TC
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

ÇOCUĞUN KAYYIM TARAFINDAN TEMSİLİ

Yüksek Lisans Tezi

Özge YÜCEL

Ankara 2009

TC
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

ÇOCUĞUN KAYYIM TARAFINDAN TEMSİLİ

Yüksek Lisans Tezi

Özge YÜCEL

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Zarife ŞENOCAK

Ankara 2009

TC
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

ÇOCUĞUN KAYYIM TARAFINDAN TEMSİLİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Zarife ŞENOCAK

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi .....

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. 25.05.2009

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

Özge YÜCEL

İÇİNDEKİLER

İçindekiler…… i
Kısaltmalar Dizelgesi…….. xi
Kaynakça……..... xiii
Giriş……. 1
I- Konunun Sunumu…… 1
II- İncelemeye Esas Oluşturan Kavramlar…….. 2
A- Çocuk Kavramı……...2
B- Çocuğun Temsili……3
III- Konunun Sınırlandırılması…… 3

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL OLARAK KAYYIMLIK, ÇOCUĞUN HUKUKSAL İŞLEM EHLİYETİ VE TEMSİLİ

§1. Genel Olarak Kayyımlık……5
I- Kayyımlık Kavramı……5
II- Kayyımlığın Yasal Temelleri……6
A- Türk Medeni Kanunu……..6
B- Türk Ticaret Kanunu……...7
C- İcra ve İflâs Kanunu……7
D- Nüfus Hizmetleri Kanunu……...8
III- Kayyımlığın Hukuksal Niteliği…… 9
IV- Kayyımlığın Türleri……..10
A- Temsil Kayyımlığı…….. 10
B- Yönetim Kayyımlığı……11
1- Yasa Gereği Yönetim Kayyımlığı…….. 11
2- İstek Üzerine Yönetim Kayyımlığı……12
C- Güven Kayyımlığı…….....13
D- Kendine Özgü Kayyımlık…….....13
V- Kayyımlığın Benzeri Kurumlardan Farkları……..15

A- Velayetten Farkları……..15
B- Vesayetten Farkları……..15
C- Yasal Danışmanlıktan Farkları……16
D- Vekâletten Farkları…….17

§2. Çocuğun Hukuksal İşlem ve Dava Ehliyeti ile Temsili……..... 18
I- Çocuğun Hukuksal İşlem Ehliyeti……...18
A- Genel Olarak……... 18
B- Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Çocuğun Hukuksal İşlem Ehliyeti.18
C- Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Çocuğun Hukuksal İşlem Ehliyeti……20
1- Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Çocuğun Tek Başına Yapabileceği Hukuksal İşlemler…….....20
a- Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanımı……...20
b- Karşılıksız Kazanma……... 23
c- Yönetimi Kendisine Bırakılan Serbest Mallara İlişkin Hukuksal İşlemler…….23
ca- Yönetimi Çocuğa Bırakılan Karşılıksız Kazandırmalar…… 24
cb- Meslek ve Sanatın Yürütümü İçin Kendisine Bırakılan Para Miktarı ile Bundan Elde Ettiği Kazanç…….....24
d- Başkasının Temsilcisi Olarak Hareket Ettiği Hukuksal İşlemler…….25
2- Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Çocuğun Yasal Temsilcinin Rızası ile Yapabileceği Hukuksal İşlemler……..... 25
a- Genel Olarak…….25
b- Çocuğun Hukuksal İşleme Katılımı…….26
c- Yasal Temsilcinin Rızası……..…… 27
3- Çocuğun ve Yasal Temsilcinin Yapması Yasak İşlemler……27
II- Çocuğun Dava Ehliyeti……..28
A- Genel Olarak…….. 28
B- Çocuğun Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmaması Durumunda……..28

C- Çocuğun Ayırt Etme Gücüne Sahip Olması Durumunda……...29
III- Çocuğun Temsili……..... 30
A- Genel Olarak Temsil Kavramı……30
B- Çocuğun Yasal Temsili……...32
1- Çocuğun Temsili Bağlamında Velayet……...32
2- Çocuğun Temsili Bağlamında Vesayet…….. 35
3- Çocuğun Temsili Bağlamında Kayyımlık…….. 36
C- Çocuğun İradi Temsili…… 37
D- Çocuğun Yüksek Yararı Kavramı ve Çocuğun Yüksek Yararı ile Bağımsız Temsil Edilme Hakkı Arasındaki İlişki…….....39
1- Çocuğun Yüksek Yararı Kavramı……...39
2- Çocuğun Yüksek Yararı ile Çocuğun Kendi Yaşamını Belirleme Hakkı ve Bağımsız Temsil Edilme Hakkı Arasındaki İlişki.....46

İKİNCİ BÖLÜM
ÇOCUĞA KAYYIM ATANMASINI GEREKTİREN NEDENLER VE MÜNFERİT DURUMLAR

§3. Çocuğa Kayyım Atanmasını Gerektiren Nedenler…….. 50
I- Genel Olarak……50
II- Bir İşin Görülmesinde Çocuk ile Yasal Temsilcisi Arasında Meydana Gelen Yarar Çatışması……..... 52
A- Kayyımın Göreceği İşin Belirlenmesi…… 52
1- Belirli Bir İş…… 52
2- İşin Kapsamı……... 53
B- Yararı Çatışan Yasal Temsilcinin Belirlenmesi……..54
1- Velinin Yararı ile Çocuğun Yararının Çatışması……... 54
2- Vasinin Yararı ile Çocuğun Yararının Çatışması……... 54
3- Kayyımın Yararı ile Çocuğun Yararının Çatışması……... 55
C- Yarar Çatışması Kavramı…….....55
D- Yarar Çatışmasının Türleri……..56
1- Somut-Soyut Yarar Çatışması…… 56

2- Doğrudan-Dolaylı Yarar Çatışması…… 57
E- Türk Hukukunda Kabul Edilen Yarar Çatışması…… 57
1- Öğretide Kabul Edilen Yarar Çatışması…… 57
2- Yargı Kararlarında Kabul Edilen Yarar Çatışması……58
F- Yarar Çatışmasının Yasal Temsilcinin Temsil Yetkisine Etkisi…….59
III- Yasal Temsilcinin Görevini Yerine Getirmesine Engel
Bir Durumun Varlığı……...60
A- Yasal Temsilcinin Görevinin Belirlenmesi…….60
1- Yasal Temsilcinin Ancak Kendisinin Yapabileceği İşler……... 61
2- Başkası Tarafından Görülebilen İşler……. 61
B- Engeli Çıkan Yasal Temsilcinin Belirlenmesi…… 62
1- Velinin Engeli…… 62
2- Vasinin Engeli…….62
3- Kayyımın Engeli…… 63
C- Engel Durumun Belirlenmesi……..63
1- Olgusal Engeller……. 63
2- Hukuksal Engeller…….. 66
IV- Belirli Bir Malvarlığının Yönetimsiz Kalması……67
A- Malvarlığı Kavramının Belirlenmesi……..67
B- Yönetimsiz Kalmanın Anlam ve Kapsamı……. 68
1- Malvarlığını Yöneten Herhangi Bir Kişinin Olmaması……. 68
2- Malvarlığını Yöneten Kişinin Yönetmeye Elverişsizliği……... 70
C- Diğer Önlemler……72
V- Yasada Öngörülmeyen Neden: Çocuğun Kişiliğinin Tehlikeye Düşmesi… 73
A- Çocuğun Kişiliğinin Tehlikeye Düşmesi Kavramı……73
B- Eğitim Kayyımlığı…….. 75
C- Ziyaret Hakkı Kayyımlığı……76
D- Türk Hukukunda Durum…….77

§4. Çocuğa Kayyım Atanmasını Gerektiren Münferit Durumlar…… 80
I- Soybağının Kurulmasına İlişkin Davalarda……80
A- Soybağının Reddi Davasında……..80

1- Kayyımın Dava Hakkı…… 80
2- Kayyımın Dava Açma Süresi…… 82
3- Kayyımın Dava Açmamasının Sonuçları……... 84
a- Kayyımlığın Sona Ermesi……... 84
b- Çocuğun Dava Hakkına Etkisi…… 84
B- Sonradan Evlenme ile Kurulan Soybağına İtirazda…… 84
1- Çocuğun Davada Yasal Temsili……..84
2- Kayyımın Dava Hakkının Yasal Dayanağı…… 85
3- Kayyımın Dava Açma Süresi……. 86
C- Tanımanın İptalinde…… 86
1- Çocuğun Davada Yasal Temsili……. 86
2- Kayyımın Dava Hakkının Yasal Dayanağı…… 87
3- Kayyımın Dava Açma Süresi……. 87
D- Babalık Davasında……..88
1- Kayyımın Dava Hakkı…… 88
2- Kayyımın Dava Açma Süresi……. 89
3- Kayyımın Dava Açmamasının Sonuçları……... 90
a- Kayyımlığın Sona Ermesi……... 90
b- Çocuğun Dava Hakkına Etkisi……... 90
E- Evlat Edinme Yargılamasında…….90
1- Çocuğun Yargılamada İlgili Olarak Konumu…… 90
2- Ön Sorun Olarak Yarar Çatışmasının Varlığı…….91
3- Evlat Edinilmek İstenen Çocuğun Yargılamada Yasal Temsili……. 93
4- Kayyımın Evlat Edinme Yargılamasında İşlevi……. 96
5- Evlat Edinenin Ergin Olmayan Çocuklarının Yargılamada Temsili.. 97
6- Kayyımın Evlatlık İlişkisinin Ortadan Kaldırılmasında İşlevi……... 98
II- Soybağının Hükümlerine İlişkin Davalarda……...99
A- Soybağının Hükmü Olarak Nafaka Davasında……...99
1- Kayyımın Dava Hakkı…… 99
2- Kayyımın Dava Açmasının Koşulları…….100
a- Çocuk Velayet Altında İse…….. 100
aa- Velayet Birlikte Kullanılıyor İse……... 100

ab- Velayet Tek Başına Kullanılıyor İse……. 102
b- Çocuk Vesayet Altında İse……. 103
B- Soybağının Hükmü Olarak Kişisel İlişkinin
Düzenlenmesi Yargılamasında…… 103
1- Çocuğun Yargılamada İlgili Olarak Konumu…… 103
a- İstem Sahibi Olarak……..103
b- İlgili Olarak……. 104
2- Kayyımın Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi Yargılamasında İşlevi….. 106
III- Velayet Hukukunda…….. 108
A- Çocuk ile Anne Baba Arasında veya Anne Baba Lehine Çocuk ile
Üçüncü Kişiler Arasında Yapılan Çocuğu Borçlandırıcı İşlemler…….. 108
1- Genel Olarak……... 108
2- Çifte Temsil Yasağı…… 110
3- Kendisiyle İşlem Yapma Yasağı…….112
4- Anne Baba Lehine Çocuk ile Üçüncü Kişiler Arasında Çocuğu
Borçlandırıcı İşlemler ……..... 113
5- Kayyımın Hukuksal İşleme Katılımı ve Yargıcın Onayı……... 114
a- Kayyımın Hukuksal İşleme Katılımı…….. 114
b- Yargıcın Onayı……... 115
B- Velayetin Kaldırılması Yargılamasında……..116
1- Genel Olarak……... 116
2- Çocuğun Yargılamada İlgili Olarak Konumu…… 117
a- İstem Sahibi Olarak…… 117
b- İlgili Olarak……. 118
3- Velayetin Kaldırılmasında Meydana Gelen Yarar Çatışması…….118
4- Çocuğun Yargılamada Yasal Temsili……. 119
5- Kayyımın Yargılamada İşlevi…… 120
C- Çocuğu Koruyucu Önlemlerin Alınmasına İlişkin Yargılamalarda……121
1- Genel Olarak……... 121
2- Çocuğun Yargılamada İlgili Olarak Konumu…… 122
a- İstem Sahibi Olarak…… 122
b- İlgili Olarak……. 122

3- Çocuğu Koruyucu Önlemlerin Alınmasında Yarar Çatışması…….. 123
4- Çocuğun Yargılamada Yasal Temsili……. 124
5- Kayyımın Yargılamada İşlevi……. 124
D- Çocuk Mallarının Korunmasında……125
1- Genel Olarak……... 125
2- Kayyım Atanmasının Koşulları…….. 126
a- Çocuk Mallarının Yönetiminde Gerekli Özenin Gösterilmemesi126
b- Çocuk Mallarının Tehlikeye Düşmesi……. 127
c- Orantılılık İlkesi…….. 128
3- Diğer Önlemler……... 129
4- Yönetim Kayyımlığının Kurulduğu Belirli Durumlar…… 130
a- Anne Babanın Yönetimindeki Malların Yönetiminin Kayyıma Bırakılması (TMK 361/1) ……..... 130
b- Üçüncü Bir Kişinin veya Çocuğun Yönetimindeki Malların Yönetiminin Kayyıma Bırakılması (TMK 361/2) ……..... 131
c- Malların Gelirinin veya Mallardan Ayrılmış Belirli Miktarların Yönetiminin Kayyıma Bırakılması (TMK 361/3) ……..... 132
5- Kayyımın Niteliği ve İşlevi…… 133
IV- Yasada Öngörülmeyen Durum: Çocuğun Boşanmada Temsili……134
A- Çocuğun Davada Taraf Olarak Konumu…… 134
B- Boşanma Davasında Çocuk ile Yasal Temsilcileri Arasında Yarar Çatışması……135
C- BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çocuğun Temsili…… 136
D-Çocuğun Boşanma Davasında Kayyım Tarafından Temsili……137
1- İsviçre Hukukunda Durum……. 137
2- Türk Hukukunda Durum……. 140

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ÇOCUĞUN TEMSİLİNDE KAYYIMLIĞIN KURULMASI, KAYYIMIN GÖREV VE YETKİLERİ, KAYYIMLIĞIN SONA ERMESİ

§5. Kayyımlığın Kurulması ve Kayyımın Atanması……...143
I- Genel Olarak……143
II- Görevli ve Yetkili Makam……...144
A- Görevli Makam……...144
B- Yetkili Makam…… 145
III- Kayyımlığın Kurulması…… 147
A- Kayyımlığın Kurulması Yargılaması…… 147
1- Genel Olarak……... 147
2- Yargılamaya Egemen İlkeler…….. 148
a- Kendiliğinden Harekete Geçme İlkesi…… 148
b- Kendiliğinden Araştırma İlkesi…….. 149
3- İlgililerin Dinlenmesi……..150
4- Geçici Önlemler……..151
B- Kayyımlığın Kurulması Kararı ve Temyizi…… 152
1- Kayyımlığın Kurulması Kararı……... 152
2- Kararın Temyizi……..153
IV- Kayyımın Atanması…… 154
A- Kayyım Atanacak Kişinin Seçimi…….. 154
1- Kayyımda Aranacak Koşullar…… 154
a- Genel Olarak……... 154
b- Erginlik…… 155
c- İşi Yapabilmeye Elverişlilik…….155
d- Kayyımlığa Engel Nedenlerin Olmaması…… 155
2- Eş ve Hısımların Önceliği Sorunu…….. 156
3- Çocuğun veya Anne Babanın Önerisi…… 157
4- Birden Çok Kayyımın Atanması…….157
B- Kayyımlığı Kabul Yükümlülüğü…….158
C- Kayyımlık Görevinden Kaçınma…… 158

D- Karara İtiraz……159
V- Kararın İlanı……...160

§6. Kayyımın Görev ve Yetkileri, Sorumluluğu, Çocuğu Yetkisiz Temsili…..161
I- Kayyımın Görev ve Yetkileri……..161
A- Genel Olarak Görev ve Yetkileri……161
B- Kayyımlık Türüne Göre Görev ve Yetkileri……...163
1- Temsil Kayyımlığında Görev ve Yetkileri……..163
2- Yönetim Kayyımlığında Görev ve Yetkileri…….. 164
3- Kendine Özgü Kayyımlıkta Görev ve Yetkileri……. 167
C- Kayyımın Yetkilerinin Sınırları…….. 168
1- Çocuğun Katılım Hakkı…….. 168
2- Vesayet Makamının Talimatları……..170
3- Vesayet Dairelerinin İzni ve Denetimi……171
4- Yargıç Onayı……...175
5- Şikayet ve İtiraz…….. 175
D- Kayyımın Görev Süresi……...176
E- Kayyımın İradi Temsili……177
II- Kayyımın ve Devletin Sorumluluğu…….. 179
III- Kayyımın Çocuğu Yetkisiz Temsili ve Sonuçları…… 183
IV- Kayyımın Ücreti……... 184

§7. Kayyımın Görevinin ve Kayyımlığın Sona Ermesi…….. 185
I- Kayyımın Görevinin Sona Ermesi…….. 185
A- Kendiliğinden Sona Ermesi…… 185
B- Vesayet Makamının Kararı ile Sona Ermesi……...186
C- Kayyımın Görevinin Sona Ermesinin Sonuçları…… 188
II- Kayyımlığın Sona Ermesi…….. 189
A- Kendiliğinden Sona Ermesi…… 189
B- Vesayet Makamının Kararı ile Sona Ermesi……...190
C- Kayyımlığın Sona Erdiğine İlişkin Kararın Verilmesi ve Sonuçları….. 191
III- Kararın İlanı……..192

Sonuç……....194
Özet……..197
Abstract……199

KISALTMALAR DİZELGESİ

AJP/PJA	:	Die Zeitschrift für die Aktuelle Juristische Praxis
Art.	:	Artikel
AÜEHFD	:	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Avrupa Sözleşmesi	:	Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi
B.	:	Baskı
b.	:	Bent
BK	:	Borçlar Kanunu
Bkz.	:	Bakınız
BM	:	Birleşmiş Milletler
C.	:	Cilt
CEDAW	:	The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
çev.	:	Çeviren
ÇHS	:	Çocuk Hakları Sözleşmesi
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	:	Esas
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İMK	:	İsviçre Medeni Kanunu
K.	:	Karar
Krş.	:	Karşılaştırınız
m.	:	Madde
md.	:	Madde
MK	:	Medeni Kanun
MÖHUK	:	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
N	:	Nummer

NK	:	Nizasız Kaza
No.	:	Numara
Nu.	:	Number
RG	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TC	:	Türkiye Cumhuriyeti
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
TREX	:	Der Treuhandexperte Fachzeitschrift und offizielles Publikationsorgan des Schweizerischen Treuhänder-Verbandes
UNHCR	:	United Nations High Commissioner for Refugees
vd.	:	ve devamı
Vol.	:	Volume
Y.	:	Yargıtay
ZGB	:	Zivilgesetzbuch (İsviçre)
Ziff.	:	Ziffer
ZPO	:	Zivilprozessordnung (İsviçre)
ZVW	:	Zeitschrift für Vormundschaftswesen

KAYNAKÇA

Acabey, Mehmet Beşir: **Soybağı Kurulması Genel Olarak Sonuçları Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, İzmir 2002

Akıntürk, Turgut: **Türk Medeni Hukuku**, C. II, Aile Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2003

Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut: **Türk Medeni Hukuku**, C. I, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2007

Akkaya, Hacer: "Velayetin Tevdii ve Vasi Tayini", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 1993

Akyol, Şener: **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul 2009

Akyüz, Emine: **Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması**, Ankara 1983

Akyüz, Emine: "Velayet ve Çocuğun Korunması", **Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan**, Ankara 2009, s. 111-156

Alston, Philip: "The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights", **International Journal of Law and the Family**, Vol. 8, 1994, s. 1-25

Aral, Fahrettin: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 5. Baskı, Ankara 2003

Ataay, Aytekin: **Medeni Hukukda Evlad Edinme Birinci Fasikül Giriş-Evlad Edinmenin Meydana Gelmesi**, İstanbul 1957

Atalı, Murat: "Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı", **Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV Medeni Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı-İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 30 Eylül-1 Ekim 2005, Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Muhammet Özekes, Ankara 2006, s. 50-105.

Atalı, Murat: **Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı**, Ankara 2007

Aydoğdu, Murat: **Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme**, İzmir 2006

Bähler, Daniel: "Die Vertretung des Kindes im Scheidungsprozess Die Beistandschaft gemäss Art. 146 ZGB", **Zeitschrift für Vormundschaftswesen**, 2001, s. 187-197

Balo, Yusuf Solmaz: **Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması**, Ankara 2005

Baygın, Cem: "Evlat Edinmenin Koşulları", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, S. 3-4, 2003 (Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan), s. 591-626

Belen, Herdem: **Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme**, İstanbul 2005

Biderbost, Yvo: **Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB)**, Dissertation, Freiburg Schweiz 1996 (Die Erziehungsbeistandschaft)

Biderbost, Yvo: **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 3. Auflage, Basel Genf München 2006, (Basler Kommentar), Art. 417-419

Bigler-Eggenberger, Margrith: **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 3. Auflage, Basel Genf München 2006, (Basler Kommentar), Art. 19

Breitschmid, Peter: **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 3. Auflage, Basel Genf München 2006, (Basler Kommentar), Art. 146/147, Art. 265-265a, Art. 307-308, Art. 324/325

Bucher, Eugen: **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 2. Abteilung Die natürlichen Personen Erster Teilband Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB**, Bern 1976

Budak, Ali Cem: "Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler", **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara 2004, (Çekişmesiz Yargı Alanındaki Değişiklikler), s. 273-306

Budak, Ali Cem: "Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı", **Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV Medeni Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı-İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 30 Eylül-1 Ekim 2005, Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Muhammet Özekes, Ankara 2006, (Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı), s. 128-187

Cahn, Naomi: "State Representation of Children's Interests", **Family Law Quarterly**, 2006, Vol. 40, Nu. 1, s. 109-132

Ceylan, Ebru: **Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006

Ceylan, Seldağ Güneş: "Roma Hukuku'nda Kayyımlık (Cura) Müessesesine Genel Bir Bakış", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004, C. 53, S. 1, s. 221-230

Çelik, Cemil: "Velayetin Kaldırılması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 54, S. 1, 2004, s. 255-309

Çelikel, Aysel/Şanlı, Cemal/Öztekin, Günseli/Erdem, Bahadır/Ataman, İnci/Giray, Kerem: **Milletlerarası Özel Hukuk Anlaşmaları Cilt I Çok Taraflı Anlaşmalar**, İstanbul 2005

Deschenaux, Henri/Steinauer, Paul-Henri: **Personnes physiques et tutelle**, Quatriéme édition, Berne 2001

Dizman, Hatice/Gültekin, Gülümser/Köksal Akyol, Aysel: "Çocukları Tanımada Çocuk Resimlerinin Önemi", **Adli Psikiyatri Dergisi**, 2005, C. II, S. 2, s. 23-30

Dolgin, Janet L.: "Why Has the Best Interest Standard Survived?: The Historic and Social Context", **Children's Legal Rights Journal**, 1996, Vol. 16, s. 2-10

Dural, Mustafa /Öğüz, Tufan: **Kişiler Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul 2004

Dural, Mustafa /Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: **Türk Özel Hukuku**, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2005

Dural, Mustafa /Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: **Türk Özel Hukuku**, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2008

Eekelaar, John: "Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism", **International Journal of Law and the Family**, Vol. 8, 1994, s. 42-61

Egger, August: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch herausgegeben von A.Egger/Arnold Escher/Robert Haab/H. Oser, I. Band: Einleitung Art. 1-10 Das Personenrecht Art. 11-89**, Zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1930 (Das Personenrecht)

Egger, August: **Das Familienrecht Dritte Abteilung: Die Vormundschaft Art. 360-456**, 2. umgearbeitete Auflage, Zürich 1948 (Die Vormundschaft)

Egger, August: **Medeni Kanun Şerhi Aile Hukuku Üçüncü Kısım Vesayet**, çev. Volf Çernis, Ankara 1952 (Vesayet)

Elpe, M. Nezih: **Vasilik ve Kayyımlık Hukuku**, Ankara 1967

Erem, Faruk: **Avukatlık Meslek Kuralları**, Ankara Barosu Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2007

Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, İstanbul 2003

Ertaş, Şeref: "Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar", **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, S. 106, 2000, s. 1-12

Forni, Rolando/Piatti, Giorgio: **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 3. Auflage, Basel Genf München 2006, (Basler Kommentar), Art. 426-429

Franklin, Bob: **Çocuk Hakları**, Çev. Alev Türker, İstanbul 1993

Geiser, Thomas: **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 3. Auflage, Basel Genf München 2006, (Basler Kommentar), Art. 396-397, Art. 420-424, Art. 439-453

Goldstein, Joseph/Freud, Anna/Solnit, Albert J.: **Beyond the Best Interests of the Child**, New York 1973

Grassinger, Gülçin Elçin: **Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Önlemler**, İstanbul 2009

Gümüş, Mustafa Alper: **Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık**, İstanbul 2006

Güner, Semih: **Avukatlık Hukuku**, 3. Baskı, Ankara 2007

Hegnauer, Cyril: **Grundriss des Kindesrechts**, Bern 1977 (Das Kindesrecht)

Hegnauer, Cyril: **Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Familienrecht Band II, 2. Abteilung Die Verwandtschaft 2. Teilband Die Wirkungen des Kindesverhaeltnisses 1. Unterteilband Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder Kommentar zu Art. 270-275 ZGB (mit Supplement) Die Unterhaltspflicht der Eltern Kommentar zu Art. 276-295 ZGB**, Bern 1997

Hodgkin, Rachel/Newell, Peter: **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı**, UNİCEF, Tercüme ve Editor: Şebnem Akipek, 2. Baskı, 2003

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, http://www.hukuki.net/hukuk/uploads/Hukuk_Muhakameleri_Kanunu_Tasarisi.doc Erişim Tarihi: 09.04.2009 22.00

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, TC Adalet Bakanlığı, Ankara, Mayıs 2008

Işık, Mehmet: **Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evlat Edinme**, Ankara 2005

İnan, Ali Naim: "Çocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları", **Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı**, İstanbul 1999, s. 703-720.

Karanlık, Nilgün: "Kayyımlık Hukuku", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 1998

Kaufmann, Joseph: **Familienrecht 3. Abteilung: Die Vormundschaft Art. 360-456**, 2. Auflage, Bern 1924

Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr)

Kılıçoğlu, Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara 2007

Koç, Nevzat: "Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", **Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan**, DEÜHFD Özel Sayısı, C. 7, Özel Sayı, İzmir 2005, s. 99-120

Kuru, Baki: **Nizasız Kaza**, Ankara 1961

Kuru, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. I, 6. Baskı, Ankara 2001

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: **İcra ve İflâs Hukuku**, 19. Baskı, Ankara 2005

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: **Medeni Usul Hukuku**, 16. Baskı, Ankara 2005

Langenegger, Ernst: **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 3. Auflage, Basel Genf München 2006, (Basler Kommentar), Art. 392-393

Larsen, Judith: "A Guardian Ad Litem's Notes from the Field: Teen Girls and Poverty", **Childrens's Legal Rights Journal**, 2008, Vol. 28, s. 46-56

Levante, Patrizia: **Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren-die Vertretung des Kindes im Besonderen**, Bern 2000

Montavon, Pascal: "Beistandschaft und Beiratschaft-Zwei Vormundschaftliche Massnahmen aus dem Blickfeld des Treuhandberaters und seiner Mandate", **Der Treuhandexperte Fachzeitschrift und offizielles Publikationsorgan des Schweizerischen Treuhänder-Verbandes**, 2003, s. 138-145

Nomer, Ergin: **Devletler Hususi Hukuku**, 13. Baskı: Nomer/Şanlı, İstanbul 2005

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, İstanbul 1998

Özer Taşkın, Özden: "Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir 2006

Özmen, İsmail: **Vesayet Hukuku Davaları**, Ankara 2004

Öztan, Bilge: **Aile Hukuku**, 5. Baskı, Ankara 2004

Parker, Stephen: "The Best Interests of the Child – Principles and Problems", **International Journal of Law and the Family**, Vol. 8, 1994, s. 26-41

Pekcanıtez, Hakan: "Hukuki Dinlenme Hakkı", **Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan**, İzmir 2000, s. 753-792.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: **Medeni Usul Hukuku**, 7. Baskı, Ankara 2008

Peskind, Steven: "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**, Vol. 25, 2004-2005, s. 449-482

Pfander, Helene: **Die Beistandschaft nach Art. 392 und 393 ZGB**, Bern 1932

Reisoğlu, Safa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, İstanbul 2004

Riemer, Hans Michael: **Grundriss des Vormundschaftsrechts**, 2. überarbeitete Auflage, Bern 1997 (Das Vormundschaftsrecht)

Riemer, Hans Michael: "Verwaltung von Kindesvermögen durch Dritte gemäss Art. 325 ZGB, insbesondere in Gestalt der „mehrfachen Vermörgensverwaltung" und der „mehrfachen Beistandschaft"", **Zeitschrift für Vormundschaftswesen**, 1-2/2001 Sonderausgabe, s. 84-89

Ruhi, Ahmet Cemal: **Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması**, 2. Baskı, Ankara 2003

Rumo-Jungo, Alexandra: "Die Anhörung des Kindes unter besonderer Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Fragen", **Die Zeitschrift für die Aktuelle Juristische Praxis**, 1999, s. 1578-1593

Saymen, Ferit H./Elbir, Halid K.: **Türk Medeni Hukuku**, C. III, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1960

Schnyder, Bernhard: **Supplement Kindesrecht**, Peter Tuor/Bernhard Schnyder, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1977

Schnyder, Bernhard/Murer, Erwin: **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 3. Abteilung Das Vormundschaftsrecht 1. Teilband**

Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, Bern 1984

Schütt, Thomas: **Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren**, Dissertation, Zürich-Basel-Genf 2002

Schwager, Rudolf: "Der Vertretungsbeistandschaft bei Interessenkollision gemäss Art. 392 Ziff. 2 ZGB", **Zeitschriften des bernischen Juristenvereins**, 1983, Band 119, s. 93-106

Schweighauser, Jonas: **Die Vertretung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren-Anwalt des Kindes**, Basel-Genf-München 1998

Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) Änderung vom 19. Dezember 2008, http://www.admin.ch/ch/d/ff/2009/141.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2009 22.38

Schwenzer, Ingeborg: **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 3. Auflage, Basel Genf München 2006, (Basler Kommentar), Art. 256, Art. 261

Serozan, Rona: **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, İstanbul 2004 (Medeni Hukuk)

Serozan, Rona: **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, İstanbul 2005

Sorkow, Harvey R.: "Best Interests of the Child: By Whose Definition?", **Pepperdine Law Review**, 1990-1991, Vol. 18, s. 383-387

Spinak, Jane: "When Did Lawyers for Children Stop Reading Goldstein, Freud and Solnit? Lessons from the Twentieth Century on Best Interests and the Role of the Child Advocate", **Family Law Quarterly**, 2007, Vol. 41, Nu. 2, s. 393-411

Steck, Daniel: "Die Vertretung des Kindes im Prozess der Eltern", **Die Zeitschrift für die Aktuelle Juristische Praxis**, 1999, s. 1558-1567

Steck, Daniel: "Die Vertretung des Kindes (Art. 146 f. ZGB) – Erste Praktische Erfahrungen", **Zeitschrift für Vormundschaftswesen**, 2001, s. 102-110

Şenocak, Zarife: "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 4, 2001,
s. 65-80

Taşkın, Feyzullah: "Vesayet Organlarının Görev ve Sorumlulukları", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2002

Tekinay, Selahattin Sulhi: **Türk Aile Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul 1982

Topuzoğlu, Aşkın Yaşar: "Çocuk Hakları", **Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu**, Yayına Hazırlayan İstanbul Barosu Yayın Kurulu, İstanbul 2004, s. 16-27

Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Rumo-Jungo, Alexandra: Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, **Das schweizerische Zivilgesetzbuch**, 12. Auflage, 2002

Türkçe Sözlük, Dil Derneği, 2. Baskı, Ankara 2005

UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, Switzerland, May 2008 (UNHCR Guidelines)

Usta Sayıta, Sevgi: "Mağdur Çocuklar Hakkında Koruma Önlemleri", **Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu**, Yayına Hazırlayan İstanbul Barosu Yayın Kurulu, İstanbul 2004, s. 81-102

Uyar, Talih: **Türk Medeni Kanunu Gerekçeli İçtihatlı Aile Hukuku (MK 118-494)**, C. IV, Ankara Tarihsiz

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: **Türk Medeni Hukuku**, C. II, Aile Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1965

Yaşar, Mert: "Türk Hukukunda Evlat Edinme İlişkisinin Kurulması", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2003

Yıldız, Ekrem/Gürsoy, Seyhan: **Kayyımlık ve Kayyım Katılımıyla Görülmesi Gereken İşler ve Davalar**, İstanbul 2007

Yörükoğlu, Atalay: **Çocuk Ruh Sağlığı**, 3. Baskı, Ankara 1980

Zevkliler, Aydın/Acabey, Beşir/Gökyayla, Emre: **Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş - Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku - Aile Hukuku**, Ankara 1999

Ziyalar, Neylan: "Mağdur Çocukla Görüşme Teknikleri", **Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu**, Yayına Hazırlayan İstanbul Barosu Yayın Kurulu, İstanbul 2004, s. 53-56

http://www.miregitim.com/online_latince_turkce_sozluk.php
Erişim Tarihi: 09.12.2008 23.29

http://www.tnb.org.tr/ACIK/GenelgeDetay.aspx?TURU=GENELGE&ULAS=54618&K Erişim Tarihi: 21.03.2009 14.06

http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html Erişim Tarihi: 09.12.2008 23.25

GİRİŞ

I- Konunun Sunumu

Çocuğun kayyım tarafından temsili, Türk Medeni Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde dağınık biçimde düzenlenmiş bir konudur. Yasa koyucu esasında çocuğun kayyım tarafından temsilini ikincil ve tamamlayıcı bir temsil kurumu olarak değerlendirerek hükümler getirmiş ve aile hukukundaki işlerin ve uyuşmazlıkların büyük bölümünde çocuğun bağımsız olarak temsil edilme hakkı dikkate alınmamıştır. Çocuğun kayyım tarafından temsili yasal temsil çerçevesinde değerlendirilir.

Türk Medeni Kanunu'nda kayyımlık bir vesayet önlemi olarak, kayyım da bir vesayet organı olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla kayyımlık kişinin kişiliğine veya malvarlığına ilişkin çıkarlarının korunmasını amaçlayan bir kurumdur. Ancak yasamızda erişkinlere ve çocuklara kayyım atanması birlikte düzenlenmiş olup çocukların temsiline ilişkin özel durumlar değerlendirilmemiştir. Oysaki çocuğun hukuksal işlem ehliyeti, velayet ya da vesayet altında olmasına bağlı olarak yasal temsilcisiyle arasındaki ilişkiler çocuğa kayyım atanmasında önem taşıyan hususlardır. Çalışmamızda çocuğun kayyım tarafından temsili, çocuğun hukuksal işlem ve dava ehliyetine bağlı olarak değerlendirilmiş ve hükümlerde ortaya çıkan boşluklar doldurulmaya çalışılmıştır.

Öte yandan kayyımlık, geçici niteliği ve kendisine kayyım atananın hukuksal işlem ehliyetini etkilememesi nedeniyle öğretide ve uygulamada önemsenmemiş bir kurum olmuştur. Türk medeni hukukunda kayyımlığı ele alan yayımlanmış monografi sayısı ikidir, bunlardan biri 1967 tarihli "Vasilik ve Kayyımlık Hukuku" adlı eser[1], diğeri 2006 tarihli "Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık" adlı eserdir[2]. Çocuğun kayyım tarafından temsili ise Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık adlı eserde bir bölüm olarak incelenmiştir ve bugüne dek ayrı bir çalışmaya konu olmamıştır.

Uygulamada da soybağı davaları dışında çocuğun anne babası dışında bir kişi tarafından temsiline yeterli önem verilmeyerek yargılamalarda kayyım atanması

[1] M. Nezih Elpe, **Vasilik ve Kayyımlık Hukuku**, Ankara 1967.
[2] Mustafa Alper Gümüş, **Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık**, İstanbul 2006.

yoluna gidilmemekte ve çocuğun mallarının korunmasında kayyımlığa hiç başvurulmadığı gözlenmektedir. Bunun nedenlerinden en önemlisi, yargının ve devletin, çocuk somut bir biçimde zarar görmedikçe, hatta çocuğun zararı herkesçe görülür bir duruma gelmedikçe, anne babanın velayet yetkisine karışmamasıdır. Oysaki velayet, günümüzde sınırsız yetkiler veren bir kurum değil, her zaman çocuğun yüksek yararıyla sınırlı ve daha çok anne babaya yükümlülükler yükleyen bir kurumdur. Ayrıca yasanın çocukların korunmasında yargıya tanıdığı geniş yetki velayetin denetlenmesi gereken bir kurum ve devletin çocuğu korumakla yükümlü olan bir yapı olduğunu gösterir.

Çocuğu koruyucu tüm önlemlerin ve bunun içinde kayyımlığın hak ettiği değeri görmesi çocuk hakları ve velayet kurumu konusunda yerleşik anlayışın değişmesine bağlıdır. Çocuğun anne babası dışında üçüncü bir kişi tarafından temsil edilmesi, aile hukuku uyuşmazlıklarının çoğunda bir gereksinim olarak ortaya çıkmaktadır; çünkü aile hukuku uyuşmazlıklarının çoğu aile bireylerinin yararlarının bağdaşmadığı uyuşmazlıklardır. Yararı yasal temsilcisinin yararı ile bağdaşmayan çocuğun bağımsız temsil edilmesi aynı zamanda çocuğa sözleşmelerle tanınmış bir çocuk hakkıdır. Dolayısıyla çocuğun kayyım tarafından temsili çocuğun bağımsız temsilinde önemli bir yer tutar, çünkü çocuğun dava ehliyetine sahip olabildiği durumlar sınırlıdır, çocuk ayırt etme gücüne çok sonra sahip olabilmektedir. Bu nedenle çocuğun yasal temsile gereksiniminde kayyımlık çocuğun bağımsız temsil edilmesini olanaklı kılan ve bu anlamda anlaşılması ve uygulanması büyük önem taşıyan bir kurumdur.

II- İncelemeye Esas Oluşturan Kavramlar

A- Çocuk Kavramı

Çocuğun yasal tanımı, çocuk için uygulanacak her yasal düzenleme bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin birinci 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."[3] Sözleşme, çocuğu kural olarak 0-18 yaş aralığında tanımlamakla birlikte daha erken reşit olma durumunu istisna kabul etmiştir. Öyleyse sözleşmeye göre çocuk, ergin olmayan insanı ifade eder. Türk Medeni Kanunu'nda çocuk kavramı kimi zaman evladı ifade ederken genellikle velayet altındaki bireyi ifade eder. Yasada ergin olmayan kişiyi ifade etmek için kullanılan kavram "küçük"tür. Tezimizde çocuk, sözleşmeye uygun olarak ergin olmayan bireyi ifade etmek üzere kullanılmış, evlat ile küçük kavramlarının karışması olasılığının olduğu durumlarda ya da kişinin sınırlı ehliyetsiz olduğu vurgulanmak istendiğinde "küçük" kavramı tercih edilmiştir.

B- Çocuğun Temsili

Çocuğun temsili, çocuğun yasal veya iradi temsilcisi tarafından bir işte temsil edilmesidir. Temsil iradi nitelik taşıdığında iradi temsilci çocuğun isteklerine ve talimatlarına bağlı olarak iş görürken yasal nitelik taşıdığında yasal temsilci çocuğun görüşünü sormakla yükümlü olmakla birlikte çocuğun görüşüyle bağlı değildir. Yasal temsilci çocuğun yararı neyi gerektiriyorsa ona uygun hareket ederek iş görmekle yükümlüdür. Ayrıca yasal temsil, çocuk adına bir irade açıklamasında bulunma biçiminde olabileceği gibi çocuğun irade açıklamasına izin veya onay vermek suretiyle de olabilir.

III- Konunun Sınırlandırılması

Tezimizde ele alınan kayyımlık, çocuğun, diğer deyişle ergin olmayan bireyin temsiliyle sınırlı olarak incelenmiştir. Dolayısıyla velayet veya vesayet altındaki kısıtlılar ile tam ehliyetli kişilerin kayyım tarafından temsili ve ergin kişiler için düzenlenmiş yasal danışmanlık incelenmemiştir. Bunun yanında çocuğun temsili bakımından özel bir önem taşımayan, Türk Medeni Kanunu'nun Eşya Hukuku Kitabı ile Miras Hukuku Kitabında düzenlenen kayyımlıklar ile Türk Ticaret Kanunu ile İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen kayyımlıklar üzerinde durulmamıştır.

[3] http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html Erişim Tarihi: 09.12.2008 23.25

Tezimizin ilk bölümünde öncelikle kayyımlık genel olarak incelenmiş, kayyımlığın hukuksal niteliği, türleri ve benzer kurumlardan farkları açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca çocuğun hukuksal işlem ehliyeti ve çocuğun temsili konusunda açıklamalar yapılarak çocuğun temsili, velayet, vesayet ve kayyımlık olmak üzere yasal temsil ve iradi temsil bakımından kısaca incelenerek çocuğun temsilinde kayyımlığın yeri ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde hangi nedenlerle çocuğa kayyım atanması gerektiği incelenmiş, kayyım atanması gereken durumlar ele alınmıştır. Bunlar arasında İsviçre Medeni Kanunu'nda düzenlendiği halde Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmeyen bazı neden ve durumlara da yer verilmiştir.

Üçüncü ve son bölümde kayyımlığın kurulması, kayyımın atanması, kayyımın görev ve yetkileri, iradi temsili, sorumluluğu, çocuğu yetkisiz temsili ve kayyımlığın veya kayyımın görevinin sona ermesi konuları ele alınmıştır.

Birinci Bölüm

Genel Olarak Kayyımlık, Çocuğun Hukuksal İşlem Ehliyeti ve Temsili

§1. Genel Olarak Kayyımlık

I- Kayyımlık Kavramı

Kayyım, Arapça kökenli bir sözcük olup sözlükte hukuk terimi olarak *"belli bir malın yönetilmesi ya da belli bir işin yapılması için görevlendirilen kimse"* biçiminde tanımlanmaktadır[4]. Kayyımlık ise kayyım olma durumu, kayyımın görevi olarak tanımlanmaktadır[5]. Kayyımlık, hem bir kurumun adıdır hem de yöneltilen bir güç ve sıfattır[6]. Sözlük anlamları açıklandıktan sonra yasadaki düzenlemeye bakmak gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun 403. maddesinin ikinci fıkrasına göre *"Kayyım, belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için atanır."* Kayyımın tanımına en çok yaklaşan bu hüküm sözlükte olduğu gibi kayyımı yaptığı işe göre tanımlamıştır. Kapsamı belirli bir iş görmek veya malvarlığı yönetmek olan kayyımlık, velayet veya vesayet gibi temsil edilen kişiyi sürekli olarak temsil etme ve ona özen gösterme gibi yükümlülükler yüklemeden sınırı kapsam ve bazen de kapsam ve süre yönüyle belirlenen bir yardım kurumudur. Kayyımlığın bir hukuksal kurum olarak Roma hukukuna dayandığı[7] göz önüne alınırsa Latincede kayyımın karşılığı olan *curator* sözcüğünün kökeni olan *cura* sözcüğünün anlamını araştırmak çalışmamıza yol gösterebilir[8]. *Cura*, Latince-Türkçe sözlükte muamele, tedavi, temizlik anlamlarına gelmektedir[9]. İşlem ve sağaltım anlamları, kayyımlık yönünden dikkat çekicidir, çünkü kayyım birtakım hukuksal işlemler yaparak kayyımı olduğu kişiye yardım etmektedir. Öyleyse kayyımlık kurumunun temelinde hukuksal işlemin bulunduğu ve başkası adına hukuksal işlem yapan kişinin onu temsil ettiği

---

[4] Türkçe Sözlük, Dil Derneği, 2. B., Ankara 2005, s. 1095. Sözlükte kayyum, kayyumluk olarak yer alırken hukuk dilinde kayyımlık olarak yerleşmiştir ki kayyım küçük ünlü uyumuna da uygun düşmektedir.

[5] Türkçe Sözlük, s. 1095.

[6] Nilgün Karanlık, "Kayyımlık Hukuku", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 1998, s. 20.

[7] Elpe, s. 1 vd.

[8] Elpe, s. 4.

[9] http://www.miregitim.com/online_latince_turkce_sozluk.php Erişim Tarihi: 09.12.2008 23.29. Ayrıca bu konuda daha ayrıntılı bilgi için Seldağ Güneş Ceylan, "Roma Hukuku'nda Kayyımlık (Cura) Müessesesine Genel Bir Bakış", **AÜHFD**, 2004, C. 53, S. 1, s. 221 vd.

söylenebilir. Fakat yine belirtilmelidir ki bugün kayyımlığa duyulan gereksinim sadece hukuksal işlem yoluyla temsilde kendini göstermiyor, bunun dışında kayyım yol gösteren, tehlikelere karşı gerekli önlemleri maddi fiil veya hukuksal işlem yoluyla alan, görüşü alınan bir kişi sıfatını kazanarak daha nitelikli bir temsil gereksinimini karşılamaktadır.

Kayyım, hukuksal düzenlemeler ışığında sınırlı bir görev alanı içinde iş yapan bir vesayet organı olarak tanımlanmaktadır[10]. Bir vesayet organı olarak öngörülen kayyımlık yasaya göre yasal danışmanlığı da içine alır biçimde düzenlenmiştir[11]; ancak yasal danışmanlığın kişinin hukuksal işlem ehliyeti üzerindeki etkileri, yasal danışmanın görevleri ve yetkileri yönünden kayyımlıktan ve vasilikten farklı olması nedeniyle ayrı bir başlıkta düzenlenmesi ve var olan durumda yasal danışmanlığın bir tür kayyımlık olarak değil ayrı bir hukuksal kurum olarak anlaşılması kanımızca daha uygun olur.

II- Kayyımlığın Yasal Temelleri

Kayyımlık temel olarak Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen bir kurum olmakla birlikte Türk Ticaret Kanunu ile İcra ve İflâs Kanunu'nda da kayyımlıkla ilgili hükümler yer almaktadır. Ancak bu düzenlemelerin bir kısmı şirketler için kurulan yönetim kayyımlığı ile ilgilidir. Tüzelkişiler için atanan kayyım tezimizin konusunun dışında kaldığından bu konuda kapsamlı bir inceleme yapılmayacaktır.

A- Türk Medeni Kanunu

Türk Medeni Kanunu'nun kayyımlığa ilişkin hükümleri toplu halde düzenlenmeyip yasanın "Aile Hukuku" başlıklı ikinci kitabının "Vesayet" başlıklı üçüncü kısmında dağınık biçimde düzenlenmiştir. Kayyım öncelikle vesayet organları içinde ele alınarak yaptığı işe göre tanımlanmış ve vasilik hükümleri ile kayyımlık arasında örnekseme bağı kurulmuştur, daha sonra ise beşinci ayrımda kayyımlığı gerektiren haller ile yetki ve usule ilişkin hükümler öngörülmüştür.

[10] Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, 5. B., Ankara 2004, s. 787.
[11] Hatta Gümüş, geniş anlamda kayyımlığın yasal danışmanlığı da içerdiğini ileri sürmektedir. Gümüş, s. 1-2

Kayyımın görevleri vesayetin yürütülmesi üst başlığı altında, kayyımın sorumluluğu vesayet organlarının sorumluluğu içinde, kayyımlığın ve kayyımın görevinin sona ermesi ise vesayetin sona ermesi üst başlığı altında düzenlenmiştir. Vesayet organlarının sorumluluğu, kayyımlığın sona ermesinin sonuçları ayrıca düzenlenmemiş, vesayete ilişkin hükümlerin örnekseme yoluyla kayyımlığa da uygulanacağı kabul edilmiştir. Ayrıca kayyımlığı gerektiren haller sadece vesayet kısmında değil yasanın farklı bölümlerinde farklı maddelerde öngörülmüştür.

B- Türk Ticaret Kanunu

Türk Ticaret Kanunu'nda kayyımlıktan sadece gemi ipoteğini düzenleyen maddeler arasında 913. maddede söz edilmektedir. 913. maddeye göre gemi ipoteği ile güvence altına alınan alacağın muacceliyeti ihbara bağlı ise, alacaklı malike ikametgâhını bildirmediği için ihbarda bulunamadığında alacaklının istemi üzerine sulh mahkemesi kayyım atar ve ihbar kayyıma yapılır. Burada atanan kayyım güven kayyımıdır; çünkü hem kayyım olarak atandığı kişinin yararlarını korur hem de diğer tarafın yararlarını korur.

C- İcra ve İflâs Kanunu

İcra ve İflâs Kanunu'nun 101. maddesi, 179/a, 179/b ve 206. maddelerinde kayyımlığa ilişkin hükümler yer almaktadır. 101. madde, velayet veya vesayetten doğan alacakların alacaklılarına imtiyazlı alacak olarak aynı derecede hacze katılım hakkını vermektedir. Kendisine kayyım atanan kişinin de kayyımdan vesayet hükümlerine göre sahip olduğu alacağı bu nitelikte bir alacaktır. Sıra cetveline dayanarak yapılan paylaştırmada tüm alacakların ödenmesi olanaklı olmadığından imtiyazlı alacaklılar alacaklarını tam olarak alır, diğer alacaklılara alacaklarının ancak bir kesimi ödenebilir[12]. Aynı düşünceyle iflâsta da vesayetten doğan alacaklar 206. maddeye göre alacakların ödenmesi bakımından ikinci sırada imtiyazlı alacaktır[13]. Gerek icrada gerekse iflâsta kayyımın alacağının imtiyazlı alacak olarak kabul edilebilmesi için kayyımlık süresince veya kayyımın görevinin sona ermesini

[12] Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **İcra ve İflâs Hukuku**, 19. B., Ankara 2005, s. 383.
[13] Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku, s. 602-603.

izleyen yıl içinde icrada bu hakkın ileri sürülmesi veya iflâsın açılması gerekir[14]. 179/a, 179/b maddeleri ise iflâsı istenen sermaye şirketleri ve kooperatifler için kurulan kayyımlığı düzenlemektedir. İyileştirme projesini ciddi ve inandırıcı bulan mahkeme iflâsın ertelenmesine karar verdiğinde 179/a'ya göre gerekli önlemleri alır ve erteleme kararı ile birlikte bir yönetim kayyımı atar. Kararda kayyımın görev ve yetkileri ayrıntılı olarak gösterilir; mahkeme şirket/kooperatif yönetim organının yetkilerini tümüyle alıp kayyıma verebileceği gibi yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı kılabilir[15]. 179/b'ye göre ise kayyım düzenli olarak şirketin durumu ile ilgili olarak mahkemeye rapor sunar ve mahkeme bu raporlara göre kararını verir.

D- Nüfus Hizmetleri Kanunu

5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda kayyım, veli ve vasi ile birlikte yasal temsilciler arasında sayılarak nüfus hizmetlerinde kayyımlara bazı yükümlülükler yüklenmiştir. Kayyım, çocukların nüfus olaylarını yazdırıp nüfus cüzdanını almaya, sağ doğan çocuğu belli süre içinde nüfus müdürlüğüne veya dış temsilciliğe bildirmeye, bulunmuş zihinsel engelli ergin kişilerin nüfus müdürlüğüne bildirmeye, çocukların ve kısıtlıların adreslerini nüfus müdürlüklerine veya dış temsilciliklere bildirmeye yetkili ve yükümlü kılınmıştır. Bulunmuş zihinsel engelli ergin kişilerin bildirilmesi dışında kalan yükümlülükleri düzenleyen hükümlerde mahkemece ne zaman kayyım atanacağına ilişkin bir açıklama yoktur. Maddeler bu nedenle daha önce atanmış kayyımların yükümlü olduğu şeklinde anlaşılmaya uygundur; ancak kanımızca özellikle çocukları ilgilendiren bu hükümlerde çocuğun veya kısıtlının veli veya vasisinin görevini yerine getirmemesi veya getirememesi 426/b.3'e göre bir engel kabul edilmeli ve temsil kayyımı atanmalıdır. Nüfus işleri, veli veya vasinin keyfine bırakılmamalı, yasal süresinde yükümlülüğünü yerine getirmeyen veya yerine getirmeyeceği kesin gözüyle bakılan yasal temsilcilerin bu davranışı çocuklar için yasal temsilcilerinin engeli olarak yorumlanmalıdır. Çünkü nüfus kütüğüne kayıt, nüfus cüzdanı alma ve buna bağlı olacak tanıma vs. hukuksal

[14] Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku, s. 603.
[15] Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku, s. 557.

işlemlere bağlı olarak tanınan kimliğini bilme hakkı çocuğun temel haklarındandır[16], temel hakların keyfiliğe terk edilmesi düşünülemez.

III- Kayyımlığın Hukuksal Niteliği

Kayyımlığın bir temsil kurumu olup olmadığı ve temsil ise yasal temsil olup olmadığı konusunda Türk öğretisinde açıklık yoktur[17]. Kayyımlık, kişiye vesayet önlemleri içinde en hafif müdahalede bulunulan koruma önlemidir[18]. Türk Medeni Kanunu, kayyımın vesayet organları içinde yer aldığını öngörür, bunun anlamı vesayetin sadece vasiden oluşmayıp bazı kişilerin korunması amacıyla devletçe örgütlendirilmiş, kişinin bakımını, kişiye özen gösterilmesini ve kişinin malvarlıklarına ilişkin yararlarının korunmasını ve temsilini öngören bir kurum olmasıdır[19]. Kayyım, veli veya vasi gibi temsil ettiği kişinin hukuksal işlem ehliyetini sınırlamaz[20], kayyımın atanma nedeni temsil edilen kişinin kendi işini yapmaya yeterli olmamasıdır; ancak temsil edilen kişi yeterli olduğu takdirde kayyımın yapmakla görevlendirildiği işi tek başına yapabilir. Çocuk, kural olarak hukuksal işlem ehliyetine sahip olmadığından, çocuğun açacağı davayı yasal nedenlerin gerektirdiği durumlarda atanan kayyım açar ve sürdürür. Kayyımlık, hukuksal işlem ehliyetini sınırlamadığı için sözleşmesel temsile benzemektedir[21]. Sözleşmesel temsilin amacı temsil edilenin adına ve hesabına onun belirli işlerinin temsilci tarafından görülmesidir. Kayyımlığın bu bağlamda doğrudan yasaya dayanan temsil olduğunu, ancak velayet veya vesayet gibi sürekli temsil için kullanılan dar anlamda

---

[16] Krş. Özden Özer Taşkın, "Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir 2006, s. 85.

[17] Velidedeoğlu, kayyımın genel olarak yasal temsilci olmayıp bazı işlerin görülmesi için atandığını belirtmektedir. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku**, C. II, Aile Hukuku, 5. B., İstanbul 1965, s. 558; Gümüş (s. 14, 69), açıkça kayyımın yasal temsilci olduğunu belirtmektedir. Kayyımlığın yasal temsilcilik niteliğinde olduğuna Tekinay da katılmaktadır. Selahattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, 4. B., İstanbul 1982, s. 660. Aynı yönde bkz. Şener Akyol, **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul 2009, s. 45

[18] Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku**, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2008, s. 425.

[19] Öztan, s. 747.

[20] Elpe, s. 45.

[21] Öztan, s. 787; Ferit H. Saymen/Halid K. Elbir, **Türk Medeni Hukuku**, C. III, Aile Hukuku, 2. B., İstanbul 1960, s. 546; Velidedeoğlu, s. 549; Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku**, C. II, Aile Hukuku, 8. B., İstanbul 2003, s. 504; İsmail Özmen, **Vesayet Hukuku Davaları**, Ankara 2004, s. 335.

yasal temsil kapsamına girmediğini söylemek olanaklıdır. Ancak yasal temsil geniş anlamıyla anlaşılacak olursa, doğrudan yasaya dayanan, kişilerin iradesine bağlı olmadan atanan ve temsil işlevi gören diğer kurumlar da yasal temsil içinde görülmelidir. Yargılamalarda çocuğun temsilini sağlayabilmek için atanan kayyımı ceza yargılamasında şüpheli ve sanık için yasa gereği atanan müdafilere benzetmek olanaklıdır. Yasa gereği atanan müdafi sanık ya da şüphelinin sözleşmeye dayanan temsilcisi değildir; ama sözleşmesel temsilcisi gibi iş görmekle yükümlüdür. Kayyım da kayyım olarak atandığı kişiyle arasında hiçbir sözleşmesel ilişki olmamasına karşın yasadan dolayı yargıcın verdiği karara dayanarak atandığı kişinin yararlarını koruyarak sözleşmesel temsilci gibi hareket etmelidir. Fakat kayyımlığın sözleşmesel temsile benzerliği yasal temsil olarak nitelendirilmesine engel değildir[22]. Sonuç olarak kayyımın yaptığı işin sözleşmesel temsile benzediğini kabul etmekle beraber kayyımın doğrudan yasaya dayanan niteliği, yargıç tarafından atanması ve devletin vesayet daireleri tarafından denetlenmesiyle geniş anlamda yasal temsil olduğunu söylemek gerekir.

IV- Kayyımlığın Türleri

Türk Medeni Kanunu'na göre kayyımlık temsil ve yönetim kayyımlığı olarak ikiye ayrılır[23]. Ancak yasadaki bazı düzenlemelerden güven kayyımlığı olarak farklı nitelikte bir kayyımlık daha olduğu görülmektedir. Bunun dışında yasada düzenlenmeyen bir kayyımlık türü olarak kendine özgü kayyımlıkla ilgili açıklamalar yapılacaktır.

A- Temsil Kayyımlığı

Temsil kayyımlığının amacı "ivedi" olarak nitelendirilen belirli bir işi göremeyen ve işin görülmesi için temsilci atayabilecek durumda da olmayan kişinin

[22] Gümüş, s. 15. Aynı yönde bkz. Karanlık, s. 21.
[23] Velidedeoğlu, s. 549. Temsil ve yönetim kayyımlığı yanında farklı türlerde kayyımlık türleri olduğu ileri sürülmektedir; ancak bunlardan bazıları tez konusu dışında kaldığından incelenmeyecektir. Bunlardan biri de İsviçre hukukunda yaşlılar için öne sürülen kombine kayyımlıktır, kayyım burada ergin ancak işini göremeyen kişiyi temsil eder; hem de malvarlığını yönetir. Hans Michael Riemer, **Grundriss des Vormundschaftsrechts**, 2. überarbeitete Auflage, Bern 1997, (Das Vormundschaftsrecht), s. 138-139; Gümüş, s. 39.

temsil edilerek ivedi işinin görülmesidir[24]. Temsil kayyımlığı esas olarak TMK'nin 426. maddesinde düzenlenmiştir. Temsil kayyımlığı kurulmasını gerektiren üç genel neden vardır, bu genel nedenlerin dışında yasanın farklı maddelerinde düzenlenen özel nedenler de bulunmaktadır. 426. maddeye göre *"Vesayet makamı, aşağıda yazılı olan veya kanunda gösterilen diğer hallerde ilgilisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar: 1. Ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse, 2. Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa, 3. Yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel varsa."* Temsil kayyımı belirtilen nedenlerle veya yasada gösterilen diğer hallerde atanır. Belirtilen genel nedenlerin ikisi çocuğun veya kısıtlının temsilini ilgilendirmektedir, diğeri ise ergin kişinin temsiline ilişkindir. Fakat temsil kabul etmeyen işlemlerde kayyım atanamaz[25].

B- Yönetim Kayyımlığı

Yönetim kayyımlığında güdülen amaç, gerekli olan yönetimden yoksun kalan ve yönetimi başkaca yollarla sağlanamayan malvarlığının yönetilmesidir[26]. Yönetim kayyımlığı esas olarak 427 ve 428. maddelerde düzenlenmiştir. 427. maddede yönetim kayyımı atanmasını gerektiren genel nedenler öngörülmüştür, 428. madde isteğe bağlı yönetim kayyımlığını düzenlemektedir. Yönetim kayyımı atanmasını gerektiren özel nedenler temsil kayyımlığında olduğu gibi yasanın farklı maddelerinde öngörülmüştür.

1- Yasa Gereği Yönetim Kayyımlığı

427. maddeye göre *"Vesayet makamı, yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gereken önlemleri alır ve özellikle aşağıdaki hâllerde bir yönetim kayyımı atar: 1. Bir kimse uzun süreden beri bulunamaz ve oturduğu yer de bilinemezse, 2. Vesayet altına alınması için yeterli bir sebep bulunmamakla beraber, bir kişi malvarlığını*

[24] Gümüş, s. 13.
[25] Elpe, s. 46; Karanlık, s. 31.
[26] Gümüş, s. 63-64.

kendi başına yönetmek veya bunun için temsilci atamak gücünden yoksunsa, 3. Bir terekede mirasçılık hakları henüz belli değilse veya ceninin menfaatleri gerekli kılarsa, 4. Bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa, 5. Bir hayır işi veya genel yarar amacı güden başka bir iş için halktan toplanan para ve sair yardımı yönetme veya harcama yolu sağlanamamışsa." 427. maddede düzenlenen genel nedenlerin ilk üçü çocuğun temsilini ilgilendirmektedir, diğerleri ise tüzelkişileri veya halktan toplanan paranın yönetimini ilgilendirmektedir.

2- İstek Üzerine Yönetim Kayyımlığı

428. maddeye göre *"İsteğe bağlı kısıtlama sebeplerinden biri varsa, ergin bir kişiye kendi isteği üzerine bir kayyım atanabilir."* İsteğe bağlı kayyım atama belirli nedenlerin varlığına ve ergin kişinin isteğine bağlanmıştır. Dolayısıyla çocuğun bu maddeye dayanarak kayyım atanmasını istemesi olanaklı değildir, isteğe bağlı kayyımlık çocuğun temsilini ilgilendirmemektedir. 428. maddede düzenlenen isteğe bağlı kayyımlık öğretide kimi yazarlarca temsil ve yönetim kayyımlığından ayrı bir kayyımlık türü olarak ele alınmıştır[27]; ancak yasanın düzenlemesinden isteğe bağlı kayyımlığın yönetim kayyımlığının bir türü olduğu görülür[28]. Ergin kişi, kişisel bakıma da muhtaç ise bu durumda kısıtlanması gerekir; ama geçici nitelikte kişisel yetersizlik varsa yapılması gerekli işler temsil kayyımı atanarak yapılabilir. Ancak isteğe bağlı kayyımlığının amacı ergin kişinin mallarını yönetmekteki zayıflığı nedeniyle kişinin mallarının bir başkasının yönetimine bırakılması olduğuna göre isteğe bağlı kayyımlığı yönetim kayyımlığının bir türü olarak anlamak gerekir.

[27] Öztan, s. 793; Riemer, Das Vormundschaftsrecht, s. 129; Tekinay, s. 660; Akıntürk, s. 506; Nevzat Koç, "Türk Medeni Kanunu'ndaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", **Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan**, DEÜHFD Özel Sayısı, C. 7, Özel Sayı, İzmir 2005, s. 105; Gümüş, s. 136. Gümüş, isteğe bağlı kayyımlığın kapsamlı kişisel ve malvarlıksal korumaya bağlı olarak kendine özgü bir önlem olarak düzenlendiğini ileri sürmektedir.
[28] Saymen/Elbir, s. 549; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 432.

C- Güven Kayyımlığı

Güven kayyımı, temsil ve yönetim kayyımlığından farklı olarak sadece atandığı kişinin yararlarını korumakla kalmaz, ayrıca başka kişilerin yararlarını da koruyarak taraflar arasındaki çekişmede güven unsuru haline gelir[29]. Güven kayyımlığı yasada ayrı bir kayyımlık türü olarak düzenlenmese de birçok konuda atanacağı öngörülen kayyım güven kayyımıdır[30]. İcra ve İflâs Kanunu'ndaki iflâsın ertelenmesi hükümlerinde atanan kayyım, Türk Medeni Kanunu'nun miras hukuku kitabında 648. maddeye göre paylaşmaya mirasçı yerine katılan kayyım, eşya hukuku kitabında 810. maddeye göre intifa hakkı sahibinin güvence vermemesi durumunda hak sahibinin zilyetliği kaldırılarak atanan kayyım güven kayyımı niteliğindedir. Kendisine kayyım atanan kişiye güvenilmediği için alacaklılarının yararlarının korunması amacıyla kayyım atanır. Kayyım, dürüstlük içinde kayyım atandığı kişinin edimlerini yerine getirir, onu temsil eder. Güven kayyımının yaptığı iş niteliği bakımından genellikle bir malvarlığının yönetimidir. Bu nedenle yönetim kayyımlığına benzese de amacı bakımından ve koruduğu yararlar bakımından yönetim kayyımlığından ayrılmaktadır.

D- Kendine Özgü Kayyımlık

Kendine özgü kayyımlık, yasanın öngörmediği bir kayyımlık türüdür. Türk Medeni Kanunu'nun öngörmemesine karşın kaynak kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'nun 308. maddesine göre koşullar gerektirirse aileye çocuğa bakmaları konusunda öneride bulunma ve eylem ile aileyi destekleyen bir kayyım atanır[31]. Söz konusu maddede öngörülen kayyım, görevi koşullara göre farklı biçim ve nitelik alan kendine özgü kayyımdır. Eğitim kayyımı olarak İsviçre Medeni Kanunu'nda öngörülen kayyım, çocuğun bakılmasında önerileriyle aileye yol gösterir, birçok konuda aileyle birlikte karar alarak çocuğun yaşamını etkileyebilir, ailenin iradesine karşı karar verme yeteneği olmayan çocuğun tedavisini düzenleme yetkisine sahip

[29] Bu konuda farklı görüşler için bkz. Gümüş, s. 275.
[30] Güven kayyımı kavramı için bkz. Gümüş, s. 243-244.
[31] Cyril Hegnauer, **Grundriss des Kindesrechts**, Bern 1977 (Das Kindesrecht), s. 144; Gümüş, s. 182. Çocuğa bakma kavramı velayet hak ve yükümü olarak anlaşılmalıdır, İsviçre Medeni Kanunu'nda velayet sözü yerine bakma sözü tercih edilmektedir

olabilir, çocuğun kişisel ilişkilerinin gözetimini, nafaka haklarının korunmasında çocuğun temsilini sağlayabilir[32]. Kendine özgü kayyım, kayyım olarak atanacağı kişinin temsili veya mallarının yönetimi dışında farklı nitelikte bir iş yapar. Kişiliği tehlikeye düşen çocuğun korunması için 346. maddeye göre gerekli önlemleri almakla yükümlü yargıcın bu hükme göre farklı nitelikte kayyım atayarak önlem alması olanaklıdır[33]. Yargıç hiçbir zaman çocuğun gereksinimlerine anında yanıt veremez, ortaya çıkan tehlikelerde gerekli önlemleri fiilen almakta yeterli olamaz. Bu görevin bir kayyıma verilerek kayyımın çocuğu ve yasal temsilcisini yakından izleyerek ortaya çıkan tehlikeleri bertaraf etmesi çocuğun korunmasında elverişli bir yoldur. Bunun yanında çocuğu ilgilendiren kararların alınması sürekli bir güçlük gösteriyor veya yasal temsilciler arasındaki iletişimsizlik çocuğu etkiliyorsa kendine özgü kayyım çocuğun yüksek yararı için gereken çözümü araştırarak yasal temsilcilere yol gösterebilir, çocuğun haklarına saygı duyulmasında denetleyici bir işlev yüklenebilir[34]. Kayyım, görevini yaparken ailenin velayet hakkına müdahale eder[35]; ancak bu müdahale velayet hakkını ortadan kaldıracak şekilde olmamalıdır[36]. Tabii ki bu nitelikte bir kayyım, her zaman değil, çocuğun kişiliğinin veya malvarlığının tehlikeye düşmesi halinde atanmalıdır. Kayyımın kendine özgü niteliği, kayyıma yüklenen klasik görevler dışında çocuğun yararlarını korumada esnek yollara başvurularak esnek görevler yüklenmesinde saklıdır. Kendine özgü kayyımın görev ve yetkileri temsil ve yönetim kayyımlığından farklı olmakla birlikte sorumluluğu, ücreti, atanma ve görevden alınma usulü, kayyımlığın kuruluşu ve sona ermesi farklı değildir.

[32] Bernhard Schnyder, **Supplement Kindesrecht**, Peter Tuor/Bernhard Schnyder, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1977, s. 72.
[33] Bu konuda farklı görüşler için bkz. Gümüş, s. 179-185.
[34] Gümüş, s. 187-188.
[35] Hegnauer, Das Kindesrecht, s. 145.
[36] Schnyder, s. 72.

V- Kayyımlığın Benzeri Kurumlardan Farkları

A- Velayetten Farkları

Velayet, çocuğun kural olarak anne ve babasına karşı hısımlıktan doğan hakları ve yükümlülüklerini içeren, düzenleyen hukuksal kurumun adıdır. Velayet geçmişte anne ve özellikle babanın çocuk üzerindeki egemenliğini ifade ederken bugün velayet bir hak olduğu kadar yükümlülük olarak da anlaşılmaktadır[37]. Velayet hakkına sahip anne veya baba, çocuğuna bakma ve özen gösterme, temsil etme, malvarlığını yönetme hak ve yükümlülüğüne sahip olur. Dolayısıyla veli, çocuğun sürekli yasal temsilcisidir. Hatta velayet, kural olarak bir mahkeme kararına dayanmadan doğrudan yasaya dayanmakta ve hısımlıktan kaynaklanmaktadır. Kayyımlık ise her zaman bir mahkeme kararı ile kurulmaktadır, kayyımın yetkileri velayette olduğundan çok daha dar kapsamlı ve belirlidir. Kayyım da bir yasal temsilcidir; ancak sürekli temsilci değildir, velinin küçüğü korumaya yeterli olamadığı durumda velayeti tamamlamak üzere atanır. Velayet, hukuksal işlem ehliyetini kısıtlayan bir kurumdur, kural olarak küçükler, istisnai olarak kısıtlılar velayet altındadır; ama sonuçta tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsizler için getirilen bir hukuksal koruma kurumudur. Kayyımlık ise kendisine kayyım atanan kişinin hukuksal işlem ehliyetini etkilemez, kayyım tam veya sınırlı ehliyetsiz kişilere atanabileceği gibi tam ehliyetli kişilere de atanabilir. Veli, vesayet makamına hesap verme yükümlülüğünde değilken kayyım yaptığı işler hakkında vesayet makamını bilgilendirmek ve hesap vermekle yükümlüdür. Kayyım ile temsil edilen kişi arasında bir hısımlık ilişkisi zorunlu değildir, hatta çocuğa atanan kayyımın çocuğun bağımsız temsilini sağlayabilmesi için hısımları dışında ve uzman kişiler arasından atanması gerekir.

