlarda hakim, çocuğun yaşı ne olursa olsun, çocuklarla ilgili alanlarda çalışan, çocuğun verdiği mesajları alabilecek, yorumlayabilecek beceriye sahip bilirkişilere başvurma imkanını -hatta görev ve yetkisini- kullanmakta çekingen davranmamalıdır<sup>391</sup>.

Ancak Sözleşme'nin 12 (2). maddesi, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada, devlete, “çocuğun görüşlerinin dinlenilmesi için fırsat tanıma” ödevi yüklemekte, çocuğun görüşlerinin mutlaka alınması (aranması) zorunluluğu getirmemektedir<sup>392</sup>. Boşanma davalarında bu “fırsat” tanınmalı, gerekirse çocuk bir kayyım ya da avukatla temsil edilmelidir<sup>393</sup>.

Medeni Kanun velayetin ana baba tarafından kullanılması sırasında, önemli konularda olabildiğince çocuğun görüşünün alınacağını düzenlemiştir; buna karşılık Kanunda, boşanmadan sonra velayetin hangi tarafa verileceğine dair çocuğun görüşünü alma zorunluluğu düzenlenmemiştir. Ancak uygulamada Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 12<sup>394</sup> ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa

<sup>391</sup> Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 149.

<sup>392</sup> Eekelaar, **a.g.e.**, s. 60, dipnot 51.

<sup>393</sup> Baktır, **a.g.e.**, s. 71.

<sup>394</sup> “Türkiye Cumhuriyetince de kabul edilip 27 Ocak 1995 gün ve 22184 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin “Taraflar devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özeni göstermek suretiyle tanırlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli ve idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına



Sözleşmesi<sup>395</sup> madde 3'e<sup>396</sup> dayanarak, bu konuda, görüşünü oluşturma olgunluğuna sahip çocuğun görüşü alınmaktadır.

### 3.3.3.4. İyi Bir Aile Ortamı Sağlanması

Tüm dünyada insanın büyümesi ve gelişmesi için aile kurumunun yerine geçebilecek daha iyi bir kurum bulunamamıştır<sup>397</sup>. Üyelerine bakım, duygusal yakınlık, toplumsallaşma ve aidiyet duygusu sağlayan aile ortamı, çocuğun gelişim ve eğitiminde en etkin ve kalıcı rolü oynamaktadır.

Boşanma ile aile ortamı toplumun kabul ettiği en ideal şeklini (biyolojik ana baba ve çocuk bir arada) kaybeder. Ancak taraflardan biri, çocuğa ana baba kardeş modellerinin bulunduğu bir ailede büyüebilme imkanı veriyorsa, velayetin bu ana ya da babaya verilmesi uygun olur<sup>398</sup>. Zira çocuğun, normal ve sağlıklı büyüebilmesi için gereken bakım, ilgi, sevgi, şefkat ve korumayı sadece biyolojik ana ya da baba değil, çocukla duygusal bağ kurmuş, biyolojik ana babanın yerine geçmiş başka kişiler yani psikolojik ana baba da sağlayabilir. Bu nedenle, taraflardan birinin yeniden evlenme ihtimali varsa ve hakim müstakbel üvey ana ya da üvey babanın çocuğa gereken ilgi ve

---

uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır" hükmünü içeren 12. maddesi kapsamı da nazara alınarak velayeti düzenlenen çocuğun kendisini ilgilendiren velayetin anneye verilmesi isteğini ortaya koyan açık beyanın dikkate alınması gerekir". HGK. 01.10.2003, 2-513/ 521 (**Yasa Dergisi**, Yıl:27, Sayı: 256, Eylül-Ekim 2004, s. 80-81).

<sup>395</sup> Sözleşme için bkz. Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 362; Hakkı Dinç/ İnci Biçkin/ Emrullah Aycı, **Uygulamada Aile Hukuku ve Çocuk Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler** (Ankara: Adalet Yayınevi, 2004), s. 143.

<sup>396</sup> "Müşterek çocuk 15 yaşında olup görüşlerini açıklama olgunluğuna sahiptir. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesi gereğince çocuğa velayet konusunun düzenlenmesi için görüşü sorulmalıdır". 2. HD., 08.11.2005, 12496/ 15273 (Kazancı Bilişim- İctihat Bilgi Bankası); "Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesi uyarınca müşterek çocuklar dinlenmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde velayet düzenlemesi yapılması usul ve yasaya aykırıdır". 2. HD., 05.04.2004, 3590/ 4216 (YKD C. 30, S. 8, Ağustos 2004, s. 1201).

<sup>397</sup> Elizabeth G. Patterson/ Arlene Bowers Andrews, "Protecting the Child against Separation from the Family Environment: Articles 9 and 25 of the UN Convention on the Rights of the Child", **Children Legal Rights Journal**, 2, (1996), s. 2.

<sup>398</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 64.

özeni göstereceğini düşünüyorsa, velayeti yeni bir aile ortamı kurma ihtimali olan tarafa verebilir<sup>399</sup>.

### 3.3.3.5. Çocuğun Diğer Tarafla Kişisel İlişkisinin Gözetilecek Olması

Boşanma, aile birliğinin tekrar tanımlanmasına ve yeniden yapılanmasına sebep olur. Alıştığı aile ortamının değişmesi, çocukta geleceğe ilişkin endişe ve şüphe yaratır. Boşanmanın ileriye yönelik etkilerini hafifletmekte ve çocuğun boşanmadan sonraki hayata alışmasındaki en önemli faktör, çocuğun hayatında istikrarın ve sürekliliğin sağlanmasıdır. İstikrar ve süreklilik, her iki ebeveynle de ilişki içerisinde olmayı, ana baba arasındaki çatışmanın azaltılmasını, çocuğa ilişkin konularda uzlaşma sağlanmasını ve velayete sahip tarafın ekonomik durumunun istikrarlı olmasını gerektirir<sup>400</sup>.

Çocuğun sağlıklı gelişebilmesi ana babası ile süreklilik arz eden, bakım, ilgi, sevgi, destek, koruma, disiplin ve anlayış içeren bir ilişki yürütmesine bağlıdır<sup>401</sup>. Çocuğun velayete sahip olmayan taraf ile bu ilişkiyi kurabilmesinin yolu ise, çocuk ile bu taraf arasında kişisel ilişki tesis edilmesidir (MK m. 323).

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğun yüksek yararına olduğu durumlar dışında, ana babasından ayrılmama hakkını düzenleyen 9. maddesinin 3. bendine göre, "Taraf devletler, ana babasından ya da bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler". Bu maddeden de açıkça anlaşılmaktadır ki kişisel ilişki kurma çocuğun hakkıdır. Çocuk üzerinde olumsuz bir etki yatamadığı sürece hakim, çocuk ile velayete sahip olmayan taraf arasında kişisel ilişki tesis etmelidir. Kişisel ilişki kurma hakkı, ziyaret, yazışma, telefonla görüşme, bilgi edinme haklarını içerir<sup>402</sup>.

<sup>399</sup> Aynı, s. 65.

<sup>400</sup> Akre, a.g.e., s. 654.

<sup>401</sup> Aynı, s. 654.

<sup>402</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 241.

Çocuğun ana babası ile kişisel ilişki kurma hakkı, Sözleşme'nin 18. maddesinde yer alan “çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana babanın birlikte sorumluluk taşıdığı” ilkesini yansıtmaktadır<sup>403</sup>. Ana babanın sorumluluğunun bir yansıması olduğu gibi, ana babanın anayasal hakkının bir parçasıdır da<sup>404</sup>. Ancak ana babanın bu hakkı çocuğun yüksek yararı ilkesinden üstün değildir.

Medeni Kanun çocukla kişisel ilişki kurma hakkını sadece çocuğun velayeti kendisinde olmayan ana veya babasına değil, çocukla ilgili diğer kişilere özellikle hısımlarına da tanımıştır<sup>405</sup> (MK m. 325).

