



**ONDOKUZ MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**HAKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN VELAYETE İLİŞKİN
YARGITAY KARAR ÖRNEKLERİ ÜZERİNDE
DEĞERLENDİRİLMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Yeşim ÖZTÜRKMEN İCAN

Danışman:

Prof. Dr. Erkan PERŞEMBE

Samsun, 2015

**ONDOKUZ MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**HAKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN VELAYETE İLİŞKİN
YARGITAY KARAR ÖRNEKLERİ ÜZERİNDE
DEĞERLENDİRİLMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Yeşim ÖZTÜRKMEN İCAN

Danışman:

Prof. Dr. Erkan PERŞEMBE

Samsun, 2015

BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ

Hazırladığım Yüksek Lisans Tezinin bütün aşamalarında bilimsel etiğe ve akademik kurallara riayet ettiğimi, çalışmada doğrudan veya dolaylı olarak kullandığım her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, yazımda enstitü yazım kılavuzuna uygun davranıldığımı taahhüt ederim.

__/__/__

Yeşim ÖZTÜRKMEN İCAN

TEZ KABUL VE ONAYI

Yeşim ÖZTÜRKMEN İCAN tarafından hazırlanan “Hakimin Velayetin Belirlenmesine İlişkin Takdir Yetkisinin Yargıtay Karar Örneklere Üzerinde Değerlendirilmesi” başlıklı bu çalışma, __/__/____ tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oy çokluğuyla başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

İmza

Başkan: _____
Üye : _____
Üye : _____

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylıyorum.

__/__/____

Enstitü Müdürü

ÖZET

Hakimin Velayetin Belirlenmesine İlişkin Takdir Yetkisinin

Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi

Yeşim ÖZTÜRKMEN İCAN

Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans, Temmuz/2015

Danışman: Prof. Dr. Erkan PERŞEMBE

4721 sayılı TMK'nin 182. maddesi velayetin tespiti bakımından hakime takdir yetkisi tanımaktadır. Velayetin tespiti kararı, çocuk, ebeveynler ve toplum üzerinde etkiler doğuran önemli bir karardır. Her davanın, farklı kişi ve koşulları konu edinmesi hakime takdir yetkisi tanınması sonucunu doğurmuştur. Takdir yetkisi, hakimin hiçbir sınırlamaya tabi olmadığı anlamına gelmemektedir. Hakim, keyfiyete varmadan, hukukun sınırları dahilinde hareket etmelidir. Takdir, genel kabul gören ve hatta bazıları yasal düzenleme halini almış ilkeler çerçevesinde oluşturulmalıdır. Bir üst mahkeme denetimi, keyfiyetin önüne geçilmesinin en önemli güvencesidir. Takdirini oluşturma hususunda hakime yol gösteren ilkeler, kanun yolu incelemesinde de göz önünde bulundurulur. Hakimin velayete ilişkin takdirinin oluşmasında temel ilke; “çocuğun üstün yararı”dır. Diğer bütün ilke ve faktörler bu ilke çerçevesinde ele alınmaktadır. İlkelerin sınırlandırıcı bir şekilde sayılması, tatbik edildikleri somut durumların çeşitliliği karşısında gerekli ve anlamlı değildir. İlkeler, bireysel ve toplumsal boyutlarıyla ele alınıp ağırlıklandırılarak uygulanacaktır. Çalışmamızda çocuğun üstün yararı ilkesi bağlamında; çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişimi, anne bakım ve şefkatine muhtaç olması, çocuğun görüşlerinin alınması, ebeveynin sağlığı ve yaşantısı, kendisine velayet bırakılmayan ebeveynle kişisel ilişkinin engellenmemesi, kardeşlerin ayrılmaması, çocuğun yaşadığı çevre ve alıştığı ortam ve uzman görüşünün alınması faktörleri hakimin takdirinin oluşmasında yol gösterici ilkelerin bir kısmı olarak incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Hakimin takdir yetkisi, velayet, kanun yolu, çocuğun üstün yararı

ABSTRACT

Analysis of the Discretion of the Judge on the Decision Examples of Supreme Court

About Determining the Custody of Child

Yeşim ÖZTÜRKMEN İCAN

Ondokuz Mayıs University, Institute of Social Sciences

Public Law Department, Master, July/2014

Supervisor: Erkan PERŞEMBE

Section 182 of 4721 Numbered Turkish Civil Code, gives authority to the judge to use her/his discretion about determining the custody of child. Decision about determining the custody of child, is an important decision which has effects both on child, parents and society. Every case takes different people and conditions as subjects, which is the very cause of using her/his authority on discretion has given to the judge. Using discretion does not mean that there is not any restriction on the judge. Judge should stay within the boundaries of law without arbitrariness. Discretion must be built under the frame of the principles which are generally accepted and even some of them are legally stipulated. A review of an appellate court is the most important guarantee against the arbitrariness. Principles which helps to the judge to build her discretion up are taken into account by appellate review too. Guiding principle about creating the discretion of the judge for determining the child custody is “the best interests of the child”. The other principles and factors, are considered under this principle. An effort to list those principles in a restricting way is unnecessary and meaningless, because of the diversity of the concrete circumstances which they applied. Principles will be applied by weighting and considering by their individual and social context. Our survey, in the context of best interests of the child, examines the factors of; physical, intellectual and moral development of child, being dependent to the mother compassion (tender years), taking the child's opinion into account, parents' health and circumstances, assessing the access of non custodial parent to the child, keeping siblings together, the environment in which child lives and is being adapted, and analysis of an expert, as some of the principles which leads judge to build her/his discretion.

Key Words: Discretion of the judge, custody, appellate, best interests of child

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ.....	1

1. BÖLÜM

HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ

1.1. Hukuk Teorisi Açısından Yargısal Karar Alma ve Hakimin Takdir Yetkisi.....	5
1.1.1. Hukuk Teorisinde Yargısal Karar Alma.....	5
1.1.1.1. Kanuni Pozitivizm.....	6
1.1.1.2. Tarihi Hukuk Okulu.....	8
1.1.1.3. Faydacı Hukuk Okulu.....	9
1.1.1.4. Serbest Hukuk Okulu.....	11
1.1.1.5. Saf Hukuk Okulu.....	11
1.1.1.6. Amerikan Hukuki Biçimciliği.....	13
1.1.1.7. Amerikan Hukuki Realizmi.....	14
1.1.1.8. Yasal Pragmatizm.....	16
1.1.1.9. Sosyolojik Hukuk Okulu.....	18
1.1.1.10. Nedensel Hukuk Teorisi.....	21
1.1.1.11. Mantıksal Seçim Teorileri.....	24
1.1.1.12. Tutumsal Model.....	26
1.2. Hakimin Takdir Yetkisinin Varlığı Tartışması.....	27
1.2.1. Ronald Dworkin.....	27
1.2.2. Joseph Raz.....	31
1.2.3. Thomas Perry.....	32
1.2.4. Rolf Sartorius.....	32
1.2.5. H.L.A. Hart.....	33

1.2.6. Mathias Klatt.....	36
1.2.7.Nedensel Teori.....	39
1.2.8. Gidon Gottlieb.....	39
1.3. Takdir Yetkisinin Varlığı Tartışmalarının Velayete İlişkin Bir Yargıtay Karar Örneği Üzerinden Değerlendirilmesi.....	40
1.4 Türk Medeni Hukukunda Hakimin Takdir Yetkisi.....	42
1.4.1. Takdir Yetkisinin Sınırları.....	46
1.4.2. Takdir Yetkisinin Kullanılması.....	47
1.4.3. Takdir Yetkisinin Denetimi.....	52

2. BÖLÜM

ÇOCUK HAKLARI VE VELAYET

2.1. Çocuk Hakları.....	54
2.1.1. Uluslararası Hukukta Çocuk Hakları.....	55
2.1.2. Türk Hukukunda Çocuk Hakları.....	56
2.1.2.1. Çocuğun Kişi ve Mal Varlığı Hakları.....	58
2.1.2.1.1.Çocuğun Kişi Varlığı Hakları.....	58
2.1.2.1.2. Çocuğun Mal Varlığı Hakları.....	61
2.2. Velayetin Tarihsel Gelişimi.....	61
2.3. Türk Medeni Hukukunda Velayet.....	68
2.3.1. Velayetin Tanımı ve Kapsamı.....	69
2.4. Çocuk Hakları Bakımından Velayetin Sınırlandırılması.....	71
2.4.1. Çocuğun Üstün Yararı İlkesi.....	71
2.4.2. Çocuğun Görüşünün Alınması İlkesi.....	74

3. BÖLÜM

VELAYETE İLİŞKİN YARGITAY KARAR ÖRNEKLERİNDE HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ DEĞERLENDİRMELERİ

3.1. Velayete ilişkin Yargıtay Karar Örneklerinde, “Çocuğun Üstün Yararı” İlkesi Çerçevesinde Hakimin Takdir Yetkisinin, Takdire Esas Faktörler Bakımından	
--	--

Değerlendirilmesi.....	84
3.1.1. Çocuğun Gelişimine İlişkin Faktörler Bakımından.....	85
3.1.1.1. Çocuğun Bedeni, Fikri ve Ahlaki Gelişimi.....	85
3.1.1.2. Çocuğun Anne Bakım ve Şefkatine Muhtaç Olması.....	90
3.1.1.3. Çocuğun Görüşlerinin Alınması.....	94
3.1.2. Ebeveyne ve Çevresel Etmenlere İlişkin Faktörler Bakımından.....	99
3.1.2.1. Ebeveynin Sağlığı ve Yaşantısı.....	99
3.1.2.2. Velayet Kendisine Bırakılmayan Ebeveynle Kişisel İlişkinin Engellenmesi.....	107
3.1.2.3. Kardeşlerin Ayrılmaması.....	113
3.1.2.4. Çocuğun Yaşadığı Çevre ve Alıştığı Ortam.....	115
3.1.2.5. Uzman Görüşünün Alınması.....	120
SONUÇ.....	126
KAYNAKÇA.....	131
ÖZGEÇMİŞ.....	137

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
BM	: Birleşmiş Milletler
ÇHS	: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
ÇKHAS	: Çocuk Haklarının Kullanılması Hakkında Avrupa Sözleşmesi
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
E	: Esas
f	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K	: Karar
m	: Madde
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UNICEF	: Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu

GİRİŞ

Araştırmanın Konusu ve Önemi

Toplum, kişilerin bir toplamı olmayıp bir etkileşim sistemidir. Bir bütünü oluşturan kişiler arasında ilişki ve etkileşim yoksa, hayat verdikleri toplumsal değerler ve normlar söz konusu değilse, o zaman toplum adı verilen bir bütünden bahsedilemez.

Her toplumda, insan ilişkilerini düzenleyen din, ahlak, hukuk, örf-adet kuralları yanında; aile, din, siyaset, ekonomi, eğitim ve hukuk gibi toplumsal kurumlar vardır. Söz konusu kurallar ve kurumlar, toplum halinde yaşayan insanların çeşitli ihtiyaçlarına cevap olarak ortaya çıkıp, insan ilişkilerine ve davranışlarına yön vererek toplumsal düzenin gerçekleşmesine katkıda bulunur.

Bahsedilen toplumsal düzen kuralları ve toplumsal kurumlar arasında nispeten uyumlu bir bütünlük vardır. İşte bu bütünlüğü, toplumsal düzen olarak ifade edebiliriz. Toplumsal yapıyı oluşturan ögeler arasında uyum olmadığında, anomi ve toplumsal çözülme olgusundan söz edilir. Toplumsal yaşamın sorunsal yapısı karşısında dengeli bir şekilde sürekliliğini sağlayan en önemli toplumsal yaptırım kurumu şüphesiz hukuktur.

Hukuk, toplumsal hayatın değişen koşullarına bağlı olarak gruplar ve bireyler arasındaki ilişkileri yeniden tanımlayarak, bunların topluma uyum gösterme kabiliyetlerinin devamını mümkün kılar. Hukukun, bir bütün olarak toplumun temel örgütlenmesine en önemli katkısı, bireyler ve gruplar arası ilişkileri özellikle ve açıkça tanımlamasıdır. Bu sayede, insan-insan, grup-grup ilişkisi çerçevesinde insanların ve grupların birbirlerinden beklentilerini belirler; her biri, diğerleri karşısında hangi haklara sahip olduğunu, ne tür taleplerde bulunabileceğini, görev ve sorumluluklarının neler olduğunu bilir. Böylece, çok farklı özelliklere sahip bireylerin ve grupların birlikte yaşaması mümkün olur. Ayrıca hukuk, toplum hayatında meydana gelen sıkıntıları ve sorunları, hakim kararlarıyla çözümlene yeteneğine de sahiptir.

Tüm hukuk sistemlerinin, doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm üretmek amacıyla oluşturulmuş bir yargısal karar alma süreci vardır. Bu karar verme süreci, bir ihtilaf konusu hakkındaki şüphenin ortadan kaldırılarak hükme varılması ile sonuçlandırılır. Mahkemelerin yargılama sürecini etkileyen çeşitli faktörler bulunur. İdeal bir yargılama sürecinin hangi faktörlerin etkisi altında ve nasıl gerçekleştirilebileceği hakkında bir mutabakat bulunmamaktadır. Hukukun uygulanması bakımından kanun ile hakimlerin kararları arasındaki ilişkinin niteliği özellikle tartışma konusudur.

Bu tartışma ile bağlantılı olarak araştırmamızda, hukuk-sosyoloji ilişkileri açısından dikkat çekici bir konu olarak, velayete ilişkin kararlarda hakimin takdir yetkisini değerlendirmeye aldık. Hakimin takdir yetkisini Yargıtay kararları üzerinden değerlendirdik.

Şüphesiz aile yapısı, sorunları, boşanma ve çocukların geleceği gibi konular sosyolojinin de dikkate aldığı temel konulardandır. Aile ilişkilerinde, toplumsal yaşamın çeşitliliği kadar zengin hukuki uyuşmazlıklar da bulunmaktadır.

Birer canlı, birer insan olarak sevgi, ilgi ve saygıyı hak eden çocuklar, yaşadıkları toplumların geleceğinin teminatı sıfatına sahip üyeleri olmaları açısından da özel bir önem taşırlar. Toplumların gelişmişlik düzeylerinin ve geleceğin dünyasında edinecekleri konumun önemli göstergelerinden birini de, çocukların bakım, eğitim ve korunmasına verilen değer oluşturur.

Gerektiğinde, “çocuğun üstün yararı ilkesi” temel alınarak, mahkeme kararı ile velayetinin belirlenmesi, sağlıklı bir bedensel ve ruhsal gelişim gösterebilmesi yönünden çocuk açısından bir zarurettir. Bir çocuk hakkında en iyinin ne olduğuna karar vermek, altından kalkması kolay olmayan bir sorumluluktur.

Çocuğun yararının korunması ve geleceğinin güvence altına alınması görevini yüklenen mahkeme ve hakim, aynı zamanda hukuk güvenliği ve istikrarını sağlama sorumluluğunu da taşımaktadır. Tüm bu sorumlulukların bilinci altında, yargısal karar alma sürecinde; belli bir çocuğun yaşantısı ve geleceğinin söz konusu olduğu bilinciyle, bu yönde hakimin takdirini kullanması zorunluluğunu bir arada tartışmak gerekmektedir.

Araştırmanın Amacı

Çalışmamızın amacı, adil bir hukuk düzeninden beklenen; somut uyuşmazlıklara getirilecek yargısal çözümlerin tutarlı ve öngörülebilir olması ve aynı zamanda da ele alınan olayın şartlarına uygun düşecek şekilde kişiselleştirilmesi talebinin karşılanması bakımından “hakimin takdir yetkisi”nin işlevini, toplumların en hassas ve önemli kesimi olan çocukların geleceklerine dair öngörülerde bulunması nedeni ile önemli etkiler doğuran “velayet”in tespitine ilişkin yargısal kararlar bakımından değerlendirmektir.

Hakimin, velayetin belirlenmesine ilişkin kararlarda takdir yetkisini kullanması hususuna değinmeden önce, çalışmamızın birinci bölümünde öncelikle; yargısal karar alma kavramının kaynağı ve kapsamı, öğretisel yaklaşımlar bağlamında ele alınacaktır. Daha sonra, yargısal karar alma sürecinde hakimin takdirinin varlığı ve rolü sorununa ilişkin öğretisel tartışmalar üzerinde durularak, Türk Medeni Kanunu kapsamında hakimin takdir yetkisinin varlığı, kapsamı ve sınırları hususlarına değinilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümüne, tarihte velayetin geçirdiği aşamalara günümüze kadar ulaşacak şekilde değinilerek başlanacaktır. Ardından, günümüzde velayet konusundan bahsederken değinilmemesi düşünülemeyecek olan çocuk hakları konusu üzerinde durulacaktır. Sonrasında ise; velayet yetkisinin çocuk hakları bakımından sınırları, çocuğun üstün yararı ve görüşünün alınması ilkeleri çerçevelerinde ele alınacaktır.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde; velayet yetkisinin tespitinde, Türk Medeni Kanunu tarafından kendisine tanınan takdir yetkisini kullanarak hükme varan ilk derece mahkemesi hakiminin kararını, temyiz kanun yolu yargılaması kapsamında değerlendiren bazı Yargıtay karar örnekleri, dayanak ilke “çocuğun üstün yararı” bağlamında, esas aldıkları; çocuğun gelişimine ilişkin faktörler ve ebeveyne ve çevresel etmenlere ilişkin faktörler bakımından incelenecektir. Çocuğun gelişimine ilişkin faktörler; çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişimi, çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç olması, çocuğun görüşlerinin alınması ve ebeveyne ve çevresel etmenlere ilişkin faktörler de ebeveynin sağlığı ve yaşantısı, velayete sahip olmayan ana ya da baba ile kişisel ilişkinin engellenmemesi, kardeşlerin ayrılmaması ve çocuğun yaşadığı çevre ve alıştığı ortam bakımından ele alınacaktır.

Araştırmada Kullanılan Yöntem ve Teknikler

Bu çalışmada, boşanmış çiftlerin çocuklarının velayetinin tespiti konusundaki uyuşmazlıklara yönelik yargısal kararlar değerlendirilecektir. Bu kapsamda velayet davalarında üzerinde durulan kavramlar için bir literatür taraması gerçekleştirilmiştir. Velayet davalarına ilişkin Yargıtay kararlarının betimsel tanımlayıcı yaklaşımla değerlendirilmesi yapılacaktır.

1. BÖLÜM

HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ

Toplumsal yaşamın nüvesi olan ailenin yapısı, geçmişinden bugüne getirdikleri ve günümüz koşullarının etkileri ile birlikte artık küresel bir perspektifte şekillenmektedir. Bu bakımdan, çağımız ailesinin odak noktasında yer alan çocukların yaşam koşulları ve gelecekleri, sivil toplum ile akademik ve siyasi çevrelerce birçok farklı bakımdan ele alınarak, iyileştirilmeye çalışılmaktadır. Yargı alanında çocuğun konumu, bu anlamda öne çıkan bir gerçekliktir. Gerek ceza yargılamasında ve gerekse de hukuk yargılamasında çocuk ve hakları üzerinde önemle durulması gerekmektedir. Çalışma konumuz olan velayetin tespitine ilişkin hukuk davalarında çocuğa yapılması zorunlu vurgu, aynı noktada hakimin rolüne dikkat çekilmesine de sebep olmaktadır. Çocuğun yararının korunması ve geleceğinin güvence altına alınması görevini yüklenen mahkeme ve hakim, aynı zamanda hukuk güvenliği ve istikrarını sağlama sorumluluğunu da taşımaktadır. Tüm bu sorumlulukların bilinci altında ve bir böyle bir davada belli bir çocuğun yaşantısı ve geleceğinin söz konusu olduğu gerçeği karşısında; yargısal karar alma süreci ile hakimin takdir yetkisini kullanma zaruretini bir arada tartışmak gerekmektedir. Bu amaçla çalışmamızın bu bölümünde yargısal karar alma ve yargısal takdir konularına ilişkin teorik tartışmalara ve de Türk hukukunda yargısal takdir konularına değinilecektir.

1.1. Hukuk Teorisi Açısından Yargısal Karar Alma ve Hakimin Takdir Yetkisi

1.1.1. Hukuk Teorisinde Yargısal Karar Alma

En sade anlatımı ile karar verme, çeşitli alternatifler arasından seçim yapmayı ifade eder. Tüm hukuk sistemlerinde, doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm üretmek amacıyla oluşturulmuş bir yargısal karar alma süreci yer alır. Bu karar verme süreci, ele alınan ihtilaf konusu hakkındaki şüphenin ortadan kaldırılması yolu ile hükme

ulaşılması hedefine yöneliktir. Mahkemelerce yürütülen yargılama sürecini etkileyen çeşitli faktörler bulunur. İdeal bir yargılama sürecinin hangi faktörlerin etkisi altında ve nasıl gerçekleştirilebileceği hakkında bir mutabakat bulunmamaktadır. Fakat, yargılamanın tüm süjelerinin katkısıyla kolektif bir hükme ulaşılması ve tüm süjelerin görüşlerini ifade edip tartışabildiği bir yargılama sürecinin gerekliliği hususları şüphe götürmemektedir. Süjelerin kendi düşünceleri ile birlikte diğer süjelerin düşüncelerini de değerlendirebilmeleri imkanını tanıyan çelişme sistemi, kolektif hükmün oluşturulmasına olanak tanır. Nihayetinde karara varacak olan ise yalnızca hakimdir ve hukukun uygulanması bakımından kanun ile hakimlerin kararları arasındaki ilişkinin niteliği teoride özellikle tartışma konusudur. Örneğin, kanuni pozitivizm, hükme ulaşmak için yalnızca kanunlardan faydalanarak mantık yürütmenin yeterli ve de gerekli olduğunu savunurken; hukuki kararlara varmada kanunların tek kaynak olarak yeterli olamayacağı, doğal hukukun kurallarına ve sosyal bağlantılarına göre yorumlanmaları ve tamamlanmaları gerektiği şeklinde eleştirilere uğrar. Aşağıda, hakimin takdir yetkisinin varlığına ilişkin tartışmalara değinmeden evvel bu konuya ilişkin teoriler üzerinde kısaca durulmaya çalışılacaktır. (Dinçkol, 2012: 173, Kaufmann&Hausmann, 1981: 629-630)

1.1.1.1. Kanuni Pozitivizm

19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hemen tüm bilimlere etkisi altına alan pozitivizm, bilginin yalnızca gözlem ve deneyle edinilip geliştirilebileceğini savunmuştur. Hukuk alanında pozitivizm, yürürlükteki hukukun ele alınıp incelenmesine odaklanmıştır. Yürürlükteki hukukun eleştirisi ve ilkelerinin açıklanması konuları ise daha çok, felsefe, sosyoloji ve siyaset bilimini ilgilendiren konular olarak görülmüştür. Kaynağını devlet iradesinden alan hukuk; geçerlilik, etkinlik ve zorlayıcılık faktörleri ile açıklanmaktadır. Hukuk kurallarının metne bağlı yorumu anlayışı benimsenmiştir. (Keyman, 1978: 20, Öktem ve Türkbağ, 2012: 385, 386)

Analitik hukuk teorisinin kurucusu John Austin, pozitif yasayı teorisinin konusu olarak belirler ve pozitif yasayı bir egemenin yaptırımla desteklenmiş buyruğu olarak tanımlar. Austin, bir davanın mutlaka karar bağlanması gerektiğini savunur. Bu gereklilik, dava konusu uyuşmazlığı konu edinen herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmaması halinde de geçerlidir. Yargılamanın amacı hakkın

gözetilmesi ve anlaşmazlıkların çözülmesidir. Bu amaç uğrunda hareket eden hakimler hukuku yaratırlar ve bunu hukukun yorumlanması perdesi altında saklarlar. Austin, hakimın kural yaratmasının, toplumun kendi yaşamını düzenleyen kuralları üzerindeki gücünü ortadan kaldıracağını savunur ve bu nedenle hakimın toplumun çoğunluğuna karşı sorumlu tutulması gerekliliğini belirtir. Bunu sağlamak için öncelikle, açık olduğu durumlarda kanun uygulanmalı ve hakimleri atama yetkisi, çıkarları toplumla çatışmayan bir tarafa verilmelidir. Hakimın keyfi karar vermesinin önüne geçmek için; alt derece mahkemelerin kararlarını inceleyen temyiz mahkemelerinin bulunduğu hiyerarşik bir hukuki yapı oluşturulmalıdır. Hakimlerin değerlendirme yaparken, kanun koyucu olayla doğrudan ilgilenseydi nasıl hareket edeceğini düşünmeleri ve ulaştıkları cevaba uygun kararlara varmaları sağlanmalı ve kendi çıkarlarını düşünen meslek kuruluşları ile diğer hukukçuların düşüncelerinin etkileri azaltılmalıdır. Hakim, kanunun ifadesi, amacından açıkça sapmakta ise kanunu uygulamaktan kaçınmalıdır. Bu noktada hakim yasayı yorumlamamakta, gerçek anlamını etkinleştirmek amacı ile eksikliklerini gidermektedir. Bu keyfiliğe varabilecek tehlikeli bir süreçtir. (Uzun, 2003: 10, 25)

L.A. Hart'a göre ise hukuk, emir ve yasaklardan oluşan birincil kurallar ile bu kuralların belirlenmesi ve değiştirilebilmesine yarayan ikincil kurallar ve yargılama organlarını ve kurallarını belirten üçüncü tip kurallardan oluşan sistemli bir bütündür. Yazılı ya da yazısız olabilen ikincil kural niteliğindeki tanıma kuralları, resmi görevlilerin onları kabul etmesi neticesinde varlık kazanırlar. Hukukun merkezine kuralları alan Hart'a göre hakim, hukuki ilkeleri, ahlaki ya da siyasi normları tanıma kuralı olarak esas alabilecektir. Hart'ın savunucusu olduğu analitik pozitivizm, ahlak kurallarını toplumsal olgulara gönderme yaparak, resmi görevlilerin kamusal davranışın genel kuralı olarak benimsedikleri tanıma kuralı şeklinde pozitif hukuka dahil etmeye hazırdır. Hart'a göre, insanoğlunun temel amaçları olarak gördüğü bazı kaideler vardır. Doğal hukukun minimum içeriği olarak gördüğü, en temel amaç ise, hayatta kalma amacıdır. Bu amacı gerçekleştirmeye yönelik temel gereklilikler olarak, herkesçe bilinen beş gerçeği öne çıkarır: Bunların ilki, insanın savunmasızlığı karşısında, şiddet kullanımını sınırlayan kurallara duyulan ihtiyaçtır. İkinci gerçek, insanların eşitliğinin bir gereği olarak, karşılıklı hoşgörüyü ve çıkarların dengelenmesini teşvik edecek bir sistemin gerekliliğidir. Üçüncüye göre, insanlar

doğaları gereği egosantriktir ve bu nedenle dengeyi sağlayacak bir toleranslar sistemine sahip olmamız gerekmektedir. Dördüncü gerçek, sınırlı kaynaklarımızı, özel mülkiyet için bir sistem gerekliliği ile bağlantılı olarak koruyacak şekilde hareket etmemiz gereğidir. Son olarak ise, yükümlülük ve yaptırımlardan kaçınarak sistemi kendi çıkarına kullanan kimseler ile başa çıkılmalıdır. Hart, öğretisinde, “sağduyunun çekirdeği” olarak adlandırdığı bu gerçekliklerin, bir davada hükme varmada nasıl bir rol oynayacağı sorusunu ise cevapsız bırakmaktadır. (Uzun, 2003: 15-18, Uzun, 2004:2, Uzun: 2004/2:1-5)

1.1.1.2. Tarihçi Hukuk Okulu

F. Carl Von Savigny, erken dönem eserlerinde kanuni pozitivizme yakın bir tutum izleyerek, kanunun keyfiliği önlediğini ve uygulayıcısının yorumunu gerektirmediğini savunmuş ve hakimin yapması gerekenin yalnızca mantıksal yorum olduğunu öne sürmüştür. Geç dönem eserlerinde ise, kanunun önceliği yerini; “halkın hukuka ilişkin ortak fikri” ve “halkın ruhu” olgularına bırakmıştır. Hukukun uygulayıcısı, örf ve adetler ile kaynağını halkın ruhundan alan hukukun uygulayıcısıdır. Hukuk halkın ruhundan doğmaktadır. Halkın ruhundan kaynağını alan, örf ve adetler şeklindeki hukuk, gelişen toplumsal yaşamla birlikte ortaya çıkan hukukçular ile birlikte bilimsel bir hal kazanır. Yasalaştırmaya ancak bu aşamada başvurulmalıdır. Kanun yalnızca içeriğine bakılarak anlaşılacak bir şey değildir ve bu nedenle daha çok arkasındaki somut hukuki kurumun yorumlanması gerekmektedir. Ancak, yorumda keyfiyete, keyfi takdir yetkisine karşı çıkar. Yorum, kanuna bağlı kalarak ve belli bazı ilkelere uygun hareket edilerek gerçekleştirilmelidir. Belirlediği başlıca dört yorum ilkesi; dilsel, mantıksal, sistematik ve tarihi yorum ilkeleridir. Kanunda boşluk bulunması halinde ise, kanunda bulunan içsel benzerliklere dayanan kıyas yolu ile çözüme ulaşılabilecektir. (Kaufmann&Hausmann, 1981: 629-637, Onati: 80-81, Öktem ve Türkbağ, 2012: 339)

Savigny'nin erken dönem düşünceleri, 19. yüzyılın ikinci yarısında “kavramlar içtihadı” görüşünü etkilemiştir. Hukuku mantıksal bir sistem olarak ele alan bu anlayış bir “kavramlar piramidi” ile biçimselleştirilebilir. Piramidin en üstünde, diğer kavramları kapsayan geniş bir kavram yer alırken, aşağıya inildikçe daha spesifik konulara ilişkin detaylandırılmış kavramlar gözlenir. Hukuki esaslar,

biçimsel tündengelimine dayanılarak, piramidin üst kısımlarında yer alan hukuk prensiplerinden çıkarılır. Kavramlar içtihadı görüşünün en önemli temsilcisi G.F. Puchta, kavramlar piramidi halinde var olan hukuki esasların, biçimsel tündengelim metodunu kullanacak hukukçuların çabaları ile ortaya çıkarılabileceğini savunmaktaydı. G.F. Puchta, bu prensipleri sistemli bir bütün olarak değerlendirmiş ve kavramların birbirleri ile sıkı şekilde bağlı olduklarını belirtmiştir. Kavramlar piramidinde yer alan esaslar dışında herhangi bir hukuku kaynağı kabul etmemekteydi. Kavramsal teori hakimleri, yasama tarafından oluşturulan kuralları somut olaylara uygulayan teknisyenlerdir. Herhangi bir kurala uymayan bir durumun ortaya çıkması halinde başvuracakları yol ise kıyas ve mantık yoluyla uygulanacak kuralı ortaya koymaktır. (Dilcher: 473)

1.1.1.3. Faydacı Hukuk Okulu

Puchta'nın çizgisini izleyen Windscheid, hukuk uygulayıcıları açısından, pozitif hukuk dışında, hukuk dışı bir olguya dayanmayı reddetmiştir. Hakim kararı ile kanun arasındaki ilişkide, ağırlığı açıkça kanuna veren 19. yüzyıl pozitivizminin soyut hukuk anlayışının karşısında, endüstri devriminin toplum yaşamı ve ihtiyaçları bakımından getirdiği hızlı dönüşümden kaynaklanan talepler, dinamik hukuk teorilerinin ortaya çıkmasına neden oldu. Pragmatik öğeler içeren “faydacı hukuk” teorisi ve daha radikal bir teori olan “serbest hukuk teorisi”, dikkatleri sosyal temellere ve ilişkilere çekerek, daha esnek ve değişimlere cevap verebilir bir hukuk anlayışını savunmuştur. Karar verme sürecinde mantıksal, kavramsal veya mekanik karar prosedürünün benimsenmesinin hukuk düşünürlerini tatmin etmemesi; “serbest hukuk teorisinin” ve “faydacı hukuk teorisinin” öne çıkmasına neden olmuştur. (Kaufmann&Hausmann, 1981:629-637, Öktem ve Türkbağ, 2012: 339)

Bu dönemde hukuk uygulaması artık yalnızca kanunların olaylara mantıksal olarak uygulanması olarak görülmüyordu. Uygulama, hayatın akışına karşı duyarlı, hukukun geliştirilmesinde etkin ve yaratıcı bir süreç olarak benimsenmekteydi. Hukuk düzenlemelerinin mükemmel esaslara dayanmadığı ve bu durumun toplumsal amaçlarla ilişkisi ortak paydasında buluşan “serbest hukuk teorisi” ve “faydacı hukuk teorisi”; kararların kanunlarla sınırlandırılmasında benimsedikleri ölçütler bakımından birbirinden ayrılmaktaydı. (Kaufmann&Hausmann , 1981: 638)

Hukukun serbestliđi dūřuncesi, ‘‘Faydacı Hukuk Okulu’’na dođru bir geliřme gōstermiřtir. Rudolph Von Jhering'in faydacı dūřuncesini tařıyan, tarafların çıkarlarının birlikte deđerlendirilmesine dair yōntemi, ‘‘ıkar’’ terimini maddi ve manevi yōnleri ile ele alır. Alman Medeni Kanununun yūrūrlyđe girmesi ile etkinlik kazanan yōntem, Medeni Kanunun sosyal geliřmelere ayak uyduracak řekilde uygulanmasını sađlama amacı tařımaktadır. Jhering'e gōre hukuk, kiřinin, toplumun ve devletin amaç ve menfaatlerini gōzetmelidir. Yasa koyucu ve hakimin ūzerine dūřen, bu ū tarafın amaç ve menfaatleri arasında denge kurmaktır. Hakim karara varırken, yasaları mekanik řekilde yorumlamamalı; birbirlerinden ayrı dūřünūlmeleri mūmkūn olmayan birey ve toplumun menfaatleri arasındaki dengeyi gōzetmelidir. Tarafların çıkarları arasındaki denge, hukuk dūzenin temel ilkeleri çerçevesinde, soyut hukuk ilkelerinin somut durumlara uygulanması yoluyla gerçekleřtirilecektir. Faydacı okul, hakimlere yardımcı olacak hukuk bulma yōntemleri geliřtirmeye çalıřarak, onları yasalara sıkı sıkıya bađlı kalarak hūkūm vermekten kurtarmayı hedeflemiřtir. Ancak yargının, yasama gūcūne mūdahale edebileceđi ve hakimin toplum gerçeklerini kendi anlayıř sūzgecinden geçirerek karara varmasının tehlikeli bir subjektivizme varabileceđi hususlarında eleřtirilmiřtir. (Kaufmann&Hausmann 1981:638,639, Őktem ve Tūrkbađ, 2012: 324 , Yūcel, 2010: 350-351)

Genetik menfaatler içtihadı teorisi ise, toplumda mevcut çıkar uyuramazlıklarının ōzūmlenmesini hukukun amacı olarak gōrmūřtir. Hakim karar verirken, kanunun ortaya koyduğu gerçek menfaatlerin tarihi perde arkasını doğru şekilde belirlemeli ve karara konu olaya tatbik etmelidir. Hukuk sisteminin, mūkemmek kapalı bir sistem olduğu anlayışından ayrılmak, kanunda boşluğun bulunabileceği gerçeğinin kabulūnū de beraberinde getirmiştir. Philipp Heck, ‘‘ūretken menfaatler içtihadı’’ adını verdiği teorisinde, boşlukların tamamlanmasında menfaatlerin araştırılması yōnteminin korunmasını savunmaktaydı. Heck'e gōre, yasada boşluk bulunması halinde hakim, kanun koyucunun ideallerine ve menfaatlere ilişkin değerlendirmelerine bağlı kalarak, sosyal gelişmelere uygun şekilde bu boşlukları dolduracaktır. Deđerlendirme yaparken kişisel etmenleri tamamıyla saf dışı etmesi olanaklı değildir; bu etmenler, kanunun değerlendirmesi çerçevesinde dikkate alınmalıdır. Menfaatleri dengelemek gayesi ile hareket etmesi gereken hakim, kanun koyucunun kanunu hazırlarken taşıdığı amacı değil, uygulama

anındaki amaçlarını göz önünde bulundurarak karara varmalıdır. Ancak, kanunun değerlendirmelerine bağlı kalarak tamamlanamayacak, hakimin hukuk yaratarak karar vermesini zorunlu kılan boşlukların varlığı menfaatler içtihadı teorisinin sınırlarını oluşturmaktaydı. (Gözler, 1998: 171, Heper, 2014: 342, 343, Kaufmann&Hausmann, 1981, 638,639, Öktem ve Türkbağ, 2012: 324)

1.1.1.4. Serbest Hukuk Okulu

Serbest hukuk okulu, toplumu ayakta tutanın, toplum üyelerinin çatışan menfaatlerinin toplamı olan irade olduğunu savunmuştur. Çarpışan iradeler hukuk yoluyla uyumlu hale getirilecektir. Teori taraftarları, “sosyolojik bir hukuk bilimi” oluşturmak istemiş ve bu amaçla, yalnız kanunlar değil; olgular dünyası da esas alınarak karar verilmesi gerektiğini ve öne sürmüştür. Hukuktaki bir boşluğun, “hak ve nasafet” gözetilerek doldurulması gerektiği ilk kez, bu okulun ilk temsilcisi kabul edilen Eugen Erlich tarafından öne sürülmüştür. Serbest hukuk okulu, başarılı bir hukuksal karara ulaşabilmek için yalnızca yasalara bağlı kalınmaması gerektiğini, yargıcın serbest değerlendirmelerinin de bu noktada yararlı olacağını savunur. Hakim her hukuki kararda kanuna bağlı kalma zorunluluğu altında kalmadan vicdanına ve kendi takdirine göre hükme varabilmelidir. Yasal boşluklar bulunması halinde hakimler takdirlerini kullanabilecek ve yasal temellere dayanmayan hukuk yaratma işlemi gerçekleştirebileceklerdir. Ancak, bu hakimin tamamen serbest olduğu anlamında anlaşılmalıdır. Serbest hukuk okulu temsilcilerinden Kantorowicz, hakimin belli prensiplere göre hareket etmesi gerektiğini belirtir. Bu prensipler; yaşayan içtihadın popülerliği, meslek ve zanaat erbabının elinde uzmanlaşmış olması, bağımsızlık ve özgürlüktür. Hakimin serbest takdirine verdiği önemin hukuk güvenliğini zedeleyebileceği noktasında eleştiriye tabi tutulmuştur. Kişilerin, kendini kanun koyucu yerine koyan hakimin keyfiyeti ile karşı karşıya kalabileceği öne sürülmüştür. (Bilezikçi: 3-5, Heper, 2014: 337, Kaufmann&Hausmann, 1981: 640-642, Schauer: 21)

1.1.1.5. Saf Hukuk Okulu

Bir hukuk uygulaması teorisi olan “saf hukuk teorisi” 20. yüzyılın en önemli hukuk teorilerinden biridir. Teori, serbest hukuk teorisi ile ortak noktalara sahip olmakla birlikte, belli noktalarda ayrılmaktadır. Her iki teori de hakimin hukuk yaratma işlevi üzerinde durmakta ve onu karar verme sürecinde, kanunu kendi

anlayışına göre somutlaştıran bir hukuk kaynağı olarak görmektedir. Teorinin kurucularından A. J. Merkl'in oluşturduğu "basamaklar dizisi" öğretisinin, en önde gelen savunusu; kanunların uygulanması yoluyla hükme varılmasının hukukun yaratılması anlamına geldiğidir. Diziye göre, basamakların en üstünde anayasa vardır ve anayasa ile kanun ve tüzük arasındaki hukuki işlemle hüküm arasında varoluşsal bir bağlantı bulunur. Her basamakta hukuk yaratılır ancak, burada serbest hukuk teorisinin aksine yasal metinlerden bağımsız bir hukuk yaratımı söz konusu değildir. (Kaufmann&Hausmann, 1981: 643,644)

Hakimin serbestçe hukuk yaratması, serbest hukuk teorisinden farklı olarak saf hukuk teorisinde yalnızca kesin hüküm bakımından görülebilir. Şekil ve esas bakımından hatalı bir hüküm hakkında kanun yoluna başvurulmazsa ya da hatalı bir şekilde böyle bir başvuruya izin verilmez ve hatalı hüküm kesinleşirse, şekil olarak geçerli, fakat içerik olarak kanuna uygun olmayan, yanlış bir kesin hüküm ile hukukun serbestçe yaratıldığı görülür. (Kaufmann&Hausmann, 1981: 645,646)

Merkl'in saf hukuk teorisi anlayışına göre, hukuk bilimi ile ilgilenenlerin somut durumlarda hukukun ne olduğunu tespit edebilmeleri pek olanaklı değildir. Çünkü, kanunun uygulayıcısı hakim hükme varırken, kendi değer yargılarını ve düşüncelerini de işin içine katar. Bu nedenle hukuk bilimi hakimin karara varmasını beklemeli ve ardından kararın kanuna uygunluğunu tartışmalıdır. Hukuk bilimi ile uğraşanlar hakimin vereceği kararı önceden belirleyemezler. Ancak, kanun çerçevesinde varılabilecek kararları tespit edebilirler. Hangi kararlarının kanuna uygun, hangilerinin ise aykırı olduğunu belirleyebilirler. (Klatt: 517)

Teorinin bir diğer kurucusu Kelsen, hukukta boşluk olmadığını savunur. Ona göre hukuk bütün insan davranışlarını doğrudan ya da dolaylı olarak düzenlemiştir. Mahkeme kararlarını da hukuksal normlar olarak kabul ederek, hukukun yaratılması ve uygulanması açısından monist bir bakış açısı oluşturur. Kelsen'e göre bir bilim olarak hukuk ise, politika ve ideoloji gibi hukuk dışı etkenlerden ayrıştırılmalıdır. Ancak bu görüş, normları oldukları gibi kabul eden bir hukukçunun, yalnızca hukukun felsefi ve sosyolojik yanlarını göz ardı eden bir ideolog olarak kalacağı öne sürülerek eleştirilmiştir. Kelsen, normlar hiyerarşisinde üst normların belirlenmesinin hiçbir zaman tamamlanamayacağına işaret ederek, yapısal takdiri kavramlaştırır. Bu nedenle her zaman takdire bir alan bırakılmalıdır. Bu alan bazen dar, bazen ise geniş

olabilir. Böylece üst norm, yasaların uygulanması yoluyla doldurulacak bir çerçeve niteliği kazanır. Kelsen ve Merkl'in takipçileri, yargısal takdirin kesin sınırlarını belirlemek ve hukuki akıl yürütmeyi tam olarak analiz edebilmek için dil bilim ve biçimsel mantığın aygıtlarını kullanmıştır. Kelsen'in, hakime farklı çözümlere ulaşabilme olanağı sağlayan çerçeve tanımlamasını somutlaştırarak, yargısal takdiri iki dil bilimsel fenomenin bir sonucu olarak belirlemişlerdir. Bu fenomenler; belirsizlik ve muğlaklıktır. (Aktaş, 2000: 267, Dveyre, 2008: 43, Kaufmann&Hausmann , 1981: 647-648, Klatt: 517)

1.1.1.6. Amerikan Hukuki Biçimciliği

Amerika Birleşik Devletleri'nde yargılamaya ilişkin bakış açıları, biçimci görüş ve realist görüşler tarafından domine edilmiştir. Modern anlamıyla “yasal biçimcilik” tamlamasının kullanımı kaynağını, on dokuzuncu yüzyılın sonları ile yirminci yüzyılın başlarında, dönemin önde gelen hukukçularının, yirminci yüzyılın sonlarında gelindiğinde etkinliğini kaybedecek olan iki fenomene gösterdikleri ilgiden alır. Bu fenomenlerden ilki, ilkel biçimciliktir. İlkel biçimcilik, uyuşmazlıkların çözülmesine dair karar almada kahinlere başvurma, savaşarak çözümlene gibi irrasyonel olarak kabul edilen yöntemlere başvurulması anlamına gelir. İkinci fenomen ise, talep sahibinin ancak davasını sınırlı bir işlemler sınıfına uydurabilmesi halinde, istediği neticeyi elde edebildiği “biçimsel adalet” ya da “katı” hukuktur. Sınıf dışı olan fakat ahlaki sorumluluk kapsamında tutulabilecek davalar için kapsayıcı prensipler yoktur. Biçimci görüşün en parlak dönemini yaşadığı 1870'lerden 1920'lere kadar, hukukçu ve hakimler; otonom, mantıklı, kişisel yargılarından bağımsız ve belirli olarak görülmüştür ve onların, tek doğru sonucu üretmek için hukukun bütününden saf mekanik bir çıkarım yaptıklarına inanılmıştır. Karar verme süreci, önceden belirlenen hukuki materyallerin kullanıldığı, bilimsel, tümdengelim dayalı ve yalnızca belli olayları kapsamına alan bir süreç olarak kabul edilmiştir. Biçimselci tanımlaması ilk kez 1920'lerde Benjamin Cardozo tarafından kullanılmıştır. 1950'lerde popülerleşen terim, 1970'lerde, on dokuzuncu yüzyılın sonlarındaki yasal düşüncenin doğasını karakterize eden bir terim arayışındaki yasal felsefeciler ve tarihçiler tarafından canlandırılmış ve genişletilmiştir. Yirminci yüzyıl teorisyenleri biçimcilik terimini; hakimlerin, sözleşme serbestisi gibi dar bir prensipler setini dikkate alarak, insani düşünceleri ya da kararlarının etkilerini göz

ardı eden eleştirilenlerden nasıl dayanak aldığını açıklamak için kullanmıştır. 1920'lerde ise hukuki realistler, hukukun boşluk ve çelişkilerle dolu, belirsiz olduğunu, hemen her yasal kural ve prensibin istisnasının bulunduğunu, yasal prensip ve emsallerin farklı sonuçları destekleyebileceğini göstererek biçimcilerin itibarını sarsmıştır. Realistlere göre biçimciler, sadece emsallere bakıp gerekçelendirme yaparken, ele aldıkları yasal kuralların sosyal bağlamlarını göz ardı etmekteydiler. Pound'a göre, mekanik yargılamanın iki anahtar özelliği bulunmaktaydı. İlk özellik, doktrin ve kurallar ile adalet kavramındaki aşırı bireycilikti. İkinci özellik ise, mekanik adalete fazla yaslanılması ve kurallar ile doktrinlerin idare ve uygulamasında fazla mekanik davranılmasıydı. Doktrininde Tamanaha, biçimselci-realist ayrımını eleştirerek, biçimselcilere ilişkin sonradan oluşturulmuş tanımlamaların gerçeği yansıtmadığını savunmaktadır. Biçimselci-realist ayrımı tarafından baskılandığını savunduğu yargılama anlayışını kendine getirmek amacıyla “dengeli realizm” olarak adlandırdığı görüşünü öne sürmektedir. Bu görüş, iki farklı yönün bütünleşmesinden oluşmaktadır; kurala bağlı yön ve şüpheli yön. Kanunların, sınırlamaların ve hukuktaki açıklıkların farkındalığına değinir. Bu farkındalık, hakimlerin bazen seçimler yaptığını, kural ve içtihatları manipüle edebileceğine ve bazen de kendi siyasi ve ahlaki bakış açılarından ve kişisel eğilimlerinden etkilenebileceğine ilişkindir. Buna rağmen Tamanaha, yasal kuralların yine de çalıştığı anlayışı ile birlikte bu şüpheli farkındalığı sağlar. Hakimler hukuka uyar ve onu uygular; hakimi kısıtlayan uygulama kaynaklı sosyal ve kurumsal faktörler bulunur ve hakimler genellikle mevcut hukukla uyumlu öngörülebilir kararlar verir. Yargılamanın kural-bağlı yönü, şüphe uyandıran yönünün meydan okumalarına rağmen güvenilir bir işlev görebilecektir. (Akı, 2008: 31, Brophy, 2013: 393, 407, Tamanaha, 2010: 1-6)