B- Vesayetten Farkları

Vesayet, yasada belirli nedenlerin varlığı halinde korunmaya muhtaç bazı kişilerin kısıtlanarak, çocukların ise kısıtlanmadan kendilerine vasi atandığı ve vasi

[37] Öztan, s. 625.

tarafından vesayet makamlarının denetiminde kişinin kişiliğine özen gösterildiği ve malvarlığının yönetildiği bir hukuksal kurumdur. Kayyımlık ise hukuksal işlem ehliyetini etkilemeksizin işlerini birtakım nedenlerle görmekte yetersiz kalan kişinin işlerinin görülmesi için kurulan bir kurumdur[38], kayyımın asıl işlevi temsil edilenin kişiliğine özen göstermek değildir[39]. Kayyımın görevi atandığı kişiyi temsil ederek belirli işlerini görmek ve yönetim kayyımlığında belirli bir malvarlığını yönetmek, kendine özgü kayyımlıkta atandığı kişinin zarar görmesini engellemek için gerekli önlemleri almak veya yol göstermektir. Vesayetin kapsamı geniş ve vasinin görevleri genel nitelikte iken kayyımlığın kapsamı dardır ve kayyımın görevleri mahkeme kararı ile belirlidir.

C- Yasal Danışmanlıktan Farkları

Yasal danışmanlık, yasada kayyımlık hükümleriyle iç içe düzenlenmekle birlikte farklı nitelikler taşıyan ve kayyımlıktan birçok önemli konuda ayrılan bir kurumdur[40]. Yasal danışmanlık yasaya göre kısıtlanması için yeterli neden olmamakla birlikte korunması için fiil ehliyeti sınırlanması gerekli görülen ergin kişiye 429. maddede tek tek belirlenmiş malvarlığı ile ilgili konularda oyu alınmak üzere yasal danışman atanır. Sadece ergin kişilere yasal danışman atanırken kayyım erginlere, çocuklara ve tüzelkişilere atanabilmektedir[41]. Kendisine yasal danışman atanan kişi sınırlı ehliyetli hale gelir, belirli konularda danışmanın oyunu almadan hareket edemez[42]. Kayyımlıkta ise işini belirli nedenlerden ötürü göremeyen kişinin işlerinin görülmesi için, bir bakıma vekâletsiz, yasal temsil yetkisine dayanan bir iş görme söz konusudur. Kendisine kayyım atanan ergin kişi söz konusu işi kayyımın onayı olmadan yapabilir; çünkü kayyımlık hukuksal işlem ehliyetini etkilemez. Ayrıca kayyımın ne iş göreceği somut olaya göre yargıç kararıyla somutlaşırken yasal danışmanın yetkileri yasada dokuz bent halinde sayılan işlerde oy vermektir,

[38] Elpe, s. 51.
[39] Krş. Elpe, s. 51.
[40] Karanlık, s. 22.
[41] Öztan, s. 803; Elpe, s. 51-52.
[42] Elpe, s. 51.

yasa ile somutlaşmıştır. Yasal danışmanın yetkileri kayyımın yetkilerinden daha geniştir[43].

D- Vekâletten Farkları

Vekâlet, iki taraf arasında yapılan, vekilin vekil eden adına ve hesabına belirli bir işi veya bazı işleri yapmayı üstlendiği bir sözleşmedir. Vekâlet, Borçlar Kanunu'nun 386/3 hükmüne göre sözleşmede öngörülmedikçe veya teamül gerektirmedikçe ücretsizdir. Ancak Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi gereği sözleşme yapılmamış bile olsa avukat yaptığı iş için asgari ücret tarifesi üzerinden veya yasada söz edilen komisyonca belirlenen miktarda ücret isteme hakkına sahiptir. Kayyım ise yasa gereği vesayete ilişkin hükümlerin örnekseme ile uygulanması sonucu ücret isteme hakkına sahiptir. Vekâlet, vekilin yapmayı kabul ettiği işlerin görülmesi için gerekli hukuksal fiilleri ifa yetkisini yani temsil yetkisini de kapsar[44]. Bu anlamda vekil hukuksal işlemlerde sözleşmesel temsilcidir. Kayyım da atandığı kişinin temsilcisidir, onun adına bazı işler yapar, onun çıkarlarını korur. Vesayet makamı kayyıma kişisel koruma yükümlülüğü de yükleyebilir, kayyım gördüğü işle bağlantılı olarak çocuğun kişiliğine ilişkin çıkarları korur[45]. Ancak kayyımın temsil yetkisi sözleşmeye değil yasaya ve mahkeme kararına dayanmaktadır. Ayrıca vekil, vekil edenin talimatlarıyla işini görürken kayyım vesayet makamının talimatlarıyla bağlıdır. Kayyım da vekil gibi sadakat ve özen borcu altındadır[46]; ancak kayyımın borcu sözleşmeye değil yasaya dayanmaktadır.

[43] Velidedeoğlu, s. 558; Elpe, s. 51.
[44] Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 5. B., Ankara 2003, s. 410.
[45] Bkz. §6/I/A.
[46] Ancak güven kayyımı başka kişilerin de yararını koruduğundan aldığı kararlar her zaman atandığı kişinin yararlarına uygun olmayabilir. Vekilin sadakat ve özen borcu konusunda bkz. Aral, s. 417 vd.

§2. Çocuğun Hukuksal İşlem ve Dava Ehliyeti ile Temsili

I- Çocuğun Hukuksal İşlem Ehliyeti

A- Genel Olarak

Çocuğun hukuksal işlem ehliyeti ayırt etme gücüne bağlı olarak değişmektedir. Ayırt etme gücü bir kimsenin eylem ve işlemlerinin amacını, sonuçlarını, kapsamını seçebilme ve bunlara uygun hareket edebilme yeteneğidir[47]. Ayırt etme gücü, belli bir düşünsel yeteneğe uygun davranmayı ifade ettiğinden durumdan duruma değişen, göreceli bir kavramdır[48]. Çocuk, ayırt etme gücüne sahipse sınırlı ehliyetsiz grubuna girmekte ve bazı hukuksal işlemleri tek başına veya yasal temsilcisinin rızasıyla yapabilmektedir. Çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse tam ehliyetsiz grubuna girmekte ve hiçbir hukuksal işlemi yapamamaktadır, kendisi adına hukuksal işlemleri bazı istisnalar dışında yasal temsilcisi yapmaktadır. Tezimizde çocuğun temsili ve kayyımlığın temsildeki yeri inceleme konusu yapıldığından çocuğun hangi işlemleri tek başına yapabildiği, hangi işlemlerde yasal temsilcinin rızasına gereksinim duyduğu önem taşımaktadır.

B- Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Çocuğun Hukuksal İşlem Ehliyeti

Çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse yaptığı hukuksal işlemin hiçbir hükmü olmaz, iyi niyet iddiaları dahi dinlenmez[49]. Çocuk, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını da ayırt etme gücünden yoksunluğu nedeniyle kullanamaz. Bu haklar ve yasak işlemler dışında kalan hukuksal işlemlerde çocuğu yasal temsilcisi temsil ederek çocuk adına ve hesabına hareket eder. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanamaması haktan yoksun kalmaya yol açtığından bu sonucu hafifletmek için öğretide kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar arasında

[47] Jale Akipek/Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku**, C. I, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 6. B., İstanbul 2007, s. 288.
[48] Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, 2. B., İstanbul 2005, s. 92; Akipek/Akıntürk, s. 288.
[49] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 99.

mutlak-nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ayrımı yapılmıştır[50]. Bu ayrıma göre mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ancak hak sahibi tarafından kullanılabilirken nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ayırt etme gücünden yoksun kişi adına yasal temsilcisi tarafından kullanılabilir. Yasal temsilci, kural olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanamaz; ancak bazı durumlarda çocuğun kişiliğinin korunması kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların temsilci tarafından kullanılmasını haklı gösterebilir[51]. Bazı haklar ise yasanın açık ifadesi gereği veya hakkın niteliğinden dolayı sadece hak sahibi hakkı kullanabileceği için yasal temsilcinin küçük adına hareket ederek onu temsili olanaklı değildir[52]. Ayırt etme gücü yerinde olmayanların kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmasına ilişkin açık bir hüküm olmadığına göre niteliği gereği veya yasa gereği temsil kabul etmeyen işlemler dışında temsilin olanaklı olduğunu kabul etmek gerekir[53]. Nişanlanma, evlenme, ölüme bağlı tasarrufta bulunma haklarında yasa açıkça ayırt etme gücünü arar, öte yandan mahkeme kararı ile ergin kılınma gibi hakların kullanılmasında veya evlilik birliğinin temelden sarsılması nedeniyle boşanmada hakkın niteliği gereği ayırt etme gücü aranır[54]. Fakat kişiliğe yönelen saldırılara karşı hukuksal koruma yollarına başvurma hakkını kullanmada[55], tıbbi müdahaleye rıza vermede[56] veya soybağının reddinde, tanımanın iptalinde, evlenmeyle kurulan soybağına itirazda ya da babalık davasında temsil olanaklıdır.

---

[50] Margrith Bigler-Eggenberger, **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB**, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, 3. Auflage, Basel Genf München 2002, (Basler Kommentar), Art. 19 N 36, s. 205; Şeref Ertaş, "Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar", **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, S. 106, 2000, s. 9. İMK'deki değişiklik tasarısında ayırt etme gücüne sahip olmayanların mutlak biçimde kişiliğine bağlı haklarının yasal temsilci tarafından kullanılamayacağı öngörülerek mutlak-nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ayrımı kabul edilmiştir. Bkz. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) Änderung vom 19. Dezember 2008, http://www.admin.ch/ch/d/ff/2009/141.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2009 22.38. Yasada değişiklik yapılması hakkındaki 19.12.2008 tarihli yasa tasarısı 06.01.2009'da yayınlanmıştır, yürürlüğe girmesi 16.04.2009'da sona erecek referandumda kabul edilmesine bağlanmıştır.

[51] Saymen/Elbir, s. 259; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 94, 277; Akıntürk, s. 276; Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku**, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 127-128; Aydın Zevkliler/Beşir Acabey/Emre Gökyayla, **Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş - Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku - Aile Hukuku**, Ankara 1999, s. 366-367; Mustafa Dural/Tufan Öğüz, **Kişiler Hukuku**, 7. B., İstanbul 2004, s. 76.

[52] Akipek/Akıntürk, s. 319; Tekinay, s. 512; Ertaş, s. 11.

[53] Tekinay, s. 257-258, 512; Velidedeoğlu, s. 233.

[54] Akipek/Akıntürk, s. 319.

[55] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 367.

[56] Tıbbi müdahale konusunda Zarife Şenocak, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", **AÜHFD**, C. 50, S. 4, 2001, s. 73.

C- Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Çocuğun Hukuksal İşlem Ehliyeti

1- Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Çocuğun Tek Başına Yapabileceği Hukuksal İşlemler

a- Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanımı

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, hak sahibinin kişiliğini yakından ilgilendiren, ancak hak sahibi tarafından kullanılabilen, kural olarak yasal temsil yoluyla kullanılamayan mutlak haklar olarak tanımlanmaktadır[57]. Bu haklardan bazılarının iradi temsil yoluyla kullanılması olanaklı olmakla birlikte kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kural olarak temsil kabul etmez. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların temel olarak iki özelliği bulunduğu belirtilmektedir[58]. İlk olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak, yasada açıkça öngörülen bir hak olabilir, diğer bir ifadeyle sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yasada öngörülmeyen kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak yaratamaz[59]. İkinci olarak ise kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, hak sahibinin kişiliğinden ayrılamaz, yani kişi varlığı haklarındandır, bu nedenle malvarlığı hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı değildir[60]. Örneğin oturma hakkı, kişiye bağlı olmasına karşın, malvarlığı haklarından olduğu için kişiye sıkı sıkıya bağlı değildir; buna karşılık boşanmada manevi tazminat istemi kişiye sıkı sıkıya bağlı sayılmaktadır[61]. Söz konusu tazminat hakkı, malvarlıksal bir sonuç doğursa da bir kişilik hakkına dayandığı için kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliği ortadan kalkmaz. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların bazıları tek başına kullanılabilirken bazıları yasa gereği yasal temsilcinin rızası olmaksızın kullanılamaz. Tek başına kullanılabilen haklardan bazıları, kişilik haklarının ihlalinden dolayı manevi tazminat istemleri, adın korunması için ileri sürülen istemler, adın değiştirilmesini isteme, nişanı bozma, soybağının reddi, babalık davası, tanımanın iptali, vesayetin/kayyımlığın kaldırılmasını isteme, vasinin/kayyımın eylem ve işlemlerini şikayet, vesayet makamının kararlarına itiraz,

[57] Ertaş, s. 1; Dural/Öğüz, s. 72.
[58] Ertaş, s. 2.
[59] Ertaş, s. 2.
[60] Ertaş, s. 2.
[61] Ertaş, s. 2-3.

derneğe üye olma, üyelikten çıkma hakkıdır[62]. Yasal temsilcinin rızasıyla kullanılabilen haklar ise nişanlanma, evlenme, mal rejimi sözleşmesi yapma veya değiştirme, evlatlığa alınma, evlat edinebilme, yargı kararıyla erginleşmedir[63].

Ayırt etme gücüne sahip çocuk, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesine göre tek başına kullanabilir. Yasa koyucu, yukarıda sayılan bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımını yasal temsilcinin rızasına bağlamıştır. Ancak bu durumlarda dahi küçük, yine kendi iradesiyle kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkını kullanır ve ek olarak yasal temsilcinin izni aranır, diğer deyişle yasal temsilcinin rızasının küçüğün irade açıklamasını tamamlayıcı işlevi vardır[64]. Dolayısıyla yasal temsilcinin rızası küçüğün rızası yerine geçemez. Ayrıca yasada yasal temsilcinin izni aranmadığı halde uygulamada adın değiştirilmesi ve benzeri kişilik değerlerini yakından ilgilendiren işlerde yasal temsilcinin izni aranarak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanım özgürlüğü daraltılmaktadır[65]. Bu bağlamda örneğin, çocuğun doğrudan kişiliğini ilgilendiren tıbbi müdahaleler konusunda üç görüş ileri sürülmüştür: yasal temsilcinin rızasını aramakla birlikte küçüğün görüşünün alınması gerektiğini ileri süren görüş, küçüğün ve yasal temsilcinin rızasını birlikte arayan görüş ve küçüğün rızasını tek başına yeterli sayan görüş[66]. Şenocak'ın da belirttiği gibi çocuk ayırt etme gücüne sahipse çocuğun tıbbi müdahaleye rızası yeterli olmalıdır[67]. Söz konusu ayrıklar yanında yaş yönünden sınırlama getirilen haklar da vardır, çocuklar ancak on beş yaşını doldurduktan sonra vasiyetname yapma hakkını kullanabilir.

Ayrıca ayırt etme gücüne sahip çocuğun kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarında yasal temsilcinin çocuk adına hakkı kullanmak suretiyle çocuğu temsili olanaklı değildir[68]. Fakat öğretide bir görüşe göre, nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, çocuk ayırt etme gücüne sahip olsa bile yasal temsilci tarafından kullanılabilir, Türk

---

[62] Eugen Bucher, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 2. Abteilung Die natürlichen Personen Erster Teilband Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB**, Bern 1976, Art. 19 N 232, 237, 239, 262, 272, 281, s. 433, 435, 441, 442, 444.

[63] Bucher, Art. 19 N 221, 244, s. 431, 436; Öztan, s. 655; Akipek/Akıntürk, s. 326; Dural/Öğüz, s. 87.

[64] Ertaş, s. 6.

[65] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 96.

[66] Şenocak, s. 74.

[67] Şenocak, s. 76. Bununla birlikte 1 Ağustos 1998'de yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği, ayırt etme gücü olsun olmasın küçük ve kısıtlılar için yasal temsilcinin rızasını şart koşmaktadır.

[68] Ertaş, s. 7; Akipek/Akıntürk, s. 325; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 318; Öztan, s. 664. Aynı yönde bkz. Dural/Öğüz, s. 76.

Medeni Kanunu'nun 16. maddesi küçüğe hak tanıyan bir madde olup yasal temsilcinin temsil yetkisini sınırlandırmaz[69]. Egger, bazı hakların yasal temsilci tarafından ancak küçük ayırt etme gücüne sahip olmadığında kullanılabileceğini[70], bazı hakların ise hem küçük hem de yasal temsilci tarafından birbirinin rızasını almaksızın kullanılabileceğini ileri sürmektedir[71]. Bucher'e göre ise ayırt etme gücüne sahip küçüğün bazı işlerle sınırlı olarak medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olduğu durumlarda yasal temsilcinin temsil yetkisi yasa gereği kural olarak sona erer[72]. Fakat yazara göre, bazı hukuksal işlemler açısından yasal temsilcinin küçük adına kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanması olanaklı ise de yaptığı işlemlerin geçerliliği, ayırt etme gücüne sahip küçüğün bunları onaylayıp onaylamamasına bağlıdır[73]. Eğer ayırt etme gücüne sahip küçük, açıkça reddetmiyorsa işlemlerin geçerli olduğu kabul edilir[74]. Ancak kanımızca bu görüş, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın niteliği ile bağdaşmamaktadır; çünkü kişiye sıkı sıkıya bağlı hak, ayırt etme gücüne sahip hak sahibi tarafından bizzat kullanılması gereken bir hak türüdür, dolayısıyla kanımızca küçük ayırt etme gücüne sahipse kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkını kendisi kullanmalıdır. TMK 16/2, velayet hakkına sınırlama getiren bir maddedir[75] ve yasal temsilcinin ayırt etme gücüne sahip küçük adına bu hakları doğrudan kullanması olanaklı değildir[76]. Mutlak-nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ayrımına gidilmesinin temelinde de kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın başkasınca kullanılması olanaklı olmadığından ayırt etme gücünden yoksun küçük ve kısıtlının hakkından yoksun kalmasının önüne geçme endişesi vardır. Kurala istisna getirmek amacıyla yapılan ayrımın istisnanın kurala çevrilmesi kanımızca kabul edilebilir değildir. Eğer küçüğün kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkı kullanmada bilgisiz veya ihmalli davranacağı düşünülerek bu görüş ileri sürülüyorsa belirtilmelidir ki veli ve vasi küçüğü koruma yükümlülüğü bağlamında küçüğe önerilerde bulunmalıdır,

[69] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 282.
[70] August Egger, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch herausgegeben von A.Egger/Arnold Escher/Robert Haab/H. Oser, I. Band: Einleitung Art. 1-10 Das Personenrecht Art. 11-89**, Zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1930 (Das Personenrecht), Art. 19 N 12-13, s. 183.
[71] Egger, Das Personenrecht, Art. 19 N 15, s. 184.
[72] Bucher, Art. 19 N 209, s. 427.
[73] Bucher, Art. 19 N 209, s. 427.
[74] Bucher, Art. 19 N 209, s. 427.
[75] Bucher, Art. 19 N 190, s. 421; Ertaş, s. 7; Şenocak, s. 76.
[76] Ertaş, s. 7-8.

hakkını hatırlatmalı ve onu bilgilendirmelidir[77]. Ancak buna karşın küçük, hakkını kullanmak istemiyorsa, onun adına başka türlü karar verilmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın niteliğine aykırı düşer. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda küçüğe tanınan tam hukuksal işlem ehliyeti hakkı kullanıp kullanmama özgürlüğünü de kapsar.

b- Karşılıksız Kazanma

Çocuk, karşılıksız kazandırmaları kabul ederken Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesine göre yasal temsilcinin rızasına gereksinim duymaz, ayırt etme gücüne sahip çocuk tek başına karşılıksız kazanabilir. Ancak karşılıksız kazanmadan kasıt, çocuğa hiçbir borç yüklemeyen kazandırmalardır[78]. Buna karşın Borçlar Kanunu'nun 236/2 hükmüne göre yasal temsilci, sınırlı ehliyetsizi bağışlamayı kabulden meni veya bağışlanan şeyin geri verilmesini emrederse bağışlama yok hükmünde veya batıl olur. Öğretide kabul gören görüşe göre bağışlamanın konusu veya bağışlayan kişi yönünden bağışlananı küçük düşüren veya onu manevi baskı altına alan bağışlamalarda böyle bir ret söz konusu olabilir[79].

Ayrıca Serozan'ın da haklı olarak belirttiği gibi Türk Medeni Kanunu'nun 16/2 hükmü, çocuğun tek başına yapabildiği işlemler açısından dar kalmaktadır, çocuk, karşılıksız kazanmalar yanında, kendisi için sakıncası olmayan işlerde, örneğin bir edimi kabulde, bir alacağı tahsilde, ihtar çekmede, ayıbı ihbar etmede tek başına hareket edebilmelidir[80].

c- Yönetimi Kendisine Bırakılan Serbest Mallara İlişkin Hukuksal İşlemler

Çocuğun serbest malları Türk Medeni Kanunu'nun 357-359. maddelerinde düzenlenmiştir. Serbest mallar, anne babanın üzerinde yönetim ve kullanma hakkının kısmen veya tamamen bulunmadığı mallardır[81]. Serbest mallar üzerinde anne baba tarafından kullanım hakkının olup olmadığı kazandırmada bulunanın iradesine veya yasanın açık hükmüne göre değişmektedir. Serbest mallar üzerindeki yönetim hakkı,

[77] Krş. Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. I, 6. B., Ankara 2001, s. 1045.
[78] Akipek/Akıntürk, s. 323.
[79] Aral, s. 196; Akipek/Akıntürk, s. 323.
[80] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 280.
[81] Öztan, s. 691; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 333.

bazı hallerde anne babaya ait değildir; yönetim hakkı ya çocuğa aittir ya da kazandırmada bulunanın veya ölüme bağlı tasarrufta bulunanın iradesi ile belirlediği başka bir kişiye aittir.

ca- Yönetimi Çocuğa Bırakılan Karşılıksız Kazandırmalar

Türk Medeni Kanunu'nun 357. maddesinin ikinci fıkrasına göre kazandırmada bulunan, kazandırma sırasında açıkça aksini öngörmedikçe, ana ve baba bunlar üzerinde yönetim hakkına sahiptir. Öyleyse kazandırmada bulunan kazandırma sırasında kazandırma konusu malvarlığının yönetimini çocuğun kendisine bırakırsa çocuk yönetim hakkına sahip olur ve bu malvarlığı ile ilgili hukuksal işlemleri tek başına yapma ehliyetine sahiptir[82]. Bunun yanında 358. maddeye göre ölüme bağlı tasarruf yoluyla çocuğun saklı payı ana ve babanın yönetimi dışında bırakılabilir. Ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişi, çocuğun saklı payının yönetimini çocuğun kendisine de bırakabilir. Bu durumda çocuk kendisine bırakılan saklı pay ile ilgili hukuksal işlemleri yapabilir.

cb- Meslek ve Sanatın Yürütümü İçin Kendisine Bırakılan Para Miktarı ile Çocuğun Kişisel Kazancı

Türk Medeni Kanunu'nun 359. maddesine göre ana ve baba tarafından bir meslek veya sanatla uğraşması için çocuğa kendi malvarlığından verilen kısmın veya çocuğun kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir. Çocuğun bir işte çalışarak meslek ve sanat yürütebilmesi için geçerli bir sözleşme yapması ve bunun için de yasal temsilcisinin rızasının bulunması gerekir[83]. TMK 343. maddesi gereği 453. maddeye göre çocuğa yasal temsilcisi tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmişse, çocuk bu işle ilgili her tür olağan işlemi yapmaya yetkilidir. Yasal temsilcinin çocuğa bir meslek veya sanatın yürütümü için çocuğun malvarlığından verilen kısım üzerinde yönetim ve yararlanma hakkı çocuğa ait olduğundan çocuğun bu malvarlığı grubu üzerinde hukuksal işlem

[82] Akipek/Akıntürk, s. 324.
[83] Öztan, s. 665.

ehliyeti vardır, çocuk tek başına gerekli hukuksal işlemleri yapabilir[84]. Ayrıca çocuğun kendi elde ettiği kazancı üzerinde yönetim ve yararlanma hakkı da çocuğa aittir ve bu nedenle çocuk bu malvarlığı ile ilgili hukuksal işlem ehliyetine sahiptir.

d- Başkasının Temsilcisi Olarak Hareket Ettiği Hukuksal İşlemler

Ayırt etme gücüne sahip çocuk, anne babasının veya bir başkasının temsilcisi olarak hareket edebilir, temsil edilen adına ve hesabına hukuksal işlem yapabilir. Hukuksal işlem ehliyetinde önemli olan temsil edilenin hukuksal işlem ehliyetidir. Temsilcinin hukuksal işlem ehliyetinin tam olması aranmaz; çünkü temsilci başkası adına işlem yapar ve bu nedenle ayırt etme gücüne sahip olması gerekli ve yeterlidir[85]. Bu sonuca Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinde öngörülen çocuğun kendini borç altına sokan işlemleri yasal temsilcisinin rızası olmadan yapamayacağı hükmünün aksine yorumu ile de varılmaktadır, temsil ile çocuk kendini borç altına sokmadığına göre tek başına başkasını temsil etmeye yetkilidir[86].

2- Ayırt Etme Gücüne Sahip Çocuğun Yasal Temsilcinin Rızası ile Yapabileceği Hukuksal İşlemler

a- Genel Olarak

Ayırt etme gücüne sahip çocuk, Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesine göre yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremez. Buna karşılık İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılması tasarlanan değişikliğe göre ayırt etme gücüne sahip küçük, yasal temsilciden izin almaksızın günlük yaşamını sürdürmek için önemsiz işlemleri yapabilir[87]. Kendilerini borç altına sokan hukuksal

---

[84] Akipek/Akıntürk, s. 324.
[85] Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. B., İstanbul 2004, s. 127; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. B., İstanbul 2003, s. 396; Kılıçoğlu, haklı olarak hukuksal işlem ehliyetinin tam olmasının doğrudan temsilde aranmadığını fakat dolaylı temsilde aranması gerektiğini belirtmektedir. Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9. B., Ankara 2007, s. 160; Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, İstanbul 2004, (Medeni Hukuk), s. 286.
[86] Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. B., İstanbul 1998, s. 177.
[87] Bkz. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) Änderung vom 19. Dezember 2008, http://www.admin.ch/ch/d/ff/2009/141.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2009 22.38.

işlemler dışında yukarıda da değinildiği gibi bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı da yasal temsilcinin rızasını gerektirmektedir. Ancak belirtilmelidir ki ayırt etme gücüne sahip çocuğun kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında çocuk adına irade açıklamasında bulunmak suretiyle temsil kanımızca olanaklı değildir[88]. Çocuğun yasal temsilcilerinin temsile yetkili olduğu hukuksal işlemleri çocuk adına çocuğun katılımı olmadan yapmaları kural olarak olanaklıdır, ancak bu başlıkta incelenen konu çocuğun irade açıklamasıyla yaptığı ve yasal temsilcinin rıza verdiği hukuksal işlemlerdir. Bu işlemler, temsilin olanaklı olmadığı, çocuğun tek başına kullanabildiği hakları ile çocuğun ve yasal temsilcinin yapması yasak işlemler dışında kalan hukuksal işlemlerdir.

b- Çocuğun Hukuksal İşleme Katılımı

Ayırt etme gücüne sahip çocuk kendisini ilgilendiren, kendi kişi ve malvarlığında sonuç doğuran hukuksal işlemleri yaparken belli bir irade açıklamasında bulunur. Bu irade açıklaması hukuksal işlemin niteliğine göre ya anında sonuç doğurarak geçerli olur ya da yasal temsilcinin onamına bağlı tek taraflı bağlamazlık yaptırımına tabi olur. Çocuk, ayırt etme gücüne sahipse çocuğun rızasına aykırı olarak kişilik değerlerinde bir tasarrufta bulunulamaz. Bu nedenle çocuğun istekleri, rızası, katılımı kişilik haklarıyla ilgili hukuksal işlemlerde olmazsa olmaz niteliğe sahiptir[89]. Çocuğun malvarlığı ile ilgili olarak ise yasal temsilci, çocuğun katılımı olmadan dahi tasarruflarda bulunabilmektedir. Bununla beraber bazı malvarlığı değerleri, çocuğun yönetimine veya üçüncü bir kişinin yönetimine bırakılmıştır. Diğer taraftan çocuk ile yasal temsilci arasında yarar çatışması meydana geldiğinde 426/b.2 veya 345. maddeye göre çocuğa kayyım atanarak çocuğun yararı korunmaktadır. Kanımızca yasaya göre çocuğun katılımının aranmadığı hukuksal işlemlerde dahi - ÇHS'nin 12. maddesine göre kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerine gereken özen gösterilerek çocuğun görüşünü açıklama hakkına saygı duyulması ilkesi gereği - yasal temsilci çocuğun hukuksal

[88] Öztan, s. 664; Reisoğlu, aile ve miras hukukunda temsile her zaman izin verilmediğini belirtip bu konuda örnekler vererek bu konuya işaret etmektedir. Reisoğlu, s. 124. Ayrıca bkz. §2/I/C/1/a.
[89] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 69.

işleme katılımını sağlayarak çocuk haklarına saygı duymalı, yönetsel kurumlar ile mahkemeler de bu hakka saygı duyulmasını sağlamalıdır[90].

c- Yasal Temsilcinin Rızası

Yasal temsilcinin rızası, hukuksal işlemin geçerlilik koşulu olarak karşımıza çıkar. Yasal temsilcinin rızası olmadan yapılan bir hukuksal işlem çocuğu bağlamazken diğer tarafı yasal bağlar, yasal temsilci onamadığı takdirde karşı taraf da bağlılıktan kurtulur[91]. Yasal temsilci, rızasını önceden izin biçiminde verebileceği gibi sonradan onama biçiminde de verebilir. Fakat örneğin evlenmede yasal temsilcinin rızası mutlaka önceden izin biçiminde alınmalıdır. İzni alınmayan yasal temsilci, TMK 153. madde gereğince evlenmenin iptalini dava edebilir. Dolayısıyla çocuğun yasal temsilcinin izni olmadan yaptığı hukuksal işlemlerin yaptırımı bazı hukuksal işlemlerde farklılık göstermekte ve çocuğu bağlamaktadır.

3- Çocuğun ve Yasal Temsilcinin Yapması Yasak İşlemler

Türk Medeni Kanunu'nun 343. maddesine göre çocuğun hukuksal işlem ehliyeti vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir. Bu nedenle vesayet altındaki kişinin ehliyeti ile ilgili hükümler gönderme normu nedeniyle çocuklar hakkında da uygulanır. TMK 449. maddeye göre vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlamalarda bulunmak yasaktır[92]. Bununla birlikte Türk Medeni Kanunu'nun 449. maddesine göre yasal temsilcinin yapması yasak işlemleri velayet veya vesayet altındaki çocuğun yapıp yapamayacağı açık değildir. Yorum yoluyla değerlendirdiğimizde çocuğun kendini borç altına sokan bu işlemleri yasal temsilcisinin rızası olmadan yapamadığına göre ve bu işlemlerde yasal temsilcinin yetkisi olmadığına göre çocuk da bu işlemleri yapamaz. Söz konusu hükümlerin

---

[90] Çocuğun hukuksal işleme katılımı konusunda yasanın yetersizliği vurgulanmaktadır. Serozan, Çocuk Hukuku, s. 279.

[91] Akipek/Akıntürk, s. 329-330. Yasal temsilcinin izin vermemesi durumunda hukuksal işlemin akıbeti İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılması tasarlanan değişiklikte açıkça bu yönde düzenlenmiştir. Bkz. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) Änderung vom 19. Dezember 2008, http://www.admin.ch/ch/d/ff/2009/141.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2009 22.38

[92] Ayrıca Borçlar Kanunu'nun 348/3 hükmüne göre iş sözleşmesi yapıldığı sırada işçi ergin değilse rekabet yasağı koşulu geçersizdir.

yaptırımı kesin hükümsüzlüktür[93]. Bunun dışında çocuğun, kendi yönetimine bırakılan serbest mallara ilişkin olarak 449. maddede belirtilen işlemleri yapmasına bir engel yoktur[94]. 449. maddenin amacı çocuğu borç altına sokan işlemlerde çocuğun temsil edilme yetkisine sınır getirmektir.

II- Çocuğun Dava Ehliyeti

A- Genel Olarak

Dava ehliyeti, kişinin kendisinin veya yetkilendireceği bir temsilci aracılığıyla bir davayı davacı veya davalı olarak takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir[95]. Davayı takip etme ehliyeti, yasal yollara başvurma ve verilen kararı icrası için gerekli işlemleri yürütme ehliyetini de kapsar. Öte yandan çekişmesiz yargı işlerinde de dava ehliyeti aynı biçimde belirlenir; fakat çekişmesiz yargı işleri bakımından iş ehliyeti kavramı kullanılır[96]. Çocuğun dava ehliyeti, hukuksal işlem ehliyetine göre değişmektedir. Çünkü dava ehliyeti, medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetinin medeni usul hukukunda büründüğü biçimdir[97]. Dolayısıyla çocuk tam ehliyetsiz ise dava ehliyetine sahip değildir, sınırlı ehliyetsiz ise sınırlı dava ehliyetine sahiptir[98].

B- Çocuğun Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmaması Durumunda

Çocuk, ayırt etme gücüne sahip değilse, hukuksal işlem ehliyetine sahip olmadığı gibi dava ehliyetine de sahip değildir. Çocuğun haklarını dava yoluyla kullanabilmesi yasal temsilci tarafından çocuğun temsil edilmesi suretiyle olanaklıdır. Yasal temsilci çocuk adına dava açıp usul işlemlerini takip eder ve çocuğa karşı açılan davada yine yasal temsilci çocuğu temsil eder[99]. Ayrıca kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün kendisi haklarını

[93] Akipek/Akıntürk, s. 333.
[94] Öztan, s. 829; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 400.
[95] Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, s. 1026-1027.
[96] Baki Kuru, **Nizasız Kaza**, Ankara 1961, s. 146.
[97] Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, s. 1027; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 342.
[98] Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, s. 1033.
[99] Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, s. 1047.

kullanamaz, fakat bu haklardan nispi nitelikte kişiye sıkı sıkıya bağlı olanlar yasal temsilci tarafından kullanılabilir, mutlak nitelikte kişiye sıkı sıkıya bağlı olanlar ise kural olarak yasal temsilci tarafından da kullanılamaz[100].

C- Çocuğun Ayırt Etme Gücüne Sahip Olması Durumunda

Ayırt etme gücüne sahip çocuk, sınırlı ehliyetsiz olduğundan, dava ehliyetinin de bu bağlamda değerlendirilmesi gerekir. Ayırt etme gücüne sahip çocuk, tek başına kullanabildiği hakları ve yapabildiği işlemler bakımından tam olarak aktif ve pasif dava ehliyetine sahiptir[101]. Dolayısıyla kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken, bir meslek veya sanatla uğraşmasına izin verilen küçüğün bu meslek veya sanatın gereği olarak yaptığı işlemlerle ilgili alacak ve borçları için açılan davalarda ve tasarruf hakkı çocuğa bırakılmış serbest mal ve alacaklar için açılan davalarda dava ehliyeti tamdır[102]. Buna karşın çocuk, yasal temsilcisinin rızasıyla yapabildiği hukuksal işlemlerde sınırlı dava ehliyetine sahiptir. Dolayısıyla sınırlı dava ehliyetine sahip çocuğun, yukarıda sayılan istisnalar dışında, dava yoluyla haklarını ileri sürebilmesi ve kendisine karşı açılmış davada kendini savunması, yasal temsilcinin katılımıyla olanaklıdır. Yasal temsilci, çocuğu temsil yetkisini kullanarak, çocuğun katılımı olmadan onun adına dava açabileceği gibi çocuğun yasal temsilcisinin rızasıyla dava açması da olanaklıdır. Çocuğun yasal temsilcisinin izni olmadan dava açması durumunda da yasal temsilcinin onayıyla dava şartlarındaki eksiklik tamamlanabilir[103]. Dava ehliyetine sahip olmadığı için hakkındaki dava yasal temsilcisi tarafından takip edilen ayırt etme gücüne sahip küçük, dilerse yasal temsilcisi veya yasal temsilcisinin vekili ile birlikte yargılamada hazır bulunabilir[104].

Çocuk, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını dava yoluyla kullanırken Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesine göre yasal temsilcinin rızasına gereksinim duymaz, bu hakları tek başına kullanabilir. Dolayısıyla çocuğun bu haklar

---

[100] Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, s. 1047.
[101] Bucher, Art. 19 N 196, s. 423; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 343-344. Ertaş (s. 7), kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan dolayı dava açılmış da olsa küçüğün pasif dava ehliyetinin olmadığını, yasal temsilcisi tarafından temsilinin gerektiğini ileri sürmektedir.
[102] Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 16. B., Ankara 2005, s. 270; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, 7. B., Ankara 2008, s. 191; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 345.
[103] Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, s. 273; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 343.
[104] Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, s. 1046.

bakımından tam ehliyetli olduğu ve yasal temsilcinin temsil yetkisinin sınırlandığı belirtilmektedir. Yasal temsilcinin bu hüküm karşısında çocuk adına hareket ederek kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmasına olanak yoktur[105], ayırt etme gücüne sahip çocuk dava açıp açmama, yasal yollara başvurup başvurmama özgürlüğüne sahiptir. Ancak gerek öğretide bir görüş tarafından[106] gerekse uygulamada[107] yasal temsilcinin küçük adına nispi nitelikte kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanabileceği kabul edilmektedir. Kanımızca kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın ayırt etme gücüne sahip bir kişi yerine kullanılması kişiye sıkı sıkıya bağlı hak kavramının içeriğine, niteliğine ters düşer. Yasal temsilci çocuğu yönlendirebilir, öğütleyebilir[108], bilgilendirip çocuğa hakkını anımsatabilir; ancak çocuk adına bu hakları kullanamaz. Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip çocuk, bilerek veya ihmali nedeniyle dava açmadığı takdirde, yasal temsilci çocuk adına dava açamaz ve çocuğa karşı açılan bir davada çocuğu temsil edemez[109].

III- Çocuğun Temsili

A- Genel Olarak Temsil Kavramı

Temsil, bir kişinin bir başkası adına ve hesabına temsilci sıfatıyla bir hukuksal işlem yapması ve işlemin hukuksal sonuçlarının adına ve hesabına işlem yapılan kişi üzerinde doğmasını sağlamasıdır[110]. Temsilde üç önemli husus vardır: temsil yetkisi, temsilcinin başkası adına hukuksal işlem yapması, işlemin hukuksal sonuçlarının temsil edilenin kişiliğinde doğması[111]. Yasal temsilde ise temsil, temsil edilen adına iş görülmesi yanında temsil edilenin yaptığı işlemlere onay vermek veya vermemek suretiyle temsil edilenin yararlarının korunması anlamına gelir. Yasal temsil bu yönüyle iradi temsilden ayrılmaktadır.

---

[105] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s 344; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, s. 1044.
[106] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 282. Krş. Bucher, Art. 19 N 207-209.
[107] Bu yönde kararlar için bkz. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, s. 1034 dipnot 368, s. 1045.
[108] Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, s. 1045.
[109] Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, s. 1043, 1045. Kuru (s. 1045), bu durumda davanın açılması küçüğün yararına ise vesayet makamınca 426. maddeye göre bir kayyım atanabileceğini ileri sürmektedir. Ancak kayyım da yasal temsilcidir ve kanımızca veli ya da vasinin küçük adına kullanamadığı bir hakkı kayyım da kullanamaz.
[110] Oğuzman/Öz, s. 153; Reisoğlu, s. 124; Eren, s. 383.
[111] Akyol, s. 3-4.

Temsil yetkisi, temsil edilenin kendi adına hukuksal işlem yapılması için temsil edene verdiği yetkidir[112]. Temsil yetkisi başkası adına yapılan hukuksal işlemi meşrulaştırır[113]. Temsil yetkisi hak olmadığı için üzerinde tasarrufta bulunulamaz, devredilemez, başkasına geçmez, haczedilemez[114]. Temsil, genel olarak iradi temsil olarak anlaşılmakla birlikte temsil yetkisi yasaya dayanıyorsa yasal temsilden söz edilir[115]. Yasal temsilde temsil edilen temsilciye temsil yetkisi vermediği halde temsilci temsil edilen adına hareket etme yetkisine ve ödevine sahiptir.

Temsilde önemli bir yer tutan açıklama ilkesi, temsilcinin temsilci sıfatıyla hukuksal işlem yaparken temsilci sıfatıyla işlem yaptığını açıklaması anlamına gelir[116]. Aksi takdirde işlemin hukuksal sonuçları temsil edilen üzerinde değil temsilci üzerinde doğar. Ancak temsilci, temsilci olduğunu açıklamasa da temsilci sıfatıyla hukuksal işlem yaptığı biliniyor veya anlaşılabiliyorsa hukuksal işlemin sonuçları yine temsil edilenin kişiliğinde doğar[117]. Önemli olan temsilcinin temsil yetkisine dayanarak hukuksal işlem yapması ve bunun belli olmasıdır. İlgili için işlemlerde ise muhatabın kim olduğu önem taşımadığından temsilci sıfatının kullanılması gerekmez, işlemin hukuksal sonuçları yine temsil edilen üzerinde doğar[118].

Temsilde başkası adına yapılan hukuksal işlemin temsil edilenin kişiliğinde geçerli olarak doğması için temsil edilenin o işlemi yapmaya ehil olması gerekir. Temsilcinin ise ayırt etme gücüne sahip olması gerekli ve yeterlidir[119]. Bu nedenle evlilik dışı doğan çocuğun annesi küçük ya da kısıtlı da olsa velayet kendisinden alınıncaya ve çocuğa başka bir temsilci atanıncaya kadar çocuğu ayırt etme gücüne sahip olduğu sürece anne temsil eder.

İradi temsilde temsil edilenin temsilciye verdiği talimat, temsil yetkisinin kapsamını ve sınırını belirlerken yasal temsilde temsil edilenin talimat verme yetkisi yoktur. Yasal temsilci, temsil edilenin görüşlerini dikkate alıp gerekli önemi vererek

[112] Akyol, s. 4, 7.
[113] Akyol, s. 4.
[114] Akyol, s. 5.
[115] Akyol, s. 158; Reisoğlu, s. 126; Oğuzman/Öz, s. 159; Eren, s. 388.
[116] Serozan, Medeni Hukuk, s. 287; Oğuzman/Öz, s. 157; Reisoğlu, s. 126; Kılıçoğlu, s. 162; Eren, s. 390; Akyol, s. 183.
[117] Serozan, Medeni Hukuk, s. 287; Oğuzman/Öz, s. 158; Reisoğlu, s. 126; Kılıçoğlu, s. 162; Eren, s. 391; Akyol, s. 184-185.
[118] Oğuzman/Öz, s. 158; Reisoğlu, s. 126; Serozan, Medeni Hukuk, s. 287; Kılıçoğlu, s. 162-163; Eren, s. 392; Akyol, s. 196-197.
[119] Bkz. §2/I/C/1/d.

onu temsil etse de temsil edilenin istekleri yasal temsilciyi bağlayıcı değildir. Vesayette vesayet dairelerinin denetimi, kayyımlıkta vesayet makamının talimatları temsil yetkisini sınırlar. Temsilci, hukuka uygun olarak verilen talimatlara uymadığı takdirde, temsil yetkisinin aşımı söz konusu olur ve yetkisiz temsil hükümleri uygulanır[120].

Temsilin içeriği hukuksal işlem olduğundan temsilcinin hukuksal sonuç doğuran tüm irade açıklamaları temsil ile yapılabilir; ancak yasa bazı hukuksal işlemlerde açıkça, bazılarında hakkın niteliği gereği örtülü biçimde temsil yasağı getirmiştir. Bu işler, temsile düşman sayılan evlenme, tanıma, evlat edinme gibi işlerdir[121]. Öte yandan temsilin içeriği genel olarak hukuksal işlemlerdir; ancak yasal temsilde velayet, vesayet ve kayyımlıkla ilgili hükümler incelendiğinde görülür ki görülen iş sadece hukuksal işlem değildir, maddi eylemleri ve hukuksal işlem benzerlerini de kapsar[122]. Bu nedenle çocuğun temsilinde temsilcinin yaptığı iş, hukuksal işlem yanında temsil kabul edebilen tüm işleri kapsar biçimde anlaşılmalıdır.

B- Çocuğun Yasal Temsili

1- Çocuğun Temsili Bağlamında Velayet

Velayet, çocuğun ve istisnai olarak ergin kısıtlının kişiliğine ve malvarlığına özen gösterme, çıkarlarının korunması, malvarlığının yönetimi ile kullanımı ve onu temsil etme konusunda yasanın anne babaya yüklediği yükümlülükler ile bunların iyi biçimde yerine getirilmesini sağlamak üzere onlara tanıdığı hakların tümüdür[123]. Çağcıl velayet anlayışında yükümlülüklerin, sorumlulukların ve çocuğun çıkarlarının ön planda olması nedeniyle yeni yasalarda, mutlak bir anlam çağrıştıran velayet yerine, isabetli biçimde "bakım hakkı", "koruma hakkı" gibi kavramlar kullanılmaktadır[124].

---

[120] Oğuzman/Öz, s. 168; Eren, s. 403. Karşı görüş için bkz. Akyol, s. 119.
[121] Oğuzman/Öz, s. 156-157; Serozan, Medeni Hukuk, s. 285; Kılıçoğlu, s. 163; Eren, s. 384.
[122] Gümüş, s. 47.
[123] Akıntürk, s. 408; Öztan, s. 625; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 250; Özer Taşkın, s. 28.
[124] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 250; Özer Taşkın, s. 30.

Çocuğun velayet hak ve yükümüne sahip anne veya baba, bu hakkını kullanıp yükümünü yerine getirirken çocuğu temsil eder. Anne babanın temsil yetkisi velayet haklarından kaynaklanır[125]. Bir diğer bakış açısıyla anne baba temsil yetkisine yasaya göre ancak velayetleri çerçevesinde sahiptir[126]. Ergin olmaması nedeniyle hukuksal işlem ehliyeti tam olmayan çocukların kendilerini ilgilendiren hukuksal işlemlerde ve davalarda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ve yasak işlemler dışında bir temsilciye gereksinim duyacağı konusunda kuşku yoktur[127]. Türk Medeni Kanunu'nun 342. maddesine göre anne ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. İyi niyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler. Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsilde de uygulanır[128]. Velayetin amacı çocuğun bağımsız bir kişilik kazanmasını sağlamak olduğundan bu amaca uygun olarak çocuğun yüksek yararı ve çocuğun katılım hakkı velayet hakkının sınırlarını çizer[129].

Velayetin amacı, iradi temsil kurumunda olduğu gibi temsil edilenin yararının korunmasıdır[130]; bu nedenle velilerin çocuk yararına uygun hareket edip bu doğrultuda onu temsil etmesi beklenir[131]. Ancak çocuğun yararına uygun davranmayan anne veya baba temsilin amacına uygun hareket etmediğinden temsil yetkisi askıya alınır ve çocuğun yararını o iş için kollayacak kayyım gibi bir başka temsilci atanır[132] veya gerekli başka önlemler alınır. Çünkü anne baba temsil yetkisini çocuğun yararını göz önünde tutarak kullanırlar[133], çocuğun yüksek yararı çocuğu ilgilendiren her konuda temel ölçüt olarak dikkate alınır. Anne veya baba çocuğun yararını olumlu veya olumsuz bir eylemle ihmal edebilir. Çocuğun haklarına saygı duymamak çocuk adına yapılması gereken bazı işleri yapmayıp

---

[125] Öztan, s. 657.
[126] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 256.
[127] Akıntürk, s. 419-420.
[128] Bu hükümle yasal temsilcinin yapabileceği ve yapamayacağı işlemleri, kısıtlının hukuksal işleme katılımını düzenleyen 448-453. maddelerindeki hükümlere gönderme yapılmaktadır.
[129] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 250; Krş. Gülçin Elçin Grassinger, **Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Önlemler**, İstanbul 2009, s. 65.
[130] Özer Taşkın, s. 28.
[131] Naomi Cahn, "State Representation of Children's Interests", **Family Law Quarterly**, 2006, Vol. 40, Nu. 1, s. 114.
[132] Hegnauer, Das Kindesrecht, s. 145.
[133] Öztan, s. 657.

hareketsiz kalma halinde de söz konusu olur. Ancak bazı işlerde temsil görevini gereği gibi yerine getirmemesi temsil yetkisinin sürekli biçimde elinden alınmasını gerektirmez. Çocuk, her zaman anne ve babasının ilgisine, sevgisine gereksinim duyar. Velayet sadece temsilden oluşmayıp soybağına dayanan ve ömür boyu sürecek dayanışma bağını da içeren, fakat velayet süresince daha çok çocuğun bedensel, ruhsal gereksinimlerinin karşılanması amacına yönelen bir ilişkidir. Fakat temsil görevinin gereği gibi yerine getirilmemesi süreklilik taşıyorsa veya yasal temsilcinin ihmali çok önemli bir boyutta ise temsil yetkisinin dayanağını oluşturan velayetin kaldırılması gündeme gelir.

Çocuğun velayet hakkına sahip anne baba tarafından temsilinde çocuğun görüşlerinin dikkate alınması, çocuk adına yasal temsilcinin hukuksal işlem yaparken çocuğun katılımına önem verilmesi gerekir. Sıradan bir temsilde temsil edilen temsilciye yetki verir, temsilci ise temsil edilenin verdiği yetki ve bunun sınırlarını belirleyen talimatlar çerçevesinde hareket eder. Oysaki velayette somutlaşan yasal temsilde temsil edilenin yani çocuğun verdiği bir yetki olmadığı gibi çocuğun talimatları da söz konusu değildir. Fakat çocuk haklarını düzenleyen ÇHS'nin 12. maddesine göre çocuğun görüşlerine olgunluk derecesine göre gereken önem verilir. Ehliyeti tam olmasa da birey olarak kabul edilen çocuğun görüşleri olgunluk derecesine göre kendi adına yapılan işlemleri etkilemelidir. Türk Medeni Kanunu'nun 339. maddesinin üçüncü fıkrasına göre ana ve baba olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanırlar, önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar. Yasa, belli bir yaş öngörmeyip sözleşmedeki gibi olgunluğu ölçü almıştır[134]. Fakat çocuğun düşüncesinin göz önünde tutulması "olabildiğince" ifadesiyle öngörülemez biçimde sınırlanmıştır, kanımızca söz konusu madde BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne uygun yorumlanmalı ve çocuğun görüşünün alınması takdire bağlı olmamalıdır[135]. Takdire bağlı olması gereken, çocuğun görüşlerine olgunluğu ölçüsünde önem vermektir.

[134] Öztan, s. 658.
[135] Krş. Serozan, Çocuk Hukuku, s. 164.

2- Çocuğun Temsili Bağlamında Vesayet

Vesayet, velayet altında olmayan çocuk ile ergin olmalarına karşın kendi kendilerini yönetemeyen, özel bakım isteyen kişinin korunması amacıyla devletçe örgütlendirilmiş, kişinin kendisine, malvarlığına ilişkin yararlarının korunmasına ve temsiline yönelik bir kurumdur[136]. Vesayet altına alınarak kendisine vasi atanan çocuk TMK 448. maddeye göre vasisi tarafından temsil edilir. Vesayet velayetin doğmadığı veya sona erdirildiği koşullarda doğar, yani diğer deyişle vesayet ikincil niteliktedir[137].

Vasi, çocuğun yasal temsilcisi sıfatıyla, çocuk adına ve hesabına kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ve yasak işlemler dışında kalan hukuksal işlemleri yapar. Ancak vesayette, velayetten farklı olarak, vasi temsil yetkisini kullanırken bazı hukuksal işlemlerde vesayet makamı veya vesayet makamı ile birlikte denetim makamının izni olmadan hareket edemez, yasa vasinin yetkisini bazı işlemler yönünden sınırlamıştır[138]. Bunun nedeni vasinin bir vesayet organı olarak mahkeme kararı ile görevlendirilmesidir ve vesayet dairelerinin sıkı denetimi altında olmasıdır[139]. TMK 454. maddeye göre vasi, vesayet altındaki çocuğun malvarlığını iyi bir yönetici gibi özenle yönetmekle yükümlüdür, ayrıca yönetimle ilgili hesap tutup belirlenen tarihlerde hesabı vasiyet makamının incelemesine sunmakla yükümlüdür. Vasi, üçüncü kişileri belirli işlerin görülmesi konusunda yetkilendirmişse, söz konusu kişilerin seçiminde de iyi bir yöneticinin göstermesi gereken özeni göstermekle yükümlüdür[140].

Vasi, çocuğun temsilinde çocuğun yüksek yararına uygun davranmadığı takdirde, çocuğun temsilini sağlamak için kayyım gibi bir başka temsilci atanır. Eğer vasi, görevini sürekli olarak ihmal ediyorsa vasinin görevine son verilir ve başka bir kişi vasi olarak atanır.

---

[136] Öztan, s. 747; Akıntürk, s. 474.
[137] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 257.
[138] Akıntürk, s. 524.
[139] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 257-258.
[140] Öztan, s. 824.

Vasi, ayırt etme gücüne sahip çocuğu temsil ederken çocuğun görüşünü alarak hukuksal işleme katılımını sağlamakla yükümlüdür[141]. TMK 450. maddeye göre çocuk, görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi önemli işlerde karar vermeden önce olabildiğince onun görüşlerini almakla yükümlüdür[142].

3- Çocuğun Temsili Bağlamında Kayyımlık

Çocuğa atanan kayyım, ya belirli bir işin görülmesi için, ya belirli bir davada çocuğu temsil etmek için ya çocuğun malvarlığını belirli nedenlerden dolayı yönetmek için ya da çocuğun kişiliğinin veya malvarlığının korunmasında önlem almak için görevlendirilir. Kayyımın çocuğu temsilinin kapsamı sınırlı ve belirlidir, süreklilik taşımaz. Kayyımlığın türüne göre kayyımın görev süresi belirli veya belirsiz olabilir; ancak velayette ya da vesayetteki gibi sürekli ve kapsamlı bir temsilden söz edilemez[143]. Kayyım tarafından temsilde temsil edilenin verdiği bir yetki olmadığından – isteğe bağlı kayyımlıkta dahi – ve doğrudan yasaya dayandığından kayyımlığın yasal temsil niteliğinde olduğu kabul edilir[144]. Kayyımın yaptığı işi temsil yönünden değerlendirdiğimizde çocuğun davada temsili, hukuksal işlemlerde temsili, malvarlığının yönetimi hukuksal sonuç doğurmaya yönelen irade açıklamalarından oluştuğundan hiç kuşkusuz kayyımın yaptığı iş temsildir. Fakat özellikle kendine özgü kayyımlıkta ve diğer kayyımlık türlerinde kayyımın yaptığı iş, her zaman temsil niteliğinde hukuksal işlem olmayıp, kimi zaman salt maddi bir fiildir[145].

Türk Medeni Kanunu'nun 458. maddesine göre, bir kimseye kayyım atanması, onun fiil ehliyetini etkilemez. Yasa, açıkça kayyımlığın hukuksal işlem ehliyetine ve bununla birlikte dava ehliyetine hiçbir etkisi olmadığını öngörmüştür. Dolayısıyla kayyım atanmadan önce söz konusu kişi sınırlı ehliyetsiz ise sınırlı ehliyetsiz, tam ehliyetsiz ise tam ehliyetsiz olmaya devam eder. Çocuğa kayyım atanması durumunda ise çocuk ayırt etme gücüne sahipse kayyım atansa dahi sınırlı

---

[141] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 258. Her ne kadar Öztan, kısıtlı kişi erginse görüşlerinin alınması gerektiğini ileri sürmüşse de bu görüş hem yasaya hem de ÇHS'ye aykırıdır. Öztan, s. 830.
[142] Hükmün eleştirisi için bkz. §6/I/C/1.
[143] Gümüş, s. 295.
[144] Bkz. §1/III.
[145] Gümüş, s. 296.

ehliyetsizdir, ayırt etme gücüne sahip değilse kayyım atandığında da tam ehliyetsizdir.

Çocuğun tek başına yapabildiği hukuksal işlemlerde, çocuk hukuksal işlem ehliyetine sahip olduğundan, çocuğun kayyım tarafından temsiline yer yoktur. Ancak çocuğun yasal temsilcisinin rızası ile yapabildiği hukuksal işlemlerde, kayyımlık kurulmasını gerektiren bir neden söz konusu olduğunda, işlemin geçerliliği kayyımın verdiği rızaya bağlıdır.

C- Çocuğun İradi Temsili

Ayırt etme gücüne sahip çocuk, dava ehliyetine sahip olduğu konularda bir avukata kendisini temsil yetkisi vererek vekâlet sözleşmesi yapabilir[146]. Diğer bir ifadeyle çocuk haklarını iradi temsilci aracılığıyla kullanabilir. Ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda hakkın kullanım yetkisi iradi temsilciye bırakılamaz, çocuk kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkını kullanmaya karar verdikten sonra örneğin adını değiştirmeye karar verdikten sonra dava açması için bir avukata temsil yetkisi verebilir. Ayrıca çocuk dava ehliyetine sahip olduğu hususlarda avukatla vekâlet ücreti sözleşmesi de yapabilir[147], çocuğu borçlandıran bir sözleşme olsa da tek başına kullanabildiği bir hakkın kullanımı kapsamında çocuğun vekâlet ücretini üstlenmesi olanaklıdır[148]. Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin tek başına belli işlemleri yapabileceği kabul ediliyorsa bu işlemlere bağlı zorunlu borçlandırıcı işlemleri de tek başına yapabileceği kabul edilmelidir[149]. Türkiye Noterler Birliği'nin 09.10.1992 tarihli 45 sayılı genelgesi[150] de bu yöndedir: *"Mümeyyiz küçükler kural olarak dava ehliyetine sahip değildirler. Bunlar davada kanuni temsilcileri tarafından temsil edilirler. Ancak bazı istisnai hallerde dava ehliyetine sahiptirler. Bu haller şunlardır; a) Mümeyyiz küçükler kişiye sıkı olarak bağlı (münhasıran şahsa merbut*

[146] Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, s. 1044; . Sevgi Usta Sayıta, "Mağdur Çocuklar Hakkında Koruma Önlemleri", **Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu**, Yayına Hazırlayan İstanbul Barosu Yayın Kurulu, İstanbul 2004, s. 100-101.

[147] Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, s. 1044; Usta Sayıta, s. 100-101. Özer Taşkın (s. 64) ise çocuğun yararı için çok önemli durumlarda anne babanın rızasının aranmayarak işlem güvenliğinin korunması gerektiğini ve çocuğun böyle bir durumda yaptığı avukatlık sözleşmesinin geçerli olduğunu ileri sürmektedir.

[148] Bucher, Art. 19 N 314, s. 450; Serozan, s. 282.

[149] Ertaş, s. 8.

[150] http://www.tnb.org.tr/ACIK/GenelgeDetay.aspx?TURU=GENELGE&ULAS=54618&K, Erişim Tarihi: 21.03.2009 14.06

haklarını kullanmada yasal temsilcilerinin rızasına muhtaç değillerdir. (MK m. l6, II),

b) Kendisine sulh mahkemesi tarafından bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilen vesayet altındaki kimse veya kendisine anne ve babası tarafından bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilen mümeyyiz küçük, bu meslek veya sanatın gereği ile ilgili alacak ve borçları için açılan davalarda dava ehliyetine sahiptir. (M.K.m.284,396,4ö51'7)

c) Mümeyyiz küçük tasarruf hakkı kendisine bırakılmış olan mal ve alacaklar için açılan davalarda dava ehliyetine sahiptir. (M.K.m.283,398)

Yukarıda sayılan durumlarda tam dava ehliyetine sahip bulunan mümeyyiz küçükler; bunun doğal bir sonucu olarak dava için vekil (avukat) tayin edebilir ve avukat ile bir ücret sözleşmesi de yapabilir." Ancak ücret fahiş nitelikte ise, gabin veya hileye dayanarak sözleşmenin geçersizliği ileri sürebilir[151]. Öte yandan avukat, olumlu sonuç alınma olasılığı olmadığı halde çocukla yüksek bir meblağ üzerinden vekâlet sözleşmesi yaptığı takdirde, mesleki etik kurallarına göre doğan yaptırımlardan başka, vekâlet ücretinin ödenmesi için dava açıldığında, iş sahibi olan çocuk zarara uğradığını ileri sürebilir[152].

Çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmasına karşın davasını yürütme konusunda yeterli olmaması durumunda HUMK bir olanak daha tanımıştır. HUMK'nin 71. maddesine göre tahkikat hâkimi iki taraftan birinin gereği gibi davasını takip edecek ehliyette olmadığını görürse bir vekili refakatine almasını emredebilir. Bu takdirde çocuk, yasal temsilcisini refakatine alabileceği gibi bir avukat atayarak ona temsil yetkisi de verebilir[153]. Çocuk, bu emre uymadığı takdirde aynı maddeye göre yargılamaya yokluğunda devam edilebilir.

Çocuğun davada temsil edilmesi, çocuk hakları yönünden özellikle önem taşır. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesine göre çocuğa görüşünü açıklama hakkı, doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam aracılığıyla dinlenerek tanınır[154]. Öte yandan Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin çocuğun kendisine özel bir temsilci atanmasını isteme

[151] Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, s. 1044.
[152] Bucher, Art. 19 N 315, s. 450.
[153] Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, s. 1044.
[154] Gümüş, s. 183.

hakkını düzenleyen dördüncü maddesi de bağımsız temsil hakkını güvence altına almıştır[155]. Bu nedenle çocuğun dava ehliyetine sahip olması halinde dahi çocuğun istemi üzerine kendisine bir iradi temsilci, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi gereği bir avukat atanması gerekir. Bu doğrultuda HUMK 466. madde ve Avukatlık Kanunu'nun 176-179. maddelerine göre adli yardım yoluyla çocuğa avukat atanabilir.

D- Çocuğun Yüksek Yararı Kavramı ve Çocuğun Yüksek Yararı ile Bağımsız Temsil Edilme Hakkı Arasındaki İlişki

1- Çocuğun Yüksek Yararı Kavramı

Çocuk, velayet konusu bir nesne olmaktan çıkıp korunması ve haklarına saygı duyulması gereken bir özne olarak kabul edildiğinden beri çocuğun yararını koruma kaygısı toplumlarda, yasalarda kendini göstermiştir; ama uygulamada, çocuğun yararı adına yapılanlar aslında çocuğun yararına değil, aksine zararına olmuştur. Çocuğun yararı kavramı çoğu kez aile yararıyla özdeş tutulmuş, kimi zaman ise anne babanın yararları, gereksinimleri ya da kusuru/kusursuzluğu ile değerlendirilmiştir. Çocuk, yetişkinler arası savaşımda geçerli bir silah olarak düşünülmüştür. Yetişkinler bilerek veya bilmeyerek çocuğun kişiliğini, onurunu göz ardı etmiş, haklarına saygı duymamıştır. Çünkü çocuğun kendi yararını bilebilecek yeterlilikte olmadığı varsayılmıştır[156]. Böyle bir ortamda çocuğun yüksek yararı kavramı doğmuş, hukuk düzenine girmeyi başarmıştır. Daha önce yasalarda sadece çocuğun yararı, iyiliği biçiminde ifade edilen kavram, ilk kez Çocuk Hakları Bildirgesi'nde ve daha sonra bağlayıcı nitelikte olan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocuğun yüksek yararı olarak ifade edilmiştir. Çocuğun yüksek yararı, herkesin beğenisini görüp desteğini alsa da kavramın karmaşıklığı nedeniyle kavramsal eleştirilere uğramış, uygulamada sorunlar yaratmıştır[157]. Gerçekten de kavramın tanımı ve koşulları üzerinde tam

[155] Usta Sayıta, s. 101.
[156] Joseph Goldstein/Anna Freud/Albert J. Solnit, **Beyond the Best Interests of the Child**, New York 1973, s. 3.
[157] Goldstein/Freud/Solnit (s. 53 vd.), çocuğun yüksek yararı kavramının belirsizliği nedeniyle "çocuğa en az zararlı seçenek" kavramını önermiş ve benimsemişlerdir. Ancak Peskind'in de belirttiği gibi "en az zararlı seçenek" kavramının da belirlenmesi çocuğun yüksek yararı kadar belirsiz

olarak uzlaşmaya varılabilmiş değildir. Yine de şöyle tanımlamak yanlış olmaz: Çocuğun yüksek yararı; çocuğu ilgilendiren her iş ve davada göz önüne alınan, çocuğun yaşına, fiziksel, zihinsel, ahlaksal, ruhsal sağlığı ve gelişimine, çocuğun isteklerine ve mutluluğuna, çevresel etmenlere, çocuğun yararının çatıştığı kişilerle ilişkilerine ve çocuğun yakınlarının görüşlerine göre belirlenen göreceli bir ölçüttür[158]. Söz konusu ölçütün, çocuğu ilgilendiren dava ve işlerde göz önüne alınması gereken en üstün düşünce mi, yoksa temel düşüncelerden biri mi olduğu konusu dahi tartışmalıdır[159]. Çocuğun yüksek yararının belirlenmesinde göz önüne alınan etmenler ise zaman içinde deneyimle belirlenmiştir. Çocuğun yararı bu şekilde tanımlansa ve koşulları belirlense bile göz önüne alınan etmenlerin birbiriyle çatışması halinde hangisinin üstün tutularak çocuğun yüksek yararının belirleneceği sorunu çözülmüş değildir[160]. Böyle bir durumda çocuğun yüksek yararının belirlenmesi kararı veren yargıcın takdirine kalmaktadır. Kavramın belirsizliği yargıcın takdir yetkisini oldukça genişletmektedir[161]. Diğer yandan kavram, soyut nitelik taşıyıp yargıcın kişisel görüşleri ve değer yargılarıyla biçimlendiğinden, bu ölçüte göre varılan sonucun aksini kanıtlama yükü, ölçütten yararlanması tasarlanan çocuğun kendisine düşmektedir[162]. Fakat çocuğu ilgilendiren her yargılamanın farklı koşulları olduğu, somut adalet anlayışı gerektirdiği göz önüne alınırsa, çocuğun yüksek yararı ölçütünün, etmenleri belirlendiğinde vazgeçilmez bir ölçüt olduğu görülür.

Diğer yandan çocuğun yüksek yararı kavramı salt hukuksal nitelik taşımaması nedeniyle karmaşıktır. Çocuğun yüksek yararı, çocuğun istekleri, sağlığı ve gelişimi, çevresel etmenleri ve çocuğun çevresiyle ilişkileri gibi unsurları içerdiğinden salt

---

olduğundan kavramsal eleştiriler karşısında çözüm olamamıştır. Steven 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**, Vol. 25, 2004-2005, s. 471.

[158] Grassinger, s. 58.

[159] Bunun temelinde 1924 Çocuk Hakları Bildirisi ile 1989 BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğun yüksek yararı ile ilgili olarak farklı ifadeler kullanması yatar. Bir görüşe göre en üstün yerine temel düşünce ifadesi bilinçli bir tercihtir. Philip Alston, "The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights", **International Journal of Law and the Family**, Vol. 8, 1994, s. 12. Diğer ve katıldığımız görüşe göre aralarındaki fark çok önemsenmemelidir, sözleşmede kabul edilen ifade çocuğun yüksek yararı düşüncesini önemsizleştirmez. Bkz. Jane Spinak, "When Did Lawyers for Children Stop Reading Goldstein, Freud and Solnit? Lessons from the Twentieth Century on Best Interests and the Role of the Child Advocate", **Family Law Quarterly**, 2007, Vol. 41, Nu. 2, s. 396.

[160] Özer Taşkın, s. 20.

[161] Peskind, s. 457.

[162] Peskind, s. 460.

hukukla açıklanamayan ve belirlenemeyen bir kavramdır[163]. Çocuğun yüksek yararının belirlenmesinde ruhbilimcilerden, ruh hekimlerinden, çocuk eğitbilimcilerden, toplumbilimcilerden yararlanılması zorunludur[164]. Görüldüğü gibi çocuğun yüksek yararı, birlikte çalışmayı gerektiren, farklı bilimsel verilerin birlikte ele alınmasını gerektiren ve bu nedenle çok bilimli bir kavramdır.

Çocuğun yüksek yararı kavramı hak ve yükümlülükler üzerinde daraltıcı veya genişletici etki yapan bir yorum aracıdır. Gerçekten bu araç, çocuğun haklarını kimi zaman genişletirken kimi zaman daraltmaktadır. Bir açıdan çocuğun hakları açısından bir sınırlama nedeni olarak görülebilir, ama aslında, bir sınırlama nedeni olmaktan çok çocuğun haklarının uygulanabilmesinde bir kılavuz işlevini görür[165]. Çocuğun haklarının uygulama biçimini çocuğun yüksek yararı belirleyecek, toplumsal, çevresel ve iç etmenlere uygun olarak hakları uygulanabilir kılacaktır. Öte yandan çocuğun yüksek yararı kavramı, çocuk dışındaki kişilerin, örneğin anne babanın haklarını da etkiler. Anne babanın velayet hakkı ile çocuğun hakları çatıştığında çocuğun yüksek yararı gereğince çocuğun hakları üstün tutulur. Kimi zaman ise anne babanın hakkıyla çocuğun hakkı çatıştığında çocuğun yüksek yararı gereğince verilen karar her iki hakka da saygı duyarak çocuğu korumayı amaçlar. Bu nedenle çocuğun yüksek yararı kavramı her durumda hakkı sınırlayıcı etkiye sahip olmayıp hakların birbiriyle bağdaştırılmasını, hakların gerçekten uygulanabilir ve saygı duyulabilir kılınmasını sağlayıcı bir etkiye sahiptir.

Çocuğun yüksek yararı kavramı sağladığı takdir yetkisi ile olası farklı seçenekleri bulmayı, bu seçeneklerin karşılaştırılmasını ve çok etmenli bir değerlendirme sonucu bunlardan birinin seçilebilmesini sağlar[166]. Bu kavram, çocuğun yaşamsal amaçlarına ulaşması için önüne çıkan kapılardan hangisini açacağını belirleyen bir kılavuzdur ve aynı zamanda birbirine benzeyen ama farklı kapılardan sadece birine uyarak doğru kapıyı açan bir anahtardır. Bu nedenle eğer doğru değilse, diğer deyişle çocuğun yüksek yararına değilse bu ölçüt gereği verilen

---

[163] Grassinger, s. 58.

[164] Çocuk bakış açısıyla bir davada en önemli kişi hukukçular değil çocuğun günlük yaşamını izleyen, kişiliğini öğrenmeye çalışan, yakınlarıyla ilişkilerini gözlemleyen sosyal çalışmacıdır. Judith Larsen, "A Guardian Ad Litem's Notes from the Field: Teen Girls and Poverty", **Childrens's Legal Rights Journal**, 2008, Vol. 28, s. 52.