Velayete sahip olmayan taraf kişisel ilişkiyi, çocukla velisi arasındaki ilişkiye zarar verecek şekilde kullanamayacağı gibi, velayete sahip olan taraf da çocuk ile diğer taraf arasındaki kişisel ilişkiyi engelleyemez (MK m. 324/ I).

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, çocuğun, velayetinin ana babadan birine verilip, diğer tarafla da normal ve sağlıklı bir kişisel ilişki yürüttüğü durumlarda, boşanmadan duygusal olarak daha az zarar göreceği açıktır. Gerçek anlamda bir aile ortamı olmasa bile, her iki ebeveyn de çocuğun hayatında olacak, çocuk her ikisinin de sevgi ve ilgisini hissedecektir. Bu nedenle, taraflardan biri, diğer tarafın çocukla kuracağı kişisel ilişkiyi destekler ve buna imkan verir bir tutum içerisinde olarsa, hakimin velayeti, çocuğun yararını kendi kişisel duygularının<sup>406</sup> önüne koyabilen tarafa vermesi uygun olacaktır<sup>407</sup>.

<sup>403</sup> Hodgkin/ Newell, **a.g.e.**, s. 126.

<sup>404</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 240.

<sup>405</sup> Zaten İçtihadı Birleştirme Kararı ile büyükana ve büyükbabaların torunlarıyla kişisel ilişki kurma hakkı karar altına alınmıştı. YİBK 18.11.1959, 12/ 29, RG. T. 16.04.1960, S. 10482.

<sup>406</sup> Tarafların birbirlerine karşı hala sevgi ve saygı duyarak boşandıkları durumlar çok istisnaidir. Genelde boşanma, iki tarafın da birbirlerini yıpratmaları bir süreçten sonra gerçekleşmektedir. Bu durumda da taraflar, velayet hakkını intikam aracı olarak kullanabilmektedirler.

<sup>407</sup> Akre, **a.g.e.**, s. 659. “Velayeti babaya bırakılan küçük çocuğun anasıyla şahsi ilişkisini imkansız hale getirip, anaya hakaretlerde bulunan babadan velayetin alınması gerekir”. 2.HD., 20.03.2003, 2839/ 3956 (Kazancı Bilişim- İçtihat Bilgi Bankası); “Davalının çocuğun davacı ile kişisel ilişkisini engellediği, çocuğun aile bağlarını özellikle fikri gelişmesini kötü etkileyecek bir davranış içerisine girdiği anlaşıldığından, velayetin değiştirilmesine karar verilmesi gerekir” 2. HD., 04.04.2002, 3930/ 4731. (YKD, C. 29, S. 3, Mart 2003, s. 356).

### 3.3.3.6. Çocuğa Şahsen Bakma Olanığı

Velayet taraflardan birine verilirken, ana ya da babadan hangisinin çocuğa şahsen bakma olanağı olduğu da dikkate alınmalıdır. Eğer ana ve babanın her ikisinin de eğitsel yetenekleri eşitse, hakim çocuğa şahsen bakma olanağı bulunan tarafı tercih etmelidir<sup>408</sup>.

Öğretide isabetle belirtildiği gibi “çocuğa şahsen bakma” ile kastedilen, çocuğun yemeklerinin hazırlanmasından, kıyafetlerinin alınmasına, banyo yaptırılmasından, tıbbi bakımına, ilk temel becerilerin kazandırılmasından, disiplinine ve eğitimine kadar pek çok görevi içermektedir<sup>409</sup>. Genellikle tüm bu görevleri yerine getirme imkanına sahip olan anadır. Bütün gün para kazanabilmek, toplumsal statüsünü koruyabilmek (ya da artırabilmek) için ev dışında çalışmak zorunda olan babanın, çocuğa ayıracak fazla zamanı yoktur<sup>410</sup>.

Çocuğa şahsen bakma olanağı olan tarafın tercih edilmesi, baba açısından bir dezavantajdır. Asıl görevi para kazanmak olarak görülen baba, çocuğun bakımına ve yetiştirilmesine ilişkin takdir edilir bir gayret gösterse bile göz ardı edilme ihtimali yüksektir. Oysa velayeti taraflardan çocuğa şahsen bakma olanağı olan tarafa vermeden önce hakimin, henüz evlilik devam ederken çocuğun ana babası ile olan ilişkisini, tarafların çocuğun bakımına ne oranda, ne kadar katıldığını araştırması gerekir<sup>411</sup>. Yani, hakimin şahsen bakma olanağını dikkate alacak olması demek, çalışan tarafa velayetin verilemeyeceği anlamına gelmez. Zaten artık günümüzde, değişen ekonomik ve sosyal koşullar nedeniyle, kadınlar da ya kendi tercihleriyle ya da modern hayatın zorlaması ile çalışma hayatına katılmaktadırlar. Ana babanın her ikisinin de çocuğa şahsen bakma olanağı yoksa, ana babadan hangisinin çocuğun bakımını ve eğitimini üçüncü kişi aracılığıyla sağlama olanağına sahip olduğu<sup>412</sup>, hangisinin, çocukla geçirilen zamanın

<sup>408</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 65.

<sup>409</sup> Kelly, **a.g.e.**, s. 130.

<sup>410</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 65.

<sup>411</sup> Kelly, **a.g.e.**, s. 131.

<sup>412</sup> “Tarafların belirlenen sosyal ve ekonomik durumlarına göre çocuğun bakıcıya bırakılması ve evde bakıcı bulundurulması ihmal kabul edilemez”. 2. HD., 04.04.2000, 1342/ 4131. (Özmen, **a.g.e.**, s. 70); “Velayet düzenlenirken ya da yeniden gözden geçirilirken çocuğun yararına ön planda yer verilmesi zorunludur. Velayet, doğrudan doğruya ana ve baba tarafından bizzat kullanılmalıdır. Pek zorunlu

uzunluğundan ziyade bu zamanın anlamlı ve yoğun biçimde geçirilmesinin önemli olduğu bilinciyle, kendi boş zamanlarını çocuğun eğitimine ve yetiştirilmesine ayırmaya istekli olduğu değerlendirilmelidir<sup>413</sup>.

### 3.3.3.7. Ana Babanın Çocuğa Karşı İlgisi ve Çocuğu Eğitebilme Yetenekleri

Hakim, ana babadan hangisinin çocuğa daha çok ilgi gösterdiğini, çocukla daha kuvvetli bir duygusal bağı olduğunu, boş zamanlarını çocukla geçirmeye daha istekli olduğunu, çocuğun çıkarları için kendinden daha fazla fedakarlık edeceğini araştırmalıdır<sup>414</sup>. Çocuğun yararı, ilgisini ve sevgisini ona verebilecek tarafla birlikte olmasındadır<sup>415</sup>.

Boşanma davasından önceki fiili ayrılık döneminde tarafların çocuğa gösterdikleri ilgi, duruşma sırasında ana babanın tutum ve davranışları, çocuğa yakın kişilerin vereceği ifadeler ve çocuğun ana babası ile olan ilişkisine ilişkin dinlenmesi, hakime ana babadan hangisinin çocuğun velayetini gerçek sevgi ve bağlılık duyguları ile istediğini belirlemede yardımcı olur<sup>416</sup>. Zira taraflar, çocuğun velayetini iştirak nafakasından kaçınmak ya da karşı tarafa acı çektirmek için isteyebilirler<sup>417</sup>.

Ancak ana babanın çocuğa karşı duyduğu ilgi ve sevgi çok önemli bir husus olmasına rağmen, velayetin verilebilmesi için tek başına yeterli değildir. Hakim, ana babanın çocuğu gerçekten isteyip istemediğini, bu isteğin gerçek olup olmadığını

---

hallerde bir süre için ana babanın gözetimi altında çocuk, bir akraba yanında bırakılabilir". 2. HD., 1.12.1980, 7422/ 8596 (YKD C. 7, S. 3, Mart 1981, s. 284).

<sup>413</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 66.

<sup>414</sup> **Aynı**, s. 66.