1.1.1.7. Amerikan Hukuki Realizmi

Hukuksal araştırmalarının merkezine yargılamayı alan Amerikan hukuki realizm akımı, yargısal kararlara ulaşma konusunda hukuk kurallarının etkinliğinden kuşku duymuştur. Karar alma sürecinde mahkemelerin, hukuk kurallarına ve emsal kararlara katı şekilde bağlı kalmalarına ve de mantıksal çıkarım yöntemine karşı çıkmıştır. Topluma hizmet etme amacına yönelik olarak hukuk, toplumdaki değişimlere ayak uydurmalıdır. Bu nedenle hakimler, durağan emsal kararlara bağlı

kalmak yerine toplumsal değişimleri dikkate alarak karara varmalıdır. Realistler, hukukun tespitinde diğer bilim dallarının verilerine, özellikle sosyoloji ve psikolojiye önem vermişlerdir. (Akı, 2008:22-26, Marouf, 1998: 437-438)

Realist akıma göre, davalar ve hukuki durumlar belli kategoriler altında gruplandırılmalıdır. Böylelikle, gündelik dille ifade edilen kural ve kavramların uygulanacağı karmaşık alan belirli hale getirilebilecektir. Emsal davaların kronolojik sıralama ile kapsamlı bir şekilde gözden geçirilmesi, yargısal sistem tarafından kullanılan tümevarımsal sürecin sezgisel olarak algılanmasını sağlayacak ve hakimlerin, çoğunluğun bakış açısını doğru şekilde temsil edebilmeleri için bu aşamada kendi duygu ve ahlaki bakış açılarından sıyrılmayı öğrenmeleri umut edilecektir. İnsanların bir çıkar çatışması ile karşılaştığında gerçekte nasıl hareket ettiğini ortaya çıkararak ve neyi uygun gördüğünü tarafsızca göz önünde bulundurarak, iyi bir hakim ve hukukçu, ahlaki ve yasal arasındaki veya iyi mevzuat ile kötü olan arasındaki çizgiyi belirleyebilecek anlayışı kazanabilecektir. Realist akımın kurucusu olarak kabul edilen O. W. Holmes'un anlayışının izleyicilerine göre, daha büyük bir topluluğun hissedilen ihtiyaçlarının yerine yasal biçime ilişkin kendi öznel fikirlerini yerleştiren hakimler en kötüleridir. Teorik olarak mükemmel hakim ise, benzer durumda bulunan bilgilendirilmiş halkın isteklerini doğru şekilde tahmin edebilir. (Marouf, 1998: 437-438)

Akımın savunucularından Jerome Frank'e göre realistler, olay şüpheci ve kural şüpheci olarak gruplandırılabilir. Kural şüpheci, kuralların hukuk sisteminde sahip oldukları rolden şüphe duyarlar. Anlamlandırma ve yorumun öznel olduğunu iddia ederler. Çünkü kurallar, hazırlayıcılarının onlara yüklediği anlamdan sıyrılarak, uygulayıcılarının onlardan çıkardığı anlama bürünürler. Yasal kurallar nesne olarak var olamazlar; ancak nesnel olarak var olabilirler. Bu bakış açısına göre yasalar ve anayasalar hakimin söylediklerinin ötesinde bir anlam taşımamaktadır. Hakimler kanun metnine bağlılıklarında samimi olabilirler, fakat bu yanıltıcıdır. Onlara göre, hakimlerin kanunun uygulaması olarak gördüğü ve sunduğu buyrukları aslında, hukukun ne buyurduğuna dair değer yargılarıdır. Bu bakış açısı demokrasinin terk edilmesi anlamındadır. Kişilerin seçilmiş temsilcilerinin oluşturduğu yasal düzenlemeler bu bağlamda demokratik anlamlarını yitirmektedir. Ayrıca, yasal metne dayanan kararın hakimin değer yargılarından ibaret olduğunu

kabul etmek; bu kararın, kararı alan hakime ait olmadığını, onu uygulayacak kimselerin değer yargılarına bağlı olduğunu da kabul etmeyi gerektirecektir. Bu durumda tüm yazılı metinler belirsiz ve keyfiyete tabi bir konuma düşecektir. (Uzun, 2003: 62-73)

Olay şüphecileri ise, mahkemelerin ulaşacağı kararların önceden tahmin edilememesinin nedeni olarak; inceleme konusu olayların hakimler tarafından gerçeğe uygun şekilde değerlendirilmemesini görürler. Frank'e göre olayların ne şekilde gerçekleştiğinin belirlenmesi için psikolojinin verilerinden yararlanılmalıdır. Kararların önceden kesin olarak tahmin edilememesinin nedenlerinden bir diğeri de, hakimlerin kişiliklerinin karar üzerindeki etkisidir. Hakimlerin kişisel yargıları verdikleri kararları etkilemektedir. Realistler, hakimin hukuku bulmaktan ziyade yaptıklarını vurgularlar. Yargısal karar alma, önceden var olan kuralların uygulanması değil, kararların yasallık iddiaları tarafından rasyonalize edilmesidir. (Anleu, 2012: 10, Dyevre, 2008: 39, Uzun, 2003: 62-73)

1.1.1.8. Yasal Pragmatizm

Hakimlerin nasıl karara vardıklarını açıklama amacına yönelik yeni sayılabilecek hukuki yaklaşımlardan birisi yasal pragmatizmdir. İzleri, John Dewey ve Holmes'un görüşlerine kadar takip edilebilecek akımın savunucularının başında Richard Posner gelmektedir. Posner, hukukun ekonomik analizi hareketinin öncülerinden ve önde gelen temsilcilerinden biridir. 70'li yıllardaki çalışmalarında, analizin normatif temellerinin kaynağını faydacılıktan aldığına inanmış ve hukukun ekonomik analizinin felsefi temelleri üzerinde fazla durmamıştır. 70'lerin sonu ve 80'lerin başlarında, refah maksimizasyonu kavramının altını etik bir kavram olarak çizerek faydacılıktan uzaklaşma girişiminde bulunmuş ve verimliliğe tek yasal prensip olarak değinmiştir. Refah maksimizasyonu etiğini, fikir birliği teorisi ile gerekçelendirerek desteklemeye çalışmıştır. 80'li yılların ortalarında itibaren daha sonra savunucusu olacağı pragmatizme doğru yönelmeye başlamıştır. Verimliliği önemli bir yasal prensip olarak görmektedir; ancak mutlaka tek prensip olması gerekmemektedir. (Mathis, 2009: 143-144)

Yasal pragmatizm akımının temel iddialarından biri, hakimlerin kararlarının sonuçlarına ilişkin arttırılmış bir kaygılarının bulunduğu ve bu nedenle de kavramsallık ve genellemelerden ziyade taban politikası kararlarına bir eğilimlerinin

olduğudur. Posner, yargılama davranışına ilişkin, birincil odak noktaları hakimlerin kararlarını izah etmek olan birçok pozitif teori bulunduğunu belirtir ve bu teorileri; tutumsal, stratejik, sosyolojik, psikolojik, ekonomik, kurumsal, fenomenolojik, faydacı ve yasalıcı(biçimci) teoriler olarak sıralar. Ardından, teorilerin hepsini abartılı ve tamamlanmamış olarak niteler. Yasalcıların, yasallığı ve anayasal aslına uygunluğu kucaklarken, absürd sonuçlar ortaya çıkararak aslına uygun okumalar için dar istisnalar oyduğunu ve kuralları standartların üzerinde yükselttiğini belirtir. Temyiz değerlendirmelerini benimseyerek ellerini karışık olgusal konulardan yıkadıklarını savunur. Bazılarının, “analoji yoluyla yasal gerekçelendirmeyi” yasal bir teknik olarak övdüğünü ve hatalı şekilde bunun dava hukukunu politika ve siyaset ile kirlenmekten kurtaracağını düşündüğünü ileri sürer. Bu genişlemelerin yasadışı yargılamayı ve böylece de takdirin uygulanmasını gerektirdiğini belirtir. Yasalcılığın yüceltilmesinin, önemli ölçüde, siyasi olarak muhafazakar yasal düşünürlerin tepkisi olduğunu iddia eder. Muhafazkarların, aktivist liberal kararları “fazla liberal” olarak adlandırmaktansa “kanunsuz” olarak adlandırmanın retorik olarak daha etkili olduğunu keşfettiğini belirtir. Yargısal kendini kısıtlama için, daha iyi bir pragmatist görüş olduğunu savunur. Posner'e göre, basitçe sosyal tecrübelerle müdahale konusunda isteksiz kalınmalıdır, çünkü bu tecrübelerin getirdiği bilgi olmadan sağlam bir sosyal reform için umutlar sınırlı olacaktır. (Posner, 2008: 368)

Posner pragmatistleri, ileri göremeyen yasal pragmatistler ve hassas yasal pragmatistler olarak ikiye ayırır. İleriyi göremeyen pragmatist hakimler, yalnızca ellerindeki davalara ilişkin kararların sonuçlarına odaklanırlar. Hassas yasal pragmatistler ise, ellerindeki davalara ait kararların sonuçlarının yanı sıra bu sonuçların sistem üzerinde doğuracağı etkilere de odaklanırlar. Hakimlerin, belli yorum ve sonuç şekillerine ilişkin tercihleri hukuku nasıl yorumlayacaklarını ve nasıl karara varacaklarını belirler. Hakimlerin bu önceliklerinin kaynakları; siyasi ideolojileri ve bu ideolojileri şekillendiren veya davaya karşı verdikleri tepkide açığa çıkan kişisel özellikleri (ırk ve cinsiyet, otoriterlik gibi), kişisel ve profesyonel deneyimleridir. Kişisel ve siyasi etmenler hakimin hukuku ve davayı ele almasını etkiler. Bu etmenlerin hakimi ne ölçüde etkilediğini inceleyebilmek için, “yargısal yarar fonksiyonu” oluşturarak, hakimlerin üzerindeki kısıtlamaları belirlemeye çalışmıştır. Yargısal davranışı etkileyen faktörler olarak; yargılamaya ayrılan zamanı,

tatil zamanını, ekonomik geliri, hakim olmanın prestijini, popülariteyi ve bozmadan kaçınmayı değerlendirmiştir. Neticede, yargısal istihdam koşullarının hakimlerin, kendi kişisel hüküm ve siyasi önceliklerini seçmelerini sağladığı ve teşvik ettiği sonucuna varmıştır. (Posner, 2008: 368-369)

Posner'e göre hakimler, buldukları gerçeklere kendi yaratmadıkları kuralları sadece uygulamak konusunda, siyasi olarak tam tarafsız olmadıklarını kabul etmek konusunda isteksizdirler. Çoğunun tüm dürüstlükleriyle, kararlarının, kendi siyasi eğilimlerinden etkilenmediğine inandığını düşünmektedir. Fakat bu inanışın Bayes'in, önyargıların kararları nasıl etkilediğini gösterdiği teorisi tarafından çürütüldüğünü savunur. Önyargılar genellikle bilinçsizdir. Fakat yargılamanın sadece kişisel ve siyasi olmadığını da belirtir. Kararların çoğunluğunun, siyasi görüş ve kişiliğe bağlı değil; gerçeklere dürüstçe dayanarak, kuralların duruma göre uydurulmalarının değil de, tarafsızca uygulanmalarının ürünleri olduklarını kabul eder. (Posner, 2008:369)

Pragmatizm, Amerikan hukuk sisteminin her sorunun ilacı değildir ya da siyasi yargılamanın panzehiri olmadığını belirtir. Pragmatizmin hakimlere, doktrinlerinin ve kararlarının sonuçlarına saygı duymalarını söylediğini, fakat bu sonuçları nasıl ağırlıklandıracaklarını söylemediğini belirtir. Ağırlıklandırma karmaşık bir etkileşimin sonucudur (her hakime göre kişisel); gerekçelendirme şekillerinin (analiz, içgüdü, duygu, mantık, yargılama), siyasi eğilimlerin, kişisel özelliklerin, diğer kişisel karakteristiklerin, kişisel ve profesyonel tecrübelerin, yargısal “oyunun” kurallarının, üstü kapalı kısıtlarının.... Mantık, psikolojiye bağlı olarak yargısal davranış üzerindeki bir etki örüntüsünde, özellikle de temyiz düzeyinde ve ağırlıklı olarak rutin davalarda kısıtlı bir rol oynayacaktır,. (Posner, 2008:369)

1.1.1.9. Sosyolojik Hukuk Okulu

Amerikan realistleri ile başlayan ve yargısal davranışları nedensel koşullarında açıklamaya çalışan teoriler oluşturma girişimleri ile sosyo-politik hukuk yaklaşımları, gelecekteki kararların içeriklerini tahmin etmeyi mümkün kılmayı hedeflemiştir. Sosyolojik yaklaşım savunucuları, hukukçuların, hakimlerin gerçek güdülerini açığa çıkarmak için, onların kullandıkları yargısal fikir dilinin ve yasal metinlerin ötesine bakması gerektiğini öne sürer. Bazıları hakimlerin değerleri ve ideolojik öncelikleri üzerinde dururken bazıları da karar alma sürecinde kurumsal

bağlamların rolünü vurgulayan çeşitli karar alma modelleri oluşturmuşlardır. Bu modellerden tutumsal modelin, ana önermesi, hakimlerin kendi yabancı siyasi öncelikleri, tutumları doğrultusunda karar verdikleridir. Kurumsal modelin savunucuları ise, yargısal karar vermede hakim in değer ve önceliklerinin etkisi kabul ederler, fakat bu etkinin hakim in yürüttüğü kurumsal düzenlemeler bakımından ciddi şekilde kısıtlandığını savunurlar. Kurumsal içselci modelin ana iddiası, hakimlerin, mahkemenin nihai kararını ya da en azından uzun dönem politikalarını etkin olarak dengeleyecek şekilde, ideolojik amaçlarından uzaklaşmaya istekli olduklarıdır. Kurumsal dışsalci model ise, hakim ve mahkemelerin işlem yürüttüğü daha geniş kurumsal bağlama vurgu yapar. Hakimler diğer aktörlerin kararlarına verecekleri tepkiyi tahmin ederler. Karar alma sürecinin ürünü, mahkeme ve onun siyasi ve kurumsal çevresi arasındaki etkileşimin bir fonksiyonudur. (Dyevre, 2008: 12-13)

Hukukun kaynağını yasada ya da elde olan vakalarda değil, toplumun kendinde bulan sosyolojik hukukçulara göre hakim karar verirken, yasal sistemin biçimsel kuralları ile toplumun gerçeklerini bütünleştirmelidir. Benjamin Nathan Cardozo'ya göre hakim, önüne gelen ihtilafları çözümlmek için öncelikle yasa ve kurallara bakmalıdır. Kuralların açık olmaması ya da boşluk içermeleri halinde hakim, toplumsal refah ve çıkarları gözeterek kural ve emsallere bağlı kalmaktan kaçınabilecektir. Hukukun asli kaynağı, kural ve emsallerin gerisinde yatan değer ve ilişkilerdir. Yargılama faaliyetinde psikolojik etmenlerinin rolü üzerinde ilk kez Cardozo tarafından durulmuştur. Hakimlerin, yargılama sürecinin aktörlerinin ruhsal durumlarının yargılama süreci üzerinde doğrudan ya da dolaylı etkilerinin varlığı konusunda bilgi sahibi olması ve objektif bir şekilde adaleti tesis etmeleri sağlanmalıdır. Hukuku, toplumdaki istek ve arzuları tatmin etmek için kullanılan ve sosyal bilimlerdeki eğilimleri yansıması gereken bir sosyal kontrol biçimi olarak gören Roscoe Pound da, olgusal tespitler ve yargının yaratıcı rolüne vurgu yapar. Her zaman mümkün olan en fazla miktarda memnuniyeti sağlamak gayesi güderek, toplumsal çıkarları; kişisel çıkarlar, kamu çıkarları ve sosyal çıkarlar ana başlıkları altında sınıflandırma yolunu benimseyen Pound'a göre yasal sistem, üç başlık altında toplanan bu çıkarları tanımalı, sınır ve etkinliklerini belirlemeli ve onları güvence altına almalıdır. Ona göre bu çıkarlar, yasal düzenden önce gelirler ve hukuk tarafından yaratılmamışlardır. Anlaşmazlıklar, çıkarların dengelenmesi ya da

ağırlıklandırılması yoluyla çözülmelidir ve her üç çıkar tipi de aynı düzlemde ele alınmalıdır. Pound'un düzeninde kurallara ayrılan yer sınırlıdır. Onları, belli gerçek durumlara, belli sonuçlar bağlayan ve prensipler, kavramlar doktrinler ve standartlar gibi hukuka zenginliğini ve karmaşıklığını veren bir dizi yasal kurum tarafından desteklenen emirler olarak görür. (Skonieczna, 1977: 28-29)

Çalışmaları Pound'un teorisinin bir uzantısı olarak görülen Laswell ve McDougall, karar verme sürecini vurgular. Onlara göre hukuk genellikle, bir kurallar ve doktrinler bütünü olarak, güç kavramı ve sosyal süreçlerden kopuk şekilde çalışır. Temel toplum değerleri ile ilgili kararlar verilmesi için, ya da tutarsızlıklar görüldüğünde yeni anlamların keşfedilmesi ve benimsenmesi için değerleri aydınlatma ve yaratıcı bir tutum benimseme konusunda az çaba gösterildiğini görürler. Temel toplum politikalarını, kuralların ötesindeki kaynaklar konusunda netleştirmek için girişimde bulunulması ve var olan kurallara da kavramsal bir yorum getirilmesi gerekliliklerine inanırlar. Hukuka yalnızca bir kurallar sistemi olarak bakmak, steril ve durağan bir sistem fikri uyandırır. Laswell ve McDougall, Pound'un üç başlık altında düzenlediği çıkarlara benzer şekilde sekiz değer kategorisi oluşturmuştur. Onlara göre bu değerler, sosyal sürecin gerekli bir parçasıdır ve insanları karar alma sürecine başvurmaya teşvik ederler. Güncel sosyal bilimden kaynak alan sekiz değer başlıkları; güç, sağlık, saygı, refah, sevgi, yetenek, dürüstlük ve aydınlanmadır. Sosyal süreç, insanların birbirleri ve kaynaklarla olan etkileşimleri şeklinde karakterize edilir. Hukuk, bu bakış açısı altında, daha geniş bir toplum bağlamında ele alınır ve bu toplumun bir diğer özelliği ise kararlar üzerinde dikkate değer bir etkisi olan etkin bir güç sürecidir. Hukuk, bu toplumsal süreçten bağımsız bir varlığa ve kimliğe sahip değildir. Fakat, genel şekilde ifade edilen ve kademelendirilmemiş olan bu sekiz değer sağlam yasal kavramlar oluşturmak için yeterli değildir. Hakimin, uygulamada karşısına gelen uyuşmazlıkları çözme konusunda bu değerlerden sağlam bir rehberlik alması mümkün gözükmemektedir. Hakim, otoritenin taleplerine cevap verebilecek şekilde yargısal önsezilerine göre hareket ederek; yasal olarak doğru veya adil olan bir sonuca ulaşmaktansa, politik olarak uygun sonuçlara varabilecektir. (Skonieczna, 1977: 28-29)

Pound'un sosyal çıkarları ile bütünleşen ve Lasswell ile McDougall'ın değerlerini detaylandıran bir hedefler listesi oluşturan Hartzler, karar alması süreci

için dört temel biçim karakterize eder. Bunların ilki, biçimselliğin karar sürecini oluşturduğu, gerekçe ve muhakemenin yer almadığı “biçimsel irrasyonel” karar alma yöntemidir. İkinci biçim ise, kurallarla kısıtlanmış bir şekilde yargısal takdire izin veren “biçimsel rasyonel” süreçtir. “Somut rasyonel” karar verme biçiminde ise, kurallar çeşitli politikaların hizmetinde işlev görürler. Yargısal takdir oldukça esnek ve hakim kararları, sosyal politikanın bazı hedeflerini yerine getirmeyi ve mevcut eğilimleri yansıtmayı hedeflemelidir. “Somut irrasyonel” süreç ise, bir yetkilinin kaprislerinin, keyfiliği ve tahmin edilemezliğinin örneği olarak ifade edilir. Hartzler hukuk devletlerinde, karar alma süreçlerinin genellikle ikinci veya üçüncü yöntemlere göre şekillendiğini belirtir. Fakat bu yöntemlerde, yargısal takdir uygulamasının girdisinin ne olduğunu açıklamaz. Ayrıca, herhangi bir gerekçe göstermeksizin bu iki yöntem eşit derecede önem verir ve her iki yöntemden birini seçme imkanının tahmin edilebilirliği ve kesinliği olanaksızlaştırabileceğini görür. Kesinliğe ulaşamamayı, belli açık durumlara uygulanabilen bir kurallar sisteminin varlığı ile birlikte daha büyük bir sorun olarak alır. Hartzler bu sorunu çözmek için, kurallarla düzenlenmemiş somut durumlara uygulanabilecek; prensip, standart ve kavramlar öngörür. Prensipler, karara varmada, insan takdir ve muhakemesine daha fazla olanak tanır ve standartlar da, kural ve prensiplerden daha belirsiz bir otorite genelleştirme biçimidir. Kavramlar ise takdir uygulamasına en fazla olanak tanıyan en büyük genelleştirmelerdir. Ancak Hartzler, prensip, standart ve kavramların nasıl değerlendirilip kademelendirileceği konusunda bir açıklama getirmez. (Skonieczna, 1977: 34-37)

1.1.1.10. Nedensel Hukuk Teorisi

Nedensel hukuk teorisi ise, ilke ve standartlar gibi kavramlarla yargısal kararlara açıklama getirilmesi çabalarına rağmen hala hukukta büyük miktarda bir tahmin edilemezlik bulunduğunu öne sürer. Bu durumu aşmak için teorinin savunucuları Smith ve Coval, Dworkin'in, yalnızca karara ulaşmada ağırlıklandırıcı bir etkisi olan ayrı bir kriter olarak gördüğü ve ilkeler olarak adlandırdığı “ikincil kuralların doğası”na hakkını teslim edemediğini savunur. Bu kurallar, tıpkı yasalar gibi genişletilerek kullanılabilir ve bu şekilde birincil kurallar arasında çıkan anomalileri ortadan kaldırabilecektir. İkincil kurallar bağımsız birer varlığa sahip olarak değil, yasanın gerçek bir parçası halinde görülürler. Smith ve Coval, iki

yasanın çatışma halindeymiş gibi gözüktüğü bir durumda, yasaların hedefleri gözetilerek sorunun çözümlenebileceğini savunur. Onlara göre çatışma esasında yasalar arasında değil, daha yüksek bir düzeyde; yasaların hedeflerindedir. Eğer yasaların hedeflerine hiyerarşik bir yapılandırma getirilebilirse, çatışan kanunları değerlendirmek ve eldeki gerçeklere göre öncelikleri tespit etmek konusunda bazı yöntemler elde edilebilecektir. Birincil kurallar böyle bir kademelenmeyi işaret ettiğinde hakimler, uyuşmazlıkları çözecek ikincil kuralları üretmek amacıyla hedeflerin kademelendirilmesini kullanabilecektir. Hukuk, kendi bünyesinden yeni hukuklar üretebilecektir ve bu üretebilme kapasitesini hakimın takdiri değil, kendi kurumsal varlıkları oluşturacaktır. Tutarlılık, tarafsızlık ve öngörülebilirlik gibi kavramları içeren çeşitli hedefler arasında çıkacak uyuşmazlıklarda, hedef tiplerinin birinden vazgeçmemek gerekmektedir. Hedefler arasında bulunan nedensel ilişkiye göre belli bir tip hedefi elde etmek için bir başka tip hedefe sahip olmanız gerekmektedir. İkisi birbiri ile sıkı şekilde bağlantılıdır. Bu bağlantı teleolojiktir. Sonuç olarak hukuk öyle formüle edilmelidir ki; her iki tip hedefin uyumsuz olduğu durumlar, onların kapsamlarının dışında bırakılabilir. Sistem, nedensel zincir bozulduğunda, istisnalara uygulanacak mekanizmalara da sahiptir. Öncelikle, kurallar ve belirlenen davranışlar arasındaki nedensel bağ koptuğunda kişiler sorumlu tutulamayacaktır. Bu duruma örnek olarak, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı nedeni ile cezai sorumluluğun kalkması gösterilmiştir. İkinci istisna olarak ise, belirlenen davranış ile kuralın hedefinin arasındaki nedensel bağlantının kopması gösterilmiştir. Ayrıca, belli bir tip hedefe ulaşmak için gerçekleştirilmesi gereken bir hedef, ulaşılmak istenen bu hedeften daha önemli bir hedefe ulaşmayı zorlaştıracaksa, bu durumda hedefte ısrar etmek mantıklı olmayacaktır. Bu durumda gerçekleştirilecek tercih, kriterlerin ağırlıklandırılmasına ya da takdire değil, hedeflerin üzerinde uzlaşmış bir kademelendirilmesine dayanacaktır. Son olarak, nedensel zincir tamamen koptuğunda ve bir kural ya da uygulamanın işaret ettiği hedef artık arzu edilmediğinde, yasal sistemin yapacağı ilgili kuralı uygulamamak olacaktır. Bunun bir takdir meselesi olarak görülmemesi, hedefe hizmet etmeyen düzenlemenin uygulanamayacağının otomatik olarak kabul edilmesi gerekecektir. Hedefleri kademelendirme konusundaki herhangi bir girişim bilinçli olsun ya da olmasın keyfi olacaktır. Fakat bazı birincil hedefler genellikle diğer hedeflerin

üzerinde yer alacaktır. Hukukun bu temel hedeflerini göreceli olarak küçük bir listeye indirgemek mümkün bulunmuştur. Nedensel teori, diğer hedeflerin başlıkları altına indirgenemeyen bu hedeflerin, sosyolojik hukukçuların kabul ettiği gibi toplumu gözlemleyip not alarak değil, hukuki bir bakış açısıyla; hukuk tarafından yapılandırılıp emredildiği gibi, hukuktaki yansımaları ile değerlendirilmesi gerektiğini savunur. Bu yasal ve sosyal hedeflerin çok farklı olduğu anlamına gelmeyecektir. Yasal sistem, esnek ve sosyal ihtiyaçlara göre yeni kurallar yapılandırabilir olmalıdır. Yargısal kararın nasıl oluştuğunu anlamak için, hakimlerin hedeflere ulaşmak amacıyla izlediği yasal materyallere bakmak gerekecektir. Teori, uygulamaya hizmet etmek amacıyla hedeflerin sınıflandırılmasının kullanışlı bir yöntem olduğunu belirtir. Bu şekilde, ana hedefler; özgürlük, refah ve kaynaklar başlıkları altında toplanır. Özgürlük hedefinin alt başlıkları olarak; iletişim ve bilginin özgür akışı ile insan kaynaklarının maksimizasyonu yer alır. Refah hedefinin alt başlıkları; fiziksel ve zihinseldir. Kaynaklar hedefinin alt başlıkları ise; paylaşımlı yararlanma ve kısıtlı yararlanmadır. Alt başlıklarda yer alan hedefler de, başka alt hedefleri kapsayacak şekilde dallandırılacaktır. Bir uyuşmazlıkla ya da zor bir dava ile karşılaşıldığında, doğru yönde karar verebilmek için, birincil hedeflerin kademelendirilmesi uygulaması yeterli olacaktır. (Skonieczna, 1977: 48-64)

Hedeflerin sınıflandırılması şemasına göre, çalışmamıza konu çocukların velayetinin tespitine ilişkin bir yargılamada; özgürlük ana hedef başlığı altında yer alan, insan kaynaklarının maksimizasyonu hedefi başlığının altında oluşturulmuş aile ilişkileri başlığı kapsamında; çocukların refahının gözetilmesi ve çocukların görüşünün dikkate alınmasına ilişkin artan bir vurgunun varlığı, ana ve babanın çocuk üzerindeki haklarının eşitliği ve çocuğun her zaman özel bir korumanın öznesi olduğu ifadeleri dikkate alınacaktır. Hedefler hukukun kendisinden kaynaklanmaktadır ve hakimin hukuka yabancı materyalleri ağırlıklandırma ve dengeleme sürecine başvurmasına gerek yoktur. Bu yaklaşıma göre hedefler, yasaların bir parçası olmamakla birlikte kaynaklarını hukuktan alırlar. (Skonieczna, 1977: 82)

Nedensel teori, diğer teorilerin çoğunluğunun varsaydığı aksine, belli bir noktada iki farklı tip hedeften birini seçmemiz gerektiğini savunur. Hedeflerin matriks içinde kademelendirilmesi, hakime davaların sonuçlarına karar vermek için

harekete geçmesine yarayan çıkarımlar sağlayabilir. Coval ve Smith'e göre her kural, kendi hedef veya hedeflerini uygulamada; yeni kural yürürlüğe girdiğinde modifiye edilmeleri, sınırlandırılmaları ya da istisna muamelesi görmeleri gereken diğer kuralların hedefleri karşısında, kendi hedefine öncelik tanır. Bu kuralların açık dokulu yapısına ilişkindir. Hart da insan davranışlarının bazı alanlarına ilişkin tüm şartlarını kapsayacak bir kural belirlemenin imkansız olduğunu belirtir ve böylece mantıksızlık standardı ileri sürülür. O zaman hakimin görevi, ilgili iddiaları ağırlıklandırmak ve her davada değişken standardı somutlaştırmak olacaktır. Nedensel teoriye göre, gerçeklerin yeni bir kombinasyonu tarafından oluşturulan sorun, anomali çözücü kurallar tarafından çözülecektir. Buradaki kritik nokta, bu mekanizmaların kural-gibi bir doğalarının bulunması ve böylece amacımızı belirli kılan kararın takdiri olmayacağıdır. Teoriye göre, hukukun bir hedefinin diğerinden daha az önemli olup olmaması bir takdir sorunu değildir. Bu çıkarların dengelenmesi ya da ağırlıklandırılması ile de belirlenecek değildir. Tamamı ile hukukun kendisinin bu kuralları nasıl düzenlediğine bağlıdır. (Skonieczna, 1977: 138-140)

1.1.1.11. Mantıksal Seçim Teorileri

Mantıksal seçim teorisi, hukuka bir dizi teşvik uygulaması olarak bakmanın yasal sonuçları hakkında tutarlı bir biçimde konuşabilmek için, hukuk ve ekonomi üzerinde çalışan akademisyenlerin, bu teşviklerin yasal sistemin nesnesi olan insanlar üzerindeki sonuçları hakkında bazı varsayımlarda bulunmalarını gerekli bulmalarının bir sonucu olarak görülebilir. Bu amaçla, insanların teşviklere nasıl cevap verdiğiyle ilişkin bir dizi varsayımı içeren rasyonel seçim teorisini ekonomiden hukuka aktarılmıştır. Teori üzerinde bir fikir birliği bulunmamakla birlikte, hukuk ve ekonomi doktrininde; göreceli olarak en zayıf anlamı ile kişilerin beklenen menfaatlerini maksimize etmeye yönelik davranışlarına ilişkin varsayımları ile göreceli olarak en güçlü anlamıyla kişilerin kendi çıkarlarını maksimize etmeye yönelik davranışlarına ilişkin varsayımları aralığındaki kavramları ifade etmek için kullanılmaktadır. (Korobkin&Ulen, 2000: 1056)

Teorinin versiyonları bir spektrum boyunca ele alındığında, spektrumun en solunda teorinin en ince kavramları olarak kabul edilebilecek, göreceli olarak daha az talepkar ve aktörler için teori ile uyumlu davranmak bakımından göreceli olarak daha kolay kavramları içerir. Spektrumun en sağında ise kalın kavramlar yer alır. Bu

kavramlar ampirik deliller tarafından kolayca yanlışlanabilir, daha zorlu davranışsal tahminleri barındırır. En ince versiyonun doğası tanımsaldır. Burada rasyonellik, araçları amaçlara uydurmak anlamındadır. Fakat araçların ve amaçların neler olduğuna dair normatif bir teori yoktur. Bu anlamıyla rasyonel davranış, kişilerin hareket tarzıdır. Çünkü a priori olarak kişilerin çıkarlarını rasyonel olarak maksimize ettiklerini varsayınız. (Korobkin&Ulen, 2000: 1061)

Spektrumun sağına doğru hareket ettiğimizde karşımıza çıkan kavram beklenen faydadır. En baskın olduğu alan modern mikro ekonomidir. Ekonomik karar vermenin, beklenen faydanın maksimizasyonunun bir sonucu olarak gösterilebileceği varsayımına dayanır. Kavram, karar vericilerin izledikleri hedefleri ve önceliklerini açıkça belirtmemesi nedeni ile zayıf kabul edilir. Fakat, aktörlerin amaçlarına ulaşmak için kullandıkları araçları belli bir ölçüde belirtmesi nedeniyle tanımsal versiyondan daha yoğun kabul edilir. Aktörlerin çıkarlarını elde etme girişimleri için takınacakları tutumlar hakkında, beklenen fayda teorisinin tahminlerinden yola çıkıp, buna aktörün çıkarının işlevi hakkında; yani onun hedefleri ve önceliklerine ilişkin tahminler ekleyerek mantıksal çıkarım teorisinin daha yoğun versiyonlarına ulaşılır. Hedeflere ilişkin varsayımlar arasında belki de en yaygın olanı, kişinin kendi kişisel çıkarını maksimize etmek arayışında olduğudur. Buna göre, eğer karar verecek kimse için en karlı hareket tarzının ne olduğunu ortaya çıkarabilirsek, onun hareket tarzını tahmin edebilmemiz de mümkün olacaktır. Bu yaklaşım yukarıda söz edilenlere göre daha avantajlıdır çünkü yalnızca karar verme süreçlerine ilişkin tahminleri içermez; ayrıca, somut davranışlar hakkında yanlışlanabilir varsayımlar ortaya koyar. Mantıklı seçim teorisinin en yoğun yaklaşımları ise, karar vericilerin hedefleri hakkında kişisel çıkarların maksimizasyonu yaklaşımından daha spesifik tahminler sağlar. Bu yaklaşımlardan en sık rastlanana varlık maksimizasyonudur. Aktörlerin kendi finansal yarar ve mali durumlarını maksimize etmeye yönelik davranışlarda bulunacağını öngörür. (Korobkin&Ulen, 2000: 1062)

Mantıksal seçim teorileri yaklaşımları; hukukun yarattığı dürtülere, insanların nasıl cevap verdiğini tam olarak anlamak için yeterli olmadıkları ileri sürülerek eleştirilmiştir. Geleceğe dair davranışları tahmin etmekte yetersiz oldukları ve öngörülerinin mantıklı olmadığı ifade edilmiştir. Mantıksal seçim teorisinin zayıf

yaklaşımlarının, insan davranışlarını sınıflandırmak, etiketlemek konusunda faydalı araçlar olarak kullanılabilirler fakat; çeşitli yasal şartlar altında nasıl davranılacağına dair tahmin yürütme konusunda yetersiz olacağı savunulmuştur. Yaklaşımların mantıksızlığı eleştirisi ise iki farklı açıdan yöneltilmiştir. Bunlardan ilki kişilerin genellikle çıkarlarını maksimize etme konusunda başarısız olmalarıdır. İnsanlar genellikle, bir dizi verili öncelik arasında yarışan opsiyonlardan birini seçme konusunda idare eder bir karar verir ve bunu yaparken de “sezgiselleri (heuristics)” kullanır. Bunun nedeni ise bilgi işleme sürecinin maliyeti ve insan bilincinin sınırlı oluşudur. İkinci olarak ise zayıf yaklaşımların, karar vericilerin seçimlerine dışsal olan faktörleri dikkate almadan maliyet çıkar analizi yaptıklarını varsaydığı; fakat aslında bağlamın da davranış üzerinde etkili olduğu öne sürülür. Ek olarak, karar vericilerin sıklıkla kendi kişisel çıkarları ile uyumsuz kararlar verdikleri, çünkü önceliklerini yalnızca kendi öznel çıkarlarına değil; aynı zamanda dürüstlük ve adalet gibi normlara da dayandırdıkları ifade edilmiştir. (Korobkin&Ulen, 2000: 1067-1070)

Mantıksal seçim teorilerinin, yargısal karar vermeye ilişkin yaklaşımlarından öne çıkan bazıları; George ve Epstein'in hukuk dışı modeli, Segal ve Spaeth'in güçler ayrılığı modeli ve Hammond, Bonneau ve Sheehan'ın rasyonel-tutumusal modelidir. Mantıksal seçim teorileri yargısal karar vermede hakimlerin tercihlerini merkezi bir konuma yerleştirir. Öne çıkan teorilerden biri olan yargısal kararların stratejik muhasebesi teorisi de kişilerin istikrarlı, fakat birbirlerinden farklı tercihleri olduğunu varsayar ve hakimlerin istikrarlı, fakat birbirleri ile çelişen bir ideolojiler yelpazesine sahip olduğunu kabul eder. Hakimlerin hareketleri hedeflerine ulaşmaya yönlendirilmiştir. Hakimler stratejiktir ve kurumlar hakimlerin etkileşimlerini yapılandırır. (Bergara, Richman&Spiller: 248, 249, Korobkin&Ulen, 2000:1071)

1.1.1.12. Tutumsal Model

Tutumusal model, orijinal yasal realistlerin düşüncelerinden hareket eden ve onları; davranışçılık, psikoloji ve ekonominin elementleri ile kaynaştıran, göreceli olarak basit yapıda bir yaklaşımdır. Model, özellikle Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi hakimlerinin davalarda kendi siyasi öncelik ve değerlerine dayanarak karar verdiklerini ve karar alma sürecinde, prestij ve kararın bozulması gibi kaygılardan dikkate değecek şekilde etkilenmediklerini iddia eder. Çalışmaların

çoğu, hakimlerin önceliklerinin, onları atayan başkanların siyasi partilerinden kaynaklandığını -bunu kabaca vekillik olarak anlarlar- öne süren teoriyi test etmeye çalışır. Vurgu federal yargıçlar üzerindedir, özellikle de Yüksek Mahkeme Yargıçları üzerinde. Eyalet hakimleri Başkan tarafından atanmazlar. Bazen atanma usulleri partizan olmayan seçime dayanır. Bu da onları siyasi olarak sınıflandırmayı zorlaştırır. Demokrat başkanlar tarafından atanan yargıçların “liberal” sonuçlar için ölçüsüzce oy kullanacakları ve Cumhuriyetçi başkanlar tarafından atanan hakimlerin de tam tersi sonuçlar için ölçüsüzce oy kullanacakları tahmin edilir. Yargısal davranışları açıklamada kurumsal faktörlerin ve diğer hakimlerin tepkilerinin etkilerini sınırlı tutması nedeniyle rasyonel seçim teorilerinin karşısında yer alır. Ancak teori hakimlerin değerlerinin nasıl şekillendiği ve nasıl siyasi önceliklere dönüştüğü hususunda kayda değer bir açıklama sunmaz. (Posner, 2008: 20-26, Bruce, 2012: 18,19)

1.2. Hakimin Takdir Yetkisinin Varlığı Tartışması

Yargısal karar alma sürecinde kurallar; emredici, belirli, bağlayıcı ve sonuca ulaşma konusunda hakime belirli bir yön sağlayan araçlar olarak idealize edilebilecektir. Hakimin takdir yetkisi ise, belli bir davada hukuk tarafından hakimin, ilgili tüm yasal gereçlere başvurmak kaydıyla, belli bir yönde karara ulaşma konusunda tercihte bulunmada serbest bırakılması anlamında ele alınmaktadır. Yargılamada hakimin takdir yetkisinin varlığı ve niteliği hususu öğretilerde tartışmalıdır. Aşağıda, bu tartışmaya ve tartışmada öne çıkan görüşlere ana hatları ile değinilmeye çalışılmaktadır. (Schneider, 1991: 2226)

1.2.1. Ronald Dworkin

Dworkin, pozitivist görüşleri, hukuku yalnızca kurallardan oluşan bir tanımla sınırlandırmaları bakımından eleştirir ve bu nedenle ağırlıkları değişen ve kesinlik göstermeyen ilkeleri açıklayamadıklarını savunur. “Yorumlayıcı Model” olarak adlandırdığı görüşüne göre, kurallar ile birlikte ilkeler de çok önemlidir ve hukuki tanıma, etik algı ile yakından ilişkilidir. İlkeler, kurallar olarak değerlendirilmemelidir. Kuralların gerçekleşebilecek tüm durumları kapsayacak şekilde uygulanamayacağını, istisnaların da kuralların birer parçası olduğunu ve kuralın ifadesine eklenmeleri gerektiğini vurgular. Yasal sistemin bir parçası olarak kabul ettiği ilkeler ise bu şekilde işlev görmezler. İstisnalarını da kapsayacak şekilde

tanımlanmaları gerekmez. Ona göre, kurallar ve ilkeler arasındaki mantıksal farklılığın bir yönü; yetkililerin karara ulaşırken bir ilkeyi dikkate almaya gerek duymaları, fakat her durumda ona uygun hareket etmelerinin gerekmemesidir. Ayrıca hakim, kuralların çözüme ulaşmak için yeterli olmadığı bir durumda ilkelere başvurduğunda, kuralların aksine, toplumda gelişen bir uygunluk algısının ürünü olan ilkeleri göreceli olarak ağırlıklandırarak uygulayabilme imkanına sahip olacaktır. Doğru sonuca varmak isteyen hakim, kurumsal tarihe en uygun olan ilkeleri esas almalıdır. Bu şekilde, ilkeleri kararını desteklemek için kullanmış olacaktır. (Türkbağ, 2012: 72-77, Skonieczna, 1977: 103-104)

Kapsayıcı pozitivismi, sosyal kuralların bir uzlaşma sonucunda doğduğunun kabul edilmesi nedeniyle çelişkili bulur. Çünkü bu durumda, kuralların gerekleri konusunda bir uzlaşmazlığa düşülmemesi gerekmektedir. Fakat uygulamada hakimler, hangi ilkeyi uygulayacakları konusunda birbirlerinden farklı düşünebilecektir. Bu düşünceye Jules Coleman bir ayrım başvurarak yanıt verir. Ona göre, uygulamaya ilişkin görüş ayrılığı, hakimin olaya hangi ilkeyi uygulayacağı konusunda çelişkiye düştüğünde doğar; içeriğe ilişkin konularda ise bir görüş birliği bulunur ve böyle bir görüş ayrılığının pozitivismde yeri bulunmaz. Coleman'ın pozitivismde içeriğe ilişkin görüş ayrılıklarını reddeden düşüncesine karşı Dworkin hukuki görüş ayrılıklarına ilişkin ikili bir ayrım benimser: Hukukun temellerine ilişkin uyuşmazlıklar teorik, hukuki dayanakların oluşup oluşmadığına dair uyuşmazlıklar ise ampiriktir. Teorik uyuşmazlıklar, Coleman'ın reddettiği, içeriğe ilişkin görüş ayrılıklarına denk düşmektedir. Vermek istemediği bir kararı, yaptığı anayasal yorum sonucunda vermek zorunda hisseden bir hakime dair verdiği örnek ile teorik uyuşmazlığın var olabileceğine işaret eden Dworkin, hakimin burada iki ilkeyi kıyaslayıp birini uygulamayı tercih ettiğini ve neticede hukuku yaratmamış olduğunu belirtir. (Güven: 6-8)