[165] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 66; Özer Taşkın, s. 1, 19

[166] Stephen Parker, "The Best Interests of the Child – Principles and Problems", **International Journal of Law and the Family**, Vol. 8, 1994, s. 29.

karar çocuğu yaşamsal amaçlarına ulaşma yolunda engeller ve bu durum fark edildiği anda yeni bir karar verilmesi yolunu açar. Ancak çocuk açısından istikrar, yaşamsal öneme sahip olduğundan, istikrarın olmadığı bir ortamda çocuğun güvensiz yetişmesi çocuğun ruh sağlığını çok olumsuz etkiler[167]. Ayrıca çocuğun gelişimi, mutluluğu, gereksinimleri, istekleri yaşına ve koşullara bağlı olarak sıkça değişebilen nitelikte olduğundan[168] değişiklik sonucunda verilmiş karar yeni duruma uyum sağlamayacağından yeniden bir karar verilmesi gerekli olur[169]. Çocuğun yüksek yararı kavramı, belirtilen nedenden dolayı canlı bir kavramdır. Çocuğun yüksek yararının bağlayıcı olarak ilk kez yer aldığı metin olan ve Türkiye'nin de taraf olduğu 1989 BM Çocuk Hakları Sözleşmesi[170], çocuk haklarını güvence altına alır. Çocuğun yüksek yararı, ilk kez bu sözleşmede çocukları ilgilendiren her iş ve davada gözetilmesi zorunlu bir ölçüt olarak düzenlenmiştir. Ayrıca bu sözleşme ile ilk kez çocuğun katılım hakkı düzenlenmiştir[171]. Sözleşmede çocuğun korunmasına yönelik haklar yanında çocuğun bağımsızlığına yönelik haklar da düzenlenmiştir; ancak daha önemlisi çocuğun yüksek yararı temel ilke olarak benimsenmiştir. Sözleşme çocuğun yüksek yararını üçüncü maddesinde düzenlemektedir. Söz konusu maddeye göre *"Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yüksek yararı temel düşüncedir."*[172]

Çocuk hakları ve özellikle çocuğun bağımsız temsil edilme hakkı ile ilgili olarak bir diğer önemli sözleşme, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa

---

[167] Atalay Yörükoğlu, **Çocuk Ruh Sağlığı**, 3. B., Ankara 1980, s. 206; Goldstein/Freud/Solnit, s. 32; Özer Taşkın, s. 98.

[168] Goldstein/Freud/Solnit, s. 11.

[169] Çocuk Koruma Kanunu'nun genel gerekçesinde de çocuk hakkında verilen kararların izlenerek amaca uygun olmadığı anlaşıldığında uygun başka tedbirler verilebilmesi için mahkemenin kararları izleme, gerektiğinde değiştirme ve sonlandırma yetkilerinin olması gerektiği belirtilmektedir. Yusuf Solmaz Balo, **Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması**, Ankara 2005, s. 120. Özer Taşkın (s. 23), gelecekteki yararı düşünülerek uzun vadeli bir karar verilmesi gerektiğini ileri sürüyor. Ancak ilerdeki yararı ile bugünkü uyumsuz olabilir ve uzun vadeli bir karar olması için çocuğun bugünkü mutluluğu, yararı göz ardı edilemez.

[170] Türkiye bu sözleşmeyi 14 Eylül 1990'da imzalamış, 9 Aralık 1994'te onaylamış ve 4058 sayılı yasanın Resmi Gazete'de 11 Aralık 1994'te yayımlanması ile sözleşme ülkemizde yürürlüğe girmiştir. Usulüne uygun olarak yürürlüğe giren temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası sözleşme, Anayasanın 90/5 hükmü gereği, herhangi bir iç hukuk hükmüyle çatışırsa sözleşme hükümleri uygulanır.

[171] Aşkın Yaşar Topuzoğlu, "Çocuk Hakları", **Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu**, Yayına Hazırlayan İstanbul Barosu Yayın Kurulu, İstanbul 2004, s. 19.

[172] http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html Erişim Tarihi: 09.12.2008 23.25.

Sözleşmesi'dir[173]. Sözleşmenin amacı, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ile çocuklara tanınan hakların korunabilmesi için yargı önünde onlara usule ilişkin belli haklar tanımaktır ki bu haklar, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından yargı önünde temsil edilmeleri, kendilerini ilgilendiren davalarla ilgili bilgilendirilmeleri ve bu davalara katılmalarına izin verilmesidir[174]. Türkiye'nin sözleşmenin uygulama alanını gösteren sözleşme gereği yaptığı açıklama şöyledir: *"Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 1. Maddesinin 4. Paragrafı uyarınca, Sözleşme'nin adli bir makam önünde aşağıdaki kategori aile hukuku davalarında uygulanacağını beyan eder: 1. Boşanma davaları, 2. Ayrılık davaları, 3. Çocukların velayetine ilişkin davalar, 4. Ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması, 5. Babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalar."*[175] Bu açıklamada evlat edinme davaları, nafaka davaları, çocuk malları ile ilgili davalar, üçüncü kişilerle çocuk arasında kişisel ilişki kuruması davalarına yer verilmeyerek kapsam dışında bırakılmıştır. Ayrıca babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalar ibaresi, soybağının reddinin, evlenme yoluyla kurulan soybağına itirazın, tanımanın iptalinin, sözleşmenin uygulama kapsamında olup olmadığını belirsizleştirmiştir. Ancak hükmü amacıyla yorumlarsak babalığın çekişmeli olduğu her davanın sözleşmenin uygulama alanında olduğunu kabul etmek gerekir. Bu sözleşme hükümleri de beyan kapsamında bağlayıcıdır ve Anayasanın 90/5 hükmüne göre iç hukuk hükümleriyle çatıştığında iç hukuk hükümleri ihmal edilerek sözleşme hükümleri uygulanır. Sözleşmenin birinci maddesine göre sözleşmenin amacı, *"çocukların yüksek çıkarları için, haklarını geliştirmek, onlara usule ilişkin haklar tanımak ve bu hakların, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli merci önündeki, kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmaktır."*[176] Çocuğun yüksek yararı söz konusu sözleşmede bir amaç olarak yer almıştır. Sözleşmenin farklı maddelerinde de çocuğun yüksek yararına göre yapılması gerekenler düzenlenmiştir. Bu maddeler arasında özellikle

[173] Avrupa Konseyi'nin hazırladığı ve 25.01.1996'da Strazburg'da imzalanmış bir sözleşmedir. Türkiye bu sözleşmeyi 18.01.2001'de onaylayarak sözleşmeye taraf olmuştur.
[174] Topuzoğlu, s. 21.
[175] Aysel Çelikel/Cemal Şanlı/Günseli Öztekin/Bahadır Erdem/İnci Ataman/Kerem Giray, **Milletlerarası Özel Hukuk Anlaşmaları Cilt I Çok Taraflı Anlaşmalar**, İstanbul 2005, s. 221.
[176] Çelikel ve diğerleri, s. 211.

altıncı madde çocuğun yüksek yararını belirlemek için ne yapılması gerektiğini öngörmesi bakımından önemlidir; buna göre velayet sorumluluğunu taşıyanlardan ek bilgi edinilmesi, çocuğun idrak yeteneği varsa bilgilendirilmesi, çocuğa uygun yollarla danışılması ve çocuğun görüşüne gereken önemin verilmesi gereklidir. Sözleşmenin onuncu maddesine göre çocuğa atanan temsilci çocuğun yüksek yararına aykırı düşmedikçe çocuğa kendisini ilgilendiren dava ile ilgili gerekli bilgileri vermeli ve davanın aşamaları hakkında, olası sonuçlar hakkında çocuğu bilgilendirmelidir.

Çocuğun yüksek yararını belirlemede başvurulacak yöntemlerin başında çocukla görüşmek, çocuğun istek, duygu ve düşüncelerinin uygun yolla öğrenilmesi gelir[177]. Çocukların küçük yaşta kendilerini sözel olarak ifade yetenekleri çok gelişmiş olmadığından resim veya oyunla kendilerini ifade etmeyi seçerler[178]. Çocuğun çizdiği ev figürlerinde, insan figürlerindeki ayrıntılar, çizgilerdeki eksiklik, büyüklük, abartılar, renk, farklılıklar, yorumlar somut düşünen çocuğun düşüncelerinin anlaşılmasında yol gösterir[179]. Çocuk, ÇHS gereği uygun yolla dinlenme hakkına sahip olduğuna göre çocuğun dinlenmesinde farklı yollara başvurmak çocuğun haklarını tanımanın gereğidir. Çocuğun kendini rahat hissedeceği bir ortamda dinlenmesi ve çocukla farklı yöntemler kullanarak iletişim kurulması, çocuğa olası seçenekler konusunda bilgi vermek, onu aydınlatmak görüşlerinin öğrenilmesine yardımcı olur[180]. Çocuğun yüksek yararını belirlemenin diğer bir yolu, çocuğun yüksek yararının etmenlerinden biri olan çocuğun sağlığı ve gelişiminin uzman hekimlerce incelenmesidir, bu amaçla çocukta meydana gelen sapmalar ile sayrılıkların belirlenmesinin ve çocuğun sağaltımı için gerekenlerin öğrenmenin yolu hiç kuşkusuz uzman görüşüne başvurmaktır[181]. Bunun yanında çocuğu ilgilendiren işlerde ve davalarda çocuğun yüksek yararına olan bir karar verebilmek için çocuğun yakınlarıyla ilişkileri gözlemlenmelidir. Çocuğun evdeki diğer çocuklarla ilişkileri, arkadaşlarıyla, öğretmeniyle, kendisiyle yakından ilgilenen

[177] UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, Switzerland, May 2008, (UNHCR Guidelines), s. 60; Özer Taşkın, s. 22.
[178] UNHCR Guidelines, s. 24.
[179] Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Dizman/Gülümser Gültekin/Aysel Köksal Akyol, "Çocukları Tanımada Çocuk Resimlerinin Önemi", **Adli Psikiyatri Dergisi**, 2005, C. II, S. 2, s. 25-28.
[180] Dizman/Gültekin/Köksal Akyol, s. 29; UNHCR Guidelines, s. 60-61.
[181] UNHCR Guidelines, s. 66; Özer Taşkın, s. 22.

kişilerle ilişkileri yanında çocuğun annesiyle ve babasıyla ilişkileri ayrı ayrı gözlemlenmelidir[182]. Çocuğun anne babasının görüşlerini almak çocuğun yüksek yararını belirlemede önerilen bir yöntemdir[183]. Ayrıca çocuğun diğer yakınlarının, kardeşinin, arkadaşlarının, öğretmenlerinin, doktorunun, koruyucu aile yanında kalmışsa koruyucu ailenin, kaldığı kurumda çalışan kişilerin, kendine yakın bulduğu başka kişilerin görüşü de çocuğun yüksek yararının ne olduğunu belirlemede yargıca ışık tutar[184]. Çocuğun içinde yaşadığı toplumsal değerlerin ve ahlaksal yargıların toplumbilimsel bir araştırma ile ortaya konulması çocuğun içinde yaşadığı aile veya küçük çevrenin bu değerlerle uyumlu olup olmadığını belirlemeye yardımcı olur. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi de çocuğun kültürel değerlerinin önemli olduğunu belirtmektedir. Yine öğretide çocuğun yüksek yararının kültürel değerlere göre değişebilen bir kavram olduğu vurgulanmaktadır[185]. Fakat bazı kültürel alışkanlıklar çocuğun sağlığını olumsuz etkilediğinden çocuğun yüksek yararıyla paralellik taşımaz[186], bu tip kültürel değerlerden sapma çocuğun yüksek yararına uygun olur. Belirtilen yöntemlerin yanında konuyla ilgili yapılmış istatistik çalışmalarından, daha önce verilmiş kararlardan, anne babaya veya evlat edinene uygulanabilir ruhbilimsel sınamalardan yararlanılabilir. Ayrıca yargıcın kendini çocuğun yerine koyarak onu anlamaya çalışması gerekir[187]. Öte yandan çocuğun zaman algısının gelişmiş olmadığı, yetişkinlerden farklı olarak zamanı gereksinimlerine dayalı biçimde algıladığı hesaba katılarak yargılamanın ve karar sürecinin aylarla değil günlerle ölçülmesi çocuğun yararını belirlerken çocuğun yararını göz ardı etmeyecek bir yöntemdir[188].

[182] Harvey R. Sorkow, "Best Interests of the Child: By Whose Definition?", **Pepperdine Law Review**, 1990-1991, Vol. 18, s. 387.
[183] Özer Taşkın, s. 22; Grassinger, s. 83-84.
[184] UNHCR Guidelines, s. 63-64; Grassinger, s. 90.
[185] Alston, s. 19-20; Parker, s. 26.
[186] Alston, s. 20.
[187] Cahn, s. 117; Neylan Ziyalar, "Mağdur Çocukla Görüşme Teknikleri", **Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu**, Yayına Hazırlayan İstanbul Barosu Yayın Kurulu, İstanbul 2004, s. 56.
[188] Goldstein/Freud/Solnit, s. 40-41; Grassinger, s. 91.

2- Çocuğun Yüksek Yararı ile Çocuğun Yaşamını Kendi Kendine Belirleme Hakkı ve Bağımsız Temsil Edilme Hakkı Arasındaki İlişki

Çocuğun yüksek yararını belirleyen etmenlerden birinin çocuğun istekleri olduğu anlatılmıştı. Çocuğun isteklerinin öğrenilmesi sadece yüksek yararını belirlemede kullanılması gereken bir yöntem değil, aynı zamanda çocuğun özerk kişiliğine ve onuruna duyulan saygının gereğidir[189]. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinin birinci fıkrasına göre *"Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar."*[190] Söz konusu maddeye göre çocuk kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini ifade etme hakkına sahiptir, yeter ki görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olsun. Kanımızca bu yeterlilik ölçütü, ayırt etme gücü ölçütüne denk düşmekle birlikte, ayırt etme gücü ölçütüne göre daha esnektir. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin üçüncü maddesine göre ise iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen çocuğun kendisini ilgilendiren davalarda sahip olduğu ve yararlanmayı bizzat da isteyebileceği bazı haklar vardır. Bunlar davayla ilgili tüm bilgileri almak, kendisine danışılması ve görüşünü ifade etmek ve görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmektir. Avrupa Sözleşmesi, yeterli idrak sözü ile ayırt etme gücü ölçütüne daha yakın görünmektedir ve ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı iç hukukun takdir alanına bırakılmıştır. Diğer yandan ÇHS'nin sözü edilen 12. maddesine göre çocukların bu hakkını tanımanın yolu onların görüşlerine yaş ve olgunluk derecesine göre gereken önemi vermektir. Böylece sözleşme tanınan hakkın sözde kalmamasını, uygulanmasını sağlamaya çalışmaktadır. Taraf devletlerin söz konusu hakkı tanıyıp tanımadığı görüşlerine gereken önemin verilip verilmediği ile ölçülebilecektir. Çocuğun görüşlerine gereken önemin yaş ve olgunluk derecesine göre verileceği belirtilmektedir, burada sözleşme kullandığı kavramlarla taraf devletlerin uygulayıcılarına takdir yetkisi tanımaktadır. Çünkü olgunluk göreceli bir kavramdır, ayrıca gereken önemden ne anlaşılacağı somut duruma göre açıklık kazanır, yoksa

[189] Krş. Özer Taşkın, s. 26.
[190] http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html Erişim Tarihi: 09.12.2008 23.22.

önceden ne kadar önem verileceği belirli değildir. Gereken önem çocuğun görüşünü hiçe sayma çizgisinden çocuğun dediğine aynen karar verme, hatta kararı ona bırakma çizgisine kadar giden bir düzlemdedir. Ancak çocuğun görüşünün hiçe sayılması da kararın tamamen ona bırakılması da kabul edilebilir değildir. Çocuğun istekleri ile çocuğun temsilcisinin çocuk için uygun gördüğü kararlar birbirinden farklı olduğunda çocuğun görüşlerine ne ölçüde önem verileceği daha büyük önem kazanır[191]. Çocuğun görüşünü hiçe saymak takdir yetkisinin amaca aykırı kullanımı olur ki bu hakkın tanınmaması anlamına gelir. Diğer yandan yargıcın kararı çocuğa bırakması da çocuğu zor duruma sokar, çocuk tercih etmek zorunda kalmaktan dolayı suçluluk duyabilir veya kendi aldığı kararın yaşamı üzerindeki yükünü taşımak ağır gelebilir; ancak çocuk her zaman ve hatta çocuğun görüşü çocuğun gelişimi için uygun değilse bile karar alma sürecinde bulunmalıdır[192].

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinin ikinci fıkrasına göre *"Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır."*[193] Maddenin ikinci fıkrası, çocuğun görüşlerini serbestçe açıklayabilmesi ve böylece kendi yaşamını etkileme, belirleme hakkını kullanabilmesi için, çocuğu etkileyen bir kovuşturmada taraf devletleri çocuğun dinlenmesi fırsatını çocuğa sağlamakla ödevli kılmıştır. Çocuğun dinlenmesi, doğrudan doğruya veya kayyım gibi bir temsilci yoluyla ya da uygun bir makam yoluyla olur[194]. Bu hüküm çocuğun sürekli yasal temsilcilerine bağlı olmadan bağımsız temsil edilme hakkını düzenlemektedir[195]. Çocuğun bağımsız temsili, çocuğun yeterliğinin ve bağımsız bir kişiliğinin varlığının tanındığı bir anlayışla olanaklıdır[196]. Çocuk kendini savunup görüşlerini açıklarken diğer yandan çocuğun bağımsız bir temsilci tarafından haklarının savunulması sözleşmenin benimsediği bir amaçtır. Çocuğun kendi görüşlerini dolaysız biçimde açıklayarak dinlenmesi

---

[191] Bob Franklin, **Çocuk Hakları**, Çev. Alev Türker, İstanbul 1993, s. 104.
[192] John Eekelaar, "Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism", **International Journal of Law and the Family**, Vol. 8, 1994, s. 53-54.
[193] http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html Erişim Tarihi: 09.12.2008 23.22.
[194] Usta Sayıta (s. 98) da kayyımın ÇHS'nin 12. maddesinde sözü edilen temsilci niteliğinde olduğunu belirtmektedir.
[195] Gümüş, s. 183; Özer Taşkın, s. 101.
[196] Eekelaar, s. 54.

sayesinde çocuk kendi yaşamını belirleme fırsatına sahip olur. Herkes çocuğun yüksek yararını belirlemeye çalışırken çocuğun bu konuda söz hakkı sahibi olmadığı düşünülemez, çocuk kimi zaman neyin kendisi için en iyisi olduğunu en iyi bilendir. Çocuğun yüksek yararını belirleyen en önemli etmenlerden biri çocuğun istekleri, duygu ve düşünceleri ise bunları ortaya çıkarmanın vazgeçilmez yolu çocuğun bizzat dinlenmesidir. Diğer yandan Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin dördüncü maddesi gereği iç hukuk kuralları çocuğun ebeveynini yarar çatışması nedeniyle temsil etme olanağından yoksun bırakırsa çocuk bizzat veya diğer kişi veya kurumlar aracılığıyla kendisine özel temsilci atanmasını isteme hakkına sahiptir. Aynı sözleşmenin beşinci maddesine göre ise çocuk kendisini ilgilendiren bir davada bizzat veya diğer kişi veya kurumlar aracılığıyla ayrı bir temsilci, mümkünse bir avukatın atanmasını isteme hakkına sahiptir. Her iki sözleşme de çocuğun bağımsız temsilini sağlama fırsatı sağlamayı bir yükümlülük olarak devletlere yüklemiştir. Bir yargılamada taraflardan biri eksik temsil edilirse o yargılama adil olmaz, dolayısıyla çocuğun taraf olduğu yargılamalarda çocuk ayrıca temsil edilmezse adil bir yargılamadan söz edilemez[197]. Çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda, yargıçlara yüklenen "resen araştırma görevinin", gereği gibi yerine getirilebildiğini söylemek zordur, buna her şeyden önce yargıcın zamanı ve bilgisi yeterli olmamaktadır[198]. Ayrıca kendiliğinden araştırma görevi tarafların bağımsız temsili gerekliliğini hiçbir zaman ortadan kaldırmamalıdır. Genellikle kişilerin avukat yoluyla temsili bir gereksinim olarak ortaya çıkar, hukuk bilen kişilerin dahi kendilerini ilgilendiren olaylarda nesnel olamadığı ve avukata gereksinim duyduğu görülmektedir[199]. Hal böyleyken çocukların bağımsız bir temsilci yoluyla temsili çok daha gereklidir. Üstelik çocuğun yüksek yararı gibi kesin olmayan bir ölçütten yararlanılması nedeniyle avukatın önemi daha çok artmaktadır; avukat, temsil ettiği çocuğun yararlarını savunurken kanıtlarını etkili biçimde

[197] Goldstein/Freud/Solnit (s. 67), çocuğu ilgilendiren davalarda çocuğun ayrı bir taraf konumuna sahip olması gerektiğini haklı olarak savunmaktadır. Aynı yönde Cahn, s. 116. Gümüş (s. 183-184), Türk hukukunda çocuğun korunması yargılamasında çocuğun bağımsız bir taraf olarak yer almasının olanaklı olmadığını ancak sözleşmenin hükümleri karşısında çocuğu dinleme yükümlülüğü bulunduğunu ileri sürmektedir. Kanımızca çocuğun koruma önlemleri yargılamasına ilgili olarak katılması olanaklıdır.

[198] Janet L. Dolgin, "Why Has the Best Interest Standard Survived?: The Historic and Social Context", **Children's Legal Rights Journal**, 1996, Vol. 16, s. 3.

[199] Semih Güner, **Avukatlık Hukuku**, 3. B., Ankara 2007, s. 47.

sunarak mahkemeyi ikna edebilir[200]. Bu nedenle çocukların kendini dolaysız biçimde ifade etmesi fırsatı sağlanırken ayrıca bir temsilci ile temsil edilme gereksinimi göz ardı edilmeyerek bağımsız temsilci atanmalıdır[201]. Çocuğa atanan bağımsız temsilci, sadece atandığı çocuğun yararı doğrultusunda çocuğu temsil eder, çocuğun çıkarları neyi gerektiriyorsa onu savunur[202]. Dolayısıyla çocuğun bağımsız bir temsilci tarafından temsili tek başına çocuğun yüksek yararına hizmet eder.

[200] Peskind, s. 464.
[201] Cahn, s. 116.
[202] Goldstein/Freud/Solnit, s. 66-67.

İkinci Bölüm
Çocuğa Kayyım Atanmasını Gerektiren Nedenler ve Münferit Durumlar

§3. Çocuğa Kayyım Atanmasını Gerektiren Nedenler

I- Genel Olarak

Çocuğa kayyım atanmasını gerektiren nedenler, Türk Medeni Kanunu'nun 426 ve 427. maddelerinde öngörülmüştür. Temsil kayyımlığını düzenleyen 426. maddeye göre bir işte çocuk ile yasal temsilci arasında meydana gelen yarar çatışması veya yasal temsilcinin belirli bir işte çocuğu temsiline engel bir durumun varlığı kayyım atanmasını gerektirir. Dolayısıyla 426. maddeye göre yarar çatışması ve yasal temsilcinin engeli temsil kayyımı atanmasını gerektiren nedenlerdir. 427. maddeye göre ise yönetimi kimseye ait olmayan mallar için yönetim kayyımı atanır. Madde metninde yönetimi kimseye ait olmayan mallar için önlem alınarak kayyım atanacağı öngörülse de örnekleyici olarak sayılan beş olguda malvarlığının yönetimsiz olmaktan çok gerekli yönetimden yoksun olduğu dikkat çekmektedir. Bunlar bir kimsenin uzun süreden beri bulunamaması ve oturduğu yerin de bilinememesi, vesayet altına alınması için yeterli bir sebep bulunmamakla beraber, bir kişinin malvarlığını kendi başına yönetmek veya bunun için temsilci atamak gücünden yoksun olması, bir terekede mirasçılık haklarının henüz belli olmaması veya ceninin menfaatlerinin gerekli kılması, bir tüzelkişinin gerekli organlardan yoksun kalması ve yönetiminin başka yoldan sağlanamaması ve bir hayır işi veya genel yarar amacı güden başka bir iş için halktan toplanan para ve sair yardımı yönetme veya harcama yolunun sağlanamamasıdır. Söz konusu olgulardan bir kimsenin uzun süredir bulunamaması ve oturduğu yerin bilinmemesi ile bir terekede mirasçılık haklarının henüz belli olmaması veya ceninin menfaatlerinin gerekli kılması, çocuğun kayyım tarafından temsilini ilgilendiren durumlardır. Öte yandan yasamızda öngörülmemekle beraber İsviçre Medeni Kanunu'nda çocuğun kişiliğinin tehlikeye düşmesi de çocuğa kayyım atanmasını gerektiren bir neden olarak öngörülmüştür. Tezimizin bu bölümünde bu nitelikte bir kayyımlığın Türk hukukunda kabul edilip edilemeyeceği tartışılmıştır.

Kayyımlıkta sınırlı sayı ilkesinin geçerli olup olmadığı, temsil ve yönetim kayyımlığı bakımından ayrı ayrı ele alınması gereken hususlardır. Temsil kayyımlığında yasa, açıkça 426. maddede belirtilen durumlarda veya yasanın öngördüğü diğer durumlarda kayyım atanacağını belirterek, temsil kayyımlığının kurulabileceği durumları sınırlamıştır. Öğretide egemen olan görüşe göre de temsil kayyımlığında sınırlı sayı ilkesi geçerlidir, maddede belirtilen durumlar örnekleyici değil, sınırlayıcıdır[203]. Ancak diğer bir görüşe göre, yasada sayılan durumlar tüketici değildir, kayyımlık kurulmasını haklı gösteren korunma ihtiyacı olan durumlarda yasa kayyımlık kurulmasına izin vermektedir[204]. Kanımızca yasanın ifadesi açıktır, temsil kayyımlığı kurulabilen durumları sınırlayıcı olarak saymıştır. Ancak yarar çatışması ve yasal temsilcinin engeli kavramları, geniş yorumlanmaya uygun olduğundan, somut olaylarda çıkabilecek gereksinimleri karşılayabilir niteliktedir[205].

Yönetim kayyımlığında durum temsil kayyımlığından farklıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesine göre vesayet makamı yönetimi kimseye ait olmayan mallara ilişkin gerekli önlemleri alır ve özellikle maddede belirtilen durumlarda bir yönetim kayyımı atar. *"Özellikle aşağıdaki hallerde…"* ifadesi yönetim kayyımlığı kurulabilecek durumların sınırlayıcı biçimde sayılmayıp örnek niteliğinde belirtildiğini ortaya koymaktadır[206]. Yönetim kayyımlığının kurulmasının koşulu belirli bir malvarlığının gereği gibi yönetilmemesidir.

---

[203] Helene Pfander, **Die Beistandschaft nach Art. 392 und 393 ZGB**, Bern 1932, s. 10; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, **Das schweizerische Zivilgesetzbuch**, 12. Auflage, 2002, s. 503; Joseph Kaufmann, **Familienrecht 3. Abteilung: Die Vormundschaft Art. 360-456**, 2. Auflage, Bern 1924, Art. 392 N 4, s. 230; Bernhard Schnyder/Erwin Murer, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 3. Abteilung Das Vormundschaftsrecht 1. Teilband Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB**, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, Bern 1984, Art. 392 N 37, s. 869; August Egger, **Medeni Kanun Şerhi Aile Hukuku Üçüncü Kısım Vesayet**, çev. Volf Çernis, Ankara 1952 (Vesayet), Art. 392 N 9, s. 343; Gümüş, s. 21; Dural/Öğüz/Gümüş, 2005, s. 715. Gümüş (s. 22), 426. maddenin sayımının sınırlayıcı olmasına karşın benzer durumlarda da kayyım atanabileceğini belirtmektedir.

[204] Riemer, Das Vormundschaftsrecht, s. 132; Ernst Langenegger, Basler Kommentar, Art. 392 N 7, s. 1897; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 426.

[205] Ancak 427. maddedeki durumlarda örnekseme yoluyla temsil kayyımlığı kurulabileceği yönündeki görüşe (Gümüş, s. 22) sınırlı sayı ilkesi gereği katılamıyoruz.

[206] Gümüş, s. 60; Öztan, s. 791; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 428; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 503; Kaufmann, Art. 393 N 3, s. 240; Schnyder/Murer, Art. 393 N 30, s. 910; Pascal Montavon, "Beistandschaft und Beiratschaft-Zwei Vormundschaftliche Massnahmen aus dem Blickfeld des Treuhandberaters und seiner Mandate", **TREX**, 2003, s. 140. Krş. Akıntürk, s. 505.

II- Bir İşin Görülmesinde Çocuk ile Yasal Temsilcisi Arasında Meydana Gelen Yarar Çatışması

Yasanın 426. maddesinin ikinci bendine göre bir işte yasal temsilcinin yararı ile küçüğün veya kısıtlının yararı çatışıyorsa ilgilisinin isteği üzerine veya kendiliğinden vesayet makamı temsil kayyımı atar.

A- Kayyımın Göreceği İşin Belirlenmesi

TMK 426/b.2 hükmünde kayyımın göreceği iş, *"bir işte..."* biçiminde belirtilerek, bundan ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmamıştır. Ancak kayyımlığın geçici nitelikte olması, işin kapsamının yasanın ifadesindeki kadar geniş olmadığını ve belirlenmeye gereksinim duyduğunu gösterir. Yarar çatışması nedeniyle temsil kayyımı atanması için görülecek işin belirli nitelikte olması gerekir.

1- Belirli Bir İş

İşin belirli olması gereği, öncelikle kayyımlığın geçiciliğine dayanır[207]. Ayrıca yasal temsilci ile çocuğun yararının çatışması her zaman görülecek bir durum olmayıp belirli durumlarda gerçekleşir, dolayısıyla yarar çatışması da geçici nitelik taşır. Zaten yarar çatışması süreklilik taşıyorsa yasal temsil yetkisinin gereği gibi kullanılmadığı düşünülür[208]. Bu nedenle belirli bir durumda gerçekleşen yarar çatışmasında yasal temsil yetkisinin son bulması sonucu bir kayyım atanarak o belirli işin görülmesi sağlanır. Başka bir anlatımla belirlilik, belirli veya öngörülebilir bir zaman dilimi içinde işin görülebilmesidir[209]. Öğretide belirlilik, "münferit" yani tek bir iş için kayyım atama biçiminde de ifade edilmektedir[210]. Buna karşılık Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, temsil kayyımının belirli bir iş veya belirli işler için

[207] Montavon, s. 139.
[208] Öztan, s. 789.
[209] Gümüş, s. 30.
[210] Öztan, s. 788; Gümüş, s. 30; Montavon, s. 142.

atandığını belirtmektedir[211]. Kaufmann da kayyımın tek bir iş veya kısıtlanmış bir zaman diliminde görülen iş için atandığını belirtmektedir[212]. Gerçekten de tek bir işle sınırlamak, kayyımlığın amacına ulaşmasına kimi zaman engel olur[213], bu nedenle münferit işin somut olayın koşullarına göre yorumlanarak belirlenmesi ve işin talimatlarla somutlaştırılmış olması gerekir. Belirlilik, kayyımın görevlerinin kapsamını belirlemeye de yarar; şöyle ki kayyım hangi iş için atanmışsa ancak o işi görebilir, başka bir işi göremez[214]. İşi gördüğü sırada başka bir nedenle yine temsil kayyımı atanması gerekirse vesayet makamının yeni bir atama kararı vermesi gerekir.

2- İşin Kapsamı

Temsil kayyımının göreceği iş, kayyımlığın amacına uygun biçimde hukuksal işlemle sınırlanmamıştır. İş kavramı, yasada açıklığa kavuşturulmadığından geniş yorumlanır ve bunun içine hukuksal işlemler yanında davalar, hukuksal işlem benzerleri, maddi eylemler de girer. Ancak kayyım, yasal temsilcinin çocuğu temsilen yapabildiği her işi yapamaz; bazı işlerde yasal temsilcinin şahsen o işi yapması gerekir. Evlenmeye veya nişanlanmaya izin vermede yasal temsilcinin düşüncesi ve buna bağlı olarak rızası önem taşır. Eğer yasal temsilci, şahsen iş görmesi gereken böyle bir konuda haklı bir neden olmaksızın izin vermiyorsa mahkemeye başvurulur. Dini eğitim konusunda da yasal temsilcinin dini eğitim verme yetkisi kayyıma devredilemez. Eğer anne baba, verdikleri dini eğitimle çocuğun yararını tehlikeye düşürüyorsa, çocuğun korunması için uygun önlemler alınır.

---

[211] Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 502; August Egger, **Das Familienrecht Dritte Abteilung: Die Vormundschaft Art. 360-456**, 2. umgearbeitete Auflage, Zürich 1948, (Die Vormundschaft), Art. 418 N 1, s. 528.
[212] Kaufmann, Art. 392 N 44, s. 238.
[213] Tek ve geçici iş kavramının katı yorumlanmaması gerektiği yönünde görüş için bkz. Schnyder/Murer, Art. 392 N 62, s. 877.
[214] Montavon, s. 142.

B- Yararı Çatışan Yasal Temsilcinin Belirlenmesi

1- Velinin Yararı ile Çocuğun Yararının Çatışması

Velayet tek başına kullanılıyorsa, yararı çocuğun yararı ile çatışan yasal temsilcinin temsil yetkisi o iş bakımından son bulur ve başkaca bir koşul aranmaksızın çocuğa temsil kayyımı atanır. Örneğin veli ile çocuğun birlikte mirasçı oldukları bir terekede çocuk veya veli ölüme bağlı tasarrufun iptali ya da tenkisi için dava açtığında ölüme bağlı tasarrufun iptali veya tenkisi çocuğun veya velinin miras payını azaltacaksa aralarında yarar çatışması vardır[215]. Yine veli ile çocuğun mirasçı oldukları bir terekede paylaşım için velinin ya da çocuğun dava açması durumunda her bir mirasçının payı diğerininki ile sınırlı olduğundan yararları birbirine uygun değildir[216]. Ancak velayet birlikte kullanılıyorsa ve yarar çatışması velilerden biriyle çocuk arasında söz konusu ise yararı çatışan yasal temsilcinin temsil yetkisi, o iş bakımından son bulur ve diğer veli çocuğu tek başına temsil eder[217]. Ancak çocuğu temsil eden veli, yararı çocuğun yararı ile çatışan veliyle yakın bir ilişki içinde olması nedeniyle çocuğun yararına uygun hareket edemiyorsa, dolaylı yarar çatışmasının varlığı kabul edilir. Bu durumda velilerden biri doğrudan, diğeri dolaylı yarar çatışması nedeniyle temsil yetkisini o iş bakımından yitirir ve çocuğa bir temsil kayyımı atanır[218].

2- Vasinin Yararı ile Çocuğun Yararının Çatışması

Çocuk, vesayet altında ise, çocuğun yasal temsilcisi vasidir. Bir işte çocuğun yararı ile vasinin yararı çatışıyorsa vasinin temsil yetkisi sona erer ve çocuğa temsil kayyımı atanır. Çocuk ile vasi arasında meydana gelen yarar çatışması, kendisiyle işlem yapma, davada karşılıklı taraf olma veya çifte temsil gibi doğrudan olabileceği gibi dolaylı nitelikte de olabilir. Yarar çatışması süreklileşirse vasi görevden alınır,

[215] Gümüş, s. 55.
[216] Gümüş, s. 51.
[217] Gümüş, s. 44-45.
[218] Gümüş, s. 45.

ancak tek bir olaya özgü ise kayyım atanarak işin görülmesi, işin doğasına uygundur[219].

3- Kayyımın Yararı ile Çocuğun Yararının Çatışması

Kayyımın 426/b.2 anlamında yasal temsilci sayılıp sayılmayacağı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre kayyım da bir yasal temsilcidir ve yararı çocuğun yararı ile çatıştığında temsil kayyımı atanır[220]. Diğer bir görüşe göre, yarar çatışması nedeniyle temsil kayyımı atanması söz konusu olduğunda, kayyım ve yasal danışman 426/b.2 anlamında yasal temsilci sayılmaz[221]. Çocuğa atanan temsil kayyımının yararı, atama kararı verildikten sonra bir nedenle çocuğun yararı ile çatışırsa, kayyımın temsil yetkisi ve bununla birlikte kayyımlığı sona erer. Bu durumda çocuğa başka bir temsil kayyımı atanarak görülmesi amaçlanan iş görülür. Kayyımlıkta amaç, belirli ve geçici nitelikte bir işin görülmesi olduğundan, bu işte meydana gelen yarar çatışması, diğer yasal temsilciliklerden farklı olarak, yasal temsil yetkisini geçici olarak değil tamamen ortadan kaldırır. Kayyımın işlevinin 426. madde yoluyla etkisizleştirilmesi yerine kayyımın görevden alınması daha uygun bir çözüm olacaktır[222]. Yönetim kayyımlığında ise görülen iş süreklidir ve temsil kayyımlığında görülen işten farklıdır. Fakat yine de yönetim kayyımı, yönettiği malvarlığına ilişkin olarak belirli bir iş yaparken, çocuğun yararı ile kendi yararı çatıştığında kayyımlık sona ermez, çocuğa o iş için görevlendirilen bir temsil kayyımı atanır.

C- Yarar Çatışması Kavramı

Türk Medeni Kanunu'nun 426. maddesinin ikinci bendinde sözü geçen yarar çatışması, bir olayda tarafların birbirinden farklı olan yararlarının birbiriyle uyuşmaması, bağdaşmaması anlamına gelir. Yararların birbirine paralelliğinde

---

[219] Krş. Gümüş, s. 44.
[220] Riemer, Das Vormundschaftsrecht, s. 131; Pfander, s. 32; Schnyder/Murer, Art. 392 N 77, s. 882: "Kendisine kayyım atanan kişi, ancak hukuksal işlem ehliyetine sahip olmadığında yarar çatışmasına ilişkin hükme göre korunur." Aynı yönde Kaufmann, Art. 392 N 17, s. 233: "Kayyım da ergin olmayan birinin yasal temsilcisi olabilir."
[221] Langenegger, Art. 392 N 29, s. 1904.
[222] Gümüş, s. 44.

gerçekleşen en ufak sapma yarar çatışmasını meydana getirir[223]. Yasa yarar çatışmasını genel olarak belirttiği içindir ki hüküm geniş bir alanda uygulama bulur[224]. Yararları birbiriyle bağdaşmayan kişilerin temsilcileri de aynı kişi olamaz. Bunun temelinde çifte temsil yasağı vardır. Yine aynı anlayışla bir kişi kendisiyle işlem yapacağı kişinin temsilcisi olamaz, böyle bir işlem kendisiyle işlem yasağına uygun olmaz. En sık uygulaması çifte temsil ve kendisiyle işlem yapma olan yarar çatışmasını yasa genel olarak ele almış, yasal temsilci kendisiyle işlem yapmasa da yararı yasal temsilci ile bağdaşmayan kişinin bir kayyım tarafından temsilini öngörmüştür. Bunun iki amacı vardır; biri yararı çocuğun yararıyla bağdaşmayan yasal temsilcinin yasal temsil yetkisini ortadan kaldırarak çocuğun yararını korumak, diğeri ise çocuğa böyle bir durumda bir temsil kayyımı atayarak söz konusu işin görülmesini sağlamaktır[225]. Yarar çatışması geniş olarak değerlendirildiğinde, kendisi işlemin tarafı olmasa da çocuğun dışında hukuksal işleme taraf olan kişiyle yakın bir ilişki içinde olma ve onun yararlarını koruma endişesi içinde olma ya da ona bağlılığı, korkusu nedeniyle özgür hareket edememe durumunda da yarar çatışmasının varlığı kabul edilir[226].

D- Yarar Çatışmasının Türleri

Yarar çatışması, olayda yasal temsil edilen çocuğun yararının içinde bulunduğu tehlikeye göre ve yarar çatışmasının yarar sahipleriyle ilişkisine göre ikili bir ayrıma tabi tutulur.

1- Somut-Soyut Yarar Çatışması

Somut-soyut yarar çatışması ayrımı, aslında yarar çatışmasının temelindeki yararın düştüğü tehlikeye göre yapılmaktadır. Olayda teorik olarak yararların bağdaşmadığından, birbirine ters düştüğünden söz edilebiliyorsa soyut yarar çatışması vardır, ancak somut olayda olayın karmaşık olmaması nedeniyle veya yasal

[223] Gümüş, s. 55; Langenegger, Art. 392 N 26, s. 1903; Schnyder/Murer, Art. 392 N 85, s. 885; Egger, Vesayet, Art. 392 N 26, s. 351.
[224] Langenegger, Art. 392 N 24, s. 1902-1903.
[225] Gümüş, s. 46.
[226] Gümüş, s. 45.

temsilcinin özveri veya kişisel yeteneği ile çocuğun yararına uygun hareket edebileceği anlaşılıyorsa somut yarar çatışmasından söz edilemez. Soyut yarar çatışması kabul edildiğinde somut olayın koşulları önem taşımaz. Olayda yasal temsilcinin ne kadar güven kazandığı veya çocuğun yararlarını korumada ne kadar yeterli olduğu bağlayıcı değildir[227].

2- Doğrudan-Dolaylı Yarar Çatışması

Doğrudan-dolaylı yarar çatışması ayrımı, yarar çatışmasının yarar sahipleriyle ilişkisine göre yapılır. Yani yarar çatışmasında bağdaşmayan yarar sahiplerinin kendileri hukuksal işlem veya davanın ya da görülen işin tarafları ise veya yasal temsilci diğer tarafın da temsilcisi ise doğrudan yarar çatışması vardır[228]. Ancak yarar çatışmasına konu olayda çocuk taraf olduğu halde yasal temsilcisi taraf değilse ve kendi yararına iş yapılıyorsa ya da yararına iş yapılan diğer tarafla - düz hat hısımlığı ya da aynı evde yaşayan kardeşler arasında olduğu gibi - yakın bir ilişki içindeyse dolaylı yarar çatışması vardır[229].

E- Türk Hukukunda Kabul Edilen Yarar Çatışması

1- Öğretide Kabul Edilen Yarar Çatışması

Türk-İsviçre öğretisinde genellikle yarar çatışmasının varlığı için soyut tehlikenin varlığı yeterli kabul edilmektedir[230]. Yasal temsilcinin temsil olunanın sırtından yarar sağlayabileceğinin veya sağladığının kanıtlanması yeterlidir, fiilen bir zarar gerçekleşip gerçekleşmeyeceği yönünde bir öncül değerlendirmeye gerek yoktur[231]. Buna karşılık Schwager, yarar çatışmasının belirlenmesinde somut

---

[227] Langenegger, Art. 392 N 26, s. 1903.
[228] Kaufmann (Art. 392 N 30, s. 236)'a göre aynı kişinin yasal temsilcisi olduğu kişiler arasındaki yarar çatışmasında yasal temsilcinin temsil edemediği tarafa yarar çatışmasından dolayı değil yasal temsilcinin engeli nedeniyle kayyım atanır.
[229] Langenegger, Art. 392 N 26, s. 1903; Montavon, s. 140; Egger, Vesayet, Art. 392 N 24, s. 350.
[230] Riemer, Das Vormundschaftsrecht, s. 131; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 503; Langenegger, Art. 392 N 26, s. 1903; Schnyder/Murer, Art. 392 N 84, s. 885; Egger, Vesayet, Art. 392 N 26, s. 351; Montavon, s. 140; Gümüş, s. 47; Dural/Öğüz/Gümüş, 2005, s. 716; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 273; Karanlık, s. 36.
[231] Gümüş, s. 47.

tehlikenin esas alınması gerektiğini ve aslında somut ve soyut tehlike arasında sınır çekmenin zor olduğunu ileri sürmektedir[232]. Pfander ise vesayet altındaki kişinin yararının tehlikeye düşme olasılığını kayyım atanması için yeterli bulmaktadır ve buna gerekçe olarak vasiye yasanın daha sert muamele yapmasını göstermektedir[233]. Dolayısıyla Pfander, sadece vesayet altındaki kişi bakımından soyut tehlikeyi yeterli bulmaktadır. Kanımızca olayda soyut yarar çatışmasının varlığı yarar çatışmasını kabul etmek için yeterlidir, somut olayın koşullarına göre tehlikenin değerlendirilmesi yanıltıcıdır, korunması amaçlanan hukuksal yararı korumaya elverişli değildir. Soyut tehlikenin varlığında yasal temsilci çocuğun yararına uygun hareket edebilir ya da etmeyebilir, bunun garantisi yoktur. İşlem yapıldıktan sonra ihlalin giderilmesi, çoğu kez olanaklı değildir, olanaklı olsa dahi yasanın amacına uygun biçimde çocuğun yararı korunamamış olur. Dolayısıyla soyut yarar çatışması görüşü, yasanın amacına uygun yapılan bir yorumdur.

2- Yargı Kararlarında Kabul Edilen Yarar Çatışması

Yarar çatışması konusunda Yargıtay'ın verdiği kararların genel eğilimi, soyut yarar çatışmasının kabul edildiği yönündedir. 2. Hukuk Dairesinin verdiği E. 2004/13090 K. 2004/14534 sayılı 06.12.2004 tarihli karara[234] konu olayda küçüğün resmi kayıtlarda görünen annesinin gerçek annesi olmadığı iddia edilmektedir ve karara göre anne olduğu iddia edilenle anne arasındaki yarar çatışması nedeniyle kayyım atanmalıdır. Böylece karar veren daire, somut olayın koşullarını değerlendirmeden, soyut anlamda tehlikenin varlığını yeterli görüp küçük ile anne arasında dolaylı yarar çatışmasını belirlemiş ve kayyım atanmasına karar vermiştir. Yine 2. Hukuk Dairesinin E. 2003/1679 K. 2003/2907 sayılı 05.03.2003 tarihli kararına[235] konu olayda küçüğün evlat edinilmesi için mahkemeye başvurulmuştur. Karara göre evlat edinme, soybağı ve kamu düzeniyle ilgili olduğundan kendiliğinden küçüğe kayyım atanmalıdır, kararda açıkça yarar çatışmasından söz edilmese de yarar çatışması nedeniyle kayyım atanmasına ilişkin 426/b.2'ye

---

[232] Rudolf Schwager, "Der Vertretungsbeistandschaft bei Interessenkollision gemäss Art. 392 Ziff. 2 ZGB", **Zeitschriften des bernischen Juristenvereins**, 1983, Band 119, s. 97-98.
[233] Pfander, s. 36.
[234] Karar Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankasından alınmıştır. (www.kazanci.com.tr)
[235] Karar Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankasından alınmıştır. (www.kazanci.com.tr)

gönderme yapılmıştır. Bu kararda da somut olayın koşulları dikkate alınmaksızın evlat edinmede kurumun doğası gereği yarar çatışmasının varlığı kabul edilerek kayyım atanmasına karar verilmiştir. Aynı dairenin başka bir kararına göre uzak da olsa yarar çatışması olasılığının bulunması kayyım atanması için yeterlidir[236]. Ancak yüksek mahkeme, bir başka kararında yarar çatışmasının kabulü için somut yarar çatışmasını aramıştır[237]. Öte yandan uygulamada kayyımlığın son derece sınırlı kaldığını söylemek gerekir, genellikle soybağının reddi ve babalık davalarında kurulan kayyımlığa uygulamada çocuk mallarının korunmasında rastlanmamaktadır[238].

F- Yarar Çatışmasının Yasal Temsilcinin Temsil Yetkisine Etkisi

Temsil kayyımlığının kurulması için yasada öngörülen nedenlerden yarar çatışmasının varlığı, çocuğun yasal temsilcisinin yasal temsil yetkisini yarar çatışmasının söz konusu olduğu işle bağlantılı olarak ortadan kaldırır[239]. Böyle bir durumda yasal temsilcinin hukuksal bir engeli olduğu belirtilmektedir[240]. Yasal temsilci, yararının çocuğun yararı ile çatıştığı bir işi göremez. Yasal temsil yetkisinin son bulmadığı kabul edilseydi kayyımın gördüğü işi yasal temsilci bozabilirdi[241], yasal temsil yetkileri yarışırdı. Ancak yasanın amacı yasal temsil yetkisinin kullanılamadığı durumları belirleyerek çocuğa belirli bir iş için geçici bir yasal temsilci atamaktır. Kayyım atansın atanmasın, yasal temsilcinin yaptığı işlem yetkisiz temsildir, çocuğu bağlamaz[242]. Yasal temsilcinin çocuğu yetkisiz temsili durumunda BK 38. maddenin örnekseme yoluyla uygulanarak onay verilmesi durumunda işlemin temsil edileni bağlayıp bağlamayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre vesayet makamının onayı, temsil yetkisinin eksikliğini ortadan

---

[236] Y. 2. HD 3.5.1976 3621-3760, karara HGK 2007/2-2512007/277 sayılı 16.5.2007 tarihli kararda gönderme yapılmıştır.
[237] Y. 2. HD 4.10.1999 E. 8156 K. 10067, Talih Uyar, **Türk Medeni Kanunu Gerekçeli İçtihatlı Aile Hukuku (MK 118-494)**, C. IV, Ankara Tarihsiz, s. 3897.
[238] Ankara 8. Aile Mahkemesinin 2008 yılının son iki ayında verilen kararlar taranmış, çocuk mallarının korunması için kayyım atandığına rastlanılmamıştır.
[239] Langenegger, Art. 392 N 27, s. 1903; Riemer, Das Vormundschaftsrecht, s. 132; Schnyder/Murer, Art. 392 N 101, s. 890; Gümüş, s. 48.
[240] Kaufmann, Art. 392 N 15, s. 233.
[241] Gümüş, s. 40.
[242] Langenegger, Art. 392 N 27, s. 1903; Schnyder/Murer, Art. 392 N 101, s. 890-891.

kaldırarak işlemi sağaltamaz[243]. Ancak diğer görüşe göre vesayet makamı onay verdiği takdirde kural olarak işlem geçerli hale gelir[244]. Kanımızca BK 38. madde, örneksenerek yasal temsilcinin yetkisiz temsilinde de uygulanabilmelidir; ancak temsil edilen çocuk, işleme onay vermeye ehil olmadığından vesayet makamı onay verir. Vesayet makamı, yapılan işlem çocuğun yararına uygunsa onay verir, uygun değilse bir temsil kayyımı atar. Yasal temsilcinin temsil yetkisinin sona erdiğini bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan üçüncü kişilerin iyi niyeti yetkisiz temsil hükümlerine göre korunur[245].

III- Yasal Temsilcinin Görevini Yerine Getirmesine Engel Bir Durumun Varlığı

Yasanın 426. maddesinin üçüncü bendine göre yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel varsa ilgilisinin isteği üzerine veya kendiliğinden vesayet makamı bir temsil kayyımı atar.

A- Yasal Temsilcinin Görevinin Belirlenmesi

Yasa metninde temsil kayyımlığı kurulması için öngörülen nedenlerden biri yasal temsilcinin engelidir. Bu engelin hangi iş bakımından söz konusu olduğunda kayyım atanacağı sorusunun yanıtlanması, temsil kayyımlığının kapsamını belirlemeye yardımcı olur. 426. maddenin üçüncü bendinde ikici bentten farklı olarak bir işte ifadesi kullanılmamıştır; ancak yine de temsil kayyımlığının amacının belirli bir işin görülmesini sağlamak ve niteliğinin geçici olduğu göz önünde tutulursa birinci bentte olduğu gibi üçüncü bentte de belirli ve ivedi bir işte yasal temsilcinin görevini yerine getirememesi gerekir. İvediliğin anlamı, işin belli sürede yapılmak zorunda olmasıdır. İvedilik işin önemine vurgu yapan bir ölçüttür[246]. İvedilik, somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir, bazı işler için bir günde yapılması gereği ivedilik anlamına gelirken, bazı işlerin bir ay içinde yapılması gereği ivedilik anlamına gelir. Derhal yapılmadığı takdirde kendisine kayyım atanan

[243] Langenegger, Art. 392 N 27, s. 1904.
[244] Krş. Schnyder/Murer, Art. 392 N 103, s. 891; Gümüş, s. 50.
[245] Bu konudaki farklı görüşler için bkz. Gümüş, s. 49-50; Langenegger, Art. 392 N 27, s. 1904; Schnyder/Murer, Art. 392 N 102, s. 891.
[246] Schnyder/Murer, Art. 392 N 63, s. 877.

çocuğun veya üçüncü kişinin haklarının zarar görmesi olası durumlarda, hak kaybı olmamakla birlikte fiili kötüleşmenin olduğu, kanıtların ileri sürülmesinin güçleştiği veya hakkın elde edilmesinin kuşkulu duruma geldiği durumlar ivediliğe örnektir[247]. Belirli işin ne olduğu yukarıda açıklanmıştı[248], kısaca belirtmek gerekirse belli bir sürede yapılması öngörülen, kural olarak tek iş için temsil kayyımı atanır.

1- Yasal Temsilcinin Ancak Kendisinin Yapabileceği İşler

Yasal temsilcinin ancak kendisinin yapabileceği işlerde, bir diğer deyişle yasal temsil yetkisinin temsil kabul etmediği durumlarda yasal temsilci başkasını atayamaz ve atasa da o kişinin yaptığı iş yetkisiz temsildir, çocuğu bağlamaz. Bu işler, yasal temsilcinin kişiliğine bağlı edimlerdir[249]. İşin doğası nedeniyle kişisel olarak yapılması zorunlu işlerde yasal temsilcinin temsilci ataması olanaklı değildir[250]. TMK'nin 339 ve 445. maddelerine göre veli ve vasi, küçüğün eğitimi ve bakımı konusunda gerekli önlemleri ve kararları alarak uygular. Bu kararlar, yasal temsilcinin kişiliğine bağlı olarak göstereceği özen, sahip olduğu bilgi ve deneyim ile dünya görüşlerine göre belirlenebilen niteliktedir. Örneğin çocuğun mesleki eğitiminin, dini eğitiminin, gideceği kursların, öğreneceği yabancı dillerin belirlenmesi gibi kişisel koruma yükümlülüğü içeren kararlar kişiye bağlı seçimlerdir ve temsilciye bırakılmadan yapılmalıdır.

2- Başkası Tarafından Görülebilen İşler

Kişiliğe bağlı edimler dışında kalan, başkası tarafından görülebilecek işlerde yasal temsilci bir engeli nedeniyle görevini yerine getiremediğinde, bir görüşe göre yasal temsilci bir temsilci de atayamıyorsa kayyım atanmalıdır[251]. Ancak kanımızca, yasal temsilci, işin görülmesi için başkasını atayabileceği halde atamıyorsa yine de

---

[247] Egger, Vesayet, Art. 392 N 21, s. 348-349; Gümüş, s. 31-32.
[248] Bkz. §3/II/A/1.
[249] Krş. Gümüş, s. 60, 34-37.
[250] Langenegger, Art. 392 N 30, s. 1904; Schnyder/Murer, Art. 392 N 108, s. 893.
[251] Gümüş, s. 60; Henri Deschenaux/Paul-Henri Steinauer, **Personnes physiques et tutelle**, Quatriéme édition, Berne 2001, N 1104, s. 414-415. Kaufmann (Art. 392 N 32, s. 236), olgusal engellerde temsilci atanabileceğini, hukuksal engellerde yasal temsilcinin temsilci atayamayacağını ileri sürmektedir.

kayyım atanmalıdır. Örneğin vesayet makamı, olay hakkında bilgi sahibi olduğunda, yasal temsilci, söz konusu iş için bir temsilci atamışsa temsil kayyımı atanmaz; ancak temsilci atamamışsa yasal temsilcinin temsilci atamasını beklemeden kayyım atamalıdır. Çünkü 426/b.3 ile korunan hukuksal yarar, 426/b.1'den farklı olarak engeli olan kişiye değil, engeli olan kişinin temsil ettiği çocuğa aittir[252].

B- Engeli Çıkan Yasal Temsilcinin Belirlenmesi

1- Velinin Engeli

Velayeti tek başına kullanan yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine engel bir durum ortaya çıkmışsa, çocuğu temsil edecek başka bir yasal temsilci olmadığından, vesayet makamınca kendisine bir temsil kayyımı atanır. Velayet, anne ve baba tarafından birlikte kullanılıyorsa ve bir engel nedeniyle velilerden biri görevini yerine getiremiyorsa, böyle bir durumda diğer veli, yasal temsil yetkisini tek başına kullanır ve çocuğa temsil kayyımı atanmaz[253]. Ancak söz konusu engel, her ikisinin de görevini yerine getirmesine engel oluyorsa ya da diğer velinin de başka bir engeli çıkarsa bu durumda çocuğun yasal temsili kendisine atanacak bir kayyım tarafından sağlanır.

2- Vasinin Engeli

Çocuk vesayet altında ise yasal temsilcisi olan vasinin görevini yerine getirmesine engel bir durum olduğunda vesayet makamı çocuğa bir temsil kayyımı atayarak işin görülmesini sağlar. Bir vesayet organı olan vasinin yasal temsil yetkisini gereği gibi ifa etmesi, aksi takdirde görevden alınması gerekir. Vasinin, vesayet organına hesap verme yükümlülüğü karşısında, göstermesi gereken özen, veliye göre daha fazladır. Bu nedenle vasinin engeli süreklilik niteliğini taşıyorsa vasi görevden alınarak çocuğa bir başka vasi atanır; ancak engel geçici nitelikte ise,

[252] TMK 426/b.1'e göre ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse vesayet makamı ilgisinin isteği üzerine veya resen temsil kayyımı atar.
[253] Kaufmann, Art. 392 N 27, s. 235.

yani tek bir olaya özgü bir durum ise vasinin görevden alınması yerine çocuğa bir temsil kayyımı atanarak söz konusu işin görülmesi sağlanır.

3- Kayyımın Engeli

Kayyım da çocuğun yasal temsilcisi olarak atanır ve görev yapar. 426/b.3 hükmü yasal temsilci kayyım olduğunda da uygulanır[254]. Temsil kayyımı, belirli bir işin görülmesi amacıyla atandığından, temsil kayyımının bu işi yapmaya bir engelinin çıkması kayyımın yasal temsil yetkisini sona erdirir, vesayet makamınca çocuğa başka bir temsil kayyımı atanmalıdır. Ancak görev yapan kayyım, bir yönetim kayyımı ise temsil kayyımına göre görevi daha sürekli nitelikte olduğundan, belirli bir işin yapılması esnasında engeli çıktığı takdirde yönetim kayyımının görevi sona ermez, sadece o iş bakımından yetkisi sona erer ve çocuğa temsil kayyımı atanır.

C- Engel Durumun Belirlenmesi

Yasal temsilcinin görevini yapmasına engel olan durumlar, olgusal nitelikte ya da hukuksal nitelikte olabilir[255]. Bu ayrım, engelin dayandığı olgunun yaşam akışı içinde gerçekleşen bir olay ya da bir hukuk kuralı olmasına göre yapılır.

1- Olgusal Engeller

Olgusal engeller, yaşam akışı içinde gerçekleşen olaylarla ilgilidir. Öngörülemeyen nedenlerle yasal temsilci görevini yerine getiremez. Diğer bir anlatımla olgusal engellerin temelinde öngörülen hukuk kuralları değil, öngörülemeyen olaylar vardır. Bu engeller, hastalık, yokluk, fiziksel veya zihinsel engel, manevi engel, yetersizlik veya deneyimsizliktir[256].

---

[254] Riemer, Das Vormundschaftsrecht, s. 132; Schnyder/Murer, Art. 392 N 106, s. 892; Egger, Vesayet, Art. 392 N 43, s. 360; Deschenaux/Steinauer, N 1104, s. 414; Gümüş, s. 56; Karanlık, s. 37. Kıyasen uygulanacağı görüşü için Langenegger, Art. 392 N 29, s. 1904.
[255] Gümüş, s. 57.
[256] Gümüş, s. 26, 30, 57.

Hastalık, yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine engel bir durum olarak ortaya çıkabilir. Ancak her hastalık engel sayılamaz. Yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine engel sayılması hastalığın kronikliğine, türüne bağlı değildir. Önem taşıyan husus, yasal temsilcinin belirli işi yapılması gereken zamanda yapamayacak derecede hasta olmasıdır[257]. Özellikle yasal temsilcinin hastalığı nedeniyle bilincinin kapanması, yürüyememesi, konuşamaması veya yataktan kalkamayacak kadar bitkin olması görevini yerine getirmesine engel durum olarak örnek gösterilebilir.

Yasal temsilcinin yokluğu da olgusal bir engeldir. Ancak yokluk burada Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen gaiplikle anlaşılan yokluktan daha geniş anlamda kullanılır. Şöyle ki kendisinden uzun süre haber alınamayan ve nerede yaşadığı bilinmeyen yasal temsilcinin yokluğu yanında nerede olduğu bilinen ve kendisinden sürekli haber alınan yasal temsilcinin uzakta olması da görevini yerine getirmesine engel bir durum olarak ortaya çıkar[258]. Ancak yasal temsilcinin uzakta olması nedeniyle kayyım atanması için bu uzaklığın görevini yerine getirmesine engel olacak nitelikte olması gerekir. Örneğin internet üzerinden veya telefon ile görülebilecek bir iş söz konusu ise ve yasal temsilci bulunduğu yerden bu işi görebildiği takdirde engel yoktur; ancak yasal temsilcinin hazır bulunması gereken işlerde yasal temsilci gerekli zamanda hazır bulunamayacaksa görevini yerine getirmesine engel bir durumun varlığı kabul edilir[259]. Tutuklanma durumunda ise somut olayın koşulları değerlendirilmeli, eğer tutuklama yasal temsil görevinin yerine getirilmesini tek bir olayda değil, genel olarak engelliyor veya güçleştiriyorsa ve ne kadar tutuklu kalacağı belirsiz görünüyorsa çocuğa vasi atanmasına karar verilebilir. Ancak tutuklama, sürekli biçimde değil belirli durumlarda yasal temsil görevinin yerine getirilmesine engel oluyorsa, 426/b.3'e göre çocuğa temsil kayyımı atanmasına karar verilir.

Yasal temsilcinin fiziksel veya zihinsel engelli olması, genel olarak yasal temsil görevini yerine getirmesine engel olmamakla birlikte, belirli bir işte engel oluyorsa yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine engeli olduğu kabul edilerek

[257] Gümüş, s. 57.
[258] Krş. Gümüş, s. 28-29.
[259] Aynı doğrultuda bkz. Gümüş, s. 29.

çocuğa bir temsil kayyımı atanır[260]. Fiziksel engel, duyu organlarındaki işlevsizlik veya işlev azlığı biçiminde olabileceği gibi yürüyememe, konuşamama biçiminde de söz konusu olabilir.

Yasal temsilcinin manevi nedenlerle görevini yerine getirmesine engel bir durum varsa bu 426/b.3'e göre engel sayılarak çocuğa kayyım atanmalıdır[261]. Böyle bir durumda yasal temsilcinin göreve elverişsizliğinden söz edilir[262]. Manevi engele örnek olarak yasal temsilcinin boşandığı eşinin ölümünde çocuğunu miras davasında temsil etmek istememesi gösterilmektedir[263]. Velayetin kaldırılması davasının açılması, bir görüşe göre yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine hukuksal bir engeldir[264]. Burada kast edilen engel, velayetin kaldırılması yargılamasında çocuğun temsili bakımından değil, dava sürecinde çocuğun yargılama dışındaki temsili bakımındandır. Yani çocuk ile arasında bir hukuksal uyuşmazlık doğan anne veya baba, çocuğu bu nedenle temsil edemez. Kanımızca bir durumun hukuksal engel sayılabilmesi için görevini yerine getirmesine bir hukuk kuralının veya hukuksal durumun engel olması gerekir. Velayetin kaldırılması davası açıldığında yasal temsilcinin yasal temsil yetkisi yasa koyucu tarafından sınırlanmamıştır. Ancak aralarındaki uyuşmazlığın niteliği gereği manevi bir engel ortaya çıkarsa böyle bir durumda velayetin kaldırılması kararı verilip çocuğa bir vasi atanıncaya dek çocuğa bir temsil kayyımı atanması çocuğun yararına daha uygun olur.

Yasal temsilcinin belli bir konuda yetersiz veya deneyimsiz olması, onun çocuğu söz konusu işte temsiline engel oluyorsa vesayet makamınca bir temsil kayyımı atanır[265]. Ancak burada deneyimsizliğin çocuğun yararını tehlikeye düşürecek kadar yasal temsilcinin çocuğu temsiline engel olup olmadığına dikkat edilmelidir, eğer bu düzeyde bir deneyimsizlik veya yetersizlik yoksa vesayet makamınca kayyım atanamaz. Çünkü yasal temsilcinin temsiline engel bir durum yoktur. Dolayısıyla yetersizlik veya deneyimsizlik nedeniyle temsil kayyımı atanırken çocuğun yararının korunması ölçü olarak değerlendirilmeli ve

[260] Gümüş, s. 26, 57.
[261] Langenegger, Art. 392 N 30, s. 1904; Gümüş, s. 59.
[262] Kaufmann, Art. 392 N 28, s. 235.
[263] Deschenaux/Steinauer, N 1104, s. 415; Langenegger, Art. 392 N 30, s. 1904; Gümüş, s. 59.
[264] Kaufmann, Art. 392 N 28, s. 235; Egger, Vesayet, Art. 392 N 45, s. 361; Öztan, s. 790.
[265] Egger, Vesayet, Art. 392 N 44, s. 361; Öztan, s. 666.

deneyimsizlik ya da yetersizlik yasal temsil yetkisine ölçüsüz müdahale eder boyutta geniş yorumlanmamalıdır.

2- Hukuksal Engeller

Hukuksal engeller, bir hukuk kuralı veya hukuksal durum nedeniyle yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine engel olur. Bu engellerin başlıcaları hukuksal işlem ehliyetinin geçici yitirilmesi ve yasal temsilcinin kendisine yasal danışman atanması nedeniyle ehliyetinin sınırlanmasıdır.

Yasal temsilcinin geçici olarak ayırt etme gücünü yitirmesi durumunda hukuksal işlem ehliyetini yitirmesi nedeniyle çocuğu temsilen yapması gereken belirli bir işi yapamadığı takdirde çocuğa bir temsil kayyımı atanır. Geçici olarak ayırt etme gücünün yitirilmesi durumunda bu yitirme, genellikle görülecek işe engel olacak kadar uzun süreli değildir, ancak işin derhal yapılması gerekiyorsa bu durumda kayyım atanmasına karar verilir veya vesayet makamı işi bizzat yapar.

Kendisine yasal danışman atanan yasal temsilci kısıtlanmış değildir; ancak tam ehliyetli de değildir, katılım (oy) danışmanlığında bazı işlemleri yapması 429. maddeye göre yasal danışmanının iznine bağlanmıştır. Bunları yapabilmesi yasal danışmanın katılımına bağlıdır. Ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların dava yoluyla kullanımında yasal danışmanın katılımı gerekmez[266]. Sınırlı ehliyetli olan yasal temsilci, yasal temsil yetkisini kullanırken de 429. maddede sayılan işlerden birini yapabilmek için örneğin çocuk adına dava açmak veya sulh olabilmek için ya da çocuk adına bir taşınmazı satmak veya rehin etmek için danışmanın katılımına gereksinim duyar. Çünkü söz konusu iş, yasal temsilcinin kendi işi değil çocuğun işi olsa da nitelik itibarıyla sınırlı ehliyetlinin tek başına yapamayacağı bir iştir. Oysaki yasal danışmanın çocuğun temsili konusunda bir yetkisi bulunmamaktadır ve yasal temsilcinin bu sıfatla yaptığı işe katılamaz. Bu durumda yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine engel bir durum ortaya çıkmaktadır ve bu nedenle çocuğa bir temsil kayyımı atanmasına karar verilmelidir.

[266] Dural/Öğüz/Gümüş, 2005, s. 731; Öztan, s. 797.

IV- Belirli Bir Malvarlığının Yönetimsiz Kalması

Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesine göre vesayet makamı, yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gerekli önlemleri alır ve özellikle maddede belirtilen durumlarda, çocuğun temsili bağlamında, bir kimse uzun süreden beri bulunamadığı ve oturduğu yer de bilinemediği takdirde veya bir terekede mirasçılık hakları henüz belli olmadığı veya ceninin menfaatleri gerekli kıldığı takdirde bir yönetim kayyımı atar. Malların yönetim kayyımının yönetimine devredilmesi, vesayet makamının alabileceği önlemlerden biri olarak öngörülmüştür. Fakat çocuk mallarının tehlikeye düşmesi hakkında özel hükümler bulunduğu için öncelikle buna ilişkin 360-361. maddeler uygulama bulur[267].

A- Malvarlığı Kavramının Belirlenmesi

Yasanın 427. maddesinde yönetim kayyımlığı düzenlenirken "malvarlığı" yerine "mallar" ifadesinin kullanıldığı dikkat çeker. Mallar ya da malvarlığı, bir kimseye ait bütün malvarlığını ifade edebileceği gibi, özel bir yönetimi olan kısmi mal grubunu da ifade edebilir[268]. Malvarlığı aktif ve pasif değerlerin toplamından oluşur[269]. Hatta yasanın ifadesi belirli bir kimseye ait mallardan ziyade yönetilmeye gereksinim duyan malvarlığını anlatmaya yöneliktir. Bu nedenle bir kimsenin diğer mallarından işlevsel ve yönetimsel olarak ayrılabilen bir mal grubu da yönetim kayyımına bırakılabilir[270]. Ancak bir kimsenin devamlı geliri, 427. madde anlamında yönetim kayyımına bırakılacak malvarlığı kavramının içine girmez[271].

---

[267] Madde 360- Ana ve baba, çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermezlerse hâkim, malların korunması için uygun önlemleri alır. Hâkim, özellikle malların yönetimi konusunda talimat verebilir; belirli zamanlarda verilen bilgi ve hesabı yeterli görmezse, malların tevdi edilmesine veya güvence gösterilmesine karar verebilir.
Madde 361- Çocuğun mallarının tehlikeye düşmesi başka bir şekilde önlenemiyorsa hâkim, yönetimin bir kayyıma devredilmesine karar verebilir. Çocuğun, yönetimi ana ve babaya ait olmayan malları tehlikeye düştüğünde hâkim, aynı önlemlerin alınmasını kararlaştırabilir. Çocuk mallarının gelirlerinin veya bu mallardan ayrılmış belirli miktarların kanuna uygun şekilde sarf edileceğinden kuşku duyulursa hâkim, bunların da yönetimini bir kayyıma bırakabilir.

[268] Schnyder/Murer, Art. 393 N 20, s. 903; Egger, Vesayet, Art. 393 N 2, s. 362-363; Deschenaux/Steinauer, N 1106, s. 415.

[269] Kaufmann, Art. 392 N 4, s. 240; Schnyder/Murer, Art. 393 N 19, s. 903.

[270] Gümüş, s. 65.

[271] Langenegger, Art. 393 N 2, s. 1906; Schnyder/Murer, Art. 393 N 19, 25, s. 903, 907.

B- Yönetimsiz Kalmanın Anlam ve Kapsamı

Yasanın 427. maddesi, yönetimi kimseye ait olmayan mallar için önlem alınmasını öngördükten sonra, yönetim kayyımı atanmasını öngördüğü durumları örnekleyici nitelikte saymıştır. Bu durumlarda dikkat çeken ortak özellik, bir yönetim var olsa da malların gereği gibi yönetilememesidir. Buna karşın yasanın sözü, kaynak yasadan farklı olarak, gerekli yönetimden yoksun kalma yerine yönetimsiz kalma koşulu aramıştır; fakat hükmün amacına uygun yorumlanması gerekir. Bu bakış açısıyla yaklaşıldığında, 427. madde anlamında yönetim, bir malvarlığının gereği gibi korunması ve yönetilmesi için alınması gereken hukuksal ve eylemsel önlemlerin bütünüdür[272]. Malvarlığının yönetiminde gerekli özen gösterilmelidir[273]. Özellikle ceninin terekedeki yararlarının korunmasında ve bir kimsenin vesayet altına alınması için yeterli neden olmadığı halde malvarlığını kendi başına yönetmek veya bunun için bir temsilci atamak gücünden yoksun olması durumunda gereği gibi yönetimin sağlanamadığı görülür. Bu nedenle yönetim kayyımı için yönetimsiz kalma gerekmez, gerekli yönetimden yoksun kalma yönetim kayyımı atanması için yeterli bir nedendir.