<sup>415</sup> "Dokuz yaşındaki küçükle baba daha çok ilgilenmektedir. Velayet hakkı babaya verilmelidir". 2. HD. 24.05.1995, 2193/ 5066. (Özmen, **a.g.e.**, s. 69); "Çocuklarını terk eden ve düzenli bir hayat yaşamayan anneye küçüklerin velayet hakları verilemez". 2. HD., 05.7.2000, 7540/ 9281. Ali İhsan Özüğür, **Velayet-Vesayet- Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku** (Ankara: Seçkin Yayınları, 2003), s. 514.

<sup>416</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 66.

<sup>417</sup> **Aynı**, s. 67.

değerlendirdikten sonra, tarafların, çocuğun fiziksel ve duygusal ihtiyaçlarını anlama ve tatmin etmede, çocuğu eğitmede yeteneklerinin olup olmadığını araştırmalıdır<sup>418</sup>.

Ana babanın zihinsel, ruhsal ve ahlaksal olarak çocuğu yetiştirmeye uygun durumda olması gerekir<sup>419</sup>. Bu ölçülürken ana babanın ev dışındaki hayatı, yaşadığı çevrenin koşulları da dikkate alınarak, araştırılmalıdır. Örneğin, ana babanın kendi ebeveynleri, kardeşleri ile ilişkisi, iş hayatındaki başarısı, bir işte istikrarlı sürelerle çalışıp çalışmadığı gibi<sup>420</sup>.

Ana babanın içinde bulunduğu durum kadar, çocuğun da bedensel, zihinsel, ruhsal ve ahlaksal özellikleri dikkate alınmalıdır<sup>421</sup>. Örneğin, işitme özürü bir ana normal bir çocuğu yetiştirebilir ama zihinsel sorunları olan bir çocuk için yeterli olamayabilir.

### 3.3.3.8. Ana Babanın Ahlaksal Değer Yargıları ve Davranışları

Ana babanın, toplumun değer yargılarına ters düşen ahlaksal değer yargıları ve yaşam biçimi, çocuğun yararını etkiliyorsa hakim bu durumu göz önünde bulundurmalıdır<sup>422</sup>.

<sup>418</sup> Aynı, s. 67- 68. “Velayet ve vesayetle ilgili kanun hükümleri kamu düzeni ile ilgili olduğu için hakim re’sen göz önüne alır. Boşanmada velayetin düzenlenmesinde çocuğun yararı üstün tutulur. Velayetin, vesayet altında bulunan ve velayeti kullanamayacak durumda olan anneye verilmesi isabetsizdir”. 2. HD., 07.04.1992, 3902/ 4034. Hasan Özkan, **Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı** (İkinci Baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005), s. 854.

<sup>419</sup> Aynı, s. 68. Yapılan çalışmaların neredeyse tümü, velayete sahip tarafın akıl sağlığının iyi olduğu ve çocuk yetiştirme becerilerini layıkıyla yerine getirdiği durumlarda, çocuğun boşanmadan sonraki duruma daha iyi uyum sağladığını ve boşanmadan dolayı daha az zarar gördüğünü göstermektedir. Paul R. Amato, “Life-Span Adjustment of Children to Their Parents’ Divorce”, **The Future of Children** 4, 1, (1994), s. 150. <<http://futureofchildren.org>> (13.7.2006).

<sup>420</sup> Harvey Sorkow, “Best Interest of the Child: By Whose Definition?”, **Pepperdine Law Review** 18, (1990-1991), s. 385.

<sup>421</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 68.

<sup>422</sup> “Baba esrar bağımlısıdır. Küçüğün velayet hakkının ona verilmesi ruh sağlığına olumsuz etki yapacağından uygun bulunmamıştır”. 2. HD., 17.02.1999, 13809/ 1215 (Özğür, **a.g.e.**, s. 515); “Davalı ananın gerçekleşen ahlaki temayülleri karşısında 1981 doğumlu küçüğün, geleceğine yönelik tehlikelerin önlenmesi bakımından velayetinin babaya verilmesi gerekir”. 2. HD., 06.05.1985, 4103/ 4305 (Özkan, **a.g.e.**, s. 847).

Bu duruma ilişkin tipik örnek, ana babadan birinin eşcinsel olmasıdır. Geçmişte ve günümüzde de hala hakim olan görüşe göre, eşcinsel ana baba çocuğun cinsel kimliğini tehlikeye düşürebileceğinden ya da çocuğu cinsel yönden kötüye kullanabileceğinden, ebeveyn olmaya uygun değildir. Oysaki yapılan çalışmalar, ana babanın cinsel tercihinin, çocuğun cinsel kimliği üzerinde veya çocuğun cinsel yönden kötüye kullanılmasında olumsuz yönde rol oynayıcı bir etkisi olmadığını ortaya koymaktadır<sup>423</sup>. Ne var ki çocuğun sosyal damgalanma nedeniyle zarar gördüğü doğrudur. Ancak önyargıların velayet kararlarında etkili olmasına izin verilirse, bu önyargılar hukuk tarafından istemeyerek de olsa onaylanmış olur. Zaman içerisinde eşitlik ilkesi ve diğerlerine saygı bu önyargılara son verecektir<sup>424</sup>. Yine de, velayet kararında çocuğun yüksek yararı ilkesi her şeyin üstündeki ilke olduğundan, hakim anayasal ana baba hakkı, farklılıklara saygı ya da eşitlik ilkesini çocuğun yararından sonra dikkate alacaktır. Burada da önemli olan tarafların ana baba olma yetenekleridir, cinsel tercihleri değil<sup>425</sup>.

Yine toplumun önyargılı yaklaştığı bir durum, evlilik dışı yaşam ilişkisidir<sup>426</sup>. Toplumdaki genel değer yargısı, velayetin evlilik dışı yaşam sürdüren tarafa özellikle bu durumdaki anaya verilmesinin çocuğu olumsuz yönde etkileyeceği yönündedir. Hakim her somut olayda, ana babanın yaşayış tarzının, ahlaksal değer yargılarının çocuğun yararını etkileyip etkilemediğini araştırmalıdır. Çocuk bakımından sakıncalı bir durum olduğunu düşünüyorsa, velayeti evlilik dışı ilişki kuran tarafa vermekten kaçınabilir<sup>427</sup>.

---

<sup>423</sup> Akre, *ag.e.*, s. 669.

<sup>424</sup> Aynı, s. 669.

<sup>425</sup> Aksi yönde karar: “Eşcinsellik gibi hastalık derecesine varan bir alışkanlığı bulunan kadına kız çocuğunun velayetinin verilmesi onun geleceğini tehlikeye düşüren bir durum doğurabilir. Velayet düzenlenirken çocuğun sadece o andaki değil gelecekteki yararlarının korunması da göz önünde tutulmalıdır”. 2. HD., 21.6.1982, 5077/ 5531 (YKD, C. 8, S. 9 Eylül 1982, s. 1247).

<sup>426</sup> “Çocukları anne sevgisine muhtaç olsalar dahi başka erkekle yaşayan anaya velayet tevdi edilemez. Bu durumda babaya teslimleri lazımdır”. YHGK 18.04.1951, 5/59-42 (İnal, *Aile Mahkemeleri*, s. 533).

<sup>427</sup> Akyüz, *Çocuğun Korunması*, s. 75.

### 3.3.3.9. Boşanmadaki Kusur

Hakim, diğer insanlar gibi, kişileri isteyerek yaptıkları hareketlerin sonuçlarından sorumlu tutmaya, isteği ve kontrolü dışında olaylara maruz kalanlara ise sempati göstermeye meyillidir<sup>428</sup>. Bu nedenle hakim, kusuru ile evliliği sona erdiren tarafa velayeti vermeyerek onu cezalandırmak, evliliği kendi dışında gelişen olaylar nedeniyle sona eren tarafa ise velayeti vererek onu ödüllendirmek isteyebilir. Oysaki çocuğun velayetine ilişkin karar, taraflar için bir ödül ya da ceza olarak düşünülemez.