Yasal pozitivismin anahtar prensiplerinden bir olarak gördüğü yargısal takdiri, yasal pozitivism eleştirisi bağlamında değerlendiren Dworkin'e göre, üç farklı anlamda takdir söz konusudur. İlk iki zayıf anlamında takdir; hükme varma ve sonuçlandırma anlamlarındadır. Hükme varma anlamında takdir; mekanik olarak uygulanamayan, bir hakimin muhakemesini gerektiren standartlara başvurulması gereken durumları ifade eder. Sonuçlandırma anlamında takdir ise; hakimin karara

varmada son otorite olması ve kararın yeniden değerlendirilmesi imkanının bulunmaması durumlarında söz konusudur. İlk iki anlamı ile takdir kabul eder ancak önemsiz bulur. Üçüncü anlamı ile takdir ise, hakim yasal standartlardan tamamen bağımsız olmasını ifade etmektedir ve Dworkin buna itiraz eder. Bu güçlü anlamda takdir, bazı yasal kurallardaki belirsizlikten veya son sözü takdir kullanarak verme yetkisinden kaynaklanmaz. Aksine, bir yasal standart yokluğundan doğar. Çoğu yasal pozitivistin göre güçlü takdir, iki veya daha fazla doğru yasal cevap bulunduğu oluşur ve hakimi ekstra-yasal koşullarda karar vermeye zorlar. Dworkin, Hart'ın aksine bu güçlü anlamda takdir reddeder. Onun genel yorumlayıcı ve prensip-teorik hukuk yaklaşımına göre, hukuk asla belirsiz ve tamamlanmamış değildir. Hakimlerin karara varabilmek için, hiç bir zaman hukuk dışına çıkmalarına ve kendilerini kanun yapıcı yerine koymalarına gerek yoktur. Zor davalarda, yasal kuralın içeriği tartışmalıdır, yani zayıf anlamı ile takdir söz konusudur. Makul insanlar bir yasal kuralın nasıl uygulanacağı hakkında fikir ayrılığına düşebilirler. Fakat böyle tartışmalı durumlar hakim karar verirken ekstra-yasal standartlara başvurusunu gerektirmez. Onun güçlü takdir eleştirisinin iki esası vardır. İlk olarak, bir kararın tüm dayanakları yasal dayanaklardır. Hukukun kendi nihai doğrulama standartları bulunur. Yani hakim ekstra yasal standartlara başvurma yetkisi yoktur. İkinci olarak, hukukun yasal esas ve standartları tek bir doğru cevaba götürür. Kurumsal desteği olan ilkeler yasal standartları kapsar ve ilkelerin yasal standartları kapsar şekilde kabul edilmeleri de güçlü anlamda takdir bertaraf edilir. Bu da hakim, hukuk yaratmayacağı, ilkeler arasında seçim yapıyor olacağı anlamına gelmektedir. Netice olarak, ilkelerin hakim takdir yetkisi içinde görülmemeleri gerekmektedir. (Schneider, 1982: 2227, Türkbağ, 2012: 78-85, 48-52)

Hakimin takdir uygulaması için hiçbir açık nokta kabul etmeyen Dworkin'e göre hakim, yargısal kararların iyi gerekçelerinin, kişisel önyargılardan çok kamu standartları olması gerektiğine dair temel ilkeye tabidir. Ona göre hukuk, hakime hiçbir zaman yaratıcı yargısal yasalaştırma imkanı sağlamayan bir yetkilendirmeler sistemidir. Pozitivistler takdir, güçlü anlamı ile kullanırlar. Yani, hakim takdirini kısıtlayan belirli kısıtlamalar olmadığı gibi, bir kimsenin doğru bir karara ilişkin bir hakkı da bulunmamaktadır. İlke ve politika, siyasi dayanağın önemli temelleridir ve hukuk davalarında ve hatta zor davalarda yargısal kararlar, prensipler tarafından

oluşturulmalıdır, politikalar tarafından değil. Politikalar, siyasi kararları, bazı toplumsal hedeflerin lehine olduğu veya onları koruduğu gerekçesiyle haklı çıkarmaya çalışırken; prensipler, siyasi kararları, bazı kişisel haklara veya grup haklarına saygılı olduklarını veya onları güvence altına aldıklarını ileri sürerek haklı çıkarmaya çalışır. Politikaya uygun olarak verilen bir kararı, bir bütün olarak toplumun refahını arttırmak amacıyla bireylerin hedefleri ve amaçları içinde bir uzlaşma olarak görür. Fakat, hakimler genellikle seçilmiş değil, atanmış oldukları için, bu tarz bir güç onlara verilmemelidir. Ayrıca, hakimlerin yeni bir hukuk yaratma ve geriye dönük olarak yeni yasal yükümlülükler yükleme gücü olmamalıdır. İlke temeline dayanan bir kararın bu sorunlardan kaçınması gerekir. İlkelerin daima değişip çatışmaları nedeniyle sınırlayıcı olarak listelenmelerini mümkün görmemektedir. Hukuki ilkeler, politik ilkeler tarafından desteklenir. Hukukçular ve toplumun uygunluk algılarına göre belirlenen güçleri ile değişken ve çok sayıda farklı olasılık sunan bir niteliğe sahip olur. (Türkbağ, 2012: 85-87, 117-118)

Zor bir karara varması gereken hakim prensipte, araştırmasının başında üç farklı olasılıkla karşı karşıyadır. Değerlendirmeye alması gereken standartlar bir arada hesaba alındığında, ya davacı lehine, ya davalı lehine karar vermeyi gerektirecektir ya da her ikisinden biri lehine karar vermesini mümkün kılmayacaktır. Hakimin hangi yönde karar vereceğinden kesin olarak emin olmadığı davalar bulunabilecektir. Bu durumda, en güçlü gözükten ihtimale göre karar verecektir. Hukuk ona, üçüncü olasılığa göre takdir kullanma imkanı tanıdığına, bir yasal materyal problemi olsun ya da olmasın, sonuç, bir araya getirildiğinde, diğer iki olasılığı haklı çıkararak materyaller gibi belirsiz kalabilir. Yani bir dava için benzersiz bir doğru karar bulunmadığı sonucu da doğru bir sonuç olabilir ve bu sonuç da davalı veya davacı lehine olabilecek sonuç kadar yanılabilir. Hakim, belli bir dava hakkında benzersiz şekilde doğru bir karar bulunmadığı veya o davanın zor bir dava olduğu konusunda asla emin olamaz. Hakimin bir davada taraflardan biri lehine karar verememesinde, bir beraberlik durumunun söz konusu olması ihtimali düşüktür. Teorik olarak böyle bir ihtimal vardır ama, elindeki yasal materyallerin gelişmişliği göz önünde bulundurulduğunda, yoğun bir çalışma sonunda hakim taraflardan biri lehine hükme varabilecektir. (Skonieczna, 1977:48-52)

Bir zor davada hakimin kararı, bir hakkı inkar etmek ya da benimsemek

durumunda sağlam gerekçelere dayanmalıdır. Gerçekte, yapması gereken kararını yalnızca kurallarla değil bütünüyle hukuk ile bir çerçeve içine almaktır. Dworkin, her hakimin, karar verme sürecini şekillendiren, kendi hukuk anlayışını biçimlendirdiğini kabul eder. Hakim, haklara tutarlı bir tavırla yaklaşmalıdır ve onları parça parça ya da dengesiz uygulamamalıdır. (Skonieczna, 1977:120)

Hakim, kararında kullanacağı her bir emsali, kararı bu emsale göre haklı çıkaracak bir emsaller şemasına yerleştirerek, ortak hukukun ilgili emsallerinin altında yatan ilkelere ilişkin bir kavram geliştirmelidir. Bu nedenle daha çok, hakimin bu altta yatan ilkeleri kavrayışına dayanır. Eğer, emsalin çekimsel gücü adil bir temele dayanıyorsa, hakim ilkeleri yalnızca o emsal için keşfetmemeli, o düzeydeki tüm diğer yargısal kararlarla da tutarlı olmalıdır. Dworkin' e göre hakim, yasa ve emsalin gereklerini değerlendirirken kendi kişisel entellektüel ve felsefi kanaatlerini muhakemesine yansıtacaktır fakat bu; onun muhakemesinin, sırf kendine ait olduğu için, görüşlerinde bağımsız bir gücü olduğunu varsaymaktan farklıdır. Bu görüş, hakimin nerede toplumda gerçekten var olan genel siyasi teoriyi yansıttığı ve nerede fazlaca öznel olduğunu belirlemedeki zorluk bakımından eleştirilmiştir. Görüşün, hakimin ilgili ilkeleri subjektif olarak ağırlıklandırıp ağırlıklandırmadığı ve bir ilke ve politika arasındaki bir farkı ayırt edip korumanın onun için mümkün olup olmadığını belirlemek konularında güçlük çektiği savunulmuştur. (Skonieczna, 1977:121-127,128)

1.2.2. Joseph Raz

Joseph Raz'ın önde gelen temsilcisi olduğu dışlayıcı pozitivizm, takdir yetkisini kullanan hakimlerin, etik kuralları hukuk kuralları haline getirmediğini; yeni, hukuktan bağımsız kurallar yarattığını savunur. Raz'a göre takdir, bir dava için benzersiz bir yasal olarak doğru karar bulunmadığında doğar. Güçlü anlamda takdiri ise, hukuk standartları tarafından hiçbir doğru kararın belirlenmediği davalarda hakimin yasal olarak karar vermeye yetkili olması kabul eder. Bu tür takdirin üç kaynağından bahseder; belirsizlik, ağırlık ve takdirin yasaları. Herhangi bir yasal standardın belirsiz bir dili olabilir, prensiplerin göreceli ağırlıkları tam olarak belirlenmemiştir ve çoğu yasal sistem, hakimlere, yasal olarak bağlayıcı olmayan gerekçelere başvurma takdirini açıkça tanıyan kanunlar içerir. Bu gerekçeler, daha sonraki davalarda yasa dışı görülebilir ya da bağlayıcı kabul edilmeyebilir ve ilk iki

noktaya geri dönülür. Bu durumda, belirsiz dilin yorumu ve muhakemenin ağırlıklandırılması, subjektif fikir sorunları olarak görülür ve bir dava için benzersiz bir doğru cevap olmadığında, hakimin takdire başvurduğu görüşüne geri dönüş yaşanır. (Hoffmaster, 1981: 32-33, 37-38, Skonieczna, 1977:1-5)

1.2.3. Thomas Perry

Takdir konusunu Raz'a benzer şekilde, bir dava için benzersiz bir doğru karar bulunup bulunmadığı sorusu üzerinden değerlendiren Perry, pratik bir yaklaşım benimser. Sadece prensipte benzersiz doğru bir kararın mevcudiyetini, alakasız görmesi nedeniyle reddeder. Böyle bir karar, eğer pratikte tespit edilebiliyorsa anlam taşır. Böyle bir kararın tespit edilebilmesi için, konunun uzmanı hukukçuların fikir birliği gerekir. Bu tür bir fikir birliğine ulaşılamayan birçok dava vardır ve bu davalarda hakim, yalnızca yargısal bakış açısını benimseyebilir ve buna göre karar verir. Yargısal bakış açısı, hakimin dava üzerinde dikkatlice çalışmasını, ilgili yasal standartlara ve önemli yasal gerçeklere yakın ilgi göstermesini, tarafsız olmasını, herhangi bir çıkar çatışması olduğunda reddini istemesini ve içtenlikle mantıklı olmasını gerektirir. Yani, Perry'e göre, karar üzerinde fikir birliğine varılamayan davalar, yargısal gerekçelendirmenin prosedürel teorisine göre sonuçlandırılacaktır. Hakim, karara ulaşırken, gerekli prosedürü izlemiş ise karar haklı sayılacaktır. Uygulamada, benzersiz bir doğru kararın tespit edilemediği davalarda hakim, karar verirken takdirini kullanacaktır. (Hoffmaster, 1981: 39-41)

1.2.4. Rolf Sartorius

Rolf Sartorius hukuku, içerik ve uygulama sonuçları açısından benzerlikleri nedeniyle hakimlere belirli yargısal yükümlülüklerin üzerinde rehberlik eden kesin prensipler sağlayan, fakat bu önceki yükümlülüklerle dayanarak kurulan bir kurallar bütünü olarak görür. Hakimin zor davalarda ne yapması gerekeceği, kolay davalarda yaptığı ile doğrudan bağlantılıdır. Büyük ölçüde sistemli bir kontrol bulunması nedeniyle takdir, doğal olarak yasal görülmez. (Skonieczna, 1977:103-104)

Sartorius, yarışan yasal standartların, eşit dengede veya ağırlıkta uygulanabileceği ve bu nedenle de benzersiz tek bir doğru sonucu ulaşılmamasının mümkün olamayacağı davalar bulunduğunu ve hakimin böyle davalarda takdirini kullanması gerektiğini kabul eder. Sartorius, hakimin uygun kurumsal rolü ile ilgilenir. Ona göre, davaların çoğunda benzersiz bir doğru karar vardır. Bazı

davalarda ise böyle bir karar yoktur. Benzersiz doğru bir karara ulaşamayacak davaları tespit etmeye yarayacak güvenilir kriterler de bulunmamaktadır ve bu tarz davaları tespit etmeyi hedefleyen girişimlerinin çoğu da hatalıdır. Bu nedenle, hakimin herhangi bir belli davaya, benzersiz bir doğru karara ulaşılması mümkün olmayan bir dava muamelesi yapma yetkisi yoktur. Bu noktada hakimin amacı, varabildiği doğru karar sayısını ve dayanaklarının gerçekliğini maksimize etmektir. Verili bir davada doğru karara; var olan standartların, resmi olarak belirlendiği gibi, sistematik uyum şartlarında en iyi şekilde çözümlenmesi ile ulaşılır. Kararı şekillendiren, bazı üstün asli prensipler veya hakimin kendi kişisel değerler tablosu tarafından belirlenen optimum arzu edilenin koşulları değildir. Sartorius, hakimin bir dava için benzersiz bir doğru karar olmadığını söyleme konumunda asla olamayacağına inanır çünkü; yargısal gerekçelendirmenin böyle verili bir tutarlı teorisinde bu, yarışan iki kararın, ilgili yasal standartların tüm sistemi ile eşit derecede uyumlu olduğu anlamına gelir ve bu da hükme varmayı pratik olarak imkansız kılar. Kurumsal uyum şartlarında gerekçelendirme, büyük ve karmaşık bir bağlantılı otoriter standartlar bütününe karşı görülen bir yargısal kararın sistematik olarak benimsenmesini uygun hale getirir. Hakim kendi değerler tablosuna yönelmeden önce, doğru karara ulaşmak için tüm yasal kaynakları gözden geçirdiği iddiasını ispat etmelidir. Bu, teoride mümkünse de, pratikte olamaz. Yani Sartorius, yargısal takdirin varlığını fiili olarak kabul ederken, kuramsal olarak reddeder. Benzersiz olarak doğru bir karar uygulamada yoktur veya varlığı teşhis edilebilir değildir. (Skonieczna, 1977: 105-106)

1.2.5. H. L.A. Hart

Kapsayıcı pozitivist anlayış bazı durumlarda hukuk ve etiğin kesişebileceğini savunur. Hukuk kurallarını birincil ve ikincil kurallar ile yargılama kuralları olarak sınıflandıran H.L.A. Hart'a göre, birincil kurallar; toplumun çoğunluğu tarafından kabul gören, ancak kesin olmayan, yavaşça gelişip değişen ve yaptırım uygulayıcı bir otoritenin bulunmaması nedeniyle etkisiz kalan kurallardır. Birincil kurallar hakkındaki kurallar olarak ifade edilebilecek ikincil kurallar ise, tüm hukuk sisteminin geçerlilik kaynağı olan “tanıma kuralı”nı içermektedir. Yükümlülük doğuran her birincil kural tanıma kuralına dayanmaktadır. Tanınma kuralı ise bir başka kuraldan değil, sosyal kabulden dayanak almaktadır. Hukuk ve ahlak ayrı

konumlandırılmak zorunda değildir. Bir hukuk sistemi, etiği tanıma kuralı olarak benimseyebilir. Hart'a göre, bir kuralın çekirdek ve yarı gölgeli alan olarak adlandırdığı iki kısmı bulunur. Kuralların çoğunun, anlam ve kapsamalarının açık olduğu bir çekirdek anlam alanı vardır. Yarı gölgeli alanda ise anlam belirsiz ve açık dokuludur. Çoğu davada, çatışan iki kuralın her ikisi de eşit derecede uygulanabilir. Bu durumda, dava her iki kuralın da yarı gölgeli alanına düşebilir. Her iki kuralı bir arada uygulayamayacak olan hakim, bir tercihte bulunarak davayı kurallardan birinin çekirdeğine yerleştirmeli ve diğerinin kapsamından çıkarmalıdır. Herhangi bir belli durumda hakimin hangi kuralı uygulamayı tercih edeceği konusu ise esas olarak, bir hakimin takdir uygulaması sorunudur. Hart'a göre, hakimi karara varmada yönlendirecek olan bir yargılama kuralıdır. Yargılama kuralları, karara varacak kişileri ve izlenecek prosedürü belirleyen ikincil kurallardır. Fakat, bu kurallar, bir davanın sonucunun muhasebesi için anlamlı bir kriter sağlamazlar. Yarı gölgeli alanda hakim, ekstra yasal standartlara başvurmak ve neredeyse yasa yapıcı gibi hareket etmek zorundadır. Hakimin takdir yetkisi bu alanın sınırları ile kısıtlanmıştır. Kuralın çekirdeği kararlar için ölçülebilir bir standart olarak bağlayıcıyken, açık dokulu alan hakime kural yapıcı bir güç tanır. Hart'a göre, makul ve bilgili uzmanların, verilen cevabın yasal olarak doğru olup olmadığı konusunda fikir ayrılığına düşebileceği zor davalarda da, hukuk aslında tamamlanmamıştır. Bu nedenle, dava hakkında yalnızca ekstra-yasal, ahlaki standartların, değerlerin ve hükmün “amacının” uygulanması yoluyla karar verilebilecektir. Bununla birlikte, pozitivist bakış açısında amaç, anormal ve öngörülemeyen sonuçlara sebep olabileceği durumlar dışında, kuralın açıkça uygulanabildiği yerlerde kuralı engelleyecek şekilde uygulanmayacaktır. Hakim, hukuk yaratarak bir köprü vazifesi görmek üzere takdirini kullanacaktır. Raz'ın ileri sürdüğü gibi ahlaki önceden var olan hukuka dönüştürmeyecektir. Yasal pozitivistlerin çoğu için, takdire duyulan ihtiyaç doğru bir cevabın bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, Hart için takdir ve safi keyfilik arasında açık bir fark bulunur. Hakimler, yasa koyucu gibi geniş ölçüde reformlar yapamaz ve yeni yasalar oluşturamazlar. Güçleri, seçimlerini sınırlandıran, birçok kısıtlamaya tabi tutulur. Hart, teorisinin, biçimsel bir yaklaşımın bizi götüreceği sterillik ve katılıktan sakındığını öne sürer. Biçimsellik, bir kuralın her davada aynı anlamı taşımasında ısrar etmesi gerçeği nedeniyle kati bir

kesinliği ve tahmin edilebilirliği garanti eder. Fakat bunun karşılığında, toplumdaki bazı diğer önemli hedefler göz ardı edilmelidir. (Klatt: 409, Skonieczna, 1977:125 Steiner, 1976: 136-138, Türkbağ, 2012: 78-82)

Hart'a göre çevresel davalarda, kural-yapıcı otorite, takdir uygulamalıdır ve çeşitli davalarda yükselen sorulara sanki bulunacak tek bir doğru cevap varmış gibi -çatışan çıkarlar arasındaki makul bir uzlaşma olan bir cevaptan farklı olarak- muamele etmek imkanı yoktur. Hart'a göre Dworkin'in teorisinde; hakim tarafından, var olan hukuk olarak biçimlendirilen hipotezler, her dava için eşsiz bir doğru cevaba yönlendirir. Hart, Dworkin'in tarif ettiği ilkelerin aşırı derecede genel ve soyut bir doğası olduğunu ve kararları farklı yönlerle çeken eşit çekim kuvvetlerinin bulunabileceğini düşünür. Eğer öyle ise, Dworkin'in tezinin önemli bir ilkesi zayıflatılmaktadır. Sorun, amacın değerlendirilmesinin hakim tarafından yapılması gerekliliği gerçeği olarak görünmektedir. Her ne kadar hukuk, kendi çalışmalarında delillendirilmektense objektif olarak sayılmaktaysa da. Yine de, Dworkin'in tezinde tarif ettiği ilkeler yasal faktörlerdir ve böylece hakimi bağlarlar. İlkelerin sorunu karakteristik olarak belirsiz olmalarıdır. Alternatif olarak, amaçların yargısal hareket özgürlüğünü kısıtlamada çok şey başarabilecek olsa da, takdir alanını tam olarak ortadan kaldıramayacağına dair bakış açısı yer alır. Bu bakış açısını sunan Gottlieb'tir. O, bunu kuralların belirli olaylara uygulanması ile ilgili olarak ortaya çıkan amaçlar arasında seçim olarak görür ve özetle şu üç durumda gerekir: İlk olarak, dava çevreseldir; ikinci olarak, kuralın uygulanması onun amacına göre veya sistemin diğer kurallarına göre uygunsuzdur ve son olarak; kurallar yarıştığında, sonucu belirlemek için onların amacına başvurulması gerekir. Bununla birlikte, belirli kuralların hedeflerini kavramak zor olduğunda, sonuç olarak, amaç tarafından sağlanan rehberlik daha az güvenilir olurken, takdirin kapsamının genişleyeceğini ifade eder. Böylece bu noktada, Hart tarafından ifade edilen takdir alanına giriş yapılır. Orada, hedefler daha sıkı, sistematik bir işlev görür ve takdire başvurmak ihtiyacını -hatta zor davalarda bile- ortadan kaldıracakları ileri sürülür. (Skonieczna, 1977: 127-128)

1.2.6. Mathias Klatt

Hart ve Dworkin'in yargısal takdire ilişkin iki zıt kutupta yer alan görüşlerini değerlendiren Klatt, Robert Alexy'nin anayasal haklar teorisi çalışmalarını baz alır ve

dengeleyici bir takdir modeli geliştirerek onu, yasal uslamlama teorisi ile ilişkilendirmeyi amaçlar. Ona göre Hart, yargılamanın kural yapıcı rolünü abartıp, hakime çok fazla takdir tanırken; Dworkin ise kural yapıcı rolü hafife alır ve çok sınırlı bir takdiri savunur. Onun uzlaştırıcı teorisinin temel amacı ise, yargısal takdirin yapısının teorisini oluşturmaktır. Yasal uslamlamanın söylemsel teorisinde, kuralların ve yasal uslamlama biçimlerinin birçok davada hiçbir sonuca götürmediği, götürse bile, hiçbir şekilde nihai sonucu garanti etmediği büyük ölçüde kabul edilmektedir. Üç farklı söylemsel yöntem belirtilmesi gerekir. Bunlar; söylemsel gerekli, söylemsel imkansız ve söylemsel olasıdır. Söylemsel gerekli ve söylemsel imkansız davalarda tek bir doğru cevaba ulaşmak mümkündür. Fakat söylemsel olası davalarda yasal söylemin sonucu en az iki eşit derecede yasal olasılık barındıran bir alanda yer alır. (Klatt: 507-515)

Klatt, Alexy'nin anayasa ve yasa koyucu arasındaki ilişkiyi değerlendirmek için oluşturduğu üç senaryonun, hakimler ve hukuk arasındaki ilişkinin değerlendirilmesinde de, tüm takdir biçimlerine; yasal sistem ayırt edilmeksizin faydalı olabileceğini savunur. Bu senaryolardan ilki, yargısal takdirin saf prosedürel modelidir. Bu modelde, takdir somut konularla ilgili olduğu ölçüde sınırsızdır. Bu takdir modeline göre; yasal sistemler, yasal hak ismini hak eden bir şeye dahil ise reddedilmelidir. Bu modelin karşısında, saf somut model yer alır. Burada hukuk, verilebilecek her karara ilişkin bir emir veya yasak içerir ve takdire imkan tanımaz. Tek doğru cevap tezine dayanan ve takdire çok küçük bir alan bırakan bu senaryo da reddedilmelidir. Yargısal takdirin tam bir çerçevesinin çizilmesi için takip edilmesi gereken, üçüncü senaryo yani somut prosedürel modeldir. Hart'ın teorisini yansıtan bu senaryo, çeşitli uygulanabilir modelleri barındırması nedeniyle izlenmelidir. Somut prosedürel modele göre hukuk üçlü bir belirliliğe sahiptir. Belli kararlar emredilmiştir. Belli kararlar yasaklanmıştır ve belli kararlar ise ne emredilmiş, ne de yasaklanmıştır. Herhangi bir kararın ne emredildiği, ne de yasaklandığı alanda, yargıya seçme özgürlüğü tanınmıştır. Bu özgürlüğün, Dworkin'in güçlü takdiri ile örtüştüğü kabul edilmektedir. Klatt güçlü takdirin, Alexy'nin yapısal takdir kavramına karşılık geldiğini öne sürmektedir. Yapısal takdir, hukukun kesinlikle emrettikleri ve yasakladıklarının sınırları tarafından oluşturulur. Dworkin'in, yargılama olarak takdir adını verdiği birinci zayıf anlamda takdirin Alexy'deki

karşılığı epistemik takdirdir. Epistemik-yapısal takdir ayrımı, takdirin kaynağına ilişkindir. Dworkin'in, sonuçsal takdir olarak adlandırdığı takdir türü ise mahkeme hiyerarşisini ilgilendirir. (Klatt:517)

Epistemik takdir, hukukun sınırlarını bilme kapasitemizin, sınırlarından kaynaklanır. Takdirin ilgili olduğu bilginin tipine bağlı olarak iki farklı türü vardır. Bilgi ampirik veya normatiftir. Ampirik bilgiye dayanan epistemik takdir hakimin, yargılamalarının içsel gerekçelendirmesinde belirsiz ampirik taahhütleri kullanmaya hakkı olması anlamını taşır. Söylemsel teorik bakış açısından takdirin, ampirik bilgiye ilişkin maddeleri dışsal olarak gerekçelendirme görevi vardır. Normatif bilgiye dayanan takdire göre ise hakimin, hukukun yapısal anlamda emrettiği, yasakladığı ve izin verdikleri konusunda hata yapmaya hakkı vardır ve yine de doğru karar verir. Bu bağlamda alt derece mahkemelerinin ampirik epistemik takdir yetkisi bulunur. Gerçeklerin değerlendirilmesi, tanıkların dinlenmesi delillerin değerlendirilmesi bu tür takdir alanına girer. Üst derece mahkemeleri ise, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararları hukuki açıdan sorgularken, normatif bilgiye dayanan epistemik takdiri kullanırlar. (Klatt: 517-518)

Yargısal takdir, yasal prensiplerin dengelenmesi ve ağırlıklandırılması sistemine demirlemiştir. Prosedürel veya epistemik olarak etiketlenebilecek dengeleme modeli yapısal anlamda dinamiktir. Bu modelin dışında kuralların yorumlanması metoduna da yer verilir. Bu metot, geleneksel yorum yöntemlerini benimser; semantik, tarihi, sistematik ve teleolojik. Klatt, bu iki tekniğe bir üçüncü teknik daha ekler: Hukukun ileri gelişimi. Burada ifade edilmek istenen gelişim, salt yoruma dayanan gelişimin ötesindedir ve yapısal takdiri kullanır. (Klatt: 520-522)

Klatt, metodolojik ve söylemsel teorik bakış açısına göre, somut bir davadaki sınırlarını tam olarak belirleyebilmek için, takdirin sınırlarının bilinmesinin gerekli olduğunu belirtir. Sınırların ne olduğu hususu ise epistemolojik ve yapısal takdir bakımlarından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Her iki takdir tipinin sınırları da kabaca, söylemsel olarak imkansız ve söylemsel olarak gerekli tarafından ayarlanır. Yapısal takdirin sınırları tam olarak hukukun emrettikleri ve yasakladıkları tarafından, söylemsel olarak gerekli veya imkansız tarafından belirlenir. Söylemsel olarak gerekliye göre bir karar emredilir ya da söylemsel olarak imkansıza göre yasaklanır. Bu iki hat arasında da, yargının her iki yönde de karar vermesinin mümkün olduğu,

söylemsel olarak mümkün alan yer alır. Bu hat üzerinde, yasal yorum ve prensiplerin dengelenmesi yöntemleri vasıtasıyla hareket edilir. (Klatt: 522)

Epistemik takdirin sınırlarını anayasal yargı bağlamında değerlendiren Klatt, bu sınırların yarışan materyal prensipler ve anayasal haklar tarafından belirlendiğini belirtir. Takdirin sınırları değişkendir ve anayasal hakların ağırlıklarına bağlıdır. Epistemik takdirde, ampirik veya normatif bilgi tiplerinin her ikisine de başvurulabilir. Yapısal ve epistemik takdir arasındaki ilişkinin ise yasal teoride yeterince ele alınmadığını ileri sürer. Bu duruma örnek olarak, güçlü takdire odaklanan Dworkin'in zayıf anlamda takdiri dikkate almayışını verir. Ona göre, yapısal ve epistemik takdir arasındaki ilişki en çok normatif bilgiye ilişkin takdirde görülür. Normatif epistemik takdir, yapısal takdirin sınırlarında çözülmeye neden olur gözükmektedir. Hakim, hukukun neyi emrettiği, neyi yasakladığı ve neyi açık bıraktığı konusunda karar vermede serbesttir. Hakim, yapısal takdir gücünün sınırlarını belirleme konusunda yetkilidir. Bu durum da, yapısalın, normatif epistemik takdirden nasıl ayrılacağı hususunu belirsiz kılmaktadır. Bu ayrılabilirlik, eğer hakimin hukukla bağlılığının bir anlamı varsa, çok önemlidir. Klatt'a göre, normatif epistemik ve yapısal takdir ayrılabilir ve üç adımı gerektirir. Bu adımlardan ilki, her iki tip takdir arasındaki kavramsal farkı belirlemektir. Bu fark Alexy tarafından ortaya konmuştur. Yapısal takdire göre karar verirken, kesin sonucun seçimi yasal olarak açık ve böylece de siyasidir. Normatif epistemik takdire göre karar alınırken ise, yasal hususlar takdirden dışlanmamaktadır. Epistemik takdirin kullanılması durumunda, belirsizlik yalnızca, yapısal düzeyde yasal olarak açık anlaşılan kararların bilgisini ifade eder. İkinci adım olarak, eğer fark olsaydı, dava inşa edici olarak ne yapılması gerektiği açıklanmalıdır. Bu ayrılabilirlik için gerekli kriteri belirleme anlamına gelir. Eğer hakimin hukuk ile bağlılığı, yapısal ve normatif epistemik takdirin bir diğeri ile kesişmemesine bağlıysa, yapısal seviye en azından bazı davalarda analitik olarak, epistemik seviyeden önce gelmelidir. En azından, hakimin yetkin -yeterli olmadığı bazı davalar olmalıdır ve böylece hakimin ne zaman epistemik takdir yetkisi olduğunu ve ne zaman olmadığını hukuk kendisi belirler. Bu durumda, epistemik takdirden tamamen yoksun davaların mevcut bulunduğunu kanıtlama zorunluluğu doğar. Epistemik takdirin çerçevesi, takdirin azaltılmasını talep eden rakip materyal prensiplerin ağırlığına bağlıdır. Bu

prensipilerin somut ağırlıkları, epistemik takdirin biçimsel prensibinin ağırlığının göz ardı edilmesini sağlayacak kadar fazla ise, epistemik takdir yoktur. Eğer bu tarz davalar var ise, yapısal ve normatif epistemik takdir arasındaki sınırı çizmemize yardımcı olacak bir öncül kesinlik standardı bulunmalıdır. İlk iki adım, epistemik takdir bulunmayan davaların varlığını kanıtlama konusunda yeterli görülmemiştir. Klatt'a göre bu sorunun cevabı, mevcut yasal sistemlerin somut içeriğine, karmaşıklığına ve tutarlılığına bağlıdır. (Klatt: 522)

1.2.7. Nedensel Teori

Nedensel teoriye göre, takdirin uygulanması gereken durumlar açıkça mevcuttur. Hiçbir kural tarafından idare edilmeyen bir yapı mahkemeye yardım edebilecektir. Bu duruma örnek olarak ise; çalışmamıza konu, velayet işlemlerinde bir çocuğun yerleştirilmesi en uygun olacak yerin belirlenmesi gösterilmiştir. Çocuğun refahı için en iyinin belirlenmesi takdiridir, ama ilk etapta, karar verirken, çocuğun refahı ebeveynlerin isteklerinden daha daha önemlidir. Hukuk, çocuğun refahını öncelikli olarak dikkate alınacak husus olarak belirler. Birden fazla hedefin sunulması, bir seçim yapmanın gerekli olduğunu düşündürebilecektir. Bu seçimin subjektif olduğu bir durumda, yeniden takdir alanına dönülür. Fakat genellikle kurallar bir diğerinden tamamen bağımsız işlev görmez ve bu böylece, diğer kuralların ve onların hedeflerinin, nasıl seçim yapılacağı konusunda rehberlik edeceği yönündeki iddiaya bir temel sağlanır. (Skonieczna, 1977: 108-109)

1.2.8. Gidon Gottlieb

Kuralların hedeflerinin önemine vurgu yapan Gottlieb, kuralların uygulanması hususunda, amaç ve hedeflerin rehber olarak nasıl kullanılacağına belirlenmesi konusunda dikkate değer bir güçlük bulur. Ona göre, kuralların arkasındaki politika hakkında açık bir izlenim edinmek çoğunlukla imkansızdır ve bu belirsizlik nedeniyle de böyle vakalarda amacın pratik kullanımı sınırlıdır. Bu durumda elimizde olan, amaca oldukça özgül bir doğaya sahip bir rol veren ve bizi etkin bir şekilde yargısal takdir alanı ile baş başa bırakan bir teoridir. Böylece zor davalarda hedef, hakime takdirini kısıtlayacak ek bir girdi sağlayan bir tür tamamlayıcı işlevi görür. Fakat bu sınırların neler olduğu ve hakim üzerinde nasıl işlev gördükleri belirsiz kalır. Gottlieb'e göre kurallar, belirli durumlarda yapılması gerekenler konusundaki yönlendirmeleri ile ve amaçlar da, kuralların hedeflenen

sonuca belirli bir hareket tarzı ile ulaşacak şekilde uygulanması konusunda rehberlik ederek takdiri kısıtlar. (Skonieczna, 1977:117)

1.3. Takdir Yetkisinin Varlığı Tartışmalarının Velayete İlişkin Bir Yargıtay Karar Örneği Üzerinden Değerlendirilmesi

TMK. m. 182 kapsamında hakime tanınan, çocukların velayetinin belirlenmesi bakımından takdir yetkisi, hakim takdir yetkisine ilişkin genel hüküm TMK m. 4 f.1.'e göre kanunen tanınmış bir takdir yetkisidir. Takdir yetkisi ifadesinin Kanun tarafından açıkça kullanılması yetkinin kavramsal niteliği hakkında bir tartışma yürütülmesine engel görülmemektedir.

Takdir yetkisinin varlığı ve niteliği yukarıda görüldüğü üzere tartışmalı bir konudur. Konuya ilişkin tartışmaların, bir ucunda yetkinin varlığını kabul eden ve diğer ucunda da böyle bir yetkiyi reddeden görüşün bulunduğu bir doğrusal düzlem üzerinde sıralandığı düşünülebilir. Uçların birine yer alan Dworkin, zayıf anlamı ile takdiri kabul etmekte fakat önemli görmemekteyken, güçlü anlamıyla hakim takdir yetkisini reddeder. Diğer uçta yer alan, L.A. Hart'ın savunucusu olduğu kapsayıcı pozitivist anlayışa göre ise iki farklı hukuki sonuca ulaşılabilmesi mümkün olan davalarda hakim güçlü anlamda takdir yetkisini kullanacaktır.

Tartışmayı TMK. m. 182 tarafından hakime tanınan takdir yetkisi açısından değerlendirdiğimizde, karşımıza çıkan ilk soru; velayetin belirlenmesinin bir zor dava olup olmayacağıdır? Hakim, çocuğun velayetinin kime verileceğini belirlerken başta çerçeve ilke olarak çocuğun üstün yararı gelecek şekilde, aşağıda bir kısmı ayrıntılı şekilde incelenecek bazı ilkeleri esas alacaktır. İlkelerin hukukiliği değerlendirildiğinde; çocuğun üstün yararı ve görüşünün alınması gibi ilkelerin kanunen düzenlendiği; kardeşlerin ayrılmaması ve küçük yaştaki çocukların velayetlerinin anneye bırakılması gibi diğer bazı ilkeler için böyle bir durumun söz konusu olmadığı görülür. Kanun tarafından düzenlenmeyen fakat toplum tarafından geniş ölçüde benimsenmiş ve hükmün amacına hizmet eden ilkelerin karara dikkate alınması halinde- Hart'ın görüşüne paralel şekilde- hakim takdir yetkisini kullandığını kabul etmek tarafımızca daha makul görünmektedir. Zira aksi şekilde düşünmek, tüm ilkeleri hukuk kuralları olarak kabul etmek biçiminde anlaşılmaktadır. Bu durum ise hukukun sınırlarını bulandıran bir tablo sunar. TMK m. 182, Raz'ın bahsettiği, yasal olarak bağlayıcı olmayan gerekçelere dayanma

takdiri tanıyan kanun hükümlerine bir örnek olabilir. Bu durumda, bağlayıcı olmayan gerekçelerin yasal hüküm ile tanınmaları nedeni ile birer hukuk kuralı halini aldıklarını da kabul etmek gerekir. Fakat bu durum bizi pratikte hakimin takdirini kullandığı gerçeğinden uzaklaştırmaz.

Ele alınan ilkelerden biri veya birkaçı, hakimi hiçbir tereddüte düşmeden, velayetin ana ve babadan hangisinde bırakılacağı sonucuna götürüyorsa burada; Dworkin'e göre zayıf anlamda ve Klatt'a göre ise epistemik anlamda olarak adlandırılabilir. Takdir söz konusu olacaktır. Pratikte bu kararın tek doğru cevap olarak teşhis mümkün görünmemektedir.

Aşağıda yer alan Yargıtay karar örneğinde, velayetin tespitinde hakime yol gösterecek faktörler, çocuğun üstün yararı çerçevesi vurgulanarak; çocukların görüşleri, kardeşlerin birbirlerinden ayrılmaması, anne bakım ve şefkatine muhtaç olma ve ana-babanın tutum ve davranışları şeklinde sayılmaktadır. Karar ilk derece mahkemesinin velayete ilişkin hükmünün bozulması yönündedir. Somut olayda hakim, velayet yönünden üç karar verebilir. Anne tercih edilebilir; baba tercih edilebilir ya da her iki ebeveyn de tercih edilmeyebilir. İlk derece mahkemesi ve Yargıtay, dava konusu olaya ilişkin olarak ele aldıkları ilkeler konusunda bir çatışma içinde değildir. Sorun bu ilkelerin ağırlıklandırılması noktasında doğmaktadır. Ağırlıklandırma neticesinde her iki mahkeme farklı sonuçlara ulaşmıştır. İki sonuçtan birinin doğru olduğu, ilkelerin bizi tek bir doğru cevaba götürdüğü sonucuna varılması mümkün gözükmemektedir. Hakim, sıkı çalışarak eşit koşulları sağlar gözükürken ebeveynlerden biri lehine karar verir. Diğer hakim ise diğer ebeveyni haklı bulur. Bu durumda doğru bir sonucun olmadığından emin olamamız da iki farklı kararın varlığı bizi takdirin varlığına götürür. Sonuçta iki karardan biri kesin hüküm halini alacaktır. Fakat kesinleşme anında ne kararı alan hakim ne de diğer kişiler kararın doğru karar olduğunu bilebilir. Bu da bizi takdirin varlığına götürür.

Çocuğa ilişkin tüm koşulları elimizdeki veriler ışığında değerlendiririz. Çocuğun mevcut ve geleceğe yönelik menfaatlerini ilkeler ölçüsünde, birçok farklı değişkeni dikkate alarak tartar ve karara ulaşıyoruz. Bu işlemler bir hukuk makinesi tarafından gerçekleştirilmez. Karar, hakimin zihin süzgecinden geçmekle ondan bir parça halini almıştır. Açıklanıp, bağımsızlığını kazanmakla bu bağı kopartması, takdirden sıyrılmış bir hukuki gerçeklik halini alması mümkün görünmez.

.....DAVA: Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm, davalı kadın tarafından hükmün tamamına yönelik olarak temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR : 1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir. 2-Mahkemece boşanma kararıyla birlikte, tarafların ortak çocuklarının velayeti davacı babaya verilmiştir. Tarafların velayete tabi üç çocuğu olup; bunlar 1998 doğumlu Z., 2003 doğumlu T., 2006 doğumlu B. adlı çocuklardır. Velayet tercihi konusunda çocukların çelişkili beyanda buldukları görülmektedir. Velayet düzenlemesinde asıl olan çocuğun üstün yararadır. Üstün yararın gerektirdiği takdirde, çocuğun velayet konusundaki görüşünün aksine de karar verilebilir. Velayet düzenlemesine konu birden fazla çocuk bulunduğu takdirde, çocukların kardeşlik duygusunu yaşayabilmeleri için üstün yararları gerektirmediği sürece velayetlerinin aynı ebeveyne verilmesinin tercih edilmesi gerekir. Yaşça küçük olan çocukların, anne şefkat, bakım ve ilgisini yaşayabilmeleri için, annenin bu görevi üstlenmesine engel bir durumu bulunmadıkça velayetin anneye verilmesi tercih edilmelidir. Bu ilkeler ve çocuklardan B.'un yaşı nedeniyle anne şefkat, bakım ve ilgisine muhtaç olması, babanın ilk evliliğinden olma 1985 doğumlu çocuğu D.'ye karşı olan tutum ve davranışı ile velayet görevi konusundaki özensizliği göz önüne alındığında; her üç çocuğun velayetinin de davalı anneye verilmesi gerekirken; mahkemece yazılı gerekçeyle babalarına verilmesi isabetsiz olmuş; bozmayı gerektirmiştir. SONUÇ : Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple BOZULMASINA.... Yargıtay 2. HD, E. 2013/9516, K. 2013/23409, K.T. 10.10.2013

1.4. Türk Medeni Hukukunda Hakimin Takdir Yetkisi

“Takdir” sözcüğü, Arapça kökenlidir ve “beğenme, beğenip belirtme, değer verme; bir şeyin değerini, önemini, gerekliliğini anlama ve yazgı” anlamlarında kullanılmaktadır. “Takdir hakkı” ise, “kanunun belirlediği durumlarda gereğine, haklı sebeplere göre yargıçlara tanınan değerlendirebilme serbestliği” şeklinde tanımlanmaktadır. (Tdk)

Toplumsal yaşamın beraberinde getirdiği karmaşık ilişkiler ağı, kanun koyucuyu her olay ve sorun için ayrı hükümler içeren bir kanun hazırlayabilmek imkanından alıkoyar. Yasal düzenlemeler ne kadar detaylandırılmaya çalışılırsa çalışılırsa, hayatın tüm somut olay ve ilişkilerini bütünüyle kavrayamaz. Fakat bu durum, hukukun sunmuş olduğu çerçeve içinde uyumsuzlukların çözülmesi imkanını ortadan kaldırmaz. Hukukun, sürekli değişip gelişen bir organizmaya benzeyen toplumun ihtiyaçlarına cevap vererek işlerlik kazanabilmesi, yasaların çağın gereklerine uygun şekilde yorumlanması, hukuki boşlukların doldurulması ve soyut

hükümlerin somut yaşam gerçeklerine ve gerçek kişilere uyarlanması zorunluluğu, “hakimin takdir yetkisi”nin bu bağlamda bir araç olarak tartışılmasına -yukarıda kısaca değinildiği üzere- neden olmuştur. (Anıl, 2013: 23-25)

Hakimin yargılamadaki rolünün belirlenmesi amacına yönelik takdir yetkisi kavramı ve hakimin takdir yetkisinin varlığı hususu yukarıda değinmiş olduğumuz üzere, hukuk teorisinde tartışmalıdır. Hakimin takdir uygulama yetkisinin bulunduğunu kabul eden, bu yetkiyi reddeden ve her iki görüşün unsurlarını da benimseyerek, hakimin takdiri uyguladığına ve sonuç olarak takdir yetkisinin bulunduğu inanan çeşitli farklı görüşler bulunmaktadır. Esasen, yargısal karar alma sürecinde hakimin zihinsel faaliyetleri sonucu olarak gerçekleşen işlemlerin hepsi üzerinde, bir ölçüde hakimin takdirinin varlığı tartışmasını yapabilmek mümkündür. Bu tartışma kapsamında ele alınan işlemler, işlev gördükleri hukuki alan ve işlemlerin niteliklerine göre farklı özellikler taşır, farklı biçimlerde adlandırılır ve nitelendirilirler. Çalışmamızın devamında, Türk mevzuatına paralel şekilde hakimin takdir yetkisinin varlığı kabul edilerek, öncelikle kısaca hakimin hukuki hüküm vermeye ve değerlendirmeye ilişkin takdir yetkisine ve bu yetki ile hakimin fikri faaliyetlerinin birer sonucu olan benzer işlemlerin farklarına değinilecektir. (Dinçkol, 1993: 215)

Hakimin takdir yetkisi, özel hukuk ve kamu hukukunun yapılarındaki farklılıklar nedeni ile her iki hukuk alanında farklı şekillerde değerlendirilir. Kamu hukukunda hakimin takdir yetkisi, idare hukuku ve ceza hukuku alanlarına göre farklılık gösterir. İdare mahkemesi hakimi, idarenin eylem ve işlemlerinin hukukiliğini denetleyebilecektir. İdarenin takdir yetkisi çerçevesinde hatalı hareket edip etmediğini ele alacak, idari işlemin yerindeliğini değerlendirmeyecektir. İdarenin takdir hakkının yasal çerçevede kullanılıp kullanılmadığını denetleyen idare mahkemesi hakiminin takdir yetkisi, eşitliğin ve hukuk güvenliğinin sağlanması hedefi gereğince Danıştay'ın denetimi altındadır. TCK'nin 2/1 maddesi uyarınca kanunsuz suç olmaz ilkesinin kabul edildiği ceza hukukuna göre ise hakim, cezanın şahsileştirilmesi amacına yönelik olarak takdir yetkisini kullanabilecektir. (Baktır: 188, 189, Dinçkol A.: 1073, 1079)

Çalışmamızın konusu ise özel hukukta hakimin takdir yetkisi ile ilişkilidir. Özel hukukta bu yetki genel olarak, TMK'nin, “Hakimin takdir yetkisi” başlıklı 4.

maddesinin; “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” hükmü ile tanınmakta ve yetkinin kapsamı belirlenerek sınırları çizilmektedir. TMK. m. 4 anlamında hakimin takdir yetkisi, yasa koyucunun bilinçli olarak bıraktığı kural içi boşlukların; olayların şartlarına, takdir yetkisinin tanınması amacına, hukukun bütünlüğüne, sosyal adalete ve toplumun ahlaki düşüncelerine uygun düşecek şekilde doldurulması yetkisidir ve hakim takdirle ilgili şartların gerçekleşmesi halinde bu yetkiyi kullanmakla yükümlüdür. (Anıl, 2013: 53, Edis, 1973: 172)

Hakimin takdir yetkisi; hakimin hukuk yaratması, delillerin serbestçe takdiri, yorum, doğruluk ve güven ilkesi ve hakkın kötüye kullanımı kavramlarıyla ilişkilidir. Hakimler, görevlerinin gereği olarak çeşitli kararlar verirler. Karar verme işleminin bir gereği olarak da sürekli takdirde bulunurlar. Karar alma süreci, hakimin; ilgili olay, olgu ve materyaller üzerinde gerçekleştirdiği bir zihinsel faaliyetler bütünüdür. Bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesi sırasında yapılan değerlendirme, yorum ve tercihler ile varılan sonuçların tümü hakimin takdiri faaliyetlerinin birer ürünü niteliğindedir. Bu faaliyetlerden biri olan hakimin hukuk yaratma işlevi, hukuk boşluklarının doldurulmasına yönelik olarak TMK m. 1'de; “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hakim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.” şeklinde düzenlenmektedir. Hakimin madde kapsamında doldurması öngörülen boşluklar, yasa koyucunun iradesi dışında oluşan boşluklardır. Hakim, hukuk düzeni ile bütünleşen bir kural yaratarak boşluğu doldurmalıdır. Hakim, TMK. m. 4 uyarınca takdir yetkisini kullanırken ise, bir kural yaratmamakta, kuralın içinde bilinçli şekilde bırakılan eksiklikleri tamamlamakta; kural ile çelişmeden onu tamamlar bir çözüm üretmektedir. (Edis, 1973; 173,174)

Hakimin takdir yetkisi ile delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi karşılaştırıldığında; takdir yetkisinin maddi hukuka ilişkin bir kavram, HMK m. 198'de düzenlenen, delillerin serbestçe değerlendirme ilkesinin ise yargılama hukukuna ait bir kavram olduğu görülür. Hakim delilleri, somut olayın özellikleri ile mantık ilke ve yöntemlerine uygun olarak nesnel bir şekilde değerlendirecektir.