1- Malvarlığını Yöneten Herhangi Bir Kişinin Olmaması

Bir malvarlığının yönetimi, çocuk ve yasal temsilcisinden başkasına bırakılmışsa ve yöneten kişi ölmüşse, gaip ise ya da hukuksal işlem ehliyetini yitirmişse, malvarlığı yönetimden yoksun kalır ve böyle bir durumda yönetim kayyımı atanmalıdır.

427. maddenin ilk bendine göre bir kimse uzun süreden beri bulunamaz ve oturduğu yer de bilinemezse yönetim kayyımı atanır. Hükümden anlaşılan gaiplik, TMK'nin 32. maddesinde düzenlenen gaiplikten daha geniş anlam taşıyan bir kavramdır[274]. Ancak yönetim kayyımı atanması için gaipliğine karar verilmesi gerekmez, bulunamaması ve yaşadığı yerin bilinmemesi yeterlidir[275]. Yönetim

[272] Gümüş, s. 67; Schnyder/Murer, Art. 393 N 21, s. 903-904.
[273] Schnyder/Murer, Art. 393 N 21, s. 904.
[274] Saymen/Elbir, s. 549.
[275] Hatta gaipliğine karar verilen kişinin malları yönetimden yoksun kalmışsa kayyımlığın kurulmasına gerek yoktur, çünkü miras ortaklığını mirasçılar yönetir. Yıldız/Gürsoy, s. 46. Yönetim

kayyımlığı kurulması için gaip kişinin temsilci atayıp atayamadığına bakılmaz[276], çünkü temsilci atayıp atayamadığı da bilinmemektedir; fakat zaten bir temsilci atamış ve mallar iyi biçimde yönetilmekte ise kayyım atanmaz[277]. Bu hüküm bakımından çocuğun mallarının yönetimi anne babadaysa salt ikisinden birinin yokluğu kayyım atanmasını gerektirmez, her ikisi de yoksa kayyım atanır. Eğer çocuğun serbest mallarının yönetimi üçüncü kişiye bırakılmışsa bu kişinin yokluğu bu hükme göre yönetim kayyımı atanmasını gerektirir. Eğer çocuğun yönetiminde bulunan serbest mal varsa çocuğun kaybolması durumunda serbest malların yönetimi için kayyım atanabilir.

Ayrıca bir ceninin varlığı da ceninin yararlarını korumak için yönetim kayyımlığının kurulmasını gerektirebilir. Mirasın paylaşımı, ceninin varlığı durumunda doğuma kadar ertelenmekle birlikte mirasın belirlenmesi dahi yarar çatışması meydana getirir[278]. Ceninin kişiliği olmadığından yasal temsilcisi yoktur; ancak henüz paylaşımı yapılmayan miras çıkarlarının korunması için 427. maddenin üçüncü bendine göre yönetim kayyımı atanır[279]. Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesi, ceninin sadece miras çıkarlarının korunması için kayyım atanmasını öngörmektedir, ceninin sağlığının korunması için kayyım atanması olanaklı değildir.

Aynı bende göre mirasçılık haklarının belli olmaması durumunda da yönetim kayyımı atanır. Mirasçılık haklarının belli olmamasından anlaşılması gereken, mirasçıların tümü bilinmekle birlikte mirasçılardan birinin kimliğinin bilinmemesi veya temsilci bırakmadan ortadan kaybolup nerede yaşadığının ve hatta yaşayıp yaşamadığının bilinmemesidir[280]. Eğer nerede yaşadığı bilinmeyen mirasçının ölümüne kuşkuyla bakılıyorsa TMK 586/1'e göre gaip mirasçının payı resmen yönetilir[281]. Eğer mirasçı, TMK 32. madde anlamında gaip sayılamazsa 427/b.3'e göre yönetim kayyımı atanır[282]. Diğer yandan TMK 592. maddeye göre,

---

kayyımlığı hükümleri kendisinden haber alınamayan kişiye gaiplik kararı verilinceye dek yaşıyor muamelesi yapmaktadır, yönetim kayyımlığı istisnai olarak gaiplik kararı verilmeksizin sona erer. Schnyder/Murer, Art. 393 N 32, 35, s. 912.

[276] Schnyder/Murer, Art. 393 N 34, s. 912.

[277] Egger, Vesayet, Art. 393 N 10, s. 366.

[278] Gümüş, s. 97.

[279] Schnyder/Murer (Art. 393 N 58, s. 922) ve Gümüş (s. 97), 427/b.3'ün ikincil nitelikte olduğunu belirtmektedir.

[280] Gümüş, s. 95. Mirasçıların tamamı bilinmiyorsa ya da mirasçıların mirasçılığı kuşkuluysa 592. maddeye göre tereke resmen yönetilir.

[281] Gümüş, s. 95.

[282] Gümüş, s. 95.

mirasçılardan birinin uzun zamandır bulunamaması ve temsilci de bırakmaması halinde yararı gerektiriyorsa terekenin resmen yönetimine karar verilir. Bu durumda 592. maddeye göre tereke resmen yönetilir, mirasçının payının yönetimi için 427/b.3 veya 586/1'e göre bir kayyım atanması, terekeyi yöneten kişinin görevi dışında kalan konularda özellikle mirasın tasfiyesinde temsil kayyımlığı biçiminde söz konusu olabilir[283]. Çünkü resmi memur, gaip kişinin miras payını kayyım gibi dikkate alamaz, böyle bir durumda mirasçının payının yönetimi ve mirasçının yararının korunması için kayyım atanması gereklidir[284]. Eğer mirasçı sadece ortada olmayan kişiden ibaretse 427. maddeye göre kayyım atanmasına gerek yoktur, 592. maddeye göre tereke resmen yönetilir[285].

Çocuğun malları bakımından değerlendirildiğinde, yasal temsilcinin yönetimindeki mallar, yasal temsilci öldüğünde, hukuksal işlem ehliyetini yitirdiğinde ya da gaip olduğunda yönetimsiz kalır. Bu durumda çocuğa bir vasi atanır ve kural olarak yönetim kayyımlığına gereksinim duyulmaz; ancak örneğin evlat edinme süreci işliyorsa bu süreç tamamlanana dek malların yönetimi için bir yönetim kayyımı atanabilir.

2- Malvarlığını Yöneten Kişinin Yönetmeye Elverişsizliği

Bir malvarlığı yönetilmekle birlikte gereği gibi yönetimden yoksun kalmışsa, yani yönetici malvarlığını gereği gibi yönetmiyor veya yönetemiyorsa, malların yönetimi bir yönetim kayyımına bırakılır. Gereği gibi yönetimden yoksun kalmanın nedenleri, hastalık, yokluk, yetersizlik veya deneyimsizlik, özensizlik olabilir.

Malvarlığını yöneten kişinin malvarlığını gereği gibi yönetmesine ve yönetilmesi için bir temsilci atamaya engel olacak kadar hasta olması halinde malların yönetimi bir yönetim kayyımına bırakılır[286]. Yönetim kayyımlığında hastalığın, temsil kayyımlığındakine göre uzun süreli olması önemlidir; çünkü kısa bir süre sonra geçecek bir hastalık nedeniyle yönetim kayyımlığı kurulmasına

[283] Gümüş, s. 96.
[284] Schnyder/Murer, Art. 393 N 52, s. 920; Egger, Vesayet, Art. 393 N 18, s. 370.
[285] Krş. Gümüş, s. 95.
[286] Egger, Vesayet, Art. 393 N 14, s. 367-368.

gereksinim yoktur, bunun yerine ivedi işlerin görülmesi için bir temsil kayyımı atanır.

Malvarlığını yöneten kişinin gereği gibi yönetmesini olanaksız kılan veya çok güçleştiren biçimde uzakta olması da yönetim kayyımı atanmasını gerektirir. Yöneticinin gaipliği söz konusu ise artık malvarlığını yöneten bir kişiden söz edilemez; ama nerede olduğu bilinen ve haber alınan bir yönetici, farklı bir ülkede yaşıyorsa özellikle taşınmaza ilişkin yönetim işlerini gereği gibi yürütemez[287]. Para hesaplarının yönetilmesi olanaklıdır; ancak taşınır, taşınmaz varlıkların başka bir yerde bulunması halinde uzaktan gereği gibi yönetilmesi ve bunun için gerekli önlemlerin alınabilmesi neredeyse olanaksızdır. Bu durumda bir malvarlığını gereği gibi yönetemeyen kişi, kendisi adına yönetmesi için bir temsilci atayabiliyorsa artık yönetim kayyımı atanmasına gerek kalmaz; ama temsilci de atayamıyorsa yönetim kayyımı atanır.

Yasada açıkça belirtilmemekle birlikte fiziksel veya zihinsel engel de kayyımlığın kurulması için bir neden oluşturabilir[288]. Malvarlığını yöneten kişide sonradan meydana gelen veya etkisi artan fiziksel veya zihinsel engel, gereği gibi yönetime engel oluyorsa ve malların yönetimi için bir temsilci de atayamıyorsa, malların yönetimi için yönetim kayyımı atanır[289]. Kendisine ait olmayan malların yönetimi kendisine bırakıldığında engelli ise ve durumu değişmediyse malların yönetim kayyımına bırakılması için gereği gibi yönetilemediği somut biçimde belirlenmelidir.

Malvarlığını yöneten kişinin özellikle velinin bu konularda yeterli bilgi ve deneyime sahip olmaması ve bunun sonucunda malvarlığını yönetme gücünden yoksun olması durumunda malların yönetimi 361. maddeye göre bir yönetim kayyımına bırakılır. 427. maddenin ikinci bendine göre, vesayet altına alınması için yeterli bir sebep bulunmamakla beraber, bir kişi, malvarlığını kendi başına yönetmek veya bunun için bir temsilci atamak gücünden yoksunsa yönetim kayyımı atanır. Bu hükmün çocuk malları bakımından uygulanamayacağını düşünüyoruz. Çünkü kişinin vesayet altına alınması için yeterli bir neden olmaması ve malvarlığını kendi başına

[287] Egger, Vesayet, Art. 393 N 12, s. 367.
[288] Schnyder/Murer, Art. 393 N 43, s. 917; Egger, Vesayet, Art. 393 N 13, s. 367.
[289] Egger, Vesayet, Art. 393 N 15, s. 368.

yönetme gücü ifadeleri birlikte okunduğunda bu hüküm erginlerin kendi malları için getirilmiş bir hükümdür[290].

Malvarlığını yöneten kişinin özensizliği kendi malları bakımından söz konusu olduğunda bu özensizlik savurganlık derecesinde ise kısıtlama nedenidir; ancak kişiler, zaten istisnai durumlar dışında kendi malvarlıklarını korumak için büyük bir özen gösterir. Özen gösterilmesi konusunda daha çok kuşku duyulacak malvarlığı, çocuk mallarıdır. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 360. maddesine göre anne baba çocuk mallarını yönetmekte yeterli özeni göstermezse uygun önlemler alınır ve 361. maddeye göre tehlike başka türlü savılamıyorsa malların yönetimi bir kayyıma yani yönetim kayyımına bırakılır.

C- Diğer Önlemler

Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesine göre gerekli yönetimden yoksun kalan mallar için gerekli önlemler alınır ve kayyım atanması da bu önlemlerden biridir. Kayyımlık yanında ya da kayyımlık yerine başka önlemler alınabilir[291]. Fakat beş bent halinde sayılan durumlarda kayyımlığın kural, diğer önlemlerin istisna olduğu belirtilmektedir[292]. Gerçekten yasanın ifadesi kayyımlığın söz konusu durumlar için kural olduğunu göstermektedir. Diğer önlemlere örnek olarak banka hesabının bloke edilmesi, mirasın paylaşılması yasağı, tapu kütüğünün kilitlenmesi, vesayet makamının bizzat ödemeleri kabul etmesi gösterilmektedir[293].

---

[290] Schnyder/Murer, Art. 393 N 36, s. 912.

[291] Gümüş, s. 67-68; Schnyder/Murer, Art. 393 N 23, s. 906; Egger, Vesayet, Art. 393 N 6, s. 365. İsviçre hukukunda bu konudaki tartışmanın temelinde yasanın Fransızca metninde Almanca ve İtalyanca metinlerden farklı olarak vesayet makamına sadece malvarlığının bir yönetim kayyımına bırakılması yetkisinin tanınması söz konusudur. Schnyder/Murer, Art. 393 N 23, s. 906.

[292] Schnyder/Murer, Art. 393 N 23, 24, s. 906.

[293] Gümüş, s. 68; Deschenaux/Steinauer, N 1107, s. 415. Gümüş (s. 68), temsil kayyımlığında olduğu gibi yönetim kayyımlığında da vesayet makamının kayyım atamak yerine karmaşık olmayan basit işleri kendisinin yapabileceğini ileri sürmektedir.

V- Yasada Öngörülmeyen Neden: Çocuğun Kişiliğinin Tehlikeye Düşmesi

A- Çocuğun Kişiliğinin Tehlikeye Düşmesi Kavramı

Türk Medeni Kanunu'nun "Çocuğun Korunması" üst başlığı altında "Koruma Önlemleri" başlıklı 346. maddesine göre çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, anne baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse, hâkim çocuğun korunması için uygun önlemleri alır. Çocuğun kişiliği, maddede çocuğun menfaat ve gelişimi olarak ifade edilmektedir. Çocuğun menfaati kavramı, 1982 BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne "çocuğun yüksek yararı" biçiminde girmiş bir kavramdır. Bunun anlamı, çocuğun fiziksel, zihinsel, ruhsal sağlığı ve gelişimi ile kişilik haklarının bütünüdür[294]. Çocuğun yararının veya kişiliğinin tehlikeye düşmesi çocuğa karşı veli veya vasinin yükümlülüklerini ihlal etmesinden bağımsız olarak çocuğun sağlığının, gelişiminin, haklarının tehlikeye düşmesi anlamına gelir[295]. Tehlikenin varlığı için zararın gerçekleşmesi gerekmez, zarara uğrama olasılığının varlığı önlem alınması için kabul edilen yeterli bir tehlikedir[296]. Çocuğun kişiliği tehlikeye düştüğünde mahkemenin çocuğu koruyucu önlem alabilmesi için ek bir koşul daha aranmaktadır, o da anne babanın duruma çare bulamaması veya buna güçlerinin yetmemesidir. Ancak bu durum ebeveynlerin velayete genel olarak elverişsiz oldukları anlamına gelmez[297]. Böyle bir durumda yasaya göre mahkeme çocuğun korunması için uygun önlemi alır. 347 ve 348. maddelerde velayet hakkını sınırlayan ya da kaldıran önlemlere yer verilirken 346. maddede çocuğun korunması için uygun önlemi alma konusunda takdir yetkisi yargıca tanınmıştır. Böylece yargıç çocuğun en az zarar görmesi için en elverişli önlemin ne olduğuna karar verip bunun uygulanabilmesi için gerekli önlemleri alır.

Yargıcın aldığı önlem ile varılmak istenen amacın orantılı olması gerekir[298], yani velayet hakkına yapılan müdahale ölçülü olmalıdır. Öğretide ve uygulamada bu bağlamda orantılılık ilkesinden söz edilmektedir. Çocuğu koruyucu önlemlerin alınmasında orantılılık ilkesi yol göstericidir. Hangi önlemin elverişli olduğuna karar

[294] Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 447.
[295] Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 445; Grassinger, s. 67-68.
[296] Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 447; Grassinger, s. 67-68; Gümüş, s. 179-180.
[297] Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 447.
[298] Gümüş, s. 180.

verilirken söz konusu tehlikenin hangi önlemle başa çıkılabileceği ve diğer yandan hangi uygun önlemin çocukla ebeveyn arasındaki ilişkiye zarar vermeyeceği dikkate alınır. Önlem, tehlikeyi gidermeye elverişli, zorunlu ve ölçülü olmalıdır[299]. Orantılılık ilkesini şu ilkeler somutlaştırır: önleyicilik, ikincillik, tamamlayıcılık ve ölçülülük[300]. Önleyicilik ilkesi, çocuğun yararı önemli ölçüde zorlandığında daha ağır önlemlere özellikle vesayeti müdahalelere başvurmanın kaçınılmaz olduğu duruma gelmeden daha erken aşamada daha hafif önlemlere öncelik tanıma anlamına gelir[301]. İkincillik, devlet müdahalesine ebeveynin çocuğu korumada yetersiz kalması halinde başvurulabilmesini, tamamlayıcılık, velayetin kullanılmasında yetersiz kalınan durumlarda alınan önlemlerle eksikliğin tamamlanması ve böylece çocuğun korunmasını ifade eder[302]. Ölçülülük ise koşullar bir vesayet önlemini haklı gösterdiğinde somut olayda umut verici önlemlerin en hafifinin uygulanması anlamına gelir[303], yargıç bu ilke gereği "olabildiğince hafif, gerektiği kadar ağır bir önlem" almalıdır[304]. Bu ilkeler doğrultusunda yasada yer alan önlemler dizisi en hafiften başlayarak aşama aşama ağırlaşmaktadır[305].

Türk Medeni Kanunu'nda alınabilecek önlemler arasında İsviçre'de olduğunun aksine eğitim kayyımlığı ve ziyaret hakkı kayyımlığına yer verilmemiştir. Buna karşın, çocuğun yararının tehlikeye düşmesi durumunda hâkim tarafından böyle bir önlemin alınıp alınamayacağı Türk hukuku açısından değerlendirilmeden önce aşağıda İsviçre Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemelerine kısaca değinilecektir.

---

[299] Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 445.

[300] Peter Breitschmid, Basler Kommentar, Art. 307 N 4-8, s. 1603-1605; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 445; Grassinger, s. 100-102. İnan, bu ölçütleri tamamlayıcı olma, uygunluk ve yardımcı olma ilkeleri olarak ifade etmektedir. Ali Naim İnan, "Çocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları", **Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı**, İstanbul 1999, s. 713.

[301] Breitschmid, Art. 307 N 5, s. 1604; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1125.

[302] Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 445; Grassinger, s. 100-102; Emine Akyüz, "Velayet ve Çocuğun Korunması", **Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan**, Ankara 2009, s. 135; İnan, s. 713; Yvo Biderbost, **Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB)**, Dissertation, Freiburg Schweiz 1996, s. 202.

[303] Breitschmid, Art. 307 N 8, s. 1604.

[304] Grassinger, s. 103; Breitschmid, Art. 307 N 8, s. 1604; Akyüz, "Velayet ve Çocuğun Korunması", s. 135.

[305] Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 446; Gümüş, s. 180.

B- Eğitim Kayyımlığı

Eğitim kayyımlığı, İsviçre Medeni Kanunu'nun 308. maddesinde düzenlenmiş kendine özgü bir kayyımlıktır[306]. Bu kayyımlığın kendine özgü olması, ne temsil ne de yönetim kayyımlığı içinde değerlendirilebilmesinden ileri gelir. 308. maddenin özellikle ilk fıkrasında kayyıma verilen görevler nedeniyle bu kayyımlık, "Erziehungsbeistandschaft" (eğitim kayyımlığı) olarak nitelendirilmektedir. 308. maddenin ilk fıkrasına göre koşullar gerektirirse vesayet makamı, ebeveyni çocuğun bakımında öneri ve eylemle desteklemesi için çocuğa bir kayyım atar. Eğitim kayyımlığı, çocuğun ebeveynin yanından ayrılmadan ve onlarla iletişim içinde korunmasını sağlayan, "ayakta tedavi"ye benzetilebilecek bir kurumdur[307]. Bu fıkraya göre atanan kayyım, çocuğun temsilcisi değildir, bir bakıma onun yardımcısıdır[308]. Kayyım, çocuk ve anne babayla etkili biçimde işbirliği yaparak çocuğun eğitimi ve gelişiminde ebeveyne yol gösterir, yardımcı olur ve böylece çocuğun çıkarlarını korur[309]. Kayyımın görevini hakkıyla yerine getirebilmesi için atandığı çocuk ile düzenli bir iletişim, etkili ve sürekli bir ilişki kurması gerekir[310]. Kayyımın önerilerinin hukuksal bağlayıcılığı yoktur; ancak ebeveyn kayyımın öneri ve eylemle desteklemesine katlanmakla yükümlüdür. Ancak maddenin ikinci fıkrasına göre kayyıma belirli yetkiler verildiğinde kayyım kendisine verilen velayete ilişkin bu yetkileri veliyle eş zamanlı kullanır[311]. Kayyıma, çocuğun haklarının korunması amacıyla çocuğun temsili için belirli yetkiler verildiğinde, kayyım çocuğun temsilcisi olarak hareket eder ve veli kayyımın temsiline katlanmakla yükümlüdür. Örneğin anne baba, tıbbi müdahaleye izin vermekten haklı bir neden olmadığı halde kaçındığı takdirde, kayyıma izin verme yetkisi verilebilir[312]. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise velayet uygun biçimde sınırlanabilir. İkinci fıkraya göre velayet sınırlanmadan kayyıma yetkiler verilirken üçüncü fıkraya göre velayetin uygun biçimde sınırlanması olanaklıdır. Velayet sınırlanmadan kayyıma

[306] Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, s. 449.
[307] Breitschmid, Art. 308 N 4, s. 1614.
[308] Grassinger, s. 127.
[309] Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, s. 257.
[310] Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, s. 257.
[311] Breitschmid, Art. 308 N 7, s. 1616.
[312] Hegnauer, Das Kindesrecht, s. 145; Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, s. 355; Akyüz, "Velayet ve Çocuğun Korunması", s. 139.

yetkiler tanındığında aynı işlemi hem kayyımın hem de velinin yapması olanaklıdır, bu durumda daha sonra yapılan işlem hata veya imkânsızlık düzenlemelerine tabidir, buna karşılık işlemler istisnai olmak üzere aynı anda yapılmışsa hangisine geçerlilik tanınacağına çocuğun yararına göre karar verilir[313]. Eğer velayet sınırlanmışsa velinin yetkisiz olarak çocuk adına yaptığı işlem yetkisiz temsil hükümlerine göre askıda geçersiz olur, işleme onam vermeye kayyım yetkilidir[314].

C- Ziyaret Hakkı Kayyımlığı

İsviçre Medeni Kanunu'nun 308. maddesinin ikinci fıkrasına göre vesayet makamı, özellikle nafaka hakkının ve diğer haklarının korunmasında çocuğun temsilinde ve kişisel ilişkilerin gözetiminde belirli yetkiler verebilir. Kayyım, ziyaret hakkının gözetimi için atandığında bir icra organı olarak görev yapmaz, sadece öneri ve eylemleriyle ziyaret hakkının sorunsuz biçimde kullanılmasına yardımcı olur[315]. Kişisel ilişkilerin gözetimi için kayyım atandığında, kayyım kendisine vesayet makamının verdiği talimat doğrultusunda veliyi ve çocuğu ziyarete hazırlayabileceği gibi ziyaret esnasında hazır bulunmak üzere de görevlendirilebilir[316]. Ayrıca doğrudan görüşme yanında telefonla veya yazıyla kurulan kişisel ilişkinin gözetimi için de kayyım atanabilir; fakat doğaldır ki telefonla kurulan kişisel ilişkinin etkin gözetimi oldukça zordur[317]. Kişisel ilişkinin gözetimi için kayyım atanmasının amacı birbiriyle iletişim içinde olmayan ve ziyaret için çocuğun teslîminde sorunlar yaşanan ebeveynler arasında çocuğun zarar görmekten korunmasını ve yasal temsilcisi olmayan ebeveyni ile sağlıklı biçimde kişisel ilişki kurma hakkının tanınmasını sağlamaktır[318]. Buna karşılık ziyaret hakkı kayyımının her derde deva olmadığı ve kişisel ilişkinin çocuğun yararına uygun düşmediği durumda anne ya da babanın hakkını elde etmesine yardım edemeyeceği, fakat çocuk için en iyi veya en az zararlı çözümü bulmaya çalışabileceği belirtilmektedir[319].

---

[313] Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, s. 389.
[314] Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, s. 390-391. Bu bağlamda iyi niyetin hukuksal işlem üzerindeki etkisi hakkındaki görüşler için bkz. Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, s. 393-403.
[315] Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, s. 324.
[316] Breitschmid, Art. 308 N 16, s. 1619.
[317] Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, s. 323.
[318] Breitschmid, Art. 308 N 15, s. 1619.
[319] Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, s. 313.

D- Türk Hukukunda Durum

Türk Medeni Kanunu'nda eğitim ve ziyaret kayyımlığını düzenleyen bir hükme yer verilmemiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nda babalığın belirlenmesi, eğitim, kişisel ilişkilerin gözetimi, nafaka hakkının ve diğer haklarının korunmasında çocuğun temsili için kayyım atanması öngörülürken Türk Medeni Kanunu 22.11.2001'de kabul edilirken eğitim ve ziyaret hakkı kayyımlığı yasa kapsamına alınmamıştır.

Türk öğretisinde eğitim ve ziyaret hakkı kayyımlığının Türk hukukunda uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Gümüş'e göre İMK 308. maddeye TMK'de yer verilmemiş olması eksiklik değildir[320], 346. maddeye göre çocuğun yararı ve gelişimi tehlikeye düştüğü takdirde uygun önlemleri alabilme yetkisi tanınarak yargıca çok geniş ölçüde takdir yetkisi verilmiştir[321]. Yargıç, bu takdir yetkisi kapsamında çocuğun eğitimi, bakımı konusunda ebeveyne yardımcı olmak, önerilerde bulunmak ve gerektiğinde haklarını korumak üzere bir eğitim kayyımı atayabilir[322]. Yine çocuğun yararının tehlikeye düşmemesi için kişisel ilişkilerin denetimi amacıyla bir kayyım atayabilir[323].

Hatta Gümüş'e göre bu sonuca 426/b.2 ve b.3'ün geniş yorumlanmasıyla da ulaşılabilir[324]. Egger'in İMK'de 308. madde kabul edilmeden önce savunduğu bu görüşe göre çocuğun yararını ve gelişimini tehlikeye düşürecek ölçüdeki yükümlülüklere aykırı davranışı, bir yarar çatışması meydana getirir ise bu durumda çocuğa kayyım atanabilir[325]. Gümüş'e göre anne babanın çocuğu korumada yetersiz kalması halinde görevini yerine getirmede bir engel olduğu kabul edilerek de aynı sonuca ulaşılabilir[326]. Bu noktada temsil kayyımlığının tek bir iş için kurulduğu düşünüldüğünde bunun eğitim kayyımlığının niteliğiyle bağdaşmadığı ileri

[320] Gümüş, s. 185.
[321] Gümüş, s. 186.
[322] Gümüş, s. 188.
[323] Gümüş, s. 188.
[324] Gümüş, s. 186.
[325] Egger, Vesayet, Art. 392 N 36-37, s. 356-357; Gümüş, s. 186.
[326] Gümüş, s. 186.

sürülebilirse de kayyımlığın tek bir iş için kurulma niteliği de yazara göre çocuğun korunması amacıyla geniş yorumlanabilir[327].

Öztan, yasanın çocuk mallarının korunmasına ilişkin hükümlerde kayyım atanmasına yer verdiği halde kişiliğinin korunmasına ilişkin hükümlerde yer vermemesi karşısında bu konuda yasada bir boşluk olduğunu kabul etmektedir[328]. Ancak çocuğun başka bir aile ya da kuruma yerleştirilmesinden önce tavsiyelerde bulunan ve vesayet makamınca belirli yetkilerle donatılabilen bir kayyım atanabileceğini ve bunun çocuk hukuku ile ilgili düzenlemelerdeki ana fikre uygun olduğunu savunmaktadır[329]. Serozan da yargıcın 346. maddeye göre çocuğa kayyım atanmasına karar verebileceğini belirtmektedir[330].

Buna karşılık Grassinger'e göre Türk hukukunda eğitim ve ziyaret kayyımlığı kabul edilmemiştir[331]. Ancak yargıç, çocuğun korunması amacıyla bir danışman, yardımcı kişi ve kişisel ilişkilerin denetiminde bir gözetmen görevlendirebilir. Görevlendirilen kişi teknik anlamda kayyım olmak zorunda da değildir[332]. Ayrıca Çocuk Koruma Kanunu'nda kabul edilen danışma tedbiri örneksenerek çocuğa eğitim danışmanı atanabilir[333]. Akyüz de eğitim kayyımlığının TMK'ye alınmadığını, buna karşılık anne babanın çocuğun eğitim ve yetiştirilmesi konusunda sürekli gözetim altında bulundurulması ya da anne babanın rehberliğini içeren bir denetim altında tutulması amacıyla gözetici ve denetici atanabileceğini belirtmektedir[334]. Akyüz'e göre denetici olarak Çocuk Koruma Kanunu'nun 37. maddesinde belirlenmiş uzmanlar da görevlendirilebilir ve hatta bu uzmanların görevlerinden biri de hakkında koruyucu destekleyici önlem kararı verilmiş korunmaya muhtaç çocukların mahkemece belirlenen sürede gelişim ve güvenliklerini tehlikeye düşüren etkenlerden korunmalarını sağlamaktır[335]. Bununla birlikte Grassinger gibi Akyüz de bu deneticilerin kayyım sıfatına sahip olmadığını

---

[327] Gümüş, s. 186.
[328] Öztan, s. 673-674.
[329] Öztan, s. 673-674.
[330] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 292.
[331] Grassinger, s. 134; aynı görüşte Emine Akyüz, **Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması**, Ankara 1983, s. 105-106.
[332] Grassinger, s. 135.
[333] Grassinger, s. 134.
[334] Akyüz, "Velayet ve Çocuğun Korunması", s. 138, 140.
[335] Akyüz, "Velayet ve Çocuğun Korunması", s. 139.

kabul etmektedir ve deneticilerin vesayet makamının yardımcısı olduğunu ileri sürmektedir[336].

Kanımıza yasada Öztan'ın belirttiği üzere bir boşluk bulunmaktadır. Ayrıca 426. maddenin sınırlı sayı ilkesine bağlı olması karşısında yarar çatışması veya engel dışında kayyım atanabilmesi için yasada gösterilen bir durum olması gerekir. Öte yandan eğitim kayyımlığında çocuğun haklarının korunması için temsil yetkisi verilmesi dışında kayyım çocuğun temsilcisi değildir ve kayyım olduğu kabul edilse dahi 426. maddeye dayanılamaz. Kendine özgü nitelikte kayyımlığın yasada açıkça düzenlenmesi ya da temsil kayyımlığının genişletici yoruma uygun biçimde kaleme alınması gerekirdi. Bu nedenle 346. maddede yargıca tanınan geniş takdir yetkisi kayyım atama yetkisini beraberinde getirmez. Kayyımlık, bir vesayet önlemidir ve yasada öngörülen durumlarda kurulması olanaklıdır. Öneri olarak eğitim ve ziyaret hakkı kayyımlığının Türk Medeni Kanunu'nda da düzenlenmesi gerektiği kanısındayız.

Ancak 346. maddeye göre yargıç çocuğun anne babasının yanından alınmadan çocuğun korunması için Grassinger'in belirttiği gibi bir danışman görevlendirebilir. Danışmana somut olayın koşullarında çocuğun korunması için gerekli talimatlar verilir. Tıpkı eğitim kayyımlığındaki gibi danışman çocuğun eğitimi ve bakımı konusunda anne babaya önerilerde bulunur, onları uyarır ve onlarla işbirliği içinde çocuğun yararını korur. Fakat gözetmen veya danışman atanması velayet hakkını sınırlayıcı bir önlem değildir, anne baba eğitim kayyımının emir ve önerilerine uymakla yükümlüyken danışmanın emir ve önerileriyle bağlı değildir[337]. Buna karşılık İMK 308. maddenin ikinci fıkrasına göre çocuğun nafaka hakkı ve diğer haklarının korunmasında çocuğun temsili için kayyım atanması TMK hükümleri çerçevesinde olanaklıdır. Nafaka davasında kayyıma yasada açıkça yer verilirken diğer hakların korunmasında ise yarar çatışması veya yasal temsilcinin engeli söz konusu olduğunda 426. maddeye göre kayyım atanabilir.

Ayrıca mahkeme dışında çocuğun münferit bir işte anne babasına karşı korunması kayyım atanarak sağlanabilir. Örneğin anne baba, çocuğun yaptığı bir

[336] Akyüz, "Velayet ve Çocuğun Korunması", s. 139. Öztan (s. 673), çocuğa kayyım atanmasının olanaklı olduğunu belirtirken vesayet dairelerine yardımcı kişi niteliğinde olmak üzere denetçi atanabileceğini de ifade etmektedir.
[337] Akyüz, "Velayet ve Çocuğun Korunması", s. 140.

hukuksal işlemi haklı bir neden olmadığı halde onaylamaktan kaçınıyorsa, çocuğa yapılacak tıbbi bir müdahaleye izin vermekten kaçınıyorsa, 426/b.2'ye dayanarak yarar çatışması nedeniyle çocuğa bir temsil kayyımı atanabilir[338]. Bunun dışında örneğin çocuk ve anne baba, çocuğun eğitimi veya yaşamıyla ilgili alacağı bir kararla ilgili olarak uyuşmazlığa düştüğünde, yargıç çocuğun anne babayla uzlaşması için çocuğa yarar çatışmasına nedeniyle 426/b.2'ye dayanarak bir temsil kayyımı atayabilir. Temsil kayyımının böyle bir işteki işlevi yarar çatışmasına düşülen münferit işte çocuğun yararını korumaktır.

Öte yandan kişisel ilişkinin kurulmasına ilişkin verilen kararın uygulanmasında çocuğun anne babası arasında sıkıntılar yaşanıyorsa, çocuk gerginlik ve olumsuz yönlendirmeler nedeniyle olumsuz tepkiler veriyor ve ruh sağlığı olumsuz etkileniyorsa kişisel ilişkinin sağlıklı kurulabilmesi için bir danışman atanabilir. Danışman çocuğu ve yasal temsilcisini ziyarete hazırlar ve ziyaret zamanı geldiğinde çocuğun tesliminde hazır bulunur; ayrıca ziyaret hakkı sahibinin çocuğu olumsuz etkilemesinden endişe duyuluyorsa kişisel ilişkinin tamamen kesilmesi yerine bir danışman gözetiminde ziyaretin gerçekleşmesi çocuğun yararına daha uygundur.

§4. Çocuğa Kayyım Atanmasını Gerektiren Münferit Durumlar

I- Soybağının Kurulmasına İlişkin Davalarda

A- Soybağının Reddi Davasında

1- Kayyımın Dava Hakkı

Türk Medeni Kanunu'nun 291. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ergin olmayan çocuğa atanacak kayyım, atama kararının kendisine tebliğinden başlayarak bir yıl, her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde soybağının reddi davasını açar. Bu hükmün getiriliş amacı, küçüğün anne babasıyla soybağının reddi gibi bir konuda

[338] Krş. Gümüş, s. 182.

mutlak yarar çatışması içinde olmasıdır. Kayyımın dava hakkı küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmamasına göre değişir.

Küçük ayırt etme gücüne sahipse kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan soybağının reddini tek başına isteyebilir[339] ve kayyım tarafından temsil edilmeye gereksinim duymaz. Çünkü bu davada küçük, haklarını tek başına kullanabilmekte, yasal temsilcinin iznine gerek duymamaktadır. Bu nedenle küçük, ayırt etme gücüne sahipse soybağının reddi davasını açmak üzere veya koca tarafından annesine ve kendisine karşı açılan soybağının reddi davasında kayyım atanamaz[340]. Yasanın ifadesi ergin olmayan çocuğa kayyım atanması biçiminde olmakla birlikte yasa ayırt etme gücüne sahip küçüğün dava ehliyetini reddetmemektedir; fakat küçüğün böyle bir işte kural olarak ayırt etme gücüne sahip olmadığını varsaymaktadır[341]. Yargıtay da yasanın bu hatalı ifadesi doğrultusunda küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakmaksızın soybağının reddi davasının açılması için küçüğe kayyım atanması gerektiği yönünde karar vermektedir[342].

Küçük, ayırt etme gücüne sahip değilse, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını dahi kullanamaz ve bu durumda soybağının reddini çocuk adına ancak bir yasal temsilci isteyebilir[343]. Çocuğun annesi veya babası çocuk adına dava açamaz; çünkü anne ve koca davalıdır. Dolayısıyla çocuk ile anne ve baba arasında doğrudan yarar çatışması vardır ve ebeveynlerin bu işte çocuğu temsil yetkisi yoktur. Bu nedenle çocuk, velayet altında ise çocuk adına açılacak soybağının reddi davası için bir temsil

---

[339] Hegnauer, Das Kindesrecht, s. 39; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 363; Schnyder, s. 12; Ingeborg Schwenzer, Basler Kommentar, Art. 256 N 11, s. 1347; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 255; Gümüş, s. 145; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 189, 192. Karşı görüş için bkz. Öztan, s. 531; Akıntürk, s. 341; Mehmet Beşir Acabey, **Soybağı Kurulması Genel Olarak Sonuçları Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, İzmir 2002, s. 137.

[340] Gümüş, s. 145.

[341] Dural/Öğüz/Gümüş (2008, s. 255), yasanın bu ifadesi ile aynı doğrultuda soybağının reddi konusunda ayırt etme gücü olduğu sonucuna varabilmek için ileri düzeyde fikri olgunluğa ulaşmak gerektiğini ve çocuklarda bunun genellikle olmayacağını ileri sürmektedir. Bu görüşe katılamıyoruz, aşağı yukarı on beş yaşında bir çocuğun babasının başkası olabileceğini anlayabileceğini, soybağının anlam ve sonuçlarını idrak edebileceğini düşünüyoruz. Ayrıca bu konuda bir duraksamaya düşülürse adli psikiyatri uzmanlarınca ayırt etme gücünün varlığını belirlenebilir.

[342] Y. 2. HD E. 2003/2582 K. 2003/6606, Yıldız/Gürsoy, s. 213. Söz konusu kararda sözü geçen küçük, Yargıtay kararının verildiği tarihte 18 yaşındadır, davanın görüldüğü sırada 16-17 yaşlarında olması olasıdır. Bu yaşta küçük, ayırt etme gücüne sahip olduğu halde ilk derece mahkemesinin kararı kayyım atanmayıp davanın yasal temsilciye yöneltilmesi nedeniyle kayyım atanması gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur. Yine ayırt etme gücünün varlığına bakılmaksızın kayyım atanması gerektiği yönünde verilen kararlar: Y. 2. HD E. 2004/463 K. 2004/1490, Y. 2. HD E. 2004/3243 K. 2004/4223, Yıldız/Gürsoy, s. 215.

[343] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1057.

kayyımı atanması gereklidir[344] ve bu doğrultuda kayyıma dava hakkı tanınmıştır. Çocuk vesayet altında olduğunda ise vasi ile çocuk arasında yarar çatışması yoksa ya da vasinin davayı açmasına engel bir durum yoksa dava vasi tarafından açılır. Yasanın ilgili hükmünde kayyımın hangi durumda atanacağı açıkça düzenlenmeyip sadece atanan kayyımın dava hakkının bağlı olduğu süre öngörülmüştür. Bu durumda kayyımın hangi durumlarda atanacağı 426. maddeye göre belirlenmelidir. Anne baba ile çocuk arasında yarar çatışmasının olduğunu varsayan yasa koyucu, çocuğun genellikle velayet altında olduğunu gözeterek, çocuk adına açılan davanın kayyım tarafından açılmasını öngörse de bu hüküm, çocuk vesayet altında olduğunda vasinin çocuk adına dava açmasına engel değildir.

İlgililerin, kayyım atanması için vesayet makamına başvurması durumunda, vesayet makamının, kayyım atanması hakkında vereceği karardan önce, çocuğun yararına ilişkin bir değerlendirme yapıp yapmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük adına dava açılması için kayyım atanması istediğinde, vesayet makamınca ayrı bir değerlendirme yapılmaksızın kayyım atanır[345]. Fakat diğer ve bizim de katıldığımız görüşe göre, vesayet makamı, soybağının reddi davasının açılması çocuğun yararına olacaksa, kayyım atanmasına karar vermelidir[346]. Örneğin çocuğun genetik babası belli ise çocuğun genetik babaya bağlanabilmesi için hâlihazırdaki soybağının ortadan kaldırılması çocuğun yararına uygun olur; ancak genetik baba belli değilse[347] ya da yasal babanın babalığı konusunda hiçbir kuşku olmadığı halde[348] böyle bir istem ileri sürülüyorsa soybağının reddi davasının görülmesi çocuğun yararına uygun değildir.

2- Kayyımın Dava Açma Süresi

Türk Medeni Kanunu'nun 291. maddesinin ikinci fıkrasında kayyımın dava açma hakkı, bir yıl ve beş yıl olmak üzere iki farklı hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Öğretide kayyımın dava hakkının hak düşürücü süreye bağlanması

[344] Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 363; Schwenzer, Art. 256 N 11, s. 1347.
[345] Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 256; Akıntürk, s. 341.
[346] Gümüş, s. 147-148; Hegnauer, Das Kindesrecht, s. 39; Schwenzer, Art. 256 N 4, s. 1346; Schnyder/Murer, Art. 256 N 73, s. 176; Öztan, s. 531; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 189.
[347] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 189.
[348] Gümüş, s. 148.

haklı olarak eleştirilmektedir[349]; çünkü kayyımın dava açmaması çocuğun dava hakkını etkilememelidir ve bu durumda böyle bir süre aslında hak düşürücü değildir. Çocuk ergin olmadan önce kayyım atanmış olsa dahi soybağının reddi davası açılmamışsa çocuğun ergin olmasından başlayarak işleyen sürede dava açılması olanaklıdır[350].

Yasanın 291/2 hükmüne göre ergin olmayan çocuğa atanan kayyım atama kararının kendisine tebliğinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açar. Böyle bir sürenin öngörülmesinin amacı dava hakkını sınırlamak değil, kayyımın görevini yerine getirmesi için kayyımı yönlendirmektir. Kayyımın atanmasının nedeni, salt bu davayı açmak olduğu halde, kayyımın bir yıl içinde bu davayı açmaması görevi ihmaldir ve kayyım bu nedenle çocuğa karşı sorumludur. Ancak haklı bir neden varsa 291. maddenin gönderme yaptığı 289. maddeye göre nedenin ortadan kalkmasından itibaren süre işlemeye başlar. Hatta kanımızca hemen açabilecek durumda olduğu halde nedensiz biçimde davanın sürüncemede bırakılarak açılmaması da görevi ihmaldir. Yine 291/2'ye göre kayyım, her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde soybağının reddi davasını açar. Yani bu hükmün sözüne göre kayyım doğumdan itibaren beş yıl geçtikten sonra atanırsa dava hakkına sahip olamayacaktır ya da kayyım atanamayacaktır. Yasa koyucu, kayyımın çocuk doğar doğmaz atanacağı varsayımından hareket ediyor olmalı ki daha sonra atanması olasılığını hesaba katmamıştır. Fakat 291. maddeye göre kocanın açacağı soybağının reddi davasına ilişkin hüküm kıyasen kayyımın açacağı davaya da uygulandığından 289. maddenin üçüncü fıkrasına göre gecikme haklı bir nedene dayanıyorsa bir yıllık süre bu nedenin ortadan kalkmasından itibaren işlemeye başlar. Dolayısıyla kayyımın dava açmasına engel olan haklı bir neden varsa, kayyım bu nedenin ortadan kalkmasından itibaren ek bir yıllık sürede davayı açabilir. Bir yıllık sürenin kayyımın işini yapmak için yönlendirici bir süre olduğu kabul edilse de beş yıllık sürenin hiçbir anlamı bulunmamaktadır[351]. Bununla çocuğun dava hakkının da sona

[349] Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 259; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 194; Acabey, s. 149. Serozan ise kayyım için özel bir süre öngörülmesini haklı olarak anlamsız görmektedir. Serozan, Çocuk Hukuku, s. 194.
[350] Acabey, s. 148.
[351] Öğüz, kayyım için beş yıllık sürenin öngörülmesini eleştirmektedir, beş yıllık süre geçtikten sonra kayyımın atanması halinde kocanın açacağı soybağının reddi davasına ilişkin hükümlerin örneksenerek uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 259.

ereceği sonucu çıkarılamayacağına göre kayyımın dava hakkının düşmesinin neyi ifade ettiği belli değildir.

3- Kayyımın Dava Açmamasının Sonuçları

a- Kayyımlığın Sona Ermesi

Kayyım, kendisine yasada tanınan sürede dava açmadığı takdirde, sürenin dolmasıyla birlikte kayyımlık sona erer. Bu süreden sonra kayyımın dava açması olanaklı değildir. Kayyımlık, niteliği gereği belli bir işin görülmesi amacıyla kurulduğundan, bu işin görülmesi ya da görülme olanağının kalmaması durumunda kayyımlık sona erer.

b- Çocuğun Dava Hakkına Etkisi

Kayyımın süresinde dava açmaması durumunda kayyımlık sona erse de çocuk dava hakkını yitirmez. Ayırt etme gücüne sahipse ergin olmadan önce davayı açabileceği gibi ergin olmasından başlayarak bir yıl içinde de davasını açabilir. Kayyım için öngörülen hak düşürücü süre çocuğun dava hakkının süresini değil, atanan kayyımın görev süresini sınırlamaktadır.

B- Sonradan Evlenme ile Kurulan Soybağına İtirazda

1- Çocuğun Davada Yasal Temsili

Türk Medeni Kanunu'nun 294. maddesine göre, anne ve babanın yasal mirasçıları, çocuk ve Cumhuriyet savcısı, sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz edebilirler. Dolayısıyla söz konusu hükme göre çocuk dava hakkına sahiptir[352]. Ancak sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz hükümlerinde

[352] Eski Medeni Kanun'daki nesebin tashihinden farklı olarak soybağının evlenme yoluyla kurulmasına itiraz çekişmesiz yargı işi değildir, davadır. Ali Cem Budak, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler", **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara 2004, (Çekişmesiz Yargı Alanındaki Değişiklikler), s. 288.

kayyımın işlevine değinilmemiştir. Gönderme yapılan tanımanın iptali hükümlerinde de kayyımın dava hakkı öngörülmemiştir. Bir görüşe göre yasada boşluk vardır ve soybağının reddine ilişkin 291. maddenin örneksenerek uygulanması gerekir[353]. Ancak kanımızca bu, yasada boşluk olduğunu göstermemektedir, kayyım atanmasını gerektiren nedenleri düzenleyen 426. maddenin koşulları varsa kayyım atanabilir. Fakat soybağının reddinde kayyımın işlevi açıkça öngörülüp düzenlenirken benzer davalar olan sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz ve tanımanın iptalinde kayyımlığın neden düzenlenmediği anlaşılır değildir.

Küçük, ayırt etme gücüne sahipse tek başına bu davayı açıp yürütebilir[354]. Kişiye sıkı sıkıya bağlı böyle bir hakkı ayırt etme gücüne sahip küçük tek başına kullanabildiğinden gereksinim duymaz ve bu nedenle ayırt etme gücüne sahip küçüğe kayyım atanmasına gerek bulunmamaktadır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün ise bu hakkını tek başına kullanabilmesi olanaklı değildir; fakat bu hakkın nispi nitelikte kişiye sıkı sıkıya bağlı olması nedeniyle yasal temsilci küçük adına böyle bir davayı açabilir. Küçük, velayet altında ise küçüğün her iki ebeveyni de sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itirazda küçüğün karşısında yer almaktadır. Çocuk, davayı anne ve babasına karşı açmakta ve doğrudan bir yarar çatışması meydana gelmektedir. Çocuk, vesayet altında ise vasinin çocukla ilişkisine göre aralarında bir yarar çatışması belirlenebiliyorsa, çocuk kayyım tarafından temsil edilir, yarar çatışması belirlenemiyorsa vasi, çocuk adına itirazda bulunur.

2- Kayyımın Dava Hakkının Yasal Dayanağı

Kayyımın dava hakkının dayanağı yasanın yarar çatışması nedeniyle kayyım atanmasını öngören 426. maddesinin ikinci bendidir[355]. Yasanın evlenme ile kurulan soybağına itiraz ile ilgili hükümlerinde kayyımlığa yer verilmemiş olması nedeniyle kayyımlık ancak 426. maddede öngörülen durumlardan birine dayanarak kurulabilir. Soybağına ilişkin davalarda çocuk ile ebeveyn arasında yarar çatışması doğrudan kendini gösterir. Çocuk vesayet altında ise yarar çatışmasının olup olmadığı vasiye göre belirlenir. Vasi çocuğun yakın bir akrabası veya anne ya da babası ise vasi ile

[353] Gümüş, s. 154.
[354] Gümüş, s. 154.
[355] Krş. Gümüş, s. 154.

çocuk arasında yarar çatışması vardır. Ancak vasi ile çocuk arasında böyle bir ilişki yoksa genellikle yarar çatışması yoktur, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük vasi tarafından temsil edilir.

3- Kayyımın Dava Açma Süresi

Sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraza ilişkin hükümlerde kayyımlığa yer verilmediğinden kayyımın davasını açabileceği bir süre de öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu davada kayyımın bağlı olduğu bir süre yoktur[356]. 426. maddeye göre atanan kayyım dava açmakla yükümlüdür, ancak açmadığı takdirde vesayet makamı kayyımlığın sona ermesine karar verebilir ve çocuğun dava hakkı bundan etkilenmez.

C- Tanımanın İptalinde

1- Çocuğun Davada Yasal Temsili

Türk Medeni Kanunu'nun 297 ve 298. maddelerinde kimlerin tanımanın iptalini isteyebileceği düzenlenmiştir. 297. maddeye göre tanıyan, yanılma, aldatılma, korkutulmaya dayanarak çocuğa ve anneye karşı tanımanın iptali davasını açabilir. 298. maddeye göre ise anne, çocuk, çocuk ölmüşse çocuğun altsoyu, Cumhuriyet savcısı, Hazine ve diğer ilgililer tanıyana karşı tanımanın iptali davasını açabilir. Dolayısıyla tanımanın iptalinde çocuk, davacı ya da davalı olarak yer alabilir.

Küçük, ayırt etme gücüne sahipse tanımanın iptali isteminin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle dava ehliyetine sahiptir ve kayyım tarafından temsil edilmeye gereksinim duymaz. Ayırt etme gücüne sahip çocuk tek başına tanımanın iptalini isteyebilir[357], kendisine karşı açılan tanımanın iptali davasını yürütebilir.

Küçük, ayırt etme gücüne sahip değilse küçüğün ebeveynleri ile küçük arasında yarar çatışması vardır. Çocuk ve annesi bu davada karşı karşıya gelmese de yararlarının birbirine paralel olduğu da söylenemez, aksine çatışır. Çünkü hiçbir

[356] Krş. Gümüş, s. 154.
[357] Öztan, s. 553; Hegnauer, Das Kindesrecht, s. 52; Gümüş, s. 152.

erkekle soybağı olmadığı için babası olmayan bir kimse tarafından tanınan çocuk babasını bilmemektedir ve buna annesi neden olmaktadır. Bu nedenle çocuğun kayyım tarafından temsili gereklidir[358]. Soybağının reddinde olduğu gibi tanımanın iptali davasında da kayyım atanması istendiğinde vesayet makamı tanımanın iptalinin çocuğun yararına uygun olup olmadığını değerlendirerek kararını vermelidir[359].

2- Kayyımın Dava Hakkının Yasal Dayanağı

Kayyımlık, tanımanın iptaline ilişkin hükümler arasında düzenlenmemiştir. Kayyım yasaya göre diğer ilgililer arasında da sayılamaz. Maddede sözü geçen "ilgili", tanımadan dolayı korunmaya değer bir hukuksal yararı zedelenen kişi olarak anlaşılmalıdır ve bu kavramın dar yorumlanmasında çocuğun yararı vardır[360]. Kayyım, tanımadan dolayı yararı zedelenen bir ilgili değildir. Bu nedenle kayyımın tanımanın iptali davasındaki işlevi 426. maddeye göre belirlenebilir[361]. 426. maddenin ikinci bendine göre bir işte yararı çocuğun yararı ile çatışan yasal temsilci çocuğu temsil edemez, çocuğa bir temsil kayyımı atanır. Çocuk velayet altında ise çocuğun anne babasıyla yararı mutlak çatışır ve kayyım atanması zorunludur, ancak vesayet altında ise vasi ile çocuk arasında yarar çatışmasının olup olmadığına bakılarak kayyım atanmasına karar verilir.

3- Kayyımın Dava Açma Süresi

Kayyımın dava açma süresi, tanımanın iptali hükümleri arasında düzenlenmediği için, soybağının reddinde veya babalık davasında olduğu gibi kayyım belli bir süreyle bağlı değildir. Kayyım atandığında ivedilikle işini görmelidir. Kayyım makul bir sürede dava açmadıysa ve açmayacağı anlaşılıyorsa kayyımlığın sona ermesine karar verilebilir. Kayyımın dava açmaması daha önce de belirtildiği gibi çocuğun dava hakkını etkilemez.

---

[358] Öztan, s. 553; Hegnauer, Das Kindesrecht, s. 52; Gümüş, s. 152.
[359] Gümüş, s. 152.
[360] Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 275; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 209.
[361] Gümüş (s. 152), TMK 291/2'nin kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmektedir.

D- Babalık Davasında

1- Kayyımın Dava Hakkı

Babalık davasında kayyımın dava hakkı yasanın 301. maddesinde düzenlenmiştir. 301. maddeye göre çocuk ile baba arasındaki soybağının belirlenmesini anne ve çocuk isteyebilir. Dava, babaya, baba ölmüşse mirasçılarına karşı açılır. Maddenin üçüncü fıkrasına göre babalık davası Cumhuriyet savcısına ve Hazineye, dava anne tarafından açılmışsa kayyıma, kayyım tarafından açılmışsa anneye ihbar edilir. Kayyımın hangi durumda atanacağı açıklığa kavuşturulmamıştır. İsviçre Medeni Kanunu'nun 309. maddesinde öngörülen düzenlemeye göre evlilik dışı doğan çocuğa zorunlu olarak kayyım atanır, ancak kanımızca Türk hukukunda bu nitelikte bir zorunlu kayyımlık kabul edilmemiştir[362]. Evlilik dışı çocuğun doğumunda kayyımlığın zorunlu kurulması amaçlansaydı açıkça öngörülürdü. Yasa koyucu, diğer soybağı davalarında olduğu gibi, babalık davasında çocuğun temsili amacıyla kayyımın işlevini düzenlemiştir. Kayyımın çocuk adına dava açabilmesi çocuğun hukuksal işlem ehliyetine bağlıdır.

Çocuk, ergin olmadan önce ayırt etme gücüne sahipse, soybağının belirlenmesine ilişkin herhangi bir istem kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, babalık davasını tek başına açıp yürütebilir[363]. Bu nedenle ayırt etme gücüne sahip çocuğa kayyım atanmasına gerek yoktur. Anne tarafından babalık davasının açılması durumunda da kayyım atanmayıp dava çocuğa ihbar edilir. Çocuk annenin açtığı davaya müdahil olabilir.

Hak düşürücü süreyi düzenleyen 303. maddenin ikinci fıkrasında çocuğun dava hakkı, çocuk ergin olmadan önce, ancak kayyım tarafından kullanılabilirmiş gibi, çocuğun dava hakkının işlemeye başladığı an, kayyım atama kararının tebliği olarak ifade edilmişse de bu ifade çocuğun ergin olmadan önce ayırt etme gücüne sahip olmadığı varsayımından hareket etmektedir. Dolayısıyla söz konusu hüküm, ayırt etme gücüne sahip küçüğün dava açabilmesine engel değildir.

---

[362] Karşı görüş için bkz. Gümüş, s. 159-162.

[363] Öztan, s. 557; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 373; Schwenzer, Art. 261 N 5, s. 1377; Schnyder/Murer, Art. 261 N 50, s. 359. Karşı görüş için bkz. Akıntürk, s. 359.

Çocuk, ayırt etme gücüne sahip değilse kişiye sıkı sıkıya bağlı olan babalık davası açma hakkını tek başına kullanamaz. Bu durumda çocuğun bir yasal temsilci tarafından temsili gereklidir[364]. Babalık davasında çocuğu kimin yasal olarak temsil edeceğini babalık davasını düzenleyen 301. madde açıkça düzenleyerek kayyım atanmasını öngörmüştür. Dolayısıyla soybağının reddinde olduğu gibi babalık davasında da veli ile çocuk arasında yarar çatışmasının varlığı aksi kanıtlanamaz bir karine olarak öngörülmüştür. Fakat çocuğun vesayet altında olması hesaba katılmadan düzenlenmiştir, kanımızca vasi ile çocuk arasında yarar çatışması yoksa vasi tarafından dava açılır ve çocuğa açılan davada vasi çocuğu temsil eder. Çocuk, velayet altında ise, babalık davasını açmak üzere ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğe kayyım atanmasının yanında, anne tarafından açılan babalık davasında küçüğün ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda çocuğa kayyım atanarak dava kayyıma ihbar edilir[365]. Eğer kayyım, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için nafaka davası açmışsa, babalık davası da bu davayla birleştirilebilir[366].

2- Kayyımın Dava Açma Süresi

Kayyımın dava açma süresi 303. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. TMK 303/2'ye göre çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyıma tebliği tarihinde, hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar. Kayyım, atama kararı kendisine tebliğ edilmesinden başlayarak bir yıl içinde babalık davası açmalıdır. Fakat bir yıllık süre geçtikten sonra gecikmeyi haklı kılan bir neden varsa nedenin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir.

[364] Öztan, s. 557-558; Hegnauer, Das Kindesrecht, s. 56; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1106.
[365] Gümüş, s. 157.
[366] Öztan, s. 558; Hegnauer, Das Kindesrecht, s. 56.

3- Kayyımın Dava Açmamasının Sonuçları

a- Kayyımlığın Sona Ermesi

Haklı bir neden olmadan veya haklı nedenin ortadan kalkmasından başlayarak işleyen ek sürede kayyımın dava açmaması durumunda kayyımlık sona erer. Artık kayyımın dava açmasına olanak kalmamıştır. Bu durumda babalık davasını açmak üzere atanmış olan kayyımın görevi sona erer. Kayyım dava açmak için gerekli araştırmayı yapmayı ihmal ettiği veya genetik babayı bildiği halde dava açmadığı takdirde TMK 467. maddeye göre sorumlu olur[367].

b- Çocuğun Dava Hakkına Etkisi

Kayyımın dava açma süresini düzenleyen 303. maddede yer alan hüküm kayyım atanmakla birlikte kayyımın dava açmaması durumunda çocuğun dava hakkını yitirmesi gibi bir yanlış anlamaya yol açmaktadır. Kayyım atanmadığında çocuğun dava hakkının, ergin olmasından başlayarak işlemeye başladığı ifade edildiğinden, aksine bir yorumla kayyım atandığında dava hakkının kayyım atanmasından itibaren işlediği ve kayyım davayı açmadığında da dava hakkını yitirdiği sonucu çıkarılabilir[368]. Ancak kayyımın ihmali çocuğun dava hakkını etkilemez, bu nedenle çocuk için hak düşürücü süre çocuğun ergin olmasından başlayarak işler[369]. *"Hiç kayyım atanmamışsa…"* koşulunun getirilmesi anlamsızdır, hüküm kayyımın dava açmaması olasılığı hesaba katılmadan kaleme alınmıştır.

E- Evlat Edinme Yargılamasında

1- Çocuğun Yargılamada İlgili Olarak Konumu

Evlat edinme, 01.01.2002'de yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu ile bir yargılama olarak kabul edilmiştir. Bu yargılamada yargıç tarafından geniş çapta

[367] Gümüş, s. 165.
[368] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1107-1108.
[369] Öztan, s. 561; Acabey, s. 251.

araştırma yapılır, kanıtlar toplanır ve evlat edinmenin yasal koşullara uygun olup olmadığına göre evlat edinme hakkında bir karar verilir. Evlat edinmek isteyen kişi, mahkemeye başvurarak küçüğü evlat edinme istemi konusunda karar verilmesini ister. Evlat edinme işinin bir davalısı yoktur[370]. Gerçekten de küçüğün ya da anne babanın rızası aransa bile evlat edinmeye karar verilmesi işi, bir uyuşmazlık çözümünden çok, bir işin çocuğun yararına uygun olup olmadığına karar verilmesi sorunudur. Evlat edinme kararının verilmesi, uyuşmazlık ve sübjektif hakkın yokluğu ve önleyici-kurucu etki ölçütlerine göre çekişmesiz yargı işidir[371]. Bu karar verilmeden önce yasanın belli koşullarda belli kişilerin rızasını araması ise işin doğası gereği çocuğu ilgilendiren bir işte çocuğa ve anne babaya söz hakkı tanıma amacını taşır. Çekişmesiz yargı işinde hasımdan, diğer bir anlatımla davalıdan söz edilemez. Bu nedenle evlat edinme yargılamasının davalısı çocuk değildir. Çekişmesiz yargı işinin davacı veya davalılarından değil ilgililerinden söz edilebilir ve mahkemenin görülmekte olan bir işin ilgililerine bu konudaki görüşlerini bildirmek olanağı vermeden bir karar alınamayacağı konusundaki her yargılama usulünde geçerli olan ilke çekişmesiz yargıda da geçerlidir, bundan da ilgililerin çekişmesiz yargıda "dinlenme hakkına" sahip oldukları sonucuna varılır[372]. Çocuk, kendisini yakından ilgilendiren bir işte görüşlerini açıklama ve gelişmeleri öğrenme hakkına sahiptir. Bunun yanında yasaya göre ayırt etme gücüne sahipse evlat edinme için rızası aranır. Sonuç olarak çocuk, davanın hasmı (veya davalısı) değil, ama ilgilisi olarak yargılamada yer alır.

2- Ön Sorun Olarak Yarar Çatışmasının Varlığı

Evlat edinmede çocuk ile yasal temsilcisi arasında bir yarar çatışması olup olmadığı sorunu çocuğun yasal temsilini de belirleyeceği için önem taşır. Velayet

---

[370] Mert Yaşar, "Türk Hukukunda Evlat Edinme İlişkisinin Kurulması", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2003, s. 192; Ali Cem Budak, "Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı", **Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV Medeni Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı-İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 30 Eylül-1 Ekim 2005, Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Muhammet Özekes, Ankara 2006, (Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı), s. 132.

[371] Kuru, Nizasız Kaza, s. 77; Budak, Çekişmesiz Yargı Alanındaki Değişiklikler, s. 289; Yaşar, s. 192; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 304. Çekişmesiz yargı işinin ölçütleri ve çekişmesiz yargıdaki yargılama usulü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, Nizasız Kaza.

[372] Kuru, Nizasız Kaza, s. 166.

altında olan bir çocuk, evlat edinilmek istendiğinde, velayetin anne babadan alınıp üçüncü bir kişi ya da kişilere verilmesi söz konusu olduğundan, çocuk ile anne baba arasında yarar çatışmasının olmaması olanaklı değildir. Öğretide egemen görüşe göre, çocuk ile yasal temsilcisi arasında evlat edinmede yarar çatışması her zaman görülen bir durum değildir, eğer somut olayın koşullarında yarar çatışması olduğu görülüyorsa kayyım atanmalıdır. Yarar çatışmasına örnek olarak anne babanın maddi veya manevi menfaat karşılığında çocuğunu vermek istemesi gösterilmektedir[373]. Oysaki maddi manevi menfaat karşılığında çocuğun evlat edinene verilmek istenmesinde ortaya çıkan yarar çatışması soyut değil somuttur. Türk-İsviçre öğretisinde yarar çatışması nedeniyle kayyım atanması için soyut tehlike yeterli kabul edilirken evlat edinmede neden somut yarar çatışmasının arandığına yanıt bulmak zordur. Kanımızca soyut tehlikenin varlığı yarar çatışmasının varlığını kabul etmeye yeterlidir[374].

Çocuk, olanaklı olduğu ölçüde anne babası tarafından bakılma hakkına sahiptir; fakat bir nedenle evlat edinme yargılaması ile çocuğa bakma hakkının anne babanın dışında üçüncü bir kişiye verilmesi tartışılmaktadır. Vasinin evlat edinmesi ya da bir kişinin eşinin çocuğunu evlat edinmesi bir yana bırakılırsa, evlat edinmenin temelinde, genellikle anne babanın yani yasal temsilcinin çocuğa karşı yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirememesi vardır. Dolayısıyla yükümlülüklerini yerine getiremeyen ya da getirmeyen yasal temsilci ile anne babası tarafından bakılma hakkı elinden alınması olası çocuk arasında bir yarar çatışması vardır. Yargıtay da bir kararında yarar çatışması nedeniyle mahkemenin evlat edinme yargılamasında küçüğe kendiliğinden kayyım ataması gerektiğini belirtmiştir[375].

---

[373] Yaşar, s. 108.

[374] Ataay da yasal temsilcinin rızasının arandığı eski yasa yürürlükteyken bir yarar çatışması olmasa da böyle bir çatışma olasılığının bulunması durumunda kayyım atanabileceğini belirtmektedir. Aytekin Ataay, **Medeni Hukukda Evlad Edinme Birinci Fasikül Giriş-Evlad Edinmenin Meydana Gelmesi**, İstanbul 1957, s. 55.

[375] Y. 2. HD 05.03.2003 E. 2003/1679 K. 2003/2907. Kararın gerekçesi şöyledir: "Dava, soybağı ve kamu düzeniyle ilgili olup 17.7.2002 tarihinde Türk Medeni Kanunu'nun yürürlük döneminde açılmıştır. Bu nedenle davaya Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanması, küçüğe kayyım tayin ettirilerek davada temsili varsa onun da göstereceği delilerin toplanması, ayırt etme gücüne sahipse onun da rızasının alınması koşullar oluşmuşsa evlat edinmesine izin verilmesi şeklinde infazda tereddüde yer verecek nitelikte olmayan, infazı olanaklı evlat edinme kararı verilmesi gerekir. (TMK. md. 305, 306, 308, 315, 316, 426/b.2-3, HUMK md. 388) Bu yönler gözetilmeden eksik hasımla yeterli araştırma yapılmadan ve infazda tereddüde yer verecek şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. (HUMK md. 439/2)" Karar Kazancı Bilişim Teknolojileri Mevzuat ve İçtihat Bankasından alınmıştır. http://www.kazanci.com.tr.

3- Evlat Edinilmek İstenen Çocuğun Yargılamada Yasal Temsili

Çocuğun evlat edinme yargılamasında ilgili olarak yer aldığı yukarıda belirtilmişti. Çocuğun yasal temsile gereksinim duyup duymadığı çocuğun dava ehliyetine göre belirlenir.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında ayırt etme gücünün varlığı yeterli olup erginlik aranmaz. Evlat edinme isteminin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu kabul edilir, bunun karşısında evlat edinilmeye rıza vermek de evlat edinilmek istenen çocuk bakımından kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır[376]. Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip küçük, evlat edinme işinde tek başına hareket edebilir[377]. Bu nedenle evlat edinme yargılamasında ayırt etme gücüne sahip küçük, velisi ya da vasisi tarafından temsil edilmez, küçük evlat edinme ile ilgili istemi öğrenir, görüşlerini açıklar ve rızasını verir ya da vermez. Ancak küçük vesayet altında ise, TMK 308/3'e göre küçük ayırt etme gücüne sahip olarak rızasını verse dahi, vesayet dairelerinin rızası olmadan evlat edinmeye karar verilemez[378]. Vasi, haklı bir neden olmadığı halde rıza vermekten kaçınıyorsa, ayırt etme gücüne sahip küçük, yasanın 461. maddesine göre vasinin rıza vermemesi nedeniyle vesayet makamına şikâyette bulunabilir. Ayrıca çocuğu vasi evlat edinmek istiyorsa yarar çatışması nedeniyle vasinin rızası aranmaz.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük ise evlat edinmeye rıza veremez; ama evlat edinme yargılamasında evlat edinilen ilgili olarak yer alır ve yasal temsilcisi tarafından temsil edilir[379]. Kuru'ya göre çekişmesiz yargı işinde küçüklüğü nedeniyle dinlenmesinde yarar görülmeyen kimseler için dinlenme hakkını yasal temsilcilerine tanımak gerekir[380]. Ayrıca çocuk, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve

---

[376] Schnyder/Murer, Art. 265a N 15, s. 488.

[377] Mehmet Işık, **Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evlat Edinme**, Ankara 2005, s. 42.

[378] Vesayet dairelerinin rızasının aranması küçüğün ya da kısıtlının rızasının aranmaması anlamına gelmez. Yaşar, s. 140; Murat Aydoğdu, **Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme**, İzmir 2006, s. 311; Herdem Belen, **Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme**, İstanbul 2005, s. 36. Baygın, küçük vesayet altında ise rızasının aranmayacağını ileri sürmektedir: Cem Baygın, "Evlat Edinmenin Koşulları", **AÜEHFD**, C. VII, S. 3-4, 2003 (Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan), s. 614.

[379] Öztan, s. 574; Breitschmid, Art. 265 N 7, s. 1401.

[380] Kuru, Nizasız Kaza, s. 167. Çekişmesiz yargı işinde kendiliğinden takip edilen işlerde iş (dava) ehliyeti olmayan kişilerin istem, uyarı ve bildirimleri de değerlendirildiği için iş ehliyeti çok önem

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi gereğince kendisini ilgilendiren yargılamalarda doğrudan ya da bir temsilci vasıtasıyla görüşlerini açıklama, temsilini sağlama hakkına sahip olduğundan, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmamasına sığınarak çocuğun temsil edilmemesi kabul edilemez[381]. Fakat bu noktada yasal temsilcinin kim olacağı sorunu gündeme gelir.

Çocuk velayet altında ise, yarar çatışması başlığı altında belirtildiği üzere, çocuk ile anne babası arasında evlat edinme işinde yarar çatışması vardır ve anne baba çocuğu temsil edemez, temsil yetkileri bu işte ortadan kalkar. Bir görüşe göre anne baba, evlat edinmeye rızalarını yasal temsilci olarak vermediğinden[382], yarar çatışması meydana geldiğinde temsil kayyımı atanmaz[383]. Fakat kanımızca çocuğun temsili ile anne babanın rıza vermesi birbirinden bağımsız olarak düşünülmelidir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun varsayımsal iradesini ortaya koyarak çocuğu yargılamada temsil edecek bir yasal temsilciye gereksinim vardır, bu yasal temsilci rıza veren anne baba ya da vasi olabilir. Ancak anne baba ile çocuk arasında yarar çatışması olduğundan çocuğa yasanın 426. maddenin ikinci bendine göre bir temsil kayyımı atanarak çocuğun temsili sağlanır, vasi ile çocuk arasında da bir yarar çatışması varsa yine 426/b.2'ye göre bir temsil kayyımı atanır.