Hakimin göz önünde tutacağı temel ilke çocuğun yüksek yararı ilkesidir. Tarafların, evlilik birliğine gösterdikleri özene, bağlılığa, iyi bir eş olup olmadıklarına bakılmaz. Zira evlilik birliğini yürütememiş olmak, iyi bir ebeveyn olunamayacağı anlamına gelmez<sup>429</sup>. İyi bir eş olmanın, iyi bir ebeveyn olunacağını garanti edemeyeceği gibi. Bu nedenle eşler arasındaki ilişki velayete ilişkin karardan tamamen soyutlanmalıdır. Ancak eşin boşanmaya neden olan kusuru, kendisinin velayete uygunluğunu şüpheye düşürecek bir kusur ise, hakim bu durumu çocuğun yüksek yararı ilkesi sebebi ile dikkate almalıdır<sup>430</sup>. Örneğin eşlerden biri, diğerinin kendisine fiziki ve ruhi yönden kaba davranması sebebine dayanarak boşanma davası açar ve bunu kanıtlarsa, hakim davalı eşin bu özelliğini velayete ilişkin kararında göz önünde bulundurabilir.

### 3.3.3.10. Kardeşlerin Ayrılmaması

Doktrinde ve uygulamada hakim görüş, kardeşlerin velayetlerinin aynı tarafa verilmesi gerektiğidir<sup>431</sup>.

<sup>428</sup> Goldstein/ Freud/ Solnit, **a.g.e.**, s. 106.

<sup>429</sup> Öztan, **Aile Hukuku.**, s. 468. “Davalı kadının zinası sabit olduğu halde, davacı erkeğin kumar oynaması, eşinin kürkünü bar kadınına vermesi gibi hareketlerini ve çocuklarının yaşlarını göz önünde tutarak, velayetin anaya verilmesi uygun bulunmuştur”. 2. HD., 06.03.1962, 646/ 1479 (İnal, **Aile Mahkemeleri**, s. 539).

<sup>430</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 74; İnal, **Aile Mahkemeleri**, s. 534.

<sup>431</sup> Aynı, s. 76. “Çocukların fikri ve bedeni gelişimleri, kardeşlik duygularının kuvvetlenmesi için velayet hakları ciddi bir tehlike yoksa taraflardan birine verilmeli, çocuklar birbirlerinden ayrılmamalıdır”. 2. HD., 04.10.1999, 8332/ 10109 (Özmen, **a.g.e.**, s. 70).



Boşanma ile ana ya da babadan ayrılan kardeşlerin bir de birbirlerinden ayrı taraflara verilerek, onlarda oluşan ailenin parçalandığı hissini kuvvetlendirmemek gerekir. Ayrıca, ana baba arasında bölünmüş, birbirlerinden farklı çevrelerde farklı etkilerle büyüyen kardeşler birbirlerine yabancı olabilirler<sup>432</sup>.

Çocukların yararı hemen hemen her zaman boşanmadan sonra da birlikte yaşamalarını gerektirir. Ancak istisnai bir durum olarak, iki kardeş birbirlerinden çok zıt karakterlerde iseler ve bir arada yaşamaya tahammül edemiyorlarsa ana babanın her ikisinin de velayet sahip olmak için gereken yeteneklere sahip olmaları şartıyla, çocuklardan biri anaya, diğeri babaya verilebilir<sup>433</sup>. Çocuk üvey kardeşleri ile yetişmişse, onları da birbirlerinden ayırmamak gerekir. Ama bu durum öz kardeşlerde olduğu kadar hassasiyet gerektirmeyebilir<sup>434</sup>.

### 3.3.3.11. Ana Baba Arasındaki Anlaşma

Medeni Kanunun boşanmanın çocuklar bakımından sonuçlarını düzenleyen 182. maddesi, hakimın ana babayı dinlendikten sonra çocuğa ilişkin karar vereceğini ifade etmekte, ancak ana baba arasında anlaşma olma olasılığından söz etmemektedir. 184. maddenin 5. bendinde ise boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin yapılan anlaşmaların hakimın onayı ile geçerli olacağı belirtilmektedir.

Doktrin ve uygulamada, ana babanın çocuğun velayetine ilişkin anlaşmış olmaları iki bakımdan önemli kabul edilir. İlk olarak, ana baba arasındaki anlaşma taraflardan birinin çocuğa bakmaya ve onu eğitmeye istekli olduğunu gösterir ki bu çocuğun yararı açısından gereklidir. Anlaşmanın ikinci önemi ise, ana babanın çocukla ilgili konularda uzlaşarak, çocuğu sürekli bir tartışma konusu haline getirme tehlikesinden uzaklaşmalarıdır<sup>435</sup>.

<sup>432</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 77.

<sup>433</sup> Aynı, s. 78.

<sup>434</sup> Akkaya, **a.g.e.**, s. 116.

<sup>435</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 80.

Çocuğun yararını en iyi ana babasının bileceğinden yola çıkılarak, ana baba arasındaki anlaşmanın hukuk tarafından kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir<sup>436</sup>. Ancak çocuğa ilişkin hususlar kamu düzenine ilişkindir ve bu nedenle bu “en iyi” nin de incelenmesi gerekir. Hakim ana baba arasındaki anlaşma ile hiçbir şekilde bağlı değildir ve anlaşmanın hakim onayı olmaksızın geçerliliği yoktur<sup>437</sup>. Kaldı ki, ana babanın anlaşmayı her zaman iyi niyetle, çocuğun yararına yaptığı söylenemez. Taraflardan biri boşanabilmek için ya da maddi çıkar karşılığı velayeti almayı kabul etmiş ya da velayeti talep etmekten vazgeçmiş olabilir<sup>438</sup>. Bu tür durumların hepsinde tarafların çocuğa karşı sevgisiz ve ilgisiz olduğu söylenemez. Hakim, ana baba arasında velayete ilişkin anlaşmanın hangi koşullarda yapıldığını, ana baba çocuk arasındaki duygusal ilişkiyi çok iyi araştırmalıdır<sup>439</sup>. Ayrıca anlaşmanın yapıldığı tarihten sonra meydana gelen bir olay, hakim anlaşmayı reddetmesini gerektirebilir<sup>440</sup>.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi gereği, çocuğa ilişkin bir hususta çocuğun görüşünün alınması gerekir. Bu durumda çocuğun ana baba arasındaki, kendisine ilişkin yapılan anlaşmaya katılım hakkı vardır. Hakim, takdir hakkına dayanarak anlaşmayı kısmen veya tamamen onaylamadan önce, bu hususu dikkate almalıdır.

Sonuç olarak, tarafların velayet ilişkin yaptıkları anlaşma hakimi hiçbir şekilde bağlamaz, ancak çocuğun yararını takdir ederken hakime bir fikir verebilir<sup>441</sup>.

---

<sup>436</sup> Koçhisarlıoğlu, **a.g.e.**, s. 167.

<sup>437</sup> Öztan, **Aile Hukuku**, s. 466; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 303.

<sup>438</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 81; Akkaya, **a.g.e.**, s. 119.

<sup>439</sup> Akyüz, **Çocuğun Korunması**, s. 81.

<sup>440</sup> Akkaya, **a.g.e.**, s. 121.

<sup>441</sup> “Velayet hakkının düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgili olup, tarafların bu konuda anlaşmaları yeterli değildir. Hakimin de anlaşmayı uygun bulması gerekir”. 2. HD., 18.02.2000, 1593/ 2024 (Özmen, **a.g.e.**, s. 71), “Boşanma halinde, çocuğun babasına bırakılacağına dair ananın yazılı bir belge vermesi, küçüğün menfaatini gözetmekle görevli olan yargıcın bu husustaki takdir hakkını bağlamaz”. 2. HD., 7.11.1942, 468/ 3943 (İnal, **Aile Mahkemeleri**, s. 537).