Delillerin takdiri, hakkında hüküm verilecek olayın tespitine ilişkindir. TMK. m. 4'e göre hakimin takdir yetkisi ise, olaya uygulanacak hükmün hakkaniyet ve nısfet ile tamamlanması amacını taşımaktadır. (Edis, 1973:176, Dişbudak ve Bülbül, 2006:12-13)

Hakimin takdir yetkisi ile yorum kıyaslandığında daha sınırlı bir anlam taşıyan yorum; hakimin bir hüküm ile bağlı olduğu ve ele aldığı hükmün gerçek anlamını belirli esaslara dayanarak ortaya çıkardığı bir faaliyet türüdür. Takdir yetkisini kullanan hakimin ise daha geniş bir hareket serbestisi vardır. (Edis, 1973: 176)

Doğruluk ve güven ilkesi ise hakimin takdir yetkisinden, geniş kapsamıyla ayrılır. Takdir yetkisi, belirli bir olay hakkında, kanunu uygulayarak karar verme bakımından söz konusuysen, doğruluk ve güven ilkesi; kaynakları ne olursa olsun hakların kullanılmasına ve borçların yerine getirilmesine ilişkindir. Takdir yetkisini kullanan hakim, tarafların, halin icabı kavramının içinde yer alan doğruluk ve güven ilkelerine göre hareket edip etmediklerini değerlendirir. Ayrıca, doğruluk ve güven ilkesi; kanunun yorumlanması ve boşlukların doldurulmasına da tatbik edilir. (Edis, 1973: 176, 177)

Hakim takdir yetkisini kullanırken belli bir kuralın sınırları dahilinde hareket etmek zorundadır. TMK. m. 2.'de düzenleme bulan, hakkın kötüye kullanımı yasağı ise, yargıca yerine göre bir olayda kanunun uygulanışının düzeltilebilmesi imkanını da vermektedir. (Edis, 1973: 177)

Hukukta “takdir” yalnızca hakimlere tanınmış bir yetki değildir. İdare hukuku da, belli mercilere, kanuni sınırlar içinde; belli davranışlarda bulunmak ya da bulunmamak, belli durumlarda çözüm yolları arasında seçimlerde bulunmak veya nasıl bir davranışta bulunacağını belirlemek konularında takdir yetkisi tanımaktadır. İdari takdir yetkisi, hakimin takdir yetkisinden farklıdır. TMK m. 4 anlamında takdir yetkisini kullanan hakimin, mümkün olan en adil çözümü bulması gerekliliği karşısında, idari takdir yetkisinin kullanılması neticesinde ulaşılan çözümün, halin durumuna veya kamu yararına uygun olması aranır. TMK. m. 4 anlamında takdir ile idari takdir yetkisi ayrıca, amaçları bakımından da birbirlerinden ayrılırlar. Hakimin takdir yetkisi adaletin dağıtılmasına yönelirken; idari takdir devlet işleri ve kamu hizmetlerinin en uygun şekilde sürdürülmesine yöneliktir. (Edis, 1973: 179)

1.4.1. Takdir Yetkisinin Sınırları

Hakimin takdir yetkisine sahip olması, keyfiyetine göre karar verebilmesi imkanını elinde bulundurması anlamına gelmemektedir. Bir hukuk devletinde hakimin takdir yetkisi ancak, yasalara dayanılarak, yasalarca belirlenen sınırlar içinde kalacak şekilde, tanınma amacına uygun olarak ve hakkaniyetle kullanılabilir bir yetkidir. (Dinçkol, 1993: 215, 216)

Takdir yetkisinin varlığının öncelikli şartı bir yasal dayanağın bulunmasıdır. Yasa metninde açıkça ifade edilmedikçe ya da metinde açıkça ifade edilmemekle birlikte yasanın yorumundan böyle bir yetkinin tanındığı anlaşılmadıkça hakimin takdir yetkisinin varlığından söz etmek mümkün değildir. Hakime takdir yetkisi tanıyan kurallar üç farklı şekilde gruplanabilir. Bunlar; hakime açıkça takdir yetkisi veren kurallar, “durumun gereği” gibi kavramlarla takdir yetkisine göndermede bulunan kurallar ve yazılışlarından hakime takdir yetkisi tanıdığı oldukları anlaşılan kurallardır. Çalışmamıza konu MK. m. 182, “Hakimin takdir yetkisi” başlığı ile hakime açıkça takdir yetkisi veren kurallar kapsamına girmektedir. (Edis, 1973: 183)

Hakim, yasal bir dayanaktan kaynak alan takdir yetkisini ancak yine bu dayanak çerçevesinde belirlenen sınırlar kapsamında kullanabilecektir. Takdir yetkisinin sınırları yasa koyucu tarafından açıkça belirtilmiş olabilir. Böyle açık bir sınırlama bulunmaması halinde ise takdir yetkisinin tanınma amacından yola çıkılarak yetkinin sınırları belirlenebilecektir. Takdir yetkisi, belli bir “olay” ya da belli bir “olayın unsurları” veya “hukuki sonuçlarının” belirlenmesi bakımından tanımlanabilir. Örneğin, TMK. m. 182/f.1'e göre hakime, “ana ve babanın hakları” ile “çocukla kişisel ilişkileri” hakkında, yani “hukuki sonuçlar” konusunda karar vermek üzere takdir yetkisi tanınmıştır. Ayrıca, fıkra yer alan “olanak buldukça” ifadesi ile anne ve babayı dinleme konusundaki imkanın takdiri hakime bırakılarak “olayın unsurları” bakımından takdir yetkisi tanınmaktadır. (Edis, 1973: 181, 185)

Hakimler, uygulamakla yükümlü buldukları yasaların veya yargı kararlarının hatalı olduklarını düşünmeleri durumunda, bu kişisel görüşlerine dayanarak ilgili hükümleri uygulamaktan kaçınmazlar ve yorum bahanesi ile bu hükümlerin kapsamını sınırlandıramazlar. Takdir yetkisi, yasalarla birlikte, yasalara dayanılarak çıkarılan tüzük ve yönetmelik gibi resmi metinlerle, usulüne uygun olarak imzalanmış uluslararası anlaşmalar göz önünde bulundurularak

uygulanmalıdır. Hakim, kendisine yasal olarak tanınmış bulunan takdir yetkisini kullanırken de yasalara uygun hareket etmekle yükümlü olacaktır. (Anıl, 2013: 71-73, 82-88)

TMK. m. 4'e göre hakim takdir yetkisini hakkaniyete uygun olarak kullanılmalıdır. Adalet, kural ve ilkelerde bulunması gereken en yüksek temel ve düşünceyi ifade ederken; hakkaniyet, belirli somut olayların özelliklerin göre davranılmasını emrederek, önceden belirlenmiş katı çözümlerin doğurabileceği sorunların önüne geçmeyi hedefleyen daha esnek hukuk kurallarında kendini gösteren bir kavramdır. Hakim somut olaylarda takdir yetkisini hakkaniyet tarafından çizilecek çerçeve sınırlarında kullanarak, hukukun kendisinden beklediği somutlaştırılmış ve kişiselleştirilmiş adaleti tesis edecektir. (Dinçkol, 1993: 226, Edis, 1973: 190,191)

1.4.2. Takdir Yetkisinin Kullanılması

Yasal dayanak ve çerçevesi içinde varlık gösterme imkanı bulan hakimin takdir yetkisinin kullanılmasını şekillendirecek temel esas, aynı zamanda yetkinin sınırlarından bir tanesi olan hakkaniyettir. Hakimin Hakkaniyetle karar verebilmesi için öncelikle önyargılarından kurtulması ve takdire konu olaya odaklanması, kısacası görebilmesi gerekir. Görebilmek adaletsizliği görebilmektir. Davanın tarafları arasındaki uyuşmazlık konusu tespit edilmeli ve ardından da çatışan menfaatler adaletle tartılarak korunmaya değer çıkar belirlenmelidir. Bu işlemler, tarafların durumları ve toplumun ekonomik, sosyal ve ahlaki yapısı göz önünde tutularak ve sosyal adalet düşüncesi dikkate alınarak gerçekleştirilmeli, hukuki ve etik boyutları ile alınmalıdır. Bu şekilde hem uyuşmazlık hakkaniyetle çözülebilecek ve hem de toplumsal bağlamdan kopulmamış olunması dolayısıyla benzer olaylarda emsal teşkil edebilecek sonuçlar elde edilecektir. Neticede hukuktan beklenen tutarlılık ve ön görülebilirliğin temini de mümkün kılınacaktır. (Edis, 1973: 179-181, Uygur, 2013: 210-211)

Hakimler de diğer bütün insanlar gibi çevrelerinden ilgi, sevgi, nam ve prestij görmek için çaba gösterirler. Bu değerleri elde edebilmek için belli bir çaba gösterilmesi gerekmektedir ve normal yetenekteki bir hakimin minimum çabası bu konuda yeterli görülmektedir. Aşırı çaba gösteren işkolik bir hakimin heyet halinde çalışan mahkemelerde işleyişi yavaşlatabileceği ve karşı oy yazıları ile de sevimsiz

olarak görülebileceği belirtilirken; diğer yandan karşı oy yazıları, hakimlerin farklı kişilik ve düşünce yapılarına sahip bireyler olmalarının doğal sonucu bir olarak vurgulanmaktadır. Hakimler farklı, sosyal, ekonomik ve ideolojik çevrelerden gelmektedirler ve ayrıca psikolojileri de farklılık arz etmektedir. Genetik yapı, aile, toplumsal çevre ve eğitimin belli durumlara karşı tepkimizi etkileyerek yarattıkları bazı yatkınlıklar ile, bir seviyeye kadar karar vermeyi kolaylaştırdığı kabul edilmektedir. Hakimden beklenen soğukkanlılık, onun kendini bütün sosyal etkilerden soyutlamasını gerektirmez. Böylece mahkeme kararı için; $MK=N(\text{norm})$. $O(\text{olgu})$ formülü, $M=N.\ddot{O}O(\text{öznel olgu})$ şekline dönüşmektedir. Hakimler önyargılarını ve dikkat kapasitelerini etkileyen faktörleri bilinmeli ve bunların etkilerinden kaçınılmalıdır. Hakim, kendisine güvenmeli, soğukkanlı ve sabırlı olmalı ve peşin hükümlü olabileceğini düşünerek, bunu gidermek için gerekli çaba ve bilgiye yönelmelidir. Hakimler de yanılabilirlerdir. Eksik bilgi, yalancı tanıklık veya bilirkişinin dar görüşlülüğü gibi faktörler hatalı sonuçlara varılmasına neden olabilecektir. (Yücel, 2008:20)

Adil bir hükme ulaşma çabasında, duygulardan tamamen arınmak mümkün değildir. Fakat, hakim duygularına karşı daha duyarlı, dengeli olur, onları daha iyi irdeler ve daha ayrıntılı olarak ifade edebilirse kararının keyfiliği konusunda doğabilecek şüpheleri bertaraf eder. Öğretide Yücel, tanıkların düşünce süreçlerini etkileyen rasyonel olmayan faktörler konusunda hassasiyet gösteren avukat ve hakimlerin, aynı faktörlerin hakimlerin düşünce süreçlerine kalan etkileri hususunda sessiz kalmaları noktasına eleştiri getirmektedir. Bu noktada, hukuk eğitiminde psikolojiye daha fazla yer verilmesi gerektiğini belirterek, bu şekilde “ideal yargıç” önyargısını aşılabileceğini, herkes gibi hata yapabilen hakimlerin muhakeme süreçlerini etkileyen eğilimlerinin, önyargılarının ve dikkat koşullarının görülebileceğini savunmaktadır. (Yücel, 2008:21)

Davranış ve düşünce kalıplarımızın çoğunun mantık tarafından idare edilmediğini, daha çok bilinçsiz ve otonom sinir sistemi tarafından tetiklenmiş olduğunu ortaya koyan bilişsel bilimin verileri karar alma süreci değerlendirilirken göz önünde tutulmalıdır. Dikkatli, tarafsız ve mantıksal olarak gerekçelendirilmiş olduğuna dayandığına inandığımız kararlar aslında, denenmemiş ve genellikle görünmeyen düşünme çerçeveleri tarafından yönlendiriliyor olabilir. Düşüncemizin

altında yatan; insanların, yerlerin ve durumların, bizim farkında olmadığımız bilinçsiz bir muhakemesinin karmaşık bir sistemidir. İnsanlar, yeni durumları, kişileri ve kendilerini değerlendirmek için önceki deneyimlerine dayanan taslaklar yaratır. Karmaşık kararlara varmak için, psikologların genellikle “sezgiseller” veya “şemalar” olarak adlandırdığı zihinsel kısa yollara başvurulur. Bu sezgisellere güvenmek, çoğu zaman sağlam ve verimli muhakemeyi kolaylaştırır, fakat ayrıca hatalı ve önyargılı kararlar üreten bilişsel illüzyonlar da yaratır. Düşüncemizin çoğunun bilinçaltı düzeyde oluşması nedeniyle, genellikle kendi davranışımızın, düşüncemizin, duygularımızın, algı ve önyargılarımızın gerçek nedenlerinden habersizizdir. (Negowetti: 697)

İnsan doğası, önyargı ve eğilimlerden arınmış olarak hareket etmeyi arzular ve böyle olduğuna da inanır. Hakimler için bu ayrıca, çözümlenmek amacıyla sunulan problemlerin tarafsız yargıçları olarak bir profesyonel kimlik sorunudur. Bununla birlikte, hepimiz gibi insan olan hakimler de, muhakemede sistematik hatalar üretebilen bilişsel karar alma süreçlerine kaçınılmaz olarak bel bağlarlar. Hakimler de, diğer herkes gibi; ırklarının, etnisitelerinin, milliyetlerinin, cinsiyetlerinin, sosyo-ekonomik statülerinin dinlerinin ve ideolojilerinin ürünleridir. İdealde hakimler, gerçekleri, delilleri ve kısıtlayıcı yüksek yasal kriterleri kullanarak karara varır ve kişisel önyargı, tutum, his ve diğer bireysel faktörleri bir kenara bırakır. Bununla birlikte, bu idealin, davranış bilimcilerin elde ettiği bulgularla örtüşmediği görülmüştür. Bulgulara göre, insan zihni karmaşık bir mekanizmadır ve bilinçli ve bariz eğilimlerle önyargılara bakılmaksızın, çoğu insan ne kadar iyi eğitilirse eğitilsin veya tarafsızlığa kişisel olarak bağlı olursa olsun, bazı bilinçsiz veya üstü kapalı eğilimleri barındırır. Tarafsızlıklarına karşı kör bir inanca sahip olan hakimler, kararlarında yanlış bir güven hissi edinebilirler. (Negowetti: 697)

Bir hakim karara varırken gerçekte ne çeşit bir sürecin işlediğini analiz etme girişimi komplike bir çabayı gerektirir. Herhangi bir davada karar vermek muhtemelen, farklı yetenekleri ve hukuk kurallarını, yasaları ve içtihatları sağlam şekilde anlamayı içeren bir bilgi kombinasyonunu gerektirir; yasal teori ve politika için bir değerlendirme ve ortak akıl ve bağlamın empatik olarak anlaşılması tarafından bilgilendirilen muhakemenin bir kombinasyonu. Bilişsel bilim, hakimlerin nasıl karara vardığı konusunda kapsamlı bir anlayış sağlayamıyorsa da, sürecin

önemli bir parçasını açıklar. Diğerlerini harekete geçiren şeyleri anlamak için yaratıcı çaba sarf etmek yerine empati göstermeyen ve kendi bakış açılarının evrensel olduğunu varsayması muhtemel hakimler, kör zihinlidir. Sorunları, kendileri bakış açılarının başka herhangi bir stratejik noktadan değerlendiremeyen hakimler, adaleti eşit ve tarafsızca yerine getirme yetisine sahip değildirler. (Negowetti: 704)

Önyargısız karar vermek için bilinçli ve açık arzuları ne olursa olsun, üstü kapalı önyargılar kişinin bariz ve onayladığı inanç veya prensiplerinden sapan davranışlar sergilemesine neden olabilir. Üstü kapalı önyargıların kararları etkilemesi tehlikesinin en büyük olduğu alan, hukukun açıkça bir sonucu zorlamadığı ve hakimin bulacağı cevabın tahmin edilemeyebileceği, yargılamanın takdire açık alanlarıdır. Bu alanlarda bir hakim, bir davanın gerçeklerinin nasıl uygun bir şekilde bir araya geldiğine veya var olan kuralın yeni bir bağlamda ne gibi bir etki göstermesi gerektiğine karar verir. Bir duruşmada çatışan ifadeleri dinlerken takındığı tutumu ve ifadelere ilişkin çatışmaları çözümlenmesi hakimin sahip olduğu görüş engellerinden etkilenir. Benzer şekilde bir duruşma hakiminin kişisel deneyimleri ve bakış açıları muhtemelen, belirsiz hukukun çatışmalı gerçeklere uygulayışını etkileyecektir. Hakimler, taraflardan birine karşı hiçbir eğilim veya önyargıya sahip olmasalar, ilgili kanunu tam olarak anlasalar ve ilgili gerçeklerin tümünü bilseler bile sadece nasıl düşündükleri yüzünden -tüm insanlar gibi- bazı şartlar altında hala sistemli olarak hatalı kararlara varabilirler. (Dinçkol, 2012: 184, 185, Negowetti: 715-717)

Hakimlerin yaş, cinsiyet, nesil, din ve değerleri gibi çeşitli özelliklerinin etkileri karar verme sürecine taşınabilir. Yaşamları, deneyimleri onlara konular ve kişiler hakkında belli fikirler, inançlar ve tavırlar aşılar. Bu bilinçsiz etkiler hakimlere, durumları nasıl belirleyeceklerini söyler ve onları kendi inanç ve tavırları doğrultusunda kararlar vermeye cesaretlendirir. Bilişsel bilim, kişinin kendi tecrübesinin karar alma sürecinin bilinçsiz başlangıç noktası olduğunu belirtir. Bazen bir şeye onlara inanmayı istediğimiz için inanırız, bu nedenle hakimler, muhakemelerinden tedbirli bir şekilde şüphe duymalıdır; özellikle de hukukun açık alanlarında. Elenmemiş şemalara güvenme ile başa çıkmak zordur. Ancak, kategori ve şemaların neden olduğu üstü kapalı eğilimler, öncelikle; ırk, cinsiyet, cinsel yönelim ve karar almayı etkileyebilecek diğer sosyal kategorileri tanıyarak, verili bir

şemaya düşünceşizce başvurmayı azaltıp, ele alınan durumları dikkatlice inceleyerek azaltılabilir hatta ortadan kaldırılabilir. Dikkatli bir düşünmenin kritik bileşenlerine; yeni kategorilerin yaratılması, yeni bilgiye açıklık ve birden fazla bakış açısının varlığından haberdar olma dahil edilebilir. Bu bileşenlere ulaşabilmek için empati bir araç olarak kullanılabilir. (Negowetti: 722-723)

Bir başkasının bakış açısını anlamak güçtür, çünkü kim olursak olalım, bilinçaltımızda, hoşlandıklarımız ya da hoşlanmadıklarımız, tercihlerimiz, önyargularımız, inanç, içgüdü, duygu ve alışkanlıklarımızın bir bileşimi yatar. Hakimlerin de, doğum, iş, dostluk gibi rastlantısal olaylarla, kişilere konum veren gruplara bilinçsiz sadakati bulunur. Empatiyi güç kılan nedenlerle, onu gerekli kılanlar aynıdır. Hakim de, davanın da tarafı eğilimleri tarafından kuşatılmış ve böylece kendi deneyimleri tarafından konumlandırılmıştır. Empati terimi, farklı konumlardaki kişilerin bakış açılarını anlayabilme başarısı anlamına gelir. Empati bizi, bizden tamamen farklı olan, hatta değerlerimizi tehdit edenleri hayal etmeye ve onlar için endişelenmeye zorlar. En önemli yönü ise, objektif ve tarafsız olduğumuza dair varsayımlarımıza meydan okumasıdır. Hakimin karşısına gelen sorunu daha kapsamlı değerlendirmesini sağlar ve herhangi bir sonucu dikte etmeksizin, doğru cevaba ulaşma hususunda rehberlik eder. (Negowetti:728)

Hakimin empati kurması, tarafları harekete geçiren güdüleri, onların hedef ve niyetlerini anlamak amacıyla bulunduğu bir girişim olarak tanımlanabilir. Bu girişim, sempatinin aksine, onun taraflardan lehine karar vermesi yönünde etki etmeyecektir. Bilişsel bir strateji olarak empati, stereotipleştirmeyi azaltabilir. Empati kurma neyin makul olabileceğine dair önsezimize bir ara verir, hakime yasal bir soruna ilişkin cevabının kendi hatalı bakış açısına dayanıp dayanmadığı konusunda sorgulaması için meydan okur veya kendi görüşünün aksi yönündeki bir bakış açısının da aynı zamanda mantıklı olup olmadığını değerlendirme konusunda teşvik eder. (Negowetti: 730-731)

Empatik bir yaklaşım, hakimleri, onların gözüne belirgin bir gerçek olarak çarpan bir durumun aslında farklı bir sosyo-ekonomik veya siyasi alt topluluk tarafından farklı yorumlanabileceğini dikkate almaları için bir duraksama sağlayan, etkili bir önyargıdan arınma stratejisi olarak hizmet edebilir. Empati, hakimi, taraflara ve onların iddialarına karşı verdiği tepkilerin farkında olma konusunda

teşvik eder, böylece kendisi ve kararını değerlendirecek olanlar, onun varsayımlarını, kör noktalarını ve önyargılarını sınavabilecek ve gerekli olduğunda ek bilgi ve fikir arayabilecektir. Empatik bir yaklaşım göstererek önyargıları aşabilmek kolay gözükmebilir; fakat bu yönde bir bilinçle sistemli şekilde çalışmak sonuç verecektir. (Dinçkol, 2012: 184, Negowetti:738)

1.4.3. Takdir Yetkisinin Denetimi

Hakimin takdir yetkisinin tanınma amacına uygun ve yasal sınırları dahilinde kullanılması gerekliliği, yetkinin kullanımının denetime tabi tutulmasını zorunlu kılar. Denetim hukuk güvenliği ve tutarlılığın bir gereğidir. Hakim, öncelikle somut olaya ilişkin olguları tespit edecek ve sonrasında elindeki bu olgulara dayanarak hukuki değerlendirmelerde bulunup, takdir yetkisini kullanarak bir sonuca ulaşacaktır. Hakimin takdir yetkisini kullanarak vardığı hükmün denetimi hususu bu iki aşamalı sürece uygun olarak iki açıdan ele alınmalıdır. Öncelikle, hakimin somut olaya ilişkin olguları belirlemek amacı ile delilleri değerlendirmesine ilişkin denetim üzerinde durulmalıdır. HMK m. 198'e göre kanuni istisnalar dışında hakim delilleri serbestçe takdir edecektir. Hakim, kanuni istisnaları oluşturan kesin deliller dışındaki delilleri mantık kurallarına uygun olarak, kendi hayat tecrübeleri doğrultusunda değerlendirecektir. Delillerin doğrudan doğrualığı prensibi uyarınca hakim delillere bizzat temas edecektir. Denetim makamı konumundaki Yargıtay ise, davayı dosya üzerinden incelemek zorunda olması nedeniyle delillere doğrudan temas edemeyecektir. Bu nedenle doktrinde, hakimlerin somut olaya ait olgular hakkında gerçekleştirdikleri tespitlerin nihai kabul edilmesi ve Yargıtay denetiminin dışında tutulmaları gereği savunulmaktadır. Yargıtay'ın olguların tespitini denetlemesini yasaklayan yasal bir düzenleme bulunmamakla birlikte; olguların tespitinde hata şeklinde bir temyiz sebebi bulunmaması ve hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesinin kabul edilmiş olması karşısında yasa koyucunun böyle bir ilkeyi benimsediği sonucuna ulaşmak mümkündür. Uygulamada Yargıtay denetim yetkisini maddi olguların değerlendirilmesini içine alacak şekilde genişletmektedir. Bu denetim üç halde söz konusu olmaktadır: Hakimin olguyu tespit ederken kanuna aykırı hareket etmesi, olguları ilişkin tespitlerin dava dosyasındaki belgelerle çelişkili olması ve varılan tespitlerin mantık ilkeleri, hayat tecrübeleri ile bilimsel, ekonomik ve teknolojik gerçeklerle çelişkili olması. Ayrıca, Yargıtay denetim yetkisini aşarak,

maddi olguları da değerlendirme konusu yapmaktadır. Doktrinde bu durum, maddi olgulara ilişkin istinaf yargı yolunun yokluğunun sonucu olarak görülmektedir. İstinaf mahkemesi delilleri yeniden ele alarak tespit ettiği olgulara hukuku uygular. Delillere doğrudan temasın mümkün olmaması nedeniyle temyiz incelemesi, istinaf çalışma usulünün sağlayabileceği güvencelere sahip değildir. (Anıl, 2013: 87, Dişbudak ve Bülbül, 2006:11-19, Edis, 1973: 191, 192)

Hakimin maddi olguların tespitine ilişkin değerlendirmelerinin denetlenmesinin ardından, bu tespitlere hukuku uygulaması bakımından denetlenmesi üzerinde durmak gerekmektedir. Takdir yetkisinin kullanımı bir maddi hukuk uygulamasıdır. Bu nedenle HUMK m. 428 uyarınca üst yargı denetimine tabidir. Hakimin tespit etmiş olduğu olgulara maddi hukuku uygulamasının denetimi; uygulanacak hukuk kuralının tespiti, yorumlanması, olguların hukuksal olarak nitelendirilmesi ve hukuki sonucun bildirilmesi açısındandır. Hukuki sonucun bildirilmesi açısından denetim bakımından, hakime sonuca yönelik takdir yetkisi tanınmış olması bir engel teşkil etmemektedir. Denetim özellikle, takdir yetkisinin aşılmış ve aşılmadığının ve amacından saptırılıp saptırılmadığının tespit edilmesi ile olası bir keyfiliğin belirlenmesi bakımından kararın gerekçesinin varlığının sorgulanması açısından söz konusudur. (Dişbudak ve Bülbül, 2006: 19-24, Edis: 192, 193)

2. BÖLÜM

ÇOCUK HAKLARI ve VELAYET

2.1. Çocuk Hakları

Velayet kavramının tarihi gelişimi ve velayetin tespitine yönelik yaklaşımların evrimi konularını çocuk haklarından bağımsız ele almak; çocukları, birer birey olarak sevgi, ilgi ve saygıyı hak eden ve yaşadıkları toplumların geleceğinin teminatı olarak kabul ederek haklarını tanıyan günümüz toplumlarında, mümkün görünmemektedir. Toplumların gelişmişlik düzeylerinin ve geleceğın dünyasında edinecekleri konumun önemli göstergelerinden bir tanesini, çocuklarının bakım, eğitim ve korunmasına verdikleri değer oluşturmaktadır. Doğal güçsüzlükleri nedeniyle, ilgi, bakım, eğitim ve korunmaya muhtaç olan çocukların tüm bu ihtiyaçlarının karşılanması ve çocuklara karşı gerçekleştirilecek her türlü istismar ile kötü muamelenin önüne geçilmesi amaçlarına yönelik hukuki düzenlemeler uygar toplumlar için bir gerekliliktir. Bu gereklilik, çocuk hakları ve çocuk hukuku kavramlarını doğurmuş ve bu konuda ulusal ve uluslararası hukuk alanlarında adımlar atılmasını sağlamıştır.

Çocuk hukuku, hukukun çocuk haklarını düzenleme konusu yapan dalıdır. Hukuken güvence altına alınan çocuk hakları; çocukların bedensel, zihinsel, duygusal ve sosyal açılardan sağlıklı şekilde gelişme ve korunmasının sağlanmasını amaçlar. Çocuk hukukunda öncelik çocuktur. Çocuk haklarına ilişkin yasal düzenlemelerin hazırlanmasında yasama organı ile uygulayıcı konumdaki kişi ve makamlar, düzenleme, karar ve icraatlarında bu ilkeyi göz önünde bulunduracaktır. Çocuğın yararları ile ana babanın ya da diğer kişilerin yararları çatıştığında çocuğın yararı üstün tutulacaktır. Çocuk hukukuna ilişkin kurallar kamusal niteliktedir. Çoğunlukla emredici ve sıkı şekil şartlarına bağlanmış olan bu kurallar, ister özel hukuk alanına isterse de kamu hukukuna ilişkin olsun; kamu yararı, kamu düzeni ve

zayıfların korunması gibi kamu hukuku ilkeleri dikkate alınarak düzenlenir. (Özdemir, : 2012, s. 3, 2-6)

2.1.1. Uluslararası Hukukta Çocuk Hakları

Çocuk haklarına ilişkin ilk uluslararası bildirme, Milletler Cemiyeti tarafından 1924 yılında kabul edilen, “Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi”dir. Beş maddeden oluşan Bildirge; çocuğun gelişmesi, korunması, eğitilmesi, kardeşlik ve barış ruhu içinde yetiştirilmesi ilkelerini içermektedir. Çocuk haklarına ilişkin ikinci uluslararası düzenleme; 1959 tarihli “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi”dir. Bildirge; ayrımcılığın önlenmesi, çocukların isim ve vatandaşlık hakkı, sağlık ve sosyal güvence hakkı, engelli ve korunmaya muhtaç çocukların özel olarak korunması, eğitim hakkı, korunmada öncelik hakkı, istismardan korunma, kardeşlik ruhu ve barış içinde yetiştirilme hususlarında ilkeler getirmiştir. Bildirgenin İkinci İlkesi, “Çocuk, özel olarak korunur, yasalar ve başka yollarla sağlıklı ve normal biçimde, özgürlük ve saygınlık koşullarında bedensel, zihinsel, ahlaki, manevi ve toplumsal olarak gelişmesine olanak sağlayacak fırsat ve kolaylıklardan yararlanır. Bu amaçla çıkarılacak yasalarda, çocuğun çıkarları önde gelir.” hükmü ile hukuki düzenlemelerde çocukların yararlarının üstün tutulacağını belirtmektedir. Bildirgelerin hukuki bağlayıcılıktan yoksun genel ilkeler niteliği taşıması karşısında, çocuk haklarını uluslararası hukukta güvence altına almak amacıyla, 1989 tarihinde “Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” kabul edilmiştir. Türkiye tarafından 1994 yılında imzalanan Sözleşme, dünyada 200 devlet tarafından onaylanmıştır. Çocuk haklarının önemini gözeterek Avrupa Konseyi de, Birleşmiş Milletler kurallarına paralel düzenlemeler oluşturmaktadır. Bu düzenlemelerin en önemlisi, “Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”dir. (Ruhi ve Özdemir, 2012:10-27, UNICEF, 2015)

Çocuk haklarını düzenleyen temel uluslararası hukuk metni, “Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”dir. Sözleşme, genel olarak insan hakları ile ilişkili tüm hakları tanımaktadır; ancak çocukların özel gereksinimleri göz önünde bulundurularak bu haklara ilişkin standartlar daha yüksek tutulmuştur. Çocukların kişisel hak ve özgürlükleri ile birlikte çocuğun ailesi tarafından veya ailesi dışındaki bakım ortamlarında yetiştirme ve korunma hakları da Sözleşme kapsamındadır. Sözleşmenin 5. maddesi, çocuğun yetiştirilmesi ve yeteneklerine

uygun şekilde yönlendirilmesi sorumluluğunu ana babaya ya da hukuken çocuktan sorumlu diğer kimselere yüklemektedir. Bu sorumluluk yerine getirilirken sözleşmenin ilgili diğer maddeleri ile tanınmış haklar göz önünde bulundurulmalıdır. Çocuğun görüşleri dikkate alınmalı, fiziksel ve duygusal şiddete başvurulmamalıdır. Sözleşmenin 9.,10. ve 11. maddeleri, çocuğun ana babayla olan ilişkilerini düzenlemektedir. Maddelere göre, kural olarak çocuk ana babasının yanından rızaları dışında ayrılamayacaktır; ancak çocuğun yüksek menfaatinin gerektirmesi halinde yetkili mercilerce aksi yönde bir karar verilebilecektir. (Ruhi ve Özdemir , 2012: 10-27, Unicef, 2015)

2.1.2. Türk Hukukunda Çocuk Hakları

Uluslararası hukuk tarafından düzenleme altına alınan çocuk hakları, ulusal hukukta da Anayasal ve yasal düzeyde çeşitli güvenceler altına alınmıştır. Fiziksel, zihinsel ve duygusal açıdan kendilerini devam ettirmek bakımından zayıf bir konumda bulunan çocukların bu eksikliklerinden doğabilecek zararların önüne geçebilmek amacıyla, 1982 Anayasası'nın “Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 10. maddesine, 2010 yılında yapılan değişiklikle; “Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” hükmü eklenmiştir. Hüküm ile birlikte çocuklar için uygulanacak pozitif ayrımcılık anayasal dayanak kazanmıştır. Anayasanın 41. maddesinin, “Ailenin Korunması” şeklindeki başlığı, yine 2010 yılında, “Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları” olarak değiştirilmiş ve maddeye uluslararası metinler doğrultusunda; “Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” hükümleri eklenmiştir. Anayasanın 41. maddesi, devletin, ailenin ve özellikle de ananın ve çocukların korunması konusunda gerekli önlemleri alacağını ve teşkilatı kuracağını ifade etmektedir. (İpek, 2012: 166 , Ruhi, 2012: 6,7)

Anayasa'nın, eğitim hakkını düzenleyen 42. maddesi; kimse eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılamaz. İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve devlet okullarında parasızdır. Devlet maddi imkanlardan yoksun başarılı öğrencilerin öğrenimlerini sürdürebilmek amacıyla burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları

topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.” şeklindeki hükmü ile çocuğun eğitim hakkını korumaktadır. Anayasa'nın 61. maddesinde, sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gereken çocuklar belirtilmekte ve Devletin korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü önlemi alacağı ifade olunmaktadır. Çocukların çalışma yaşamında istismar edilmesinin önüne geçilmesi için gerekli önlemlerin alınması gereği üzerinde, Anayasa'nın, “küçükler çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar” şeklindeki 50. maddesi ile durulmuştur. (Ruhi ve Özdemir, 2012: 7)

Anayasa'nın 58. maddesinin 2. fıkrasında, gençlerin alkol düşkünlüğü, uyuşturucu maddeler, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklar ile cehaletten Devlet tarafından korunacağı ifade edilmiştir. Anayasa'nın 62. maddesi, yurt dışında yaşayan ve çalışan Türk vatandaşlarının çocuklarının korunması konusunda da Devleti görevli kılmaktadır. Anayasa'nın 141. maddesi, küçüklerin yargılanmasına ilişkin olarak, özel kanun hükümlerinin konulacağı şeklindeki düzenlemesi ile yargı sistemindeki çocuklar açısından da pozitif ayrımcılığı benimsemiştir. (Ruhi ve Özdemir, 2012: 7,8)

Anayasa'nın çocuk haklarına dair bu hükümlerini hayata geçirmek amacıyla çeşitli yasal düzenlemeler gerçekleştirilmiştir.

22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanun ile çocuk haklarına dair önemli yenilikler getirilmiştir. Medeni Kanunun aşağıda değinilen, velayete ilişkin 336-339. maddeleri aralığında, ana, baba ve çocuk ilişkileri detaylı şekilde düzenlenmiştir. Çocukların bakım ve eğitimi sağlamak, onların yüksek yararlarına uygun kararlar almak ve uygulamak yükümlülüğünün gereği olarak tanınan velayet yetkisini kullanma konusunda ana ve baba eşit söz hakkına sahiptir. Velayet, çocuğun yüksek yararı ve kararlara katılım hakkı dikkate alınarak kullanılır. (Ruhi ve Özdemir, 2012: 8)

Medeni Kanunun 282. maddesi ile evlilik içi- evlilik dışı çocuk ayırımı kaldırılmıştır. Kanunun 305-316. maddeleri aralığındaki düzenlemelerle, evlat edinmenin koşullarında değişikliğe gidilmiş ve çocuk sahibi kimselere evlat edinme hakkı tanınmış; evlat edinmede çocuğun yüksek yararının korunması temel koşul olarak benimsenmiştir. Medeni Kanun, çocuğun ana-babasını bilme hakkına ilişkin uluslararası düzenlemelere kıyasla dar kapsamlı olmakla birlikte, kan hısımlığına

veya evlat edinmeye dayanan soy bağı ilişkisini düzenlemektedir. (Usta, 2012: s. 53)

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu, çocukları; şiddet, istismar, sömürü, terk, uyuşturucu maddeler, kumar, pornografik film ve yayınlar ile insan ticaretine karşı koruyan hükümler içermektedir. Aile hukukundan doğan yükümlülüğün ihlali suç olarak düzenlenmiştir. Çocukların ceza ehliyeti yaşı, ceza sorumluluğu bulunan çocukların cezalarındaki indirim miktarları düzenleme konusu yapılmıştır ve bazı suçlar bakımından mağduru yaşının küçüklüğü suç unsuru ya da ağırlaştırıcı sebep kabul edilmiştir.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, suç işleyen, şüphesi altında bulunan ve suç mağduru olan çocuklar için yetişkinlere ilişkin düzenlemelerden farklı bazı hükümler içermektedir. Yeni Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun da, suça sürüklenen çocuklar, yargılaması süren tutuklu çocuklar ve haklarındaki mahkeme kararı kesinleşen çocuklar hakkında özel hükümler içermektedir. (Ruhi ve Özdemir, 2012: 9)

2.1.2.1. Çocuğun Kişi ve Mal Varlığı Hakları

2.1.2.1.1. Çocuğun Kişi Varlığı Hakları

Kişilik hakları, bireyin kişi olması nedeniyle sahip olduğu, kişiliğinden ayrılması mümkün olmayan ve bu nedenle de devredilemeyen, para ile ölçülemeyen, miras yoluyla geçmeyen, kişinin ölümü ile sona eren haklardır. Kişilik hakları, kullanılma yetkileri bakımından da kişiye sıkı surette bağlıdır. Kişi varlığına bir bir müdahale gerçekleşmesi halinde, bu kişisel varlığın hukuk tarafından korunup korunmadığı mahkeme tarafından araştırılacaktır. Hakim bu araştırmayı gerçekleştirirken, Anayasa'nın kişilerin temel hak ve hürriyetlerini düzenleyen 12. maddesi ile kişilerin hak ve ödevlerini düzenleyen İkinci Bölümü kendisine yol gösterici olacaktır. Çocuğun kişi varlığı hakları söz konusu olduğunda, ayırt etme gücünün bulunup, bulunmadığı ve hakkın niteliği dikkate alınarak, hakkın yasal temsilci vasıtasıyla kullanılması sağlanacaktır. Ancak ayırt etme gücüne sahip çocuklar tarafından kullanılacak haklar bakımından ise temsil geçerli olmayacaktır.(Usta, 2012: 107-108)

Çocuğun kişi varlığını oluşturan hakların başında çocuğun hukuki kimliğini oluşturan haklar gelir. Kişinin biyolojik açıdan varlığı, onu diğer kimselerden ayırt ederek bireyselleştiren; isim, hısımlık durumu ve cinsiyet bilgileri ile birlikte

kimliğine işlenerek hukuken tespit edilir. Çocuğun kimliklendirilmesi, ailesinin ilişkileri, isim ve vatandaşlık esas alınarak gerçekleştirilir. Çocuk Hakları Sözleşmesinin 7. maddesi çocuğun, doğumdan sonra hemen nüfus kütüğüne kaydedilme, isim, vatandaşlık kazanma haklarını ve bunlara bağlı olarak da mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılması haklarını tanımaktadır. Türk hukukunda çocuğun, ismine yani ön ad ve soyadına ilişkin hakkı; ad seçme yetkisinin kime ait olduğu, bu yetkinin sınırları ve adın değiştirilmesi hakkı konularını kapsayacak şekilde Medeni Kanun, Nüfus Hizmetleri Kanunu ve Soyadı Kanunu'nda düzenlenir. Anayasa'nın 66. maddesinde Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin Türk olduğu, Türk babanın veya Türk ananın çocuğunun da Türk olacağını kabul edilmektedir. Çocuğun vatandaşlığının esasları ise Vatandaşlık Kanununda ayrıntılı şekilde düzenlenmektedir. (Usta, 2012: 108-114)

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 1. fıkrası aile bağlarını kişilik haklarına dahil değerlerden sayarak koruma altına almaktadır. Türk hukukunda ise aile bağları, hısımlık adı altında Medeni Kanun kapsamında düzenlenmektedir. Çocuğun nüfusa kaydedilmesi hakkı Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde tanınmıştır. Hukukumuzda, nüfusa bildirim yükümlülüğü Medeni Kanunun 41. maddesinde düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğe ve kişisel durum kayıtlarına ilişkin özel şartlar Nüfus Hizmetleri Kanunu ve kanunun uygulanmasına dair yönetmelikte ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Seyahat özgürlüğü ve yerleşim yeri edinme hakkı Anayasa'nın 23. maddesine dayanmaktadır ve Medeni Kanunun 19-21. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Medeni Kanuna göre çocuğun yerleşim yeri, çocuğun korunabilmesi ve velayetin kullanılabilmesi amacıyla velayete sahip ana ve babanın yerleşim yeri olarak belirlenmiştir. (Usta, 2012: 116-117)

Kişilerin, sosyal kültürel, siyasal, hukuksal ve kişisel hak ve özgürlüklerinin içinde bulunulan zaman ve ortam koşullarında ilerleyebilmesi anlamında gelişme hakkı, çocukluk dönemi açısından çok daha önemlidir. Bedensel ve ruhsal gelişimin en hızlı olduğu dönem olan çocukluk dönemi, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 27. maddesine göre; insanın gelişmesi ve yetişmesi için sağlık, eğitim, barınma, bakım gibi hemen bütün hizmetlerden yararlanması gereken dönemdir. Sözleşmenin 6. maddesi çocuğun gelişim hakkını ve 29. maddesi de eğitim amaçlarını düzenler. Bu maddeler çocuğun bakım ve eğitim hakkı ile ilişkilidir. Anayasa'nın 17/I.