Eşlerden birinin, diğerinin çocuğunu evlat edinmek istemesi durumunda, genetik anne baba ile evlat edinenin birlikte velayeti yasamızda kabul edilmediği için, bir görüşe göre velayet, anne ya da babadan alınıp üvey anne ya da babaya bırakılır[384]. Fakat bu durumun yasanın amacına uygun olmadığı açıktır, esasen bu konuda yasada bir boşluk vardır ve bu boşluğun Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre çocuğun yararına uygun olarak doldurulması gerekir. Dolayısıyla çocuğun mümkün olduğu ölçüde anne ve baba tarafından bakılma hakkı gereği, velayet, genetik anne/baba ile evlat edinen üvey anne/baba tarafından birlikte kullanılabilmelidir. Bununla birlikte genetik anne/baba, çocuğunun velayetini sırf eşi olduğu için bir başkasıyla paylaşmak istediğinden, çocuğun çıkarıyla çocuğun yasal temsilcisi olan

---

taşımaz ama isteme bağlı takip edilen işlerde iş ehliyetinin önemi çekişmeli yargıda olduğu gibidir. Kuru, Nizasız Kaza, s. 146. Kanımızca kendiliğinden takip edilen bir iş olsa da deliller ortaya koyma, usul işlemlerini yürütme ve yasal yollara başvurma bakımından iş ehliyetinin gerektiği ortadadır.

[381] Breitschmid, Art. 265 N 7, s. 1401.

[382] Anne baba çocuğun velayetine sahip olmasa da rıza verir, kendilerine tanınan rıza verme yetkisi soybağı ilişkisine dayanır. Gümüş, s. 173.

[383] Hegnauer, Das Kindesrecht, s. 74; Gümüş, s. 173.

[384] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 221; Breitschmid, Art. 265a N 5, s. 1401.

anne ya da babanın çıkarı birbirine uygun değildir ve ortaya çıkan yarar çatışması nedeniyle 426/b.2'ye dayanarak çocuğa bir temsil kayyımı atanarak çocuğun temsili gereklidir[385].

Velayetin içerdiği yetkilerin kapsamı nedeniyle genetik anne ya da baba yerine üvey anne ya da babanın çocuğa karşı yükümlülükleri daha iyi yerine getirebileceğinin düşünülmesi nedeniyle evlat edinilmek istenmesi durumunda ise genetik anne babanın yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirememesi nedeniyle de çocuk ile yasal temsilcisi arasında yarar çatışması ortaya çıkar. Yine bu durumda da yarar çatışması nedeniyle 426/b.2'ye göre çocuğa bir temsil kayyımının atanması gereklidir.

Üvey evlat edinmede yasal temsilci ile çocuk arasındaki yarar çatışmasında diğerlerinden farklı bir özellik bulunmaktadır. Kanımızca bu fark nedeniyle öğretide üvey evlat edinmede yarar çatışması nedeniyle kayyım atanması kabul edilirken[386], herhangi bir kişinin evlat edinmesi halinde yarar çatışmasının olmadığı kabul edilerek kayyım atanmaması gerektiği ileri sürülmektedir[387]. Üvey evlat edinmede diğer tüm koşullar bir yana, evlat edinmek isteyen kişi ile çocuğun yasal temsilcisinin evli olması, yani çok yakın bir ilişki içinde olması yasal temsilcinin çocuğun yararlarını korumada yeterli olmasına engeldir, çocukla yasal temsilci arasında dolaylı bir yarar çatışması vardır[388]. Belirtilen tüm nedenlerle çocuğun üvey evlat edinmede bir kayyım tarafından temsili gereklidir.

Çocuk vesayet altında ise Türk Medeni Kanunu'nun 308/3 hükmü gereği evlat edinme için vesayet dairelerinin rızası arandığı için vasinin rızası da aranır[389]; fakat vasinin görüşü, denetim makamını bağlamaz[390]. Vasi, görüşünü vesayet

---

[385] Breitschmid, Art. 265a N 5, s. 1404.

[386] Yaşar, s. 108; Öztan, s. 577. Buna karşılık Aydoğdu (s. 321), her üvey evlat edinmede değil somut olayda çocuğun çıkarlarının anne veya babanın çıkarlarıyla çatıştığı durumlarda kayyım atanmasını gerektiğini belirterek somut yarar çatışmasını esas almaktadır.

[387] Schnyder/Murer (Art. 265a N 4a, s. 486) ve Gümüş (s. 171), üvey evlat edinmede de çocuğun kayyım tarafından temsilinin gerekli olmadığı kanısındadır. Çünkü yazarlara göre mahkeme evlat edinmenin çocuğun yararına olup olmadığını kendiliğinden araştırmaktadır.

[388] Yaşar, s. 108.

[389] Hegnauer, Das Kindesrecht, s. 74; Aydoğdu, s. 310; Yaşar, s. 141; Öztan, s. 575; Ahmet Cemal Ruhi, **Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması**, 2. B., Ankara 2003, s. 34; Baygın, s. 614; Belen, s. 47. Vasinin rızasının aranmayıp sadece vesayet ve denetim makamlarının rızasının alınacağı yönünde görüş için bkz. Akıntürk, s. 378; Işık, s. 52; Ataay, s. 53-54; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1078; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 294.

[390] Yaşar, s. 142; Breitschmid, Art. 265 N 12, s. 1402.

makamının görüşüyle birlikte denetim makamına iletir ve denetim makamının rızası asıldır. Vasi, hem ayırt etme gücü olmayan küçüğü temsil eder; hem de evlat edinmeye rıza verir. Bu nedenle çocukla vasinin ilişkisi evlat edinmede iki boyutludur. Evlat edinen, vasi değilse, vasi ile çocuk arasında kural olarak yarar çatışması yoktur. Eğer vasi, çocuğun anne babası ise velayet altında olmasından farksız olarak yarar çatışmasının varlığı kabul edilir ve kayyım atanır; ancak vasi çocuğun anne babası olmamakla birlikte çocuğun yakın akrabası ise çocuğun yararının çatıştığı anne babayla yakın bir ilişki içinde olması halinde çocuk ile vasi arasında yarar çatışması ortaya çıkabilir. Bunun dışında haklı bir neden olmadığı halde vasi, çocuğun evlat edinilmesini istemiyorsa ve rıza vermekten kaçınıyorsa, bu durumda da çocukla vasinin yararının çatıştığı kabul edilmelidir[391]. Bu durumlarda 426/b.2'ye göre çocuğa bir temsil kayyımı atanmasına karar verilir.

Vasinin çocuğu evlat edinmek istemesi durumunda, vasinin çocuğu temsili, kendisiyle iş yapma yasağına aykırı olduğundan olanaklı değildir. Vasinin çocuğu evlat edinmek istemesi durumunda doğrudan ve tipik bir yarar çatışması vardır. Bu nedenle vasinin evlat edinmede çocuğu temsil yetkisi yoktur[392]. Yasanın 426. maddesinin ikinci bendine göre, bir işte yararı çocuğun yararı ile yasal temsilcinin yararı çatışırsa, çocuğa bir temsil kayyımı atanarak işin kayyım tarafından görülmesi sağlanır. Evlat edinilmek istenen ayırt etme gücünden yoksun çocuğa bu hüküm doğrultusunda bir temsil kayyımı atanır[393]. Ayrıca vasinin çocuğu evlat edinmek istemesi durumunda vasinin rızası aranmaz.

4- Kayyımın Evlat Edinme Yargılamasında İşlevi

Evlat edinme yargılamasında çocuğu temsil etmek üzere kayyım atandığında, öğretide bir görüşe göre vesayet altındaki küçüğün evlat edinilmesi için vesayet dairelerinin rızasını arayan 308/3 hükmü ve vesayet altındaki kişinin evlat edinilmesi için denetim makamının iznini arayan 463/b.1 uygulanır[394]. Bu kabulün temelinde kayyım atanmakla çocuğun vesayet altına alındığı varsayımı vardır. Oysaki bir

[391] Aydoğdu, s. 315.
[392] Gümüş, s. 173; Öztan, s. 575-576.
[393] Schnyder/Murer, Art. 265 N 23, s. 480; Ruhi, s. 41; Baygın, s. 615; Ataay, s. 56-57.
[394] Gümüş, s. 172; Aydoğdu, s. 320; Öztan, s. 575. Işık (s. 52)'a göre vesayet altındaki ayırt etme gücünden yoksun çocuğa kayyım atandığında kayyımın ve vesayet dairelerinin rızası aranır.

kimseye kayyım atanması o kişinin vesayet altına alınması demek değildir. Kayyım bir vesayet organıdır; ama vesayet altına alınma bir kimseye vasi atanmasını ifade eder. Bazı işlerde vesayet makamının ve denetim makamının rızasının aranması da kendisine vasi atanan kişinin korunması amacıyla getirilen düzenlemelerdir. Buna karşın kayyım atanmasındaki amaç kendisine kayyım atanan kişinin hukuksal durumunda değişiklik yapmak değil, korunan hukuksal durum çerçevesinde bir işte kişinin yasal temsilcisinin yerine başkası tarafından temsilini sağlamaktır. Bu nedenle evlat edinilmek istenen çocuğa kayyım atandığında 308/3 ve 463/b.1 hükümleri uygulanamaz[395]. Ancak vasinin çocuğu evlat edinmek istemesi durumunda vasi ile çocuk arasında meydana gelen yarar çatışmasının niteliği vasinin rızasının alınmasını engeller, bu durumda vasi yerine rıza verecek olan kayyımdır[396]. Anne babasının rızasının aranması ise yasal temsilciliklerine bağlı olmadığından kayyımın onlar adına rıza vermesi olanaklı değildir.

Türk Medeni Kanunu evlat edinme sürecinde rızası aranacak kişileri açıkça öngörmüş ve rızanın hangi durumlarda aranmayacağını da düzenlemiştir. Bu doğrultuda ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün rızası aranmaz, ama onun yerine ona atanan temsil kayyımının rızası da aranmaz[397]. Koşulları varsa küçüğün annesi ve babasının rızası aranır. Kayyımın evlat edinme yargılamasında işlevi çocuğun çıkarlarını kollamaktır. Bu kapsamda evlat edinene ilişkin olarak araştırma yapması, kanıt toplaması, evlat edinmenin çocuğun yararına uygun olup olmadığı konusunda mahkemeye görüş bildirmesi gerekir. Çocuğun yüksek yararına uygun bir karar verilebilmesi için çocuğun görüşlerini çocukla uygun iletişim kurarak öğrenir ve bunları mahkeme önünde ifade eder, eğer çocuk görüşlerini açıklayabilecek yetenekte değilse varsayımsal iradesini ortaya çıkarmaya çalışır ve bunu savunur.

5- Evlat Edinenin Ergin Olmayan Çocuklarının Yargılamada Temsili

Türk Medeni Kanunu'nun 316. maddesinin üçüncü fıkrasına göre mahkeme, araştırma yaparken evlat edinenin altsoyu varsa onların evlat edinme ile ilgili tavır ve

[395] Thomas Geiser, Basler Kommentar, Art. 421/422 N 7, s. 2130.
[396] Ataay, s. 56-57.
[397] Öztan (s. 575), kayyımın eşin rızasına onay verdiğini ileri sürmektedir. Breitschmid (Art. 265a N 5, s. 1404) ise kayyımın rızasının velayet hakkı sahiplerinin rızasının yerine geçtiğini ileri sürmektedir.

düşünceleri de değerlendirilir. Bu hükümle evlat edinenin çocukları, "ilgili" olarak evlat edinme yargılamasında yer alır ve yargıç tarafından dinlenir[398]. Küçük, kendini ilgilendiren konularda ÇHS ve TMK gereği görüşünü açıklama hakkına sahip olduğundan, evlat edinme ile ilgili görüşlerini doğrudan veya bir temsilci aracılığıyla açıklama hakkına sahiptir. Eğer küçük, ayırt etme gücüne sahipse anne babası tarafından temsil edilmeden görüşlerini açıklar; ancak ayırt etme gücüne sahip değilse yasal temsilcisinin bir başka çocuğu evlat edinmesi durumunda, yasal temsilci ile çocuk arasında yarar çatışması doğduğundan, çocuğun bir temsil kayyımı tarafından temsili gereklidir[399]. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk, görüşlerini açıklama yeteneğine sahipse yargıç tarafından bizzat dinlenebilir; fakat yine de ayırt etme gücünden yoksun olan çocuğun yasal temsili gereklidir. Kayyımın bu işteki işlevi evlat edinenin çocuklarının çıkarlarının zedelenmesinin önüne geçmektir[400]. Kayyımın evlat edinenin çocuğunu temsil ederken yapması gereken şey, çocuğun çıkarlarını savunmak, çocuğun görüşlerini, duygularını uygun yolla öğrenip bunu ifade etmek, eğer çocuk görüşlerini açıklayabilecek yeterlilikte değilse çocuğun varsayımsal iradesini ortaya çıkarıp bunu mahkeme önünde savunmaktır.

6- Kayyımın Evlatlık İlişkisinin Ortadan Kaldırılmasında İşlevi

Türk Medeni Kanunu'nun 317. ve 318. maddelerine göre, evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılması için bir neden varsa, 317. maddeye göre rızası alınması gereken kişiler, 318. maddeye göre Cumhuriyet savcısı veya ilgililerden biri evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir. Evlat edinilen küçüğün evlat edinme sırasında ayırt etme gücü yerinde olduğu halde rızası alınmamışsa küçük de 317. maddeye göre evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir[401]. Bunun yanında 318. maddeye göre başka eksiklikler nedeniyle ilgili olarak küçük evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılmasını isteyebilir. Böyle bir istem, nispi nitelikte kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle, ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından bizzat tek başına kullanılır. Ancak küçük, ayırt etme gücüne sahip değilse, yasal temsilcisi olan evlat

[398] Krş. Budak, Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, s. 160.
[399] Gümüş, s. 172.
[400] Gümüş, s. 172-173.
[401] Schnyder/Murer, Art. 265 N 14, s. 478.

edinen ile evlat edinilen küçüğün bu işte yararları birbiri ile çatıştığından evlat edinenin küçüğü temsili olanaklı değildir. Bu nedenle küçüğe TMK 426/b.2 gereği bir temsil kayyımı atanarak ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük adına temsil kayyımının evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılması isteminde bulunması gerekir[402]. Ancak kayyım atanması istendiğinde, vesayet makamı, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının çocuğun yararını ağır biçimde zedeleyip zedelememesine göre kayyım atanması hakkında kararını vermelidir, eğer çocuğun yararı ağır biçimde zedelenecekse 317. ve 318. maddelere göre evlatlık ilişkisinin kaldırılması istenemez. Çocuğun yararının zedeleneceği açıkça anlaşılıyorsa böyle bir davanın açılması için kayyım atanması hakkındaki istem reddedilmelidir.

II- Soybağının Hükümlerine İlişkin Davalarda

A- Soybağının Hükmü Olarak Nafaka Davasında

1- Kayyımın Dava Hakkı

Çocuğun nafaka hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun 327. maddesine göre çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderlerin anne ve baba tarafından karşılanmasına ilişkin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır[403]. Yasa da buna uygun olarak nafaka davasını çocuğa ait bir hak olarak düzenlemiştir[404]. Dolayısıyla bu hak, bizzat ileri sürülmesi gereken bir haktır. Nitekim nafaka davasını düzenleyen 329. maddenin son fıkrasına göre ayırt etme gücüne sahip küçük de nafaka davası açabilir. Bu maddenin gerekçesinde de ayırt etme gücüne sahip küçüğün nafaka istemesinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu belirtilmiştir[405]. Öyleyse küçük ayırt etme gücüne sahip olduğunda yasal temsilcisinin rızasını

[402] Gümüş, s. 174; Karanlık, s. 42. Y. 2. HD 12.04.1996 E. 1730 K. 4208, Uyar, s. 3905.
[403] Gümüş, s. 175; Bigler-Eggenberger, Art. 19 N 41, s. 207; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 324. İsviçre Medeni Kanunu'ndaki düzenleme çocuğa dava açma hakkı tanımayan biçimde düzenlenmiş olduğundan İsviçre hukukunda bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığı kabul edilmektedir. Gümüş, s. 175. Bu konuda bkz. Bucher, Art. 19 N 254, S. 439.
[404] Gümüş, s. 175; Akıntürk, s. 403.
[405] Ebru Ceylan, **Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 177.

almadan tek başına nafaka davasını açabilir[406]. Bu durumda yasal temsilci küçüğe ait hakkı onun adına kullanamaz[407]. Küçük ayırt etme gücüne sahip olduğunda yasal temsile gereksinim duymadığından kendisine kayyım atanmaz.

Küçük, ayırt etme gücüne sahip değilse, nispi nitelikte olan kişiye sıkı sıkıya bağlı bu hakkı kendisi kullanamaz[408], dava hakkı onun adına yasal temsilcisi tarafından kullanılır. 329. maddenin birinci fıkrasına göre, küçüğe fiilen bakan anne veya baba, onun adına nafaka davası açabilir. Maddenin ikinci fıkrasına göre gereken hallerde ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için atanacak kayyım veya vasi nafaka davasını açar. Bu durumda çocuğun yasal temsilcisi olarak ona fiilen bakan anne veya baba, vasi ve kayyım dava açmaya yetkilidir. Hangi durumda kimin yetkili olduğu aşağıda ele alınmıştır.

2- Kayyımın Dava Açmasının Koşulları

a- Çocuk Velayet Altında İse

aa- Velayet Birlikte Kullanılıyor İse

Çocuk velayet altındaysa ve anne baba velayeti birlikte kullanıyorsa iki olasılık söz konusudur. Her iki veli de nafaka yükümlülüğünü yerine getirmiyor olabilir ya da velilerden biri yükümlülüğünü yerine getirmiyor olabilir. Velilerin her

---

[406] Gümüş, s. 175; Öztan, s. 621; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 324. İsviçre hukukunda Türk hukukundan farklı olarak çocuk ergin olmadan önce ayırt etme gücüne sahipse çocuğun kendi adına yasal temsilcisinin rızasıyla, ayırt etme gücü olsun olmasın yasal temsilcinin çocuk adına dava açabileceği kabul edilmektedir. Cyril Hegnauer, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Familienrecht Band II, 2. Abteilung Die Verwandtschaft 2. Teilband Die Wirkungen des Kindesverhaeltnisses 1. Unterteilband Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder Kommentar zu Art. 270-275 ZGB (mit Supplement) Die Unterhaltspflicht der Eltern Kommentar zu Art. 276-295 ZGB**, Bern 1997, Art. 279/280 N 21, 25, s. 293-294. Schnyder (s. 46), küçük ayırt etme gücüne sahip olsa da yasal temsilci tarafından nafaka davasının açılabileceğini belirtmektedir. Türk hukukunda da Yıldız/Gürsoy (s. 218), yasanın açık düzenlemesine karşın küçüğün tek başına nafaka davası açamayacağını ileri sürmektedir.

[407] Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 324-325. Serozan (Çocuk Hukuku, s. 279), TMK 16. maddenin çocuk için bir yetki kuralı olmakla birlikte yasal temsilci için yasal kuralı olmadığını ve yasal temsilcinin küçük adına nispi nitelikte kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanabileceğini ileri sürmektedir. Kanımızca küçüğün fiil ehliyetine sahip olduğu kabul edilen işlerde yasal temsilin yeri yoktur. Ceylan (s. 177) da anne babanın çocuğu temsilen dava açabileceğini belirtirken küçüğün ayırt etme gücüne sahip olmasının anne babanın dava açmasına engel olmayacağı yönünde görüş bildirmektedir.

[408] Nafaka davasının nispi nitelikte kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu görüşü için bkz. Bigler-Eggenberger, Art. 19 N 41, s. 207.

ikisi de yükümlülüğünü ihmal ediyorsa çocuk her ikisine birlikte nafaka davası açar. Ancak küçük, ayırt etme gücüne sahip olmadığında, bu hakkını tek başına kullanamaz. Çocuğun anne babası da nafaka davasının davalıları olduğundan anne babanın yararı çocuğun yararı ile çatışır ve bu nedenle anne babanın nafaka davasında temsil yetkisi sona erer. Bu nedenle çocuğa bir temsil kayyımı atanarak davanın kayyım tarafından açılması gerekir.

Buna karşın velilerden biri, nafaka yükümlülüğünü yerine getirmiyorsa, diğer veli ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük adına nafaka davası açabilir[409]. Fakat veli, nafaka davasının davalısı olan diğer veliye olan bağlılığı veya korkusu nedeniyle dava açmaktan kaçınıyorsa yasal temsilcinin manevi engeli olduğu kabul edilerek çocuğa bir temsil kayyımı atanır[410]. Bu bağlamda eşlerden birinin evlilik birliğine giderlerine katılmaması durumunda katkı payının belirlenmesi için diğer eşin 196. maddeye göre mahkemeye istemde bulunmaması aynı zamanda ortak çocukların bakımı ve korunması için gerekli giderlere katılımını sağlamada edilgen kaldığını gösterir[411]. Eşlerden birinin çocuğun bakımı için gerekli giderlere katılımın sağlanmasında edilgen kalması hiç değilse yasal temsilcinin manevi engeli olduğunu gösterir. Yine veli, nafaka davasının davalısı olan diğer veliyle yakın ilişki içinde olması nedeniyle böyle bir davanın açılmasını istemiyorsa, dolaylı yarar çatışması nedeniyle temsil yetkisi sona erer ve çocuğa bir temsil kayyımı atanarak dava kayyım tarafından açılır.

Eşler evli olmakla birlikte ayrı yaşıyorsa 197. maddenin son hükmüne göre yargıç çocukların korunması ve bakımı için gerekli önlemleri kendiliğinden alır. Ancak kendiliğinden bu önlemleri alabilmesi genellikle eşlerden birinin ortak malların yönetimi veya ev eşyası ile ortak konuttan yararlanmaya ilişkin olarak gerekli önlemlerin alınmasını istemesi durumunda olanaklıdır. Öte yandan boşanma veya ayrılık davasının açılması durumunda 169. maddeye göre çocukların bakımı ve korunması için gerekli önlemler yine kendiliğinden boşanma veya ayrılık davasına bakan mahkemece alınır. Bu durumlarda yargıç, kendiliğinden çocuğun giderlerinin

[409] Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 324-325.
[410] Gümüş, s. 177.
[411] Gümüş, s. 176-177.

karşılanması için tedbir nafakasına hükmettiğinden bir kayyım atanması yoluyla nafaka davasının açılmasına gerek yoktur[412].

ab- Velayet Tek Başına Kullanılıyor İse

Çocuk velayet altında olup da velayet anne veya babadan biri tarafından tek başına kullanılıyorsa, kayyımın nafaka davasındaki işlevi, davanın yasal temsilciye ya da diğer ebeveyne karşı açılmasına göre değişir.

Eğer çocuğun velisi, çocuğa karşı olan nafaka yükümlülüğünü yerine getiriyor, ancak diğer taraf yerine getirmiyorsa, çocuğa bakan anne ya da baba 329/1'e göre ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk adına nafaka davasını açabilir[413]. Hükmün sözünden yasal temsilcisi olsun olmasın fiilen bakan anne ya da babanın nafaka davası açabileceği anlaşılabilir[414]. Ancak yasal temsilci olmayan bir kişinin çocuk adına bir dava açması olanaklı olmadığından hükümde gerçek olmayan yasa boşluğu olduğu kabul edilerek hükmün yasal temsilci sıfatına sahip fiilen çocuğa bakan anne ya da baba tarafından dava açılabileceği biçiminde anlaşılması gerekir[415]. Eğer çocuğa fiilen bakan anne ya da baba, diğer tarafa olan bağlılığı ya da korkusu nedeniyle dava açamıyorsa, manevi engeli olduğu kabul edilerek çocuğa bir temsil kayyımı atanır ve nafaka davası kayyım tarafından açılır[416].

Eğer çocuğun velisi, çocuğa karşı olan nafaka yükümlülüğünü yerine getirmiyorsa, çocuk nafaka davasını yasal temsilcisi olan ebeveynine karşı açar. Ancak çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse davanın yasal temsilcisi tarafından açılması gerekir. Buna karşın çocuğun açacağı nafaka davasının davalısı çocuğun tek yasal temsilcisi olduğundan çocuk ile yasal temsilcisi arasında doğrudan bir yarar çatışması vardır. Bu nedenle yasal temsilcinin bu işte temsil yetkisi olmadığından çocuğa bir temsil kayyımı atanır ve dava kayyım tarafından açılır[417].

[412] Krş. Gümüş, s. 177.
[413] Öztan, s. 621; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 324-325.
[414] Gümüş, s. 175.
[415] Gümüş, s. 175.
[416] Gümüş, s. 178.
[417] Gümüş, s. 177.

b- Çocuk Vesayet Altında İse

Çocuk vesayet altında ise çocuğun ayırt etme gücünün olmaması durumunda nafaka davası 329/2'ye göre vasi tarafından açılır[418]. Çocuk ayırt etme gücüne sahipse nafaka davasını kendisi açar. Ancak bazı durumlarda vasi çocuk adına nafaka davası açamaz. Bunlar 426. maddeye göre vasinin yararının çocuğun yararı ile çatışması veya vasinin görevini yerine getirmesine engel bir durumun ortaya çıkmasıdır[419]. Vasinin yararı çocuğun yararı ile çatışıyorsa vasinin nafaka davasında temsil yetkisi yoktur ve bu durumda çocuğa nafaka davasını açmak üzere bir temsil kayyımı atanır. Vasinin yararı, özellikle vasinin çocuğun dava açtığı ebeveynle yakın bir ilişki içinde olması durumunda çocuğun yararı ile çatışabilir. Bunun dışında vasi, olgusal veya hukuksal bir engel nedeniyle nafaka davasını açamıyorsa, 426. maddenin üçüncü fıkrasına göre çocuğa bir temsil kayyımı atanır ve nafaka davası kayyım tarafından açılır.

B- Soybağının Hükmü Olarak Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi Yargılamasında

1- Çocuğun Yargılamada İlgili Olarak Konumu

a- İstem Sahibi Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun 323. maddesine göre anne ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir. Aynı yasanın 325. maddesine göre olağanüstü durumlar varsa çocuğun yararına uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere özellikle hısımlarına da tanınabilir. Söz konusu hükümlerde anne babaya ve diğer kişilere çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanınırken çocuğun yakınlarıyla kişisel ilişki kurma konusunda istem hakkı açıkça öngörülmemiştir. Ancak BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin üçüncü bendine göre taraf devletler anne babasından ya da bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, anne babasıyla

[418] Gümüş, s. 177; Öztan, s. 621. Krş. Akıntürk, s. 402.
[419] Gümüş, s. 177.

düzenli biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterir. Sözleşmeye taraf olan ülkemiz, kişisel ilişki kurma hakkının öznesinin çocuk olduğunu kabul etmiştir[420]. Yasada açıkça öngörülmese de Anayasanın 90/5 son cümlesi uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma hükümlerinin yasayla çatışması halinde antlaşma hükümlerinin üstün tutulması nedeniyle yasadaki boşluk sözleşmeye uygun biçimde doldurulur. Bu itibarla çocuk da anne babasıyla kişisel ilişkisinin düzenlenmesini isteme hakkına sahiptir[421]. Çocuğun kişisel ilişki kurma istemi hakkında anne babanın istemine ilişkin hükümler örneksenerek uygulanır.

b- İlgili Olarak

Yasada kendilerine çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı tanınan kişiler, mahkemeden çocuk ile aralarında kişisel ilişki kurulması isteminde bulunduğunda, mahkeme kendiliğinden kişisel ilişkinin çocuğun yararına uygun olup olmadığını araştırır ve buna göre bir karar verir. Türk öğretisinde kişisel ilişkinin düzenlenmesinin çekişmesiz yargı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 386-392. maddeleri arasında çekişmesiz yargı düzenlenmiştir[422]. Tasarının 386/1 hükmüne göre çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır: İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı haller, hâkimin resen harekete geçtiği haller. İkinci fıkrada ise bazı işler açıkça çekişmesiz yargı işi olarak sayılmıştır; ancak bu sayım maddenin gerekçesine göre de sınırlı değildir. İkinci fıkrada sayılan çekişmesiz yargı işleri arasında kişisel ilişkinin düzenlenmesine yer verilmemiştir. Buna karşılık Avusturya hukukunda Çekişmesiz Yargı Kanunu ile kişisel ilişkinin düzenlenmesi açıkça çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmiştir[423].

---

[420] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 242. Serozan (Çocuk Hukuku, s. 240-242), buluşup görüşme hakkının aynı zamanda çocuğun da hakkı olduğunu belirtmesine karşın kişisel ilişki kurulmasına karar verilmesini isteme hakkına ilişkin bir açıklamada bulunmamaktadır.

[421] Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 404.

[422] Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, TC Adalet Bakanlığı, Ankara, Mayıs 2008, s. 101-106.

[423] Murat Atalı, "Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı", **Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV Medeni Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı-İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan**

Kişisel ilişkinin düzenlenmesi yargılaması, sübjektif hakkın yokluğu, kurucu-yenilik doğurucu etki ölçütlerine göre kanımızca çekişmesiz bir yargı işidir, bu nedenle yargılamanın davalısı yoktur. Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde anne baba arasında uyuşmazlık olması bu işi çekişmesiz yargı işi olmaktan çıkarmaz. Çünkü her ne kadar uygulamada anne baba karşılıklı taraf olarak görülse de aslında bu yargılamanın hasmı yoktur, yasa koyucu istem hakkını öngörürken bunu kime karşı ileri süreceğini belirtmemiş, sadece istem hakkı sahibinin kişisel ilişki kurulmasını isteyebileceğini öngörmüştür[424]. Ayrıca uyuşmazlığın yokluğu ölçütü çekişmesiz yargı işlerini belirlemede yeterli değildir, uyuşmazlık içeren bazı işler çekişmesiz yargı işidir[425]. Kişisel ilişki kurulmasını isteyen kişinin diğer kişilere karşı ileri sürebileceği bir sübjektif hakkı yoktur; çünkü Türk Medeni Kanunu'nun 326/3 hükmüne göre, çocuk ile kişisel ilişkiye yönelik bir düzenleme yapılıncaya kadar, velayet hakkına sahip veya çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında kişisel ilişki kurulamaz. Ayrıca TMK 183. maddeye göre, boşanmadan sonra koşullarda meydana gelen değişikliklerin zorunlu kılması durumunda, yargıç gerekli önlemleri kendiliğinden alır, bu hükümle yargıca kendiliğinden harekete geçme yetkisi ve yükümlülüğü verildiğine göre çocukların velayeti, kişisel ilişkilerinin ve iştirak nafakasının düzenlenmesi çekişmesiz bir yargı işidir[426]. Bunun amacı çocukların korunması olduğuna göre kişisel ilişkinin 323. maddeye göre kurulması işi de aynı gerekçelerle çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca 324/2'ye göre kişisel ilişki nedeniyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya kişisel ilişki kurma hakkı sahibi hakkını 324/1'de öngörülen yükümlülüklere aykırı olarak kullanır veya çocukla ciddi olarak ilgilenmez veya diğer önemli nedenler varsa kişisel ilişki kurma hakkı kendisinden alınabilir. Bu hükümle yargıca çocuğu koruma konusunda kendiliğinden hareket etme ve araştırma ilkesi doğrultusunda gerekli önlemi alma yetkisi verilmiştir, bunun sonucu olarak kişisel ilişkinin düzenlenmesine ilişkin verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm oluşturmaz, her zaman değiştirilebilir. Dolayısıyla kişisel ilişkinin düzenlenmesi kararı kurucu-yenilik doğurucu karar niteliğindedir ve bu ölçüte göre de çekişmesiz yargı işidir. Çekişmesiz yargı işinde

---

Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 30 Eylül-1 Ekim 2005, Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Muhammet Özekes, Ankara 2006, s. 67.

[424] Çekişmesiz yargıda hasım yokluğu ölçütü hakkında bkz. Kuru, Nizasız Kaza, s. 20-26.

[425] Kuru, Nizasız Kaza, s. 19.

[426] Mahkemenin resen harekete geçtiği bütün işler nizasız kazadan sayılır. Kuru, Nizasız Kaza, s. 34.

ilgililer, görüşlerini belirtmek, görüşlerine uygun kanıtlarını sunmak ve karara itiraz edebilmek için yargılamaya katılır[427]. Eğer ilgili, iş ehliyetine sahipse, kendisi, sahip değilse yasal temsilcisi aracılığıyla yargılamaya katılır. Kişisel ilişkinin düzenlenmesi işinde de çocuğun velisi ya da çocuk kendisine bırakılan ebeveyn ya da çocuğun vasisi ve çocuk ilgili olarak yargılamada yer alır. Çocuk, ayırt etme gücüne sahipse, çocuğun görüşlerine önem verilmelidir[428]. Nitekim BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesine göre çocuğun kendisini ilgilendiren işlerde görüşünü açıklama hakkı, çocuğun yaş ve olgunluk derecesine uygun olarak, görüşlerine önem verilmek suretiyle tanınır. Bu nedenle çocuk, kişisel ilişki kurmayı özgür iradesi doğrultusunda istemiyorsa kişisel ilişki istemi reddedilmelidir.

2- Kayyımın Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi Yargılamasında İşlevi

Çocuk, ayırt etme gücüne sahipse, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkını tek başına kullanabilir. Kurulmuş bir kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesini veya ortadan kaldırılmasını da ayırt etme gücüne sahip çocuk tek başına isteyebilir[429]. Dolayısıyla yasal temsile gereksinim duymadan mahkemeden kişisel ilişkinin düzenlenmesini isteyebilir. Yine anne veya babasının ya da üçüncü kişinin istemi üzerine görülen yargılamada ayırt etme gücüne sahip olan çocuk kendi görüşlerini ifade eder, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle yasal temsile gereksinim duymaz. Bu nedenle kayyımın, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması durumunda bir işlevi yoktur.

Çocuk, ayırt etme gücüne sahip değilse, çocuk adına kişisel ilişki kurulmasının istenip istenemeyeceği, bu hakkın mutlak ya da nispi olmasına göre yanıtlanabilir. Kanımızca kişisel ilişki kurmayı isteme hakkı, çocuğun kişiliğinden ayrılmaz biçimde iradesine bağlı bir hak olup, bu nedenle mutlak nitelikte kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu nedenle yasal temsilci ve bu arada kayyım ayırt etme

---

[427] Kişisel ilişkinin düzenlenmesi yargılamasının çekişmesiz yargı işi olduğu kabul edilmese dahi yargılamanın tarafı olmayıp karardan doğrudan etkilenen kişilere hukuksal dinlenme hakkı tanınmalıdır. Bu konuda 18 Mayıs 2006 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı isabetli düzenlemeler içermiştir. Bkz. §4/IV/D/2. Ayrıca hukuksal dinlenme hakkı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanıtez, "Hukuki Dinlenme Hakkı", **Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan**, İzmir 2000, s. 753 vd.

[428] Hegnauer, Das Kindesrecht, s. 108.

[429] Öztan, s. 609.

gücüne sahip olmayan çocuk adına böyle bir istemde bulunamaz. Öte yandan kişisel ilişkinin çocuğun yararını zedelemesi durumunda ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk adına yasal temsilcinin kişisel ilişkinin kaldırılmasını istemesi de aynı doğrultuda olanaklı değildir. Fakat çocuğun yararının korunması için bu konuda mahkemeye yetki verilmiştir, mahkeme kendiliğinden gerekli önlemi alarak kişisel ilişkinin sınırlanmasına ya da ortadan kaldırılmasına karar verebilir[430]. Bu durumda herkes mahkemeyi çocuğun yararının zedelendiğini belirterek harekete geçirebilir.

Yasada kendisine çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı tanınan kişilerden biri, mahkemeden böyle bir istemde bulunduğunda, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun yargılamada ilgili olarak yasal temsili gereklidir. Yasal temsilcisi ise çocuk kendisine bırakılmayan tarafla genellikle bir husumet içindedir, böyle olmasa bile diğer tarafla kişisel ilişki kurulması halinde çocukla geçireceği zamanın azalacak olması nedeniyle yasal temsilcinin yararı çocuğun yararı birbirine paralel değildir, bağdaşmaz. Bu nedenle çocuk, bir kayyım tarafından temsil edilmelidir.

Kayyım, çocuğun istemde bulunan kişiyle kişisel ilişki kurmasının çocuğun yararına uygun olup olmadığını araştırır. Bu anlamda istemde bulunan kişinin sağlığı, ekonomik, toplumsal durumu hakkında bilgi toplar, çocuğun kaygılarını, görüşlerini uygun yolla öğrenmeye çalışır ve topladığı kanıtları mahkemeye sunar. Eğer çocuk, görüşlerini ifade edecek yeterlilikte değilse kayyım nesnel olarak çocuğun varsayımsal iradesini ortaya çıkarıp bunu ifade eder. Böylece kayyım çocuğun yararını kendisini ilgilendiren bir yargılamada koruyarak onu yasal olarak temsil eder.

[430] Öztan (s. 609), mahkemeye koşullarda değişiklik halinde kendiliğinden önlem alma yetkisi veren 183. maddenin kıyasen uygulanacağını belirtmektedir.

III- Velayet Hukukunda

A- Çocuk ile Anne Baba Arasında veya Anne Baba Lehine Çocuk ile Üçüncü Kişiler Arasında Yapılan Çocuğu Borçlandırıcı İşlemler

1- Genel Olarak

Çocuk, fiil ehliyetine tam olarak sahip olmayıp sınırlı ehliyetsiz ya da tam ehliyetsiz olduğundan, çocuğun bir hukuksal işlemle borçlanabilmesi için yasal temsilcinin rızası ya da doğrudan yasal temsilcinin söz konusu hukuksal işlemi çocuk adına yapması gerekir. Bu nedenle çocuk velayet altında ise çocuğun velileri olarak anne baba çocuk adına hukuksal işlemler yapar, çocuğu borçlandırır, çocuğa haklar kazandırır. Bu işlemleri yaparken çocuğun yararına uygun hareket etmekle, çocuğun çıkarlarını gözetmekle yükümlüdür.

Eğer bir işte çocuğun yararı ile yasal temsilcinin yararı birbirine uygun değilse 426. maddenin ikinci bendine göre yasal temsilcinin temsil yetkisi son bulur ve çocuğa bir temsil kayyımı atanır. Türk Medeni Kanunu, bazı işlemlerde çocuğun yararı ile anne babanın yararının birbirine uygun düşmediğini öngörerek o işlemlerin yapılması için kayyım atanmasını zorunlu kılmıştır. Böylece 426. maddeye göre bir yarar çatışmasının varlığını takdir etme yetkisini yasa koyucu sözü edilen işlerde yargıca tanımayarak o işlerde yarar çatışmasının varlığını aksi kanıtlanamaz bir varsayım olarak kabul etmiştir. Yasanın 345. maddesine göre çocuk ile anne veya baba arasında ya da anne ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukuksal işlemle çocuğun borç altına girebilmesi bir kayyımın katılmasına ve yargıcın onayına bağlıdır. Yasa koyucu, bu durumlarda kayyım atanmasını da yeterli görmeyerek işlemin yargıcın onayından geçmesini de işlemin geçerlilik koşulu olarak öngörmüştür.

TMK 345. madde çocuk vesayet altında olduğunda uygulanamaz; çünkü velayet kapsamında düzenlenen bir maddedir, 345. madde velayetin sınırını çizen bir hükümdür. Çocuk, vesayet altında ise, çocukla vasi arasında yapılan sözleşmelerde 463. maddenin yedinci bendine göre denetim makamının izni aranır. Vasi, kendisiyle işlem yapma durumunda kaldığından, 426/b.2'ye göre çocuğa bir temsil kayyımı

atanır[431]. Ayrıca anne babadan biri çocuğun yasal temsilcisi değilse yasal temsilci olmayan anne ya da baba bakımından da 345. madde uygulanamaz; çünkü yasal temsilci olmayan anne babanın çocuğu zaten temsil etmesi olanaklı değildir. Bu durumda 345. madde ancak çocuğun velisi ya da velileriyle ilişkilerinde uygulanabilecek bir düzenlemedir. Öte yandan velayet birlikte kullanılıyorsa ve maddede sayılan yarar çatışması halleri velilerden biri için söz konusu ise 426. maddenin uygulamasından farklı olarak yine de kayyım atanır ve hukuksal işlem yargıcın onayına bağlı olur. 345. maddede öngörülen durumlarda velilerden birinin yararı çocuğun yararı ile çatışsa dahi diğer velinin çocuğun yararını korumakta yetersiz kalacağı kabul edilerek kayyımın katılımı öngörülmüştür.

Yasanın 345. maddesinde ele alınan işler iki ayrı olasılıkta değerlendirilmelidir: Çocuk ile anne baba bir işlem yapıyor olabilir, yani işlemin bir tarafı çocuktur, diğer tarafı anne veya babadır. Anne baba işlemin diğer tarafında kendi adlarına hareket ediyor olabilirler ya da başkasını temsilen çocukla işlem yapıyor olabilirler. Diğer olasılık ise çocuğun anne baba dışında üçüncü bir kişi ya kişilerle işlem yapması ve anne babanın bu işlemden yarar sağlamasıdır. Bu konuda tartışılması gereken iki önemli kavram vardır. Birincisi çocuğun borçlanması, ikincisi anne babanın çocuğun üçüncü kişiyle yaptığı işlemden sağladığı yarardır. Yasanın ifadesine göre çocuğun borçlanabilmesi için kayyım katılımı ve yargıç onayı gerekir. Öyleyse maddenin uygulanabilmesi için çocuğun borçlanması gerekir, eğer çocuğu borçlandırıcı bir işlem değilse, 345. maddenin değil, 426. maddenin uygulanması düşünülebilir[432]. Borçlandırıcı hukuksal işlemden sadece sözleşme anlaşılmamalıdır; tek taraflı işlemler de bu madde kapsamındadır[433]. Öte yandan borçlanma, çocuğun sadece taahhüt işlemlerini değil, çocuğun tasarruf işlemlerini de kapsar[434]. Çocuğun taşınmazı üzerinde anne veya baba lehine intifa veya diğer bir irtifak hakkı kurulması veya anne veya baba lehine miras hakkından çocuğun vazgeçmesi buna örnek olarak gösterilebilir[435]. Kanımızca yasa koyucunun bu maddeyi koymaktaki amacı, çocuğun malvarlığı aleyhine yapılacak tüm işlerde çocuğun yararını korumaktır. Bu nedenle

[431] Geiser, Art. 421/422 N 7, 33, s. 2130, 2137.
[432] Serozan (Çocuk Hukuku, s. 279), 345. maddenin çocuk için tüm sakıncalı işlerde ve işlemlerde devreye sokulması gerektiğini ileri sürmektedir. Fakat kanımızca 345. maddenin uygulanabilme sınırı, çocuğu borçlandıran işlemlerdir.
[433] Gümüş, s. 198.
[434] Öztan, s. 661-662.
[435] Öztan, s. 662.

malvarlığının aktif kalemindeki azalma da pasif kalemindeki çoğalma da bu madde kapsamında çocuğun borçlanması anlamına gelir[436].

Öğretide bir yazar, yasal temsilci olan anne babanın, birden çok çocuğu adına 345. madde kapsamına giren bir hukuksal işlem yapmak istemesi halinde, 345. maddenin uygulanamayacağını, ancak 426. maddeye göre kayyım atanabileceğini ileri sürmektedir[437]. Burada kast edilen durum, kardeşlerin birbiriyle sözleşme veya başka bir hukuksal işlem yapması değil, kardeşlerin birlikte hareket ederek yasal temsilciyle ya da başka bir kişiyle hukuksal işlem yapmasıdır. Kardeşlerin birlikte hareket ederek yasal temsilciyle ya da yasal temsilcinin yararına üçüncü kişiyle hukuksal işlem yapması durumunda 345. maddenin uygulanamayacağını ileri süren Gümüş, görüşünün gerekçesini açıklamamıştır, yazarın böyle düşünmesinin nedeni kanımızca yasada "çocuğun" ifadesi kullanılarak tekil yaklaşılmasıdır. Gerçekten de kural olarak çocuk ile yasal temsilci arasındaki işler, kardeşler göz önüne alınmadan düzenlenmiştir; fakat somut olayda anne baba iki ya da daha çok çocuğu adına hareket ederek kendisiyle işlem yapmak veya kendi yararına üçüncü kişiyle işlem yapmak istediği takdirde 345. madde örneksenerek uygulanır. Bu doğrultuda yararları birbirine paralel çocuklara bir kayyım atanır ve işlem yargıcın onayına bağlı olarak geçerlilik kazanır. Ancak çocukların yararları arasında paralellikten bir sapma varsa yararı diğer çocuğun veya çocukların yararı ile çatışan çocuğa bir başka kayyım atanır.

2- Çifte Temsil Yasağı

Çifte temsil, yasal temsilcinin birden çok kişinin temsilcisi sıfatıyla iş yapmasıdır. Ancak söz konusu kişiler işlemde aynı tarafta yer almayıp karşılıklı tarafları oluşturur. Diğer bir anlatımla yasal temsilcinin temsil ettiği kişilerin yararı birbirine paralel değil karşıttır ya da bağdaşmamaktadır. Bir sözleşmede çıkarların karşılıklılığından söz edilebilirse de bir şirket sözleşmesinde yararlar paralel olmasa

[436] Gümüş, s. 198.
[437] Gümüş, s. 199.

da birbirine karşıt da değildir; bu nedenle yararların birbirine paralel olmadığı her durum yarar çatışmasını meydana getirir[438].

Kısaca böyle açıklanan çifte temsil, iradi temsil teorisinde yasaktır; ancak iradi temsilde ancak temsil edilenlerin ya da üçüncü kişilerin hukuksal yararı zedelenmeyecekse çifte temsile izin verilir. Dolayısıyla iradi temsilde somut yarar çatışması anlayışı esas alınır. Ancak yasal temsilde durum böyle değildir; çünkü iradi temsilde temsilci temsil edilenin talimatları doğrultusunda hareket edebilirken yasal temsilde temsilci temsil edilenin görüşleriyle bağlı değildir[439]. Yasal temsilci, her zaman temsil edilenin çıkarlarını gözeterek ve ayırt etme gücüne sahip temsil edilenin katılma hakkına saygı duyarak hareket etmekle yükümlüdür. Yasal temsilde amaç, temsil edilenin kişiliğini ve malvarlığını korumak olduğundan, temsil edilenin hukuksal yararının tehlikeye düşmesi konusundaki bir olasılık dahi bunun önüne geçmeyi gerektirir.

Yasa koyucu da bu amaçla belirli kişiler arasında yapılan belirli işlerde yarar çatışmasının varlığını aksi kanıtlanamaz bir karine olarak kabul etmiş, yasal temsilcinin yerine bir kayyımın işe katılmasını öngörmüştür. Çocuk ile anne baba arasında yapılacak bir hukuksal işlemle çocuğun borçlanması, ister çocuğun yararına ister zararına sonuçlansın, yasal temsilci böyle bir işlemde çocuğu temsil edemez. Yasal temsilcinin, kendi adına değil başkası adına çocukla iş yapması da kanımızca 345. maddenin kapsamına girdiğinden[440], yarar çatışmasının varlığı tartışılmaksızın kayyım katılımı ile hukuksal işlem yapılıp yargıç onayına sunulur. Yasal temsilci, diğer tarafın yasal temsilcisi veya iradi temsilcisi olabilir. Çifte temsile örnek olarak ergin olmayan iki kardeş arasında yapılan ve kardeşlerden en az birini borçlandıran işlemler gösterilebilir. Ancak çocuk, bu hukuksal işlemle borç altına girmiyorsa 345. madde uygulanmaz, bu durumda da yasal temsilcinin temsil ettiği kişilerin yararı paralel olmadığı için yarar çatışması nedeniyle 426. maddeye göre temsil kayyımı atanır. Öte yandan işlemin diğer tarafı, çocuğun yasal temsilcisi olmayan anne ya da

---

[438] Gümüş (s. 199) de yararların zıt olmadığı halde birbiriyle bağdaşmadığı paylı mülkiyetin paylaştırılması sözleşmelerinin anne/baba ve çocuk arasında yapılan sözleşmeler gibi değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

[439] Öztan, s. 659.

[440] Gümüş, s. 199. Çifte temsil yasağının kendisiyle işlem yapma yasağıyla ilişkisi hakkında bkz. Akyol, s. 53.

baba ise, kanımızca çifte temsilden söz edilemez[441], bu durumda yarar çatışması veya manevi engel varsa 426. maddeye göre temsil kayyımı atanır.

3- Kendisiyle İşlem Yapma Yasağı

Kendisiyle işlem yapma, yasal temsilcinin bir yandan çocuğu temsil ederken diğer yandan çocukla kendi adına işlem yapmasıdır. Çocuğu borçlandıran böyle bir hukuksal işlemde çocuk yasal temsilcisine karşı borçlanmaktadır. Kendisiyle işlem yapan yasal temsilcinin çocuğun yararını gözeterek hareket etmesi pek çok durumda olanaklı değildir.

İradi temsilde temsilcinin temsil ettiği kişiyle işlem yapması kabul edilemez. Kendisiyle işlem yapması kural olarak olanaklı değildir; ancak çifte temsilde olduğu gibi temsil edilenin veya üçüncü kişilerin çıkarları bundan zedelenmeyecekse iradi temsilcinin kendisiyle işlem yapması olanaklıdır. Kendisiyle işlem yapma yasağının temelinde temsilci ile temsil edilenin çıkarlarının birbirine uygun olmayacağı düşüncesi vardır. İradi temsilde yarar çatışmasından doğan sakıncalar temsil edilenin talimatlarıyla bertaraf edilebilirse de yasal temsilde temsil edilenin eli zayıftır, her şeyden önce temsilcisini seçme özgürlüğüne sahip değildir. Bu nedenle yasal temsilde kendisiyle işlem yapma yasağının korunması temsil edilenin çıkarlarının korunması için çok daha önemlidir. Bu nedenle yasada kendisiyle işlem yapan yasal temsilcinin temsil yetkisine son verilmiş, kayyım katılımı yarar çatışması konusunda yargıca takdir yetkisi tanınmadan zorunlu kılınmıştır[442].

Çocuğun yasal temsilcisine borçlanması, tek başına aralarında bir yarar çatışmasının varlığını kanıtlar. İşlem yapıldıktan sonra çıkarı zedelenen çocuğun korunması, işlem güvenliğini zedeler, yasal temsilcinin belirli durumlarda temsil yetkisinin olmadığını öngörmek hem çocuğun çıkarlarını hem de işlem güvenliğini korur. Yasal temsilcinin kendisiyle yaptığı işlem çocuğu borçlandırıyorsa bu durumda yarar çatışmasının varlığı sorgulanmaksızın kayyım atanır ve hukuksal işlem yargıcın onayına bağlı olur. Çocukla anne ya da babanın yapacağı miras sözleşmesi, çocukla anne ya da babanın birlikte mirasçı oldukları bir terekede miras paylaşım sözleşmesi, çocuğun denkleştirme borcunu ifası 345. maddeye göre kayyım

[441] Öztan, s. 661. Karşı görüş için bkz. Gümüş, s. 199.
[442] Bkz. Gümüş, s. 199.

katılımı ve yargıç onayıyla yapılabilen işlerdir[443]. Çünkü bunların hepsinde çocuğun anne ya da babasına karşı borçlandığı görülür. Eğer söz konusu işlem çocuğu borçlandırmıyorsa bu durumda 345. madde uygulanamaz; ancak yasal temsilci ile çocuğun yararı bağdaşmadığı takdirde 426. maddenin ikinci bendine göre bir kayyım atanır. Eğer yasal temsilci çocukla yaptığı işlemde çocuğa karşılıksız bir kazandırmada bulunuyorsa yarar çatışmasından çocuğun çıkarı zedelenmediği için yarar çatışmasına dayanarak kayyım atanmasına gerek yoktur[444], 426. maddenin amacı yasal temsilcinin temsil ettiği küçüğün veya kısıtlının yararını korumaktır. Buna karşın karşılıksız kazandırma çocuğa ahlaksal bir yükümlülük yüklüyor veya çocuğu manevi baskı altına alıyorsa yarar çatışması nedeniyle kayyım atanması gereklidir. 426. maddeye göre kayyım atandığında 345. maddeden farklı olarak işlem yargıcın onayına bağlı olmadan geçerlilik kazanır. Öte yandan çocuğu borç altına sokan bir işlem söz konusu olmakla birlikte açıkça çocuğun yararına olduğu görülen durumlarda kayyım atanmasına ve yargıç onayına gerek olmadığı ileri sürülmektedir[445], kanımızca açıkça çocuğun yararına olduğuna yasal temsilci karar verecek durumda değildir. Eğer kayyımın katılımı basit bir işin uzamasına neden olacaksa kanımızca yargıcın onayıyla yetinilebilir[446], ancak çocuğun yararına olduğu gerekçesiyle yargıç onayının aranmaması kabul edilemez.

4- Anne Baba Lehine Çocuk ile Üçüncü Kişiler Arasında Çocuğu Borçlandırıcı İşlemler

Yasanın 345. maddesine göre, anne babanın yararına olacak biçimde çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak hukuksal işlemle çocuğun borç altına girmesi, kayyım atanmasını ve hukuksal işlemin yargıcın onayına bağlı olmasını gerektirir. Böyle bir işlemde yasal temsilci, işleme sadece çocuğun temsilcisi olarak katılmaktadır, çifte temsil ya da kendisiyle işlem yapma söz konusu değildir. Ancak hukuksal işlemden anne baba yarar sağlamaktadır. Bu yarar doğrudan veya dolaylı

[443] Gümüş, s. 203-204.
[444] Akıntürk, s. 421. Y. 2. HD 11.05.1993 E. 4559 K. 4941 sayılı kararda babanın çocuklara mal bağışlama işleminin tamamlanabilmesi için bağışı kabul iradesinin çocuklara tayin edilecek kayyım tarafından açıklanması gerektiği kabul edilmiştir. Uyar, s. 3913.
[445] Öztan, s. 661.
[446] Krş. §5/III/B/1.

olabilir[447]. Yasal temsilcinin dolaylı yarar sağladığı hukuksal işlemlerle ilgili olarak öğretide işlem menfaatiyle bağlantılı bir yarar sağlanması durumunda 345. maddenin uygulanacağı, sağlanan yararın işlem menfaatiyle bağlantılı olmaması durumunda uygulanmayacağı ileri sürülmektedir[448]. Kanımızca böyle bir ayrımın pratik önemi yoktur, yasal temsilci öyle veya böyle yapılacak hukuksal işlemden bir yarar sağlamayı umuyorsa 345. maddeye göre anne veya baba yararına yapılacak bir işlemden söz edilir. Önemli olan anne babanın yarar sağladığı bir hukuksal işlemle çocuğun borçlanmasıdır. Bu takdirde yasal temsilci temsil yetkisini yitirir, hukuksal işlemin geçerliliği kayyımın katılımına ve yargıcın onayına bağlıdır. Yasal temsilcinin hukuksal işlemin karşı tarafında yer almadığı halde temsil yetkisini yitirmesinin nedeni dolaylı yarar çatışmasıdır. Dolaylı yarar çatışması aslında iki biçimde gerçekleşebilir. İlkinde yasal temsilcinin yararına çocuğun üçüncü kişiyle işlem yapması söz konusudur, ikincisinde yasal temsilcinin yararı olmamakla birlikte çocuğun işlem yaptığı kişiyle yasal temsilci yakın bir ilişki içindedir. 345. maddenin uygulanabilmesi için ya çifte temsil ya da kendisiyle işlem yapma gibi doğrudan gerçekleşen bir yarar çatışmasının bulunması ya da anne babanın yararına çocuğun üçüncü kişiyle işlem yapması gerekir. Yasal temsilci, üçüncü kişiyle yakın bir ilişki içinde de olsa işlemden yarar sağlamıyorsa, 345. madde değil 426. madde uygulanabilir. Yasal temsilcinin üçüncü kişiyle yakın bir ilişki içinde olması, çocukla yasal temsilci arasında yarar çatışmasına neden oluyorsa 426. maddenin ikinci bendine göre kayyım atanır.

5- Kayyımın Hukuksal İşleme Katılımı ve Yargıcın Onayı

a- Kayyımın Hukuksal İşleme Katılımı

Türk Medeni Kanunu'nun 345. maddesine göre atanan kayyım temsil kayyımı olup çocuğu söz konusu belirli hukuksal işlemde temsil eder[449]. Temsil kayyımı, Türk Medeni Kanunu'nun 430. maddesine göre kendisine kayyım atanacak kişinin yerleşim yeri vesayet makamı tarafından atanır. Kayyımın görevi, işlemin

[447] Öztan, s. 662.
[448] Gümüş, s. 207.
[449] Gümüş, s. 211.

çocuğun çıkarına olup olmadığına göre, işlemi bizzat yapıp işlemin koşullarını çocuğun yararına uygun belirleyerek çocuğun çıkarlarını korumaktır[450].

Eğer çocuk, ayırt etme gücüne sahipse, çocuğun görüşlerini alıp çocuğun yaşına ve olgunluğuna göre görüşlerine gereken önemi vermelidir. Ayırt etme gücüne sahip çocuk, hukuksal işlemi yaptıktan sonra, kayyım atanıp hukuksal işleme onam verilmesi, 345. maddenin amacına uygun değildir. Çünkü söz konusu madde, çocuğun yararının yasal temsilcisinin yararı ile çatıştığı ve çocuğun yasal temsilcisinin etkisi altında olduğu bir hukuksal işleme kayyımın katılımını bir geçerlilik koşulu olarak aramaktadır. Kayyımın hukuksal işleme katılımı önemli görülmeseydi yargıcın onayıyla yetinilebilirdi. Bu nedenle ilke olarak çocuğun yasal temsilcisine karşı veya yasal temsilcinin temsil ettiği kişiye borçlandığı veya yasal temsilci lehine üçüncü kişiye borçlandığı bir hukuksal işlem bizzat kayyım tarafından yapılmazsa geçerli olmaz. Bununla birlikte 426. maddenin uygulanmasında olduğu gibi basit ve ivedi işlerde kayyım atanmaksızın yapılan hukuksal işleme yargıcın onay vermesinin olanaklı olduğu kabul edilmelidir[451].

b- Yargıcın Onayı

Türk Medeni Kanunu'nun 345. maddesine göre yapılan bir hukuksal işlemin geçerliliği yargıcın onayına bağlıdır. Bu hukuksal işlemlerde çocuğun yararının korunması kaygısı o kadar ön plana çıkmıştır ki kayyımın yasal temsilcinin yerine çocuğu temsil ederek hukuksal işlemi yapması yeterli görülmeyip ek olarak yargıcın onayı aranmıştır. Yargıç, bu onayı hukuksal işlem yapılmadan önce izin biçiminde verebileceği gibi hukuksal işlemden sonra onam niteliğinde de verebilir[452]. Yasanın onayını aradığı yargıç kanımızca aile mahkemesi yargıcıdır[453]; çünkü Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesinin ilk bendine göre, Türk Medeni Kanunu'nun vesayet başlıklı üçüncü kısmı hariç, ikinci kitabı kapsamındaki aile hukukundan doğan dava ve işlerde aile mahkemeleri görevlidir.

---

[450] Öztan, s. 663.
[451] Bkz. dipnot 446'ya ilişkin cümle.
[452] Gümüş, s. 211.
[453] Gümüş (s. 211), Öztan (s. 662) ve Akıntürk (s. 421), vesayet makamını onay makamı olarak değerlendirmektedir.

Aile mahkemesi yargıcı, söz konusu hukuksal işlemi değerlendirirken, bunun çocuğun yararına uygun bir işlem olup olmadığını araştırır. Hukuksal işlemin koşulları yargıcın izni istendiğinde belli değilse yargıç izin vermemelidir, hukuksal işlem yapıldıktan sonra çocuğun yararına uygun olup olmadığına göre onay vermelidir. İşlemin çocuğun yararına uygunluğu değerlendirilirken çocuğun gerek kişiliği gerekse malvarlığı çıkarları dikkate alınmalı, hukuksal işlemin temelinde çocuğun yararını korumak değil, başka amaçlar varsa böyle bir işleme onay vermemelidir.

Yargıcın onay vermesi çekişmesiz bir yargı işidir[454]. Yargıç, işe resen el koyabileceği gibi, herhangi bir kişinin bildirimi, ilgililerden birinin başvurusu üzerine de el koyarak onay verip vermeyeceğine karar verir[455]. Yargıç, bu değerlendirmesini yaparken ilgili olarak çocuğu, anne ve babayı dinler[456]. Yargıç, sözleşme yapılmadan önce izin verirken, örneğin hukuksal işlemin koşullarında öngöreceği belli bir değişikliğin yapılması halinde onay vereceğini belirterek, koşullu onay da verebilir[457]. Bu durumda onay, hukuksal işlemin yargıcın öngördüğü koşula uygun yapılmışsa geçerlidir, yapılmamışsa geçersizdir. Yargıçtan izin alınmadan kayyımın katılımıyla yapılan hukuksal işlem, yargıcın onayı alınmadığı süre içinde askıda geçersizdir, geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurmaz ve bu nedenle çocuğu bağlamaz[458]. Yargıç, işleme onay vermediği takdirde, işlem başından itibaren kesin hükümsüzdür[459].

B- Velayetin Kaldırılması Yargılamasında

1- Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun 348. maddesine göre çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden

[454] Kuru, Nizasız Kaza, s. 77; Budak, Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, s. 132.
[455] Kural olarak anne babanın aile mahkemesine başvurması ve mahkemenin onay verdiği takdirde vesayet makamından kayyım atanmasını istemesi gerekir; ancak aile mahkemesinden önce vesayet makamına başvurulmuş ve kayyım atanmışsa kayyım, aile mahkemesi yargıcının onay vermesi için başvuruda bulunmakla yükümlüdür.
[456] Krş. Gümüş, s. 211.
[457] Gümüş, s. 211.
[458] Gümüş, s. 211-212.
[459] Gümüş, s. 212.

anlaşılırsa yargıç şu durumlarda velayetin kaldırılmasına karar verir: 1. Anne ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi; 2. Anne ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması. Yasanın ifadesi anne ve babanın çocuğu ihmali veya velayet görevini yerine getirememesi biçiminde olsa da anne veya babanın belirtilen nedenlerden biriyle velayet görevini yerine getirmemesi veya getirememesi durumunda velayetin kaldırılması önlemine başvurulur. Velayetin kaldırılması da yasada çocuğun korunması başlığı altında düzenlenmiş olup çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin en ağırıdır[460]. Yargıç velayetin kaldırılmasında ve geri verilmesinde kendiliğinden harekete geçme ve karar verme yetkisine sahiptir[461]; ayrıca sübjektif hakkın yokluğu ve önleyici-kurucu etki (velayetin geri verilmesinde sadece kurucu etki) ölçütlerine göre velayetin kaldırılması ve geri verilmesi çekişmesiz yargı işidir[462]. Dolayısıyla velayetin kaldırılmasında davacı ve davalı yerine istem sahibi ve ilgililerden söz etmek yerinde olur.

2- Çocuğun Yargılamada İlgili Olarak Konumu

a- İstem Sahibi Olarak

Velayetin kaldırılması işinde yargıcın kendiliğinden karar verme yetkisi bulunduğundan velayetin kaldırılması yargılaması talebe bağlı olarak başlamaz. Yasa belirli kişilere bunu isteme hakkını açıkça tanımamıştır. Herkes çocuğun korunması ile ilgili olarak yargıcı bilgilendirerek durumu ihbar edebilir[463]. Bunun yanında velayetin kaldırılması işiyle maddi olarak ilgili bulunan çocuk, anne veya baba, velayetin kaldırılmasını istediği takdirde istemde bulunan kişiler velayetin kaldırılması yargılamasına şeklen de ilgili olarak katılır. Dolayısıyla çocuk da velayetin kaldırılmasını isteyebilir. Çocuk ayırt etme gücüne sahipse kişiliğine sıkı

[460] Cemil Çelik, "Velayetin Kaldırılması", **AÜHFD**, C. 54, S. 1, 2004, s. 267.
[461] Öztan, s. 678; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 292; Çelik, s. 281; Kuru, Nizasız Kaza, s. 78-79.
[462] Kuru, Nizasız Kaza, s. 78-79; Budak, Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, s. 133.
[463] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 292.

sıkıya bağlı olan bu istemi tek başına ileri sürebilir. Ancak ayırt etme gücüne sahip değilse ancak bir yasal temsilci aracılığıyla böyle bir istemde bulunabilir.

b- İlgili Olarak

Velayetin kaldırılması yargılaması, ilgililerden birinin istemi üzerine veya kendiliğinden başladığında, bu işte maddi ilgisi bulunan kişiler yargılamaya ilgili olarak katılır. Velayetin kaldırılması çekişmesiz bir yargı işi olduğundan ilgililerin taraf olarak değerlendirilmesi olanaklı değildir, bu nedenle Gümüş'ün Türk hukukunda çocuğun korunması yargılamasında bağımsız bir taraf olarak yer almasının ve yargılamada bir kayyım tarafından temsilinin olanaklı olmadığı görüşüne[464] katılamıyoruz. Kanımızca en çok kendi hukuksal durumunu ilgilendiren bir yargılamaya çocuk ilgili sıfatıyla katılabilir. Yargıç, velayetin kaldırılması işinde kendiliğinden araştırma yükümlülüğüne sahip olsa da çocuğun, ilgili olarak yargılamanın akışı hakkında bilgi edinme, görüşlerini açıklama, kanıtlarını sunma ve verilen kararla ilgili yasal yollara başvurma hakkı vardır.

3- Velayetin Kaldırılmasında Meydana Gelen Yarar Çatışması

Velayetin kaldırılması yargılaması, çocuğun yasal temsilcisinin yasal temsil yetkisine, yani velayet yetkisine son verilmesi istemiyle görülen bir iş olduğundan çocuk ile yasal temsilcinin yararları birbiri ile çatışma durumundadır. Velayetin kaldırılmasının nedenleri dikkate alındığında, yasal temsilci çocuğa karşı yükümlülüklerini yerine getirmediği veya getiremediği için, velayetin kaldırılıp kaldırılmayacağına karar verilmektedir. Bu nedenle çocuk ile veli arasında yarar çatışmasının varlığı kuşkusuzdur. Hatta aynı işte birbirinden farklı çıkarlara sahip yasal temsilcinin çocuğu temsili kendisiyle işlem yapma yasağına aykırı olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla velayeti kaldırılması istenen veli ile çocuk arasında doğrudan bir yarar çatışması vardır. Eğer velayet birlikte kullanılıyorsa velayeti kaldırılması istenmeyen veli ile çocuk arasında doğrudan bir yarar çatışması yoktur. Ancak birlikte yaşayan eşlerin ortak çocuklarının velayeti hakkında görülen bir işte

[464] Gümüş, s. 183.

özgür hareket etmeleri çok zordur. Eşler kimi zaman sadakat duygusuyla kimi zaman korkuyla ya da baskıyla çocuğunun çıkarlarına hareket edemez ya da etmez. Örneğin çocuğun, anne veya babası tarafından istismar edilmesi durumunda, diğer eş bu durumu genellikle örtbas etme eğilimi içinde olur ve saklar, böylece eşin ölçüsüzlüğüne destek olur[465]. Bu ve buna benzer tutumlar sergileyen veli çocuğun yararını korumakta yetersiz kalır ya da gereği gibi korumada yeterli çabayı göstermez. Bu nedenle velayeti kaldırılması istenmeyen eş ile çocuk arasında kural olarak dolaylı bir yarar çatışması vardır. Ancak eşler ayrı yaşıyorlar ve velayeti kaldırılması istenmeyen eş diğerinin etkisi ya da baskısı altında değilse çocukla arasında bir yarar çatışması olduğundan söz edilemez.

4- Çocuğun Yargılamada Yasal Temsili

Çocuk, ayırt etme gücüne sahipse, velayetin kaldırılması yargılamasında yasal temsilcinin katılımına gereksinim duymadan görüşlerini açıklayabilir, yasal yollara başvurabilir. Hatta çocuğun kendisi velayetin kaldırılması istemiyle mahkemeye başvurabilir. Koşullar değiştiği takdirde 351. maddenin ikinci fıkrasına göre velayetin geri verilmesi isteminde de bulunabilir. Söz konusu maddeye göre anne veya babanın istemi üzerine veya kendiliğinden velayetin geri verilmesine karar verilebilir, çocuğun istemde bulunma hakkı açıkça belirtilmemiştir. Ancak kanımızca bu önemli değildir, işte maddi ilgisi bulunan herkes istemde bulunabilir, mahkemenin kendiliğinden karar verme yetkisi vardır.

Velayetin kaldırılması veya diğer çocuğu koruyucu önlemler, çocuğun kişiliğini ilgilendiren, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı işlerdendir. Velayetin kaldırılmasını istemek veya bu yargılamaya ilişkin usul işlemleri yapmak da çocuğun kişiliğine sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu nedenle tek başına yargılamaya ilgili olarak katılabilen çocuğa bir kayyımın atanması da gerekmez.

Çocuk, ayırt etme gücüne sahip değilse, tek başına yargılamaya ilgili olarak katılıp görüşlerini ileri süremez, karara itiraz edemez. Bu durumda çocuğun bir yasal temsilci tarafından temsil edilmesi gerekir. Çocuk ayırt etme gücüne sahip olmasa da duygu, düşünce ve kaygıları yasal temsilcisi tarafından belirtilmeli, kararla ilgili

[465] Serozan, Çocuk Hukuku, s. 293.

olarak çocuğun yararı doğrultusunda gerekiyorsa yasal yollara başvurulmalıdır. Yani çocuğu temsil edecek yasal temsilci çocuğun yararına göre hareket ederek çıkarlarını korumalıdır.

Velayet tek başına kullanılıyorsa, tek yasal temsilcinin velayetinin kaldırılması istendiği takdirde veli ile çocuk arasında meydana gelen doğrudan yarar çatışması nedeniyle velinin bu işte ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğu temsil yetkisi yoktur. Bu nedenle 426. maddenin ikinci bendine göre, çocuğa bir temsil kayyımı atanarak ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk, velayetin kaldırılması işinde kayyım tarafından temsil edilmelidir[466].

Velayet, birlikte kullanılıyor ve velilerin her ikisi hakkında velayetin kaldırılması isteniyorsa, veliler ile çocuk arasında doğrudan yarar çatışması söz konusu olduğundan, velilerin çocuğu temsil yetkisi yoktur, bu durumda çocuğa 426/b.2'ye göre bir temsil kayyımı atanır. Ancak velilerden biri hakkında velayetin kaldırılması isteniyorsa diğer veli ile çocuk arasında dolaylı da olsa bir yarar çatışması olduğu belirlenebiliyorsa veya bir nedenle görevini yerine getirmesine engel bir durum söz konusu ise 426. maddenin ikinci veya üçüncü bendine göre ayırt etme gücünden yoksun çocuğa bir temsil kayyımı atanır.