#### 4. OLMASI GEREKEN HUKUK AÇISINDAN TÜRK HUKUKUNDA EVLİLİK DIŞI ANA BABA ÇOCUK İLİŞKİSİ

Pek çok batı ülkesinde, anayasal ana baba hakkı ve çocuğun yararı gözetilerek evlilik birliğinin çözülmesi halinde, ana babanın birlikte velayetine olanak tanınmasına rağmen, hukukumuzda bu durum açıkça düzenlenmiş değildir. Medeni Kanun'un boşanma veya ayrılık durumunda çocuklar bakımından ana babanın haklarını düzenleyen 182. maddesinde velayetin ana babaya birlikte bırakılmayacağına ilişkin açık bir ifade yoktur. Maddede yer alan çocuğun yararı ilkesi göz önünde tutularak, çocuğun yararına olacaksa ve eşler de velayeti birlikte yürütmeye istekli ve elverişli iseler madde geniş yorumlanarak velayetin ana babaya birlikte verilmesi mümkün olmalıdır. Madde 182/ II'de yer alan “*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesi, çocuğun velayetinin sadece bir eşe bırakılmasının zorunlu olduğu şeklinde yorumlanamaz. Yine madde 336/ III'de velayetin çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa ait olduğunun belirtilmiş olması, velayetin ana babadan birine verilmesinin emredici kural olarak düzenlendiği, hakimin velayeti ana babaya birlikte veremeyeceği şeklinde yorumlanamaz. Zaten, kanun koyucunun emredici bir kuralla ana babanın birlikte velayetine engel olmasının herhangi geçerli bir açıklaması olamaz<sup>442</sup>.

Temel olarak gözetilmesi gereken ilke, çocuğun yararadır. Dolayısıyla hakim tarafların birlikte velayete istekli ve bunun çocuğun yararına olduğu durumlarda kanundaki boşluğu çocuğun yararına doldurmalıdır. Ayrıca, ortak hayata son verilmesi veya ayrılık halinde hakim ana babanın birlikte velayetini ya da velayetin taraflardan birine verilmesini karar altına alabiliyorsa –ki kural ayrılıkta birlikte velayetin devam etmesi, istisna ise hakimin velayeti taraflardan birine vermesidir- boşanmada da buna karar verebilmelidir<sup>443</sup>. Zira boşanmada birlikte velayete engel olarak görülen ana babanın birlikte yaşamaması hali ayrılık durumunda da söz konusudur. Boşanmada ayrılıktan farklı olarak evlilik birliğinin sona erdiği ileri sürülebilir; ancak evlilik birliğinin sona ermesi, ana baba çocuk arasındaki bağın, aile bağının da sona ermesi demek değildir<sup>444</sup>. Kaldı ki, ayrılık halinde genellikle, eşlerin birbirleri ile iletişimleri

<sup>442</sup> Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s. 80.

<sup>443</sup> Aynı, s. 228.

<sup>444</sup> Aynı, s. 228.

boşanma sonrasına göre daha sorunludur. Boşanma ile ne de olsa eşler, aralarındaki uyuşmazlıklara ve tatsızlıklara son noktayı koymakta ve devam eden hayatlarının, özellikle de çocuklarının huzuru için daha sakin ve iletişime açık olmaktadır. Ayrılık halinde eşlerin birlikte velayeti sürdürebilecekleri kabul edildiğine göre, boşanma halinde bunun daha kolay olacağı düşünülmelidir. Ana babayı çocuğun hayatından koparıp uzaklaştırmamak, çocuğa her iki ebeveynin de hala hayatında olduğunu hissettirmek ve çocuğu ana babanın ortak sorumluluklarının güvencesi altında tutabilmek için, ayrılıkta velayetin ana babaya birlikte verilmesini öngören düzenleme temel kural olarak kabul edilmeli ve boşanmaya da bu kural uygulanmalıdır. Şu halde Kanunun madde 336/ II ve madde 336/ III'de yer alan hükümleri arasındaki çelişmenin giderilmesi için tek çare olarak, boşanmada birlikte velayetin mümkün olduğu kabul edilmelidir. Ve yasa koyucuya düşen iş, ilk fırsatta yapılacak değişiklikle düzenlemeyi bu çatışmadan kurtarmak olmalıdır<sup>445</sup>.

---

<sup>445</sup> Aynı, s. 228

## SONUÇ

Çocuk haklarının korunması açısından çok büyük önem taşıyan ve çocuk hukukunun temel ilkesi kabul edilen “çocuğun yüksek yararı” ilkesi çocuk kavramının ve çocuk haklarının tarihsel gelişimi içerisinde ortaya çıkmıştır. İlke ilk olarak, uluslararası alanda kapsamlı bir çocuk hakları listesi oluşturmayı amaçlayan ilk uluslararası belge olan ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne de temel oluşturan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi’nde yer almış ve çocuğun yararı, “saygınlık ve özgürlük koşulları içinde normal biçimde ve sağlıklı, sosyal, ruhsal, ahlaki, akılsal, fiziksel gelişmesini sağlamak” olarak ifade edilmiştir. Çocuğun yüksek yararı ilkesi başka uluslararası metinlerde de belirtilmesine rağmen en açık şekilde Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde yer almaktadır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesinde ise, “çocuğun yüksek yararı ilkesi”nden “temel düşünce” olarak söz edilmekte, fakat, Sözleşmede ilkenin tanımı ya da neyin çocuğun yararına olduğunu tespit ederken kullanılacak ölçütler yer almamaktadır. Bu durum eleştirilebilir görünmektedir. Ancak, ilkenin tanımsızlığını aşabilmenin yolları, ilkeden kesin ifadeler beklemek yerine bir yol gösterici olarak kabul etmekten ve ilkeyi toplumun genel çocuk yararı anlayışı ile ele almaktan geçebilir. Ayrıca, bilinmektedir ki, hukukta pek çok tanımı açık olmayan, sınırları çizilmemiş ilke vardır; ancak bunların tanımlanamaması değerlerinden bir şey kaybettirmemektedir. Yine de çocuğun yüksek yararını belirlemede kullanılabilir ölçütler yok değildir. Çocuk haklarının temel ilkelerine dayalı şu ölçütler ilkenin hayata geçirilmesinde yardımcı olabilirler: Çocuğun yararının en iyi biçimde korunması, çocuğun yararının başka kimselerin yararları ile çatıştığında çocuğun yararının üstün tutulması, çocuğun yararının belirlenmesinde çocuğun gelecekteki yararının da gözetilmesi, çocuğun yararını belirleyecek kimselerin, aileyi, çocuğu, uzmanları dinlemesi, çocuğun yararı belirlenirken her ülkenin kendi gerçekliğini göz önüne alması.

Çocuğun yüksek yararı ilkesinin önemi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin diğer genel ilkeleri olan, “ayrım gözetmeme”, “çocuğun yaşama, hayatta kalma ve gelişme hakkı” ve “çocuğun görüşlerine saygı” ile birlikte çocuğun haklarının sadece kağıt üzerinde kalmamasını, uygulanır olmasını sağlamaktır. İlke, çok açık bir şekilde Sözleşmenin çocuğun yararını koruyan ve üstün tutan anlayışını yansıtmaktadır: Çocuğun yararı hem her koşulda hem de her alanda birinci derecede gözetilecektir. Nüfus kaydına ilişkin düzenlemeden, çocuğun medyada kullanılmasına belediyenin çocuk parkı yıkım kararından, din dersine katılım hakkına, bütçede eğitimde yapılacak kısıtlamadan, çocuğun evlat edinilmesine kadar, çocuğa ilişkin her konuda çocuğun yüksek yararı ilkesi gözetilecektir. İlke önemlidir; zira Sözleşmedeki diğer hakların uygulanmasında ve yorumlanmasında dikkate alınır, değişik haklar arasındaki çatışmada aracılık yapar ve taraf devletlerin çocuğa ilişkin mevzuatlarını değerlendirmede göz önünde tutulan bir unsurdur. Tüm bunlarla beraber, ilkenin belki de en önemli işlevi, çocuğun hakları ile bağımsız bir kişilik olduğu anlayışının kabul edilmesine yardımcı olmaktır.