Maddesine göre de her insan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Ayrıca, 41/III. Maddeye göre de her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma hakkı bulunur. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 18. ve Medeni Kanun'un 339 ve devam maddelerine göre, çocuğun bakım ve eğitim hak ve sorumluluğu velayet hakkına sahip ana ve babaya aittir. Velayet hakkına sahip ana ve baba, çocuğun bedensel, ruhsal, ahlaksal ve toplumsal gelişimini sağlayacak bir hayat standardına sahip olmasından kural olarak birlikte sorumludur. Anayasa'nın 41/III. Maddesine göre Devlet, çocuğun gelişimi için mümkün olan azami çabayı göstermek, ana babanın çocukla ilgili hizmetlerden yararlandırılmaları ve bakım giderlerini karşılayabilmeleri için gerekli yardımları yapmak ile yükümlüdür. Çocuğun bakım ve eğitime ilişkin hükümler, Anayasa, Medeni Kanun, Çocuk Koruma Kanunu, Sosyal Güvenlik Mevzuatı, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Ekonomik ve Sosyal Haklar Uluslararası Sözleşmesi kapsamında düzenlenmiştir. (Unicef, 2015, Usta, 2012: 120-121)

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 16. Maddesi, hiçbir çocuğun özel yaşantısına, aile, konut ve iletişiminde keyfi ya da haksız bir biçimde müdahalede bulunulamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamayacağını ve çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkı olduğunu düzenlemektedir. Hukukumuzda, Anayasanın özel hayatın gizliliğine ilişkin 20. Maddesi, konut dokunulmazlığına ilişkin 21. Maddesi ve haberleşme hürriyetine ilişkin 22. Maddesi herkesi kapsamına almaktadır. Çocukların özel ve aile hayatlarının gizliliği hakları da bu maddeler kapsamında güvence altına alınmıştır. (Unicef, 2015, Usta, 2012: 137-138)

Çocukların dernek kurma ve barış içinde toplanma özgürlüğüne dair hakları Çocuk Haklarına Dair Sözleşme kapsamında güvence altına alınmıştır. Sözleşmenin 12. ve 13. Maddeleri çocuğun tek tek görüşlerini ifade etme hakkını, 15. Maddesi ise toplu katılım hakkını düzenlemektedir. Anayasanın toplantı hak ve hürriyetleri başlıklı 33. ve 34. maddeleri dernek kurma, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme özgürlüklerini düzenlemektedir. Ancak, dernek kurma ve derneklere üye olma hakkının kullanılması çocuklar açısından yaş ve konu ile sınırlandırılmıştır. (Usta, 2012: 140-141)

2.1.2.1.2. Çocuğun Mal Varlığı Hakları

Mal varlığı haklarını, kişilerin ekonomik hakları olarak da ifade edilebilecek, para ile ölçülebilen, paraya çevrilebilen tüm hak ve borçları oluşturur. Mal varlığı hakları; mülkiyet ve mülkiyete ilişkin haklar, miras hakkı, alacak hakları ve fikri hakların mali yönlerinden oluşur. Anayasa'nın 43. Maddesi, herkesin mülkiyet ve mülkiyetin özel bir şekli olan miras hakkına sahip olduğunu ifade ederek bu hakları güvence altına almıştır. Çocukların mülkiyet ve miras hakları da bu kapsamda güvence altındadır. Mülkiyet ve miras haklarının yanında çocuklar da çalışarak gelir elde edebilecek, şirket ortağı olabilecek, mal varlığından kira ve faiz gibi gelirler elde edebilecek ve bağımsız bir mal varlığına sahip olabilecektir. Çocukların mal varlığını yönetme, kullanma ve gelirlerini sarf etme hakkı kural olarak ana babaya aittir. Ayırt etme gücüne sahip çocuk, serbest malları üzerinde yönetme ve kullanma hakkına sahiptir. Ancak ayırt etme gücüne sahip çocuk mal varlığına dair işlemleri ana babanın rızası ile yapabilecektir. (Usta, 2012: 142)

2.2. Velayetin Tarihsel Gelişimi

Tarıma dayalı bir toplum yapısına sahip, Hristiyanlık öncesi Roma ve Cermen toplumlarında ataerkil bir aile yapısı bulunmaktaydı. Roma'da aile babası, çocuklar ve ailenin diğer bireyleri üzerinde sınırsız bir hakimiyet hakkına sahipti. Aile babası, çocuğu üzerinde sahip olduğu bu hak dolayısıyla yalnızca vicdanına ve Tanrısına karşı sorumluydu. Bu sınırsız hakimiyet zamanla önce dini nitelikli sınırlamalara, sonrasında ise İmparatorluk tarafından getirilen sınırlamalara tabi tutulmuştur. Germenlerde de babanın çocuk üzerinde sınırsız hakimiyeti bulunmaktaydı. Baba çocuğu ve onun mallarını korumak ve üçüncü kişilere karşı temsil etmekle yükümlüydü. Anne ise babanın ölümü halinde velayete sahip olabiliyordu. (Usta, 2012: 35-37)

Hristiyanlığın yayılması ile birlikte, babanın hakimiyeti yumuşamaya başlamış ve çocuğun anne, babasına karşı bakım, çeyiz ve evlenme hediyesi talep etme gibi hakları tanınmıştır. Bu dönemde çocuğun yetiştirilmesi anne ve babanın görevi olarak görülmeye başlanmıştır. Fransız Devrimi sonrasındaki süreçte, kadın ve çocukların da halk ve yurttaşlar olarak görülmeye başlanması ile birlikte; babanın çocuklar üzerindeki sınırsız iktidarı düşüncesi sorgulanmaya başlanmıştır. Bu dönemde çocuklar, babalarının ticarethanelerinde çırak ya da tarlalarda iş gücü olarak

aileye gelir sağlayabiliyorlardı. Bu yüzden babalar çocuklara bakmak ve onları eğitmek konularında istekliydiler. 1800'lerin öncesinde nadiren görülen boşanma vakalarında da babalar, çocukları için en iyi veliler olarak görülmekteydi. Çünkü babalar, çocuklara bakabilmek için gerekli maddi olanakları sağlayabiliyorken, anneler bakımından genellikle bu mümkün değildi. Ayrıca babalar, erkek çocuklarına; ustalıklarını, ticarethanelerini ve tüm mal varlıklarını miras bırakabiliyor ve kız çocuklarına da iyi bir evliliği garanti edebilecek bir çeyiz sunabiliyorlardı. Ekonomik sebeplerin ötesinde, en iyi velinin baba olduğu düşüncesi, doğal ve ilahi bir hak olarak görülüyordu. Hristiyan inancın, yarattıklarını en iyi koruyan ve seven Tanrı baba imajı da bu görüşü besliyordu. Bu nedenlerle yasal karine baba lehineydi. Karinenin çürütülmesi ve velayetin anneye bırakılması durumunda ise, çocukların işçi olarak ekonomik değerlerini kazanan anne başka bir maddi destek alamıyordu. (Mnookin, 1975: 231-233, Usta, 2012: 37)

Sanayi devrimini izleyen yıllarda çocukların ekonomik yararlarının azalmasıyla birlikte, babanın velayete sahip olmasına yönelik karine, annenin velayete sahip olmasını öngören “duyarlı yıllar” (tender years) doktrini lehine etkisini kaybetti. Daha önce tarlalarda anne ve babaları ile birlikte çalışan çocuklar, bu kez de maden ve fabrikalarda çalışmaya başladı. Fakat bir süre sonra, çocuk iş gücü yasaları çocukların çalışmasını önledi ve zorunlu eğitim onları okullarda tuttu. Sanayi genişledikçe ve şehirler büyüdükçe, babalar evden uzakta çalışmaya başladı ve artık bir mal varlığı değeri olmaktan çıkıp bir ekonomik sorumluluğa dönüşen çocuklarla ilgilenmek, tek başlarına annelerin üzerine düştü. Her gün çocukları ile ilgilenen anneler, birincil ebeveynler konumunda, en iyi veli adayları olarak görüldü. Çocukların bakımı, biyolojik olarak annelerine bağlıydı, ayrıca; çocukların yetiştirilmesi konusundaki toplumsal adetler, artık disiplin ve rehberlik yerine, bakım ve sevgiyi vurgulamaya başladı. Bu dönemde, kadının sosyal ve siyasi konumu güçlendi, yargıçlar tarafından, fazilet ve masumiyet sembolü olarak görüldüler. Hristiyan Tanrı Baba sembolü yerini Viktoryen, iffetli ve dindar ana imajına bıraktı. Annenin velayete sahip olmasına yönelik “duyarlı yıllar” doktrini Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada'da büyük ölçüde benimsendi. Belli bir yaşın altındaki çocukların velayetinin anaya bırakılmasını öngören doktrine göre bu çocukların yararı ancak, velayetlerinin anneye bırakılması yoluyla sağlanabilecekti. (Akkurt,

2010:112,113, Fuhrmann&Zibbell, 2012: 4-8, Mnookin, 1975: 233)

Küçük yaştaki çocukların yararının, annenin velayetini gerektirdiğini kabul eden karine çürütülebilirdi. Potansiyel çürütme gerekçesi ise “kusur” oldu. Doktrine göre, boşanmaya kusuru ile sebebiyet vermeyen anne, genellikle çocukların velayetini kazanmaktaydı. Sanayileşme öncesinde boşanmalarda kusur nadiren dikkate alınmaktaydı. Babalar kusurlu bile olsalar genellikle velayeti kazanırlardı. Çocukların ekonomik yararının azalmasıyla, babaların çocukların velayetini alma konusundaki isteklilikleri azaldı ve boşanmada kusur prensibi öne çıktı. Çocukların en iyi şekilde, boşanmaya kusuru ile sebebiyet vermeyen tarafça, bakılıp yetiştirilebileceğine ilişkin bir varsayım benimsendi. Kusura dayalı rejimde, kusursuz taraf, çocuklara refakate hak kazandı. Kusursuz taraf, çocukları yetiştirmek için gerekli maddi imkanlardan yoksun kadın olduğunda, mahkemeler, velayete sahip annelere çocuk desteği ödenmesine karar vermeye başladılar. (Mnookin, 1975: 233)

1960'lı yılların başlarında, “duyarlı yıllar” doktrini etkinliğini kaybetmeye başlamıştır. Kadın hakları grupları “duyarlı yıllar”a kuşkuyla yaklaşıyordu. Bir taraftan, velayet haklarını babalardan korumak isteyen anneler için güçlü bir silahtı. Diğer taraftan, kariyer odaklı bakış açısına sahip kadınlar, karineyi iş gücünde erkeklerle eşit koşullara ulaşmak güçleri açısından bir kısıtlama aracı olarak gördüler. Aslında, kadınların iş gücüne katılma oranları artış gösterdikçe, çocukları için asli bakıcılar olarak tanımlanabilmeleri zorlaşmaya başladı. Kreşler ve bazı durumlarda babalar, daha sık asli bakıcılar olmaya başladı. İstatistiksel olarak hala anneler, çocukları için asli bakıcılar olmaya daha yatkındı, fakat “duyarlı yıllar” doktrini artık aile gerçeğine eskisi kadar iyi cevap veremiyordu. Bu yüzden doktrin sorgulanmaktaydı. Kusursuz tarafın boşanmada kontrol sahibi olduğu “kusur” karinesi; “duyarlı yıllar” karinesini güçlendirebilir veya çürütebilirdi. Kusur karinesi, iki sebepten dikkate değer bir eleştiriye uğradı. İlk olarak, kusuru göstermek gerekliliğinin, boşanmayı elde etmek amacıyla tarafları yalan beyanlarda bulunmaya cesaretlendirdiği iddia edildi. İkinci olarak da, kusura dayalı boşanmanın, aile davalarının çatışmalı doğasını ve husumetlerini yükselttiği düşünülürdü. (Mnookin, 1975: 235)

“Duyarlı yıllar” doktrinin öneminin ve karine olarak rehberliğinin azalması ve kusur şartı aranmaksızın boşanabilme hakkının tanınmasıyla, yargıçlara, bölüştürme

konusunda sunulan takdir imkanı daha bireyselleşti. Bu değişim, yine ortak hukuk tarafında geliştirilen bir adli keşif olan, “çocuğun üstün yararı (best interests of the child) doktrini”nin ön plana çıkmasına neden olmuştur. Çocuğun üstün yararı kapsamında; çocuğun ahlaki ve dini yararları, fiziksel iyiliği ve sevgi bağları dikkate alınır. Anne lehine standartlar, üstün yarar standardının tarafsız bir uygulamasına dair biçimsel bir direnişle yer değiştirmiştir. Amerika Birleşik Devletlerinde bazı eyaletler, yasalarını, üstün yarar prensibinin ana-babadan biri lehine bir karine oluşturmamasını sağlamak amacıyla özellikle değiştirmiştir ve yasalarında anneye öncelik tanıyan yalnızca birkaç eyalet kalmıştır. Kusursuz boşanma, uygun cinsiyet rollerine dair sosyal anlayışta değişim ve kadın hareketleri bu trendi desteklemektedir. Bugün, boşanma velayet standartları üstün yarar prensibinin ezici baskınlığını sergilemektedir. Eyaletlerin çoğunluğu ilkeye ilişkin bir yasal düzenleme oluşturmuştur. Diğerlerinin yasal standartları yoktur fakat bu konuda mahkemelerinin geliştirdiği standartlara dayandıkları ifade edilmektedir. Çocuğun yararı her zaman en “fevkalade (paramount)” öneme sahiptir. Duyarlı yıllar doktrininin, yalnızca “diğer her şey eşit” olduğunda kullanılan zayıf karinelere biri olarak rol oynamaya devam ettiği belirtilmektedir. (Akkurt, 2010: 112, Mnookin,1975: 235)

Bu koşulların, velayet uyuşmazlıklarında hüküm vermeyi daha belirsiz ve karmaşık hale getirdiği savunulmuştur. Mahkemelerin velayete ilişkin kararlarını çeşitlendirebilmeleri önündeki engeller azalmıştır. Önceleri velayetin değiştirmesi için, “uygun olmayan ebeveynlik” kanıtı aranırken, yeni “çocuğun yararları” sistemi, daha düşük değişim standartlarına izin vermiştir. Örneğin, 1968 tarihli Kanada Boşanma Yasası'nın 11-2. Bölümü; “Bu bölümden kaynaklanan bir karar zamana göre değiştirilebilir veya kararı veren mahkeme tarafından uygun görülmesi halinde, tarafların kararın verilmesinden sonraki davranışları, durumlardaki herhangi bir değişiklik, tarafların varlıkları ve kendi koşullarındaki farklılıklar göz önüne alınarak değişim yaparlar.” şeklindeydi. Değişim talep eden tarafın, Yasa'nın belirsiz kriterine göre, sadece velayete sahip eşe göre daha iyi bir bakım ve yetiştirme yetisine sahip olduğunu göstermesi yeterli bulunmuştu. Diğer eşin yetersiz olması şartı aranmamıştır. Emsal kararların, velayete ilişkin tespit üzerindeki etkinliğini de zayıflatan “çocuğun menfaatleri doktrini” yargıçların yanında, akademisyenler açısından da belirsizliğe yol açmış ve bu belirsizliğin yeni davalara sebep olacağı

eleştirileri doğmuştur. (Steel, 2001: 18-24)

Kusur şartının aranmamasının getirdiği rahatlama ve velayete ilişkin davalarda emsal içtihatların öneminin azalması ile birlikte, boşanma sonrasına ilişkin çeşitli yeni velayet anlaşması türleri oluşturulmaya başlamıştır. Günümüzde beş çeşit velayet anlaşması tipi bulunmaktadır. Bunlar; ana-babadan birinin tüm yetkiye sahip olduğu ve diğerinin hiç erişiminin bulunmadığı “ayrıcalıklı velayet”; ana-babadan birinin velayete sahip olduğu ve diğerinin, kısıtlamalar bulunmadıkça cömert erişim hakkına sahip olduğu “tek başına velayet”; ana ve babanın karar verme gücünü paylaştığı, fakat günlük bakımın ve barınmanın yalnızca birinin sorumluluğunda olduğu “birlikte yasal velayet”; ana ve babanın çocuğa ilişkin tüm sorumlulukları paylaştığı ve çocuğun onların evleri arasında gidip geldiği “birlikte fiziksel velayet” ve kardeşlerin taraflar arasında paylaştırıldığı “ayrılmış velayet”tir. Bu yeni alternatifler, kısmen, reformlardan sonra boşanma oranlarında gerçekleşen büyük yükselişe bir cevaptı. İnsanlar daha az baskı yaratan sebepler nedeniyle boşanmaya başladı. Boşanma kararları artık, evlilik yeminlerinin ciddi ihlallerini gerektirmiyordu; basit mutsuzluk ve uyumsuzluk yeterliydi. Böylece, evliliğin yıkılmasından sonra eşlerin farklı düzeylerde sergiledikleri işbirliğine göre uygulanabilecek, çeşitli farklı velayet modeli erişilebilir kılınmıştır. “Çocuğun menfaati” değerlendirmesi, bu modelleri uygulayacak yargıçlar için bir araç olmuştur. (Steel, 2001: 18-24)

Birlikte velayet uygulamasının gelişmesi, kısmen de eşitlik arzusunun dışı vurumunun bir ürünüdür. Liberal feministler, baba hakları grupları ve arabuluculuk toplulukları, birlikte velayet lehine bir yasal karine oluşturulmasını zorlamıştır. Uzlaştırma toplulukları daha fazla iş isteyerek, adil ayarlamalar yapabilmek konusundaki yeteneklerini kanıtlamaya çalışmıştır. Bir çok anne, eşlerinin boşanmadan sonra çocukların yetiştirilmesinde daha eşit bir konum almasını isterken; birçok baba da çocukların yetiştirilmesindeki eşitliklerine yansıyacak daha güçlü erişim ayrıcalıkları talep etmiştir. Baba hakları savunucuları, çocukların menfaatleri konusunda, babaların öneminin ve baba yokluğunun doğurduğu sosyal problemlerin altını çizen, büyük miktarda sosyal bilim verisi geliştirmiştir. Birlikte velayet yanlılarının, daima hakları hatırlatmaları, fakat henüz bu hakların sahiplerinin kimler olduğu hakkında bir konsensus bulunmaması eleştiriye açık bulunmuştur.

Biyolojik babalar, evlat edinilen babalar, baba yerinde davrananlar, büyük babalar veya çocukla psikolojik veya başka bir bağı olan belirli bir yetişkinler hak temelli taleplerde bulunabilir. (Steel, 2001: 18-24)

Baba hakları grupları, mahkemeler tarafından babalar için daha az eş ve çocuk yardımı sağlandığını savunurken; aksi görüş sahipleri, çatışmalı velayet davalarında mahkemelerin, “çocuğun menfaati” değerlendirmesinde maddi olanakların üstünlüğünü, babaların lehine kullandığını iddia etmiştir. Ayrıca, ilgisiz babaların, çocuk desteği ödemekten kaçmak amacıyla birlikte velayeti bir araç olarak kullandıkları ve çocukların yanlarında kaldıkları anneleri üzerinde daha fazla etkili olma imkanı kazandıkları öne sürülmüştür. Birlikte velayetin babaları, çocukları üzerinde daha sorumluluk sahibi yapmadığı, yalnızca annelerin kararları üzerinde veto hakkı doğurduğu iddia edilmiştir. Birlikte velayet savunularının dayandığı ana-baba arası eşitlik karinesi için getirilen eleştirilerin yanında, birlikte velayet düzenlemelerinin istikrarlılığı konusunda da bir uzlaşma bulunmamaktadır. Sağlıklı bir birlikte velayet uygulaması; çocuk odaklı, ana-babalık sorumluluğuna bağlı, bir diğerine saygılı, esnek, işbirlikçi ve diğerine duygusal denge sağlama yetisine sahip iki tarafın varlığını gerekli kılmaktadır. (Steel, 2001: 18-24)

Kanada'da 1968 Boşanma Yasası'nda birlikte velayetten bahsedilmemesine rağmen hakimler, tarafların bu yönde bir arzusu bulunmasa bile kendi takdir gücünü kullanarak birlikte velayeti uygulamaya başlamıştır. Böyle davalarda birlikte velayeti empoze etmenin, hakimler tarafından kendi yargılamalarının kesin bir gücü olarak varsayıldığı ileri sürülmüş; işbirliği sergilemediklerinde bile, tarafları iş birliğine zorlayarak ana-baba arasındaki adaletin sağlanabileceğinin düşünüldüğü savunulmuştur. Böylece, “çocuğun menfaati” ilkesi vasıtasıyla birlikte velayeti uygulamak amacıyla yargıçlara tanınan takdir gücünün, hakimlerin, boşanmış ya da ayrılma sürecindeki çiftler arasında mükemmel adalete dair kendi bakış açılarını uygulama isteklerine araç olduğu iddia edilmiştir. (Steel, 2001: 18-24)

1980'lerin sonunda, Kanada ve ABD'de hakimler birlikte velayeti, hatta tarafların rızasına karşı bile olsa sık uygulamaya başlamıştır. Yargılamadaki bu değişim, “ana-baba hakları” karşısında “çocukların hakları”na doğru kayılmasına dair değişimle çakışmıştır. Ancak, çocuk haklarına yapılan vurgu, beraberinde kesinlikten uzaklaşmayı getirmiş ve böylece davalar daha fazla teşvik edilmiştir. Tek

başına velayete karşı, ana-baba arası eşitlik yönündeki bu radikalleşme, 1990'larda tercih edilen yargısal yorum halini almıştır. Birlikte velayet lehine yeni yasal bir karine oluşturmak için bazı hakimler uygulamada, birlikte velayet varsayımlarının tek başına velayet kararlarına ithal edilmesi şeklinde bir akım başlatmıştır. “Çocuğun menfaati” standardı altındaki takdir yetkisi, kişiselleştirilmiş adalet bakış açısından çekici görülmekle birlikte, yasal belirsizliğin kaçınılmazlığının her zaman bazı sorunlar yaratacağı savunulmuştur. Bir yandan takdir yetkisinin genişliği, temyiz incelemesinin rolünün kısıtlılığı, normal prosedürel korumaların yetersizliği eleştirilirken, diğer yandan mahkemeler, kanun koyucular ve diğer yorumcuların, boşanma uyuşmazlıkları için sıkı ve sabit standartlar getiren yasal gelişmelere karşı büyük bir düşmanlık sergiledikleri belirtilmiştir. 1985 tarihli Kanada Boşanma Yasasının velayet kararlarına ilişkin 16. maddesinin 6. fıkrası da, mahkemenin velayete ilişkin kararlarının belirli veya belirsiz süreli olabileceğini ya da belli bir durumun gerçekleşmesine kadar devam edilecek şekilde alınabileceğini ve de mahkemenin uygun ve adil görmesi halinde başka şartlara ve kısıtlamalara başvurabileceğini belirtir. Maddenin 8. fıkrası da, velayete ilişkin kararlarda yalnızca çocuğun üstün yararının gözetileceğini belirtir. Kanununun 17. maddesinin 5. fıkrası ise, çocuğun ihtiyaçlarında ve şartlarında bir değişikliğin meydana gelmesi halinde velayetin değiştirilmesine, yalnızca çocuğun yüksek menfaatlerini gözeterek karar vereceğini düzenlemektedir. 16 Maddenin 9. ve 17. maddenin 6. fıkraları da ana ve babanın davranışlarının, yalnızca ana-babalık becerileri üzerinde etkili olmaları durumunda dikkate alınabileceğini düzenlemektedir. 1985 Boşanma Yasası'nda, “maksimum temas” prensibine ve “arkadaş canlısı ebeveyn kuralına” (burada, erişimin kolaylaştırma konusunda en az rızayı gösteren tarafın velayeti kaldırılır) ilişkin hükümler vardır. Mahkemelere, birlikte velayete hükmetmelerini emreden bir yasal hüküm ise yoktur. Bu hükümler, birlikte velayet karinesini gerektirmemektedir. Kanada hukukunda, birlikte velayet lehine olan tüm karineler yargı kararları tarafından oluşturulmuştur. 1985 Yasası ile birlikte, yargıçların çoğunluğu kanuna ve tarafların rızalarına dikkat etmeksizin daha da fazla birlikte velayet kararı almaya başlamıştır. 1985 Yasası'nın bu daha “eşitlikçi” yorumu ayrıca, velayet devrimi sırasında önemleri artan, ebeveyn ve çocuk hakları üzerindeki vurgunun karşılığı olmuştur. (Divorce Act, Mnookin, 1975: 227)

Bu ülkede, yasal karinenin birlikte velayet lehine zorlanmasına rağmen, takdiri “çocuğun üstün yararı” yaklaşımındaki bu kısıtlama yasal sistem tarafından bir bütün olarak kabul edilmemiştir. “Çocuğun menfaati” yaklaşımının sunduğu kişiselleştirilmiş adalet ile kesinliği teşvik eden karineler arasında halen bir çekişmenin devam ettiği ifade edilmektedir. Aileler arasındaki farklılıklar, her bir davaya kendi koşullarına uygun müdahale etmek konusunda büyük bir baskı yaratmaktadır. Tarafların cinsiyetine, çocuğun yaşına ve doğal ebeveyn olarak tarafların statülerine dayanan eski karine ve kuralların eleştiri topladığı belirtilmiştir. Kurallara duyulan ihtiyacın zaman zaman dile getirilmesine rağmen, Amerikan velayet hukukunda, belirli bir çocuğun üstün yararının ne olduğunun büyük oranda ferdileştirilerek belirlenmesinin gereklilik haline geldiği savunulmaktadır. Velayet uyuşmazlıklarının doğaları gereği yargı tarafından çözülmeye uygun olup olmadıkları sorusunun düşünülmeğe değer görüldüğü belirtilmektedir. Düşmanca davaların velayet uyuşmazlıklarındaki gerçeğin bulunması sürecine zarar verdiği ve tarafları incittiği söylenmektedir. Hakimlerin gerekli belirlemeleri yapmak için yeterli donanımına sahip olup olmadıkları ve sosyal çalışmacılar, psikologlar veya psikiyatristlerin esas kararda daha fazla role sahip olmaları ve belki de mahkeme heyetinin bir parçası olmaları gereği tartışmaya açılmıştır. (Mnookin, 1975: 227, 228, Steel, 2001: 18-24)

2.3. Türk Medeni Hukukunda Velayet

Türk Medeni Kanununun, Aile Hukukunu düzenleyen İkinci Kitabının, Hısımlık başlıklı İkinci Kısımının Altıncı Ayrımı velayet konusuna ayrılmıştır. Yedinci Ayrımda düzenleme bulan çocuk mallarına ilişkin düzenlemeler de velayet ile ilgilidir. Ayrıca, Kanunun diğer maddelerinde de velayete ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Çocukların bakım ve korunması hakkında TMK m. 169, hakimin takdir yetkisi, ana ve baba hakları, kişisel ilişki ve iştirak nafakası hakkında TMK m. 182, eşlerin eşit yükümlülükleri hakkında MK m. 185, aile birliğinin geçici olarak yönetilmesi hakkında TMK m. 196 ve 197, nesebe ilişkin TMK m. 282 vd., kocanın babalığı hakkında TMK m. 285, evlat edinmeye ilişkin TMK m. 305 vd. hükümleri velayet konusu ile bağlantılı düzenlemeler içermektedir.

2.3.1. Velayetin Tanımı ve Kapsamı

TMK m. 335'e göre, ergin olmayan çocuklar ve hakimin vasi atanmasına gerek görmedikçe kısıtlanmış erginler ana ve babalarının velayeti altındadır. Velayet ana babadan ancak yasal bir sebebe dayanılarak alınabilir. TMK m. 336'ya göre, evli olan ana ve baba velayeti evlilik süresince velayeti birlikte kullanır. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim velayeti eşlerden birine verebilir. Eşlerden birinin ölümü halinde velayet sağ kalan eşe geçer. Boşanma durumunda ise velayet kendisine bırakılan taraftadır. Ana ve babanın evli olmaması durumunda ise TMK m. 337 uyarınca velayet annededir. Ananın, küçük, kısıtlı ya da ölmüş olması durumunda veya velayet anneden alınmışsa, hakim, çocuğun yararı doğrultusunda velayetin babaya verilmesine ya da çocuğa vasi atanmasına karar verecektir. TMK m. 338 eşlere, ergin olmayan üvey çocuklarına ilgi ve özen gösterme yükümlülüğü getirmiştir. (Dural, Öğüz ve Gümüş, 2012: 326-327)

Velayetin kapsamı, TMK m. 339-345 aralığında düzenlenmektedir. TMK m. 339'a göre, ana ve baba çocuğun bakım ve eğitimi için gerekli kararları, çocuğun yararını dikkate alarak alır ve uygular. Çocuk ana ve babasının sözlerini dinlemekle yükümlüdür; ana babanın rızası olmaksızın evi terk edemez ve yasal bir sebep bulunmadıkça onlardan alınamaz. Çocuğa olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme imkanı tanınacak ve önemli konularda çocuğun görüşleri mümkün olduğu ölçüde dikkate alınacaktır. Bu hüküm, ileride reşit olduğunda kendi kararlarını alacak olan çocuğun kişisel gelişimi ve bağımsız karar verme yetilerinin olgunlaşması bakımından önemlidir. Çocuğun ismi de ana ve baba tarafından verilecektir. (Dural, Öğüz ve Gümüş, 2012: 328-330)

TMK m. 340'a göre, ana ve baba çocuğu olanaklarına göre eğitecek ve çocuğun bedensel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlayacak ve koruyacaktır. Ana ve baba, çocuklarına, özellikle de bedensel ve zihinsel engelli olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun genel ve mesleki bir eğitim sağlayacaktır. TMK m. 342'e göre, dini eğitimi belirleme hakkı da ana ve babaya aittir ve onların bu hakkını sınırlayan her türlü sözleşme geçersizdir. Ergin dinini seçmekte özgürdür.

TMK m. 342, çocuğun temsil edilmesini düzenler. Maddeye göre ana ve baba üçüncü kişilere karşı, velayetleri çerçevesinde çocuğun yasal temsilcisidirler. İyi niyetli üçüncü kişiler, eşlerden birinin diğerinin rızası dahilinde işlem yaptığını

varsayabileceklerdir. Kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler, vesayet makamının iznine bağlı olan hususlar dışında, velayetteki temsilde de uygulanacaktır.

TMK m. 343'e göre velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin fiil ehliyeti gibidir. Çocuk, ana ve babanın çocuk malları üzerindeki haklarına bakılmaksızın, borçlarından kendi mal varlığı ile sorumlu tutulacaktır.

Velayet altındaki çocuk, TMK m. 344'e göre, ayırt etme gücüne sahip bulunması halinde, ana ve babasının rızası ile aile adına hukuki işlemler gerçekleştirebilecektir. Bu işlemlerden dolayı anne ve baba borç altına girecektir. TMK m. 345'e göre, çocuk ile ana ve baba arasında ya da ana ve babanın yararına olmak üzere çocuk ile üçüncü bir kişi arasında gerçekleştirilecek bir hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesi için bir kayyımın katılımı ve hakimin onayı gereklidir.

TMK m. 346 ve 347, çocuğun korunmasına ayrılmıştır. TMK m. 346, çocuğun çıkar ve gelişiminin tehlikeye düştüğü ve ana ile babanın da duruma çare bulamadığı ya da buna güçlerinin yetmediği hallerde, çocuğun korunmasına ilişkin gerekli tedbirlerin hakim tarafından alınacağını düzenlemektedir. TMK m. 347'ye göre hakim; çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesinin tehlike altında kalması halinde ya da manen terk edilmiş olması halinde, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına ya da kuruma yerleştirebilecektir. Hakim aynı önlemleri; çocuğun aile içinde kalmasının aile huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozması ve içinde bulunulan durumun başka bir çareye olanak tanımaması halinde de, ana ve babanın ya da çocuğun talebi üzerine alabilecektir.

Çocuğun korunması amacıyla alınacak önlemler sonuç vermezse ya da bu önlemlerin yetersiz kalacağı önceden anlaşılırsa hakim TMK m. 348 uyarınca velayetin kaldırılmasına karar verecektir. Velayetin kaldırılmasına hangi hallerde karar verilebileceği maddede tahdidi şekilde düzenlenmiştir. Başka herhangi bir nedene dayanılarak velayetin kaldırılması kararı verilemez. Bu haller; ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya başka benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereğince yerine getirememesi, ana ve babanın çocuğa yeterince ilgi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır şekilde savsaklamasıdır. Velayetin ana ve babanın her ikisinden de kaldırılması durumunda çocuğa vasi atanacaktır. Kararda aksinin belirtilmemesi durumunda velayetin

kaldırılması, mevcut ve doğacak tüm çocukları kapsayacaktır. (Dural, Öğüz ve Gümüş, 2012: 338-339)

TMK m. 349'a göre velayete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi tek başına bir velayetin kaldırılması nedeni değildir. Bu halde, çocuğun yararı gerektiriyorsa velayet sahibi değiştirilebilecek ya da velayet kaldırılarak çocuğa vasi atanabilecektir.

TMK m. 350, velayetin kaldırılması halinde, ana ve babanın, çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılama yükümlülüğünün devam edeceğini düzenlemektedir. Ana ve babanın ya da çocuğun ödeme gücü bulunmuyorsa bu giderler Devlet tarafından karşılanacaktır ve nafakaya ilişkin hükümler saklı kalacaktır.

Durumun değişmesine ilişkin olarak TMK m. 351, çocuğun korunmasına yönelik tedbirlerin değişen duruma göre uyarlanmasını öngörmektedir. Velayetin kaldırılması sebeplerinin ortadan kalkması halinde ise hakim re'sen ya da ana ve babanın talebi üzerine velayeti geri verecektir.

2.4. Çocuk Hakları Bakımından Velayetin Sınırlandırılması

Velayetin sınırlarının belirlenmesinde ve “ortak hayata son verilmesi, ayrılık hali, evlenmenin butlanına hükmedilmesi ve boşanma” nedenlerinden birine göre anne ve babanın evliliği sona ermiş ise taraflardan hangisinin çocukların velayet hakkına sahip olacağına tespitinde, esas alınacak iki temel ilke bulunmaktadır. Bu ilkeler; çocuğun üstün yararı ve çocuğun görüşünün alınması ilkeleridir. Çocuğun görüşünün alınması ilkesini, çocuğun üstün yararının değerlendirilmesi açısından başvurulacak bir araç olarak ele almak mümkündür. Fakat, uluslararası hukukça verilen önem göz önünde tutularak, bu ilke aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

2.4.1. Çocuğun Üstün Yararı İlkesi

Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3/I. Maddesi, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar ya da yasa organları tarafından gerçekleştirilen ve çocukları ilgilendiren tüm faaliyetlerde temel düşüncenin çocuk yararı olduğunu ilke olarak kabul etmektedir. Sözleşmenin 18. maddesi, ana babanın her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önüne alarak hareket etmekle yükümlü olduklarını belirtmektedir. Çocuk Hakları Komitesi, Sözleşmede yer alan ana baba haklarına ilişkin hukuk ilkelerinin, ana babaların çocukların yararına davranma

sorumluluklarına dönüştürülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Sözleşmenin hazırlanması sırasında, genel ya da belirli koşullara ilişkin olarak çocuğun yararı kavramı çerçevesi çizilmemiş, belli ölçütler tavsiye edilmemiştir. Komiteye göre, Sözleşmede benimsenen tüm değer ve ilkelerin somut durumların şartlarına göre ve sözleşme hükümlerinin birbirleri ile olan ilişkileri dikkate alınıp bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca çocuğun yararı gözetilirken, kısa vadeli yararların yanı sıra uzun döneme ilişkin yararların da dikkate alınması gerekmektedir. Velayetten kaynaklanan hak ve yetkilerin kullanılması nedeniyle ana babanın elde edeceği yarar, yalnızca velayetten doğan sorumluluklarını yerine getirmiş olmaktır. Çocuğun yararı kavramı, Anayasa'nın, çocuğun kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkını düzenleyen 41/III. Maddesinde “çocuğun yüksek yararı”, Medeni Kanun'un, 305. maddesinde “çocuğun yararı”, 339. ve 346. Maddelerinde “çocuğun menfaati” ve Çocuk Koruma Kanunu'nun 4. maddesinin b bendinde de “çocuğun yarar ve esenliği” şeklinde ifade edilmiştir. Kullanılan terimlerin farklılığına rağmen, kavramın anlamı, tüm hukuki metinlerde ortaktır. (Akkurt, 2010: 111-112, Grassinger, 2010: 825, Unicef, 2015, Usta, 2012: 92-94,)

Çocuğun velayeti hakkının, ana ve babadan hangisine verileceğini tayin ederken hakim; velayet hakkının yükleyeceği ödevleri taraflardan hangisinin daha iyi yerine getireceğini dikkate almalıdır. Çocuğun bakımı, gözetilmesi, korunması, barınması, eğitimi, sosyalleşmesinin sağlanması ve diğer benzer hususların temini, çocuğun yararı kavramı kapsamında değerlendirilmelidir. Çocuğun yararı ele alınırken yalnızca güncel menfaatler göz önünde bulundurulmamalı, çocuğun geleceği ve yaşadığı toplumsal çevre gözetilerek dikkatli değerlendirmeler yapılmalıdır. Tüm somut durumlarda, her çocuk için ayrı olarak belirlenmesi gereken çocuğun yararı; hakimin takdirine açık, esnek bir kavramdır. Farklı yaş gruplarına, fiziksel ve ruhsal özelliklere, ihtiyaçlara, aile yapılarına ve sosyal çevrelere sahip çocukların yararları tespit edilirken, tüm bu farklı koşullar dikkate alınarak bir değerlendirmede bulunulması gerekmektedir. Öğretide, her çocuğun farklı özelliklere sahip bulunması ve somut yararların da göreceli ve varsayımsal olması nedenleriyle, çocuk yararı kavramının tanımlanmak yerine tarif edilebileceği öne sürülmüştür. Çocuk yararının kapsamının, tüm çocuk haklarını içine alan gelişme hakkının; özgürce ve onurlu bir yaşam içinde kullanılmasının sağlanması olarak ifade

edilmiştir. Çocuğun yararı hakkında karara varacak kişinin, çocuk eğer bir yetişkin olsa idi, kendi yararı doğrultusunda nasıl bir karar varabileceğini gözeterek sonuca varması gerektiği üzerinde durulmuştur. Ayrıca, somut durumlarda çocuk yararı tespit edilirken, tıp ve sosyal bilimlerin verilerinin dikkate alınması gereği üzerinde durulmaktadır. (Akkurt, 2010: 111-112, Akyüz, 2010: 40-41, Grassinger, 2010: 826-827, Usta, 2012: 95)

Türk Medeni Kanunu, kaynağı İsviçre Medeni Kanunu gibi çocuğun yararı kavramını tanımlamamış, bu konuda hakime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Çocuğun yararını kapsamlı bir şekilde açıklamak isteyen Alman hukukunda, çocuğun yararı bakımından, onun bedeni, ruhi ve akli gelişiminden bahsedilmektedir. Doktrinde ise, çocuğun bağımsız ve kendi ayakları üzerinde durabilen, toplumla bütünleşmiş ve sosyal bir birey olarak yetiştirilmesinin sağlanması, çocuğun yararı olarak kabul görmektedir. (Grassinger, 2010:827-828)

Ana ve babanın, velayet hakkını kullanırken çocuğun yararına hareket etmeleri, herhangi bir ihmal veya kötüye kullanma arz edecek tutum ve davranışlardan uzak durmaları gerekmektedir. Çocuğun yararı ile ana babanın yararının çatışması durumunda, ilke gereğince çocuğun yararı ön planda tutulacaktır. Uygulamada çocuğun yararının önceliği ilkesi, soy bağı ilişkilerinde çocuğun ana babasını bilme hakkı ve kişi varlığı üzerinde velayetin kullanılması gibi çocuğun özel olarak korunması gereken alanlarda öne çıkmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda yalnızca çocuğun yararının tehlikeye düştüğü durumlar için çocuğun korunmasına yönelik tedbirler düzenlenmiştir. (TMK m. 271 vd) Türk Medeni Kanunu, çocuğun korunmasını yalnızca çocuğun yararının gerektirdiğince ve ana babayı tamamlayacak şekilde müdahaleyi öngördüğü ifade edilmiştir. Yarar kavramının, çocuğun, ana babanın ve toplumun çıkarları şeklinde üç yönünün bulunduğu öne sürülmektedir. (Usta, 2012: 95)

Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3/1. Maddesinde yer alan ilke, Strazburg organları tarafından, çocuğun ana ve babasının her biri ile kişisel ilişki kurma hakkı ve koruyucu yetiştirmelerle ilgili olarak özel ve aile hayatının korunmasına ilişkin 8. madde kapsamında ele alınmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yararların çatışması durumunda, kararın doğrudan çocuğu mu, yoksa ana babayı mı etkilediğine bakmakta ve çocuk üzerinde doğrudan etki görülüyorsa çocuk yararını öncelikli

bulmaktadır. (Usta, 2012: 95-96)

2.4.2. Çocuğun Görüşünün Alınması İlkesi

Çocuğun, kendisini etkileyen bütün konularda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı, kimsenin müdahale ve baskısı olmaksızın serbestçe görüşlerini ifade edebilmesini ve dinlenilme hakkını kullanma konusunda da özgürce tercihte bulunabilmesini ifade eder. Çocuğun dinlenilmesi ve görüşünün alınmasının iki amacı bulunur. Bu amaçlardan ilki, çocuğun kişi varlığına değer verilmesi, ikincisi ise hakimin olayı anlamasının kolaylaştırılmasıdır. Somut durumun çocuğu ilgilendirmesi halinde çocuk dinlenmelidir. Çocuğun dinlenilme hakkını kullanması zorunlu değil, tercihine bağlıdır. Devlet, çocuğun görüşünü serbestçe ifade edebilmesini sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almalıdır. Bu amaçla, çocuklarla uygun iletişimi kurarak onları bilgilendirecek, haklarını herhangi bir zarar görmeksizin gereğince kullanabilmelerine yardımcı olacak kişilerce yürütülen bir süreç oluşturulmalıdır. (Grassinger, 2010: 833, UNICEF: 2015, Usta, 2012: 97-98)

Çocuğun görüşlerinin alınması ilkesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. Maddesinde düzenlenmiştir. Madde, çocuğun görüşlerini dile getirme ve görüşlerine gerekli önemin verilmesini sağlama hakkını vurgulaması nedeniyle çocukların etkilendiği bütün durumlara uygulanması gereken temel madde konumundadır. Maddenin ilk fıkrası, tüm konularda görüşlerini ifade etme hakkını genel kural olarak düzenlerken, ikinci fıkra çocuğun bizzat ya da temsilcisi vasıtasıyla yargısal sürece katılım ve görüşlerini ifade etme haklarını düzenlenmektedir. Hükmün uygulanabilmesi, 1. fıkrada çocuğun görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olması şartına bağlanmıştır. Hak, çocuğun görüşlerini açıklamasını, görüşlere uygun değer verilmesini ve resmi işlemlerde dinlenmeyi içermektedir. İlke yalnızca çocuğu ilgilendiren vakalarda uygulanabilecektir. Avrupa Konseyi 1999 Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, hakkın uygulamaya geçirilmesine yönelik usul işlemlerini düzenlemek amacıyla çıkarılan özel bir sözleşmedir. Sözleşme, yargısal süreçte çocuğun görüşlerini açıklama ve katılım hakkına yönelik olarak doğrudan uygulanabilir usul hükümlerini düzenlemektedir. Sözleşmenin uygulama alanı çocuğu ilgilendiren tüm konuları kapsamamaktadır. Adli makamlar önünde çocukları etkileyen davalardan özellikle çocuğun yerleşim yeri ve çocukla kişisel ilişki kurulması gibi velayet sorumlulukları

ile ilgili davalarla sınırlıdır. Ayrıca taraf devletin en az üç dava türünde olmak üzere, uygulama alanını daha da sınırlandırma olanağı tanınmıştır. Türkiye Sözleşmeyi; boşanma, ayrılık, velayete ilişkin davalar, kişisel ilişki kurulması ve babalığın mahkeme kararı ile kurulması davaları ile sınırlı şekilde uygulayacağını beyan etmiştir. Bu Sözleşme ve Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. Maddesi ile çocuğun kendini etkileyen davalarda, görüşünü açıklama ve bunlara gereken önemin verilmesini isteme hakkı bulunan bir birey olduğu vurgulanmaktadır. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 17. maddeleri ile “çocuğun gelişen yeteneklerine” atf yapılarak, karar alma süreçlerinde çocuğun gelişmekte olan yeteneklerinin dikkate alınması gereği üzerinde durulmaktadır. Çocuğun gelişen yetenekleri, Medeni Kanun'da düzenleme bulan fiil ehliyetinin unsurlarından “ayırt etme gücüne” karşılık gelmektedir. Ayırt etme gücünün varlığı ya da yokluğu, kişinin eylem ve işlemlerinden hukuken sorumlu bulunup bulunamayacağını belirleyicisi olacaktır. Dinlenecek çocuğun yaşı ve zihinsel gelişimi göz önünde bulundurularak, olayları çelişkisiz ve net şekilde ayırt ve ifade edebilme yetisinin gelişmiş olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Çocuğun iradesini açıklama olgunluğuna erişmiş olduğunun uzmanlarca tespit edilmesi halinde, görüşlerini açıklamasına izin verilmeli ve görüşleri değerlendirmeye alınmalıdır. (Grassinger, 2010: 834,835, UNICEF, 2015, Usta, 2012: 96-97)

Ayırt etme gücüne sahip çocuğun, görüşlerini açıklama hakkını kullanabilmesinin ön şartı bilgilendirme hakkının tanınmış olmasıdır. Çocuk, yararına ters düşmeyecek tüm bilgilerle, yaşı ve idrak gücü dikkate alınarak bilgilendirilmelidir. Çocuk, hakkında görüşüne başvuru konuya dair tüm hususlarda bilgilendirilip, önündeki seçenekler ve bunların olası sonuçları hakkında yeterince aydınlatılması halinde sağlıklı bir şekilde görüş bildirerek katılım hakkını kullanabilecektir. Mahkeme gerekli bilgilendirmenin sağlanıp sağlanmadığını denetlemek ve gerektiğinde bizzat çocuğun görüşüne başvurmakla yükümlüdür. Çocukların yargısal süreçte görüşlerini açıklamalarının ön şartı olarak bilgilendirilmelerine dair özel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Aile Mahkemeleri ve Çocuk Mahkemeleri bünyelerinde bulunan ya da görevlendirebilecekleri psikolog, pedagoğ ya da sosyal çalışmacılar gibi uzmanlar aracılığı ile bilgilendirme yapabilme olanağına sahiptir. Çocuğun görüşünün alınması

sırasında izlenecek yol konusunda bir yasal düzenleme bulunmamakta, bu konuya ilişkin mesleki bilgi ve yöntemler kullanılmaktadır. Çocuğun görüşün alınacağı konu, seçenekler, olası kararlar ve sonuçları hakkında bilgilendirilmesi çocuğun görüşünü alacak kimseler ve çocuğun ana babası ya da vasisi tarafından yapılır. Çocuk, hangi koşullar altında görüşlerini ifade etmesinin gerekeceği konusunda da bilgilendirilmelidir. Çocuğun görüş bildireceği konu hakkında, görüşünü sağlıklı bir şekilde oluşturabilmesine olanak tanıyacak kadar bilgilendirilmesi yeterlidir. Yargıtay, üçüncü bölümde verilen karar örneklerinde görüldüğü üzere; Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. Maddesi ile Avrupa Sözleşmesi'nin 3-6. maddelerine atıf yaparak, ayırt etme gücüne sahip çocuğun görüşünün alınmamasını bozma nedeni olarak saymaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu, tanık ve mağdur ve şikayetçi çocuğun dinlenilmesine ilişkin özel hükümler içermektedir. Çocuğun dinlenme hakkının, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada, hiç bir sınırlama olmadan, ülkede çocukları etkileyen uzlaşma ve tahkim gibi alternatif çözüm yollarını da içeren bütün adli ve idari kovuşturmalarda dikkate alınması ve uygulanması gerekmektedir. Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuğun dinlenmesine ilişkin usul hükümleri düzenlemeyerek, konuyu iç hukuk düzenlemelerine bırakmıştır. Mahkemece çocuğun dinlenilmesine karar verilmesinin ardından, çocuğun doğrudan Mahkeme tarafından mı yoksa bir temsilci ya da uygun bir makam tarafından mı dinleneceği hususunda karara varılacaktır. Çocuk Hakları Komitesi, mümkün olan yerlerde çocuğun her türlü kovuşturmada doğrudan dinlenmesini tavsiye etmektedir. Doğrudan dinlenilmenin mümkün olmadığı durumlarda dinleme Mahkemenin tayin ettiği kişi ya da makam tarafından gerçekleştirilecektir. Bu kişi ya da makamın çocuklarla çalışma konusunda deneyimi ve karar alma sürecine ilişkin yeterli bilgisi bulunmalıdır. Çocuğun nasıl dinleneceğine dair temel hükümler Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda yer almaktadır. Çocuğun görüşünün alınması, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, Çocuk Koruma Kanunu, Ailenin Korunmasına ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve ÇHKAS hükümlerine tabidir. (Unicef: 2015, Usta, 2012: 100-101)