5- Kayyımın Yargılamada İşlevi

Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğe atanan kayyım, çocuğun çıkarları doğrultusunda hareket eder. Bu bağlamda çocuğun görüşlerini uygun yolla öğrenir, çocuğun anne babasıyla ilişkilerini gözlemleyerek kanıtlar ortaya koyar ve verilen karar hakkında çocuğun yararı doğrultusunda yasal yollara başvurur. Örneğin çocuğa karşı yükümlülüklerin ihmalini gösteren belgeleri yargılama sırasında ortaya koymalıdır, çocuk ayırt etme gücüne sahip olmasa da kendini ifade edebildiği yollarla dışa vurduğu duyguları, korkuları veya anne babasına duyduğu sevgi ya da öfkeyi belirleyerek bunları mahkeme önünde ifade etmelidir. Velayetin kaldırılmasına karar verilmişse ve bu karar çocuğun yüksek yararına uygun değilse kayyım çocuk adına kararı temyiz etmelidir. Öte yandan velayeti tek başına kullanan velinin velayeti kaldırılmışsa TMK 348. maddenin ikinci fıkrasına göre çocuğa vasi

[466] Krş. Gümüş, s. 184.

atanır. Çocuğa velayetin kaldırılması yargılamasında çocuğu temsili için atanan temsil kayyımı vasinin atanması yargılamasında da çocuğu temsil eder, çocuğa kimin vasi olarak atanacağı konusunda çocuğun çıkarlarını gözetir.

Ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk adına velayetin kaldırılmasını istemek veya velayetin geri verilmesini istemek üzere bir kayyım atanmasına gerek yoktur. Çünkü mahkeme kendiliğinden velayetin kaldırılması önlemine veya önlemin değişen koşullar karşısında değiştirilmesine ve velayetin geri verilmesine karar verebilmektedir, bir istemde bulunulmasına gerek yoktur. Vesayet makamından ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk adına böyle bir istemde bulunulması için kayyım atanması istendiğinde, vesayet makamı, aile mahkemesine durumu ihbar etmeli, aile mahkemesi, velayetin kaldırılmasına veya geri verilmesine karar verip verilmemesi konusunda araştırmaya kendiliğinden başlamalıdır. Bu durumda vesayet makamı, istemde bulunulması için değil, yargıcın kendiliğinden harekete geçmesiyle başlayan velayetin kaldırılması yargılamasında çocuğun temsili amacıyla kayyım atamalıdır.

C- Çocuğu Koruyucu Önlemlerin Alınmasına İlişkin Yargılamalarda

1- Genel Olarak

Çocuğu koruyucu önlemler, Türk Medeni Kanunu'nun velayet başlıklı altıncı ayrımı altında "Çocuğun Korunması" başlığı altında 346-351. maddeler arasında düzenlenmiştir. Dolayısıyla belirtilen önlemler sadece velayet altındaki çocuk hakkında alınabilir niteliktedir. Ağırlığı kademeli olarak artan koruma önlemlerinin alınmasında yargıca geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Hatta 347/2 dışında yargıç kendiliğinden önlem alma ve önlemleri değişen koşullara uyarlama yetkisine sahiptir. TMK 347/2'ye göre çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre de başka çare kalmamışsa anne baba veya çocuğun istemi üzerine yargıç 347/1'de belirtilen önlemleri alabilir. Dolayısıyla 347/2'ye göre önlem alınması istem hakkı tanınan kişilerin istemde bulunmasına bağlıdır, kendiliğinden bu karar alınamaz. Öte yandan tarafların sübjektif bir haktan yoksun olmaları, amacın bir uyuşmazlık çözümünden çok çocuğun kişiliğinin korunması olması (önleyici etki ölçütü) ve

kendiliğinden harekete geçme ölçütü nedeniyle çocuğu koruyucu önlemlerin alınması işi çekişmesiz bir yargı işidir[467]. Çocuğu koruyucu önlemlerden velayetin kaldırılması önlemi yukarıda ayrıca ele alındığından, burada 346 ve 347. maddede öngörülen düzenlemelerle ilgili açıklamalar yapılacaktır.

2- Çocuğun Yargılamada İlgili Olarak Konumu

a- İstem Sahibi Olarak

Çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin alınması, 347/2 dışında isteme bağlı olmadığından, herkes yargıca bu konuda ihbarda bulunabilir. Ayrıca bazı kurum ve kuruluşlar ihbarda bulunmakla yükümlü kılınmıştır. Bunun dışında bu önlemlerin alınmasından hukuksal durumu etkilenen, olayla maddi ilgisi bulunan kişiler, istemde bulunarak çekişmesiz yargı işine biçimsel anlamda da ilgili olarak katılabilir. Çocuk, hukuksal durumu önlemlerden en çok etkilenen kişidir, önlemlerin alınma amacı zaten çocuğun korunmasıdır. Bu nedenle çocuğun bu önlemlerin alınmasını istem hakkı olduğu kuşkusuz kabul edilmelidir. Öte yandan 347. maddenin ikinci fıkrasına göre çocuk istem hakkı sahibi olarak tanınmıştır, çocuk bu hakkını bizzat kullanır.

b- İlgili Olarak

İster anne babanın veya çocuğun istemi üzerine isterse yargıcın kendiliğinden harekete geçmesi üzerine başlayan çocuğu koruyucu önlemlerin alınmasına ilişkin yargılamaya çocuk ilgili sıfatıyla katılır. İlgili olarak görüşlerini ifade etme, kanıtlarını sunma, verilen karara karşı yasa yollarına başvurma hakkına sahiptir. Çocuk, bu hakkı ayırt etme gücüne bağlı olarak bizzat veya bir yasal temsilci aracılığıyla kullanır; fakat ilgili olarak yargılamada yer alma ve yargılamaya katılma hakkı çocuğa ayırt etme gücüne bağlı olmadan tanınır[468].

---

[467] Kuru, Nizasız Kaza, s. 78; Budak, Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, s. 133.

[468] Gümüş (s. 183), Türk hukukunda çocuğun koruma yargılamasında bağımsız bir taraf olarak yer almasının olanaklı olmadığını belirterek ÇHS'ye gönderme yapmaktadır. Fakat işin çekişmesiz yargı işi olması nedeniyle taraf kavramından söz edilmesi yerinde değildir ve çocuk ilgili olarak yargılamada yer alır.

3- Çocuğu Koruyucu Önlemlerin Alınmasında Yarar Çatışması

Türk Medeni Kanunu'nun 346. maddesine göre çocuğun yararı ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde anne ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse yargıç çocuğun korunması için uygun önlemleri alır. Yasanın 347. maddesinin ilk fıkrasına göre ise çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa yargıç çocuğu anne ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise çocuğun anne baba ile birlikte yaşaması ailenin huzurunu katlanmaları beklenemeyecek ölçüde bozduğu takdirde birinci fıkradaki önleme başvurulur. Belirtilen hükümlerin tümünde ortak olan unsur çocuğun yararının, gelişiminin tehlikeye düşmesidir. 347/2'de aile huzurunun bozulması önlemin koşulu olarak öngörülse de burada da amaç öncelikle çocuğun ruhsal sağlığının ve gelişiminin korunmasıdır. Diğer ortak unsur, çocuğun içinde bulunduğu tehlikeye anne babanın çare bulamamasıdır. Anne babanın yetersizliği ihmallerine dayanabileceği gibi deneyimsizliklerine de dayanabilir, anne babanın kusuru önem taşımaz. Fakat sonuçta anne baba, bir nedenle çocuğa karşı yükümlülüklerini yerine getirmeyerek veya getiremeyerek çocuğun yararını ve gelişimini tehlikeye atmaktadır. Bu durumun çocuk ile anne baba arasında yarar çatışması meydana getirdiğine kuşku yoktur[469]. Çocuğun yararı anne babanın yararıyla çatışmaya başladığı noktada koruma önlemlerine başvurulması düşünülmektedir. Çocuk ile anne baba arasındaki yarar çatışması doğrudan veya dolaylı olabilir. Velilerden sadece biri çocuğu ihmal ediyor, gelişimini tehlikeye atıyor olsa bile diğer velinin duruma çare bulamaması çocuğu koruyucu önlemlerin alınmasına neden olur ve bu da çocukla veli arasında dolaylı bir yarar çatışması meydana getirir. Bu nedenle çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin alınmasında çocuk ile anne baba arasındaki yarar çatışması nedeniyle anne baba çocuğu temsil edemez[470].

[469] Grassinger, s. 91.
[470] Grassinger, s. 91.

4- Çocuğun Yargılamada Yasal Temsili

Çocuk, ayırt etme gücüne sahipse, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin alınması yargılamasında tek başına haklarını ileri sürebilir. Kişiliğinin korunması, kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır ve bu konuda sahip olduğu hakları tek başına kullanabilir. Ayrıca BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesine göre çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüşünü açıklama hakkı yaş ve olgunluk düzeyine göre görüşlerine önem verilerek tanınır. Bu itibarla ayırt etme gücüne sahip çocuğun görüşleri sadece ilgili olarak katılma hakkının yansıması değildir, aynı zamanda çocuğu koruyucu önlemlerin alınmasında hangi önleme başvurulacağı konusunda yargıca yol gösterir. Ayırt etme gücüne sahip çocuk, haklarını bu yargılamada tek başına kullanabildiği için bir yasal temsilci tarafından temsil edilmez ve bu nedenle kayyım atanmaz.

Çocuk, ayırt etme gücüne sahip değilse, çocuğun yargılamada bir yasal temsilci tarafından temsili gereklidir. Çocuğun kullanabileceği hakları çocuk adına yasal temsilci kullanır. Aynı zamanda yasal temsilci, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun çıkarlarını gözeterek hareket eder. Çocuğun yasal temsilcisi olan velisi ya da velileri ile çocuk arasında daha önce belirtildiği gibi doğrudan ya da dolaylı yarar çatışması bulunduğundan yasal temsilcinin çocuğu temsil yetkisi bu işte sona erer. Bu nedenle 426. maddenin ikinci bendine göre yararı yasal temsilcisinin yararı ile çatışan çocuğa bir temsil kayyımı atanır. Atanan kayyım çocuğu bu yargılamada temsil eder, verilen karara karşı yasal yollara başvurur.

5- Kayyımın Yargılamada İşlevi

Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğa koruma yargılamasında onu temsil etmek üzere atanan kayyım temsil kayyımı niteliğindedir. Kayyım, çocuğun çıkarlarını gözeterek çocuğu temsil eder. Bu kapsamda çocuğun içinde bulunduğu tehlikeye göre çocuğun korunması için en uygun önlemin ne olduğunu araştırır, mahkemede topladığı kanıtları sunar, çocukla kurduğu iletişim ve çocuğun çevresindekilerle ilişkisinin gözlemesi sonucu edindiği kanı ile çocuğun duygu,

düşüncelerini anlatır. Çocuğun korunmasına yönelik alınan önlemin çocuğun yararına uygun olmadığı kanısında ise kararı temyiz edebilir.

347. maddenin ikinci fıkrasına göre çocuğun istemi üzerine önlem alındığına yukarıda değinilmişti. Çocuk ayırt etme gücüne sahip olmadığında, çocuk adına böyle bir istemde bulunmak üzere kayyım atanıp atanamayacağı, istemin niteliği belirlenerek yanıtlanabilir. Çocuk, böyle bir istemle anne babasıyla birlikte yaşayarak aile huzurunun katlanılmaz ölçüde bozulduğunu ileri sürecektir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin huzuru da bozulabilir ama katlanılmaz ölçüde olup olmadığı ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin yapabileceği bir değerlendirmedir ve bu durum kişiye sıkı sıkıya bağlıdır. Bu nedenle kanımızca 347. maddenin ikinci fıkrasında çocuğa tanınan hak, kanımızca mutlak nitelikte kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilmesi gerektiğinden ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk adına istemde bulunmak üzere kayyım atanması olanaklı değildir. Buna karşılık çocuk istismar veya ihmale maruz kalıyorsa zaten 346. madde ve 347/1'e göre gerekli önlemler kendiliğinden alınır, kanımızca TMK 347/2, çocuğun yararını değil ailenin huzurunu ön planda koruyan bir hüküm olarak görünmektedir.

D- Çocuk Mallarının Korunmasında

1- Genel Olarak

Çocuk malları, Türk Medeni Kanunu'nda velayet ayrımından sonra yedinci ayrım olarak düzenlenmiştir. Çocuk mallarının yönetimi, kullanma hakkı, gelirlerin harcanması, serbest mallar yasanın 352-359. maddeleri arasında, çocuk mallarının korunması 360-361. maddeler arasında, yönetimin sona ermesi 362-363. maddeler arasında düzenlenmiştir. Çocuk mallarının korunmasını düzenleyen maddelerin ilki olan 360. madde yargıca çocuğun mallarının yönetiminde yeteri özenin gösterilmemesi durumunda uygun önlemler alma konusunda geniş takdir yetkisi tanımış, ayrıca alabileceği önlemleri örnekleyici olmak üzere saymıştır[471]. 361. maddede ise malların yönetiminin bir kayyıma bırakılması düzenlenmiştir. Bu durumda çocuk mallarının korunması tehlikeye düştüğünde yargıç aşamalı olarak

[471] Gümüş, s. 219.

uygun önlemleri alır[472], son aşama olarak malların yönetimini anne babadan alarak bir kayyıma bırakır. Çocuk mallarının korunması yargılaması da çocuğun korunması yargılaması gibi kendiliğinden harekete geçme, önleyici etki ve uyuşmazlık yokluğu ölçütlerine göre çekişmesiz yargı işidir[473] ve çocuk ilgili olarak yargılamaya katılır. Burada tekrar açıklama yapmak yerine önceki açıklamalarımıza gönderme yapıyoruz[474].

2- Kayyım Atanmasının Koşulları

Yasanın 361. maddesi yönetimin kayyıma bırakılmasını düzenlemekle birlikte kayyım atanmasının koşullarını değerlendirebilmek için 360. maddenin ilk fıkrasını da ele almak gerekir. 360/1'e göre anne ve baba, çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermezse yargıç malların korunması için uygun önlemleri alır.

360/1 ve 361 birlikte okunduğunda çocuk malları için yönetim kayyımı atanmasının koşulları şöyle sayılabilir: Malların yönetiminde gerekli özenin gösterilmemesi ya da gösterilememesi, malların tehlikeye düşmesi ve tehlikenin başka türlü önlenememesi, diğer bir ifadeyle orantılılık ilkesi. 361. maddenin ikinci fıkrası ve üçüncü fıkrası dikkate alındığında çocuğun mallarının tümü yerine yönetimi anne ve baba dışında kişilere ait olan malların ya da yönetimi anne babaya ait olan malların gelirlerinin veya bu mallardan ayrılmış belirli miktarların yani malvarlığının bir kısmı da yönetim kayyımına bırakılabilir.

a- Çocuk Mallarının Yönetiminde Gerekli Özenin Gösterilmemesi

Yasa çocuğun mallarının korunması için gerekli önlemlerin alınması için anne babanın malları yönetmede gerekli özeni göstermemesini aramıştır. Yönetimi anne babaya ait olmayan mallar için de 361/2'ye göre aynı önlemler alınabildiğine göre sadece anne babanın değil, malları yöneten her kimse gerekli özeni göstermemesi halinde çocuk mallarının korunması için yargıç önlem alır ve gerekirse

[472] Breitschmid, Art. 324/325 N 2, s. 1673.
[473] Kuru, Nizasız Kaza, s. 79; Budak, Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, s. 133.
[474] Bkz. §4/III/C.

kayyım atar. Gerekli özenin gösterilmemesinin nedeni önem taşımaz, yasa bunu *"her ne sebeple olursa olsun"* biçiminde ifade etmiştir. Bunun anlamı yöneten kişi özensizliğinde kusurlu olsa da olmasa da gerekli önlemler alınır. Çünkü amaç, yönetenin cezalandırılması değil çocuğun malvarlığının korunmasıdır. Bu nedenle yöneten kişi ve bu arada anne baba ister deneyimsizliği isterse ihmali nedeniyle yeterli özeni göstermediği veya gösteremediği takdirde yargıç müdahale eder.

Yeterli özenden anlaşılması gerekenin ne olduğu konusunda yönetimin sona ermesini düzenleyen 363. madde yol göstermektedir. 363. maddenin ilk fıkrasına göre anne ve baba çocuk mallarının geri verilmesinde vekil gibi sorumludurlar. Anne babanın yönetim sona erdiğinde vekil gibi sorumlu olması karşısında yönetim sırasında da vekil gibi özen göstermekle yükümlü olduğu sonucuna varılabilir. Vekâlet sözleşmesinde vekilin özen borcunun konusu edim sonucunun başarılı biçimde gerçekleşmesi için yaşam deneyimlerine ve işlerin olağan akışına göre gerekli davranışlarda bulunmak ve bunu engelleyecek davranışlardan kaçınmaktır[475]. Vekilin göstereceği özenin soyut özen ölçüsüne göre değerlendirilerek mesleğinde gerekli ortalama zihinsel, fiziksel ve ruhsal yeteneklere sahip ve kaçınılabilir yanlışlar yapmayan insan modeli esas alınır[476].

Anne baba da vekil gibi çocuğun mallarını yönetirken işlerin olağan akışına göre gerekli davranışlarda bulunmalı, önlemler almalı, malların iyi yönetimine engel olacak davranışlardan kaçınmalıdır. Bu davranışların ölçüsü ise ortalama anne babanın velayet yetkisine ilişkin sahip olduğu zihinsel, fiziksel, ruhsal yeteneklere uygun davranışlardır[477]. Dolayısıyla anne baba, bu ölçüler çerçevesinde gerekli özeni gösteremediğinde, yargıç çocuğun mallarının korunması için gerekli önlemleri alır ve gerekiyorsa malların yönetimini bir kayyıma bırakır.

b- Çocuk Mallarının Tehlikeye Düşmesi

Çocuk mallarının yönetiminde gösterilen özensizlik nedeniyle kayyım atanması için çocuk mallarının tehlikeye düşmesi gerekir. Kayyım atanması için malvarlığında zarar gerçekleşmesi gerekmez, malvarlığının iyi yönetimi için

[475] Aral, s. 418.
[476] Aral, s. 420.
[477] Gümüş, s. 218.

yapılmaması gereken bir davranış örneğin çok riskli bir yatırımla malvarlığının değerlendirilmesi çocuk mallarını tehlikeye atar. Diğer yandan çocuk mallarının tehlikeye düşmesi kavramı malın niteliğine göre değerlendirilmelidir. Para, taşınır mal ya da taşınmaz malın tehlikeye düşmesi birbirinden farklı özellikler taşır. Değerinin piyasa koşullarından bağımsız olarak özensizliğe bağlı olarak sürekli düşmesi, malın yıpratılması, tahrip edilmesi, terk edilmesi, taşınmazın bakımsız bırakılması, kiraya verilmemesi malların tehlikeye düştüğünü gösteren olgulardır. Çocuk mallarının korunması için bir önlem alınması gerekiyorsa somut bir tehlike olmalıdır[478]. Tehlikenin somutluğu, alınacak önlemin türünü de belirler. Ayrıca tehlike somutlaştıkça, diğer bir anlatımla tehlikenin gerçekleşme olasılığı arttıkça önlemlerin ağırlığı da artar[479]. Kayyım atanması önlemi diğer önlemlere göre daha ağır bir önlem olduğundan kayyım atanması için aranan tehlike daha somuttur.

c- Orantılılık İlkesi

Türk Medeni Kanunu'nun 361. maddesine göre kayyım atanması için tehlikenin başka bir şekilde önlenememesi gerekir. Yani kayyımlık önlemi ikincil niteliktedir[480], öncelikle daha hafif önlemler alınmalıdır. Fakat daha hafif önlemlerin tehlikeyi bertaraf edemeyeceği önceden görülüyorsa başka önlemler almaya gerek yoktur, kayyımlığın kurulmasına karar verilir[481]. Ayrıca bu ilke doğrultusunda çocuğun mallarının korunması amacıyla başvurulan önlemin orantılı olması yani ölçülü olması gerekir[482]. Dolayısıyla somut tehlike 360. maddede sayılan önlemlerden biri veya başka bir önlemle önlenebilecek iken kayyım atanması yoluna gidilmemelidir. Örneğin taşınmaz kiraya verilmiyorsa mahkeme kiraya verilmesi talimatını verir; ama yine anne baba yönetmeye devam eder.

[478] Gümüş, s. 218; Breitschmid, Art. 324/325 N 1, s. 1673; Hegnauer, Das Kindesrecht, s. 160.
[479] Gümüş, s. 218.
[480] Breitschmid, Art. 324/325 N 14, s. 1675; Gümüş, s. 219; Hegnauer, Das Kindesrecht, s. 162; Öztan, s. 700.
[481] Breitschmid, Art. 324/325 N 14, s. 1675; Gümüş, s. 219; Hegnauer, Das Kindesrecht, s. 162; Öztan, s. 700.
[482] Gümüş, s. 217.

3- Diğer Önlemler

Türk Medeni Kanunu'nun 360. maddesinin ikinci fıkrasına göre yargıç - çocuğun mallarının korunması için alacağı uygun önlem olarak - özellikle malların yönetimi konusunda talimat verebilir; belirli zamanlarda verilen bilgi ve hesabı yeterli görmezse malların tevdi edilmesine veya güvence gösterilmesine karar verebilir. Kayyım atanmadan önce malların daha hafif önlemlerle korunması için yargıca verilen takdir yetkisi geniştir. İkinci fıkrada da önlemler sayılırken özellikle ibaresi eklenerek bunların örnek niteliğinde sayıldığı belirtilmiştir[483]. Malların yönetimi ile ilgili talimat verir, belirli zamanlarda kendisine bilgi verilmesini ister ve talimatlara uyulup uyulmadığını denetler. Ancak bu önlem de yeterli olmazsa malların güvenilir bir kişiye korunması için bırakılmasına karar verebileceği gibi malların korunması için anne babadan güvence göstermeleri istenebilir. Güvence olarak bir cari hesap ya da bir taşınmaz gösterilebilir. Yargıca çocuğun mallarının korunması için gerekli önlemleri alma konusunda tanınan takdir yetkisi doğrultusunda çocuk mallarını yönetmekle görevlendirilmeyip malların yönetimine ilişkin olarak yargıcın verdiği belirli talimatları yerine getirmek üzere bir temsil kayyımı atanabilir. Yargıç, kayyımı belli bir malın elden çıkarılması, kiraya verilmesi, hisse senedi alımı gibi bir işle görevlendirebilir. Bunun yanında talimatların uygulanıp uygulanmadığını denetlemek için bir kayyım atanması, yasanın temsil ve yönetim kayyımlığı dışında bir kayyımlık öngörmemesi nedeniyle olanaklı değildir; çünkü talimatların denetlenmesi ne yönetim kayyımlığı ne de temsil kayyımlığıdır. Bu nitelikte bir kayyımlık eğitim veya ziyaret hakkı kayyımlığı gibi kendine özgü bir kayyımlıktır. Ancak yargıç, kayyım sıfatına sahip olmasa da talimatlarının yerine getirilip getirilmediğini denetlemesi için bir kişi görevlendirebilir, fakat görevlendirilen kişi kayyımın sahip olduğu yetkilere sahip olmaz, sadece yargıcı bilgilendirir.

[483] Gümüş, s. 218.

4- Yönetim Kayyımlığının Kurulduğu Belirli Durumlar

a- Anne Babanın Yönetimindeki Malların Yönetiminin Kayyıma Bırakılması (TMK 361/1)

Türk Medeni Kanunu'nun 352-356. maddeleri arasında anne babanın çocuk mallarını yönetim ve kullanma hakkı düzenlenmiş ve kullanma hakkının sınırları belirlenmiştir. Bu maddelerin özü, velilerin velayet yetkileri devam ettikçe çocuk mallarını yönetme ve kullanma hakkına sahip olması, herhangi bir hesap veya güvence vermek zorunda olmamasıdır. Ayrıca anne baba çocuk mallarının gelirlerini öncelikle çocuğun gereksinimleri, hakkaniyete uyduğu ölçüde ailenin gereksinimleri için kullanabilir, malların kısmen harcanması tazminat, sermaye biçiminde ödemeler ve benzeri edimlerde olağan gereksinimler gerektirdiği ölçüde çocuğun bakımı için, diğer mallarda ise yargıç kararı ile olanaklıdır. Kural olarak anne baba, hesap veya güvence vermek zorunda olmamakla birlikte yükümlülüklerini yerine getirmedikleri takdirde, 352. maddeye göre yargıç müdahale eder. Yargıcın nasıl ve ne ölçüde müdahale edeceği 360 ve 361. maddelerde düzenlenmiştir. 361. maddeye göre çocuk mallarının tehlikeye düşmesi başka bir biçimde önlenemiyorsa yargıç, malların yönetiminin bir kayyıma devredilmesine karar verebilir. Yargıca çocuk mallarının korunması için hangi önlemin alınacağı ve kayyımın atanıp atanmayacağı konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Yargıç çocuğun malvarlığının tümünün ya da bir kısmının yönetiminin kayyıma devredilmesine yine takdir yetkisi çerçevesinde karar verir, yönetimi diğerlerinden daha çok özen gerektiren bir malvarlığı grubunun yönetimi kayyıma devredilip geri kalan malvarlığı unsurlarının yönetimi anne babada bırakılabilir[484]. Ayrıca çocuğun korunmasında olduğu gibi çocuğun malvarlığının korunmasında da yargıç kendiliğinden karar verme yetkisine sahiptir. Bunun yanında ilgililerden herhangi birinin istemi üzerine de kayyım atanmasına karar verilebilir[485].

[484] Gümüş, s. 219.
[485] Gümüş, s. 219; Breitschmid, Art. 324/325 N 14, s. 1675.

b- Üçüncü Bir Kişinin veya Çocuğun Yönetimindeki Malların Yönetiminin Kayyıma Bırakılması (TMK 361/2)

Çocuğun serbest mallarının bazılarının yönetimi anne babaya aittir, bazılarının yönetimi ise ölüme bağlı tasarruf, kazandırmada bulunanın iradesi ya da yasanın açık hükmü gereği çocuğa veya üçüncü bir kişiye bırakılmıştır. Yasanın 357. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kazandırmada bulunan kişi, kazandırma sırasında açıkça aksini öngörmedikçe anne baba bunlar üzerinde yönetme hakkına sahiptir. Öyleyse kazandırmada bulunan kişi, kazandırma sırasında çocuğa kazandırdığı malın yönetimini çocuğa veya üçüncü bir kişiye bırakabilir. 358. maddeye göre miras bırakan ölüme bağlı tasarruf ile çocuğun saklı payını anne babanın yönetimi dışında bırakabilir. Dolayısıyla miras bırakan saklı payın yönetimini çocuğun kendisine veya üçüncü bir kişiye bırakabilir. 359. maddeye göre anne baba tarafından bir meslek veya sanatla uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve yararlanma hakkı çocuğa aittir. Bu nedenle çocuk, yasanın açık ifadesi gereği kendisine kendi malından meslek veya sanatla uğraşması için verilen mal ve kişisel kazancı üzerinde yönetim hakkına sahiptir. Yasanın 361. maddesinin ikinci fıkrasına göre çocuğun yönetimi anne ve babaya ait olmayan malları tehlikeye düştüğünde yargıç aynı önlemleri alabilir. Bu hükümle kast edilen, yönetimi çocuğa veya üçüncü kişiye bırakılan çocuk malları tehlikeye düştüğünde 360. maddedeki önlemler ile 361. maddede öngörülen kayyımlık önlemine başvurulabilmesidir[486]. Hatta çocuğa yönetimi ölüme bağlı tasarruf veya kazandırmada bulunanın iradesi ile bırakılan mallar bakımından, çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse[487] ya da kendisine bırakılan malvarlığını yönetebilecek yeterlilikte değilse, somut bir tehlikenin ortaya çıkması beklenmeden, yönetimi kayyıma devredilebilir veya yargıç atanan kayyımı malvarlığını çocukla birlikte yönetmek üzere görevlendirebilir[488]. Çünkü yeterli olmadığı halde yönetimi çocuğa bırakılan mallar zaten tehlikededir. Bunun yanında bir meslek veya sanatla uğraşması için kendine bırakılan mallar ile kişisel kazancı üzerindeki yönetim hakkının çocuktan alınması için somut bir tehlike var olmalıdır. 361/2'ye göre atanan kayyım

[486] Gümüş, s. 215, 220.
[487] Gümüş, s. 214.
[488] Gümüş, s. 216.

çocuk ile aralarında bir yarar çatışması yoksa anne veya baba da olabilir[489]. Fakat çocuk örneğin sürekli olarak ayırt etme gücünü yitirirse kayyım atanmaz, bu malların yönetimi anne babaya geçer[490].

c- Malların Gelirinin veya Mallardan Ayrılmış Belirli Miktarların Yönetiminin Kayyıma Bırakılması (TMK 361/3)

Türk Medeni Kanunu'nun 361. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, çocuk mallarının gelirlerinin veya bu mallardan ayrılmış belirli miktarların yasaya uygun biçimde harcanacağından kuşku duyulursa, yargıç bunların da yönetimini bir kayyıma bırakabilir. Bu hüküm, anne babanın çocuk mallarını harcama yetkisini sınırlayan bir düzenlemedir. Çocuğun mallarının gelirleri öncelikle çocuğun bakımı, eğitimi, yetiştirilmesi yani çocuğun gereksinimleri için, hakkaniyete uyduğu ölçüde de ailenin gereksinimleri için harcanabilir. Çocuğun mallarından tazminat, sermaye biçiminde ödemeler ve benzerleri çocuğun bakımı için olağan gereksinimler gerektirdiği ölçüde, diğerleri çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa yargıcın belirlediği miktarda kullanılabilir. Dolayısıyla anne baba, çocuğun mallarını harcama konusunda malın niteliği ve harcama amacı ile sınırlı bir yetkiye sahiptir. Anne babanın bu sınırlar çerçevesinde kalarak harcama yapacağından kuşku duyuluyorsa ve böylece malların korunması tehlikeye düşmüşse kayyım atanır. Aslında anne babanın bu sınıra uyma yükümlülüğünü ihlali aynı zamanda çocuğun bakımı, eğitimi ve yetiştirilmesi için çocuğa karşı olan bakım yükümlülüğünü ihlali anlamına da gelebilir. Bu nedenle 361/3'e göre atanan yönetim kayyımına çocuğa kişisel bakım borcu da yüklenebilir[491], bununla kayyım çocuğun eğitimi, bakımı, yetiştirilmesi için gereken önlemleri alıp çocuğun mallarını bu doğrultuda harcayıp kullanır[492]. Kayyım kişisel bakım yükümlülüğünü de yüklendiğinde velayet hakkının kısmen kaldırıldığı söylenebilir[493]. Dolayısıyla 361/3, velayetin kaldırılmasından önce çocuğun kişiliğinin ve malvarlığının korunmasında ağır bir önlem olarak karşımıza çıkar.

---

[489] Öztan, s. 701
[490] Gümüş, s. 216.
[491] Gümüş, s. 221.
[492] Gümüş, s. 222.
[493] Breitschmid, Art. 324/325 N 16, s. 1676; Gümüş, s. 221.

5- Kayyımın Niteliği ve İşlevi

360. maddeye göre, alınan önlemlerin yetersiz kalması veya yetersiz kalacağının önceden görülmesi durumunda, yargıç, tehlikeye düşen çocuk mallarının yönetimini bir kayyıma bırakır. Atanan kayyım yönetim kayyımıdır[494]. Yasada çocuk mallarının yönetimi için atanan kayyımın görevlerine ilişkin özel bir düzenleme yoktur, yönetim kayyımının görevleri 460. maddeye göre belirlenir. Söz konusu maddeye göre kayyım, bir malvarlığının yönetimi ve gözetimi ile görevlendirilmişse yalnız o malvarlığının yönetimi ve korunması için gerekli olan işleri yapabilir. Kayyımın bunun dışındaki işleri yapabilmesi, temsil olunanın vereceği özel yetkiye, temsil olunan yetki verecek durumda değilse vesayet makamının iznine bağlıdır. Dolayısıyla çocuk mallarının yönetimi için atanan kayyım kendisine yönetimi bırakılan malvarlığının yönetimi ve korunması için gerekli işlemleri yapar, önlemleri alır. Bu doğrultuda örneğin taşınmazın bakımını yaptırır, kiraya verir, gelirini bankada güvenceli bir yatırım yoluyla değerlendirir; taşınırın güvenli bir yerde korunmasını sağlar, vergileri ve diğer yükümlülükleri öder, paranın güvenceli biçimde gelir getirmesi için en uygun yatırım yolunu araştırarak değerlendirir. Kayyım, malların korunmasına, değerini yitirmemesine çok özen göstermeli, makul görülemeyecek riskli işlemlerden kaçınmalıdır. Kayyıma yargıcın talimatlarıyla çocuğa yönelik kişisel koruma yükümlülüğü verilebilir[495]; ancak kural olarak kayyımın böyle bir yükümlülüğü yoktur.

[494] Riemer, İMK 325 (TMK 361)'e göre atanan kayyımın temsil ve yönetim kayyımlığından oluşan bir kombine kayyımlık olduğunu ileri sürmektedir. Hans Michael Riemer, "Verwaltung von Kindesvermögen durch Dritte gemäss Art. 325 ZGB, insbesondere in Gestalt der „mehrfachen Vermörgensverwaltung" und der „mehrfachen Beistandschaft"", **ZVW**, 1-2/2001 Sonderausgabe, s. 86.

[495] Bkz. §6/I/A.

IV- Yasada Öngörülmeyen Durum: Çocuğun Boşanmada Temsili

A- Çocuğun Davada Taraf Olarak Konumu

Eşler arasında evlilik birliğinin sona erdirilmesi için görülen ve çekişmeli bir yargı işi olan boşanma davasında aynı zamanda çocuğun velayeti, diğer tarafla kişisel ilişkileri, bakımı için ödenmesine hükmedilen iştirak nafakasına da karar verilir. Ayrıca dava süresince çocuğun bakımı ve korunması için gerekli geçici önlemler de mahkemece kendiliğinden alınır. Dava süresince çocukların korunması ve bakımı için önlem alınması da sübjektif hakkın yokluğu, kendiliğinden harekete geçme ve önleyici etki ölçütlerine göre bir çekişmesiz yargı işidir. Buna karşın boşanma davası eşler arasında görülen çekişmeli bir yargılamadır. Türk öğretisinde ve yeni düzenlemeden önce İsviçre öğretisinde egemen görüşe göre çocuk, boşanma davasında taraf değildir[496], maddi olarak ve kişisel olarak ilgilidir; ama şeklen taraf sıfatına sahip değildir[497]. Buna karşın mahkeme çocuğun yararını kendiliğinden gözetmekle yükümlüdür[498] ve boşanma davasında çocuğu ilgilendiren bir sorunla ilgili olarak çocuğun yargılamaya katılıp katılmayacağı bir hadise, diğer deyişle ön sorun olarak ele alınıp karara bağlanmalıdır. Yargıcın çocuğu koruma işlevinin çocuğun taraf sıfatına sahip olmamasını haklı çıkardığı ileri sürülse de uygulamada yargıcın koruma işlevi çocuğun korunmasında yeterli olmadığı gibi çocuğun yargılamaya katılmaması mahkemenin tarafsız bir makam olarak güvenilirliğini zedeler[499]. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi gereği çocuğun kendisini ilgilendiren işlerde bağımsız temsil edilme hakkı gereği çocuğun yargılamada bağımsız olarak yer alması kabul edilmelidir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre herkes medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili yargılamalar konusunda karar verecek olan yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak

---

[496] Jonas Schweighauser, **Die Vertretung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren-Anwalt des Kindes**, Basel-Genf-München 1998, s. 46; Gümüş, s. 192.
[497] Schweighauser, s. 46.
[498] Hatta anlaşmalı boşanmada dahi yargıç boşanma anlaşmasının çocuğun yararına uygun olup olmadığını incelemeli, anlaşmada çocuğun yararına uygun görmediği konularda anlaşmadan farklı bir karar vererek çocuğun yararını korumalıdır. Schweighauser, s. 60; Thomas Schütt, **Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren**, Dissertation, Zürich-Basel-Genf 2002, s. 37.
[499] Schweighauser, s. 54.

görülmesini isteme hakkına sahiptir. Bu hakka dayanarak çocuğun, medeni çıkarlarını ve haklarını ilgilendiren bir yargılamada taraf olması gerekir, boşanma davası da bunlardan biridir[500]. Bu nedenle çocuk, temsiline izin verilmeyen yargılamalar bakımından Avrupa İnsan Hakları Komisyonu önünde sözleşmenin ihlalinin belirlenmesini isteyebilir[501].

B- Boşanma Davasında Çocuk ile Yasal Temsilcileri Arasında Yarar Çatışması

Boşanma davasıyla birlikte eşler arasında bir husumet söz konusu olur, eşlerden her biri genellikle diğerinin evlilik birliğinin yükümlülüklerini yerine getirmediğini, karşı tarafın haksız ve kusurlu olduğunu iddia eder. İleri sürülen iddialar, tarafların kişiliğine yönelen, kimi zaman ciddi suçlamalardır. Böyle bir çekişme yaşayan eşler ortak çocukları varsa çocukları çekişmede kullanılmak üzere bir silah olarak görür. Eşler, bunu bilerek veya istemeyerek yapmasa da diğer tarafa çocuğu göstermeme ile tehdit etmek, hatta çocuğun yararı uğruna (!) hiç göstermemek, çocuğa diğer ebeveyn ile ilgili olumsuz sözler söylemek, çocuğu yönlendirmek, çocuğu duygusal yönden istismar etmek boşanma davalarında sıklıkla görülen davranışlardır. Eşlerin ikisi de çocuğunu sevdiği halde kendi çekişmeleri nedeniyle çocuğun yararını gözetecek psikolojik olgunlukta değildirler. Genellikle çocuklar uğruna giriştikleri savaşımda anne baba çocukların yararından çok kendi gerçek veya umulan yararlarını savunur[502]. Bunun sonucu olarak çocuk, boşanma davasından en çok zarar gören kişi olmakta, kimi zaman ebeveynlerinden birini seçmeye zorlanmakta ve bazen ebeveynlerinden biri ile ilişkileri bozulmaktadır. Olanaklı olduğu ölçüde anne babası tarafından bakılma hakkına sahip olan çocuğun yararı boşanma olgusu ile her koşulda zedelenmektedir. Dolayısıyla eşler ile çocuk boşanma davasında karşı karşıya gelmektedir. Eşlerin yararı ile çocuğun yararının bir boşanma davasında birbirinden farklı olduğunu, çatıştığını kimse inkâr edemez[503]. Boşanma davasının görülmesi eşler ile çocuk arasında soyut yarar çatışmasını kendiliğinden getirmektedir. Hatta çoğu zaman yarar çatışması ve tehlike, soyut

[500] Schweighauser, s. 48.
[501] Schweighauser, s. 48.
[502] Egger, Vesayet, Art. 392 N 38, s. 357.
[503] Schweighauser, s. 89.

olmaktan çıkıp somut hale gelmektedir. Bu nedenle anne baba boşanma davasında çocuğu temsil edemez, böyle bir temsil kendisiyle işlem yapma yasağına da aykırı düşer; ancak dava dışında çocuğu temsil yetkisi devam eder[504].

C- BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çocuğun Temsili

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinin ilk fıkrasına göre *"Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar."* Maddenin ikinci fıkrasına göre *"Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır."* Sözleşme, çocuğun dinlenmesi ile temsilini bağlantılı olarak ele alıp düzenlemiştir. İlk fıkraya göre çocuk, kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini açıklama hakkına sahiptir, yaş ve olgunluk derecesine uygun olarak görüşlerine gereken önem verilir. Görüşünü açıklama hakkı, ancak çocuğun görüşüne gereken önem verilerek tanınır. İkinci fıkraya göre ise, görüşünü açıklama hakkını tanıma amacıyla taraf devletler, çocuğa kendisini etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatını usul kurallarına uygun olarak özellikle sağlayacaktır. Öyleyse çocuğun temsilindeki amaç, aslında çocuğun görüşlerini ifade etme hakkını tanımak ve böylece çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkına saygı duymaktır[505]. Ayrıca sözleşme metninde sözü edilen temsilcinin yasal temsilci mi iradi temsilci mi yoksa karması mı olduğu belirlenmemiştir, taraf ülkelerde bu konuda farklı uygulamalar vardır. Fakat önemli olan çocuğun velileri dışında tarafsız bir temsilci tarafından temsil edilmesidir[506]. Çünkü çocuğun yararı kendisini ilgilendiren her yargılamada yasal temsilcisinin yararı ile bağdaşmaz ve çocuğun bağımsız temsil hakkının güvence altına alınması gerekir. Taraf devletler, usul sistemi içinde

[504] Patrizia Levante, **Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren-die Vertretung des Kindes im Besonderen**, Bern 2000, s. 76.
[505] Schweighauser, s. 87.
[506] Schweighauser, s. 87.

çocuğun kendini etkileyen tüm yargılamalarda temsiline olanak sağlayacak düzenlemeleri yapmakla yükümlüdür. İç hukukumuzda çocuğun, taraf olmadığı halde karardan doğrudan etkilendiği yargılamalarda dinlenmesine ve temsil edilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Yargıtay, bir kararında boşanma davasında çocuk dinlenmeden velayet düzenlemesi hakkında karar verilmesini isabetsiz bularak ilk derece mahkeme kararını bozmuş ve kararın gerekçesinde ÇHS ve Avrupa Sözleşmesi'ne atıfta bulunmuştur[507].

D- Çocuğun Boşanma Davasında Kayyım Tarafından Temsili

1- İsviçre Hukukunda Durum

İsviçre hukukunda çocuğun boşanma davasında temsili, İsviçre Medeni Kanunu'nda 146 ve 147. maddelerde düzenlenmiştir[508]. 146. maddeye göre çocuk boşanma davasında önemli nedenlerin varlığı halinde bir kayyım tarafından temsil edilir. Kayyımlığa karar verilmesi özellikle şu durumlarda değerlendirilir: 1. Ebeveynler velayetin taraflardan birine verilmesi veya kişisel ilişkilerin düzenlenmesi konusunda farklı istemler ileri sürüyorsa 2. Vesayet makamı istemde bulunursa 3. Ebeveynlerin veya çocuğun dinlenmesi veya başka bir neden velayetin taraflardan birine verilmesi veya kişisel ilişkilerin düzenlenmesi ile ilgili anne babanın ortak istemleri konusunda önemli ölçüde bir kuşku doğuruyorsa veya çocuğu koruyucu önlemlerin kaldırılması için fırsat veriyorsa. Ayırt etme gücüne sahip çocuğun istemi üzerine kayyımlık kurulur. Kayyımın atanması ve görevi 147. maddede düzenlenmiştir. 147. maddeye göre vesayet makamı kayyım olarak şefkatli ve hukuksal konularda ehil birini belirler. Çocuğun kayyımı velayetin taraflardan birine verilmesine, kişisel ilişkilerle ilgili köklü meselelere ve çocuğu koruyucu önlemlere ilişkin olduğu ölçüde istemlerde bulunabilir, yasal yollara başvurabilir. Çocuğa hiçbir mahkeme ve yargılama harcı ödetilmez.

---

[507] Y. 2. HD 10.06.2002 E. 2002/7067 K. 2002/7794, http://www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi: 06.01.2009 09.35.

[508] İsviçre hukukunda ilk uygulama deneyimleri için bkz. Daniel Steck, "Die Vertretung des Kindes (Art. 146 f. ZGB) – Erste Praktische Erfahrungen", **ZVW**, 2001, s. 102-110.

Bu hükümlerle İsviçre hukukunda çocuğun boşanma davasında bağımsız bir asli taraf olduğu kabul edilmiştir[509]. Böylece boşanma davalarının iki taraflı yargılama ilkesi değişmiş, çocuk asli ya da feri müdahale olmaksızın karşısında olan bir taraf olmadan asli taraf haline gelmiştir[510]. Çocuğun bağımsız olarak temsil edilmesine gerekçe olarak yargıcın çocuğun temsilcisi gibi hareket edemeyeceği ve yargıcın ehil olmayan birinin davasını yürütmek üzere temsilci atamasında olduğu gibi çocuğa önemli bir nedenin varlığında kayyım atamak zorunda olması gösterilmektedir[511].

Kayyımın atanması, önemli nedenlerin varlığı halinde öngörülmüş ve önemli nedenlerden bazıları özellikle belirtilmiştir. Sayılan önemli nedenlerin üçünde de çocuk ile anne baba arasında yarar çatışması meydana gelmekte ve çocuğun yararı tehlikeye düşmektedir[512]. Kayyıma çocuğun velayeti, kişisel ilişkileri ve çocuğu koruyucu önlemlerle ilgili istemlerde bulunma ve yasal yollara başvurma hakkı tanınmıştır. 146-147. maddelerde iştirak nafakasına değinilmemiş, velayet, kişisel ilişkilerin düzenlenmesi ve koruyucu önlemlerle ilgili olarak çocuğun temsil edilebileceği öngörülmüştür[513]. Öğretide her evlilik hukukuna ilişkin davada çocuğa çocuğun kişiliğine ilişkin çıkarlarının korunması için önemli nedenler varsa kayyım atanacağı belirtilmektedir[514].

Kayyımın şefkatli ve hukuksal konularda ehil biri olması öngörülerek kayyımın sadece hukuksal destek sağlamayıp boşanma davası süresince çocuğa eşlik ederek ona destek olması da öngörülmüştür. Böylece çocuğun güvenini sağlaması amaçlanmıştır[515]. Temsilcinin atanması sırasında yarar çatışması olmamasına ve çifte temsil yasağına dikkat edilmelidir[516]. Temsilci olarak atanacak kişinin çocuğa yardım alanında ve hukuksal konularda deneyim sahibi olması gerekir[517]. Ayrıca temsilcinin,

---

[509] Breitschmid, Art. 146/147 N 1, s. 915; Alexandra Rumo-Jungo, "Die Anhörung des Kindes unter besonderer Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Fragen", **AJP/PJA**, 1999, s. 1591; Schütt, s. 84: "Çocuğa temsilci atanıp atanmadığına bağlı olmaksızın çocuk yargılamada taraf olarak yer alır." Gümüş, s. 192.
[510] Levante, s. 195.
[511] Breitschmid, Art. 146/147 N 1, s. 915.
[512] Levante, s. 69. Levante, bununla 146. madde ile 308/2 arasında bağlantı kurmaktadır.
[513] Daniel Bähler, "Die Vertretung des Kindes im Scheidungsprozess Die Beistandschaft gemäss Art. 146 ZGB", **ZVW**, 2001, s. 191. Eleştirisi için bkz. Breitschmid, Art. 146/147 N 9, s. 918.
[514] Breitschmid, Art. 146/147 N 6, s. 917.
[515] Breitschmid, Art. 146/147 N 8, s. 917.
[516] Breitschmid, Art. 146/147 N 8, s. 918.
[517] Ceylan, s. 196.

bilimlerarası konularda, özellikle psikoloji ve sosyal pedagoji alanlarında anlayışa sahip olması tercih edilir[518]. Kayyımlığa ilişkin yasal düzenleme, birden çok kayyımın atanmasını istisnai durumlarda öngörse de farklı alanlarda uzman kişilerin örneğin bir hukukçu ile çocuk eğitbilimcisinin birlikte çalışarak oluşturduğu bir grubun kayyım olarak görevlendirilmesi önerilmektedir[519]. Eğer eşlerin birden çok ortak çocuğu varsa çocuklar kural olarak tek kayyım tarafından temsil edilir, ancak aralarında yarar çatışması veya geçimsizlik varsa veya ebeveynlerle farklı ilişkileri varsa veya aralarındaki yaş farkı büyükse her birine ayrı bir kayyım atanması gerekir[520].

Ayrıca eşlerin farklı istemlerde bulunması veya istemlerin birbirine uygunluğu konusunda duyulan kuşku dışında ayırt etme gücüne sahip çocuğun istemi tek başına kayyımlık kurulması için yeterli kabul edilmiştir. Diğer nedenler önemli bir nedenin varlığına örnek olarak belirtilirken çocuğun istemi başlı başına kayyımlık kurulması için bir neden olarak kabul edilmiştir. Kanımızca çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması durumunda kayyım atanmasını istemesi, çocuğun yasal temsilden çok iradi temsile duyduğu gereksinimi karşılamaya yöneliktir. Öte yandan çocuğun temsili çocuğun dinlenmesi yerine geçmez[521]. Ayrıca ayırt etme gücüne sahip çocuğun, kayyım atanmasını açıkça istemediğini belirtmesi durumunda, kayyım atanıp atanmayacağına çocuğun yararını tehlikeye düşüren bir durum olup olmadığına göre karar verilir: Eğer çocuğun yararını tehlikeye düşüren ve kayyım atanmasını gerektiren önemli bir durum varsa çocuğun iradesine karşın kayyım atanır[522].

Boşanma davasındaki kayyımlığın, vesayeti önlemler arasında düzenlenen kayyımlıktan farklı nitelikler taşıdığı açıktır, kayyım çocuğa bir yandan manevi destek olurken diğer yandan hukuksal destekte bulunur, böylece kayyım aslında işlev olarak iradi temsile yaklaşır. Oysaki vesayeti önlemler arasındaki kayyımlıkta çocuğun yasal temsili gereksinimi öne çıkar. Bu farkın bir yansıması olarak çocuğun

---

[518] Daniel Steck, "Die Vertretung des Kindes im Prozess der Eltern", **AJP/PJA**, 1999, s. 1565; Ceylan, s. 196.
[519] Levante, s. 124.
[520] Steck, "Die Vertretung des Kindes im Prozess der Eltern", s. 1566; sadece yarar çatışması varsa başka bir kayyımın atanacağı yönünde Levante, s. 84-85.
[521] Breitschmid, Art. 146/147 N 5, s. 917. Mahkemenin çocuğu dinlemekten kaçınması durumunda ZPO Art. 374'e göre eşler, ayırt etme gücüne sahip çocuk veya kayyım tarafından itiraz edilebilir. Bähler, s. 189.
[522] Levante, 104.

temsilcisi yetkili vesayet makamına karşı onun talimatlarıyla bağlı değildir; çocuğun isteklerini dikkate almalıdır[523]. Fakat çocuğun temsilcisi, diğer avukatlar gibi çocuğun talimatlarına bağlı da kalamaz, ayırt etme gücünün eksikliğinde çocuğun yüksek yararını somut adımlarla korumak yükümlülüğündedir[524]. Bu bağlamda çocuğu koruyucu önlemlerin alınmasını istemeli, verilen karar çocuğun lehine değilse karara karşı yasal yollara başvurmalıdır[525]. Ayrıca çocuğun boşanma davasındaki temsilcisi, işlev olarak İMK 308. maddeye göre atanan eğitim kayyımından ayrılmaktadır[526], çocuğun temsilcisi sadece boşanma davasında çocuğa eşlik eder ve çocuğun bunun dışında eğitim ve bakımına ilişkin bir yükümlülüğe sahip değildir[527]. Çocuğun temsilcisi bunun yanında çocuğa davanın akışını ve her bir gelişimin önemini anlaşılır biçimde anlatmalıdır[528]. Dolayısıyla kayyım çocukla doğrudan iletişim kurmalı, çocuğun isteklerini ortaya çıkarmalı ve mahkeme önünde bunu anlatarak çevirmenlik işlevini üstlenmelidir[529]. Temsilci ile çocuk arasında görüş ayrılıkları meydana geldiği takdirde veya temsilcinin çocukla yanlış iletişim kurması veya taciz gibi nedenlerle nesnel olarak bir ihmalkârlık meydana geldiği takdirde çocuğu koruyucu önlemler alınır ve çocuğa başka bir kayyım atanır[530].

2- Türk Hukukunda Durum

Türk hukukunda boşanma davasında çocuğun temsili düzenlenmemiştir. Hatta Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesinde çocukların velayeti, kişisel ilişkileri ve çocuklara ödenecek iştirak nafakası hakkında karar verilirken anne babanın görüşlerinin alınması açıkça öngörülürken çocuğun görüşlerinin alınması konusuna hiç değinilmemiştir. Öte yandan çocuğun yargılamaya katılması hiç dikkate alınmayıp buna ilişkin hiçbir hüküm konulmamıştır. İsviçre Medeni Kanunu'na getirilen düzenlemeden önce İsviçre öğretisinde bir görüşe göre açık bir

[523] Breitschmid, Art. 146/147 N 10, s. 918; Ceylan (s. 196): "Kayyım, yargılama sırasında, çocuğun isteklerini dikkate alarak ona eşlik etmelidir."
[524] Breitschmid, Art. 146/147 N 10, s. 918.
[525] Levante, s. 153; Ceylan, s. 196.
[526] Steck, "Die Vertretung des Kindes (Art. 146 f. ZGB) – Erste Praktische Erfahrungen", s. 107.
[527] Steck, "Die Vertretung des Kindes im Prozess der Eltern", s. 1561; Breitschmid, Art. 146/147 N 2, s. 916; Gümüş, s. 192.
[528] Breitschmid, Art. 146/147 N 10, s. 918.
[529] Levante, s. 152-153.
[530] Breitschmid, Art. 146/147 N 11, s. 919.

düzenleme olmasa da boşanma davasında çocukla yasal temsilciler arasında yarar çatışması olduğundan çocuğun velayeti, kişisel ilişkilerinin düzenlenmesi ve iştirak nafakası konusunda İMK 392/2-TMK 426/b.2'ye göre çocuğa temsil kayyımı atanması olanaklıdır[531]. Buna karşılık diğer bir görüşe göre boşanma davası yeni düzenlemeden önce iki taraflıdır ve çocuğun kayyım tarafından temsili olanaklı değildir[532]. Türk öğretisinde Gümüş, TMK'nin boşanma davasının asli taraflarını açıkça eşler olarak öngördüğünü ve bu nedenle Türk hukukunda çocuğun boşanma davasında temsil edilmesinin olanaksız olduğunu ileri sürmektedir[533]. Gümüş'e göre BM Çocuk Hakları Sözleşmesi 12/b.2 uyarınca boşanma yargıcı çocuğu dinlemekle yükümlüdür, ancak çocuk bir taraf olarak yargılamaya katılamaz[534]. Yazar yargıcın ancak 169. madde çerçevesinde çocuğun korunmasına ilişkin önlemleri almaya yetkili olduğunu belirtmektedir[535]. Ceylan da TMK'de çocuğu koruyucu önlem olarak çocuğa temsil edilme hakkının tanınmamış olmasını eksiklik olarak kabul etmektedir[536].

18 Mayıs 2006 tarihinde yapılan toplantı ile son şekli verilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 70. maddesinde "resen ihbar" öngörülerek bir yenilik getirilmiştir[537]. Bu maddeye göre *"Üçüncü kişinin hakkının korunması için yargılamada yer alması gereken durumlarda, mahkeme, konusunu ve taraflarını belirterek davayı üçüncü kişiye ihbar eder; ihbarın gerektirdiği masrafın yatırılan avanstan karşılanmasına karar verir."* Maddenin gerekçesindeki şu cümleler, resen ihbarın amacını açıklar niteliktedir: *"...Özellikle Türk Medenî Kanunuyla birlikte, değişik hükümlerde, bir yargılamanın veya davanın, yargılamada yer almayan bazı kişilerin de dahil edilmesiyle yürütülebileceği belirtilmiş, ancak bunun nasıl*

---

[531] Egger, Vesayet, Art. 392 N 38, s. 358; Pfander, s. 28.
[532] Levante, s. 16-17.
[533] Gümüş, s. 193.
[534] Gümüş, s. 192-193. Buna karşılık Pekcanıtez (s. 763), boşanma davasında çocuğun hukuksal dinlenme hakkına sahip olmadığını ileri sürmektedir.
[535] Gümüş, s. 193.
[536] Ceylan, s. 196.
[537] HMK Tasarısı, http://www.hukuki.net/hukuk/uploads/Hukuk_Muhakameleri_Kanunu_Tasarisi.doc Erişim Tarihi: 09.04.2009 22.00. Resen ihbar, dava sonucundan etkilenen ancak davadan haberi olmayan kişiye mahkemenin kendiliğinden davayı bildirdiği bir kurum olup Alman hukukunda "*Beiladung"* adı altında düzenlenmiştir. Bu kurum kişilerin hukuksal dinlenme hakkına sahip olmasını sağlamaktadır. Pekcanıtez, s. 763. Ayrıca bkz. Budak, Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, s. 157-160. Tasarıda düzenlenen kurum, HUMK 49 ve devamında düzenlenen ihbar kurumundan farklıdır. İhbar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Atalı, **Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı**, Ankara 2007, s. 50 vd.

gerçekleşeceği düzenlenmemiştir. Başta aile hukuku ilişkileri olmak üzere, özellikle statü davalarında yargılamada taraf olarak yer almayan ya da gösterilmeyen kişiler doğrudan karardan etkilenebilmektedirler. Bunların yer almadığı bir yargılamanın sonucunun onların hakkını etkilemesi, hukukî dinlenilme, dolayısıyla adil yargılanma haklarını da ihlâl eder niteliktedir… Mahkemece ihbarın sonuçları, genel anlamda ihbarın sonuçlarıyla benzerlik gösterse de, maddede "...üçüncü bir kişinin hakkını korumak için yargılamada yer alması gereken durumlarda..." ibaresi bilinçli olarak tercih edilmiştir. Çünkü mahkemece kendiliğinden ihbara, hukukî dinlenilme hakkının üçüncü kişiye tanınması zorunlu olan durumlarda ya da çekişmesiz yargı işlerinde başvurulması gerekir. Mahkemenin kendiliğinden ihbarı üzerine, üçüncü kişi kendi hakkı hangi imkânı kullanmasını gerekli kılıyorsa o şekilde yargılamada yer alabilir. Bu, bir tarafın yanında katılma olabileceği gibi, çekişmesiz yargı işinde ilgili sıfatıyla yer alması ya da sadece yargılamada dinlenmesi şeklinde de olabilir." Bu bağlamda boşanma davasında yargılamada taraf olmamakla birlikte karardan doğrudan etkilenen çocuğun hukuksal dinlenme hakkı, yargılamaya katılma ve temsil edilme hakkı güvence altına alınabilecekti. Ancak ne yazık ki bu düzenleme 16.04.2008'de TBMM'ye gönderilen tasarıdan çıkarılmıştır[538].

Kanımızca çocuk, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre kendisini ilgilendiren yargılamada temsil edilme hakkına sahip olduğundan, çocuk, yargılamaya bizzat veya bir temsilci aracılığıyla katılma hakkına sahiptir. Bu doğrultuda çocuk, ayırt etme gücüne sahipse kendisi, değilse anne baba ile çocuk arasındaki yarar çatışması nedeniyle 426/b.2'ye göre atanacak temsil kayyımı çocuk adına yargılamaya katılır. Çocuk, velayet, kişisel ilişkinin düzenlenmesi ve nafaka konusunda görüşlerini açıklar, kanıtlarını sunar. Kayyım da ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun görüşlerini uygun bir yolla öğrenir, çocuğun yararını gözeterek araştırma yapar ve velayet, kişisel ilişkinin düzenlenmesi ve iştirak nafakası ile ilgili vardığı kanıyı ifade edip kanıtlarını ortaya koyar. Hatta çocuk, anne babasıyla mahkemede karşı karşıya gelerek baskı altında kalmak istemiyorsa, ayırt etme gücüne sahip çocuğun istemi üzerine kendisine adli yardım yoluyla bir avukat atanması sağlanır. Bunun yanında çocuğun sağlığı için yargıç çocuğu tek başına dinleme kararı alabilir.

[538] Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Mayıs 2008, s. 19-20.

Üçüncü Bölüm
Çocuğun Temsilinde Kayyımlığın Kurulması, Kayyımın Görev ve Yetkileri, Kayyımlığın Sona Ermesi

§5. Kayyımlığın Kurulması ve Kayyımın Atanması

I- Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nda kayyımlık kurumu ayrıntılı olarak düzenlenmeyip vasiliğe ilişkin hükümlere gönderme yapılarak vasiliğe ilişkin hükümlerin örneksenerek uygulanması öngörülmüştür. Yasanın "vasi ve kayyım" başlığını taşıyan 403. maddesinin üçüncü fıkrasına göre bu yasanın vasi hakkındaki hükümleri aksi belirtilmiş olmadıkça kayyım hakkında da uygulanır. Bunun dışında yasanın 431. maddesinin ilk fıkrasına göre vasinin atanması usulüne ilişkin kurallar, kayyım ve yasal danışmanın atanmasında da uygulanır. Dolayısıyla kayyımlığın kurulmasında ve kayyım atanmasında vasiliğe ilişkin hükümler kayyımlığa uygun düştüğü ölçüde örneksenerek uygulanır[539]. Kayyımlığın kendisine kayyım atanan kişinin hukuksal işlem ehliyetini etkilememesi nedeniyle vesayetten farklı nitelikler taşıdığı bu bağlamda dikkatten uzak tutulmamalıdır. Öte yandan gerek vesayete ilişkin işler gerekse kayyımlığa ilişkin işler "sübjektif hakkın yokluğu", "kendiliğinden harekete geçme", "uyuşmazlığın yokluğu" ve "önleyici-kurucu etki" ölçütlerine göre çekişmesiz yargı işidir[540]. Yargılamada HUMK'nin 507. maddesine göre basit yargılama usulü uygulanır.

[539] Schnyder/Murer, Art. 367 N 30, s. 285.
[540] Kuru, Nizasız Kaza, s. 81, 83-84: "Bizce, kanunun vesayet makamlarının vazifesinden saydığı bilcümle işler NK'dandır."; Budak, Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, s. 134. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda da vesayet işleri md. 386/2/b/19'a göre çekişmesiz yargı işidir.

II- Görevli ve Yetkili Makam

A- Görevli Makam

Türk Medeni Kanunu'nun 396. maddesine göre vesayet organları, vesayet daireleri, vasi ve kayyımlardan oluşur. 397. maddeye göre ise kamu vesayeti, vesayet makamı ile denetim makamından oluşan vesayet daireleri tarafından yürütülür. Vesayet makamı sulh hukuk mahkemesi, denetim makamı asliye hukuk mahkemesidir. 430. maddeye göre temsil kayyımı ve yönetim kayyımı vesayet makamınca atanır. Kayyımlığın kurulup kurulmamasına, kayyımın atanmasına ilişkin kararı vesayet makamı verir[541]. 430. madde ile öngörülen görev kuralı kayyımın görevden alınmasında, kayyımlığın yürütülmesinde ve sona ermesinde de uygulanır[542]. Denetim makamı kayyımlıkta asli bir işleve sahip olmayıp vesayet makamının kararlarına ve işlerine yönelik yapılan itirazları dinler. Ayrıca bir mahkeme vesayet makamına bir kayyım ataması konusunda bağlayıcı bir talimat veremez[543]. Ancak çocuğu ve çocuğun malvarlığını koruyucu önlemler almakla görevli aile mahkemesi koruyucu önlem olarak kayyım atayabilir[544], yine çocuk mahkemeleri de Çocuk Koruma Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca çocuğa kayyım atayabilecektir. Bunun yanında Kadastro Kanunu'nun 25/A hükmüne göre kadastro mahkemesi kadastro işlerine münhasır olmak üzere velisi veya vasisi olmayan küçüklere ve kısıtlılara kayyım atar. Bunların yararını korumak amacıyla TMK'nin yargıcın iznini aradığı durumlarda bu izni verir[545]. Kanımızca söz konusu hükmün son cümlesi 345. maddedeki yargıcın onayına gönderme yapmaktadır.

Vesayet makamının görevine ilişkin olarak İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılması tasarlanan değişiklikle erişkinleri koruyucu önlemleri almakla görevli

[541] Gümüş, s. 315-316.
[542] Schnyder/Murer, Art. 396 N 11-12, s. 1013.
[543] Egger, Die Vormundschaft, Art. 396 N 9, s. 351.
[544] Krş. Gümüş, s. 321. Gümüş (s. 321), nafaka davasını da İMK'deki düzenleme gibi değerlendirerek çocuğu koruyucu önlem olarak kabul ederek aile mahkemesinin görevli vesayet makamı olduğunu ileri sürmektedir. Kanımızca nafaka davası TMK çerçevesinde çocuğu koruyucu önlem sayılamayacağından vesayet makamı aile mahkemesidir.
[545] Gümüş, s. 323.

makam ile çocukları koruyucu önlemleri almakla görevli makam birbirinden ayrılmaktadır[546], her iki vesayet makamı ayrı ayrı örgütlenir ve gerekli önlemleri alır.

B- Yetkili Makam

Kayyımlığa ilişkin yetki kuralları vasilikten ayrı olarak TMK 430. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre temsil kayyımı, kendisine kayyım atanacak kimsenin yerleşim yeri vesayet makamınca atanır, yönetim kayyımı malvarlığının büyük bölümünün yönetildiği veya temsil edilen kimsenin payına düşen malların bulunduğu yer vesayet makamınca atanır. 430. maddede öngörülen yetki kuralı kamu düzenine ilişkin olduğundan kendiliğinden gözetilir[547]. Temsil kayyımlığı ile yönetim kayyımlığı bakımından yetkili makam birbirinden farklı biçimde düzenlenmiştir, malvarlıksal işlerde kişinin bulunduğu yer yerine malvarlığının yönetildiği yer vesayet makamı yetkili kılınarak mülkilik ilkesi benimsenmiştir[548]. Malvarlığı birden çok yerde yönetiliyorsa malvarlığının en değerli kısmının yönetildiği yer esas alınır[549]. Öte yandan bir terekede mirasçılık hakları belli olmadığından veya ceninin yararı gerektirdiğinden yönetim kayyımı atanacağı zaman kendisi bilinen ama nerede olduğu bilinmeyen bir mirasçı için kayyım atanması söz konusu ise yetki çatışması ortaya çıkabilir, bu durumda bu kişinin yerleşim yeri esas alınmalıdır[550]. Temsil kayyımlığında kendisine kayyım atanacak kimsenin yerleşim yeri Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre belirlenir, kayyımlık yerleşim yerini etkilemez[551]. Kayyımlık yargılamasının başladığı tarih, yerleşim yerinin veya malvarlığının yönetildiği yerin belirlenmesinde esas alınır[552]. Yasanın 19. maddesine göre yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalmak niyetiyle yaşadığı yerdir. Çocuğun kayyım tarafından temsilinde 21. madde önem taşır. 21. maddeye göre velayet altındaki kimsenin yasal yerleşim yeri anne babanın yerleşim

---

[546] Bkz. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) Änderung vom 19. Dezember 2008, http://www.admin.ch/ch/d/ff/2009/141.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2009 22.38

[547] Schnyder/Murer, Art. 396 N 65, s. 1025.

[548] Egger, Die Vormundschaft, Art. 396 N 3, s. 349; Kaufmann, Art. 396 N 14, s. 266; Schnyder/Murer, Art. 396 N 44, s. 1020.

[549] Geiser, Art. 396 N 6, s. 1916.

[550] Geiser, Art. 396 N 6, s. 1916.

[551] Geiser, Art. 396 N 5, s. 1916; Egger, Die Vormundschaft, Art. 417 N 4, s. 524; Kaufmann, Art. 417 N 4, s. 370.

[552] Geiser, Art. 396 N 4, s. 1916; Gümüş, s. 316.

yeri, anne babanın ortak yerleşim yeri yoksa çocuk kendisine bırakılan tarafın yerleşim yeridir, diğer durumlarda çocuğun oturma yeri yerleşim yeri sayılır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, vesayet altındaki kişinin yerleşim yeri, bağlı oldukları vesayet makamının bulunduğu yerdir. Belirtilen yetki kuralları, kayyımlığın kurulması ve kayyımın atanmasının yanında kayyımın görevden alınmasında, kayyımlığın yürütülmesinde ve sona ermesinde de geçerlidir[553]. Kayyımlık altındaki kişinin yerleşim yerinin değişmesi durumunda kayyımlık altında alınan kişinin yararı gerektirirse kişisel koruma yükümlülüğü içeren önlem alma ve değiştirme yetkisi 412/2 örneksenerek yetki yeni vesayet dairelerine geçer[554]. Bunun yanında denetim makamının yetkisi açıkça düzenlenmese de vesayet makamının yetkisine ilişkin kurallara göre belirlenir[555]. Milletlerarası yetki bakımından değerlendirildiğinde 27.11.2007 tarihli MÖHUK'un 41 ve 42. maddeleri dikkat çeker. 41. maddeye göre *"Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılamadığı takdirde Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye'de sâkin değilse Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür."* 42. maddeye göre ise *"Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında vesayet, kayyımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye'de sâkin olduğu yer, sâkin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir."* Ayrıca Türkiye'nin de taraf olduğu 05.10.1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi'nde küçüklerin hem vesayet ve velayet bakımından korunmasında hem de kamu hukuku bakımından korunmasında küçüğün milli devletinin ve mutat meskeninin bulunduğu devletin milletlerarası yetkisi ile milli hukukun ve mutat mesken hukukunun uygulaması birbirine bağlanmıştır[556]. Sözleşmenin 1-2. maddelerine göre küçüğün mutat meskeninin bulunduğu devletin mahkemeleri ve idari makamları, kendi iç hukuklarında yer alan ve küçüğün kişiliğini veya mallarını

[553] Schnyder/Murer, Art. 396 N 11-12, s. 1013.
[554] Geiser, Art. 396 N 12, s. 1918; Gümüş, s. 319; Schnyder/Murer, Art. 396 N 58, s. 1024. Krş. Kaufmann, Art. 396 N 12, s. 265-266.
[555] Gümüş, s. 316.
[556] Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 13. B.: Nomer/Şanlı, İstanbul 2005, s. 273.

korumaya yönelik önlemleri almaya yetkilidir[557]. Bununla beraber 4. maddeye göre küçüğün vatandaşı olduğu devletin makamları da mutat mesken devletinin makamlarının aldığı önlemlerin yerine geçmek üzere milli hukukun çocuğun kişiliğini veya mallarını korumaya yönelik getirdiği önlemleri alabilir[558].

III- Kayyımlığın Kurulması

A- Kayyımlığın Kurulması Yargılaması

1- Genel Olarak

Kayyımlığın kurulması işi yukarıda da belirtildiği gibi çekişmesiz yargı işidir[559]. Yargılama iki taraf arasında meydana gelen bir uyuşmazlığı çözmek için değil kendisine kayyım atanacak kişinin kişi varlığını ya da malvarlığını korumak amacıyla yapılmaktadır, dolayısıyla bir uyuşmazlık yoktur. Kayyımlığın kurulması, bir kimse için vesayet önlemi alınması anlamına gelir ve bu nedenle kayyımlık kayyıma bağlı olmayıp atandığı kişinin korunması için alınan bir önlemdir. Dolayısıyla kayyımlığın kurulması ile kayyımın atanması birbirinden farklıdır; fakat uygulamada her iki yargılama birlikte görülerek karara bağlanır. Her iki işin birlikte görülmesi kendisine kayyım atanan kişinin yararını korumaya da elverişli bir yoldur. Yargılama HUMK 507. madde gereği basit yargılama usulü ile görülür[560]. Ayrıca belirtilmelidir ki kayyımın atanmasında, kayyımın görevine son verilmesinde ve kayyımlığın sona ermesinde de aynı yargılama usul ve ilkeleri geçerlidir.

[557] Nomer, s. 273.
[558] Nomer, s. 273.
[559] Gümüş, s. 325; Karanlık, s. 81.
[560] Öztan (s. 768, 794)'a göre seri yargılama usulü ile görülür.