Her ne kadar ilkenin uygulama alanını çocuğun aile içindeki durumu, ana babası ile olan ilişkileri ile sınırlandırmamak gerekse de ilkenin kendini en açık gösterebileceği ve genellikle en yoğun tartışıldığı alan ana baba çocuk arasındaki velayet ilişkisidir. Eski doktrinin, çocuk üzerinde ana babanın mutlak hakkı olduğunu savunan velayet görüşü, bugün artık değişmiştir; ancak velayetin ana babaya verdiği haklar ve yetkiler hususunda, çocuğun yararının altının daha iyi çizilmesinin gerektiği noktalar da mevcuttur. Bugün artık velayet, çocuğun kişiliğine ve mallarına özen göstermek ve onu temsil etmek konusunda ana babaya görevler yükleyen ve bunların en iyi biçimde yerine getirilmesi için onlara yetkiler sağlayan, asıl amacı çocuğun korunması ve çocuğun yararının gözetilmesi olan bir kurumdur. Velayet ana babaya görevler ve bunları kullanabilmeleri için haklar vermektedir ki, onlar çocuğu bedensel, zihinsel ve duygusal olarak gelişmiş, donanımlı, kendine güvenir bir şekilde hayata hazırlayabilsinler. Bu anlamda, aslında velayet, ana babanın hakkı olarak değil daha çok yükümlülüğü olarak gözükmektedir. Ancak, velayeti sadece ana babanın yükümlülüğü olarak göreceğ olursak, ana baba ile çocuk arasındaki ilişkinin duygusal boyutunu gözden kaçıırız ve ana babalığı devlet ve toplum için karşılıksız bir hizmet olarak kabul etmiş oluruz. Bu nedenle, velayetin ana baba açısından bir hak olduğu kabul edilmeli;

ancak bu hakkın ana babanın kendi yararına değil, çocuğun yararına tanınan bir hak olduğunun altı çizilmelidir. O zaman, velayet bir yüküm-hak olarak kabul edilebilir.

Velayetin üç işlevi vardır: Çocuğun kişi varlığının korunması, malvarlığının korunması ve temsil edilmesi.

Çocuğun özadına, yerleşim yerine, eğitimine karar vermek, sağlığını gözetmek ve hayatını düzenlemek gibi tüm bakım, gözetim, eğitim yetki ve ödevleri velayetin çocuğun kişi varlığı ile ilgilidir. Çocuğun kişi varlığının korunması amacıyla ana babaya tanınan yetkilerin sınırı çocuğun yararı ve çocuğun katılım hakkıdır.

Çocuğun kişi varlığının korunmasına ilişkin tartışılmalı konulardan biri, çocuğun dininin, velayete dayanarak ana baba tarafından belirlenmesi ve çocuğa dini eğitim verilmesidir. Çocuğun din özgürlüğünü, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi açıklıkla ortaya koymaktadır. Görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuk kendisini ilgilendiren konularda görüşlerini serbestçe ifade edebilme hakkına ve düşüncesini özgürce açıklama hakkına sahiptir. Bu haklar dinle ilgili konuları da içermektedir. Bu nedenle, Sözleşmeye göre, dinini seçme hakkı görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğa aittir. Ne zaman çocuğun dinini seçme konusunda görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olduğu kabul edilebilir? Kimi ülke yasaları bu konuda yaş sınırları koymuştur. Örneğin, Almanya'da ondört, İsviçre'de onaltı yaşını dolduran çocuk dinini kendi seçebilir, din dersine katılıp katılamayacağına kendisi karar verebilir. Genel olarak denilebilir ki; din kavramının, bir dini inanca sahip olmanın ne anlama geldiğini anlayan bir çocuk bu konuda görüşlerini oluşturma yeteneğine sahiptir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, bir taraftan çocuğa kendi dinini seçme hakkı verirken bir taraftan da çocuğun ana babasının dininden sayılmasını destekler gözükmektedir. Ancak Sözleşme, çocuğun ana babasının dininden sayılmasını bir anlamda kabul ederken, asıl olarak çocuğun bir kimlik sahibi olmasını, aidiyeti olmasını desteklemektedir. Yani Sözleşme, çocuğun üyesi olduğu aile içerisinde tanıdığı ve benimsediği dinini, çocuğun kimliğine ve aidiyetine duyulan saygı nedeniyle korumakta; ancak çocuğa, özgür ve bağımsız bir birey olarak görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olduğunda bir anlamda ona dayatılmış olan dinsel inancını değiştirebilme imkanını da vermektedir.

Uluslararası belgelerde din ve vicdan özgürlüğü hassasiyetle korunurken, Medeni Kanun, çocuğun dininin belirlenmesinde ve dolayısıyla dini eğitimi üzerinde ana babayı, çocuk ergin oluncaya kadar söz sahibi kılmıştır. Çocuğun kendi dinini kendisinin seçmemesi, din ve vicdan özgürlüğüne aykırıdır. Ayrıca, görüş oluşturabilecek yetenekteki çocuğun görüşü alınmaksızın, çocuk bu olgunlukta değilse ana babanın tercihleri dikkate alınmaksızın resmi eğitim kurumlarında din dersi verilmesi din ve vicdan özgürlüğüne, laiklik ilkesine ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne aykırıdır. Olması gereken, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun, kendi dinini seçme, din eğitimi alıp almayacağına karar verme ve dinini değiştirme hakkına sahip kılınmasıdır.

Yine çocuğun kişi varlığının korunmasına ilişkin önemli bir konu çocuğun görüşünün alınmasıdır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun, kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı vardır. Velayetin kullanılması sırasında çocuğun görüşünün alınması hem onun yararının belirlenmesini kolaylaştırıcı bir işlev görür hem de çocuğa kendi bağımsız ve değerli kişiliğinin bilinci aşılır.

Ana baba, velayetteki hak ve yetkilerle sınırlı ve kural olarak çocuk ergin oluncaya kadar, üçüncü kişilere karşı çocuğun kişi varlığını ve malvarlığını korurlar. Çocuğun temsili bakımından önem arz eden iki konu, çocuğun ana babasının temsiline ihtiyaç duymaksızın kendi başına tıbbi yardım ve hukuki yardım alabilmesidir. Sözleşmede düzenlenen hakların bir anlam ifade edebilmesi için, özellikle çocuğun hukuki yardım alabilmesi önem taşımaktadır. Çocuğun ana babasının rızası olmaksızın yetkili mercilere şikayette bulunma, kovuşturma talep edebilme hakkı olmalıdır.

Ana babanın velayetten doğan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmedikleri durumlarda çocuğun yararı tehlikeye girer. Bu tür durumlarda hakim çocuğun korunması için gereken önlemleri alır. Çocuğun korunması için alınması gereken önlemleri kanun koyucu genel olarak hakimin takdirine bırakmış, belli durumların gerçekleşmesi halinde de, hakimin alacağı özel bazı önlemleri düzenlemiştir. Hakimin alacağı önlemlerin çocuğun yararını korumaya yönelik olması ve çocuğun yararı için tehlike oluşturan durumla orantılı olması gerekir. Yani ölçülülük



ilkesi uygulanmalı, hafif bir önlemlle çocuğun yararına aykırı olan durum ortadan kaldırılabilecekken ağır bir önlem kararı verilmemelidir.