Çocuğun yalnızca dinlenilmesinin yeterli olamayacağı, ayrıca yaşına ve olgunluğuna göre görüşüne uygun ağırlık verilmesi gereği, Çocuk Hakları

Sözleşmesinin 5 ve 17. maddelerinde “çocukların gelişen yeteneklerine” yapılan atıflar ve Sözleşme'nin 12. maddesinde yer alan “çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak gereken özen gösterilmek suretiyle” ifadesi ile vurgulanmaktadır. Çocuğun görüşünün alınmasında yaş, tek başına bir kıstas değildir. Kararın oluşturulacağı somut vaka dikkate alınarak, çocuğun olgunluğu ve kendi kararını oluşturma yeteneği değerlendirilmelidir. Olgunluk, ÇHS m. 12. anlamında değerlendirilmelidir. 12. Madde anlamında olgunluk, çocuğun ilgili konulara dair düşüncelerini makul ve bağımsız şekilde ifade etme yetisidir. Ayrıca konunun çocuk üzerindeki etkileri de dikkate alınmalıdır. Konunun çocuk üzerindeki etkisi ne kadar fazla ise, olgunluğun doğru değerlendirilmesinin önemi o kadar artacaktır. Medeni Kanun'un 13. maddesinde düzenlenen makul surette hareket edebilme yeteneği; kişinin eylemlerinin anlam ve sonuçlarını idrak etmek ve bu anlayışa uygun olarak hareket edebilmesi olarak ifade edilmektedir. Maddede yer alan “akla uygun biçimde davranma yeteneği” genel ve göreceli bir kavram olması nedeniyle, somut durumlarda çocuğun ayırt etme gücünün varlığının tespiti hakimın takdirine bırakılmıştır. MK m. 13'e göre yaş küçüklüğü tek başına ayırt etme gücünün yokluğuna karine teşkil etmemektedir. Yaşının küçüklüğü sebebiyle akla uygun hareket etme yeteneğinden yoksun olmayan herkes Medeni Kanun'a göre ayırt etme gücüne sahip sayılmaktadır. Ayırt etme gücünün varlığı her çocuk için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Sözlü ifade yetenekleri bulunmayan çocukların dahi görüş sahibi olabilmektedir. Bu nedenle ÇHS m. 12'nin uygulanmasında küçük çocukların anlayış, seçim ve tercihlerini ifade etmekte kullandıkları oyun, resim, boyama, beden dili ve yüz ifadeleri gibi sözel olmayan iletişim biçimleri de dikkate alınmalıdır. Madde 12'ye göre, çocuğun görüş oluşturma yeteneğini kanıtlaması gerekmemektedir. TMK. m. 6'ya göre, ayırt etme gücünün varlığını iddia eden, bunu ispat etmekle yükümlüdür. Yaşın küçüklüğü ile orantılı olarak ayırt etme gücüne ilişkin karine zayıflar. Küçük bir çocuğun ayırt etme gücünün yokluğunu iddia eden bir kimsenin, yalnızca çocuğun genel durumuna göre normalde ayırt etme gücüne sahip olmayan olarak kabul edilmesi gerektiğini ispat etmesi gerekmektedir. Aksini kanıtlamak ise çocuk ve yasal temsilcisine aittir. Çocuğun ayırtım gücünün bulunmaması durumunda da, ifade edeceği görüş ve isteklerinin hukuki açıdan göz önünde bulundurulması gerekir. Burada, çocuğun yaşı itibarıyla etki altında kalma

ihtimali dikkate alınarak, görüşleri sınırlı şekilde dikkate alınmalıdır. (Grassinger, 2010: 834-836, Unicef: 2015, Usta, 2012: 101-103)

Çocukların davalı ve davacı olarak taraf olma ehliyetleri vardır. Kural olarak, çocuğun velayet hakkına sahip ana ve babası yasal temsilci olarak her hukuki işlemde çocuğu yasal olarak temsil etme hak ve yükümlülüğünü elinde bulundurur. Kural olarak dava ehliyetine sahip olmayan, ayırt etme gücüne sahip çocuklar, kanunda yazılı istisnalarla sınırlı olacak şekilde dava ehliyetine sahip olabilirler. Bu istisnalar, ayırt etme gücüne sahip çocuğun kişiliğine sıkı sıkıya bağlı haklar, bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilen işlemlerle ilgili davalar ve tasarruf yetkisi kendine verilmiş mallara ilişkin davalardır. Bu durumlarda ayırt etme gücüne sahip davacı veya davalı çocuk her türlü yargılama işlemi tek başına yapma hakkına sahiptir. Bu davalar çocukların yasal temsilcileri olan velileri tarafından da açılabilir, ancak nitelikleri gereği çocuğun rızası olmadan ya da rızası hilafına açılamazlar. Çocuğun rızasının alınmasının mümkün olmadığı durumlarda TMK m. 376 kıyasen uygulanarak, çocuğun hakkının korunması amacıyla dava açılabilir. Çocuk doğrudan doğruya ya da temsilcisi veya uygun bir makam aracılığıyla dinlenebilecektir. (ÇHS m. 12/2) Çocuk, Mahkeme tarafından atanan uzmanlarca dinlenecektir. (ÇKK m. 13/1 bent 2, Aile Mahkemeleri Kanunu m.5/1) Çocuğu ilgilendiren davalarda velisi ile çocuk arasında dava konusunda menfaat çatışması bulunduğu, veli yasal temsilci sıfatıyla çocuğu davada temsil edemeyecektir. Bu durumda, hakim re'sen çocuğa kayyım atanmasına karar verecektir. (TMK m. 426/1 bent 2; ÇKHAS m.4/1; ÇHS m.12) Kayyım, çocuğu ilgilendiren davada çocuğun yüksek çıkarına ters düşmemek şartıyla, idrak gücü iç hukukça kabul edilen çocuğa, gerekli her bilgiyi vermeli ve görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçları ile kendi faaliyetlerinin olası sonuçları hakkında açıklamada bulunmalı ve çocuğun görüşünü belirleyerek adli mercinin önüne sunmalıdır. (ÇHKAS m. 10/1) Bu genel hükmün yanında, Medeni Kanun'da da, çocuğun velisi ile menfaat çatışmasının var sayıldığı hallerde kayyım tayini ile ilgili özel hükümler bulunur. Çocuğun görüşünün alınmasına dair genel hükümden başka, çocuğun rızasının aranması gereken hallerde ÇHS ve iç hukukta yer alan özel hükümler çocuğun görüşünün alınması zorunluluğu getirmektedir. ÇHS'de çocuğun ana babasından ayrılması sonucunu doğurabilecek süreçlerde işleme katılma ve görüş belirtme hakkı (m. 9), evlat edinme işleminde

bilgiye dayalı onayı (m.21 a), özgürlüğünden yoksun bırakılan çocuğun itiraz hakkı (m.37) ve ceza yasasını ihlal ettiği öne sürülen çocuğun duruşmalarda aktif olarak bulunma hakkı (m.40) özel olarak düzenlenmektedir. Medeni Kanun, velayetin yürütülmesine dair m. 339/III ve vesayete ilişkin m. 450/I hükümleri ile çocuğun katılım hakkını açıkça düzenlemektedir. Ana ve babanın, önemli konularda çocuğun görüşünü olgunluğu ölçüsünde olabildiğince göz önünde tutacaklarına dair hüküm m. (339/III), velayetin kullanılmasında genel nitelikli bir düzenlemedir. Bu hüküm dışında, mahkemece ergin kılınma (m.12), ayırt etme gücüne sahip çocuğun evlat edinilmesi (TMK. m. 308 c.2), boşanma veya ayrılık kararı verilirken kişisel ilişki düzenlenmesi (TMK m. 182) ve ayırt etme gücüne sahip çocuğun borçlusu ana veya babasına karşı iştirak nafakası davası açabileceği (TMK. m. 329) düzenlenmiştir. Çocuk Koruma Kanunu'nun temel ilkeleri arasında, çocuğun haklarının korunmasını sağlamak maksadıyla çocuk ve ailesinin bilgilendirilerek karar sürecine katılımlarının sağlanması sayılmıştır. (m.4 bent d) Çocuk hakkında tedbir kararı alınmasından önce yeterli idrak gücüne sahip çocuğun görüşü alınır. (m13 bent2) ÇKK'ya Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te çocuk hakimi veya mahkemece, koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmeden önce yeterli idrak gücüne sahip bulunan çocuğun yazılı ve sözlü olarak görüşünün alınacağı düzenlenmiştir. (m.8/8) CMK'da suç tanığı çocuğun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında, çocuğun, tanıklığın anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olması halinde, görüşünün de alınacağı düzenlenmiştir (m.76) Çocuğun, saygı gördüğü ve güvende olduğunu hissettiği bir ortamda görüşlerini serbestçe ifade edebilmesi sağlanmalıdır. Bu noktada engelliler ile çoğunluğun dilini konuşamayan azınlık, yerli ve göçmen çocukları özel olarak dikkate alınmalıdır. Dinlenilme hakkının, özellikle çok küçük çocuklar veya çocuğun adli bir suç, cinsel istismar, şiddet ya da diğer kötü muamele biçimlerinin mağduru olduğu durumlar başta olmak üzere, çocuğun tam olarak korunması sağlanarak kullandırılmasını sağlamak için gerekli bütün tedbirlerin alınmalıdır. (Unicef: 2015, Usta, 2012: 101-105)

Hakim, fiil ehliyeti bakımından sınırlı ehliyetsiz konumda bulunan çocukların görüşlerini değerlendirirken; çocuğun iradesinin etki altında olduğuna, gerçekleri yansıtmadığına ya da gelişimi açısından yararlı olmadığı fikrine ulaşırsa, çocuğun

yararı doğrultusunda, iradesine aykırı bir karara varabilecektir. Çocuğun biyolojik özelliklerinin yanında, yetiştirme koşulları ve içinde bulunduğu ortam da görüş oluşturabilme yeteneği üzerinde etkilidir. Çocuğun olgunluğu, değerlendirme konusu olayın koşulları dikkate alınarak, o olayın anlam ve etkilerinin değerlendirebilme yetisi olarak tespit edilmelidir. Çocukları etkileyen davalarda bir karara varmadan önce; çocuğun yararına olan tüm bilgiler değerlendirilmeli, gerekli ise ilgili kurum ve kişilerden ek bilgi alınmalı, çocuğun ayırtım gücünün bulunduğu kabul edilen durumlarda davayla ilgili bilgilerin çocuğa verilip verilmediğini araştırılmalı, çocuğa görüşlerini açıklama olanağı tanınmalı ve bu görüşlere uygun ağırlık verilmelidir. (ÇHKAS m.6) Adli makamlar, çocuğu ilgilendiren bir davada, çocuğun yararının ciddi bir tehlike altında bulunduğu durumlarda re'sen önlem almak yetkisine sahiptir. (ÇHKAS m.8) Kanunla çocuğun rızasının arandığı durumlarda, rıza kavramı, görüşlerini açıklama ve görüşlerine ağırlık verilmesi anlamı ile birlikte aynı zamanda bağlayıcılık unsuru da içermektedir. (mk. m. 169, 346,347, çhkas m.7,8) (Grassinger, 2011: 837, Usta, 2012: 106)

ÇHS açısından, çocuğun yararının önceliği ve görüşünün alınması ilkelerinden birinin diğerine üstünlüğü bulunmamaktadır. ÇHS her iki ilke arasında bir denge gözetmektedir. Uygulamada bir çatışma halinde hangi ilkeye öncelik verileceği ya da ilkeler arası dengenin nasıl sağlanacağı soruları cevapsız bulunmaktadır. Çocuğun yararının tespitinde temel sorunun, çocuğun deneyim ve ayırt etme gücündeki eksiklik nedeniyle, onun adına en iyisinin ne olduğuna başka bir yetişkinin karar vermesi olduğu kabul edilmektedir. Aile yaşamının çocuk yararına olduğu ve ana babanın her zaman çocuk yararına karar verme kapasitesine sahip olduğu varsayımının benimsendiği ve çocuğun yetişkin biri olsaydı kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için nasıl karar verebileceğini tahmin etmenin başkasının hayatını etkileyen önemli bir sorumluluk olduğu vurgulanmaktadır. Her somut olayda, çocuğun içinde bulunduğu durumda en az acıyı çekmesi ve en uygun karara ulaşılması amacıyla tıp ve sosyal bilimlerin verileri göz önünde tutularak sorumluluğun paylaşılmasının önemi üzerinde durulmaktadır. Yararının belirlenmesine ilişkin kararın sonuçlarını yaşayacak kişi olan çocuğun görüşüne başvurulması bu bakımdan çok önemli bir ilke olarak görülmektedir. Kanaatimizce, çocuğun görüşünün alınması ilkesi, çocuğun üstün yararı kapsamında ele alınmalı ve

bu yarar ölçütü esas alınarak çocuğun görüşüne başvurmaya ilişkin bir tercihte bulunulmalıdır. Paradoksal bir durum, bir tavuk ve yumurta problemi gibi görülmesinin aksine, başlangıç noktası olarak “çocuğun yararı”nın alınmasının daha olumlu sonuçlar vereceğini düşünmekteyiz. Öncelikle, görüşüne başvurulmasının çocuğun yararı üzerindeki olası olumlu ve olumsuz etkileri etraflıca değerlendirilip tartıldıktan sonra bu yola başvurma konusunda bir sonuca varılması gerektiğini düşünmekteyiz.(Usta, 2012: 106-107)

3. BÖLÜM

VELAYETE İLİŞKİN YARGITAY KARAR ÖRNEKLERİNDE HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ DEĞERLENDİRMELERİ

Velayet uyuşmazlıkları, kişiyi merkez alan belirlemeleri gerektirmektedir. Kişi merkezli uyuşmazlıklarda, “kişi sosyal bir varlık” olarak ele alınmalıdır. Velayetin, çocuğun üstün yararı ilkesine dayanarak tespit edilmesi gereğinin, hukuktan beklenen belirliliğe engel oluşturduğu düşünülebilir. Mahkemenin, çocuklarının velayeti konusunda uyuşmaya düşen ana babaları; tavırları, eğilimleri, kapasiteleri ve üstün yararı gözetebilme konusundaki eksiklikleri hakkında değerlendirmesi gerekir. Ana-baba ve çocuğun ne tür insanlar oldukları konusu odak noktası olarak alınmalıdır. Çocuğun üstün yararı ilkesinin uygulanması, çocuğun ileri ki yıllarda ana ve babadan hangisinin yanında daha iyi durumda olacağı konusunda kişiselleştirilmiş tahminleri gerektirir. Geçmişte yaşananlar, gelecekte neler olabileceği konusunda karar verme hususunda hakimlere yardım ettiği ölçüde önemlidir. Velayet uyuşmazlıklarının, insanlar arasındaki ilişkileri ilgilendirmesi nedeniyle, taraflardan herhangi birini etkileyen bir karar, sıklıkla, diğer taraflar üzerinde de etkili olur. Çocuğun üstün yararı ilkesi, bir kısmı tarafların gelecekteki davranışlarına ilişkin olan çeşitli tahminlerde bulunmayı gerektirir. Taraflar gelecekte sıklıkla etkileşimde bulunacaklardır ve karara varılırken bu olası etkileşimin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. (Mnookin, 1973: 251)

Kişi merkezli ve öngörü gerektiren bir belirleme, ana ve babanın değerlendirilmesini gerektirir. Bu noktada emsal kararların rolü sınırlı olacaktır. Farklı insanlarla ilişkili olan önceki davanın sonucunun, belirli bir çocuk ve ana-babanın kişiselleştirilmiş değerlendirilmesini gerektiren sonraki davayla alakası sınırlıdır. Önceki davalar, belli bir davanın sonucunu kontrol etmek veya tahmin etmek konusunda kısıtlı bir rol oynarlar. İlk derece mahkemesinin kararı, duruşmada

temas edilen kişilerin, karakter, kişilik ve ilişkilerinin değerlendirilmesi ile ilişkililikten, temyiz mahkemesinde böyle bir imkan söz konusu olmamaktadır. Hakime tanınan takdir yetkisinin genişliği, çocuğun üstün yararı ilkesinin de geniş ve yoruma açık bir kapsama sahip olması ile birlikte tartışmaya açıktır. (Mnookin, 1973: 253)

Hakim velayete dair bir belirlemede bulunması gerektiğinde, aslında alternatifler arasında bir seçim yapmayı taahhüt etmektedir. Çocuğun üstün yararı ilkesi, hakimin belli bir çocuk için en iyiyi maksimize eden alternatife karar verilmesi gerektiğini telkin eder. Bu yönde algılandığında, hakimin kararı, karar sürecine mantıklı bir seçim süreci olarak bakan entellektüel bir gelenek ile tutarlı bir şekilde çerçeveselenebilir. (Mnookin, 1973: 255)

Bir çocuk hakkında en iyisinin ne olduğuna karar vermek, yaşamın amaçları ve değerlerine ilişkin ciddi bir sorgulamayı gerektirir. Hakim çocuğun mutluluğuna mı öncelik tanınmalıdır? Yoksa çocuğun ruhsal ve dini eğitimine mi? Çocuğun yetişkin olduğundaki ekonomik üretkenliğini dikkate almalı mıdır? Yaşamın birincil değerleri kişiler arası sıcak ilişkilerde midir yoksa disiplin ve kendini adamda mıdır? İstikrar ve güvenlik çocuk için entellektüel teşvikten daha mı iyidir? Bu soruların sonu yoktur. Hakim topluma geniş olarak baktığında, en iyi çocuk yetiştirme ölçütleri hakkında bir uzlaşma ya da en yüksek değerlerin uygun bir hiyerarşisini bulamayacaktır. (Mnookin, 1973: 260)

Kural benzeri standart sayısındaki artış, geniş takdir yetkisi tanıyan hukukun olumsuzluklarından kaçınmaya ya da bunları azaltmaya neden olabilir. Belirsiz standartlar ise dava sonucunun tahmin edilmesini zorlaştırabilir. Belirsiz standartlar, daha iyi tanımlanmış ve daha az takdiri standartların minimize edebileceği adalete ilişkin bir dizi soruyu doğurur. Geniş, kişi odaklı bir ilkenin uygulanması, etkilenen tarafların önceden haber alamadıkları bir kuralın geriye dönük uygulanmasının riskini taşır. Hakimin takdirini kullanırken, üstün yarar ilkesini somutlaştırmak anlamında başvurduğu faktörlerde bir belirsizlik bulunması, toplumda, hatta hakimler arasında geniş olarak kabul görmeyen değerlere dayanılarak karar verilmesi konusunda önemli bir riski barındırır. (Mnookin, 1973: 262)

3.1. Velayete ilişkin Yargıtay Karar Örneklerinde, “Çocuğun Üstün Yararı” İlkesi Çerçevesinde Hakimin Takdir Yetkisinin, Takdire Esas Faktörler Bakımından Değerlendirilmesi

Genel anlamda hakimin takdir yetkisi TMK, m. 4'te düzenlenmekle birlikte; her münferit uyumsuzluğun kendine has özellikler taşıması nedeniyle, boşanmada velayetin anne ve babadan hangisine verileceğinin belirlenmesi konusunda hakime takdir yetkisi tanıma zorunluluğu doğmuştur. Bu nedenle, “Çocuklar bakımından ana ve babanın hakları” başlığı altında, “Hakimin takdir yetkisi” alt başlıklı TMK m. 182 f. I.'de, çocukların velayetinin tespitine ilişkin özel bir takdir yetkisi tanınmaktadır. MK. m.336 f. III'e göre, boşanmada velayetin eşlerden hangisine verileceğine karar verecek olan hakim, bu görevi; TMK. m.182 çerçevesinde takdir yetkisini kullanarak yerine getirecektir. TMK. m.182; “Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altındaysa vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler. Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu, eş çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Hakim, istem halinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.” şeklindedir. Kanununun 184/4. maddesi de hakimin delilleri serbestçe takdir edeceğini düzenleme altına almaktadır.

TMK. m. 182, velayetin düzenlenmesi bakımından mahkemeye takdir yetkisi tanıırken; takdir yetkisi kullanılırken uyulması gereken herhangi bir şart ya da ilke belirlememiştir. Ancak, yukarıda çocuk hakları bakımından velayetin sınırlandırılması başlığı altında değinildiği üzere; Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca kanun hükmü niteliğine sahip Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3/I. Maddesine göre; kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar ya da yasa organları tarafından gerçekleştirilen ve çocukları ilgilendiren tüm faaliyetlerde temel düşüncenin çocuk yararı olduğuna ilke olarak kabul edilmektedir. Sözleşmenin 18. maddesi de, ana babanın her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önüne alarak hareket etmekle yükümlü olduklarını

belirtmektedir. Bu durumda, hakim velayetin tespitinde takdir yetkisini kullanırken, temel ilke olarak “çocuğun üstün yararı”nı esas alacaktır. “Çocuğun üstün yararı” kavramı somut, tüm benzer olaylara uygulanabilir şartlar içeren bir kavram değildir. Kavramın içeriği, velayetin belirlenmesine ilişkin her uyuşmazlıkta olayın şart ve gereklerine göre hakim tarafından doldurulacaktır. Bu durum “çocuğun üstün yararı” ilkesinin, hakim takdir yetkisini kısıtladığı anlamına gelmemektedir. Esasen, hakime bu konuda tanınan takdir yetkisi, ilkenin amacını gerçekleştirmeye yönelik bir araç niteliğindedir. Bu nedenle, hakim takdir yetkisinin varlığı, karar alma sürecinde keyfiliğe imkan tanıdığı şeklinde algılanmamalıdır. Takdir yetkisini kullanan hakim, HMK m. 297 f. 1. c. uyarınca kararını gerekçelendirecektir. (Bekri, 2014: 216-217)

İlk derece mahkemesinin velayetin belirlenmesine ilişkin kararı, mahkemenin; davaya ilişkin olayları yanlış anlaması, ilgisiz ve kanıtlanamamış delilleri karara esas alması ve dava ile ilgili bir kısım delili değerlendirme dışı bırakması durumlarında bozulacaktır. Çünkü, bu durumlar hakim takdirini yerinde kullandığına ilişkin güvenci zedelemektedir. Ancak, Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinin takdirinin yerine kendi takdirini yerleştirmeyecektir. Hakimin takdirinin oluşmasına yol açan faktörleri sergileyen gerekçeli kararlar incelendiğinde, dava konusu uyuşmazlığın bir takım karine ve varsayımlardan yararlanılarak ele alındığı görülmektedir. Takdir yetkisini kullanan hakim ulaştığı hükmü temyiz kanun yolu kapsamında değerlendiren Yargıtay da, “çocuğun üstün yararı” ilkesi doğrultusunda, bu karine ve varsayımları esas alarak yargılama faaliyetini gerçekleştirmektedir. Aşağıda, “çocuğun üstün yararı”nın, somut uyuşmazlıklarda tespit edilmesinde esas alınan karine ve varsayımlardan öne çıkanlar, ilgili Yargıtay karar örnekleri ile birlikte değinilecektir. Bu karine ve varsayımlar, bir hukuki düzenlemeyle sınırlandırıcı şekilde tespit edilmemiştir. Dava konusu uyuşmazlıkların çeşitliliği ve toplumsal koşul ve şartlardaki değişimlere karşı duyarlılığı da böyle bir tespitte bulunulmasını hem güçleştirmekte hem de yararsızlaştırmaktadır. (Bradbrook, 1971: 403)

3.1.1. Çocuğun Gelişimine İlişkin Faktörler Bakımından

3.1.1.1. Çocuğun Bedeni, Fikri ve Ahlaki Gelişimi

20 Kasım 1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi'nin İkinci

İlkesi; “Çocuk, özel olarak korunur, yasalar ve başka yollarla sağlıklı ve normal biçimde, özgürlük ve saygınlık koşullarında bedensel, zihinsel, ahlaki, manevi ve toplumsal olarak gelişmesine olanak sağlayacak fırsat ve kolaylıklardan yararlanır. Bu amaçla çıkarılacak yasalarda, çocuğun çıkarları önce gelir.” şeklindedir. Çocuk Hakları Bildirgesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin aksine, hukuken bağlayıcı bir metin olmamakla birlikte, ikinci ilke Yargıtay tarafından büyük ölçüde benimsenmiştir. Aşağıda verilen karar örnekleri, İkinci İlkeye paralel şekilde, çocuğun; bedeni, fikri ve ahlaki gelişimi üzerinde durmaktadır. Benzer karar gerekçelerine sıkça rastlanmaktadır. (Unicef)

....Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 1997 doğumlu B'nin babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır....(Yargıtay 2. HD, E. 2000/7920, K. 2000/9792, 14.07.2000)

Çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişiminin gözetilmesi İkinci İlkede belirtildiği üzere, çocuğun özel olarak korunmasının bir gereğidir. Çocuğun üstün tutulan yararı, özel olarak korunması gereğini doğurmuştur. Yargıtay karar örnekleri incelendiğinde, genellikle çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişiminin referans noktası olarak kabul edildiği görülmektedir. Kararlarda, bedeni, fikri ve ahlaki gelişim bakımından değerlendirme, aşağıda değineceğimiz başlıklardaki diğer değerlendirme noktaları ile birlikte ele alınabildiği gibi tek başına da esas alınabilmektedir. Değerlendirmede, çocuğun velayeti kendisine verilen ebeveynin yanında kalmasının çocuğun gelişimine engel olabileceğini gösterir ciddi ve inandırıcı delillerin ve olası yakın tehlikelerin varlığı üzerinde durulmaktadır. Velayet kendisine bırakılan ebeveyn çoğunlukla annedir. Ebeveynin cinsiyeti bakımından değerlendirme aşağıda “anne şefkatine muhtaç olma” başlığı altında ayrıntılı şekilde değerlendirileceğinden, burada ayrıca ele alınmayacaktır.

....Ana yanında kalmasının çocuğun, bedeni, fikri ve ahlaki gelişimine engel olacağı yolunda ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelmesi mümkün tehlikelerin varlığı ispat edilmediği halde ve özellikle baba sakat olduğu için çocukla doğrudan doğruya ilgilenemeyeceği de tabii iken 1969 doğumlu olup ana bakımına da muhtaç çağdaki çocuğun velayetinin babaya verilmesi usul ve kanuna aykırıdır....(Yargıtay 2. HD, E. 1974/4967, K.1974/6817)

....Ana yanında kalmalarının, çocukların bedeni, fikri ve ahlaki gelişmelerine engel olacağı yolunda ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin de varlığı ispat

edilmediği halde ana bakım ve şefkatine muhtaç müşterek çocuk 1978 doğumlu S'nin babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır.... (Yargıtay 2. HD, E.1983/4328, K.1983/5655)

Yargıtay'ın, velayetin ana ya da babaya bırakılmasına dair ilk derece mahkemesi kararlarını; diğer tarafın tercih edilmesinin, çocuğun “bedeni fikri ve ahlaki gelişim”ine engel bir hal oluşturacağına ciddi ve inandırıcı dair delilin ya da yakın bir tehlikenin bulunmaması gerekçesiyle bozmasına sıklıkla rastlanmaktadır. Kararlarda, yine sıklıkla ve genellikle aynı cümle kalıbı içinde kullanılmasına rağmen, çoğunlukla “ciddi ya da inandırıcı delillerin ve yakın tehlikeler”in neler olabileceğine değinilmemektedir. Bozma kararlarında genellikle, ya Yargıtay'ca yaşı itibarıyla annesinin yanında kalması gerekli görülen çocuğun velayeti babada bırakılmaktadır ya da daha az rastlanmakla birlikte baba ile birlikte yaşamasına rağmen çocuğun velayeti ilk derece mahkemesi tarafından anneye bırakılmaktadır.

...Velayet düzenlenirken çocukların bedeni, fikri ve ruhi gelişimleri gözetilmelidir. Velayetleri anneye verilen ortak çocukları 1999 doğumlu H. ve 2000 doğumlu E.'nin dava süresince halen dahi babalarının yanında oldukları anlaşılmaktadır. Davacı anne gerek dava dilekçesinde ve gerekse dava sırasında çocukların velayetini istememiştir. Bu durumda ortak çocukların velayetlerinin davalı babaya verilmesi gerekirken, yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir.... (Yargıtay 2. HD, 2003/6540, 2003/7220, 15.05.2003)

....Tarafların müşterek çocukları M. ve F. N.'nin, davacı annenin evi terk ettiği tarihten itibaren baba yanında kaldıkları anlaşılmaktadır. Müşterek çocuk M.'in velayeti davalı babaya bırakılmıştır. Kardeşlerin birbirinden ayrılmaması, çocukların fikri ve ruhi gelişimleri için de yararlarına olacağından müşterek çocuk F. N'nin velayetinin de davalı babaya verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir...(Yargıtay 2. HD, E. 2011/10552, K. 2012/18429, 03.07.2012)

Velayetin tespitinde, takdir yetkisini kullanarak çocuğun üstün yararını belirleyecek ilk derece mahkemesi hakimine yol gösterebilecek hukuki ya da tavsiye niteliğinde düzenlenmiş ilkeler bulunmamaktadır. Kanaatimizce, çocuğun yararına ilişkin bir yargısal tespitte bulunurken delillere doğrudan temasın önemi büyüktür ve bu noktada ilk derece mahkeme mahkemesinin gerekçelendirilmiş kanaati ön planda tutulmalıdır. Aşağıda, mahkemenin çocuğun yararına ilişkin kanaatinin oluşması bakımında çocuğun ihtiyaçlarına ve bu ihtiyaçların değerlendirilmesinde ele alınabilecek faktörlerin neler olabileceği konularına kısaca değinilecektir.

Çocukların sağlıklı gelişiminin genellikle, yetkinliklerinin gelişimi ile ilişkili olduğu savunulmaktadır. Bu yetkinlik, ister geniş şekilde tanımlanmış olsun, ister bir kimseden yaşına ve cinsiyetine göre beklenen başlıca ödevler olarak ele alınsın,

çevre ile etkin bir şekilde uyumu gerektirir. Çocukların kendi biyolojik, psikolojik ve sosyal özellikleri ile ebeveynlerinin davranışları karşılıklı etkileşim halindedir. Çocuğun yeteneklerinin gelişmesi ve gelişimsel ödevlerini yerine getirebilmesi olasılığının artması için bazı genel ihtiyaçlarının karşılanması gerekir. (Fuhrmann, 2012: 43)

Çocukların sağlıklı bir gelişim gösterebilmeleri için karşılanması gereken bu ihtiyaçlar: Çocuğun, güvenlik, duygusal doyum, fiziksel konfor ve tutarlı bir çevre sağlayacağına inandığı ana-babası ile güvenli bir bağ kurabilme; çocuğun duygularını kontrol edebilmeyi, stresle başa çıkabilmeyi ve dışsal kurallara uygun şekilde uyum sağlayabilmeyi kademeli olarak öğrendiği bir kendini kontrol geliştirebilme süreci; çocuğun bazı özel, fiziksel, duygusal, tıbbi, dini veya kültürel ihtiyaçları olması durumunda bunların karşılanması veya özel bazı yetenekleri bulunması halinde bunlara yönelik ihtiyaçlarının karşılanması; arkadaş edinebilmek, olumlu sosyal davranışlar geliştirebilmek ve işbirliği yapabilmek amacıyla uzlaşmayı öğrenebilmesi için akranları ile ilişki kurabilme; yetenekleri ile uyumlu olarak okulda öğrenebilmesi, adapte olabilmesi veya öğrenme engelleri ile başa çıkabilmesi anlamında akademik başarı sağlama; birbirlerine fiziksel ve duygusal destek olabilecekleri ve rol model olarak alabilecekleri kardeşleri ile ilişki kurabilme ve yaşına, duygusal ve zihinsel gelişimine uygun olacak şekilde isteklerini dışa vurabilme ihtiyacıdır. (Fuhrmann&Zibbell, 2012: 43-44)

Velayetin ana-babadan hangisinde bırakılacağı belirlenirken, çocuğun ihtiyaçlarının ve bu ihtiyaçlara ana-babanın verebilecekleri karşılığın doğru değerlendirilmesi önem arz eder. Böyle bir değerlendirme, psikoloji, pedagoji ve psikiyatri bilim dallarının verilerinden yararlanmayı gerektirir. Bu durumda ilgili bilim dallarına ilişkin kaynaklardan yararlanmak ve konuya ilişkin uzman değerlendirmelerine başvurmak önemlidir. Bu konuda, örneğin, ABD Michigan Eyaleti Mahkemesi İdare Ofisi kılavuzu, velayetin belirlenmesi incelemesinde kullanılacak verilerin büyük çoğunluğunun, çocuk ve ana-babalardan, Çocuk Velayeti Yasası çerçevesinde edinileceğini ön görmektedir. İlgili yasa, çocuğun üstün yararına yönelik velayet araştırması için tarafları değerlendirmede yol gösterecek on iki standart belirlemektedir. (State Court Administrative Office, 2002:8)

Mahkemenin takdirini oluşturmasında yol gösterici birer ilke olarak fayda

sağlayabilecek bu standartlar: Çocuk ile ilgili taraflar arasındaki karşılıklı sevgi, düşkünlük ve diğer duygusal bağlar; tarafların çocuğa ilgi ve sevgi gösterme, rehberlik etme, eğitimine devam ettirme ve eğer varsa dini inançlarına göre yetiştirme kapasitesi; tarafların çocuğun beslenme, giyim, tıbbi bakım ve diğer maddi ihtiyaçlarını karşılayabilme kapasiteleri; çocuğun istikrarlı ve tatmin edici bir çevrede geçirdiği zaman ve bu istikrarın sürdürülmesi yönündeki isteklilik; çocuğun hali hazırda yaşadığı ortamın ya da velayeti talep eden tarafın sunacağı yaşama ortamının bir aile birimi olarak kalıcılığı; tarafların ahlaki uygunluğu; tarafların fiziksel ve zihinsel sağlığı; çocuğun ev, okul ve toplum kayıtları; mahkemenin görüşlerini açıklamaya yetkin bulması halinde çocuğun tercihi; tarafların, çocuğun diğer taraf ile sıkı ve sürekli bir ilişki içinde olmasını destekleme konusunda istekliliği; çocuğun mağdur ya da tanık olmasına bakılmaksızın aile içi şiddetin varlığı ve mahkeme tarafından dava konusu uyuşmazlıkla ilgili bulunabilecek diğer herhangi bir faktördür. (State Court Administrative Office, 2002:8-37)

Yol göstermek amacı ile oluşturulabilecek bu gibi standartların, fazla yardımı bir olmayacağı ve hakimin takdir yetkisini kısıtlama noktasında önemli bir etkisinin bulunmayacağı eleştirileri karşısında; mahkemenin, tarafların gözündeki itibarını da güçlendirebileceği yönündeki savunusu yer almaktadır. (Bradbrook, 1971: 407)

İlk derece mahkemelerimizin velayete ilişkin kararlarında, böyle bir kılavuza başvurmaksızın bu faktörlerden birinin ya da birkaçını dava konusu olayın şartlarına göre ele alındığını görmekteyiz. Benzer şekilde Yargıtay kararları da bir kılavuza başvurmaksızın aynı ilkeleri esas almaktadır. Bu durum, ülke sınırlarına ve farklı kültür yapılarına rağmen insan topluluklarının yaşamlarını benzer gerçeklikler içinde sürdürdüklerini göstermektedir. Aşağıda, diğer alt başlıklarda yer alan karar örneklerinde de, yukarıda belirtilen faktörlerin hepsinin sayıldığı görülmektedir. Hakimlere velayet konusunda takdirlerini oluşturmada yol gösterebilecek, uzman görüş ve önerilerini barındıran bu tarz kılavuzlar hazırlamak, karara ulaşmayı kolaylaştırabileceği gibi, kararlarda istikrarın sağlanması ve bozma sayılarının azalması yönünde de olumlu sonuçlar doğurabilecektir.

...Mahkemenin kabulüne göre davalı koca, bir Alman kadını ile birlikte olup, sadakatsiz tutum içerisinde. Kocanın bu yaşam tarzı karşısında ve ayrıca davacı ana yanında kalmalarının çocukların bedeni, fikrî ve ahlakî gelişmelerine engel olacağı yolunda ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da

ispat edilmediği halde çocukların babanın velayetine bırakılması Usul ve Kanun 'a aykırıdır... Yargıtay 2. HD E. 1984 / 9897 K.1984 / 10089 04.12.1984

....Ana yanında kalmasının çocukların bedeni, fikri ve ahlaki gelişmesine engel olacağı yolunda ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı, halen mevcut veya ileride meydana gelecek tehlikelerin varlığı da iddia ve ispat olunmadığı ve velayet konusunda tarafların küçüklerin yararına aykırı anlaşmalarının da mahkemeyi bağlamayacağı düşünülmeden 1982 ve 1984 doğumlu ana bakım ve şefkatine muhtaç yaştaki çocukların velayetinin babaya verilmesi usul ve kanuna aykırıdır... (Yargıtay 2. HD, E.1987/786, K.1987/1721)

3.1.1.2. Çocuğun Anne Bakım ve Şefkatine Muhtaç Olması

Sanayi devrimi sonrasında öne çıkan ve çocuğun gelişimi üzerinde annenin rolünün önemine ağırlık veren “duyarlı yıllar” doktrini, Yargıtay'ın velayete ilişkin incelemelerinde “çocuğun üstün yararı” bakımından bir karine olarak ele alınmaktadır. Karineye göre küçük çocukların velayeti, annenin bu görevi yerine getirmeye uygun olmadığı kanıtlanmadıkça anneye bırakılmalıdır. Karine Türk mahkemeleri tarafından da büyük ölçüde benimsenmiştir. Velayetin babaya bırakılmış olduğu ilk derece mahkemesi kararlarını, çocuğun yaşı itibarıyla anne bakım ve şefkatine muhtaç olduğu gerekçesi ile bozan Yargıtay kararlarına sıklıkla rastlanmaktadır. (Klaff, 2013:335, 336,, Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, 2011: 118, Tippins, 2013:1)

....Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 'nin 14.1.1992 gün ve 1991/43779 E. 1992/130 Karar sayılı ilamı:

(... Ana yanında kalmasının çocukların bedeni fikri ve ahlaki gelişmesine engel olacağı yolunda ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı, halen mevcut veya ileride meydana gelecek tehlikelerin varlığı da iddia ve ispat olunmadığı halde özellikle ana bakım ve şefkatine muhtaç 1989 doğumlu küçüğün velayetinin babaya verilmesi Usul ve Kanun 'a aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir....Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi Usul ve Yasa 'ya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır...(Yargıtay HGK, E. 1992/2-441, K. 1992/563, 07.10.1992)

....Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 2002 doğumlu Ayşem'in Türk Medeni Kanununun 182, 336/2 maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır...(Yargıtay 2. HD, E.

2003/1396, K. 2003/2299, 24.02.2003)

Çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç olduğu yaş aralıklarında velayetinin anneye bırakılması gerektiğine dair yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay'ın da, çocuğun hangi yaş aralığında anne bakım ve şefkatine muhtaç olduğuna dair yerleşmiş bir içtihadı bulunmamaktadır. Erken yaşlardaki çocukların ruh sağlığı üzerinde çalışan uzmanlara göre, doğum öncesinden beşinci yaşa kadarki dönem biçimlendirici zaman olarak kabul edilmekle birlikte; çocuğun en savunmasız dönemlerini ifade etmek için 0-3 yaş aralığı da, hukuk ve ruh sağlığı doktrini tarafından yaygın olarak kullanılmaktadır. Bu tanıma göre bebeklik genellikle, bir yaş civarında konuşmaya başlama ile sona eren dönem olarak kabul edilir. Erken çocukluk ise 0-48 ay aralığı olarak kabul edilir. 3. yaş ile 4. yaş aralığı çocuğun gelişim durumuna göre farklılık gösterebilirse de, 4 yaş sonrasını küçük çocukluk olarak kabul etmek mümkündür. Duyarlı yıllar terimi İngiliz hukukunda, velisinin kim olacağı konusunda takdirini kullanamayacak kadar küçük çocukları ifade etmek için kullanılmıştır. İngiltere'de duyarlı yılların aşağı yukarı ergenliğin başlangıcına kadar sürdüğü kabul edilmektedir. Duyarlı yılların kapsamını belirlemek için dört faktör ele alınır. İlk iki faktör, bağımlılık ve merkeze almadır. Çocuğun yaşamını ne kadar anne odaklı sürdürdüğünü esas alır. Erken yaşlardaki çocuklarda bu iki faktör genelde daha güçlüdür. Fakat bu konuda belirli yaş sınırları kabul etmek doğru görünmemelidir. Bağımlılık ve merkeze alma her çocuk için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Hatta aynı çocuğun farklı gelişim dönemleri için de farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Duyarlı yıllar kavramının kapsamını belirlemede kullanılan diğer iki faktör ise; çocuğun bir vekil karar alıcıya ihtiyacı ve mahkemenin çocuğun kendi üstün yararını belirleme kapasitesi hususundaki değerlendirmesidir. Duyarlı yıllar içinde bulunan çocukların kendi yararlarına karar verecek bir vekile ihtiyaç duydukları kabul edilir. Bu vekil mahkemedir. Mahkemenin yaş ve olgunluk bakımından görüşlerini dikkate almayı uygun bulduğu çocuklar ise artık duyarlı yıllar kapsamında değerlendirilmez. Çocuğun görüşü alınarak karara ulaşılmasına aşağıda ayrıntılı şekilde değinilecektir. (McIntosh,Pruett&Kelly, 2014: 1,9, Klaff, 2013: 354, 355, Tippins, 2013:2)

Yargıtay'ın, ilk derece mahkemesinin çocuğun velayetin babaya bırakılması yönündeki kararlarını, çocuğun yaşı itibarıyla ana bakım ve şefkatine muhtaç olması

gerekçesi ile bozduğu kararlarda duyarlı yıllar doktrininin benimsenmiş olduğu görülmektedir. Ancak, ana bakım ve şefkatine muhtaç kabul edilen çocukların yaş aralığı çeşitlilik arz etmektedir, bu konuda bir içtihat birliği bulunmamaktadır. Aynı yaşlardaki her çocuk aynı gelişim düzeyinde sahip değildir ve kendi çevresi içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, her davayı kendi şartları dahilinde inceleyen ilk derece mahkemesinin bu yöndeki takdiri, açıkça hatalı görülmedikçe dikkate alınmalıdır.

....2- Davacının velayet, nafaka ve kişisel ilişkiye ilişkin temyizine gelince; velayetin düzenlenmesinde çocuğun yararı esas alınır. Henüz bir yaşını bitirmemiş, ana bakım ve şefkatine muhtaç olan Doğa'nın velayetinin anne yerine babaya verilmesi, velayeti anneye verilen 1997 doğumlu A. C. için iştirak nafakasına karar verilmemesi, kişisel ilişkinin çocukların yaşları dikkate alınmadan uygun olmayan süreçlerle düzenlenmesi doğru bulunmamıştır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeye, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir....

....KARAR : Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle dosya içinde toplanan deliller yönünden tarafların müşterek çocuğu 11.7.1997 doğumlu A. C. hakkında iştirak nafakasının belirlenmesi gerektiğine göre, Hukuk Genel Kurulu 'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır...(Yargıtay HGK E., 2001/2-308, K. 2001/331, 04.04.2001)

Kanaatimizce esas dikkate alınması gereken, duyarlı yıllar doktrininin sorgulanmadan kabul edilip edilmediğidir. Belli yaş dönemlerindeki çocukların velayeti yalnızca cinsiyet esasına dayalı bir önyargı çerçevesinde değerlendirilmemelidir. Çocuğun üstün yararı söz konusu olduğunda, her dava konusu olay kendi şartları dahilinde ele alınmalıdır. Yargıtay tarafından dosya üzerinden gerçekleştirilecek değerlendirmede; ilk derece mahkemesi hakiminin, velayeti tespit edilecek çocuğa doğrudan ulaşım, çocuğun olgunluğunu ve çevresel faktörleri bizzat ele alarak takdirde bulunduğu önemle gözetilmelidir.