2- Yargılamaya Egemen İlkeler

a- Kendiliğinden Harekete Geçme İlkesi

Vesayet makamı, bir kişiye kayyım atanması gerektiğinde kendiliğinden harekete geçerek yargılama yapar[561]. Kayyımlığın kurulmasını kayyımlık altına alınacak kişi veya kayyımlığın kurulmasında korunmaya değer bir yararı bulunan ilgililer isteyebilir[562]. Bununla birlikte vesayeti önlemlerin doğasında olan kendiliğinden harekete geçme ilkesi kayyımlığın kurulmasını işinde de kendini gösterir. Bu nedenle herhangi bir istem ileri sürülmese dahi durumdan haberdar olan vesayet makamı harekete geçerek kayyımlığın kurulmasına karar verir. Ancak vesayet makamının durumdan haberdar olması genelde bir bildirim veya istem üzerine olanaklı olur, böyle bir bildirim olmaksızın haberdar olması çok güçtür. Bu nedenle yapılan tüm bildirimler vesayet makamınca değerlendirilir, araştırılır ve kayyımlığın kurulmasını gerektiren bir nedenin varlığı söz konusu ise kayyımlığın kurulmasına karar verilir. Kendiliğinden harekete geçme ilkesinin bir sonucu olarak herkes bildirimde bulunabilir[563], ayrıca bazı kurumlar bildirimde bulunmakla yükümlü kılınmıştır[564]. Bu bildirim yükümlülüğü yasanın 404-405. maddeleri ile Türk Medeni Kanunu'nun Velayet Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük'te[565] düzenlenmiştir. Yasanın 404 ve 405. maddelerine göre görevlerini yaparlarken vesayeti gerektiren bir durumun varlığını öğrenen nüfus memurları, idari makamlar, noterler ve mahkemeler durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar. Tüzüğün 9. maddesine göre velayetin bir tarafa bırakılmasından sonra meydana gelen olgular, velayetin her iki eşten kaldırılması nedeniyle veya başka nedenle çocuğun vesayet altına alınması gerektiğinde davaya bakan hâkim, ölüm haberini nüfus kütüğüne işleyen nüfus memuru ve ölen başka bir yer nüfusuna kayıtlı ise ölümün gerçekleştiği yer nüfus memuru, görevlerini yerine

[561] Gümüş, s. 325; Öztan, s. 781; Geiser, Art. 397 N 7, s. 1920; Egger, Die Vormundschaft, Art. 397 N 2, s. 353; Kaufmann, Art. 397 N 10, s. 272; Schnyder/Murer, Art. 397 N 29, 43, s. 1033, 1035; Velidedeoğlu, s. 552; Saymen/Elbir, s. 552; Karanlık, s. 73.
[562] Geiser, Art. 397 N 9, s. 1921; Schnyder/Murer, Art. 397 N 39, s. 1035.
[563] Schnyder/Murer, Art. 397 N 31, s. 1033.
[564] Schnyder/Murer, Art. 397 N 32, s. 1034.
[565] Bakanlar Kurulu Kararı No.: 2003/5960 Karar Tarihi: 21.07.2003 Yayımlandığı RG: 10.08.2003/25195. Bundan sonra "TMK Velayet, Vesayet ve Miras Tüzüğü" veya sadece tüzük olarak anılacaktır.

getirirken vesayeti gerektiren velayet altında bulunmayan küçüğün varlığını öğrenen idari makamlar, noterler, mahkemeler yetkili vesayet makamına bildirir. Yasada ve tüzükte sözü edilen bildirim yükümlülüğü, vesayeti gerektiren durumlara ilişkin sayılsa da hangi vesayet önleminin uygulanacağına vesayet makamı karar vereceği için vesayet önlemlerinin alınmasını gerektiren durumlarda bildirim yükümlülüğünün olduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca bildirim yükümlülüğünün kayyımlık hakkında da geçerli olması vasiliğe ilişkin hükümlerin kayyımlığa örneksenerek uygulanmasını öngören TMK 403/3 hükmüne de uygundur. Öte yandan çocuğun hukuksal çıkarlarını korumakla yükümlü veliler veya çocukla sözleşme yapan kişiler de çocuğa kayyım atanmasını gerektiren bir nedenin varlığında vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür[566].

b- Kendiliğinden Araştırma İlkesi

Vesayet makamı, kayyımlık kurulması istemi ileri sürüldüğünde ya da kendiliğinden harekete geçtiğinde kayyımlık kurulup kurulmamasına ve kayyımın kim atanacağına karar vermek için kendiliğinden araştırma yapar. Kendiliğinden araştırma ilkesi, kamu düzeninin kendini belirgin biçimde gösterdiği işlerin tümünde söz konusudur, istem sahibi iş üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir[567]. Bu nedenle istemde bulunan istemini geri çekse dahi vesayet makamı araştırır ve kayyımlığı gerektiren bir neden varsa kayyımlığın kurulmasına karar verir. Ayrıca kendiliğinden araştırma ilkesi gereği vesayet makamı sadece kayyımın atanması bakımından değil hangi vesayet önleminin uygulanması gerektiği yönünde araştırmasını yapar; koşullar hangi önlemi gerektiriyorsa o önlemin alınmasına karar verir. Bunun sonucu olarak vesayet makamı istemle bağlı değildir[568]. Bir çocuğun vesayet altına alınması için istemde bulunulduğu halde vesayet için gerekli koşullar olmamakla birlikte kayyım atanması gerekiyorsa vesayet makamı kayyım atanmasına karar verir[569]. Çocuğa kayyım atanması istendiği halde, çocuğu vesayet altına almak gerekliyse, yine vesayet makamı istemle bağlı olmadan gerekli kararı

[566] Schnyder/Murer, Art. 397 N 34, s. 1034.
[567] Geiser, Art. 397 N 12, s. 1921.
[568] Gümüş, s. 326.
[569] Gümüş, s. 325.

verir, gerekli korumanın sağlanması kendiliğinden araştırma ilkesi ve bunun uzantısı istemle bağlı olmama ilkesiyle olanaklıdır. Kendiliğinden araştırma kapsamında vesayet makamınca kısıtlama yargılamasında sağlık raporu istenmekle birlikte kayyımlığın kurulmasına karar verilebilmesi için buna gerek yoktur[570]; çünkü kayyımlık, kişinin hukuksal işlem ehliyetini etkileyen bir önlem değildir. Kayyımın atanması konusunda da vesayet makamı kendiliğinden araştırma yapar, kimin kayyım atanması kendisine kayyım atananın yararlarını korumaya elverişli ise o kişiyi atar.

3- İlgililerin Dinlenmesi

Çekişmesiz bir yargı işi olan kayyımlık yargılamasında taraf veya davacı-davalı kavramlarından söz edilemez, bunun yerine ilgililerden söz edilir[571]. Kendisine kayyım atanması istenen çocuk, kayyım atanmasını isteyen kişi ve varsa diğer ilgililer yargılamaya ilgili sıfatıyla katılır[572]. Kendisine kayyım atanacak ilgili, dinlenme konusunda korunmaya değer bir hakka sahiptir[573]. Yasanın vasiliğe ilişkin 409. maddesine göre bir kimse dinlenmeden savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetimi veya isteği nedeniyle kısıtlanamaz. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlamaya karar vermeden önce resmi sağlık kurulu raporunu göz önünde tutarak kısıtlanması istenen kişiyi dinleyebilir. 409. madde bir görüşe göre kayyımlıkta ancak hukuksal işlem ehliyetinin kısıtlandığı durumlarda ve isteğe bağlı kayyımlıkta uygulanabilir[574]; ancak kanımızca dinlenme hakkının tanınması, kişinin kısıtlanmasına ya da alınan önlemin kişinin hukuksal işlem ehliyetine etkisine bağlı değildir. Kanımızca çekişmesiz yargı işinde maddi olarak ilgili bulunanlar dinlenmeden karar verilemez[575]; ancak ilgilinin kim olduğunun bilinmemesi, doğmamış olması, ayırt etme gücüne sahip olmaması, hazır bulunamaması nedeniyle dinlenmesinden

[570] Schnyder/Murer, Art. 397 N 52, s. 1038.
[571] Kuru, Nizasız Kaza, s. 139.
[572] İlgililerin dinlenmesi konusunda krş. Gümüş, s. 326; Elpe, s. 27.
[573] Geiser, Art. 397 N 13, s. 1921; Schnyder/Murer, Art. 397 N 49, s. 1037; Kuru, Nizasız Kaza, s. 166; Pekcanıtez, s. 754. Ayrıca bkz. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) Änderung vom 19. Dezember 2008, http://www.admin.ch/ch/d/ff/2009/141.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2009 22.38. Krş. Karanlık, s. 74.
[574] Kaufmann, Art. 397 N 7, s. 272.
[575] Öztan (s. 776), ilgililerin dinlenmemesini haklı olarak itiraz nedeni kabul etmektedir.

vazgeçilebilir[576]. Fakat bu durumda da ilgilinin yasal temsilcisine dinlenme hakkı tanınır[577]. Bu nedenle her koşulda ilgililer yargılamada dinlenir, ancak ilgili ayırt etme gücüne sahip değilse ya da hazır bulunamıyorsa yasal ya da iradi temsilcisine bu hakkın tanınması gerekir[578]. Ancak ayırt etme gücünden yoksun çocuk ile yasal temsilci arasında kayyım atanması konusunda yarar çatışması varsa ya da yasal temsilcinin engeli varsa 420. maddeye göre geçici bir önlem olarak kayyım atayabilir. Kayyım atanması konusunda yarar çatışması, yasal temsilcinin çocuğa kayyım atanmadan kendisinin çocuk adına işi görmek istemesi halinde meydana gelir. Kayyımlık kurulması yargılamasında kayyım atanması, ayırt etme gücünden yoksun çocuğa atanan kayyımın çocuğun korunmasına elverişli bir kişi olmaması ya da çocuğa kayyım atanmasıyla ilgili kararın verilen talimatların hukuka uygun olmaması nedeniyle yasa yollarına başvurmak için gereklidir. Kayyımlık yargılamasında atanan kayyım geçici kayyımdır, bir işin görülmesi için atanması istenen kayyım olarak aynı kişi ya da başka bir kişi atanabilir. Geçici nitelikte kayyımı vesayet makamı kendiliğinden ve ivedi olarak atamalıdır.

4- Geçici Önlemler

Türk Medeni Kanunu'nun 420. maddesine göre, vesayet işleri zorunlu kıldığı takdirde, vesayet makamı, vasinin atanmasından önce de kendiliğinden gerekli önlemleri alır; özellikle kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırabilir ve ona bir temsilci atayabilir. Vesayet makamının bu kararı ikinci fıkraya göre ilan edilir. 420. madde kayyımlık yargılamasında da örneksenerek uygulanabilir. Ancak kendisine kayyım atanması düşünülen kişinin fiil ehliyeti geçici olarak da olsa kısıtlanamaz[579], meğerki kayyım atanması istenmekle birlikte olgular ilk planda daha ağır bir vesayet önleminin alınmasının gerekli olduğunu göstersin[580]. Bununla birlikte yargılama sürecinde ivedi işlerin yürütülebilmesi için geçici bir kayyımın atanması olanaklıdır; fakat temsil kayyımı zaten belli bir işin görülmesi

[576] Geiser, Art. 397 N 13, s. 1921.
[577] Pekcanıtez, s. 762.
[578] Geiser (Art. 397 N 13, s. 1921), bu durumda ilgiliye en yakın kişiye dinlenme hakkının tanınacağını belirtmektedir.
[579] Geiser, Art. 397 N 16, s. 1922; Gümüş, s. 331. Aksi görüş için bkz. Kaufmann, Art. 397 N 16, s. 274.
[580] Gümüş, s. 331.

için atandığından geçici önlemler yönetim kayyımlığında önem kazanır[581]. Bunun dışında yasada açıkça belirtilmeyen başka önlemler de alınabilir.

B- Kayyımlığın Kurulması Kararı ve Temyizi

1- Kayyımlığın Kurulması Kararı

Vesayet makamı, yaptığı araştırma sonunda yasaya göre kayyımın atanması gerektiği sonucuna ulaşırsa kayyımlığın kurulmasına karar verir. Kayyımın atanması gereken durumlarda kayyım atamak vesayet makamının takdir yetkisinde değildir; ancak somut durumun yasanın öngördüğü durum olup olmadığına vesayet makamı karar verir. Dolayısıyla vesayet makamının araştırma sonucunda verdiği karar yasanın uygulamasını biçimlendirmektedir. Kayyımlığın kurulmasına karar vermekle vesayet makamı bu karardan etkilenen kişiye kayyım atamaya karar vermiştir, ancak kayyım atama kararı kimi zaman bu kararla eş zamanlıdır, kimi zaman atama kararı daha sonra verilir. Temsil kayyımlığının belli bir işin görülmesi için geçici olarak atandığı dikkate alınırsa atama kararının da kayyımlığın kurulması kararı ile birlikte verilmesi kayyımlığın amacına uygun olur. Karar biçimsel anlamda kesinleşse dahi maddi anlamda kesin hüküm oluşturmaz, bu nedenle olağanüstü yasa yollarına başvurulamaz[582]. Çünkü kayyımlığın kurulması yenilik doğurucu-kurucu bir karardır[583], koşullar değiştiğinde farklı bir karar verilebilir. Ayrıca kendiliğinden harekete geçme ilkesi nedeniyle vesayet makamının her zaman kararından dönerek yeni bir karar vermesi olanaklıdır.

Türk Medeni Kanunu'nun 426. maddesinde öngörülen nedenlerin varlığı halinde, bir temsil kayyımı atamak yerine, söz konusu belirli işi vesayet makamının bizzat görüp göremeyeceği öğretide tartışma konusudur. Yasada bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretide egemen olan görüşe göre, vesayet makamı kayyım atamanın gereksiz bir formalite oluşturduğu durumlarda kayyım atamak

[581] Gümüş, s. 331.
[582] Gümüş, s. 327.
[583] Gümüş, s. 327.

yerine açık ve ivedi çözülebilen bir işi kendisi görebilir[584]. Vesayet makamının bu yetkisi, TMK 459. maddenin (İMK 418) sonucudur[585], TMK 459. maddeye göre kayyım vesayet makamının talimatlarını aynen yerine getirmekle yükümlüdür; öyleyse vesayet makamı kayyıma talimat verip yapılmasını sağlayacağı işi kendisi de yapabilir. Öte yandan 427. maddede vesayet makamına gerekli önlemleri alma yetkisi verilerek işi bizzat görme yetkisi açıkça tanınmıştır, temsil kayyımlığına ilişkin 426. maddede ise açık bir düzenleme yoktur; buna karşın 427. madde hükmü 426. maddedeki durumlar için de örneksenerek uygulanabilir[586]. Vesayet makamı yasal temsilcinin katılımının açıkça yasada öngörüldüğü hallerde de işi bizzat görebilir[587]; çünkü kayyım da bir vesayet organıdır ve vesayet makamı ile bu bakımdan aralarında bir fark yoktur. Bu bakımdan yasal temsilcinin vereceği bir onamı iş ivedi nitelikteyse vesayet makamı kayyım atamadan verebilir. Vesayet makamı işi bizzat görürken aslında bir anlamda kendisini yasal temsilci olarak atamıştır.

Vesayet makamının bizzat işi görebilmesi düşüncesinin temelinde kayyımlığın kimi durumlarda gereksiz bir formaliteden ibaret olması yatar[588]. Bu gibi durumlar, üzerinde düşünülmesi gerekmeyen, basit ve çok ivedi işlerdir. Fakat çok ivedi olmayan işlerde vesayet makamı kayyım atamaktan kaçınamaz[589]. Kayyım atamaktan kaçınma, kendisine kayyım atanacak kişinin çıkarlarını gereksiz formaliteden korumak amacıyla kabul edilebilir bir çözümdür.

2- Kararın Temyizi

Vesayet makamının kayyımlığın kurulması hakkındaki kararı temyiz edilebilir bir karardır[590]. Kendisine kayyım atanması istenen kişi veya kayyım atanmasını isteyen kişi kararı temyiz edebilir. Temyiz etmekte hukuksal yararı bulunan ilgililer kayyımlık kurulması gerektiği halde kurulmaması kararını ya da

[584] Langenegger, Art. 392 N 14, s. 1899; Yvo Biderbost, Basler Kommentar, Art. 418 N 20, s. 2103; Pfander, s. 14; Egger, Vesayet, Art. 392 N 14, s. 346, Schnyder/Murer, Art. 392 N 36, s. 868; Gümüş, s. 19.
[585] Biderbost, Art. 418 N 20, s. 2103; Langenegger, Art. 392 N 14, s. 1899.
[586] Biderbost, Art. 418 N 20, s. 2103.
[587] Gümüş, s. 20; aksi görüşte Schnyder/Murer, Art. 392 N 36, s. 868.
[588] Langenegger, Art. 392 N 14, s. 1899; Gümüş, s. 19-20.
[589] Kaufmann, Art. 392 N 6, s. 231.
[590] Gümüş, s. 327.

kurulması gerekmediği halde kurulması kararını temyiz edebilir. Temyiz istemi ile karar veren mahkemenin görevsiz veya yetkisiz olduğu da ileri sürülebilir[591]. Kararı vesayet makamı sıfatıyla sulh hukuk mahkemesi verdiğinden HUMK'nin 437. maddesine göre temyiz süresi ilamın ilgililerden her birine tebliğinden başlayarak sekiz gündür. Karar, kendisine kayyım atanan çocuk ayırt etme gücüne sahipse çocuğa, değilse yasal temsilcisine tebliğ edilir. Eğer çocuğa geçici nitelikte kayyım atanmışsa karar kayyıma tebliğ edilir. Temyiz üzerine verilen karar şeklen kesinleşse de kararın değiştirilmesi her zaman olanaklıdır. Bu nedenle temyiz, vesayet işlerinde kararı maddi anlamda kesinleştirme işlevi değil, hukuka aykırı olduğu düşünülen kararın bir başka yargı merci tarafından incelenmesi işlevini görür.

IV- Kayyımın Atanması

A- Kayyım Atanacak Kişinin Seçimi

1- Kayyımda Aranacak Koşullar

a- Genel Olarak

TMK'nin 431. maddesine göre vasinin atanması usulüne ilişkin kurallar, kayyımın atanmasında da uygulandığından, vasinin atanmasında vasi için aranan koşullar kayyım için de kıyasen aranır[592]. 413. maddeye göre vesayet makamı, bu görevi yapabilecek yetenekte olan bir ergini vasi olarak atar. Kayyım atanmasında aranan koşullar bağlamında belirtilmelidir ki Kadınlara Karşı Her Tür Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşmenin (CEDAW) 16/1/f hükmüne göre her durumda çocukların çıkarı en üst düzeyde tutularak ulusal yasalarda mevcut veli, vasi, kayyım olma ve evlat edinme veya benzeri müesseselerde kadınlara eşit hak ve sorumluluklar tanınır. Bunun dışında TMK Velayet, Vesayet ve Miras Tüzüğü'nün 10 ve 11. maddeleri kayyımın atanmasında aynı tüzüğün 12. maddesinin üçüncü fıkrasının yaptığı yollama gereğince uygulanır. 10. maddeye göre vasi atanması için mahkeme yapılan başvuru ve bildirimler mahkemenin esas defterine kaydedilir. 11.

[591] Schnyder/Murer, Art. 397 N 57, s. 1040.
[592] Gümüş, s. 331.

maddeye göre ise vesayet makamı, ilgili kuruluşlardan ileride vasi atanmasında göz önünde bulundurulmak üzere mahkemenin yargı çevresinde bulunan vasi olmaya istekli kişilerin bildirilmesini isteyebilir.

b- Erginlik

Kayyımda aranan koşullardan ilki ergin olmaktır. On sekiz yaşını doldurarak ergin olmakla yargı kararıyla veya evlenme yoluyla ergin olmak arasında bu bakımdan bir fark yoktur. Ancak on beş yaşında yargı kararıyla ergin kılınmış bir kişinin işi yapmaya elverişliliği tartışılır. Küçüğün korunması amacıyla atanan kayyımın işi yapabilmesi için en azından ergin olması gerekir. Bu koşuldan kayyımın ancak gerçek bir kişi olabileceği sonucuna varılır[593].

c- İşi Yapabilmeye Elverişlilik

Bir kimsenin kayyım olarak atanabilmesi için söz konusu belirli işi görmeye elverişli, yetenekli olması gerekir. Elverişlilik, çocukla kişisel ilişkisine, mali konularda bilgi ve deneyimine, şefkatine, hukuksal bilgisine göre değerlendirilebilen bir kavramdır. Ancak bu değerlendirmeler her somut olayda o işin gerektirdiği niteliklere göre yapılır. Ancak her durumda kayyımın çocukla ilişkileri o kimsenin kayyım atanmasına karar verilmesinde önem taşır, çocukla arasında herhangi bir uyuşmazlık bulunan bir kişinin kayyım atanmaması gerekir. Çünkü böyle bir kişi çocuğun yararını koruyarak o işi görmeye elverişli değildir.

d- Kayyımlığa Engel Nedenlerin Olmaması

TMK 418. maddeye göre kısıtlılar, kamu hizmetinden yasaklılar veya haysiyetsiz yaşam sürenler, menfaati kendisine vasi atanacak kişinin menfaati ile önemli ölçüde çatışanlar veya onunla aralarında düşmanlık bulunanlar, ilgili vesayet daireleri hâkimleri vasi olamazlar. Yasanın 431. maddenin yaptığı gönderme

[593] Krş. Karanlık, s. 69.

nedeniyle 418. madde kayyım hakkında da uygulanır[594]. Çocukla kayyım arasında önemli bir yarar çatışması ya da düşmanlık, kayyımlığa engel sayılarak kayyım atamada olumsuz bir koşul olarak öngörülmüştür. Bu nitelikte önemli bir çatışma olmasa dahi çocukla kayyım arasında bir uyuşmazlık işi görmeye elverişliliği engelleyeceğinden başka bir kayyım atanır. Kayyımlığa engel bir neden olduğu halde kayyım olarak atanan kişi kararın iptaline kadar atama kararı geçerli gibi görevini sürdürür, dolayısıyla böyle bir atama kesin hükümsüz değil, iptal edilebilir bir karardır[595].

2- Eş ve Hısımların Önceliği Sorunu

Türk Medeni Kanunu'nun 414. maddesine göre haklı nedenler engel olmadıkça vesayet makamı, vesayet altına alınacak kişinin öncelikle eşini veya yakın hısımlarından birini vasilik koşullarına sahip olmaları kaydıyla bu göreve atar. Bu atamada yerleşim yerlerinin yakınlığı ve kişisel ilişkiler göz önünde tutulur. Vasinin atanmasına ilişkin kurallar uygun düştüğü ölçüde kayyımlığa da uygulandığından bu hükmün kayyımın atanmasında uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmelidir. Vesayette sürekli biçimde vesayet altına alınan kişinin kişisel bakımı, koruması üstlenildiğinden yakın hısımlardan birinin atanması vesayetin amacına uygun düşer. Ancak kayyımlığın hem geçici niteliği hem de atanmasının temelindeki nedenler göz önünde bulundurulduğunda bu hükmün kayyımın atanmasında uygulanmasının çok anlamlı olmadığı kanısındayız[596]. Genellikle yasal temsilci ile çocuk arasında meydana gelen bir yarar çatışmasında çocuğun temsili için yakın hısımlardan birinin atanması amaca uygun bir önlem olmayacaktır[597]. Çünkü ikinci bölümde ele alındığı üzere yasal temsilci, yararı çocuğun yararı ile çatışan kişiyle yakın bir ilişki içinde ise genellikle ona korkusu veya bağlılığından dolayı çocuğun çıkarlarını kollamakta yetersiz kalır. Öte yandan yönetim kayyımlığında yönetimi belli bir bilgi ve deneyim gerektiren malvarlığı unsurlarının yönetimi için atanan kayyımın işin uzmanı olmasına dikkat edilmelidir. Eş ve hısımlar, çocuğun yararını koruyabilmeye elverişli

[594] Gümüş, s. 331; Kaufmann, Art. 397 N 14, s. 273.
[595] Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 388; Öztan, s. 774.
[596] Aynı doğrultuda bkz. Kaufmann, Art. 397 N 13, s. 273.
[597] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1168.

olduğu ölçüde atanmalı, ancak yakın hısmın kayyımlığa elverişli olup olmadığına çok dikkat edilmelidir.

3- Çocuğun veya Anne Babanın Önerisi

Türk Medeni Kanunu'nun 415. maddesine göre haklı nedenler engel olmadıkça vasiliğe vesayet altına alınacak kişinin ya da anne veya babasının gösterdiği kişi atanır. Kayyımın atanmasında da 431/1 gereği söz konusu hüküm örneksenerek uygulanır. Ancak kayyım anne baba ya da vasi ile çocuk arasında meydana gelen yarar çatışması nedeniyle atanıyorsa yasal temsilcinin önerdiği kişilerin değil[598], çocuğun önerdiği ya da yargıcın uygun gördüğü kişilerin atanması gerekir. Yasal temsilci, çocuğu temsil edemediği için yakınlarından biri kayyım olarak atanırsa, yarar çatışması nedeniyle kayyım atanması zorunluluğu dolanılmış olur. Buna karşın çocuk, ayırt etme gücüne sahipse, kendisine atanacak yönetim kayyımını önerebilir, vesayet makamı bu öneriyi dikkate almalı ve önerilen kişi koşullara uygun olduğu sürece bu kişiyi atamalıdır. Kayyımlık altındaki kişi önerdiği kişinin atanmaması durumunda itiraz hakkına sahiptir; ancak kayyımlık altındaki kişinin ailesi böyle bir hakka sahip değildir, çünkü 415. madde ile onların yararı korunmaz[599].

4- Birden Çok Kayyımın Atanması

Türk Medeni Kanunu'nun 413. maddesinin ikinci fıkrasına göre gereken durumlarda bu görevi birlikte veya vesayet makamı tarafından belirlenen yetkileri uyarınca ayrı ayrı yerine getirmek üzere birden çok vasi atanabilir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre rızaları bulunmadıkça birden çok kişi vesayeti birlikte yürütmekle görevlendirilemez. Yasanın 431/1 hükmüne dayanarak kayyımın atanmasında da bu hükmün uygulanması olanaklıdır[600]. Özellikle yönetim kayyımlığında malvarlığı unsurlarının yönetimi birbirinden farklı özellikler taşıyorsa veya malvarlığının değeri çoksa malvarlığının yönetimi birden çok kayyıma bırakılabilir. Ancak kayyımın

[598] Gümüş, s. 331; Kaufmann, Art. 397 N 13, s. 273.
[599] Geiser, Art. 397 N 23, s. 1924.
[600] Gümüş, s. 331; Kaufmann, Art. 397 N 12, s. 273.

yetkilerinin talimatlarla somutlaştırılması gerekliliği karşısında her bir kayyımın görevinin ayrı ayrı belirlenmesi kayyımın yetkilerini ve sorumluluğunu sınırlandırır. Ancak görevleri ayrı ayrı belirlenmeden aynı işi yapmak üzere birden çok temsil kayyımı atanırsa her kararda ve işlemde birlikte hareket etmekle yükümlüdürler; buna karşılık aynı şekilde birden çok yönetim kayyımı atanırsa olağan işlerde her birinin temsile yetkili olduğu, önemli işlerde birlikte hareket etmekle yükümlü oldukları kabul edilmelidir.

B- Kayyımlığı Kabul Yükümlülüğü

Türk Medeni Kanunu'nun 416. maddesinin ilk fıkrasına göre vesayet altına alınan kimsenin yerleşim yerinde oturanlardan vasiliğe atananlar, bu görevi kabul etmekle yükümlüdürler. Kendisine vasi atananın yerleşim yerinde vasi olarak atanan kişinin yerleşim yerinin olması değil orada oturması önemlidir[601]. Yasanın 431/1 hükmü gereği aynı yükümlülüğün kayyımlıkta da söz konusu olduğu belirtilmelidir[602]. Öte yandan hükmün aksine yorumundan kendisine kayyım atanan kişinin yerleşim yerinde oturmayan kişinin kayyımlığı kabul yükümlülüğünde olmadığı söylenebilir. Dolayısıyla bu kişiler 417. madde ile vasilikten kaçınma hakkı kendilerine açıkça tanınan kişiler gibi vasilikten kaçınabilir.

C- Kayyımlık Görevinden Kaçınma

Türk Medeni Kanunu'nun 417. maddesine göre altmış yaşını doldurmuş bulunanlar, bedensel özürleri veya sürekli hastalıkları nedeniyle bu görevi güçlükle yapabilecek kişiler, dörtten çok çocuğun velisi olanlar, üzerinde vasilik görevi olanlar, Cumhurbaşkanı, TBMM ve Bakanlar Kurulu üyeleri, hâkimlik ve savcılık mesleği mensupları vasiliği kabul etmeyebilir. Yasanın 431/1 hükmü gereği 417. maddede sayılan kişiler kayyımlık görevinden de kaçınabilir[603]. Belirtilmelidir ki bir görev nedeniyle vasilikten (kayyımlıktan) kaçınan kişilerin kaçınma hakkını kullanabilmesi için halen yasada belirtilen görevlerden birini yapıyor olması gerekir.

[601] Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 388.
[602] Kaufmann, Art. 397 N 14, s. 273.
[603] Gümüş, s. 331; Kaufmann, Art. 397 N 14, s. 273.

Kaçınma hakkına sahip olanlar, yasanın 422. maddesinin ilk fıkrasına göre atama kararının kendisine tebliğinden başlayarak on gün içinde vasilikten (kayyımlıktan) kaçınma hakkını kullanabilir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre vesayet makamı, vasilikten (kayyımlıktan) kaçınma nedenini yerinde görürse yeni bir vasi (kayyım) atar; yerinde görmezse bu konudaki görüşü ile birlikte gerekli kararı vermek üzere durumu denetim makamına bildirir. Denetim makamının kararı kesindir.

D- Karara İtiraz

Türk Medeni Kanunu'nun 422. maddesinin ikinci fıkrasına göre ilgili olan herkes, vasinin atandığını öğrendiği günden başlayarak on gün içinde atamanın yasaya aykırı olduğunu ileri sürerek karara itiraz edebilir. Kayyım atanması kararına karşı da aynı şekilde itiraz yolu açıktır[604]; fakat temyiz olanaklı değildir[605]. Hükümde sözü edilen "ilgililer", vasi veya kayyım atanması işinde maddi ilgisi bulunan herkesi ifade eder. Bu kişiler, kendisine kayyım atanan kişi, kayyım olarak atanan kişi, kayyım atanmasını isteyen kişilerdir. Kayyımın atanmadan önce ilgililerin dinlenmemesi de bir itiraz nedenidir[606]. 421. maddeye göre vasiye (kayyıma), atama kararı hemen tebliğ edilir, kendisine kayyım atanan kişiye tebliğ edilmesi açıkça öngörülmemiştir. Ancak kararın kayyımlık altına alınan çocuğa ya da çocuk ayırt etme gücünden yoksunsa yasal temsilcisine de tebliği gerekir[607]. Bununla birlikte itiraz için öngörülen hak düşürücü süre, kaçınmadaki süreden farklı olarak tebliğden başlayarak değil öğrenmeden başlayarak işler. Bu durumda itiraz eden ilgilinin öğrendiğini bildirdiği gün esas alınır, ancak daha önce öğrendiği her tür kanıtla belirlenebilir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre vesayet makamı, itiraz nedenini haklı görürse yeni bir vasi (kayyım) atar; yerinde görmezse bu konudaki görüşü ile birlikte gerekli kararı vermek üzere durumu denetim makamına bildirir. Denetim makamının kararı kesindir[608]. 425. maddeye göre atama kararı kesinleşince vesayet makamı

[604] Gümüş, s. 332.
[605] Kaufmann, Art. 397 N 32, s. 276.
[606] Öztan, s. 778.
[607] Öztan, s. 784.
[608] Gümüş, s. 333; Öztan, s. 786.

vasinin (kayyımın) göreve başlaması için gerekli işlemleri yapar[609], bununla vesayet makamınca alınan geçici önlemler de ortadan kalkar[610].

V- Kararın İlanı

Türk Medeni Kanunu'nun 431. maddesinin ikinci fıkrasına göre kayyım veya yasal danışmanın atanmasına ilişkin karar, ancak vesayet makamının gerekli görmesi halinde ilan edilir. Vasinin atanmasına ilişkin karar, takdire bağlı olmaksızın ilan edilirken, kayyımın atanmasına ilişkin karar, vesayet makamınca gerekli görülürse ilan edilir. Kayyımın atanmasının ilan edilmesi, kural olarak gereksizdir; çünkü hukuksal ilişkiye bir yararı yoktur[611]. Hatta kayyım atanmasının ilanının istisna olduğu söylenebilir[612]. Kayyımın atanması, kişinin hukuksal işlem ehliyetini hiçbir biçimde kısıtlamaz ve kayyımın yasal temsil yetkisinde olumlu veya olumsuz hiçbir hukuksal sonuç doğurmaz[613]. Fakat ilgilinin borçlusuna durumu bildirmek gerektiğinde ilan kayyımın görevini kolaylaştırır[614]. Ayrıca kayyımlık altına alınanın veya üçüncü kişinin yararının korunması da kararın ilanını gerekli kılabilir[615]. Söz konusu hüküm, kayyımlığın kurulması kararının değil kayyımın atanması kararının ilanını düzenlemektedir. Vesayetle ilgili hükümlerde kısıtlama kararı ile vasinin atanması kararının ilanı ayrı ayrı düzenlenmiştir. 410. maddeye göre kısıtlama kararı kesinleşince hemen kısıtlının yerleşim yeri ile nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilan edilir. Bu hükmün amacı kişinin ehliyetinin kısıtlanması nedeniyle işlem güvenliğini sağlamaktır, oysaki kayyımlığın kurulması kişinin ehliyetini etkilemez ve bu nedenle 410. maddenin kayyımlık hakkında uygulanmasına gerek yoktur[616]. Vesayet

---

[609] Bkz. Öztan, s. 786; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 393.
[610] Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 393.
[611] Geiser, Art. 397 N 26, s. 1924. Tekinay (s. 661), kayyım amacının temsile dayanması durumunda ilandan kural olarak vazgeçilmemesi gerektiğini, ancak büyük bir ekonomik değeri olmayan malvarlığının yönetimi amacıyla kayyım atanması durumunda ilanın gereksiz olabileceğini ileri sürmektedir.
[612] Schnyder/Murer, Art. 397 N 81, s. 1046; Riemer, Das Vormundschaftsrecht, s. 142. Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo (s. 510), kayyımın atanması kararının ilanının sadece 427. maddenin dördüncü ve beşinci bentlerine giren durumlarda gerekli olduğunu ileri sürmektedir.
[613] Geiser, Art. 397 N 26, s. 1924.
[614] Geiser, Art. 397 N 26, s. 1924; Egger, Die Vormundschaft, Art. 397 N 4, s. 354.
[615] Egger, Die Vormundschaft, Art. 397 N 4, s. 354. Schnyder/Murer (Art. 397 N 81, s. 1046), bu konuda kayyımlık altına alınan kişinin veya kayyımın yararına göre değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir.
[616] Öztan, s. 794; Riemer, Das Vormundschaftsrecht, s. 142. Farklı görüş için bkz. Gümüş, s. 328-329.

makamının gerekli görmesi durumunda karar, 421. maddenin örneksenmesi yoluyla kayyımlık altına alınan kişinin nüfus kayıtlı olduğu yerde ve yerleşim yerinde ilan edilir[617]. Kayyımın değiştirilmesi durumunda değişikliğin ilanına da kural olarak gerek yoktur[618].

§6. Kayyımın Görev ve Yetkileri, Sorumluluğu, Çocuğu Yetkisiz Temsili

I- Kayyımın Görev ve Yetkileri

A- Genel Olarak Görev ve Yetkileri

Türk Medeni Kanunu'nun 403. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kayyım, belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için atanır. Buna göre kayyım, temsil için atanmışsa atama kararı ve talimatlarla somutlaştırılmış belirli işleri görür, yönetim için atanmışsa yönetimi kendisine bırakılan malvarlığını öngörülebilir bir süre için yönetir. Ayrıca 458-460. maddeler arasında kayyımın görevleri düzenlenmiştir. Bunun yanında 403. maddenin son fıkrası, vasi hakkındaki hükümlerin aksi belirtilmedikçe kayyıma da uygulanacağını öngördüğünden, vasiliğe ilişkin hükümler kayyımlığa uygun düştüğü ölçüde örneksenerek uygulanır. Hükümlerin örneksenerek uygulanmasında kayyımlığın vasilikten farklı nitelikleri ve özellikle geçici niteliği ve yetki kapsamının daha dar olması gözden uzak tutulmamalıdır.

Kayyımın görev ve yetkilerini kayyımlığın türüne göre incelemeye başlamadan önce kayyımın kişisel koruma üstlenip üstlenemeyeceği sorununun irdelenmesinde yarar vardır. Bu sorun, temsil ve yönetim kayyımlıkları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Temsil kayyımlığında bir görüşe göre kayyım, kendisine kayyım atanan çocuğun kişisel korumasını üstlenemez; çünkü kayyımın kişinin şahsına özen gösterme yükümlülüğü yoktur[619]. Ancak diğer ve bizim de

---

[617] Geiser, Art. 397 N 30, s. 1925. Ayrıca Gümüş (s. 330), haklı olarak kararın yönetim kayyımlığında malların büyük bölümünün yönetildiği yerde de ilan edilmesi gerektiğini belirtmektedir.
[618] Geiser, Art. 397 N 27, s. 1925.
[619] Öztan, s. 787; Akıntürk, s. 503; Ekrem Yıldız/Seyhan Gürsoy, **Kayyımlık ve Kayyım Katılımıyla Görülmesi Gereken İşler ve Davalar**, İstanbul 2007, s. 131.

katıldığımız diğer görüşe göre, kayyıma kişisel koruma yükümlülüğü yüklenebilir[620]. Temsil kayyımlığı, belirli bir işin görülmesi amacıyla kurulur. Bu anlamda bir dava açma, bir sözleşme yapma, bir istemde bulunma, bir konuda rıza verme temsil kayyımının göreceği işlere örnektir. Çocuğun malvarlıksal yararlarına ilişkin yapılacak işler bir yana, çocuk adına bir konuda rıza verme veya bir istemde bulunma, çocuğun kişiliğini koruyan bir dava açma, çocuğun kişiliğine ilişkin çıkarlarının korunmasına yöneliktir. Çocuğun adı, kimliği, itibarı, temel haklarının korunması, çocuğun kişisel korunması kavramı içindedir ve kayyım sırf çocuğun kişiliğine ilişkin çıkarlarının korunması için atandığında çocuğun kişisel korumasını üstlenmektedir. Malvarlıksal çıkarların korunması amacıyla kurulan temsil kayyımlığında kişisel koruma yükümlülüğü, asıl yükümlülüğün ifa edilebilmesi amacına bağlı olarak kayyıma verilir. Ancak kayyıma verilen kişisel koruma yükümlülüğü çocuğun özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte olamaz[621], yükümlülüğün amacı kayyımlığın kurulmasının temelindeki işin görülmesidir.

Yönetim kayyımlığında öğretide bir görüşe göre kayyım, kendisine kayyım atanan kişinin kişisel korumasını üstlenemez[622]. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göre malvarlıksal-kişisel çıkarların genelde birbirinden ayrı düşünülmesi olanaklı değildir, kayyım malvarlıksal çıkarları korusa dahi sınırlı ölçüde kendisine kişisel koruma yükümlülüğü verilebilir[623]. Kayyıma kişisel koruma yükümlülüğünün yüklendiği öğretide kabul edilen durum 427. maddenin ikinci bendine göre ergin kişinin mallarını yönetme gücünden yoksunluğudur[624]. Yönetim kayyımına yüklenen

---

[620] Schnyder/Murer, Art. 392 N 22, 61, s. 864, 877; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s. 502; Egger, Vesayet, Art. 392 N 4, s. 339; Pfander, s. 44; Riemer, Das Vormundschaftsrecht, s. 145; Gümüş, s. 17.

[621] Gümüş, s. 18.

[622] Joseph Kaufmann, **Familienrecht 3. Abteilung: Die Vormundschaft Art. 360-456**, 2. Auflage, Bern 1924, Art. 393 N 20, s. 242; Egger, Vesayet, Art. 393 N 8, s. 365; Pfander, s. 83. Kaufmann (Art. 393 N 20, s. 242) ve Egger (Vesayet, Art. 393 N 8, s. 365)'e göre kişisel koruma gerektiren bir işte yönetim kayyımlığı yanında temsil kayyımlığı kurulmalıdır ve bu görev yönetim kayyımına bırakılmalıdır.

[623] İMK 392/1 (TMK 426/b.1)'e göre temsil kayyımlığı ile İMK 393/2 (TMK 427/b.2)'ye göre yönetim kayyımlığının bir araya geldiği kombine kayyımlıkta kayyımın kişisel koruma yükümlülüğünü yüklendiğinden söz edilmektedir. Schnyder/Murer, Art. 393 N 12, s. 901-902; Gümüş, s. 69; Biderbost, Art. 419 N 30, s. 2111. Fakat bunun çocuğun kayyım tarafından temsilinde bir önemi yoktur.

[624] Schnyder/Murer, Art. 393 N 45, s. 918; Riemer, Das Vormundschaftsrecht, s. 145.

kişisel koruma yükümlülüğü kayyımlığın kurulmasının temelindeki belirli malvarlığının yönetimi için gerektiği ölçüde ve bu amaçla sınırlı olarak belirlenir[625].

İsviçre Medeni Kanunu'nda öngörülen eğitim kayyımlığı ise çocuğun kişiliğinin korunması amacıyla getirilen bir düzenleme olup bu kayyımlığın temelinde temsil ya da yönetim değil doğrudan çocuğun kişisel korumasını sağlama amacı bulunmaktadır. Bu nedenle genel olarak değerlendirildiğinde, kişisel koruma yükümlülüğünün, kayyımlığın türüne ve kayyıma verilen yetkilere göre değişmekle birlikte kayyıma yüklenebildiği söylenebilir.

B- Kayyımlık Türüne Göre Görev ve Yetkileri

1- Temsil Kayyımlığında Görev ve Yetkileri

Temsil kayyımı, yasanın 403/2 hükmüne göre belirli işleri görmek için atandığından, temsil kayyımının görev ve yetkisini kendisinden yapılması istenen iş belirler. Vesayet makamı, temsil kayyımına kişisel koruma yükümlülüğü yükleyebilir, bu takdirde kayyımın görevi kişisel korumaya dayanan işleri de kapsar[626]. Vasinin temsil yetkisi, 448. maddeye göre vesayet altına alınanın tüm hukuksal işlemlerde temsiline ilişkin iken, kayyımın temsil yetkisi yalnızca atanmasının temelindeki belirli işe ilişkindir. 449. maddeye göre vesayet altındaki kişi adına kefil olma, vakıf kurma, önemli bağışlamalar yapma yasaktır, bu yasak kendisine kayyım atanan kişi tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsizse geçerlidir, küçüğe atanan kayyım da bu işlemleri yapamaz. Ancak kayyım, zaten belirli bir işi görmek üzere atandığından, kendisine verilen temsil yetkisi belirlenen işi aşamaz, bu nedenle 449. maddenin kayyımlık için uygulamasına rastlanmaz. 459. maddeye göre belli bir iş için görevlendirilmiş olan kayyım, vesayet makamının talimatına aynen uymak zorundadır. 459. madde 403/2'nin anlamını somutlaştırmaktadır[627]. Bu hüküm karşısında kayyımın görev ve yetkilerinin kapsamını vesayet makamının talimatlarının somutlaştırdığı ve sınırladığı söylenebilir. Ayrıca yönetim kayyımlığı ile ilgili 460. maddenin ikinci fıkrası temsil kayyımlığında da örneksenerek

[625] Gümüş, s. 69.
[626] Biderbost, Art. 418 N 4, s. 2100.
[627] Biderbost, Art. 418 N 1, s. 2099.

uygulanır[628]; buna göre kayyımın yapması istenen iş dışında kayyımın bir iş yapabilmesi temsil edilenin vereceği özel yetkiye, temsil edilen bu yetkiyi verecek durumda değilse vesayet makamının iznine bağlıdır.

2- Yönetim Kayyımlığında Görev ve Yetkileri

Yönetim kayyımı, yasanın 403/2 hükmüne göre malvarlığını yönetmek için atanmaktadır. Dolayısıyla görevinin temel olarak kendisine yönetimi bırakılan malvarlığını yönetmek için gerekli hukuksal işlemleri ve maddi eylemleri yapmak olduğu söylenebilir[629]. Buna göre yönetim kayyımı malvarlığının yönetimi için gerekli olan temsil yetkisine de sahiptir[630]. 460. maddeye göre kayyım bir malvarlığının yönetimi ve gözetimiyle görevlendirilmişse, yalnız o malvarlığının yönetimi ve korunması için gerekli olan işleri yapabilir. Kayyımın bunun dışındaki işleri yapabilmesi, temsil edilenin vereceği özel yetkiye, temsil edilen bu yetkiyi verecek durumda değilse vesayet makamının iznine bağlıdır. 460. madde, 403/2 hükmünü somutlaştırmaktadır[631]. Bu hükme göre yönetim kayyımının görevi, kendisine yönetimi bırakılan malvarlığının yönetimi ve korunması için gerekli işleri yapmaktır. Bu işler malvarlığının yönetimi için gerekli olağan işlerdir[632], önemli işlerin yapılabilmesi ise temsil edilenin vereceği yetki ya da temsil edilen bu yetkiyi verebilecek durumda değilse vesayet makamının iznine bağlıdır[633]. Yönetim kayyımının görev ve yetkilerinin temsil kayyımlığına göre daha kapsamlı olduğu açıktır; ancak bu yetkinin sınırı, yönetim kayyımının atanmasına dayanak oluşturan malvarlığının yönetim ve korunma gereksinimidir. Bu yetkiyi aşan bir işin yapılması, temsil edilenin vereceği yetkiye ya da vesayet makamının iznine bağlanmıştır. Egger'e göre temsil edilen ayırt etme gücüne sahip olsa dahi çeşitli nedenlerle yetki verebilecek durumda yani ehil değilse vesayet makamının iznine başvurulur[634]. Çocuk, sınırlı ehliyetsiz ya da tam ehliyetsiz olduğundan, 460/2'ye göre özel yetki

[628] Biderbost, Art. 419 N 3, s. 2104-2105. Farklı görüş için bkz. Pfander, s. 43.
[629] Biderbost, Art. 419 N 10, s. 2107.
[630] Elpe, s. 46; Öztan, s. 793; Biderbost, Art. 419 N 29, s. 2111.
[631] Biderbost, Art. 419 N 1, s. 2104.
[632] Egger, Die Vormundschaft, Art. 419 N 3, s. 531; Gümüş, s. 308; Öztan, s. 792; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 433.
[633] Gümüş, s. 308; Öztan, s. 792; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 433.
[634] Egger, Die Vormundschaft, Art. 419 N 7, s. 533.

vermeye ehil değildir, bu nedenle vesayet makamı izin verebilir[635]. Bu hükme göre vesayet makamından izin alındığında ayrıca 462. maddeye göre izin alınmasına gerek yoktur; ancak izin verilen iş 463. madde kapsamındaysa ayrıca denetim makamının da izni alınmalıdır[636]. Bununla birlikte vesayet makamının izni vermeden önce kayyımlık altına alınan kişiyi dinlemesi ve hukuksal işlem ehliyetine sahip olmasa bile zorunluluk olmadıkça kayyımlık altına alınanın algılanabilir iradesine karşıt biçimde karar vermemesi gerektiği ileri sürülmektedir[637]. İzin alınmadan yapılan işlemler vesayet makamının sonradan onaylamasıyla geçerlilik kazanabilir[638], aksi takdirde kayyımlık altındaki kişiyi bağlamaz.

Malvarlığının yönetimi için gerekli işler belirlenirken vasinin malvarlığını yönetme konusunda sahip olduğu görevler ele alınmalıdır. 438 ve 454. maddelere göre vasi defter ve hesap tutmakla yükümlüdür. Yönetim kayyımı da 403/3'ün yaptığı yollama nedeniyle 438. maddeye göre defter ve hesap tutmakla yükümlü olur[639]. TMK Velayet, Vesayet ve Miras Tüzüğü'nün 16-22. maddeleri arasında defter ve hesap tutma yükümlülüğü ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 438. maddeye göre vasiliğe atanma kararının kesinleşmesi üzerine vasi ile vesayet makamının görevlendireceği bir kişi tarafından vakit geçirilmeksizin yönetilecek malvarlığının defteri tutulur. Vesayet altındaki kişi ayırt etme gücüne sahipse defterin tutulması sırasında olanak olduğu ölçüde hazır bulundurulur, diğer hükümlerden farklı olarak burada görüşünü oluşturma ve açıklama yeteneğinden farklı olarak ayırt etme gücü aranmıştır. Koşullar gerektirdiği takdirde denetim makamı vasi ve vesayet makamının isteği üzerine vesayet altındaki kişinin malvarlığının resmi defterinin tutulmasına karar verebilir. Resmi defter mirastaki resmi defterin alacaklılara karşı doğurduğu sonuçları doğurur ve oradaki usul ile tutulur. Öte yandan vasi, 454. maddeye göre yönetimle ilgili hesap tutmak ve vesayet makamının belirlediği tarihlerde ve her durumda yılda bir kere hesabı onun incelemesine sunmakla yükümlüdür. Vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse hesabın incelenmesi sırasında olanak ölçüsünde hazır bulundurulur.

[635] Gümüş, s. 298; Öztan, s. 792-793; Biderbost, Art. 419 N 18, 25, s. 2109-2110; Kaufmann, Art. 419 N 6, s. 375.
[636] Egger, Die Vormundschaft, Art. 419 N 8, s. 533-534. Krş. Kaufmann, Art. 419 N 7-7a, s. 375.
[637] Biderbost, Art. 419 N 25, s. 2110.
[638] Saymen/Elbir, s. 553.
[639] Gümüş, s. 311-312.

Malvarlığının yönetimi ve korunması için gerekli işlem ve eylemler vesayetle ilgili olarak 439 ve 444. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu hükümler 403/3'ün yaptığı yollama gereği yönetim kayyımlığı hakkında da uygulanır[640]. Bu maddelerde düzenlenen eylem ve işlemler TMK Velayet, Vesayet ve Miras Tüzüğü'nün 23-27. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 439. maddeye göre kıymetli evrak, değerli eşya, önemli belge ve benzerleri, malvarlığının yönetimi bakımından bir sakınca yoksa vesayet makamının gözetimi altında güvenli bir yere konulur. 441. maddeye göre vesayet altındaki kişinin kendisi veya malvarlığının yönetimi için gerekli olmayan paralar, faiz getirmek üzere vesayet makamı tarafından belirlenmiş milli bir bankaya yatırılır veya Hazine tarafından çıkarılan menkul kıymetlere çevrilir. 442. maddeye göre yeterince güvenli olmayan yatırımlar güvenli yatırımlara dönüştürülür. Dönüştürmenin uygun zamanda ve vesayet altındaki kişinin yararı gözetilerek yapılması gerekir. Güvenceli olmayan yatırımların dönüştürülmesi özellikle menkul kıymet yatırımlarında büyük önem taşır. Örneğin kıyı bankacılığına devlet güvencesi verilmediğinden yönetim kayyımının bu yatırımları dönüştürmesi gerekir. Yine menkul kıymetler borsasında gün içinde alım satım yaparak açıktan kazanç elde etmek yerine[641] güvenilir bulunan bir hisse senedi satın alınabilir; ancak değeri düştüğü görülüyorsa derhal daha güvenli bir yatırıma örneğin mevduata çevrilmesi gerekir. Vesayet altındaki kişinin malvarlığı içinde ticari, sınaî veya benzeri bir işletme varsa, bunların işletilmesinin devamı veya tasfiyesi için gerekli talimatı verir. Taşınır ve taşınmaz malların satımına 440 ve 444. maddelere göre ancak kendisine kayyım atanan kişinin yararı gerektirdiğinde ve vesayet makamının talimatıyla başvurulabilir. Gerek taşınır mallar gerekse taşınmaz mallar kural olarak açık artırmayla satılmakla birlikte özel durumlar, malın niteliği ya da değerinin azlığı göz önünde bulundurularak taşınırlarda vesayet makamınca taşınmazlarda denetim makamınca pazarlıkla satılmasına karar verilebilir. Taşınmaz malların açık artırmayla satımı vesayet makamının bu iş için görevlendireceği bir kişi tarafından kayyım da hazır bulunduğu halde yapılır ve ihale vesayet makamının onamasıyla tamamlanır. Onama kararının ihale gününden başlayarak on gün içinde yapılması gerekir. Taşınır mallar konusunda vesayet altındaki (kendisine kayyım atanan) kişi veya ailesi için özel değer taşıyan şeyler zorunluluk olmadıkça satılmaz.

[640] Gümüş, s. 312; Kaufmann, Art. 419 N 11-15, s. 376-377; Pfander, s. 44.
[641] Öztan, s. 823.

Yukarıda söz edilen yönetim faaliyetleri dışında yönetim kayyımının malvarlığını yönetmek için yapabileceği işler arasında taşınmaz malın veya gelir getirmeye elverişli ise taşınır malın kiralanması[642], malın sigortalanması[643], finansal kiralama, vadesi gelmiş alacakların tahsili, tarlanın ekilmesi[644], vergilerin ödenmesi[645] gibi işler sayılabilir. Yatırım araçlarına karar verirken somut olayın koşulları dikkate alınarak kural olarak uzun vadeli olmayan yatırımlara yönelmek gerekir[646]. Malın korunması için gereken işler arasında ise bakımının yaptırılması, taşınmaz malın sınırından çit çekilmesi, gerekli ise kilidinin değiştirilmesi, tehlikeli yatırım araçlarından kaçınılması[647], elden çıkarılmadığı takdirde değeri hızla düşen malın satılması[648], gerekli ise malın güvenilir bir kişiye teslimi, ivedi durumlarda derhal dava açılması veya icra takibinde bulunulması[649] gibi işler sayılabilir.

3- Kendine Özgü Kayyımlıkta Görev ve Yetkileri

Kendine özgü kayyımlık, daha önce belirtildiği gibi yasada düzenlenen bir kayyımlık olmayıp önerilen bir kayyımlık türüdür. "Kendine özgü" biçiminde nitelendirmemizin nedeni kayyımın görev ve yetkilerinin ne temsil kayyımlığı ile ne de yönetim kayyımlığı ile örtüşmesidir. Çünkü kendine özgü kayyım ne temsil kayyımı gibi hukuksal işlem ehliyetine sahip olmayan çocuk adına bir işi görmek üzere, yani onu temsil etmek üzere atanır ne de çocuğun malvarlığını yönetmek üzere atanır. Kendine özgü kayyımın görevi, atanma nedenine bağlı olarak çocuğun kişisel ilişkilerini gözetme, çocuğun anne babasını çocuğa karşı olan yükümlülükleri konusunda uyarma, onlara yol gösterme, çocuğun okula gidip gitmediğini denetleme, belli bir konuda yasal temsilci yerine izin verme gibi çeşitlilik gösterir. Ayrıca çocuğun korunması amacıyla farklı koşullarda farklı nedenlerle atandığından görevini tanımlamak zordur. Yine de kendine özgü kayyımın kendisine kayyım atanan çocuğun bakımı, eğitimi, kişiliğinin veya malvarlığının korunması için

[642] Egger, Die Vormundschaft, Art. 419 N 3, s. 531; Gümüş, s. 308.
[643] Egger, Die Vormundschaft, Art. 419 N 3, s. 531; Gümüş, s. 308.
[644] Gümüş, s. 308.
[645] Egger, Die Vormundschaft, Art. 419 N 3, s. 531; Gümüş, s. 308.
[646] Gümüş, s. 311.
[647] Biderbost, Art. 419 N 9, s. 2106.
[648] Gümüş, s. 308.
[649] Gümüş, s. 308.

yargıcın verdiği talimatlar doğrultusunda görev yaptığı belirtilebilir. Kendine özgü kayyım kural olarak çocuğu temsil yetkisine sahip değildir. Ancak bir durumda çocuğu temsilen hareket ettiği görülür. Yasal temsilcinin haklı bir neden olmaksızın çocuğun temsiline ilişkin bir konuda izin vermekten kaçındığı için kayyım atandığında durumda kayyım yasal temsilci yerine çocuğu temsil eder. Bu takdirde temsil kayyımlığına ilişkin kurallar uygun düştüğü ölçüde örneksenerek kendine özgü kayyımlıkta da uygulanır. Kendine özgü kayyımdan birden çok iş yapması istenebilir yeter ki yapılması istenen işler belirli ve talimatlarla somutlaştırılmış olsun.

C- Kayyımın Yetkilerinin Sınırları

1- Çocuğun Katılım Hakkı

Vesayet altına alınan kişinin görüşlerine gerek vesayet altına alınanın temsilinde gerekse bu kişinin malvarlığının yönetiminde başvurulur. 450. maddeye göre vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi önemli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür. 454. maddenin üçüncü fıkrasına göre ise vesayet altındaki kişi, görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, hesabın hâkim tarafından incelenmesi sırasında olanak ölçüsünde hazır bulundurulur. Gerek temsilde gerek yönetimde vesayet altındaki kişinin görüşüne başvurulması, kişinin görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olmasına bağlanmıştır.

Yasa koyucu önceki yasadan farklı olarak yaş ölçütü yerine ÇHS'nin 12. maddesindeki görüşlerini oluşturma yeteneği ölçütünü açıklama yeteneğini de içine alarak öngörmüştür[650]. Görüşünü oluşturma yeteneği, kanımızca ayırt etme gücünden daha esnek nitelikte farklı bir kavramdır[651], diğer bir anlatımla ayırt etme gücü diğer ölçüte göre daha yüksek bir algı düzeyi gerektirir, çocuğun görüşlerinin alınması konusunda ÇHS'deki ölçütün öngörülmesi yerindedir. Fakat bu haliyle düzenleme, ÇHS'nin 12. maddesine uygun değildir; çünkü çocuğun görüşlerinin alınması

[650] Gümüş, s. 298.
[651] Bkz. Rachel Hodgkin/Peter Newell, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı**, UNİCEF, Tercüme ve Editör: Şebnem Akipek, 2. B., 2003, s. 170. Krş. Gümüş, s. 298.

yükümlülüğünü sadece önemli işlerde tanımakta[652] ve bunu da velayette olduğu gibi "olabildiğince" gibi belirsiz bir ifadeyle sınırlamaktadır. Oysaki çocuğun görüşleri kendisini ilgilendiren her konuda alınmalı ve hukuksal işleme katılımı sağlanmalıdır. Öte yandan ÇHS'ye göre görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuk kendini serbestçe ifade hakkına sahiptir[653]. Çocukların kendini ifade yeterliliği zamana, koşullara, yere göre değişkendir, sözel olarak kendini yeterince ifade edemediği halde başka araçlarla ifade edebilir[654]. Bu nedenle çocuğun kendini ifade etmesi için gerekli fırsat tanınmalıdır.

Vesayet altındaki kişinin temsilinde önemli işlerde görüşünün alınması vasiye bir yükümlülük olarak yüklenirken malvarlığının yönetiminde ilgili kişinin olanak ölçüsünde hazır bulundurulması öngörülmüştür. Böylece malvarlığının yönetiminde vesayet altına alınanın yararına uygun olmayan bir durum varsa vesayet altındaki kişinin buna itiraz edebilmesi sağlanır. Öte yandan 450. maddenin ikinci fıkrasına göre vesayet altındaki kişinin işi uygun bulmuş olması vasiyi sorumluluktan kurtarmaz. Dolayısıyla vesayet altındaki kişinin görüşü, vasiyi bağlayıcı değildir; eğer vasi bu görüşün vesayet altındaki kişinin yararına olmadığı kanısındaysa görüşe uymaz ve gerektiği biçimde işi yerine getirir.

Belirtilen hükümler, 403/3 hükmünün yaptığı yollama nedeniyle kayyımlıkta da uygulanır. Dolayısıyla kendisine kayyım atanan kişi, ayırt etme gücüne sahip olmasa bile görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, temsil kayyımı tarafından önemli işlerde görüşü sorulmalıdır. Ayrıca yönetim kayyımı da malvarlığının yönetimi kapsamında yaptığı işlere karar vermeden önce kendisine kayyım atanan kişinin görüşünü sormakla yükümlüdür. Çünkü malvarlığının yönetilmesi sırasında kendisine kayyım atanan kişi adına örneğin taşınmaz malın kiralanması da bir temsil işidir ve adına hareket edilen kişinin görüşü sorulmalıdır. İlgili kişinin görüşünün sorulması önemli işlerle sınırlansa da önemli işlerin dar yorumlanmaması gerekir, bunun sınırını olağan işler oluşturmalıdır. Örneğin bir malın satılıp satılmaması konusunda görüşü sorulmalı ama kişinin oturmadığı bir taşınmaz malın kiralanıp kiralanmaması konusunda görüşünün sorulmasına gerek olmamalıdır. Ancak bu yükümlülük ilgili kişinin yokluğu nedeniyle kendisine

[652] Gümüş, s. 298; Hodgkin/Newell, s. 171.
[653] Gümüş, s. 298; Özer Taşkın, s. 52.
[654] Bkz. Hodgkin/Newell, s. 172.

kayyım atama durumunda doğaldır ki geçerli değildir. Ancak ilgili kişinin nerede olduğu biliniyor ve kolaylıkla kendisiyle iletişim kurulabiliyorsa görüşü sorulmalıdır. Bununla birlikte kayyım kendisine kayyım atananın iradesine aykırı olarak hareket edebilir, temsil edilenin görüşü bağlayıcı değildir[655]. Öte yandan yönetim kayyımının vesayet makamına vereceği rapor ve hesapların incelenmesi sırasında, kendisine kayyım atanan kişi, görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse olanak ölçüsünde hazır bulundurulmalıdır.

2- Vesayet Makamının Talimatları

Temsil kayyımının görev ve yetkileri konusunda söz edildiği üzere, belli bir iş için görevlendirilmiş kayyım, 459. maddeye göre vesayet makamının talimatına aynen uymak zorundadır. Talimat, temsil kayyımlığında kayyımın yetkisini hem somutlaştırır hem de sınırlar[656]. Talimat kayyımın atanması kararı sırasında verilebileceği gibi daha sonra da verilebilir[657]. Talimat, vesayet makamının söz konusu belirli işin nasıl yapılacağına ilişkin istekleridir. Vesayet makamının talimatları kayyımın görevini ifasını denetim işlevini de yerine getirir[658]. Talimat, kural olarak yazılı verilmekle birlikte sözlü de verilebilir[659]. Kayyıma tebliğ edilen yazılı talimat kararı üçüncü kişilere kayyım tarafından ibraz edilmişse yetki belgesine ilişkin Borçlar Kanunu'nun 33/2, 34/3 ve 36. madde hükümleri örneksenerek uygulanır[660]. Kayyım kendisine kayyım atananın istekleriyle değil de vesayet makamının talimatlarıyla bağlı olarak iradi temsilden açık biçimde ayrılmaktadır. Bir görüşe göre 459. madde sadece temsil kayyımlığında uygulanır[661]. Diğer ve bizim de katıldığımız görüşe göre 459. madde diğer kayyımlıklarda özellikle yönetim kayyımlığında da örneksenerek uygulanır, yönetim kayyımı da vesayet makamının talimatlarıyla bağlıdır[662]. Ayrıca bazı yönetim işlerinde vasinin (kayyımın) vesayet makamının talimatı ile hareket etmesi açıkça öngörülmüştür. 440

[655] Kaufmann, Art. 419 N 2, s. 374.
[656] Gümüş, s. 301; Biderbost, Art. 418 N 6, s. 2100.
[657] Gümüş, s. 300.
[658] Biderbost, Art. 418 N 11, s. 2101.
[659] Gümüş, s. 303.
[660] Gümüş, s. 303.
[661] Egger, Die Vormundschaft, Art. 418 N 1, s. 528.
[662] Gümüş, s. 300; Biderbost, Art. 418 N 2, s. 2099-2100.

ve 444. maddelere göre taşınır ve taşınmaz malların satılabilmesi vesayet makamının talimatıyla olanaklıdır. Öte yandan paranın bankaya yatırılmasında da 441. maddeye göre vesayet makamının belirleyeceği bir bankaya yatırılması veya Hazine tarafından çıkarılan menkul kıymetlere çevrilmesi öngörülerek vasinin yetkisi vesayet makamının talimatıyla sınırlandırılmıştır. Söz konusu hükümler yönetim kayyımı hakkında da geçerlidir[663]. Eğer vesayet makamının talimatları, kayyımlık altına alınan kişinin korunması için yeterli veya elverişli değilse, kayyım, kendisine yüklenen özen yükümlülüğü gereği böyle talimatlara karşı 461/2'ye göre denetim makamına itiraz etmekle yükümlüdür[664]. İtiraz, vesayet makamını talimatı konusunda yeniden düşünmeye yöneltir[665]. Ayrıca ivedi olarak hareket edilmesi gerektiğinde kayyım, talimat almadan hareket edebilir, sonradan vesayet makamının onayını alır[666] veya ivedi durumlarda talimata aykırı olsa bile makul davranış neyi gerektiriyorsa onu yaparak vesayet makamı önünde kendini haklı çıkarabilir[667].

3- Vesayet Dairelerinin İzni ve Denetimi

Türk Medeni Kanunu'nun 462-463. maddelerinde vesayet makamı veya denetim makamının izninin alınması gereken işler düzenlenmiştir. Vesayet makamının izni vasinin veya kayyımın yaptığı iş yerine geçmez, örneğin yarar çatışması nedeniyle vasi bir işte temsil yetkisini yitirirse vesayet makamının iznine rağmen yapılan işlem kural olarak geçersiz olur[668]. Ayrıca izne bağlı tutulan hukuksal işlemin geçerliliği özel bir biçime bağlı olsa dahi verilen iznin geçerliliği herhangi bir biçime bağlı değildir[669]. 462. maddeye göre belirtilen durumlarda vesayet makamının izni gereklidir: taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir ayni hak kurulması, olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları dışında kalan taşınır veya diğer hak ve değerlerin alımı, satımı, devri ve rehnedilmesi, olağan yönetim sınırlarını aşan yapı işleri, ödünç verme ve alma,

[663] Biderbost, Art. 418 N 12, s. 2102.
[664] Egger, Die Vormundschaft, Art. 426 N 22, s. 594; Gümüş, s. 302. Krş. Biderbost, Art. 418 N 15, s. 2102.
[665] Biderbost, Art. 418 N 15, s. 2102.
[666] Biderbost, Art. 418 N 14, s. 2102.
[667] Pfander, s. 41.
[668] Geiser, Art. 421/422 N 2, s. 2129.
[669] Geiser, Art. 421/422 N 41, s. 2139.

kambiyo taahhüdü altına girme, bir yıl veya daha fazla ürün ve üç yıl veya daha fazla taşınmaz kirası sözleşmeleri yapılması, vesayet altındaki kişinin bir sanat veya meslekle uğraşması, acele hallerde önlem almak yetkisi saklı kalmak üzere dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması, mal rejimi sözleşmeleri, miras paylaştırılması ve miras payının devri sözleşmeleri yapılması, borç ödemeden aciz beyanı, vesayet altındaki kişi hakkında hayat sigortası yapılması, çıraklık sözleşmesi yapılması, vesayet altındaki kişinin bir bakım, eğitim veya sağlık kurumuna yerleştirilmesi, vesayet altındaki kişinin yerleşim yerinin değiştirilmesi.

463. maddeye göre belirtilen durumlarda vesayet makamının izninden sonra denetim makamının izni de gereklidir: vesayet altındaki kişinin evlat edinmesi veya evlat edinilmesi, vesayet altındaki kişinin vatandaşlığa girmesi veya vatandaşlıktan çıkması, bir işletmenin devralınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi, önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması, ömür boyu aylık veya gelir bağlama veya ölünceye kadar bakma sözleşmeleri yapılması, mirasın kabulü, reddi veya miras sözleşmesi yapılması, küçüğün ergin kılınması, vesayet altındaki kişi ile vasi arasında sözleşme yapılması.

462 ve 463. maddeler kayyımlıkta da 403/3 örneksenerek uygulama bulur; ancak 462 ve 463. maddelerde sayılan tüm işlerde vesayet makamının izninin kayyımlıkta da aranması kabul edilemez[670]. Çünkü vesayet, vesayet altına alınan kişinin sürekli kişisel bakımı ve sürekli malvarlığının yönetimini amaçlayan bir kurumdur. Ayrıca velayetten farklı olarak vasinin sürekli olarak vesayet dairelerine hesap vermesi, velilerden daha büyük dikkat ve özenle işi yürütmesi ve vesayet dairelerinin denetimi altında olması amaçlanmıştır. Oysaki kayyımlıkla sürekli bir temsil ya da yönetim amaçlanmaz; kayyımlık, bundan etkilenen kişinin hukuksal işlem ehliyetini değiştirmez ve hatta kayyımın gördüğü iş dışındaki işlerde yasal temsilcinin temsil yetkisi devam eder. Buna karşılık yönetim kayyımlığında, yönetim kayyımının malvarlığının yönetimi kapsamında yapacağı işlerden bazılarının – ki bunlar ekonomik ve ticari işlerdir - bu hükümlere göre vesayet makamının veya denetim makamının iznine bağlı olduğu kabul edilmelidir[671]. Bu bağlamda taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir ayni hak

[670] Geiser, Art. 421/422 N 7, s. 2130. Krş. Gümüş, s. 303; Egger, Die Vormundschaft, Art. 418 N 3, s. 529.
[671] Krş. Biderbost, Art. 418 N 18, s. 2103; Gümüş, s. 303-305.

kurulması, olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları dışında kalan taşınır veya diğer hak ve değerlerin alımı, satımı, devri ve rehnedilmesi, olağan yönetim sınırlarını aşan yapı işleri, ödünç verme ve alma, kambiyo taahhüdü altına girme, bir yıl veya daha fazla ürün ve üç yıl veya daha fazla taşınmaz kirası sözleşmeleri yapılması, acele hallerde önlem almak yetkisi saklı kalmak üzere dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması, borç ödemeden aciz beyanı, kayyımlık altındaki kişi hakkında hayat sigortası yapılması işlerinde yönetim kayyımının vesayet makamının iznini alması gerekir[672]. Bir işletmenin devralınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi, önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması, ömür boyu aylık veya gelir bağlama veya ölünceye kadar bakma sözleşmeleri, kayyımlık altındaki kişi ile kayyım arasında sözleşme yapılması işlerinde ise yönetim kayyımının vesayet makamının yanında denetim makamının da iznini alması gerekir[673]. Fakat kayyımlık altındaki kişi, küçük ya da kısıtlı veya ayırt etme gücünden yoksunsa, kayyım ile arasında yapılacak bir sözleşmede denetim makamının iznine gereksinim duyulur[674]. 462 ve 463. maddenin yönetim kayyımlığına uygulanamadığı işlerin yapılması için 460. maddeye göre temsil edilenin yetkilendirmesi ya da temsil edilen bu yetkiyi verecek durumda değilse vesayet makamının izni gerekir[675]. Çünkü kayyım, vasiden farklı olarak, sadece kendisine yönetimi bırakılan malvarlığının olağan yönetimi kapsamındaki işlere yetkilidir. 465. maddeye göre yasal olarak gerektiği halde vasinin yetkili vesayet dairelerinin iznini almadan yapmış olduğu işlemler, vesayet altındaki kişinin vasinin izni olmadan yaptığı işlem hükmündedir. Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi, vasinin açık veya örtülü iznini almadan yükümlülük altına girdiği veya bir haktan vazgeçtiği takdirde 451. maddeye göre işlemin geçerliliği vasinin sonradan onaylamasına bağlıdır, yani böyle bir işlem askıda geçersizdir. Kayyımın da vesayet makamının ya da denetim makamının iznini alması gerektiği halde almadan yaptığı işlem askıda geçersizdir, kayyımlık altındaki kişiyi bağlamaz[676]. Vesayet veya denetim makamının izin vermekten kaçınması durumunda işlemin

[672] Krş. Pfander, s. 79; Geiser, Art. 421/422 N 7, s. 2130.
[673] Krş. Pfander, s. 79; Geiser, Art. 421/422 N 7, s. 2130.
[674] Kaufmann, Art. 419 N 7a, s. 375.
[675] Pfander, s. 79.
[676] Öztan, s. 825; Geiser, Art. 424 N 2, s. 2144.

geçerliliği sona erer[677]. Bu durumda yetkisiz temsil hükümlerine göre kayyım üçüncü kişiye karşı sorumlu olur[678]. Sürekli bir hukuksal ilişkide işin doğası gereği geri verilemeyen edimlerde telafi olanaklıdır[679], bu durumlarda vekâletsiz iş görme hükümleri örneksenir. Fakat yönetim kayyımına verilen talimatta 462. veya 463. maddeye göre izin verilmesi gereken iş somut olarak belirli ise ayrıca izin verilmesine gerek yoktur[680]. Buna karşılık belli bir işin görülmesi için atanan temsil kayyımı, söz konusu iş 462 veya 463. madde kapsamına girse dahi ayrıca izin almadan işi görür[681]; çünkü kayyımın görevi zaten sadece o işi görmektir. Fakat dava açmak üzere atanan temsil kayyımının açılan davadan feragat edebilmesi veya sulh anlaşması yapabilmesi vesayet makamının iznine bağlıdır.