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, evlilik dışı ana baba çocuk ilişkilerinde, velayetin ana babadan hangisine verileceğine ya da ikisine birden verilip verilemeyeceğine ilişkin kararda uygulama alanı bulmaktadır. Velayetin taraflardan hangisine verileceğine ilişkin tercihler, tarihsel süreçte değişiklik göstermektedir. Önceleri, ana babanın boşanmaları halinde genellikle çocuk babaya kalmakta, ana ile çocuğun görüşme hakları da sınırlandırılmaktaydı. Sanayi devriminden sonra erkekler ev dışında para kazanmaya çıkıp, kadınlar evde kalınca çocuk anaya bırakılmaya başlanmıştır. Psikoloji alanında, kadının çocuğa ihtiyaç duyduğu şefkat ve sevgiyi daha iyi verebileceği yönündeki tezler kuvvetlenince özellikle küçük yaşta ki çocukların velayeti mutlak surette anaya bırakılmıştır. Günümüzde yapılan araştırmalara göre, eğer ana baba boşanmadan sonra çocuğun hayatında olmaya devam ederler, ona eskisi gibi ilgi ve sevgi gösterirler, çocuğa ait sorumluluğu paylaştıklarını ona hissettirirlerse, çocuk boşanmanın olumsuz etkilerinden daha az zarar görmektedir. Bu nedenle artık pek çok batı ülkesinde ana babanın artık veya henüz evlilik ilişkisi içinde olmamaları durumunda, birlikte velayete sahip olabilecekleri kabul edilmektedir.

Velayete ilişkin verilecek bir kararda esas olarak gözetilmesi gereken çocuğun yüksek yararı ilkesidir. Çocuğun boşanmaya rağmen, her iki ana babaya da sahip olmasının onun yararına olacağı açıktır. Bu nedenle ana babanın birlikte velayeti yürütme konusunda istekli oldukları durumlarda, hakim çocuğun yararına aykırı bir durum yoksa birlikte velayete karar vermeli; ana babanın bu konuda istekli olmadıkları durumlarda ise, onları buna ikna etmelidir. Medeni Kanun, ayrılık halinde ana babanın birlikte velayetini, boşanmada ise velayetin taraflardan birine verilmesini kabul etmiş gözükmektedir. Eğer hakim ayrılıkta birlikte velayete karar verebiliyorsa boşanmada da verebilmelidir. Zira boşanmada birlikte velayete engel olarak görülen ana babanın birlikte yaşamaması hali ayrılık durumunda da söz konusudur. Boşanmada ayrılıktan farklı olarak evlilik birliği sona ermektedir; ancak bu her zaman aile bağının da sona ermesi anlamına gelmez. Ayrıca ayrılık halindeki ana baba arasındaki ilişki, boşanmış ana babaya göre daha sorunludur. Boşanmada, taraflar artık birbirleri ile sorunlarına çok kesin bir çözüm bulmuş, öfkelerini ve nefretlerini bir kenara bırakmışlardır. Ayrılık

halinde eşlerin birlikte velayeti sŸrdŸrebilecekleri kabul edildiğine gŸre, boşanma halinde de bunun kabul edilebileceği açıktır. Medeni Kanun'un ayrılıkta birlikte velayeti kabul eden ŸzŸmŸ, kanun koyucunun velayete ilişkin esas arzusu olarak gŸrŸlŸp kural kabul edilmeli, boşanmada velayete de bu esas kural uygulanmalıdır.

## KAYNAKÇA

“A Summary of The Research on Divorce”, Resources for Legal Professionals  
<http://childrenanddivorce.bizland.com/rflp/id9.html> (16.7.2006)

Acabey, Mehmet Beşir, **Soybağı**. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2002.

Akıllıoğlu, Tekin, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**. Ankara: AÜ.SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:13, 1995.

Akıntürk, Turgut, **Aile Hukuku**. Yedinci Basım.İstanbul: Beta Basım Yayım, 2002.

Akıpek, Jale ve Turgut Akıntürk, **Kişiler Hukuku**. Dördüncü Basım. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2002.

Akkaya, Hacer, **Velayetin Tevdii ve Vasi Tayini**. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara : Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1993.

Akre, Lynn M., “Struggling With Indeterminacy: A Call For Interdisciplinary Collaboration In Redefining the Best Interest of the Child Standard”, **Marquette Law Review**, 75: 628-672 1991-1992.

Akyüz, Emine, **Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması**. Ankara: Milli Eğitim Basımevi, 2000.

\_\_\_\_\_, **Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması**. Ankara: Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Yayınları, 1983.(Çocuğun Korunması)

\_\_\_\_\_, “Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi” **Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı**. İstanbul: 1999.

Alston, Philip, "The Best Interest Principle: Towards A Reconciliation of Culture and Human Rights," **International Journal of Law and the Family**, 8: 1-25, 1994.

Amato, Paul R., "Life-Span Adjustment of Children to Their Parents' Divorce", **The Future of Children** 4. Makalenininternet erişimi: <[http://www.futureofchildren.org/information2826/information\\_show.htm?doc\\_id=75582](http://www.futureofchildren.org/information2826/information_show.htm?doc_id=75582) (13.07.2006)

Andre, Claire ve Velasquez Manuel, Children's Rights, Issues in Ethics 3, 1, 1990, [www.scu.edu/Ethics/publications/iie/v3nl/children.html](http://www.scu.edu/Ethics/publications/iie/v3nl/children.html) (20.05.2006)

Ayiter, Kudret, **Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku**. İkinci Basım. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1963.

Baktır Çetiner, Selma, **Velayet Hukuku**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.

Baktır, Selma, **Aile Mahkemeleri**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.

Balo, Yusuf Solmaz, **Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.

Bartlett, Katharine T., "Preference, Presumption, Predisposition, and Common Sense: From Traditional Custody Doctrines to the Amerikan Law Institue's Family Dissolution Project", **Family Law Quarterly** 36: 11-25, 2002.

Berki, Şakir, **Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.

Bıyıklı, Latife, "Korunmaya Muhtaç Çocuklar ve S.O.S. Çocuk Köyleri", **Topçuoğlu'na Armağan**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995.

Bumin, Kürşat, **Batıda Devlet ve Çocuk**. Ankara: Alan Yayıncılık, 1983.

Buss, Emily., "Parental Rights," **Virginia Law Review**, 88: 635-683, 2002.

Calciano, Elizabeth M., "United Nations Convention on the Rights of the Child: Will It Help Children in the United States?" **Hastings Int'l & Comp. Law Review**, 15 : 515-534, 1991-1992.

Cin, Halil, **Eski Hukukumuzda Boşanma**. İkinci Basım. Konya: Selçuk Üniversitesi Yayınları, 1988.

Cirhinlioğlu, Fatma Gül, **Çocuk Ruh Sağlığı ve Gelişimi**. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2001.

"Çocuk Köyleri", <http://www.cocukkoyleri.org> (7.8.2006)

Cretney, Stephen M., **Principles of Family Law**. Dördüncü Basım. London: Sweet & Maxwell, 1984.

Dinç, Hakkı, İnci Biçkin ve Emrullah Aycı, **Uygulamada Aile Hukuku ve Çocuk Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2004.

"Divorce and Custody- Should Mom or Dad Raise the Kids?", **Child Legal Rights Journal**, 28: 26-34, 1979-1980.

Doek, Jaap E., "The Protection of Children's Rights and the United Nations Convention on the Rights of the Child: Achievements and Challenges", **Saint Louis University Public Law Review**, 22: 235-252, 2003.

Dolgin, Janet L., "Why Has the Best-Interest Standard Survived?: The Historic and Social Context", **Child Legal Rts. J.** 16: 2-10, 1996.

Dural, Mustafa ve Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku**. İkinci Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2003.

\_\_\_\_\_, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**. Altıncı Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002.

Dural, Mustafa, Tufan Ögüz ve Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2005.