....Davacı kadın 2006 doğumlu B. adlı ortak çocuğun velayetinin bakacak ekonomik gücü olmadığını belirterek, davalı babaya verilmesini istemiş, bu istemi duruşmada yinelenmiştir. Çocuğun dava aşamasında davalı baba yanında kaldığı, babaanne tarafından bakıldığı anlaşılmaktadır. Durum böyleyken, mahkemece 4787 Sayılı Aile Mahkemeleri Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5 inci maddesi gözetilerek bir uzman incelemesine başvurmadan sadece anne ilgisine muhtaç olacak yaşta olduğundan söz edilerek çocuğun

velayetinin istemi dışında davacı anneye verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir....(Yargıtay 2. HD, E. 2010/18862, K. 2011/18702, 16.11.2011)

Çocuğun üstün yararı ilkesinin hakime tanıdığı geniş takdir yetkisinin doğurabileceği belirsizliğin önüne geçmek ve duyarlı yıllar doktrininin uygulanması halinde de, çocuğun içinde bulunduğu şartlar gözetilmeksizin tek tip ve önyargılı sonuçlara ulaşılmasını engellemek amacıyla; birlikte velayet, birincil bakım sağlayıcı ve yaklaşıklık teorileri ileri sürülmüştür. Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan yaklaşıklık standardı, boşanmadan sonra çocukların ana-baba ile geçirecekleri zamanı belirlemede, çocukların ayrılık gerçekleşmeden önce her iki taraf ile geçirdikleri zamanı esas almaktadır. Birincil bakım sağlayıcı standardı ise, çocuğun velayetinin, onu yetiştirmede daha fazla rolü olan ebeveyne verilmesini öngörmektedir. (Bajackson: 316-317, Scott, 1992: 628, Scott&Emery, 2013: 641-643)

Çocuğun üstün yararı ilkesi, hakime geniş bir soruşturma alanı sağlaması nedeni ile ebeveynleri birbirlerinin eksikliklerini ortaya dökme çabasını teşvik ettiği yönünde eleştirilmektedir. Nihai belirlemelerin tahmini ve değer yüklü olabileceği ve hakimi tarafların karakterlerini ve çocuğun gelecekteki bakımı için varsaydıkları kapasitelerini ölçme konusunda cesaretlendirdiği öne sürülmektedir. İlkenin, ebeveynlerin geçmişte çocuğun bakımında üstlendikleri rolü ağırlıklandırmak konusunda bir rehberi bulunmaması da eleştiri konusu yapılmaktadır. Bazı mahkemelerin cinsiyet rollerindeki değişimlere yüzeysel bir tepki vererek; annenin çalışması halinde ebeveyn rollerinin eşit olarak paylaşıldığını kabul ettiği bazı mahkemelerin de, ebeveynlerin gerçek rollerini gözetmeksizin, geleneksel stereotiplere dayanarak anne lehine hükme vardıkları ifade edilmektedir. İncelediğimiz Yargıtay kararlarının bazıları, bu ikinci tip kararlara örnek teşkil eder nitelikte gözükmektedir. Zira, velayetleri belirlenecek çocukların mevcut durumlarından ziyade yaşları göz önünde tutularak, anne bakım ve şefkatine muhtaç kabul edildikleri izlenimi uyanmaktadır. Ayrıca, kararlarda sıklıkla kullanılan “anne yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmamasına rağmen” ibaresi göstermektedir ki; çocuklar anne bakım ve şefkatine muhtaç yaşta kabul edildiklerinde, eşit koşulları sağlayan anne, tercihte babanın önüne geçmektedir. (Scott, 1992: 621-622)

Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel M¼d¼rl¼ę¼ tarafından 2011 yılında tek ebeveynli aileler hakkında gerçekleştirilen bir proje kapsamında, İstanbul, Ankara, İzmir, Samsun, Adana, Erzurum ve şanlıurfa illerinde tek ebeveynli aile bireyleri ile gör¼ř¼lm¼ř ve bu illerden şanlıurfa dışındakilerde boşanma ve ayrılık halinde çoğunlukla çocukların anne yanında kalması gör¼ř¼n¼n benimsendiği gör¼lm¼řt¼r. Bu durumun gerekçesi olarak babanın çocuğun sahibi konumunda gör¼lmesi ve b¼lgede geniş ailelerin yaygınlığı nedeni ile çocuğun aynı zamanda t¼m aileye ait olduğu algısı g¼sterilmiřtir. (Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel M¼d¼rl¼ę¼, 2011: 110)

....Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yön¼nde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 2.2.1993 doğumlu M. ile 27.3.1994 doğumlu Z. 'in babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır... (Yargıtay 2. HD, E. 2002/2832, K. 2002/3872 ,18.03.2002)

....Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yön¼nde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 25.09.1992 doğumlu F. 'un Türk Medeni Kanununun 182, 336/2 maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır....(Yargıtay 2. HD, E. 2003/1234, K.2003/2649, 27.02.2003)

....Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yön¼nde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 25.09.1992 doğumlu F. 'un Türk Medeni Kanununun 182, 336/2 maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır....(Yargıtay 2. HD, E. 2003/1234, K.2003/2649, 27.02.2003)

....Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yön¼nde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 25.09.1992 doğumlu F. 'un Türk Medeni Kanununun 182, 336/2 maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır....(Yargıtay 2. HD, E. 2003/1234, K.2003/2649, 27.02.2003)

3.1.1.3. Çocuğun Gör¼řlerinin Alınması

Velayetin tespitine ilişkin yargılama s¼recinde çocuğa gör¼řlerini ifade edebilme olanağının tanınması, çocuğun yüksek yararı standardının temelini oluşturur. Bu, ocuğun bir mal varlığı olarak gör¼ld¼ę¼ dönemlerden, ana ve babası ile eşit haklara sahip olduğu günümüze ulaşmada atılmış önemli bir adımdır. Çocuğun, t¼m yaşamını etkileyecek önemde bir karara ulaşma s¼recinde fikrine

başvurularak kararda rol sahibi yapılması, hakimin takdirinin sağlıklı şekilde oluşmasında yararlı ve önemlidir. Çocuklar, velayetin belirlenmesine ilişkin kararın olası sonuçları hakkında yaşları ve gelişimlerine uygun şekilde bilgilendirilmesi yoluyla gerçekleri yansıtacak şekilde fikirlerini olgunlaştırmaları sağlanmalıdır. Neticede hakim, bu fikirleri, çocuk sağlığı ve gelişimi konusundaki uzman görüşlerinden de yararlanarak, yaş ve olgunluk gibi faktörlere göre ağırlıklandırarak sonuca ulaşacaktır. (Bajackson, 2013: 317, Klaff, 2013:355, 356)

....2-)Mahkemece, tarafların ortak çocukları 1997 doğumlu Ferdi'yle 1999 doğumlu Samet'in velayetleri davalı anneye verilmiştir. Velayet işleri boşanma davası içinde gündeme gelse bile, kamu düzenine dair olduğundan re'sen araştırma ilkesi uygulanır ve bu ilke sebebiyle de yargılama sırasında ortaya çıkan yeni gelişmelerin de mahkemece göz önünde tutulması gerekir. Velayetin düzenlenmesinde ana/babanın yararıyla çocuğun yararı çatıştığı takdirde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gerekir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri: iç hukuk bakımından idrak çağında olduğu kabul edilen çocuklara, kendilerini ilgilendiren konularda görüşlerini ifade etme olanağı tanınmasını ve bu görüşlerine gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Velayete konu çocuklar idrak çağındadır. Velayet hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir. Mahkemenin yaptırdığı uzman incelemesinde çocukların görüşüne başvurulmuş ise de, çocuklardan velayet konusunda tatmin edici bir beyan alınmadığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, çocukların velayet düzenlemesi sonrası yaşama ortamları, eğitim durumları, anne ve babanın kendilerine sağlayabilecekleri olanaklar hakkında kendilerine bilgi verilerek, çocukların bizzat mahkeme huzurunda velayet konusundaki tercihlerinin sorulması ve toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilerek, çocukların üstün yararı gözetilerek velayet hakkında karar verilmesi gerekir. Mahkemece açıklanan yönde işlem yapılmak üzere, velayete yönelik hükmün bozulması gerekmiştir... (Yargıtay 2. HD, E. 2012/8658, K. 2013/8743, 29.03.2013)

....Küçük Z. 1989 doğumlu olup, davacı annesi yanında kalmaktadır. Anne bakım ve şefkatine ihtiyacı olduğu gibi, annesini istemektedir. Bu nedenle küçüğün velayet hakkının anneye verilmesi gerekirken, babaya verilmesi doğru değildir.... (Yargıtay 2. HD, E. 2003/2258, K. 2003/5123, 08.04.2003)

....2- Müşterek çocuk 19.11.1996 doğumlu küçük N. duruşmada saptanan beyanında babası ile kalmak istediğini beyan etmiş bulunmasına ve halen baba ile birlikte yaşaması ve alıştığı ortamdan ayrılmasını gerektirir bir sebebin bulunmamasına göre küçüğün velayetinin davacı babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır... (Yargıtay 2. HD, E. 2005/7001, K. 2006/256, 24.01.2006)

....2-)Mahkemece alınan sosyal inceleme raporunda velayetleri anneye bırakılan 2000 doğumlu M.'nin babayı istediği, 2005 doğumlu O. F.'nin ise abisiyle birlikte olmak istediğini söylediği anlaşılmaktadır. Sosyal inceleme raporunda çocukların baba yanında kaldıkları ve annelerinin kendilerine kötü davrandığını beyan ettikleri belirtilmiştir.

Mahkemece büyük çocuk M.'nin tercihi de nazara alınarak çocukların üstün yararı gereği velayetinin babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır....(Yargıtay 2.HD, E.2012/20258, K.2013/6337, 11.03.2013)

Yargıtayın, ilk derece mahkemesinin velayete ilişkin kararlarını bozma gerekçelerinden biri olarak, “çocukların görüşüne başvurulmamış ya da çocukların görüşleri dikkate alınmamış olması”na sıkça rastlanmaktadır. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. ve 6. maddeleri ile Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesi, Yargıtay'ın bozma kararına dayanak teşkil eden uluslararası normlar olarak dikkat çekmektedir. Günümüz toplumunda birey olarak çocuğun elde ettiği uluslararası ve ulusal hukuk tarafından benimsenen konum, mahkemeler tarafından öncelikle gözetilmelidir. Bu durum aynı zamanda, velayetin tespitinde hakime tanınan takdir yetkisini, çocuğun üstün yararı bağlamında düşünülmesi gereğinin de bir sonucudur. Hakim, takdirinin sağlıklı ve çocuğun yararına en uygun şekilde oluşmasını sağlayacak tüm etmenleri göz önünde bulundurmalıdır. Takdir yetkisinin kullanılması suretiyle ulaşılan sonuca keyfiyet ve önyargılardan uzak şekilde varıldığını delilleri ile ortaya koyarak belirsizlik şüphesinden sıyrılmak bakımından başta çocuğun görüşü olmak üzere ilgili tüm delillere başvurulması gerekmektedir. Bu şekilde, hakimin takdir yetkisinin varlığı ve sınırları hakkındaki kuşkuları bertaraf etmek mümkün olabilecektir. Neticede, aşağıda sunulan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, E. 2013/9516, K.2013/23409 sayılı karar özetinde de görüldüğü üzere çocukların beyanlarının güvenilirliğini değerlendirme ve bu beyanları kararına esas alıp almama hususunda takdir hakimnin olacaktır.

Bir Aile Mahkemesinin, 2005 ve 2007 yılları arasındaki velayet kararları üzerinde yapılan bir araştırma, kendisini ilgilendiren velayet davalarına çocuğun görüşünün yalnızca %46,64 oranında yansıdığını ortaya koymuştur. Mahkeme kararları ile çocuğun üstün yararının gözetildiğine dair güven, bu orandaki artış ile doğru orantılı olarak değişecektir.. Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü tarafından 2011 yılında tek ebeveynli aileler hakkında gerçekleştirilen bir proje kapsamında, İstanbul, Ankara, İzmir, Samsun, Adana, Erzurum ve Şanlıurfa illerinde tek ebeveynli aile bireyleri ile gerçekleştirilen görüşmeler sonucunda, velayet kararı alınırken çocuğun görüşüne nadiren başvurulduğu sonucuna ulaşılmıştır. Çocuğun

fikrine başvurulması yoluna genellikle, ebeveynlerin velayet üzerinde anlaşmazlığa düştüğü durumlarda başvurulduğu savunulmaktadır. Araştırma kapsamında görüşülen çocukların %86'sı velayet konusundaki tercihlerine başvurulması gerektiğini düşünmektedir. (Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, 2011: 119, Ziyalar ve Altuntaş, 2011: 141)

....(... Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce çocuğun bedeni ve fikri gelişimi dikkate alınmalıdır.

Tarafların ortak çocuklarının davacı baba yanında buldukları ve mahkemece dinlenen 1993 doğumlu küçük Canan'ın velayetinin babasına verilmesini istediği halde ortak çocuklarının velayetinin davalı anneye verildiği görülmüştür.

Mahkemece yapılacak iş; küçük Canan'ın duruşmadaki beyanları da dikkate alınarak uzman bilirkişiden görüş alınarak birlikte değerlendirme yapıp velayet düzenlemesi yapmaktan ibarettir.

Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır...),

Gereğesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR : Dava, boşanma istemine ilişkindir.....

....Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyumsuzluk; velayet düzenlemesi yapılmadan önce ortak çocukların görüşünün sorulmasına ve uzman bilirkişiden görüş alınmasına gerek olup olmadığı noktasındadır.

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesinde çocuğun usule ilişkin hakları şu şekilde düzenlenmiştir; "Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir :

a- İlgili tüm bilgileri almak;

b- Kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek;

c- Görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek."

Anılan sözleşmenin 6. maddesi; "Bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci, bir karar almadan önce :

a- Çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlamalıdır.

b- Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda,

- Çocuğun bütün gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalıdır.

- Çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır.

- Çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.

c- Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir."şeklindedir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12.

maddesinde ise "1. 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 tanır.

2. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci yada uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır." şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Somut olayda müşterek çocuklar yeterli idrake sahip olup kendilerini ilgilendiren velayet konusunda onlara danışılmak, kendi görüşlerini ifade etmek hakkını vermek, görüşlerinin uygulanmasının ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirmek gerekir. O halde; yukarıdaki açıklamalar dairesinde görüşü alınmayan diğer çocukların da görüşü alınarak Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5 ve 6. maddesi uyarınca uzman bilirkişiden de görüş alınarak birlikte değerlendirme yapıp sonucuna göre hüküm tesis etmek gerekir.

Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır....(Yargıtay HGK, E. 2008/229, K. 2008/250, 12.03.2008)

....1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre şair temyiz itirazları yersizdir.

2- Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesi uyarınca müşterek çocuklar dinlenmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde velayet düzenlemesi yapılması usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın 2. bentte gösterilen sebeple velayet yönünden (BOZULMASINA), bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerin 1. bentte yazılı nedenle (ONANMASINA), temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 5.4:2004 tarihinde oy birliğiyle karar verildi. (Yargıtay 2. HD, E. 2004/3590, K. 2004/4216, 05.04.2004)

....2-Mahkemece boşanma kararıyla birlikte, tarafların ortak çocuklarının velayeti davacı babaya verilmiştir. Tarafların velayete tabi üç çocuğu olup; bunlar 1998 doğumlu Z., 2003 doğumlu T., 2006 doğumlu B. adlı çocuklardır. Velayet tercihi konusunda çocukların çelişkili beyanda buldukları görülmektedir. Velayet düzenlemesinde asıl olan çocuğun üstün yararadır. Üstün yararın gerektirdiği takdirde, çocuğun velayet konusundaki görüşünün aksine de karar verilebilir.

Velayet düzenlemesine konu birden fazla çocuk bulunduğu takdirde, çocukların kardeşlik duygusunu yaşayabilmeleri için üstün yararları gerektirmediği sürece velayetlerinin aynı ebeveyne verilmesinin tercih edilmesi gerekir. Yaşça küçük olan çocukların, anne şefkat, bakım ve ilgisini yaşayabilmeleri için, annenin bu görevi üstlenmesine engel bir durumu bulunmadıkça velayetin anneye verilmesi tercih edilmelidir. Bu ilkeler ve çocuklardan B.'un yaşı nedeniyle anne şefkat, bakım ve ilgisine muhtaç olması, babanın ilk evliliğinden olma 1985 doğumlu çocuğu D.'e karşı olan tutum ve davranışı ile velayet görevi konusundaki özensizliği göz önüne alındığında; her üç çocuğun velayetinin de davalı anneye verilmesi gerekirken; mahkemece yazılı gerekçeyle babalarına

verilmesi isabetsiz olmuş; bozmayı gerektirmiştir....(Yargıtay 2. HD, E. 2013/9516, K.2013/23409, 10.10.2013)

3.1.2. Ebeveyn ve Çevresel Etmenlere İlişkin Faktörler

Hakimin, çocuğun velayetinin ebeveynlerden hangisinde bırakılacağına dair takdirinin oluşması bakımından, ebeveynin sağlık ve yaşantıları ile çevresel etmenlerin oynadığı rol hayatidir. Çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişimini değerlendirirken gözetilmesi gereken faktörlerin başında ana-babanın fiziksel ve ruhsal sağlıkları ile yaşam tarzları ve çocukların yaşayacakları ortam gelir. Çocuğun sağlıklı şekilde gelişimini sürdürebilmesi için tüm bu şartların göz önünde bulundurulması ve çocuğun üstün yararı bağlamında ele alınması gerekmektedir.

3.1.2.1. Ebeveynin Sağlığı ve Yaşantısı

....Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım ve şefkatine muhtaç 1990 doğumlu Eyüpcan ile 1995 doğumlu A.B.'nin babalarının velayetine bırakılması usul ve yasaya aykırıdır.

Muhalefet Şerhi

Davalı annenin yalan söylediği konuştuğu tüm tanıdıklarını dolandırdığı iş yerinde bile bulunmadığı, Trabzon'a tayin edildiği, düzgün ve çocuklara örnek olacak bir yaşantısının bulunmadığı, hakkındaki borçlanmalardan kaynaklanan haciz işlemleri nedeniyle davacının da etkilendiği, bazı aylar maaş alamaz duruma geldiği, çocukların babaanne yanında olduğu tanıklarca belirtilmiştir.

Çocuklar iyiyi kötüyü ayırt edebilecek yaştadır. Annenin belirtilen yaşantısı çocukları olumsuz yönde etkileyecektir. Anne evlilik birliğine ve çocuklarına karşı olumsuz davranışlar içindedir. Duruşmaya gelme, çocukların velayetinin isteme hakkını dahi kullanmamıştır.

Hakimin velayeti düzenlerken takdir yetkisini hatalı kullandığını gösterecek bir olgu bulunmamaktadır. Bu itibarla takdir yetkisine müdahale edilmesine katılmıyorum. Hükmün velayet yönünden de onanmasını düşünüyorum.... (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E.1997/13071, K.1997/14311)

Hakim, çocuğun üstün yararına uygun düşecek şekilde velayetini tespit ederken ebeveynin sağlık ve yaşantısını da göz önünde bulundurmalıdır. Batı hukukunda, tespitte duyarlı yıllar doktrinin esas alındığı dönemlerde, velayetin annede bırakılmaması iki halde söz konusuydu. İlk olarak, halihazırda çocuğun birincil bakım sağlayıcısının anne olmaması hali gelmekteydi. Zaten anne bakımı altında bulunmayan çocuk için, yaşamındaki istikrar esas alınmaktaydı. İkinci olarak ise annenin boşanmadaki kusur esas alınmaktaydı. Boşanmaya kusuru ile sebebiyet

veren anne çocukların velayetini almak için uygun görülmemekteydi. Annenin çocuklarını gönüllü olarak terk etmiş olması onun velayeti almaya uygun olmadığına delalet teşkil edebileceken; ciddi şekilde hasta olması ve uzun süre yatarak tedavi görmesinin gerekmesi velayetin kendisine bırakılmasına engel görülmebilir. Bu tarz bir yaklaşım çocuğun üstün yararı ilkesi ile uyumlu değildir. Ana-babanın sağlık durumu ve yaşam tarzı elbette onlarla birlikte yaşayacak çocukları üzerinde etkili olacaktır; fakat konunun çocuk odaklı olarak ele alınması gerekmektedir. Amaç, ebeveynin kusurundan dolayı cezalandırılması olmadığı gibi, kısa yoldan bir sonuca ulaşmak da değildir. Bu nedenle ana-babanın sağlık ve yaşantısına ilişkin faktörler, çocuğa olası etkileri bağlamında değerlendirilmelidir. (Klaff, 2013: 349)

....2- Küçük M. 22.4.1993 doğumlu olup, anne hakkındaki dedikoduları anlayacak ve etkilenecek yaşta bulunmamaktadır. Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı halde ana bakım, şefkatine muhtaç M.'in babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır... (Yargıtay 2. HD, E.1997/12479, K. 1997/13821, 17.12.1997)

....Velayeti babaya verilen küçük D. yaşı nedeniyle davalı annenin hareketlerine idrak çağında değildir. Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 13.7.1999 doğumlu küçük D. 'nın Türk Medeni Kanununun 182, 336/2 maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır.... (Yargıtay 2. HD, E.2003/3165, K. 2003/4303, 27.03.2003)

....DAVA : Taraflar arasındaki "Boşanma" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Babaeski Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 22.5.2001 gün ve 2001/25-146 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2.Hukuk Dairesinin 11.9.2001 gün ve 2001/10030-11557 sayılı ilamı ile; (...Çocuk yaşı itibariyle annesinin davranışlarını idrak çağında değildir.

Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 28.11.1998 D.lu Suzan'ın babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır...)gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR : Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, ve özellikle, gerek öğreti ve gerekse yargısal kararlarda ana bakım ve şefkatine muhtaç olan Çocuğun velayet hakkının anneye verilmesinde küçüğün yararı bulunduğu konusunda hiçbir duraksama görülmemekte bu gibi durumlarda velayetin anneye verilmesi yerleşik bir uygulama

oluşturmaktadır. (Yargıtay 2.H.D.23.1.2001 gün, 14230 -1048 sayılı, aynı dairenin 20.3.2000 gün 1529-3266 sayılı ve 26.1.1999 gün 12808-117 sayılı kararları)

Somut olayda Küçük Suzan 28.1.1998 doğumlu olup, anne şefkat ve bakımına muhtaç bulunduğu kuşku yoktur. O halde Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. (Yargıtay HGK, E.2002/451, K. 2002/466 , 05.06.2002)

Yukarıda yer alan karar özetleri, Yargıtay tarafından, çocuğun üstün yararı çerçevesinde “duyarlı yıllar doktrini”nin benimsenişine birer örnek teşkil etmektedir. Yüksek mahkeme, çocuğun yararını ön planda tutarak, ebeveynin yaşam tarzının; çocuğun yaşam ve gelişimi bağlamında ele alınması gereğine vurgu yapmıştır. Ebeveynin yaşam tarzı ve davranışları toplumsal kabule uygunlukları bağlamında değil, çocuk üzerindeki mevcut ve olası etkileri bağlamında ele alınmaktadır.

Velayetin tespitinde çocuğun yüksek yararı ilkesinin esas alınması, bu uyuşmazlık tipinde hakimin takdirini ön plana çıkarmaktadır. Her ne kadar anne lehine bir yaklaşım yaygın olarak benimsenmiş ise de, çocuğun yararına ilişkin tüm unsurların göz önünde bulundurulması gerektiği hususunda da bir fikir birliği bulunmaktadır. Hakimin bu konuda sahip olduğu geniş takdirini etkileyebilmek amacı ile aşağıda özetleri verilen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E. 2010 / 649 K. 2010 / 683 sayılı ve 22.12.2010 tarihli ve E. 2008 / 247 K. 2008 / 247 sayılı ve 12.03.2008 tarihli kararlarında da görüldüğü üzere, taraflar birbirleri ve yaşantıları ile ilgili tüm detayları yargılama sürecine taşıyabilmektedir. Bu husus, gerçeklerin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunmakla beraber, çocuklar, ebeveyn ve boşanmaya ilişkin toplumsal algılar üzerinde çeşitli olumsuz etkiler doğurabilmektedir.

....Davacı-karşı davalı vekili, tarafların fikren uyuşamamaları nedeniyle doğan sorunlarla evlilik birliğinin çekilmez hale geldiğini, davalının başka bir kişi ile evden ayrılmasıyla fiilen ayrı yaşamaya başladıklarını beyanla ortak hayatın sürdürülmesi kendisinden beklenemeyecek derecede sarsıldığından tarafların boşanmaları ile tarafların çocuğunun velayetinin davacı babaya verilmesini istemiştir.

Davalı-karşı davacı vekili, yaşının küçük olmasından faydalanan davacı tarafından cinsel ilişkiye zorlandığını, hamileliğinin fark edilmesi ile aileler tarafından evlendirildiklerini, ancak davacının ortak konut temin etmediği gibi evlilik birliğinin devamı süresince üzerine düşen hiçbir yükümlülüğü yerine getirmemesi nedeniyle evi terk ettiğini belirterek boşanmalarına karar verilmesini, çocuğun velayetinin kendisine verilmesini, maddi ve manevi tazminat ile nafakaya hükmedilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkemenin, davalı-karşı davacı A. Ş.'in evlilik birliği

devam ederken başka bir kişi ile kaçmak suretiyle evi terk etmesi şeklindeki ağır kusuru nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı gerekçesiyle asıl davanın kabulü ile tarafların boşanmalarına ve annenin çocuğunu terk ederek evden ayrılması nedeniyle tarafların çocuğunun velayetinin babaya bırakılmasına, davalı-karşı davacının davasının reddine ilişkin kararı, davalı-karşı davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda belirtilen gerekçe ile kısmen bozulmuştur....

....Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; tarafların çocukları T.'in velayetinin babaya verilmesinin doğru olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki; velayet, ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri içerir.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocukların şahıslarına bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu noktada; çocuğun, eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlak sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunan ana ve babanın, sayılan tüm bu unsurlar yönünden çocuğa örnek teşkil etmeleri, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimine ilişkin tüm önlemleri almaları gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır....

....Ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Eş söyleyişle, velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.

Bu nedenle, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimini engelleyen ve süreklilik arz edeceği anlaşılan her olay, tehlikenin büyüklüğü, doğuracağı onarılması güç sonuçlar değerlendirilerek ele alınmalı ve neticeye varılmalı; velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde öncelikle çocuğun yararı göz önünde tutulmalıdır.

Bu kapsamda, tarafların çocuğunun cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, kimin yanında okumakta olduğu, talepte bulunanın çocuğun eğitim durumu ile ilgilenip ilgilenmediği, sağlığı, sağlık durumuna göre tedavi olanaklarının kimin tarafından sağlanabileceği gibi özel durumuna ilişkin hususlar göz önünde tutulmalıdır. Velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde ana babadan kaynaklanan özelliklerin de dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu nedenle, mahkemece çocuğu başkasına bırakma, ihmal etme, kaçırma, iradi olarak terk etme, yönlendirme hususları ile tarafın velayet talebinin olup olmaması, şiddet uygulaması, sadakatsizliği, ekonomik durumu, mesleği, yaşadığı ortam, kötü davranışı, alkol bağımlılığı, sağlığı, dengesiz davranışları dikkate alınmalıdır.

Mahkemece, açıklanan özellikler yanında mümkün oldukça çocuğun alıştığı ortamın değiştirilmemesine, kardeşlerin ayrılmamasına özen gösterilmeli, velayetin verileceği taraf yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olup olmayacağı yönünde ciddi ve inandırıcı delil olup olmadığı veya hemen meydana gelecek tehlikenin varlığının ispat edilip edilemediği hususları da mutlaka değerlendirilmelidir.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında somut olay değerlendirildiğinde:

Taraflar arasında evlilik birliğinin davalı-karşı davacı annenin ağır kusuru

ile son bulduğu hususlarında uyuşmazlık bulunmadığı açıktır. Ne var ki, 27.01.2004 doğumlu T.'ın yaşı dikkate alındığında annenin yakınlığına ve şefkatine muhtaç bir yaşta olduğu, benliğinin geliştiği bu yaşlarda ana yoksunluğunun derin izler bırakabileceği gözetilerek velayetin anneye bırakılması uygun olacaktır.

Öte yandan davalı-karşı davacı annenin çocuğa karşı kötü davranışı ve istismarı da kanıtlanamamıştır.

Hal böyle olunca; çocuğun ananın bakım ve şefkatine muhtaç olması yanında, ana ile kalmasının bedeni, fikri ve ahlaki gelişmelerine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı hiçbir delil bulunmadığı gibi hemen meydana gelecek bir tehlikenin varlığı da kanıtlanamadığından, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 182, 136/2.maddeleri uyarınca küçüğün babanın velayetine bırakılması çocuğun yararına olmadığına göre, aynı hususlara işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma ilamının velayete ilişkin (2) numaralı bendine uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. (Yargıtay HGK, E. 2010/649, K. 2010/683, 22.12.2010)

...2- Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç küçük Gamze ile kardeşlerin birbirlerinden ayrılmalarının onların gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği için küçük Önder'in Türk Medeni Kanununun 182, 336/2. maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır...),

Gereğiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR : Dava, boşanma, yoksulluk nafakası ve manevi tazminat; karşı dava ise, boşanma ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Davacı vekili; 1999 yılında evlenen tarafların Önder ve Gamze adında sırasıyla 4 yaşında ve 10 aylık iki tane müşterek çocukları bulunduğunu, müvekkilini sürekli döven, hakaret eden ve kendi ailesi ile görüşmesine izin vermeyen davalı kocanın, müvekkilini haksız yere yabancı erkekleri eve almakla ve telefonla görüşmekle suçladığını ileri sürerek, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle tarafların boşanmalarına, tedbir ve yoksulluk nafakası taleplerinin yanı sıra 20.000,00 YTL manevi tazminatın davalıdan tahsili ile müşterek çocuklar Önder ve Gamze'nin velayetlerinin davacı anneye verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; dava dilekçesinde ileri sürülen iddiaların doğru olmadığını savunmuş, asıl müvekkiline hakaretlerde bulunan davacı kadının çok sayıda yabancı erkekle telefonla konuştuğunu, davacı kadının telefonla konuştuğu bu şahıslardan Ahmet ve Kadir isimli şahısların davacıya cep telefonu gönderdiklerinin müvekkili ve müvekkilinin annesi tarafından ortaya çıkarıldığını, davacı ile arkadaş gibi olan müvekkilinin yeğeni Ebru'nun, davacı kadının Ahmet, Kadir, Emrah ve Alpay isimli şahıslarla telefonda görüştüğünü, bu şahıslardan Ahmet ve Alpay'ı davacının evinde gördüğünü, yine Kadir'i de davacıya ait yatak odasında

davacı ve küçük gamze ile birlikte gördüğünü, bir gazeteden Ebru ile birlikte arkadaş arayan davacı kadının gazete vasıtasıyla bulduğu Özcan isimli şahısla da telefonla görüşüp evine aldığını, nihayetinde bu olayları kabul eden davacı kadının ziynet eşyalarını alarak müşterek haneden ayrıldığını, bu olaylar nedeniyle müvekkilinin şeref ve haysiyetinin zedelendiğini ileri sürerek, müvekkilinin boşanma talebinin kabulü ile, müşterek çocuklar Önder ve Gamze'nin velayetlerinin babaya verilmesine ve 10.000,00 YTL manevi tazminatın davacıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemenin, "tanık beyanlarından davalının kusurlu bir hareketinin ispat edilemediği, davacı kadının ise sadakatsiz davranışları nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olduğu, müşterek çocukların yaşları küçük olmakla birlikte müşterek evde ilişkiye girmek suretiyle gayri ahlaki davranışlarının bulunduğu, özellikle kız çocuğu olan Gamze'nin anne yanında kalmasının ilerideki yaşamında duygusal gelişimini olumsuz etkileyeceği" gerekçesiyle "davacı kadın tarafından açılan boşanma davasının ve yoksulluk nafakası ile manevi tazminat taleplerinin reddine, davalı koca tarafından açılan boşanma davasının kabulü ile kocanın manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne ve müşterek çocuklar Önder ve Gamze'nin velayetlerinin davalı-k.davacı babaya verilmesine" dair verdiği karar, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece "küçük çocuklarının varlığına rağmen gazete aracılığıyla tanıdığı birden fazla kişi ile müşterek konutta ilişki yaşayan, olay tarihinde henüz 14 yaşlarında olan Ebru Kulaksız'ın dahi aynı yöntemle mektup arkadaşı edinmesine teşvik edici davranışları bulunan ve önceliğini kendi ihtiyaçlarında gören davacı annenin, çocuklarına iyi örnek olamayacağı ve davalı babanın da çocuklarına bakabileceği" gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık velayetle ilgili düzenlemeye ilişkin olup, tarafların müşterek çocuklarının velayetinin davacı anneye mi, yoksa davalı babaya mı tevdi gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki; velayet, ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri içerir.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocukların şahıslarına bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir.

Bu noktada; çocuğun, eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlak sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunan ana ve babanın, sayılan tüm bu unsurlar yönünden çocuğa örnek teşkil etmesi, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimine ilişkin tüm önlemleri almaları gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır.

Öte yandan, ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Eş söyleyişle, velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.

Bu nedenle, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimini engelleyen ve süreklilik arz edeceği anlaşılan her olay, tehlikenin büyüklüğü, doğuracağı onarılması güç sonuçlar değerlendirilerek ele alınmalı ve neticeye varılmalıdır.

Somut olayda; ahlaki durumu boşanmaya sebep olan davacı

anneninin, dosyada mevcut tanık beyanlarına ve özellikle davalı kocanın yeğeni olan Ebru Kulaksız'ın açıklamalarına göre, gazete aracılığı ile tanıştığı çok sayıda kişi ile telefon görüşmesi yapıp fotoğraf kabul ettiği; 1989 doğumlu olup, iyiyi kötüyü anlayacak çağda bulunmayan tanık Ebru'nun dahi davacının bu olumsuz tutumundan etkilenerek aynı yöntemle arkadaş edindiği ve bu konuda ona yardımcı olduğu, çocuklarının ahlaki gelişimi için uygun ortamı hazırlamak ve bu yöndeki tüm önlemleri almak bir yana, gazete aracılığı ile tanıştığı bu kişilerle çocuklarının da bulunduğu müşterek hanede ilişki yaşadığı; bunun yanında, ilişkide bulunduğu kişilerden biri ile yatak odasında bulunduğu sırada, mahremiyetle bağdaşmayacak şekilde müşterek çocuklardan küçük Gamze'nin, bu şahsın kucağında olduğu halde oturmasına izin verdiği sübuta ermiştir. Tüm bu hallerin, velayetin davacı anneye verilmesinde ciddi sakıncalar yaratacağı kuşkusuzdur.

Bu itibarla, müşterek çocuklar Önder ve Gamze'nin davacı anne yanında kalmasının çocukların bedeni, fikri ve ahlaki gelişmesine engel olacağı yolunda ciddi ve inandırıcı deliller bulunduğundan, velayet hakkının davacı anneye tevcih edilmesi olanaklı değildir.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, davacının sabit olan ahvali nazara alınmak suretiyle, müşterek çocuklar Önder ve Gamze'nin velayetinin davalı-k.davacı babaya tevdiine dair verilen direnme kararı usul ve yasaya uygundur. Direnme kararı bu nedenle onanmalıdır.

SONUÇ : Davacı-k.davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle ONANMASINA, 12.03.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY :

Davalı-karşılık davacı erkek eş tarafından açılan evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma davasının davacı-karşılık davalı kadının "sadakatsiz davranışları" nedeniyle kabul edildiği, tarafların ortak çocuklarının velayetlerinin boşanma davasının açılmasından bu yana "yaklaşık dört yıl" gibi çok uzun bir süre geçmesine rağmen davacı-karşılık davalı kadının yaklaşık dört yıl önceki "gayri ahlaki davranışları gerekçesiyle" davalı-karşılık davacı babaya verildiği konusunda değerli çoğunluk ile aramızda "görüş birliği" vardır. Davacı-karşılık davalı kadının 30.11.2004 öncesi (Yaklaşık dört yıl öncesi)"sadakatsiz davranışları" olduğu ve bu davranışlarının "hiç de tasvip edilemeyeceği" konusunda gerek yerel mahkeme hakiminin ve gerekse Yüce Hukuk Genel Kurulunun değerli çoğunluğunun ve gerekse benim görüşüm aynıdır. Sorun bu değildir ki!

Çekişme nedir?;

Çekişme, davacı-karşılık davalı kadının boşanma davasının açılmasından bu yana "yaklaşık dört yıl gibi bir süre geçmesine" ve bu sürede anne olan davacı-karşılık davalının "hiçbir ahlak dışı davranışı bulunmadığı" halde sanki "bu halleri sürüyormuş gibi" elinden ana bakım şefkatine muhtaç çocuklarının alınıp alınamayacağından kaynaklanmaktadır. Yerel mahkeme hakimi "kendisiyle bile" çelişki halindedir.

Şöyle ki;

1- YEREL MAHKEME HAKİMİ ÇOCUKLARIN YAKLAŞIK DÖRT YIL BOYUNCA ANNE YANINDA KALMASINDA HİÇBİR SAKINCA GÖRMEMİŞTİR

Yerel mahkeme hakimi çocukların yaklaşık dört yıl boyunca anne yanında kalmasında "bir sakınca görseydi" çocukların tedbiren anne

elinden alınıp babaya teslimine karar verebilirdi.

Yerel mahkeme hakimi bu yetkisini kullanmadığına göre çocukların yaklaşık dört yıl boyunca anne yanında kalmasını içine sindirebilmiştir. Ne olmuştur da yerel mahkeme hakimi yaklaşık dört yıl sonra düşüncesini değiştirmiştir? Bu konuda dava dosyasında "yeni bir delil" kesinlikle yoktur.

2- ORTAK ÇOCUKLARIN KENDİSİNE TESLİM EDİLMESİ KONUSUNDA DAVALI-KARŞILIK DAVACI BABANIN TALEBİ BİLE OLMAMIŞTIR

Yerel mahkeme hakimi kenarda kalsın çocukların yaklaşık dört yıl boyunca anne yanında kalmasında davalı-karşılık davacı baba "bir sakınca görseydi" çocukların tedbiren anne elinden alınıp kendisine teslimini talep edebilirdi.

Davalı-karşılık davacı babanın bu yönde bir talebi de olmadığına göre yerel mahkeme hakimi gibi davalı-karşılık davacı baba bile çocukların yaklaşık dört yıl boyunca anne yanında kalmasını içine sindirebilmiştir. Hiç de sakınca görmemiştir.

3- DAVACI-KARŞILIK DAVALI KADININ YAKLAŞIK DÖRT YIL BOYUNCA HİÇBİR AHLAK DIŞI DAVRANIŞI KANITLANMAMIŞTIR

Davacı-karşılık davalı kadının 30.11.2004 öncesi hatalı davranışlarının yaklaşık dört yıl sonra hala gerekçe yapılmasına katılabilmem olanaksızdır. Aksi düşünce yaklaşık dört yıl süreyle "gayri ahlaki davranışları" ısrarla sürdüren bir kadın ile bu davranışları tekrarlamayan davacı-karşılık davalı gibi bir kadını aynı kefeye koymak anlamına gelir ki davacı-karşılık davalı kadının yaklaşık dört yıl boyunca süren her kadın gibi "namuslu davranışını" görmezden gelmemize yol açar.

4- DAVACI-KARŞILIK DAVALI KADININ YAKLAŞIK DÖRT YIL BOYUNCA YAŞADIĞI ORTAM BİR AİLE ORTAMIDIR

Davacı-karşılık davalı kadın genel ev kadını değildir. Genel evde çalışmadığı gibi genel evde de yaşamamaktadır.

Davacı-karşılık davalı kadın yaklaşık dört yıl boyunca herkes gibi bir "aile ortamında" yaşamaktadır. 9.12.2004 günlü zabıta araştırmasından da görüleceği üzere davacı-karşılık davalı kadın yaklaşık dört yıl boyunca "abisinin yanında yengesi ve iki çocuğu ile birlikte" yaşayarak çocuklarını bir "aile ortamında" büyütmeyle meşguldür.

5- ORTAK ÇOCUKLARIN ANA BAKIM ŞEFKATİNE MUHTAÇ OLDUĞU BİLİMSEL BİR GERÇEKTİR

Tarafların ortak çocukları Önder 3.4.2000, Gamze ise 2.2.2004 doğumlu olup doğumlarından bu yana ve hatta şu an bile anne yanında kaldığı konusunda da bir çekişme yoktur.

Bu kadar küçük çocukların ana bakım ve şefkatine muhtaç olduğu "bilimsel" bir gerçekliktir.

Davacı-karşılık davalı kadının yaklaşık dört yıl boyunca ana bakım ve şefkatine muhtaç çocuklarına yönelik hiçbir olumsuz davranışının "gerçekleşmediği" dosya kapsamından anlaşılabilir tartışılmayacak bir gerçektir.

6- YEREL MAHKEME HAKİMİ ÇOCUKLARIN ANNE YANINDA KALMASINI KENDİSİ KARARLAŞTIRMİŞTIR

Tarafların ortak çocuklarının davacı-karşılık davalı kadının yaklaşık dört yıl boyunca kalmasını yerel mahkeme hakiminin "kendisi" kararlaştırmıştır.

Yerel mahkeme hakimi tarafların ortak çocuklarının yanında kalmasını "3.3.2005 günlü ara kararı ile kabul etmiş" ve babaya teslimini değil de babanın "sadece kişisel ilişki kurmasını" uygun ve yeterli görmüştür.

Sonuç olarak;

Dört yıl önce hiç de "tasvip edilemeyecek" hataları olsa bile "artık bu davranışları tekrarlamayan" bir anneden bu kadar küçük çocukları "yaklaşık dört yıl sonra almanın" zararının anneye değil de olsa çocuklara olduğu bilimin ve öğretinin benimsediği bir olgudur.... (Yargıtay HGK, E. 2008/247, K. 2008/247, 12.03.2008)

3.1.2.2. Velayet Kendisine Bırakılmayan Taraf ile Kişisel İlişkinin Engellenmesi

Boşanması süreci ve sonrası çocuğun yaşantısında önemli etkiler yaratır. Bu süreçte ve sonrasında ana-babanın çocukları bakımından iş birliği yapabilmeleri çocukların sağlıklı gelişimi bakımından önem taşır. Örneğin ABD'de, mahkemeler, bir ebeveynin diğerinin ortak çocuk ile kurduğu ilişkiyi dikkate alarak, tarafları bu konuda iş birliği yapmaya özendirmeye yönlendiren bazı "arkadaş canlısı ebeveyn" yasal düzenlemeleri kabul edilmiştir. Bu şekilde, hem çocuğun üstün yararı vurgulanmakta, hem de hakimin takdirini oluşturmasında yardımcı bir kriter belirlenmektedir. (Scott&Emery, 2013: 25,26)

....Baba, çocuğu annesinden alıp kaçırmış ve o günden beri de çocuğu davalı anneye göstermemiştir. Ananın, çocukla kişisel ilişki kurmasına ilişkin ara kararının icrasını da yer değiştirmek suretiyle etkisiz kılmıştır. Bu suretle ananın çocukla kişisel ilişkisini zedelemiştir. (TMK. md. 324)

Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 12.1.1999 doğumlu küçük N. 'in Türk Medeni Kanununun 182, 336/2 maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır.... (Yargıtay 2. HD, E. 2003/14269, K. 2004/653, 21.01.2004)

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 25.6.1999 gün ve 6953-7420 sayılı ilamı:

(... Dava dilekçesinde, tarafların müşterek evliliklerinden olma 25.7.1996 doğumlu çocukları Gamze'nin velayetinin boşanma sırasında davalı babaya verildiği, davalının yeniden evlendiği, yeni evlendiği eşinin çocuğu istemediği ve davalı babanın çocuğu davacı anneye göstermediği belirtilerek velayetin nez'i ile çocuğun velayetinin davacı anneye verilmesi talep edilmiştir.

Her ne kadar dava dilekçesinde velayetin nez'i denilmiş ise de dilekçedeki izahattan davacının isteğinin Medeni Kanununun 149. maddesi gereğince velayetin değiştirilmesi olduğu anlaşılmaktadır.

Velayet görevi ve hakkı, analık ve babalık haklarının kullanılmasında odak nokta, çocuğun fikren ve bedenen sağlıklı gelişmesidir. Velayetin düzenlenmesinde veya değiştirilmesinde asıl olan

küçüğün yararlarını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır. Bunun yanında analık ve babalık duygularının geliştirilmesine de özen gösterilmesi zorunludur.

İncelenen boşanma dosyasında 19.3.1998 tarihinde kesinleşen kararla 25.7.1996 doğumlu çocuğun velayeti davalı babaya verilmiştir. Bu dava ise 10.11.1998 tarihinde açılmıştır.

Davacı ananın boşanma davasında, bulunduğu hal ve şartlar karşısında çocuğun velayetini istememesi, bilahare değişen şartlarda istemesine engel değildir.

Toplanan delillerden, davalının yeniden evlendiği, çocuğu görmeye gelen davacıya çocuğu göstermediği, eve çocuğu görmeye gitmeye çekinen davacının muhtar ve azaları göndermesi üzerine de çocuğu vermediği, gelenleri kovup tehdit ettiği, hatta yumrukladığı anlaşılmaktadır. Bu olayların en az üç defa olduğu tanık beyanları ile sabittir.

Davacının ilamı icraya koyarak icra kanalı ile infaz ettirmesi mümkün ise de, bu hakkını kullanmamış olması aleyhine yorumlanamaz. Kaldı ki davalı, davacının mahkemece tayin edilen görüşme günleri haricinde çocukla görüşmek istediğini de ispat etmiş değildir. Toplanan delillere göre davalının kastının çocuğu davacıya hiç göstermemek olduğu anlaşılmaktadır.

Küçük yaşı itibariyle ana bakım ve şefkatine muhtaçtır. Bu itibarla açılan davanın kabulü gerekirken reddi doğru görülmemiştir... gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI:

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına dosyadaki tutanak ve kanıtlara, temyiz dilekçesinde ileri sürülen hükme etkili itirazların Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 25.6.1999 gün ve 6953-7420 sayılı ilamında ayrı ayrı ele alınıp cevaplandırılmış bulunmasına ve özellikle davalının; davacının çocukla mahkeme ilamında gösterilen günler dışında görüşmek istediğini, bu nedenle görüştürmediğini savunmamış olmasına göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi Usul ve Yasa'ya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. (Yargıtay HGK, E. 2000/927, K.2000/974, 07.06.2000)

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

kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir. (Yargıtay 2. HD, E. 2013/13402, K.2014/1, 13.01.2014)

...Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 'nin 25.6.1999 gün ve 6953-7420 sayılı ilamı:

(... Dava dilekçesinde, tarafların müşterek evliliklerinden olma 25.7.1996 doğumlu çocukları G. 'nin velayetinin boşanma sırasında davalı babaya verildiği, davalının yeniden evlendiği, yeni evlendiği eşinin çocuğu istemediği ve davalı babanın çocuğu davacı anneye göstermediği belirtilerek velayetin nez 'i ile çocuğun velayetinin davacı anneye verilmesi talep edilmiştir.

Her ne kadar dava dilekçesinde velayetin nez 'i denilmiş ise de dilekçedeki izahattan davacının isteğinin Medeni Kanununun 149. maddesi gereğince velayetin değiştirilmesi olduğu anlaşılmaktadır.

Velayet görevi ve hakkı, analık ve babalık haklarının kullanılmasında odak nokta, çocuğun fikren ve bedenen sağlıklı gelişmesidir. Velayetin düzenlenmesinde veya değiştirilmesinde asıl olan küçüğün yararlarını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır. Bunun yanında analık ve babalık duygularının geliştirilmesine de özen gösterilmesi zorunludur. İncelenen boşanma dosyasında 19.3.1998 tarihinde kesinleşen kararla 25.7.1996 doğumlu çocuğun velayeti davalı babaya verilmiştir. Bu dava ise 10.11.1998 tarihinde açılmıştır.