Vesayet makamının izin konusunda olumlu veya olumsuz verdiği karara karşı yasanın 461/2 hükmüne göre denetim makamına itiraz edilebilir[682]. Ancak 462. madde kapsamındaki işlerde vesayet makamı yanında denetim makamının izni de arandığından bu işlerdeki vesayet makamının kararına karşı itiraz uygulamada bir anlam taşımaz[683]. Denetim makamının itiraz merci olarak değil 463. maddeye göre izni aranan konularda verdiği kararlara karşı ise hangi yola başvurulacağı yasada öngörülmemiştir[684].

464. maddeye göre vesayet makamı, vasinin belli dönemlerde vereceği rapor ve hesapları inceler; gerekli gördüğü hallerde bunların tamamlanmasını veya düzeltilmesini ister. Vesayet makamı rapor ve hesapları kabul veya reddeder; gerektiğinde vesayet altındaki kişinin yararını korumak için uygun önlemler alır. Bu hüküm 403/3'ün yaptığı yollama gereğince kayyımlık hakkında da uygulanır[685]. Vasinin veya kayyımın hesap vermesinin amacı biçimsel olarak doğruluğunu denetlemenin yanında yönetimin maddi anlamda uygunluğunu ve yasallığını açıklığa

[677] Geiser, Art. 424 N 9, s. 2145.
[678] Egger, Die Vormundschaft, Art. 419 N 6, s. 532.
[679] Geiser, Art. 424 N 13, s. 2145.
[680] Biderbost, Art. 418 N 19, s. 2103.
[681] Gümüş, s. 304; Biderbost, Art. 418 N 18, s. 2103.
[682] Geiser, Art. 421/422 N 42, s. 2139.
[683] Geiser, Art. 421/422 N 43, s. 2140.
[684] Bu konuda farklı görüşler için bkz. ve krş. Geiser, Art. 421/422 N 43, s. 2140; Kuru, Nizasız Kaza, s. 204-205. Çekişmesiz yargı kararlarına karşı başvurulacak yollar konusunda çekişmesiz bir yargı işi olan vesayete ilişkin kararların gerçek anlamda bir dava sonucunda verilen hükümle aynı nitelikte olmadığı dikkate alınmalıdır. Bkz. Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 75. Kuru (Nizasız Kaza, s. 203), çekişmesiz yargıda olağan yasa yolunun "itiraz" olduğunu belirtmektedir. Kanımızca yasa koyucunun bu konuda itiraz yolunu açık tutan bir düzenleme getirmesi gerekir.
[685] Geiser, Art. 423 N 2, s. 2141.

kavuşturmaktır[686]. Vesayet makamının hesabın incelenmesi sonucunda verdiği karara karşı 461/2'ye göre denetim makamına itiraz edilebilir[687].

4- Yargıç Onayı

Yargıcın onayı, kayyımın kendisine kayyım atanan kişi adına yaptığı işlemin geçerli olabilmesi için, yasanın 345. maddesinde öngörülen durumlarda aranan bir koşuldur. 345. maddeye göre, çocuk ile anne veya baba arasında ya da anne babanın yararına olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukuksal işlemle çocuğun borçlanabilmesi, bir kayyımın katılımına ve yargıcın onayına bağlıdır. Dolayısıyla bu hüküm, kayyımın yetkilerini sınırlayan bir koşul getirmektedir. Yargıcın onayı, salt söz konusu hukuksal işlemin yapılıp yapılmamasına ilişkin olabilir ya da söz konusu hukuksal işlemin belirli koşullarda yapıldığı takdirde onaylanacağı biçiminde koşullu bir onay da olabilir[688]. Özellikle onayın koşullu verilmesi durumunda yargıcın istekleri vesayet makamının talimatlarından farksızdır.

5- Şikayet ve İtiraz

Türk Medeni Kanunu'nun 461. maddesine göre, ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi ve her ilgili, vasinin eylem ve işlemlerine karşı vesayet makamına şikayet edebilir. Yasada sadece vasinin eylem ve işlemlerinden söz edilse de öğretide diğer vesayet organlarının, yani kayyım ve yasal danışmanın eylem ve işlemlerinin de şikayet edilebileceği kabul edilmektedir[689]. Ayrıca yasanın 403/3 hükmünün yaptığı yollama gereği bu hüküm kayyımın eylem ve işlemleri hakkında da uygulanabilir. Şikayet hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, kayyımlık altına alınan çocuk ayırt etme gücüne sahipse tek başına şikayet edebilir[690]. Çocuk, ayırt etme gücüne sahip değilse, yasal temsilcisi çocuk adına şikayet edebilir. İşlemin diğer tarafı da ilgili olarak kayyımın işlemini şikayet edebilir. Şikayet hakkının kullanılması için öngörülen hak düşürücü bir süre yoktur,

[686] Geiser, Art. 423 N 4, s. 2141; Velidedeoğlu, s. 527.
[687] Geiser, Art. 424 N 12, s. 2143.
[688] Bkz. Gümüş, s. 211
[689] Geiser, Art. 420 N 9, s. 2118.
[690] Geiser, Art. 420 N 28, s. 2122; Öztan, s. 832.

her zaman şikayet edilebilmesi olanaklıdır[691]. Hatta vesayet makamı, kayyımın uygun olmayan ve yasaya aykırı eylem ve işlemlerini kendiliğinden görürse ele alıp inceler ve hakkında karar verebilir[692], bunun dayanağını vesayet makamının kendiliğinden harekete geçme yetki ve yükümlülüğü oluşturur. Kayyımın yaptığı işlem vesayet makamının talimatlarına uygun değilse yetki aşımı nedeniyle yetkisiz temsilden söz edilir. Bunun dışında vesayet makamı, kayyımın eylemleri ve işlemleri nedeniyle kayyıma yeni talimatlar verebilir, kayyımın yetkilerini kısıtlayabilir veya gerekli başka önlemleri alabilir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre vesayet makamının kararlarına karşı tebliğ gününden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edilebilir. Dolayısıyla kayyımın eylem ve işlemlerine karşı şikayet, vesayet makamının kararlarına karşı itiraz yolu öngörülmüştür. Kayyım da vesayet makamının kararlarına, talimatlarına çocuğun yararını korumaya elverişsiz olduğu veya kendi hakkını, çıkarını etkilediği gerekçesiyle itiraz edebilir[693]. Vesayet makamının kararına karşı temyiz yolu yerine itiraz yolu öngörülmüştür, denetim makamının itiraz üzerine vereceği karar kesindir[694]. Başka bir önlemin alınması gerekli ve ivedi olduğu takdirde denetim makamı önlemi alıp vesayet makamı yerine hareket edebilir[695]. Denetim makamının itirazları inceleme merci olarak değil de yasanın 463. maddesine göre izninin arandığı işlemlerde izin vermesi veya izin vermekten kaçınması halinde denetim makamının kararına karşı ise hangi yola başvurulacağı açıkça öngörülmemiştir[696].

D- Kayyımın Görev Süresi

Türk Medeni Kanunu'nun 458. maddesinin ikinci fıkrasına göre kayyımın görev süresi, vesayet makamınca belirlenir. Bu hükümle kayyımın görev süresinin belirlenmesi her somut olayda vesayet makamına bırakılmıştır[697]; ancak ayrıntılı bir düzenleme getirilmemiştir. Vesayet makamı belli bir süre belirlemeyebilir, bu

[691] Geiser, Art. 420 N 37, s. 2124.
[692] Hacer Akkaya, "Velayetin Tevdii ve Vasi Tayini", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 1993, s. 260.
[693] Geiser, Art. 420 N 33, s. 2123.
[694] Geiser, Art. 420 N 16, s. 2120; Yıldız/Gürsoy, s. 150; Öztan, s. 833. Aksi yönde bkz. Gümüş, s. 315; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 405.
[695] Geiser, Art. 420 N 24, s. 2121-2122.
[696] Bkz. dipnot 684.
[697] Biderbost, Art. 417 N 33, s. 2097; Kaufmann, Art. 417 N 1, s. 369.

durumda işin görülmesiyle kayyımın görevi sona erer[698]. Ancak vesayet makamı, belli bir süre belirlemişse, iş görülmediği halde sürenin sona ermesi nedeniyle kayyımın görevi sona ereceğinden, kayyımın yeniden atanması gerekecektir. Bu nedenle kayyımlığın geçici niteliği göz önünde bulundurularak belli bir süre belirlememek daha pratik bir çözümdür, kayyımın görevi işin devamı süresincedir[699]. Ancak koşullar haklı gösteriyorsa belli bir süre belirlenebilir. Özellikle kayyımlık altındaki kişinin engelinin ne kadar süreceği öngörülebiliyorsa buna uygun bir süre belirlemek uygundur[700]. Genel olarak yönetim kayyımlığında ne kadar süreceği öngörülemediği için görev süresinin belirlenmesi gerekir[701]. Bunun yanında terekenin tasfiye sürecinin uzun süreceği tahmin ediliyorsa kayyımın görev süresi belirlenebilir[702]. Ayrıca vasinin görev süresine ilişkin 456. madde örneksenerek kayyımlıkta da uygulanır[703]; buna göre kayyım kural olarak iki yıl için atanır. Vesayet makamı, her defasında ikişer yıl uzatabilir; ancak dört yılın bitiminde kayyım, kayyımlıktan kaçınma hakkını kullanabilir. Vesayet makamı bir süre belirlemediği takdirde 456. maddeye başvurulur[704].

E- Kayyımın İradi Temsili

Kayyım, atandığı işin görülmesini kural olarak bir temsilci aracılığıyla sağlayabilir; ancak bazı işlerin bizzat kayyım tarafından görülmesi gerekir. Kayyım, kişisel niteliklerine ve yeteneklerine güvenerek atanmışsa, kayyım işi bizzat görmekle yükümlüdür, aksi takdirde vesayet makamlarına karşı ve kendisine kayyım atanan kişiye karşı sorumlu olur. Ayrıca kayyım bir temsilciye temsil yetkisi verse dahi önemli kararları kendisi alarak temsilciye talimat vermek suretiyle işin görülmesini sağlamalıdır. Kayyımın bir yargılamada çocuğu temsil etmek üzere atanması durumunda ise kayyım bir avukata vekâlet vererek yargılamada kendisinin avukat aracılığıyla temsilini sağlayabilir. Bu durumda avukat, kendisine kayyım

[698] Kaufmann, Art. 417 N 7, s. 370.
[699] Gümüş, s. 313; Öztan, s. 794; Biderbost, Art. 417 N 34, s. 2097; Egger, Die Vormundschaft, Art. 417 N 12, s. 527.
[700] Gümüş, s. 313; Biderbost, Art. 417 N 35, s. 2097.
[701] Kaufmann, Art. 417 N 7, s. 370. Aynı doğrultuda bkz. Saymen/Elbir, s. 552.
[702] Egger, Die Vormundschaft, Art. 417 N 12, s. 528; Kaufmann, Art. 417 N 7, s. 370.
[703] Gümüş, s. 313; Öztan, s. 794.
[704] Biderbost, Art. 417 N 37, s. 2098.

atananı değil kayyımı temsil eder ve kayyımın talimatlarıyla bağlıdır. Dolayısıyla kayyım, atadığı avukatın seçiminde, ona vereceği talimatlarda iyi bir yönetimin gerektirdiği özeni göstermekle yükümlüdür. Bu bağlamda kayyım, çocuğun çıkarlarını savunamayacak bir avukatı atamamalıdır. Örneğin çocuk ile yasal temsilci arasındaki yarar çatışması nedeniyle bir kayyım atanmışsa yasal temsilcinin vekili aynı zamanda kayyımın vekâletini üstlenemez. Bu durum kayyımın özen gösterme yükümlülüğüne aykırı olduğu gibi Avukatlık Kanunu'na da aykırıdır. Avukatlık Kanunu'nun 38/b hükmüne göre avukat, aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa iş teklifini reddetmek zorundadır. Bu zorunluluk, avukatın ortaklarını ve yanında çalıştırdıkları avukatları da kapsar. Erem'in ileri sürdüğü gibi birbirine zıt olmayan menfaatler her zaman birbirine uygun sayılamaz ve bu nedenle savunmalarda bağdaşmazlık esas alınmalıdır[705]. Kanımızca da bu hüküm, menfaatleri bağdaşmayan taraflara aynı işte vekâlet edilememesi ya da mütalaa verilememesi biçiminde anlaşılmalıdır. Avukatlık Meslek Kuralları'nın 35 ve 36. maddeleri de bu görüşü destekler niteliktedir. 35. maddeye göre avukat, aynı davada birinin savunması diğerinin savunmasına zarar verebilecek durumda olan iki kişinin birden vekâletini kabul edemez[706], yani iki kişi arasındaki yarar çatışması olasılığı çifte temsil yasağı için yeterli görülmüştür. 36. madde ise Avukatlık Kanunu'nun 38. maddesine benzer, buna göre bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat, yararı çatışan öbür tarafın vekâletini alamaz, hiçbir hukuki yardımda bulunamaz. Ortak büroda çalışan avukatlar da yararları çatışan kimseleri temsil etmemek kuralı ile bağlıdırlar[707]. Yargıtay da birçok kararında yarar çatışması nedeniyle kayyım atanması durumunda kayyımla annenin vekilinin aynı kişi olamayacağını vurgulamıştır[708].

[705] Faruk Erem, **Avukatlık Meslek Kuralları**, Ankara Barosu Yayınları, 4. B., Ankara 2007, s. 155-156.
[706] Erem, s. 154.
[707] Erem, s. 154.
[708] Y. 2. HD 06.03.2003 E. 2003/1892 K. 2003/2982, Yıldız/Gürsoy, s. 208; Y. 2. HD 02.03.2006 E. 2006/1223 K. 2006/2652, http://www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi: 29.01.2009 10.38.

II- Kayyımın ve Devletin Sorumluluğu

Türk Medeni Kanunu'nun 466. maddesine göre vesayet organları ve vesayet işleriyle görevlendirilmiş diğer kişiler, bu görevlerini yerine getirirlerken iyi bir yönetimin gerektirdiği özeni göstermekle yükümlüdürler. Yasanın 467. maddesine göre vasi, görevini yerine getirirken kusurlu davranışıyla vesayet altındaki kişiye verdiği zarardan sorumludur. Maddenin ikinci fıkrasına göre kayyım ve yasal danışmanlar hakkında da aynı hüküm uygulanır. Buna göre kayyım, kendisine verilen görev doğrultusunda yönetimi kendisine bırakılan malvarlığını özenli yönetme, kayyımlık altındaki kişinin kişisel korumasına ve temsiline ilişkin görevleri özenle yerine getirme yükümlülüğü altındadır[709]. Yasanın 466. maddesi emredici bir düzenlemedir ve bu nedenle taraflar arasında yasanın aksine bir düzenleme ile sorumluluk hafifletilemez ve dava hakkından önceden feragat edilemez[710].

468. maddeye göre devlet, vesayet dairelerinde görevli olanların hukuka aykırı olarak sebebiyet verdikleri zararlardan doğrudan doğruya sorumlu olduğu gibi vasi, kayyım ve yasal danışmana tazmin ettirilemeyen zararlardan da sorumludur. Dolayısıyla kayyım, kendisine kayyım atandığı kişiye verdiği zararlardan doğrudan sorumludur, devletin kayyımın verdiği zarardan dolayı sorumluluğu ikincil ve tamamlayıcı niteliktedir[711]. Buna karşın vesayet daireleri olan vesayet makamı ve denetim makamının verdiği zarardan dolayı devlet doğrudan sorumludur.

Dava hakkı, öncelikle kendisine kayyım atanan kişiye aittir. Ancak kayyımlık altındaki kişi, küçükse ayırt etme gücü olsa dahi malvarlığının zarar görmesinden doğan zararın tazminini tek başına isteyemez, yasal temsilcisinin izni gerekir; eğer küçük ayırt etme gücüne sahip değilse dava bizzat yasal temsilci tarafından açılır. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük adına velisi ya da vasisi de tazminat davası açabilir[712]. Buna karşılık kişilik haklarına saldırı sonucu meydana gelen manevi zararın tazmini amacıyla açılan manevi tazminat davası, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, ayırt etme gücüne sahip küçük tek başına bu davayı açabilir[713]. Ancak küçük ayırt etme gücüne sahip değilse yasal temsilcisi küçük adına tazminat

[709] Rolando Forni/Giorgio Piatti, Basler Kommentar, Art. 426-429 N 1, s. 2151.
[710] Egger, Die Vormundschaft, Art. 426 N 11, s. 589.
[711] Öztan, s. 840; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 439; Akıntürk, s. 539.
[712] Krş. Forni/Piatti, Art. 426-429 N 3, s. 2152.
[713] Krş. Ertaş, s. 8.

davası açar. Ayrıca kayyımlık altındaki kişinin anne babasının uğradığı yansıma zararın tazmini de 467. maddeye göre istenebilir[714]. Diğer yandan kayyımın eylem ve işlemlerinden zarar gören üçüncü kişiler 467. maddeye göre dava hakkına sahip değildir, bu kişiler genel hükümlere göre zararının tazminini isteyebilir[715]. Üçüncü kişiler, kayyımlık altına alınan kişinin alacaklısı ise, kayyımın verdiği zarardan dolayı kayyımlık altındaki kişi de BK 100. maddeye göre sorumlu tutulur[716].

Kayyımın veya devletin sorumlu tutulabilmesi için meydana gelen zararla kayyımın veya vesayet dairelerinin hukuka aykırı eylemi veya işlemi arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Ayrıca kayyım, 466. maddede belirlenen iyi yönetimin gerektirdiği özeni göstermeyerek kusurlu davranmış olmalıdır. Dolayısıyla kayyımın sorumluluğu, devletin sorumluluğundan farklı olarak kusura dayanan sorumluluktur[717]. İyi yönetimin gerektirdiği özen, herhangi bir kişinin gösterdiği özenden veya kişinin kendi işine gösterdiği özenden daha fazla olduğundan, sorumluluk hafif ihmalden dolayı da gerçekleşebilir[718]. Özenin ölçüsü belirlenirken ortalama iyi bir yöneticinin göstereceği özen dikkate alındığından nesnelleştirilmiş özene uygun olmayan davranışlar kusurlu sayılacaktır, öte yandan atanan kayyımın kişisel nitelikleri çok daha üstünse kayyımın kendi bilgi ve becerisi doğrultusunda gerekli özeni göstermemesi de kusurlu davranış olarak kabul edilir[719]. Fakat ivedi bir işin yapılmasındaki zorunluluk kayyımın sorumluluğunu hafifletir[720].

Kayyımın vesayet makamının talimatına uymaması, yetkisinin dışına çıkması kayyımın sorumluluğuna yol açabilecek hukuka aykırı bir eylemdir[721]. Diğer yandan vesayet dairelerinin verdiği talimatın veya iznin kayyımlık altındaki kişinin çıkarını korumaya elverişsiz olmasından doğan zarardan kayyım ve devlet birlikte sorumlu tutulur[722]. Çünkü kayyımın, özen yükümlülüğü gereği kişiyi korumaya elverişsiz

---

[714] Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 440.
[715] Egger, Die Vormundschaft, Art. 426 N 16, s. 591; Tekinay, s. 684.
[716] Tekinay, s. 684.
[717] Gümüş, s. 349; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 439. .
[718] Öztan, s. 834; Egger, Die Vormundschaft, Art. 426 N 24, s. 595; Kaufmann, Art. 426 N 6, s. 425; Velidedeoğlu, s. 532; Tekinay, s. 682; Saymen/Elbir, s. 582-583; Akıntürk, s. 536; Feyzullah Taşkın, "Vesayet Organlarının Görev ve Sorumlulukları", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2002, s. 95.
[719] Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 439.
[720] Egger, Die Vormundschaft, Art. 426 N 28, s. 596.
[721] Velidedeoğlu, s. 550.
[722] Krş. Forni/Piatti, Art. 426-429 N 6, s. 2153; Egger, Die Vormundschaft, Art. 426 N 22, 44, 50, s. 594, 601, 603.

talimatlara itiraz etmesi beklenir[723]. Ancak kayyım itiraz etmesine karşın denetim makamı istemi reddetmişse kayyım talimata uyar ve sorumlu olmaz. Kayyım, yardımcı bir kişiden yararlanmışsa, o kişinin seçiminde, denetiminde ve ona talimat vermede gösterdiği ihmalden sorumlu tutulur[724]. Vesayet dairelerinin kayyımı denetimde gösterdiği ihmalden doğan zarar da sorumluluğa yol açar[725]. Ancak devletin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur ve bu nedenle zararla görevin yerine getirilmesinde ortaya çıkan hukuka aykırı eylem veya işlem arasında uygun nedensellik bağı bulunması yeterlidir[726]. Vesayet daireleri üyeleri kişisel olarak sorumlu değildir[727]. Ayrıca 466. maddede düzenlenen sorumluluk maddi zararın giderilmesine yöneliktir, gerçekleşen manevi zararın karşılanması için BK 49. maddeye göre dava açılabilir[728]. Kayyımlık altındaki ayırt etme gücüne sahip kişinin ortak kusuru[729] veya üçüncü kişinin kusuru BK 44. maddeye göre tazminatın hesaplanmasında indirim nedeni oluşturabilir. Ancak kayyımlık altındaki kişinin bir işleme izin vermesinin kayyımı sorumluluktan kurtarmayacağı vurgulanmalıdır[730].

Eğer birden çok kayyım atanmışsa kayyımların doğan zarardan sorumluluğu atanma biçimlerine göre değişir. Eğer birden çok kayyım, vesayet makamınca yetkileri ayrı ayrı belirlenerek atanmışsa, her biri kendi yetkisi kapsamındaki işlerden dolayı meydana gelen zarardan sorumludur[731]. Ancak birden çok kayyım, yetkileri ayrı ayrı belirlenmeden görevi birlikte yürütmek üzere atanmışsa, kayyımlar zincirleme (müteselsilen) sorumludur[732]. Bununla birlikte Kaufmann, birden çok kayyımlığın tüm hallerinde zincirleme sorumluluğun kabul edilmesini önermektedir[733].

---

[723] Egger, Die Vormundschaft, Art. 426 N 22, s. 594.
[724] Öztan, s. 836; Egger, Die Vormundschaft, Art. 426 N 7, s. 588; Karanlık, s. 143; Taşkın, s. 95.
[725] Egger, Die Vormundschaft, Art. 426 N 43, s. 601; Taşkın, s. 94.
[726] Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 439. Tekinay (s. 683), eski yasa döneminde yazdığı eserinde devletin sorumluluğunda kusurun ispatının yer değiştirdiğini ileri sürerek devletin sorumluluğunu da kusurlu sorumluluk olarak kabul etmektedir.
[727] İMK'de ise vesayet daireleri üyelerinin sorumluluğu kişiseldir, onlardan tazmin edilemediği takdirde devletten zararın tazmini istenebilir. Egger, Die Vormundschaft, Art. 427 N 1, s. 604.
[728] Öztan, s. 837; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 438; Tekinay, s. 683-684; Saymen/Elbir, s. 582; Karanlık, s. 144; Taşkın, s. 95.
[729] Kaufmann, Art. 426 N 15, s. 428.
[730] Kaufmann, Art. 426 N 15, s. 428.
[731] Kaufmann, Art. 426 N 20, s. 429.
[732] Saymen/Elbir, s. 532.
[733] Kaufmann, Art. 426 N 20, s. 429-430.

Yasanın 468. maddesinin ikinci fıkrasına göre zararı tazmin eden devlet, zararın meydana gelmesinde kusurlu olanlara rücu eder. Maddenin üçüncü fıkrasına göre zararın doğmasına kusuru ile neden olanlar, rücu hakkını kullanan devlete karşı müteselsilen sorumludurlar. Tazminat davasına bakmaya yetkili ve görevli mahkeme, 469/2'ye göre vesayet dairesinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesidir. Rücu davaları da aynı mahkemede görülür; ancak devletin vesayet dairelerinde görevli olanlara karşı açtığı rücu davasına 469/1'e göre bu kişilerin görevli olduğu vesayet dairelerine en yakın asliye hukuk mahkemesi bakmaya yetkilidir.

Yasanın 492. maddesinin ilk fıkrasına göre sorumlu vasi ve kayyıma karşı açılacak tazminat davası, kesin hesabın tebliğ edildiği tarihten başlayarak bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Temsil kayyımlığında ise kayyımın görevinin sona erdiğine ilişkin kararın tebliğinden itibaren zamanaşımı işlemeye başlar. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre tazmin ettirilemeyen zararlar için devlete karşı açılacak tazminat davasının zamanaşımı süresi, zararın vasi, kayyım veya yasal danışmana tazmin ettirilemeyeceğinin anlaşılmasından başlayarak bir yıldır. Vesayet dairelerinde görevli olanların sebebiyet verdiği zarardan dolayı devlete karşı açılacak tazminat davasındaki zamanaşımı genel hükümlere bağlıdır. Devletin rücu davası, rücu hakkının doğumunun üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. 493. maddede olağanüstü zamanaşımı düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, olağan zamanaşımı süresi işlemeye başlamadan önce zarar görence bilinmesi veya anlaşılması olanağı bulunmayan bir hesap yanlışlığına veya bir sorumluluk nedenine dayanan tazminat davası, hesap yanlışlığının veya sorumluluk nedeninin öğrenilmesinden başlayarak bir yıl içinde açılabilir. Vesayetten doğan tazminat davaları, her durumda kesin hesabın tebliğinden başlayarak on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. 494. maddeye göre vesayet altındaki (kendisine kayyım atanan) kişinin vasi (kayyım) veya devlete karşı alacakları imtiyazlı alacaktır. Benzer bir hükme İcra ve İflâs Kanunu'nun 101. maddesinde de yer verilmiştir.

III- Kayyımın Çocuğu Yetkisiz Temsili ve Sonuçları

Kayyımın kendisine verilen yetkiyi aşarak çocuk adına belli bir işi görmesi halinde, kayyımın çocuğu yetkisiz temsil ettiğinden söz edilir. Vasi ve veli, yasal temsilci olarak temsile düşman hukuksal işlemler dışındaki tüm hukuksal işlemlerde küçük veya kısıtlıyı temsil ettiğinden, yetkisiz temsil velayet ya da vesayet hükümleri arasında düzenlenmemiştir. Kayyımlığa ilişkin olarak yasanın sadece 460. maddesinde yönetim kayyımının, kendisine yönetimi verilen malvarlığının yönetimi için gerekli işleri yapabileceği, bunu aşan işleri yapabilmesi için temsil edilenin özel yetki vermesi ya da vesayet makamının izni gerektiği belirtilmiştir. Kayyımın özel yetki ya da izin almadan kendisinden yapılması istenen işler dışında iş yapması yetkisiz temsildir[734]. TMK 462 ve 463. maddelere göre izin alınması gerektiği halde alınmadan yapılan işlemin akıbeti ise 465. maddede düzenlenmiştir[735], buna göre böyle bir işlem vesayet altındakinin vasinin rızası olmadan yaptığı işlem hükmündedir, diğer bir deyişle tek taraflı bağlamazlık söz konusudur[736].

Ayrıca kayyımın vesayet makamının talimatlarına uygun olmadan yaptığı iş de yetkisiz temsildir[737]. Bu anlamda temsilciye temsil yetkisi verilmiş olmakla beraber, temsilci bu yetkiyi aşmışsa yetkisiz temsil söz konusudur[738]. Ancak bu sınırlara uyulmadan yapılan işlerin akıbetinin ne olacağı düzenlenmemiştir. Bu durumda Borçlar Kanunu'nun yetkisiz temsil hükümleri örneksenerek uygulanmalıdır[739]. Dolayısıyla kayyım, yetkisini aşarak çocuk adına bir işlem yaparsa, bu işlem kural olarak çocuğu bağlamaz ve askıda geçersiz olur. Bu işleme kimin onay verebileceği konusunda öğretide bir açıklık bulunmamaktadır[740]. Kanımızca çocuk, işlemi yapmaya ehil olmadığından ve yasal temsilcisinin de temsile engel bir durumu olduğundan, işlemi ancak kayyımı atayan ve onu yetkilendiren vesayet makamı onaylayabilir. Vesayet makamı, yapılan işlem çocuğun

---

[734] Biderbost, Art. 419 N 27, s. 2111.
[735] Biderbost, Art. 419 N 28, s. 2111.
[736] Öztan, s. 825.
[737] Gümüş, s. 302.
[738] Akyol, s. 452.
[739] Biderbost, Art. 419 N 27, s. 2111; Gümüş, s. 302; Akyol, s. 460.
[740] TMK 462 ve 463. maddelere göre izin alınması gereken işlemlerde izin alınmaması halinde işleme duruma göre vesayet veya denetim makamının onay vererek işlemi geçerli kılabileceği belirtilirken (Öztan, s. 825), kayyımın bunun dışında yetkisini aşarak iş görmesi durumunda kimin onay vereceği belirtilmemektedir.

yararına uygunsa onaylar ve işlem çocuğu bağlar, çocuğun yararına uygun bulmazsa onaylamaz. Yetkisiz temsil hükümlerine göre üçüncü kişilerin iyi niyeti korunur[741].

IV- Kayyımın Ücreti

Türk Medeni Kanunu'nun 458. maddesinin ikinci fıkrasına göre kayyımın ücreti vesayet makamınca belirlenir. Ancak ücretin nasıl belirleneceği ve ödeneceği hakkında bir düzenleme yapılmadığından vasinin ücretine ilişkin 457. madde 403/3'ün yaptığı yollama gereği örneksenerek uygulanır[742]. 457. maddeye göre vasi, vesayet altındaki kişinin malvarlığından, olanak bulunmadığı takdirde Hazineden karşılanmak üzere kendisine bir ücret verilmesini isteyebilir. Ödenecek ücret, yönetimin gerektirdiği emek ve yönetilen malvarlığının geliri göz önünde tutulmak suretiyle her hesap dönemi için vesayet makamınca belirlenir. Bu hükme göre vasinin ücreti kayyımlıkta olduğu gibi vesayet makamınca belirlenir. Belirlemede yönetimin gerektirdiği emek ve malvarlığının geliri göz önünde tutulur. Ücret, kayyımın görev nedeniyle yapması gereken masrafları da kapsar[743]. İşin masrafları vesayet makamınca kayyıma önceden ödenmelidir, ancak tutarı öngörülemiyorsa sonra tamamlanmak üzere avans biçiminde belli bir ücret de verilebilir[744]. Ayrıca ücret öncelikle kendisine vasi atananın malvarlığından, eğer malvarlığından ödenmeye olanak yoksa Hazineden ödenir. Bu hükmün kayyımlığa örneksenerek uygulanması durumunda ise öncelikle çocuğun malvarlığından ödenir, çocuğun malvarlığı elverişli değilse bakım yükümlülüğüne sahip anne babanın malvarlığından, sonrasında yardım yükümlülüğünde olan akrabalarının malvarlığından, o da elverişli değilse Hazineden ödenir[745]. Öte yandan temsil kayyımlığının konusu, bir malvarlığının yönetimi olmadığından, ücretin belirlenmesinde malvarlığının geliri göz önünde tutulamaz, görülmesi istenen işin gereği gibi görülmesi için gerekli emeğe, özel bilgi ve yeteneğe, işin zorluğuna göre

[741] Bkz. dipnot 245'e ilişkin cümle.
[742] İMK 416/TMK 457'nin yönetim kayyımlığında örneksenerek uygulanması tartışmasız kabul edilirken temsil kayyımlığında uygulanması o kadar açık değildir. Biderbost, Art. 417 N 39, s. 2098.
[743] Biderbost, Art. 417 N 39, s. 2098; Gümüş, s. 313.
[744] Gümüş, s. 313.
[745] Gümüş, s. 314.

belirlenir[746]. Bu miktarın belirlenmesinde vesayet makamı görülen işin piyasa değerini göz önünde bulundurmalıdır. Vesayet makamının ücretin belirlenmesine ilişkin kararına ilgililer 461/2'ye göre itiraz edebilirler, denetim makamının verdiği karar kesindir[747]. Kayyıma bu ücret dışında dava sonunda vekâlet ücreti takdir edilmez, kayyım bir avukat atamışsa kayyımın avukatı için vekâlet ücreti belirlenir[748].

§7. Kayyımın Görevinin ve Kayyımlığın Sona Ermesi

I- Kayyımın Görevinin Sona Ermesi

A- Kendiliğinden Sona Ermesi

Kayyımın görevinin sona erme nedenlerinden ilki kayyımlığın sona ermesidir[749]. Ancak kayyımın görevi, kayyımlık sona ermediği hallerde de sona erebilir. Kayyımın görevinin kendiliğinden sona erdiği haller hukuksal işlem ehliyetinin yitirilmesi, ölüm veya vesayet makamınca belirlenen sürenin veya iki yıllık yasal sürenin sona ermesine karşın sürenin uzatılmaması ve kasten işlenen suçtan dolayı hapse mahkûmiyettir[750]. Türk Medeni Kanunu'nun 479. maddesine göre vasilik görevi, vasinin fiil ehliyetini yitirmesi veya ölümüyle sona erer. 480. maddeye göre vasilik görevi uzatılmadığı takdirde sürenin dolmasıyla sona erer. Söz konusu hükümler 403/3 gereği kayyımlık hakkında da uygulanır[751]. Kayyıma yasal danışman atanması halinde ehliyetini yitirmiş sayılamaz, bu nedenle kendiliğinden sona ermez[752]. Hukuksal işlem ehliyetinin geçici yitirilmesi de kayyımın görevini kendiliğinden sona erdirmez[753]. Ayırt etme gücünün sürekli olarak yitirilmesi durumunda ise ne zaman sürekli yitimin başladığını belirlemek çoğu zaman zordur,

[746] Biderbost, Art. 417 N 39, s. 2098; Gümüş, s. 313; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 433; Egger, Die Vormundschaft, Art. 417 N 13, s. 528.
[747] Aksi yönde bkz. Y. 2. HD 21.02.2006 E. 2005/15488 K. 2006/2035. Ömer Uğur Gençcan, bu karara yazdığı karşı oy gerekçesinde denetim makamının kararının kesin olması nedeniyle kararın temyiz edilemeyeceğini belirtmektedir. Yıldız/Gürsoy, s. 145-146.
[748] Gümüş, s. 314; Biderbost, Art. 417 N 40, s. 2099.
[749] Riemer, Das Vormundschaftsrecht, s. 146.
[750] Gümüş, s. 344; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 410-411.
[751] Geiser, Art. 441-444 N 2, s. 2192; Riemer, Das Vormundschaftsrecht, s. 146.
[752] Akkaya, s. 266. Aksi görüş için bkz. Gümüş, s. 344; Geiser, Art. 441-444 N 6, s. 2193.
[753] Geiser, Art. 441-444 N 7, s. 2194.

temsil yetkisinin kendiliğinden sona erdiği kabul edilen bir kayyımın yaptığı işlemler hukuksal işlem güvenliğini zedeleyeceği için ayırt etme gücünün sürekli yitirilmesinin 479. madde kapsamında olmadığı kabul edilmelidir[754]. Ayrıca kayyım hakkında gaiplik kararının verilmesi durumunda yine kendiliğinden kayyımlık görevi sona erer[755]. Sürenin dolması halinde kayyımın görevinin kendiliğinden sona erip ermeyeceği öğretide tartışılmalıdır[756]; ancak öğretide genellikle kabul edilen görüşe göre kayyımın görevi kendiliğinden sona erer[757]. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 53/1/c hükmüne göre kişi kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin yasal sonucu olarak velayet hakkından, vesayet veya kayyımlığa ilişkin bir hizmette bulunmaktan yoksun bırakılır, bu hükme göre kayyımlık kendiliğinden sona erer[758]. Fakat TCK 53/3'e göre mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlık yetkileri açısından 53/1/c uygulanmaz, bu durumda kayyımlık kendiliğinden sona ermez, ancak vesayet makamının kararı ile sona erer.

B- Vesayet Makamının Kararı ile Sona Ermesi

Türk Medeni Kanunu'nun 481. maddesine göre vasi, vasiliğe engel bir nedenin ortaya çıkması halinde görevinden çekilmek zorundadır. Bir kaçınma nedeni ortaya çıktığı takdirde sürenin bitiminden önce görevden alınmasını isteyebilir; ancak önemli nedenlerin varlığı halinde görevine devam etmek zorundadır. Bu hükümler, 403/3 gereği kayyımlık hakkında da uygulanır. Gerek görevden çekilme durumunda gerekse görevden alınmasını isteme durumunda kayyımlık görevi kendiliğinden sona ermez, 483/2'ye göre görevden alma kararının varlığı şarttır[759]. Yasanın 482. maddesine göre görevi sona eren vasi (kayyım), yensisi göreve başlayıncaya kadar zorunlu işleri yapmakla yükümlüdür. Bununla birlikte kayyımın bu yükümlülüğü vesayet makamlarını sorumluluktan kurtarmaz, vesayet makamı yeni bir kayyım

[754] Geiser, Art. 441-444 N 8, s. 2194.
[755] Gümüş, s. 344; Geiser, Art. 441-444 N 4, s. 2193.
[756] Bkz. Geiser, Art. 441-444 N 11, s. 2195.
[757] Geiser, Art. 441-444 N 11, s. 2195; Gümüş, s. 344; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 411.
[758] Gümüş, s. 344.
[759] Gümüş, s. 345.

atanıncaya dek 420. maddeyi örnekseyerek gerekli olan geçici önlemleri almakla yükümlüdür[760].

Ayrıca yasanın 483. maddesine göre vasi görevini ağır biçimde savsaklar, yetkilerini kötüye kullanır veya güven sarsıcı davranışlarda bulunur ya da borç ödemede acze düşerse vesayet makamı tarafından görevden alınır. Vasinin görevini yapmakta yetersizliği nedeniyle vesayet altındaki kişinin çıkarları tehlikeye düşerse vesayet makamı kusuru olmasa bile vasiyi görevden alabilir. Görevden almaya ilişkin hükümler kayyımlık hakkında da 403/3 örneksenerek uygulanır[761].

Görevden almanın usulü 484-488. maddeler arasında düzenlenmiştir. Kayyımın görevden alınması yargılaması çekişmesiz bir yargı işidir. 484. maddeye göre ayırt etme gücüne sahip vesayet altındaki (kendisine kayyım atanan) kişi veya her ilgili, vasinin (kayyımın) görevden alınmasını isteyebilir. Vesayet makamı, görevden alınmayı gerektiren durumu başka yolla öğrendiği takdirde, kendiliğinden vasiyi (kayyımı) görevden almakla yükümlüdür. Yetkili vesayet makamı şimdiye dek kayyımlığı şimdiye dek yürüten makamdır; ancak kayyımlık altındaki kişinin yerleşim yerinin değişmesine bağlı olarak kayyımlığı yürüten vesayet makamı değişmişse yetki yeni makama geçer[762]. 485/1'e göre vesayet makamı, ancak gerekli araştırmayı yaptıktan ve vasiyi (kayyımı) dinledikten sonra onu görevden alabilir. Sadece kayyımın değil başta kayyımlık altına alınan kişi olmak üzere diğer ilgililer de dinlenme hakkına sahiptir[763]. TMK 485/2'ye göre vesayet makamı ağır olmayan hallerde vasiye (kayyıma) görevden alınacağı konusunda uyarıda bulunur.

Gecikmesinde tehlike bulunan hallerde vesayet makamı, vasiye (kayyıma) geçici olarak işten el çektirip bir kayyım atayabileceği gibi gerekirse olası zararı göz önünde bulundurarak vasinin (kayyımın) mallarına ihtiyati haciz koyabilir veya tutuklanmasını isteyebilir. Geçici nitelikte kayyım atanması önlemi, temsil kayyımlığından çok, daha sürekli nitelik taşıyan yönetim kayyımlığında önem taşır[764]. Bununla birlikte 426/b.3 veya 420. maddeye göre de kayyımın engeli

[760] Geiser, Art. 441-444 N 28, s. 2199.
[761] Gümüş, s. 345; Geiser, Art. 445 N 1, s. 2200.
[762] Geiser, Art. 445 N 18, s. 2204. Öztan (s. 796) ve Akıntürk (s. 507), yasanın açık hükmüne karşın asliye hukuk mahkemesinin kayyımı görevden alabileceğini ileri sürmektedir.
[763] Geiser, Art. 446-450 N 24-25, s. 2210.
[764] Krş. Gümüş, s. 348.

nedeniyle geçici nitelikte kayyım atanabilir[765]. 487. maddeye göre vesayet makamı görevden alma ve uyarı dışında vesayet altındaki (kendisine kayyım atanan) kişinin korunması için gerekli başka önlemleri almakla yükümlüdür. Kayyımın 483. maddeye göre görevden alınması durumunda yeni kayyım atanıncaya dek zorunlu işleri yapma yükümlülüğü getiren 482. madde uygulanmaz[766]. İlgililer, vesayet makamının kararlarına karşı 488. maddeye göre tebliğ gününden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edebilirler. Kayyım veya diğer ilgililer dinlenmeden kayyımın görevden alınması da itiraz nedenidir. Kayyım, vesayet makamınca dinlenmediği takdirde, itiraz makamı olarak görevli olan denetim makamınca dinlenerek bu konudaki ihmal telafi edilebilir[767]. Denetim makamı, gerekirse duruşma da yaparak itiraz hakkında karar verir, verdiği karar kesindir.

C- Kayyımın Görevinin Sona Ermesinin Sonuçları

Türk Medeni Kanunu'nun 489. maddesine göre görevi sona eren vasi, yönetimle ilgili son raporu ve kesin hesabı vesayet makamına vermekle yükümlü olduğu gibi malvarlığını vesayet altındaki kişiye, mirasçılarına veya yeni vasiye teslim edilmek üzere hazır bulundurmak zorundadır. 490. maddeye göre son rapor ve kesin hesap belli zamanlarda verilen rapor ve hesaplar gibi vesayet makamı tarafından incelenir ve onaylanır. Yargıç, rapor ve kesin hesapta eksiklik veya yanlışlık görmüşse onları tamamlatıp düzelttirdikten sonra onaylar[768]. 491. maddeye göre son rapor ve kesin hesap onaylandıktan ve malvarlığı 489. maddeye göre teslim edildikten yani malvarlığı üzerindeki zilyetliğin geçirilmesinden[769] sonra vesayet makamı vasinin görevine sona erdiğine karar verir. Bu karar yargısal ibra niteliğinde olmakla birlikte ilgililerin tazminat davası açma hakları saklıdır[770]. Vesayet makamı, son rapor ve kesin hesabın onaylanması veya reddi konusundaki kararını kesin hesapla birlikte vesayet altındaki kişiye, mirasçılarına veya yeni vasiye tazminat davası açma hakları bulunduğunu da belirtmek suretiyle tebliğ eder. Bu tebliğde

[765] Gümüş, s. 347-348.
[766] Geiser, Art. 445 N 17, s. 2204.
[767] Geiser, Art. 446-450 N 23, s. 2210.
[768] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1194; Öztan, s. 831.
[769] Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 414.
[770] Gümüş, s. 348; Öztan, s. 831; Akıntürk, s. 554.

vasinin görevine son verildiği de belirtilir. Kayyımın görevinin sona ermesi halinde belirtilen hükümler 403/3 örneksenerek uygulanır[771]. Kayyım, görülen işe veya yönetime ilişkin son raporunu kesin hesapla birlikte vesayet makamına verir[772]. Ancak kayyımın görevi ölüm nedeniyle sona ermişse malvarlığını teslim yükümlülüğü kayyımın mirasçılarına aittir, hukuksal işlem ehliyetinin yitirilmesi nedeniyle sona ermişse yükümlülük yasal temsilcisi tarafından yerine getirilir.

II- Kayyımlığın Sona Ermesi

A- Kendiliğinden Sona Ermesi

Türk Medeni Kanunu'nun 477. maddesinin birinci fıkrasına göre temsil kayyımlığı, kayyımın yapmakla görevlendirildiği işin bitirilmesiyle kendiliğinden sona erer. Aynı biçimde kayyımın yapmakla görevlendirildiği işin yapılmasının olanaksız hale gelmesi durumunda da kayyımlığın kendiliğinden sona erdiği kabul edilmelidir[773]. Kayyımın dava hakkının yasada hak düşürücü süreye bağlandığı durumlarda bu süre içinde kayyımın dava açmaması da aynı nedenle kayyımlığı kendiliğinden sona erdirir. Küçüğün erginleşerek tam ehliyetli duruma gelmesi[774], ölmesi, yasal temsilcinin işi bizzat görmesi veya bir temsilci ataması kayyımlığı kendiliğinden sona erdirir[775], ancak yasal temsilcinin engelinin ortadan kalkması kayyımlığı kendiliğinden sona erdirmez[776]. Öte yandan nadiren kayyımlık altına alınan kişinin ölümü durumunda, özellikle bir malın mülkiyetinin kime ait olduğu bilinmediği için kayyım atanmışsa, yönetim kayyımlığı sürebilir[777].

Geiser'e göre 426/b.1'e göre kendisine kayyım atanan kişinin işi görebilecek duruma gelmesi halinde hukuksal işlem güvenliği nedeniyle kayyımın temsil yetkisi kendiliğinden sona eremez, mutlaka vesayet makamının kararı gerekir[778]. Bu doğrultuda 426/b.2-3'e göre kayyımlığın kurulmasının temelindeki yasal temsilcinin

[771] Geiser, Art. 451-453 N 6, s. 2214.
[772] Gümüş, s. 348.
[773] Öztan, s. 795.
[774] Geiser, Art. 439 N 6, s. 2186.
[775] Gümüş, s. 335-336.
[776] Gümüş, s. 335-336. Krş. Öztan, s. 795.
[777] Geiser, Art. 439 N 7, s. 2186.
[778] Geiser, Art. 439 N 5, s. 2185. Krş. Pfander, s. 46-47.

engeli ortadan kalktığı takdirde yine hukuksal işlem güvenliği nedeniyle kayyımın temsil yetkisi kendiliğinden sona ermez, bu durumda kayyımlığın kaldırılması gerekir[779]. Buna karşılık kendisine kayyım atanan küçüğün erginleşmesi durumunda yasal temsil yetkisi olguya bağlı olarak değil yasa gereği sona erdiğinden kayyımlık kendiliğinden son bulur.

B- Vesayet Makamının Kararı ile Sona Ermesi

Koşullarda meydana gelen değişikliklerin, daha farklı bir vesayet önleminin alınmasını, örneğin vesayet altına alınmasını ya da yasal danışman atanmasını gerektirmesi durumunda, vesayet makamının kararı ile kayyımlık sona erer. Ancak bu durum, belli bir iş için kurulan temsil kayyımlığından çok, yönetim kayyımlığında söz konusu olabilir. Bunun dışında kayyımlık kurulmasını hukuka ve usule uygun bulmayan vesayet makamı her zaman kayyımlığın kaldırılmasına karar verebilir[780]; yani kayyımlığın sona ermesinde de kendiliğinden harekete geçme ilkesi geçerlidir[781].

TMK 477. maddenin ikinci fıkrasına göre yönetim kayyımlığı, kayyımın atanmasını gerektiren sebebin ortadan kalkması veya kayyımın görevden alınmasıyla sona erer. Kaynak kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'nun TMK 477/2'ye karşılık gelen 439/2 hükmüne göre yönetim kayyımlığı, kayyımın atanmasını gerektiren nedenin ortadan kalkması ve kayyımın görevden alınmasıyla sona erer. Yani İMK, bizim yasamızın ifadesinden farklı olarak, yönetim kayyımlığının kurulmasını gerektiren nedenin ortadan kalkmasını kendiliğinden kayyımlığı sona erdiren bir neden olarak öngörmemiştir; kayyımlığın sona ermesi için vesayet makamının kararına gereksinim duyulur. Gümüş, Türk hukukunda yasa koyucunun "veya" biçimindeki ifadesinin bilinçsizce olduğunu ve bu hükmün İMK'ye uygun olarak yorumlanmasını gerektiğini ileri sürmektedir[782]. Gerçekten de kayyımın atanmasını gerektiren nedenin ortadan kalkması halinde kayyımlığın kendiliğinden sona erdiği kabul edilecek olsaydı Geiser'in de belirttiği gibi hukuksal işlem güvenliği

[779] Geiser, Art. 439 N 6, s. 2186.
[780] Gümüş, s. 334.
[781] Riemer, Das Vormundschaftsrecht, s. 147.
[782] Gümüş, s. 337-338.

zedelenir[783], yönetilen malvarlığı zarar görebilirdi. Bu nedenle kanımızca da yönetim kayyımlığının son bulması için yönetim kayyımlığına ilişkin vesayet makamının kararına gerek vardır[784]. Kayyımın atanmasını gerektiren nedenin ortadan kalkması, temsil kayyımlığını da sona erdiren bir nedendir, ancak yönetim kayyımlığında olduğu gibi vesayet makamınca 477/2 hükmü örneksenerek buna karar verilmesi gerekir[785]. Yasal temsilcinin 426/b.3'e göre engelinin ortadan kalkması kayyımlığın kaldırılması nedenidir; ancak vesayet makamı karar vermeden kayyımlık sona ermez. Bu sürede yasal temsilci de kayyım da eş zamanlı yetkilidir; her ikisi de çocuk adına söz konusu belirli işi görürse hangi işlem daha önce yapılmışsa o geçerli sayılır[786]. Ancak eş zamanda yapılmışsa her iki işlem de geçerli olduğundan kayyımlık altındaki çocuk, hangi işlemi kabul edip hangisini ifa etmeyeceğini seçme hakkına sahip olur[787].

C- Kayyımlığın Sona Erdiğine İlişkin Kararın Verilmesi ve Sonuçları

Kayyımlık, ister kendiliğinden sona ersin ister vesayet makamı kararıyla sona ersin, vesayet makamının kayyımlığın sona erdiğine karar vermesi gerekir. Yetkili vesayet makamı, kayyımlığı kuran vesayet makamıdır ve temsil kayyımlığında kayyımlık altına alınanın yerleşim yeri değişmişse yetkili makam da değişir[788]. Kayyımlığın kendiliğinden sona ermesi durumunda verilen karar, kurucu değil açıklayıcı olsa da kayyımın vereceği son rapor ve kesin hesabın incelenmesi sonucu buna ilişkin yapılacak denetim sonucunda vesayet makamı tarafından yargısal ibra niteliğinde bir karar verilmesi gerekir. Bu açıdan kayyımlığın kaldırılması yargılaması işi, usul ekonomisi gereği kayyımlığın sona ermesine bağlı kayyımın görevine son verme yargılaması içinde görülmelidir[789]. Kayyımlığın kaldırılması yargılaması da kayyımlığın kurulması gibi çekişmesiz yargı işidir, vesayet makamı

[783] Geiser, Art. 439 N 5, s. 2185.
[784] Geiser, Art. 439 N 7, s. 2186; Pfander, s. 86; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1179; Öztan, s. 796; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 434; Velidedeoğlu, s. 553; Saymen/Elbir, s. 553. Öztan (s. 796), kayyımın görevinin asliye hukuk mahkemesi kararı ile sona ereceğini ileri sürmektedir.
[785] Geiser, Art. 439 N 5, s. 2185; Gümüş, s. 335-336.
[786] Biderbost, Art. 417 N 23; s. 2095.
[787] Biderbost, Art. 417 N 23; s. 2095.
[788] Geiser, Art. 439 N 18, s. 2188.
[789] Gümüş, s. 341.

kendiliğinden harekete geçer ve kendiliğinden araştırır[790]. Karar verilmeden önce ilgililerin dinlenmesi gereklidir. İlgililer, kayyımlığın kaldırılması konusunda verilen karara karşı temyiz yoluna başvurabilirler; ancak karar düzeltme yolu kapalıdır[791]. Kayyım, kayyımlığın kaldırılması kararının verilmesiyle birlikte yaptığı masrafları kayyımlık altına alınandan isteyebilir[792]; çünkü Borçlar Kanunu'nun 132. maddesine göre vesayet devam ettiği sürece vesayet altında bulunanların vasi veya sulh hâkimi veya asliye mahkemesi nezdinde olan alacakları hakkında zamanaşımı durur. Bu hüküm, kayyımlık hakkında da örneksenerek uygulanır. 403/3 hükmü TMK hükümlerine örnekseme konusunda gönderme yapsa da BK de TMK'nin bir parçasıdır. Alacak davasının görülmesinde kesin hesabın vesayet makamınca onaylanması ön sorun oluşturur[793].

III- Kararın İlanı

Türk Medeni Kanunu'nun 478. maddesine göre atamanın ilan edilmiş olması veya vesayet makamının gerekli görmesi hallerinde kayyımlığın sona erdiği de ilan edilir. Dolayısıyla kayyımlığın kurulması kararı ilan edilmişse vesayet makamının takdirine bağlı olmaksızın kayyımlığın sona erdiği ilan edilir. Ancak kayyımlığın kurulması kararı ilan edilmemişse, kayyımlığın sona erdiğinin ilan edilip edilmeyeceğine vesayet makamı karar verir. İlan, öncelikle ilgili kişinin korunmasına hizmet eder[794] ve ilanın gerekip gerekmediği bu esasta değerlendirilmelidir. Kayyımlığın sona erdiğine ilişkin karar, maddi hukuk alanında bir etki doğurmaz; çünkü bir kişinin hukuksal işlem ehliyetini bir vesayet önlemi kısıtladığı sürece bu kararın kaldırılması onun hukuksal işlem ehliyetini yeniden kazandırır[795]; ancak kişinin hukuksal işlem ehliyeti kayyımlığın kurulmasından etkilenmediğinden kayyımlığın kaldırılması da bir etki doğurmaz. Buna karşılık kararın ilanı, üçüncü

[790] Gümüş, s. 341; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008, s. 409.
[791] Gümüş, s. 342.
[792] Gümüş, s. 342.
[793] Gümüş, s. 342.
[794] Geiser, Art. 440 N 3, s. 2189. Burada belirtilmelidir ki İsviçre Medeni Kanunu'nda bu hükme karşılık gelen 440. madde yayın ve duyuru olmak üzere iki farklı durumu düzenlemektedir. Ancak TMK'de sadece ilandan söz edilmektedir, yasamızın söz ettiği ilanın İMK'deki yayınlama ve duyurunun her ikisini de kapsadığı kanısındayız.
[795] Geiser, Art. 440 N 3, s. 2189.

kişilerin kayyımın temsil yetkisinin varlığı hususundaki iyi niyetlerini ortadan kaldıran bir işleve sahiptir[796].

[796] Gümüş, s. 343.

SONUÇ

Çocuğun kayyım tarafından temsili, çocuğun çıkarlarının korunmasında önemli bir işleve sahiptir. Anne babanın veya vasinin çocuğun çıkarlarını korumakta yetersiz kalacağı kabul edilen durumlarda kayyım atanarak çocuğun çıkarları korunmaktadır. Uygulamada en sık karşılaşılan kayyım atama nedeni olan yarar çatışmasında ise kayyım çocuğun çıkarlarını anne babaya karşı savunur. Diğer yandan kayyımın gördüğü iş, sözleşmesel temsile benzemesine karşın, kayyım çocuğun talimatlarıyla bağlı değildir, çocuğun görüşlerini almalıdır; ancak çocuğun görüşleri çocuğun yüksek yararına uygun değilse kayyım çocuğun iradesine karşın onu koruyarak görevini yerine getirmelidir. Kayyımın, kendisine kayyım atananın iradesine karşın, onun çıkarlarını koruma işlevi, kayyımın bir vesayet organı olmasına dayanır. Kayyımlık, kendisine kayyım atanan kişinin hukuksal işlem ehliyetini etkilememesine karşın, çocuk sınırlı ehliyetsiz ya da tam ehliyetsiz olduğu için yasal temsilin diğer görünümleri olan velayet veya vesayetle işlevleri yönünden benzerlik taşır ve kayyım da niteliği itibarıyla bir yasal temsilcidir.

Kayyımlık, çocuğun temsili bakımından incelendiğinde yasada dağınık biçimde düzenlenmiş bir kurumdur. 426. maddenin ikinci ve üçüncü bentleri çocuğa temsil kayyımı atanmasını gerektiren nedenleri öngörür, ayrıca bazı hükümlerde çocuğa temsil kayyımı atanacağı açıkça düzenlenmiştir. Ancak açıkça düzenlenmeyen işlerde dahi 426/b.2-3'teki nedenlerden biri söz konusu ise yine temsil kayyımı atanır. Temsil kayyımlığının en sık karşılaşıldığı durum, çocuk ile yasal temsilci arasında meydana gelen yarar çatışmasıdır. Kayyım atanması için çocuk ile yasal temsilci arasındaki yarar çatışmasının somut olması gerekmez, soyut çatışma veya diğer deyişle soyut tehlike yeterlidir. Diğer yandan 427. maddenin ilk ve üçüncü bentlerinde düzenlenen durumlarda çocuğun malvarlığı gerekli yönetimden yoksun kaldığı için çocuğa yönetim kayyımı atanır. Söz konusu maddenin diğer bentleri, çocuğun temsilinde uygulanamaz. Çocuğun malvarlığının yönetiminin bir kayyıma bırakılması, çocuk malları konusu içinde çocuğun malvarlığının korunması bağlamında 361. madde ile bir önlem olarak düzenlenmiş olup 427. maddeye göre özel bir hüküm olduğundan öncelikle uygulama bulur. Temsil ve yönetim kayyımlığı dışında, çocuğun çıkarlarını korumak amacıyla

görevlendirilmesine karşın, çocuğu temsil veya çocuk mallarını yönetmeyip yargıcın verdiği talimatları yerine getirerek, çocuğa eşlik eden ve yardımcı olan kendine özgü kayyım, yasamızda düzenlenmemiştir. Kendine özgü kayyım olarak nitelendirdiğimiz eğitim veya ziyaret hakkı kayyımı, çocuğu temsil yetkisine sahip olmamasına karşın gözetim, denetim, yol gösterme ve yargıcın verdiği talimatları yerine getirme yoluyla çocuğun kişiliğinin korunmasını sağlar. Eğitim ve ziyaret hakkı kayyımlığı, İsviçre Medeni Kanunu'nda düzenlenmesine karşın Türk Medeni Kanunu'nda yer almamıştır, kanımızca çocuğun zarar görmeden aile yanında korunabilmesi için eğitim ve ziyaret hakkı kayyımlığının yasada düzenlenmesi gereklidir.

Çocuğun, taraf olmadığı halde karardan doğrudan etkilendiği yargılamalarda temsil edilmesi, ülkemizin taraf olduğu sözleşmelere göre çocuğa tanınması gereken bir hak olduğu halde, yürürlükteki usul hükümlerimizde bu hak açıkça tanınmamıştır. Çekişmesiz yargı işlerinde işle ilgili olan tüm kişiler yargılamaya katılabilmektedir; ancak çekişmeli yargıda çocuk taraf olmadığında temsil edilebilmesi özel hükümlerle bu hakkın tanınmasına bağlıdır. Çocuğun, taraf olmadığı bir yargılamada temsili en çok boşanma davasında önem taşımaktadır. Çünkü boşanma davası sadece eşlerin evlilik birliğini çözmekle kalmaz, bu yargılamada çocukların bakım ve korunmasıyla ilgili kararlar da verilir. Çocukların velayeti, taraflarla kişisel ilişkilerinin düzenlenmesi ve bakımı için velayeti kendisine verilmeyenin mahkûm edileceği iştirak nafakası, mahkemenin istem olmasına gerek olmaksızın kendiliğinden araştırarak çocuğun yararına uygun biçimde kararlaştırması gereken konulardır. İsviçre Medeni Kanunu'nda çocuğun boşanma davasında bir kayyım tarafından temsiline olanak tanıyan hükümler getirilmesine karşın Türk Medeni Kanunu'nda bir değişiklik yapılmamıştır. Kanımızca tasarı halindeki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na resen ihbar kurumunun yeniden alınması gerekir. Bu sayede davaya taraf olmayan, fakat karardan doğrudan etkilenecek kişilerin mahkemece yapılacak ihbarla yargılamada temsilinin sağlanması, ilgili kişilerin hukuksal dinlenme ve adil yargılanma hakkına uygun bir düzenleme olur. Buna karşın mahkeme, ÇHS ve Avrupa Sözleşmesi hükümleri gereği, çocukların bakım ve korunmasıyla ilgili duruşmayı çocuğa veya ona atanacak kayyıma ihbar ederek, çocukların bakım ve korunması konusunda çocuğun temsilini sağlayabilir.

Tezimizin üçüncü bölümünde ele alınan kayyımlığın kuruluşu, sona ermesi, kayyımın atanması, görevinin sona ermesi, kayyımın görev ve yetkileri, yasada ayrıntılı düzenlenmemiş, genellikle vesayet hükümlerine gönderme yapılmıştır. Dolayısıyla vasiliğe ilişkin hükümler, kayyımlık hakkında örneksenerek uygulandığı için tezimizde bu hükümlerin nasıl uygulanacağı incelenmiştir. Kayyımın sorumluluğu hakkında da vasinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kayyım ve yasal danışman hakkında da uygulanacağını belirten gönderme hükmü ile söz konusu hükümler uygulanır. Bunun yanında kayyımın çocuğu yetkisiz temsil etmesi durumunda, diğer bir deyişle kayyımın kendisine verilen yetkiyi aşması durumunda yapılan hukuksal işlemin geçerliliği, üçüncü kişiye karşı sorumluluk hakkında yasada ayrı bir düzenleme yapılmadığından borçlar hukukundaki yetkisiz temsil hükümleri örneksenerek uygulanır. Kanımızca kayyımlığın, gönderme hükümleriyle düzenlenmek yerine ayrıca ayrıntılı olarak düzenlenmesi, kayyımın atanmasında esas alınacak ölçütlerin, kayyımlığın temelindeki olgular ve geçici niteliği dikkate alınarak, vasinin atanmasından ayrı olarak belirlenmesi, kayyımın görev ve yetkilerinin sınırını belirleyen vesayet makamının talimatlarının, izin vermesi gereken durumların ayrıntılı olarak düzenlenmesi yerinde olur.

ÖZET

Kayyımlık, çocuğun temsilinde velayet ve vesayeti tamamlayan, vesayet önlemleri arasında kişiye en hafif müdahalede bulunan, yasada sınırlı sayıda ve tipte öngörülmüş bir koruma önlemidir. Çocuğa kayyım atanmasının en önemli nedenlerinden biri, çocuk ile yasal temsilci arasında belli bir işte yarar çatışmasının meydana gelmesi, diğeri ise yasal temsilcinin belli bir işte çocuğu temsil etmesine engel bir durumun ortaya çıkmasıdır. Aslında yarar çatışması da yasal temsilcinin çocuğu gereği gibi temsiline engel olduğu yasa koyucu tarafından kabul edilen bir durumdur. Türk hukukunda yarar çatışmasının yasal temsilcinin temsil yetkisini sona erdirmesi ve kayyımın atanması için soyut bir tehlikenin ortaya çıkması yeterlidir. Yasa koyucu, kayyım atanmasını gerektiren nedenleri öngördüğü 426 ve 427. madde yanında bazı hükümlerde kayyımın atanacağını açıkça öngörmüştür. Ancak öngörülen durumlara benzer durumlarda kayyım atanacağının öngörülmemesi kayyım atanmasına engel değildir, 426 ve 427. maddelere göre kayyım atanmasını gerektiren bir durum varsa vesayet makamı kendiliğinden kayyım atar. Çocuğun kişiliğinin tehlikeye düşmesi, çocuğun malvarlığının tehlikeye düşmesinden farklı olarak kayyım atanmasını gerektiren bir neden olarak yasada öngörülmemiştir. Çocuğun eğitim ve bakımında velilere yol gösteren, çocuğun haklarının korunması için kendisine verilen talimatları yerine getiren, ziyaret hakkının kullanımında gözetmenlik işlevini yüklenen eğitim ve ziyaret hakkı kayyımlıklarına, kaynak yasa olan İsviçre Medeni Kanunu'ndan farklı olarak, Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmemiştir. Ancak yargıç, çocuğun kişiliğinin korunması için kendisine tanınan takdir yetkisi kapsamında çocuğa eşlik etmek üzere kayyım niteliğinde olmayan bir gözetmen veya danışman atayabilir. Diğer yandan çocuğu ilgilendiren, ancak uygulamada çocuğun taraf olmadığı bazı yargılamalar, çekişmesiz yargı işi olduğu için, çocuk, yargılamaya ilgili olarak katılma ve temsil edilme hakkına sahiptir. Bunlar, boşanmadan sonra değişen koşullara göre çocuğun velayeti, kişisel ilişkileri ve iştirak nafakasının düzenlenmesi, velayetin kaldırılması yargılaması, kanımızca kişisel ilişki kurulması veya sınırlanması/kaldırılması yargılaması, evlat edinme yargılaması, çocuğun kişiliğinin veya malvarlığının korunması için gerekli önlemlerin alınması ve vesayet işleridir. Çocuğun taraf olmadığı, ancak doğrudan

etkilendiği çekişmeli bir yargı işi olan boşanma davasında ise çocuğun temsiline olanak tanıyan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ilgili kişilerin hukuksal dinlenme ve adil yargılanma hakkına saygı duyarak, mahkeme, çocuğu ilgilendiren nitelikte olan çocuğun bakım ve korunması için gerekli önlemlerin alınması, velayetin, kişisel ilişkilerin ve iştirak nafakasının düzenlenmesi sırasında, çocuğa bu iş için atanacak kayyımı duruşmaya çağırabilir. Kayyımlığın kurulması, sona ermesi, kayyımın atanması, görevden alınması, kayyımın görev ve yetkileri, sorumluluğu hakkında ayrıntılı düzenlemeler getirilmeyip vasiliğe ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Kayyımlıkla ilgili düzenlemelerin yeterli kalmadığı noktada, vesayete ilişkin hükümler, örneksenerek kayyımlık hakkında da uygulanır. Kayyımın çocuğu yetkisiz temsili durumunda Borçlar Kanunu'ndaki yetkisiz temsil hükümleri örneksenerek uygulanır.

ABSTRACT

Special guardianship is a protective measure which supplements parental custody and general guardianship applied in the representation of the child and intervenes in the person at the minimum level when compared to other guarding measures. The number of and the type of this measure are limited according to the code. One of the most important reasons for appointing a special guardian for the child is an outbreak of a conflict between the interests of a child and those of the legal representative concerning a definite act or action, and the other one is the development of an obstacle preventing the legal representative from representing the child for a definite act or action. Essentially, conflict of interests is a situation which is accepted by the legislative body as a barrier for the legal representative to represent the child properly. In accordance with the Turkish law, the dissolution of the authority vested to the legal representative due to any conflict of interests and the emergence of an immaterial danger are accepted to be adequate grounds for assigning a special guardian .The legislative body stipulated the grounds whereby a special guardian in Article 426 and 427 but it is also observed that there are some provisions defining the appointment of a special guardian. However, according to Article 426 and 427, the court appoints a special guardian if there is a condition requiring the appointment of a special guardian. Differently from the fact that any threat to the assets of a child is accepted as an adequate ground for the appointment of a legal representative, any threat to the personality of the child is not defined as a reason requiring a special guardian. Nurture and visiting right guardians (Erziehungsbeistand und Besuchsrechtsbeistand) guiding parents about education and caring of the child, following the directions given from the court to protect the rights of the child and functioning as a supervisor and advisor during the exercise of visiting right are not defined in Turkish Civil Code differently from Swiss Civil Code, the source code. However the court can appoint a supervisor or advisor who is not undertake the role of a special guardian but only to accompany the child within the framework of its wide judicial discretion. On the other hand, due to the fact that some proceedings that the child is not a party but concerns the child in application are characterized as ex parte proceedings, the child has the right to be involved and

represented in the trial. These proceedings are defined to be those concerning parental custody, the regulation of personal relations and participatory alimony and the lifting of custody and, to us, those concerning the building, limiting or forbidding personal relations, adoption, measures imposed for the protection of the child's personality and material assets and custody in the post-divorce period. But, there is not any regulation concerning the representation of the child in the divorce proceedings charecterized as a type of direct litigious proceedings to which the child is not a party but directly influenced from its results. However, the court may call the special guardian appointed for the child to the proceedings concerning the measures for the protection and caring of the child, the regulation of parental custody, personal relations and participatory alimony, respecting to the right to be listened and fair trial. There are not any detailed regulations concerning establishment and dissolution of special guardianship and the same applies to the appointment and removing the special guardians from office as well as their responsibilities, rights and liabilities. However, it is stated that the provisions concerning guardianship will be applicable. So, when the current and applicable regulations concerning special guardianship fail, provisions concerning guardianship are modeled. Where the special guardian fails to have the authorized representation, the provisions concerning unauthorized representation are applicable.