- Eekelaar, John, "The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism", **International Journal of Law and the Family**, 8: 42-61, 1994,
- Erman, R. Barış, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Din ve Vicdan Özgürlüğü", **Ünal Tekinalp'e Armağan**. İstanbul: Beta Yayınları, 2003.
- Franklin, Bob, **Çocuk Hakları**. Çeviren: Alev Türker. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1993.
- Gellhorn, Walter, **Amerikan Hakları**. Çeviren: Ünsal Oskay, Ankara: Türk Siyasî İlimler Derneği Yayınları, 1965.
- Gemalmaz, H.Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005.
- Gemalmaz, Semih, **Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002.
- Giddens, Anthony, **Sosyoloji**. Ankara: Ayraç Yayınevi, 2000.
- Goldstein, Joseph, Anna Freud ve Albert J. Solnit, **Beyond the Best Interest of the Child**. New York: The Free Press, 1973.
- Hahn, Dieter, **Kindheits-, Jugend- und Erziehungsrecht**. München: C. H. Beck, 2004.
- Hatemi, Hüseyin, **Aile Hukuku I Evlilik Hukuku**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.
- \_\_\_\_\_, **Kişiler Hukuku Dersleri**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001.
- Hegnauer, Cyril, **Grundriss des Kindesrechts**. Beşinci Basım. Bern: Stampfli Verlag, 1999.
- Heywood, Colin, **Baba Bana Top At!. Batıda Çocukluğun Tarihi**. Çeviren: Esin Hoşsucu. İstanbul: Kitap Yayınevi, 2003.

Hodgkin, Rachel ve Peter Newell, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı** (UNİCEF)

İmamoğlu, Hülya, “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 54/2 : 183-218, 2005.

İnal, Nihat, **Aile Mahkemeleri Davaları**. Ankara: Sözkese Matbacılık, 2004.

\_\_\_\_\_, **Uygulamada Nafaka ve Boşanma Davaları**. İkinci Baskı. Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1975.

İnan, Ali Naim, “Medeni Hukukta Velayet, Vesayet ve Kayyumluk”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 69/1-2-3: 72-77, 1995.

\_\_\_\_\_, **Çocuk Hukuku**. İstanbul: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No:3, 1968.( Çocuk Hukuku)

*Johnston ve Diğerleri Davası*, Karar Sıra no: 122, Karar Tarihi: 18.12.1986, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,  
<<http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=122>> (16.7.2006).

“Kadirilerden Çocuklara Şiş”, **Radikal**, 19 Nisan 2006,  
<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=184827>  
(20.05.2006)

Karadeniz, Özcan, **Roma Hukuku**. Beşinci Basım. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1989.

Kelly, Joan, B., “The Determination of Child Custody”, *The Future of Children* 4: 1994,  
[http://www.futureofchildren.org/information2826/information\\_show.htm?doc\\_id=75568](http://www.futureofchildren.org/information2826/information_show.htm?doc_id=75568) (12.07.2006)

Kılıçoğlu, Ahmet, **Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu**. Ankara: T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, 2003.

Kırdök, Mihriban ve diğerleri, **Çocuk Hakları**. İstanbul: Çivi Yazıları, 1998.

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

Koschaker, Paul, **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.

Köprülü, Bülent ve Selim Kaneti, **Aile Hukuku**. İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaası, 1986.

Mobilia-Boumil, Marcia, “Joint Child Custody: In Whose Best Interest?”, **Suffolk University Law Review**, 21/1: 1-31, 1987.

Nomer, Haluk, “Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, **Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2000.

Oğuzman, Kemal ve Nami Barla, **Medeni Hukuk**. Dokuzuncu Basım. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2002.

Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay, **Kişiler Hukuku-Gerçek ve Tüzel Kişiler**. Yedinci Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002.

Onur, Bekir, “Sunuş”, **Toplumsal Tarihte Çocuk**. İstanbul:Tarih Vakfı Yurt Yayınları,1993.

Onursal, Betül, ‘**Çocuğun Yüksek Yararı**’ (Çocuk Hakları Okulu için Hazırlanmış Yayınlanmamış Makale)

\_\_\_\_\_, “Çağdaş Çocuk Hakları Sisteminde Türkiye’nin Konumu”, **Yeni Türkiye Dergisi**, 4/22, 1146-1163,1998.

Özlu, Hakkı, **Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması**. Ankara: Adil Yayınevi, 2002.

Özmen, İsmail, **Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri**. Ankara: Kartal Yayınevi, 2005.



Özsunay, Ergun, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977.

Öztañ, Bilge, **Şahsın Hukuku**. Dokuzuncu Basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2000.

\_\_\_\_\_, **Aile Hukuku**. Beşinci Basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.(Aile Hukuku)

Öztürk, Huriye Reyhan, **“Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Çocuğın Şahsı Bakımından Sonuçları”**. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara : Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000.

Özüğur, Ali İhsan, **Velayet-Vesayet- Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku**. Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.

Pais, Marto Santos, **“The Best Interest of the Child: The Point of View of a Member of the Committee on the Rights of the Child”** Les droits de l’enfant entre theorie et pratique, Institut Universitaire Kunt Bösh- Institut International des droits de l’enfant, Sion-Swisse, 1997.

Paribeni, Roberto, **Roma Ailesi**. Çeviren: Şemseddin Talip İstanbul: Ahmed İhsan Basımevi, 1935

Parker, Stephen, “The Best Interests of the Child-Principles and Problems”, **International Journal of Law and the Family**, 8 : 26-41, 1994.

Patterson, Elizabeth G. ve Arlene Bowers Andrews, “Protecting the Child against Separation from the Family Environment: Articles 9 and 25 of the UN Convention on the Rights of the Child”, **Children Legal Rights Journal**, 2: 2-16, 1996.

Peskind, Steven N., “Determining the Undeterminable: The Best Interest of the Child Standard as an Imperfect but Necessary Guidepost to Determine Child Custody”, **Northern Illinois University Law Review**, 25 : 450-482, 2004-2005.

Postman, Neil, **Çocukluğın Yokoluşu**. Çeviren:Kemal İnal. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 1995.

- Rubellin-Devichi, Jacqueline, **The Best Interests Principle In French Law and Practice,**” International Journal of Law and the Family, 8: 259-280, 1994.
- Schwarz, Andreas B., **Roma Hukuku Dersleri.** Çeviren: Türkan Rado İkinci Basım. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1945.
- Serozan, Rona, “Yeni Medeni Kanun’un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) ilişkin Düzenlemesi”, **Ünal Tekinalp’e Armağan.** İstanbul: Beta Yayınları, 2003.
- \_\_\_\_\_, **Çocuk Hukuku.** İkinci Basım. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005. (Çocuk Hukuku)
- \_\_\_\_\_, **Medeni Hukuk Genel Bölüm.** İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004.
- Sorkow, Harvey, “Best Interest of the Child: By Whose Definition?”, **Pepperdine Law Review** 18: 383-387, 1990-1991.
- Söğütü, Özlem, **Roma Hukukunda Aile Babasının Egemenliği Altında Bulunanların Fiillerinden Sorumluluğu ile Türk Hukukunda Ev Reisinin Sorumluluğu.**Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1993.
- Şener, Esat, **Vesayet ve Velayet Hukuku.** Ankara: Seçkin Yayınevi, 1996.
- Şenocak, Zarife, “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 50 /4: 65-80. 2001.
- Tan, Mine, “Çocukluk: Dün ve Bugün”, **Toplumsal Tarihte Çocuk.** İstanbul:Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1993.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku.** Dördüncü Basım. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.
- Tiryakioğlu, Bilgin, **Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku.** Ankara: T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, 1991.

Umur, Ziya, **Roma Hukuku**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.

Usta Sayita, Sevgi, "Anne Babanın Tedip Hakkı", **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 8: 1994.

\_\_\_\_\_, **Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi**. İstanbul: Fliz Kitabevi, 1996. (Koruyucu Aile)

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, **Ailenin Çilesi Boşanma**. İstanbul: Çağdaş Yayınları, 1976.

\_\_\_\_\_, **Türk Medeni Hukuku, C.II Aile Hukuku**.

Walker, Timoty B., "Measuring the Child's Best Interests- A Study of Incomplete Considerations", **Denver Law Journal**, 44: 132-146, 1967.

Yaşar, Nuri, **İnsan Hakları Avrupa Sisteminde ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.

Yörükoğlu, Atalay, **Çocuk Ruh Sağlığı**. İkinci Basım. Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1979.

Zevkliler, Aydın, Beşir Acabey ve Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk**. Altıncı Basım. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000.