Davacı ananın boşanma davasında, bulunduğu hal ve şartlar karşısında çocuğun velayetini istememesi, bilahare değişen şartlarda istemesine engel değildir.

Toplanan delillerden, davalının yeniden evlendiği, çocuğu görmeye gelen davacıya çocuğu göstermediği, eve çocuğu görmeye gitmeye çekinen davacının muhtar ve azaları göndermesi üzerine de çocuğu vermediği, gelenleri kovup tehdit ettiği, hatta yumrukladığı anlaşılmaktadır. Bu olayların en az üç defa olduğu tanık beyanları ile sabittir.

Davacının ilamı icraya koyarak icra kanalı ile infaz ettirmesi mümkün ise de, bu hakkını kullanmamış olması aleyhine yorumlanamaz.

Kaldı ki davalı, davacının mahkemece tayin edilen görüşme günleri haricinde çocukla görüşmek istediğini de ispat etmiş değildir. Toplanan delillere göre davalının kastının çocuğu davacıya hiç göstermemek olduğu anlaşılmaktadır.

Küçük yaşı itibariyle ana bakım ve şefkatine muhtaçtır.

Bu itibarla açılan davanın kabulü gerekirken reddi doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI:

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına dosyadaki tutanak ve kanıtlara, temyiz dilekçesinde ileri sürülen hükme etkili itirazların Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 'nin 25.6.1999 gün ve 6953-7420 sayılı ilamında ayrı ayrı ele alınıp cevaplandırılmış bulunmasına ve özellikle davalının; davacının çocukla mahkeme ilamında gösterilen günler dışında görüşmek istediğini, bu nedenle görüştürmediğini savunmamış olmasına göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi Usul ve Yasa 'ya

aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. (Yargıtay HGK, E. 2000/2-927, K. 2000/974, 07.06.2000)

(.....Tarafların ekonomik ve sosyal durumları itibarıyla evde bakıcı bulundurulması ananın ihmali olarak değerlendirilemez. Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım ve şefkatine muhtaç 30.1.1995 doğumlu Bartu'nun velayetinin babaya bırakılması usul ve kanuna aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Karşı oy yazısı

Dosya kapsamına göre;

Anne ve baba, çocuğu kullanarak birbirinden intikam alma duygusu ile hareket etmektedir. Çocuğun anneden babaya, babadan anneye her tevdiinde kaçırma, saklama, icra ile işlem yapma polisin zor kullanarak bunları sağlaması gibi durumların tarafların yaptığı bir uygulamadır. Bunun çocuğun üzerinde bırakacağı, psiko-patolojik darbe kaçınılmazdır. Bu sebeple velayetin her iki tarafa da verilmemesi görüşündeyim. Kararın bu sebeple bozulması gerekir...(Yargıtay HGK, E. 2000/2-1272, K. 2000/1608)

Yukarıda verilen Yargıtay karar özetlerinde, Yüksek Mahkemenin bir tarafın diğerinin ortak çocuk ile kişisel ilişki kurmasını engellemesini çocuğun bedensel ve ruhsal gelişimini olumsuz olarak etkileyeceğini kabul etmiştir. Ayrıca, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 25.6.1999 gün ve 6953-7420 sayılı kararında, analık ve babalık duyguları üzerinde de durulmuştur. Kişisel ilişkinin engellenmesinde, analık ve babalık duygularının tatmin edilmesi hususunun, çocuğun üstün yararı ilkesi karşısında ikinci planda bırakılması zaruridir. Diğer faktörler ile birlikte ele alınması gerekirken ile birlikte, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2000/2-1272 K. 2000/1608 sayılı kararının karşı oy yazısında ifade edildiği üzere çocuk üzerinde doğurabileceği olumsuz etkileri yadsımak mümkün görünmemektedir.

Aşağıda verilen Yargıtay karar özetlerinde ise, Yüksek Mahkeme kişisel ilişkinin engellenmesini velayete ilişkin kararı değiştirmeye yeterli bir sebep olarak görmemiştir. Her dava konusu olayın kendi şartları içinde değerlendirilmesi gereğinin bir sonucu olarak; diğer faktörler ile birlikte değerlendirilen kişisel ilişkinin engellenmesi durumunun velayete ilişkin takdirin oluşmasında ikincil faktör

olarak kabul edilmesi doğaldır. Çocuğun, üstün yarar ilkesi gereğince; birincil bakım sağlayan ebeveyni ile istikrarlı ilişkisini sürdürebilmesi ya da bulunduğu çevreden ayrılmasının doğurabileceği olumsuz sonuçlardan korunması, diğer ebeveyni ile kuracağı ilişkiden ve bu ebeveynin ana-babalık duygularından öncelikli tutulabilecektir.

....b) Tarafların ortak çocuğu 16.01.2009 doğumlu Yağız'ın velayeti babaya verilmiştir. Mahkeme velayetin babaya verilmesine gerekçe olarak; yargılama sırasında tedbiren velayetin anneye verilir çocukla baba arasında kurulan ilişkiyi engellemesi ve bu konuda üç kez tutanak tutulmuş olmasını göstermiştir. Velayet düzenlemesi yapılırken; çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas tutulması gerekir. (TMK. md. 182/2) Velayet düzenlemesinde asıl olan, çocuğun üstün yararıdır. Ortak çocuk çok küçük olup, emzirme döneminde dir. Çok küçük olan çocuklar anne bakım, sevgi, şefkat ve ilgisine daha çok muhtaçtır. Annenin velayet görevini üstlenmesine önemli bir engel bulunmadığı takdirde, küçük çocuğun annesinin velayetine bırakılması onun üstün yararıdır. Annenin kişisel ilişkiyi engelleyici davranışlarda bulunması ancak çocuğun belirli bir yaş ve olgunluğa erişmiş olması halinde; gerektiğinde velayetin değiştirilmesi nedeni olabilir. Çocuğun üstün yararı gözetilmeden, sadece velayet kendisine bırakılan ebeveynin davranışına göre velayet düzenlemesi yapılması; çocuğa zarar verme sonucunu doğurur. Durum böyleyken, mahkemece çocuğun üstün yararı gözetilmeden, ortak çocuğun velayetinin anneye verilmesi yerine, yazılı şekilde davalı-davacı babasına verilmesi isabetsiz olmuş; bozmayı gerektirmiştir. (Yargıtay 2. HD, E. 2011/10761, K. 2011/23988, 29.12.2011)

Boşanma kararıyla velayetleri babaya bırakılan çocukların velayetlerinin kaldırılarak davacı anneye verilmesi isteğiyle açılan dava sonucunda; yerel mahkemenin davanın kabulüne dair kararı davalı tarafından temyiz olunmuştur.

Yerel mahkeme kabul kararına gerekçe olarak; davalı babanın çocukları anneleriyle görüştürmediği ve bu suretle velayet görevini kötüye kullandığı hususuna yer vermiştir.

Velayet ve kişisel ilişkiye yönelik düzenlemelerde öncelikle çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi, yararı göz önünde bulundurulmak zorundadır. Bu genel ilke ışığında temyize konu "velayet kaldırılması" davası incelendiğinde;

Taraflar 27.02.2004 tarihinde boşanmışlar, davacı annenin de isteğiyle müşterek çocuklar 1997 doğumlu Suelnur ile 1999 doğumlu Şevvalnur'un velayetleri davalı babaya verilmiş, çocuklarla anne arasında kişisel ilişki: Her yıl 22 Aralık - 5 Ocak, 1 Temmuz - 31 Ağustos tarihleri arasında, tarafların hazırladıkları yazılı protokole uygun olarak düzenlenmiştir. Boşanma davası sırasında dinlenen davacı T., bir buçuk yıldır eşiyle ayrı yaşadıklarını, çocuklarının da davalı ile birlikte Almanya'da yaşadıklarını belirtmiştir. Boşanma kararı temyiz edilmeyerek 27.02.2004 tarihinde kesinleşmiştir.

Temyize konu dava, boşanma kararından yaklaşık altı ay sonra açılmıştır.

Mahkemenin görevlendirdiği psikolog, pedagog ve sosyal

hizmet uzmanından oluşan bilirkişiler kurulu 13.09.2005 tarihli raporlarında; çocukların anneleriyle kişisel ilişki kurmaları için Almanya'dan Türkiye'ye getirdiklerinde yaptıkları görüşmede; "çocukların gelişimlerinin akranlarıyla eşdeğerde olduğunu, Almanya'daki yaşamlarıyla ilgili herhangi bir olumsuz söylemde bulunmadıklarını" açıklamışlardır.

Alman Gençlik Dairesinin 7.6.2006 tarihli "yüksek sosyal pedagog" imzalı raporunda da; çocukların Almanya'da kaldıkları ev, ortam incelenip gerekli görüşmelerin yapıldığı belirtilerek çocukların okulda başarılı olup, sportif, sanatsal aktivitelerinin bulunduğu, babalarının yanında kendilerini mutlu hissettikleri, velayet haklarının bu nedenle babaları üzerinde kalması yönünde kanaat açıklanmıştır.

Dosyadaki tüm kanıtlar birlikte değerlendirildiğinde; çocukların uzun zamandır babaları yanında yaşadıkları, velayetin kaldırılması (TMK. md. 348)koşullarının gerçekleşmediği anlaşılmıştır. Usulüne uygun olarak açılan "kişisel ilişkinin değiştirilmesi" davası da bulunmamaktadır. Davanın reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırı olduğundan bozulması gerekmiştir.

KARŞI OY :Davacı tarafından 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre velayetin "yeniden düzenlenmesi" konusunda dava açıldığı ve dava konusu çocuğun bir "temsil kayyımı" tarafından temsil edilmeden karar verildiği konusunda değerli çoğunluk ile aramızda "görüş birliği" vardır. Çekişme nedir?;

Velayetin "yeniden düzenlenmesine" yönelik davalarda dava konusu çocuk bir "temsil kayyımı" tarafından "usulüne uygun biçimde" temsil edilmeden işin esasının incelenebileceğine yönelik değerli çoğunluğun düşüncesine katılmıyorum. Velayet ilişkisinde "iki taraf" (Ebeveyn ve çocuklar)söz konusudur. (BAKTİR/ÇETİNER, Velayet Hukuku, s. 32) Velayet, küçüklerin ve bazı durumlarda kısıtlı çocukların gerek kişiliklerinin gerek mallarının korunması ve onların temsili konusunda yasanın ana babaya yüklediği ödevler ile bu ödevlerin gereği olan hakların "tümünü" ifade eder.(Ömer Uğur GENÇCAN, Boşanma Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, Kısaltma: GENÇCAN-Boşanma-2, s. 843)

Temsil kayyımı ise bir kimseyi belirli bir iş yada birden fazla işte "temsil etmesi" için atanan kişiyi ifade eder. (OĞUZMAN/DURAL, Aile Hukuku, İstanbul-1994, s. 510)

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 183 hükmüne ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hakim, resen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alacağı gibi çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınmaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hakim 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 348 hükmünde yer alan hallerde velayetin kaldırılmasına da karar verir.

Velayet, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme hükümleri ile de ana baba yararına değil "çocuk yararına" bir hak olarak kabul edilmiştir. (BAKTİR/ÇETİNER, Velayet Hukuku, s. 46)

Velayet ilişkisinin yeniden düzenlenmesinde bu sebeplerle "çocuğun yararı" göz önünde tutulmalıdır. (ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 472, Lüchinger/Geiser, Art.157, nr. 13, BGE 118 II 23)

Velayet, ana-babaya bırakılan denetimsiz bir hak olmaktan

çıkarılmış, kamusal niteliği olan bir hak olduğundan bu hakkın kullanımı "denetlenmektedir". (BAKTİR/ÇETİNER, Velayet Hukuku, s. 19)

Velayetin kötüye kullanılması halinde çocuğu korumak üzere alınabilecek "en radikal", "en etkin" önlem ve bu anlamda "son çare" ise velayetin kaldırılmasıdır. (Rona SEROZAN, Çocuk Hukuku, İstanbul-2005, s. 292.)

Velayete ilişkin dava "çocuğun güvenliğini" doğrudan ilgilendiren bir dava olup velayet kendisinde bulunan davalının her zaman çocuğun yararına davranmayacağı şu veya bu gibi düşüncelerle çocuk aleyhinde birleşmesi ve onun zararına bir durum yaratması davanın açılış sebebi göz önüne alındığında olası olduğundan çocuğun "davalı tarafından temsil edilmesi" son derecede sakıncalıdır.

Dava konusu çocuk ile yasal temsilcisi davalı arasında menfaat çatışması vardır. (TMK. m. 426 b. 2). Zaten çocuk yönünden "işler yolunda gitmediğinden" bu sebeple velayetin "yeniden düzenlenmesi" için dava açılmıştır/açılmak zorunda kalmıştır.

O halde "velayetin yeniden düzenlenmesi" davasında; dava konusu çocuğa bir temsil kayyımı atanmalı, temsil kayyımı davaya katılmalı, temsil kayyımı tarafından gösterildiği takdirde delilleri toplanarak sonucu uyarınca bir karar verilmelidir.

Hükmün bu gerekçe ile bozulması görüşünde olduğumdan değerli çoğunluğun "farklı görüşüne" katılmıyorum....(Yargıtay 2. H.D., E. 2006/15824, K.2006/18407, 26.12.2006)

3.1.2.3. Kardeşlerin ayrılması

Ortak çocuklardan en az birinin velayetinin, boşanan taraflardan her birisine bırakılması sonucu kardeşlerin birbirlerinden ayrılmasının çocukların boşanma sonrası uyumu açısından olumsuz sonuçlar doğuracağı öngörüsü geniş ölçüde kabul bulmaktadır. Çocukların birbirlerinden ayrılmaları neticesinde doğabileceği varsayılan olumsuz sonuçlardan bazıları; çocuğun kardeş desteğinden yoksun kalması, boşanma stresi altında büyük bir kardeşin bakım ve desteğinden yoksun kalma ve sağlıksız ebeveyn çocuk ittifaklarını teşvik etme olarak kabul edilmektedir. Zaten dağılmış olan ailenin daha fazla bölündüğü ve genellikle yoğun bir fiziksel ve duygusal erişimi gerektiren kardeşlik bağlarının gelişiminin sekteye uğradığı savunulmaktadır. Kardeş desteğinin, evliliğin sona ermesinden kaynaklanan olumsuz etkilere karşı, özellikle de daha büyük yaşlardaki çocuklar için boşanmanın son safhalarında tampon etkisi gördüğü belirtilmektedir. Kardeşlerin boşanmadan sonra bir arada kalmaları, ailenin yeniden düzenlenmesi sürecinde bir süreklilik unsuru olarak görülmektedir. Kardeşlerin ayrılması halinde, çocukların yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarının etkili olduğu görülmektedir. Yaşı büyük çocukların ayrılmasına daha fazla rastlanırken, çocuklar genellikle aynı cinsiyetten ebeveynin yanında kalacak şekilde ayrılmakta ve aynı cinsiyetteki kardeşler daha çok bir arada

bırakılmaktadır. Ayrıca, çocukların en azından birinde davranış bozukluğu bulunduğu durumlarda da çocukların ayrılmasına daha fazla rastlandığı belirtilmektedir. Babalara genellikle yaşı daha büyük çocukların velayeti bırakılmaktadır. (Drapeau (et. al.) 2001: 82, Hawthorne, 2000: 16-17, Jennings&Howe, 2001:92)

Sayılan tüm olumsuzluklara rağmen, teoride; kardeşlerin velayetlerinin ayrılmasına karşı yöneltilen ve tutarsız delillere dayandığı savunulan itirazların, daha çok bu ilişkilerin idealize edilmesinden kaynaklanıyor olabileceği de öne sürülmektedir. Kardeşlerin ayrılmaları nedeni ile yaşayabilecekleri varsayılan olumsuzlukların, aslında boşanma sürecinden kaynaklanıyor olabileceği ya da diğer velayet belirlemelerinde de görülebileceği savunulmaktadır. Ayrıca, karşılaşılan olumsuzluklarda, ana-babanın ruhsal sağlık durumlarının daha etkili olduğu iddia edilmektedir. Çocukların velayetlerinin anne ve baba arasında paylaşılmasının; babaların, çocuklarının yetiştirilmesinde oynadığı roldeki artış ve ailelerde bazen karşılaşılabilecek farklı ebeveyn çocuk bağlılıklarının dikkate alınması bakımından yararlı olabileceği iddia olunmaktadır. (Hawthorne, 2000: 16-17)

Aşağıda yer alan Yargıtay karar örnekleri, yüksek mahkemenin, kardeşlerin birbirlerinden ayrılmasının olumsuz sonuçlar doğuracağı yönündeki genel kabulüne örnek teşkil etmektedir. Dosya üzerinden incelemeye dayanılarak varılan kararlar, davaya konu ailenin özel koşullarının bu genel kabulü karşılayıp karşılamadığı hususunda doğabilecek şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte görünmemektedir. Delillere doğrudan temas eden ilk derece mahkemesi takdirini oluştururken; çocukların içinde buldukları koşulları ve ayrı kalmalarının üzerlerinde yaratacağı etkiyi tespit etme konusunda daha avantajlı olduğu görülmektedir.

....Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 1994 doğumlu M. ile 2000 doğumlu A. 'un Türk Medeni Kanununun 182, 336/2 maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırı olduğu gibi kardeşlerin birbirinden ayırması da onların bedeni ve fikri gelişimlerine olumsuz etki yapacağından 1991 doğumlu Z. ile 1992 doğumlu N. 'inde velayetinin de anneye verilmesi gerekir....(Yargıtay 2. HD, E. 2003/5117, K. 2003/7292, 15.05.2003)

....Sadece ekonomik olanaklar göz önüne alınarak velayet düzenlemesi yapılamaz. Velayet düzenlemesinde asıl olan çocuğun güvenliği ve menfaatidir. Kardeşlerin birbirlerinden ayrılması, onların ruhsal açıdan gelişmelerini engelleyici niteliktedir. 15.09.1998 doğumlu E.'nin de velayet hakkının anneye verilmesi gerekirken, yazılı şekilde

hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. (Yargıtay 2. HD, E. 2006/1921, K.2006/8566, 31.05.2006)

2-Müşterek çocuklardan E. 18.03.2000 E. ise 26.08.1993 doğumludur. Çocukların birbirlerinden ayrılmaları onların fikri ve bedeni gelişmelerini olumsuz etkileyecek niteliktedir. E.'nin velayetinin de anneye verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir....

....Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. (Yargıtay HGK, E. 2003/314, K. 2003/306, 30.04.2003)

3-Babanın esrar bağımlısı olduğu toplanan delillerle belirlenmiştir. Velayet düzenlenmesinde asıl olan küçüklerin menfaatidir. Kaldı ki kardeşlerin birbirinden ayrılması da onları ruhi yönden etkileyecektir. Bu durumda küçük B.'in velayet hakkının da anneye verilmesi gerekirken babaya verilmesi kamu düzenine aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. (Yargıtay 2. HD, E. 1999/13809, K.1999/1215, 17.02.1999)

....Çocukların birbirinden ayrılmaları kardeşlik bağları ve gelişmeleri yönünden olumsuz etki yapar. Ana yanında katmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç D ve K'nin babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır... (Yargıtay 2. HD, E. 1999/13459, K. 1999/1037, 12.02.1999)

3.1.2.4. Çocuğun Yaşadığı Çevre ve Alıştığı Ortam

İnsan gelişimi; bedensel, zihinsel, duygusal ve sosyal boyutları olan karmaşık bir süreçtir. Kalıtsal özellikler ve çevresel faktörlerin karşılıklı etkileşimi tarafından şekillendirilen bu süreçte genetik etmenler çocuğun potansiyeli üzerinde belirleyici iken çevresel etmenler, bu potansiyelin değerlendirilmesi ile ilişkilidir. İçinde yaşanılan toplumda bulunan ve kişileri etkileyen tüm canlı ve cansız varlıklar dış çevreyi oluşturur. Çevre, çocuğun toplumsal gelişimi üzerinde önemli etkiye sahiptir. Bu noktada yaşamın ilk yılları ve ergenlik özellikle dikkat edilmesi gereken dönemlerdir. Çocuğun beslenmesi, sağlığının korunması, motor becerilerinin olgunlaşması ailenin sosyal, ekonomik ve kültürel düzeyi ile yakından ilgilidir. Ana ve babalarının boşanmasını deneyimleyen çocukların, çeşitli olumsuz gelişimsel sonuçlara maruz kalma riski altında bulunduğu büyük ölçüde kabul gören bir husustur. Her durumun kendine özgü olduğu ve dikkate alınması gereken bileşenlerin fazlalığı nedeni ile boşanmanın çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerini ölçmek

amacıyla yapılan araştırmalardan yola çıkararak, bu etkileri tüm açıklığı ile ortaya koyacak ve tüketicici Şekilde belirleyecek bir tanıma ulaşmak mümkün değildir. Çocukların ve ergenlerin iyiliği konusunda, aile yapısından çok her aile tipinin geçirdiği süreçlerin etkili olduğu savunulan bir görüştür. Boşanma, ncesi ve izleyen süreç ile bir bütün olarak ele alınmalıdır. Boşanma neticesinde maddi anlamda doğabilecek sıkıntılar; ev değişikliği ve okul değişikliği çocuklarda duygusal sorunlara ve davranış bozukluklarına neden olabilecektir. (Lansford, 2009: 14-147, Yalçın, 2006: 25,26,30, Yiğit, 2009:4,13)

Çocuğun sağlıklı gelişimi bakımından çevresel faktörlerin etkisinin büyüklüğü göz önünde bulundurulduğunda, velayetin tespitine ilişkin yargılamalarda; çocuğun yaşadığı ortamın değişmesinin, okul ve içinde bulunduğu diğer sosyal ortamlardan kopuşun doğurabileceği etkilerin dikkate alınması gerekliliği önem kazanmaktadır. Aşağıda sunulan Yargıtay karar örneklerinde yüksek mahkeme; hakimnin velayetin tespitine ilişkin takdirinin oluşması bakımından çevresel faktörlerin dikkate alınması gereğine işaret etmektedir. Çocuğun ana ve baba dışındaki diğer akrabaları ile ilişkileri, okul hayatı, kısaca tüm fiziksel ve sosyal çevresinin velayetin belirlenmesine ilişkin karar çerçevesinde ele alınması, takdirin kullanılmasına ilişkin olası keyfilik Őphelerini bertaraf edeceği gibi kanun yoluna başvurulma ihtimalini de azaltabilecektir.

....Somut olayda Medeni Kanununun 274. madde Şartları gerçekleşmemiş ise de, babanın başkası ile evlendiği bu evlilikten iki çocuğunun olduğu, iş yerini İstanbul'a taşıdığı toplanan delillerle anlaşıldığından çoğun içinde azın da var olacağı ilkesi ve özellikle Medeni Kanununun 149. maddesi hükümlerine göre hakimnin re'sen çocukların bedeni, fikri ve ahlaki gelişimini dikkate almak suretiyle onların menfaatine uygun tedbirleri alması gerekir....

...Yukarıda açıklanan ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen zel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. (Yargıtay HGK, E. 2001/430, K. 2001/432, 23.05.2001)

....Taraflar arasındaki "boşanma (velayet)" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; G. A. Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 24.12.1996 gün ve 1996/120-506 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi zerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 23.2.1998 gün ve 1998/66 - 1989 sayılı ilamı; (... Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki, gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, Şefkatine muhtaç R. 'in babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna

aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir....
....SONUÇ : Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı (BOZULMASINA), oy çokluğu ile karar verildi.
KARŞI OY YAZISI: Boşanmanın önemli hukuksal sonuçlarından biri de, Medeni Kanununun 148/1. maddesi uyarınca müşterek çocukların velayetlerinin, eşlerden hangisine bırakılacağı belirlenmesidir. Taraflar arasındaki boşanma davası, şiddetli geçimsizliğe dayalı olarak sonuçlanmıştır. Boşanma davasında açıklanan gerekçeye göre, davalı kadının evliliğin devam ettiği süre zarfında gerekli sadakati göstermemesi, olumsuz davranışlar göstermesi nedeniyle şiddetli geçimsizliğe sebebiyet vermesi sonucu mahalli mahkeme boşanmaya karar vermiştir. Davalının olumsuz davranışları özel dairece de kabul edilerek boşanma kararı onaylanmıştır. Boşanma kararının verildiği tarihte müşterek çocuk 3 yaş civarında, Hukuk Genel Kurulunca direnme kararının incelendiği tarihte ise, 5 yaşını doldurup 6'ncı yaşa girmiş bulunmaktadır. Tarafların evlenmelerini müteakip birlikte davacının anne ve babası ile ikamet ettikleri anlaşılmaktadır. Müşterek çocuk, baba tarafından dedesi ve babaannesi yanında kalmakta, onların bakım ve şefkati altındadır. Davalı annenin olumsuz yaşantı içerisinde olduğu gerek davacı tanıklar gerekse kendisinin dinlettiği tanıklarınca ifade edilmiştir. Küçüğün halen bulunduğu ortamda ruhen ve sağlık yönünden olumsuz bir halinin olduğu konusunda hiçbir delil olmadığı gibi söylenti de yoktur. Mahkemece velayet kendisine bırakılan davacının İzmir'de çalışmış olması, küçüğün bakım ve gözetiminin davacının babası ve annesi tarafından yeterince yerine getirilmediğini göstermez. Böyle bir iddia da yoktur. Bilindiği gibi hakim boşanma kararı vermesi halinde, çocukların gerçek yaşantılarını, yararlarını ve durumun özelliğini göz önünde tutarak velayetin hangi tarafça kullanılacağına karar verir. Mahalli mahkemenin tarafların konumunu, mahalli örf ve adetleri birlikte değerlendirilerek takdir yetkisini kullanarak, küçük için gerek şu andaki bulunduğu ortamı gerekse ilerideki hak ve menfaatlerini göz önüne alarak velayetin evlilik devam ettiği sürece davalı eşine karşı hiçbir olumsuz davranışı olmayan davacıya bırakmasında isabetsizlik yoktur. Bu nedenlerle mahalli mahkemenin velayete yönelik kararının onaylanmasını düşündüğümden sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum. (Yargıtay HGK, E. 1999/2-157, K.1999/165, 17.03.1999)

....2-Müşterek çocuk A.'in velayeti, sağlık durumuna göre tedavi ve eğitim olanakları gözetilerek davacı-davalı babaya bırakılmıştır. Karar tarihinden sonra davalı-davacı anne müşterek çocuğun tedavi ve eğitim imkanlarının bulunduğu Düzce'ye tayin olmuştur. Velayet kamu düzenine ilişkindir. Müşterek çocuk A. 01.01.2007 doğumlu olup yaşı gereği anne bakım ve ilgisine muhtaçtır. Davalı-davacı annenin çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişimine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı bir delil de bulunmamaktadır. Velayetin anneye verilmesi çocuğun yararına olduğundan kararın bozulması gerekmiştir...),
Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir....
....Mahkemece, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında davacı-karşı davalının bir kusurunun bulunmadığı, kusurun davalı-karşı davacı kadında olduğu, küçük çocuğun özel eğitime olan ihtiyacı ve bu

ihtiyacın babasının bulunduğu Düzce ilinde sağlanabileceği, davalı-karşı davacının bulunduğu yerin küçük çocuğun ihtiyacını ve tedavisini sağlamaya elverişli bulunmadığı, müşterek çocuğun menfaati dikkate alınarak velayetin davacı babaya verilmesi gerektiği? gerekçesiyle tarafların boşanmalarına, velayetin davacı babaya verilmesine, maddi ve manevi tazminat ile nafaka istemlerine ilişkin davalı kadının karşı davasının ise reddine dair verilen karar davalı-karşı davacı kadın vekili tarafından temyiz edilmiştir. Bu arada, davalı-karşı davacı kadın, Erzurum ili, ? ilçesi, ? köyündeki okulda öğretmen olarak görev yapmakta iken tayin talebinin ilgili merci tarafından uygun görülmesi üzerine, Düzce il merkezindeki bir okulda öğretmen olarak görevlendirilmiş; davalı kadın vekili, anılan ve yeni gelişen bu maddi olgunun temyiz incelemesi sırasında dikkate alınması amacıyla müvekkilesinin görevlendirilmesine ilişkin belgeyi de temyiz dilekçesine ek olmak üzere Yargıtay Özel Daire'sine sunmuştur. Yüksek Özel Daire'ce, yukarıda başlık bölümünde yazılan nedenlerle, sair yönleri itibariyle onanan hüküm, velayet yönüyle davalı kadın yararına bozulmuştur....

....Öncelikle belirtilmelidir ki; velayet, ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri içerir.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocukların şahıslarına bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu noktada; çocuğun, eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlak sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunan ana ve babanın, sayılan tüm bu unsurlar yönünden çocuğa örnek teşkil etmeleri, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimine ilişkin tüm önlemleri almaları gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır.

Bilindiği üzere; ergin olmayan çocuk ana babasının velayeti altındadır. Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Ancak boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte evlilik birliği sona erdiğinden velayetin beraberce kullanılma olanağı kalmamaktadır.

Bu durumda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 336. maddesi uyarınca, ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmiş ise hakim, velayeti eşlerden birine verebilir. Velayet ana babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.

Ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Eş söyleyişle, velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır. Bu nedenle, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimini engelleyen ve süreklilik arz edeceği anlaşılan her olay, tehlikenin büyüklüğü, doğuracağı onarılması güç sonuçlar değerlendirilerek ele alınmalı ve neticeye varılmalı; velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde öncelikle çocuğun yararı göz önünde tutulmalıdır.

Bu kapsamda, tarafların çocuğunun cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, kimin yanında okumakta olduğu, talepte bulunanın çocuğun eğitim durumu ile ilgilenip ilgilenmediği, sağlığı, sağlık durumuna göre tedavi olanaklarının kimin tarafından sağlanabileceği gibi

özel durumuna ilişkin hususlar göz önünde tutulmalıdır. Velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde ana babadan kaynaklanan özelliklerin de dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu nedenle, mahkemece çocuğu başkasına bırakma, ihmal etme, kaçırma, iradi olarak terk etme, yönlendirme hususları ile tarafın velayet talebinin olup olmaması, şiddet uygulaması, sadakatsizliği, ekonomik durumu, mesleği, yaşadığı ortam, kötü davranışı, alkol bağımlılığı, sağlığı, dengesiz davranışları dikkate alınmalıdır. Mahkemece, açıklanan özellikler yanında mümkün oldukça çocuğun alıştığı ortamın değiştirilmemesine, kardeşlerin ayrılmamasına özen gösterilmeli, velayetin verileceği taraf yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olup olmayacağı yönünde ciddi ve inandırıcı delil olup olmadığı veya hemen meydana gelecek tehlikenin varlığının ispat edilip edilemediği hususları da mutlaka değerlendirilmelidir.....

...Yukarıdaki açıklamaların ışığında somut olay değerlendirildiğinde Davalı-karşı davacı kadının, Erzurum ili, ? ilçesi, ? köyündeki okulda öğretmen olarak görev yapmakta iken tayin talebinin ilgili merci tarafından uygun görülmesi üzerine, Düzce il merkezindeki bir okulda öğretmen olarak görevlendirildiği; davalı kadın vekili, anılan ve yeni gelişen bu maddi olgunun temyiz incelemesi sırasında dikkate alınması amacıyla müvekkilesinin görevlendirilmesine ilişkin belgeyi de temyiz dilekçesine ek olmak üzere Yargıtay Özel Daire'sine sunduğu anlaşılmaktadır.... Çocuğun velayetinin davacı babaya mı yoksa davalı anaya mı verilmesinin daha yararlı olacağı konusunda yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde tüm deliller birlikte değerlendirilip, bu konuda Yargıtay denetimine elverişli olarak uzman raporu da alınarak sonucuna göre, velayetin düzenlenmesinde çocuğun yararına olacak şekilde bir düzenleme yapılarak bir karar verilmelidir. Yukarıda açıklanan değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı yerel mahkeme direnme kararı bozulmalıdır... Yargıtay HGK, E. 2012/794, K. 2013/310, 06.03.2013)

...Taraflar arasındaki velayetin tayini davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Tarsus Birinci Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 22.4.1977 gün ve 194-198 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 7.11.1977 gün ve 7657-7708 sayılı ilamıyla, (Velayet düzenlenirken her yönü ile gözetilmesi zorunludur. Yaş küçüklüğü çocuğun ananın yanında kalması için başlı başına bir sebep değil ama, makul gerekçe olabilir. Dosyadan anlaşıldığı üzere davalı annenin mali durumu hiçte iyi olmayan anne ve babasının yanına gitmiş olması ve Sakine'yi de yanına alması doğru değildir. Velayeti anneye verilen Sakine bilinç çağına girmek üzeredir. Anasının sıkıntılı çevresinden alınarak, ablası Zehra ile birlikte, anaya göre babanın oldukça geniş olan mali olanaklarından yararlanmasını temin için velayetinin babaya verilmesi icap eder) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına dosyadaki kâğıtlara dayandığı gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulunca de benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı

bozulmalıdır. (Yargıtay HGK, E. 1978/179, K. 1978/677, 16.06.1978)

3.1.2.5. Uzman Görüşünün Alınması

6100 Sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun 266. maddesinin 1. fıkrasına göre, çözümü hukuk dışındaki bir alana ilişkin özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda Mahkeme kendiliğinden ya da taraflardan birinin talebi üzerine bilirkişi oy ve görüşüne başvurabilecektir. Bilirkişinin oy ve görüşü, Kanunun 282. maddesi uyarınca, diğer deliller ile birlikte hakim tarafından serbestçe değerlendirilecektir. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5. Maddesi Aile Mahkemesi bünyesinde görev yapacak uzmanları düzenleme konusu yapmaktadır. Maddeye göre her aile mahkemesi bünyesinde; dava konusu uyuşmazlıklar hakkında, davanın esasına girilmeden veya esasen inceleme sırasında, mahkemenin isteği üzerine araştırma ve inceleme yaparak sonuç bildirecek, mahkemenin gerekli görmesi halinde duruşmalarda hazır bulunacak, istenilen konularda çalışmalar yapıp görüş bildirecek ve mahkeme tarafından verilecek diğer görevleri yerine getirecek birer psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı atanacaktır.

4878 Sayılı Kanun, Aile mahkemesinde görev alacak uzmanların hukuk yargılamasındaki statülerine ilişkin bir tanımlama getirmemektedir. Öğretide, bu uzmanların bilirkişi konumunda buldukları savunulmaktadır. Aile mahkemelerinde bu uzmanlardan bulunmaması, iş durumlarının uygun olmaması ya da görevin onlar tarafından yerine getirilmesinde hukuki veya fiziki bir engel bulunması ya da başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması halinde başka kamu kurumlarında ya da serbest olarak çalışan başka uzmanların görüşlerine de başvurulması mümkündür. (Aras, 2007:168,169)

Uzman görüşüne başvurulması, çocuğun üstün yararının somutlaştırılması açısından yararlı bir araç olarak görülmektedir. Uzman değerlendirmesine, zayıf ebeveynlik, aile içi şiddet, yabancılaştırma, çocuğa kötü muamele, madde kullanımı ve akıl sağlığında bozuklukluk iddiaları da dahil olmak üzere bir uzman görüşüne başvurulmasını gerekli kılan birçok konuda başvurulabilmektedir. Davranış değerlendirmeleri bakımından uzmanlığa; çocuk gelişimi, ebeveyn çocuk bağları, ebeveynlik icraatları, kardeş ilişkileri ve aile sistemleri alanlarında ihtiyaç duyulmaktadır. Uzman değerlendirmelerinin güvenilirliğini arttırmak amacıyla, bazı

standartlar belirleyen kılavuzlar oluşturulması mümkündür. Buna rağmen, mahkemelere yol gösterecek önerilerde bulunabilmek için geçerli ve yeterli yöntemlerin varlığı konusunda yeterli bilimsel kanıt bulunup bulunmadığı hususu da tartışmalıdır. Öğretide, uzman görüşünden yararlanmanın çocuğun üstün yararı ilkesinin kökleşmesine katkıda bulunduğu ve uzman görüşünün mahkemeye rehberlik edeceği varsayımının ilkenin açık ve dirençli sorunlarını gizlediği görüşü de savunulmaktadır. Eleştiriler, eğitilmiş uzmanların azlığı, hakimlerin teknik raporları değerlendirebilme yetkinliği konusunda yeterli eğitime sahip olup olmadıkları ve çocuklar ve ebeveynler ile ilgili yetkin değerlendirmelerde bulunulmasına dayanak sağlayacak sağlam psikolojik ve psikiyatrik çalışma sonuçlarının bulunup bulunmadığı noktalarında yoğunlaşmaktadır. (Bradbrook, 1971: 404, Saini&Polak, 2014: 182)

Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilen bir çalışmada görüşüne başvurulmuş bir hakim, “Aile mahkemelerinde uzmanların yer alması iyi bir yaklaşımdır. Özellikle aile hakiminin velayet hususunda vicdani kanaatinin oluşmasında uzmanların olumlu katkılarının olduğu söylenebilir.” şeklindeki ifadesi ile uzman görüşünün, çocuğun üstün yararının tespitine ilişkin takdirin oluşmasındaki olumlu katkısına dikkat çekmektedir. (Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, 2009:112)

...Taraflar 15.03.2001 'de anlaşarak boşanmış, müşterek çocuk 23.08.1999 doğumlu H.'nin velayeti babaya bırakılmıştır. Küçüğün bu tarihten beri de babanın velayetinde kaldığı anlaşılmaktadır. Babanın velayet görevini yerine getirmediği veya kötüye kullandığını gösterir herhangi bir delil getirilememiştir. Hükme esas alınan 8.1.2004 günlü raporda velayetin değiştirilmesini haklı kılacak maddi bir hadiseye dayandırılmamıştır. (MK. md. 348, 349) Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.... (Yargıtay, 2. HD, E. 2004/7321, K. 2004/8256, 22.06.2004)Davacı, 31.12.2008 tarihinde kesinleşen boşanma kararı ile velayetleri davalıya bırakılan müşterek çocuklar S. ve E.'in velayetlerinin kendisine verilmesi istemiyle dava açmış, mahkemece davanın reddine dair hüküm Dairemizin 26.12.2011 tarih ve 2011/12442 esas, 2011/23520 karar sayılı kararı ile onanmıştır. Müşterek çocuklardan Seda 1997 doğumlu, E. ise 2000 doğumlu olup, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi uyarınca velayete ilişkin alınan uzman raporundan da anlaşıldığı üzere küçükler velayetlerinin annelerine verilmesini istemişler ve bilirkişi de küçüklerin velayetlerinin annelerine verilmeleri yönünde görüş bildirmiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. , Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6.

maddeleri de dikkate alınarak küçüklerin velayetlerinin annelerine verilmesi gerekirken, bu yöndeki talebin reddi doğru görülmemiştir. Ne var ki ilk inceleme sırasında bu husus gözden kaçırılmış olduğundan yukarıda açıklanan sebeplerle karar düzeltme talebinin kabulüne, Dairemizin 26.12.2011 tarih ve 2011/12442 esas, 2011/23520 karar sayılı onama kararının kaldırılmasına, hükmün açıklanan sebeplerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir...

KARŞI OY :Mahkeme kararında ve Dairemizin onama kararında yazılı gerekçelerle karar düzeltme talebinin reddi gerektiği kanaatiyle değerli çoğunluğun görüşüne katılmıyorum. (Yargıtay, 2. HD E., 2012/5038, K. 2012/8555, 05.04.2012)

...2- Tarafların müşterek çocuğu Yağmur, 1990 doğumlu olup, 15 yaşındadır. Kız çocuğudur ve dava süresince babasıyla beraber babaannesinin yanında kaldığı anlaşılmaktadır. Davalı babanın alkol bağımlısı olduğu, bu yüzden Amatem'de iki kez yatarak tedavi gördüğü, annenin ise evli bir erkekle beraber yaşamaya başladığı toplanan delillerle gerçekleşmiştir. Çocuk, görüşlerini açıklama olgunluğuna sahiptir. 18.01.2001 tarihli 4620 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunan ve Bakanlar Kurulu'nun 12.03.2002 tarihli 2002/3910 sayılı kararıyla onaylanarak yürürlüğe konulan "Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi" iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen çocuklara, kendilerini ilgilendiren davalarda, dava ile ilgili tüm bilgileri almak, kendisine danışılmak ve kendi görüşünü açıklamak olanağının sağlanması hakkını tanımıştır (Söz. md.3). Bu bakımdan çocuğun dinlenmesi ve görüşünün alınması, gerektiğinde, velayet düzenlemesine esas olmak üzere, bilirkişilerden mütalaa alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hâsıl olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme ile velayetle ilgili yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.... (Yargıtay, 2. HD E. 2005 / 12496, K. 2005 / 15273, 08.11.2005)

...Velayet düzenlemesi yapılan ortak çocuklardan Sinem 2000 doğumlu olup, idrak çağındadır. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 4, 6 ve Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesinin 12. maddesi; çocukları ilgilendiren davalarda, idrak çağındaki çocuğun görüşünün alınacağı ve görüşüne gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Açıklanan sebeplerle velayet düzenlemesine konu her iki çocuğu da kapsayacak şekilde idrak çağında olan çocuğun görüşünün alınarak gerektiğinde uzman incelemesi yaptırılarak, velayet düzenlemesi yapılması gerekirken eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olup; bozmayı gerektirmiştir....(Yargıtay, 2. HD E., 2010/12050, K. 2011/12818, 20.07.2011)

....8.06.2008 tarihinde kesinleşen boşanma kararıyla müşterek çocuk 1999 doğumlu K.'nın velayeti anneye bırakılmış, davacı baba 12.11.2010 tarihinde velayetin kendisine verilmesi için bu davayı açmıştır. Velayet düzenlemesi yapılırken göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararı" (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md. 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md. 1) dir. Çocuğun üstün yararı belirlenirken onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları, ahlaki değer yaşamları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Toplanan delillerden velayet hakkı davalı

annede olmakla birlikte, annenin yeniden evlenmesi üzerine müşterek çocuk K.'nın davacı baba yanında kalmaya başladığı anlaşılmaktadır. Dosya içerisinde bulunan uzman raporu da çocuğun alıştığı ortamın değişmesinin uygun olmadığı ve kendi isteği de göz önüne alınarak velayetin babaya verilmesi gerektiği yönündedir. Bu nedenlerle davanın kabulü gerekirken reddi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.... (Yargıtay 2. HD, E. 2013 / 14210, K. 2014 / 186, 13.01.2014)

....Dava, velayetin değiştirilmesi istemine ilişkindir. Davacı D. vekili, 10.10.2006 harç tarihli dava dilekçesinde; Küçükçekmece Birinci Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 07.11.2002 tarihinde kesinleşen kararıyla tarafların boşandıklarını ve müşterek çocuklar; 05.02.1997 doğumlu İ. ile 15.02.1998 doğumlu U.'un velayetinin davalı babaya verildiğini, davalı babanın yeniden evlendiğini, işi olmadığını, alkol bağımlısı olduğunu, çocukları sık sık dövdüğünü, çocuklara iyi bakılmadığını, çocuklara davacının kendisi ve kardeşleri tarafından çok iyi bakılacağını ileri sürerek, çocukların velayetinin davalıdan alınarak davacı anneye verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı B., 26.12.2006 tarihli duruşmadaki ve aşamalarda beyanlarında; işi olduğunu, çocuklara iyi baktığını, ikinci evliliği yaptıktan sonra huzura kavuştuğunu, bu nedenle sadece arkadaş toplantılarında ara sıra alkol aldığını, davacının daha önce çocukları istemediğini, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Yerel mahkemece görevli uzmanlar psikolog A. ve Sosyal Hizmet Uzmanı H. tarafından düzenlenen müşterek rapora ve davacı tanık beyanlarına itibar edilerek; çocukların çevre ile uyum problemi olduğu, öğrenim hayatlarında başarısız oldukları, arkadaşları ile kavga ettikleri, davalının çocuklar ile yeteri kadar ilgilenmediği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Özel Daire'ce, yukarıda belirtilen gerekçe ile karar bozulmuş, mahkemece ilk hükümde direnilmiştir.

Davacı, davalının işi olmadığını, alkol bağımlısı olduğunu, çocukları sık sık dövdüğünü iddia etmiş ise de, bu iddialarının hiçbirisini ispat edememiştir. Aksine, davalının işi olduğu, davacı ile boşandıktan sonra içkiyi bıraktığı anlaşılmıştır. Çocuklarını bir defa dövdüğü bile ispat edilemediği gibi, davacı annenin küçük U.'u duvara çarptığı ve küçük İ.'e hamile iken zehir içtiği konusunda iddialar ileri sürülmüştür. Bu hususta delillerin de mevcut olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Ayrıca, velayetin değiştirilmesini isteyen davacı kadının müstakil bir evi yoktur. Evli ve iki çocuklu olan erkek kardeşi ile birlikte iki oda, bir salonda yaşamaktadır. Dava dilekçesinde kendisine kardeşinin yardım ettiğini ve ayrıca küçük çocuklara kardeşi ile birlikte bakacaklarını, çocuklarla kardeşinin karısının ilgileneceğini beyan etmiştir. Yine mahkemece hükme esas alınan uzman bilirkişi raporunda, sadece baba yönünden eleştiri getirilmesi, aynı şartları taşıyan davacı kadın yönünden hiçbir eleştiri yapılmaması nedeniyle, anılan rapora itibar edilmemiştir.

Taraflar anlaşmalı boşanmışlardır. O tarihte çocuklar çok küçük olup, anne şefkatine daha fazla muhtaç oldukları halde, davacı kadın çocukların velayetini almamış, davalı babaya bırakmıştır. Baba, çocuklara karşı hem babalık görevini, hem de annenin vereceği şefkati vermeye çalışmış, bunda da muvaffak olmuş ve çocukları sırasıyla 10 ve 11 yaşlarına getirmiştir. Davacı babanın ikinci eşi de, bu hususta davacıya yardımcı olmuştur. Davacı anne ise, uzunca bir süre çocukları görmeye

bile gitmemiş, ihtiyaçları ile hiç ilgilenmemiştir. Çocuklar büyüdüktan sonra, yasanın aradığı hiçbir neden yokken velayetin babadan alınmasına karar verilmesinin büyük bir haksızlık olacağı açıktır. Kaldı ki, davacı kadının imkanları davalı babadan daha fazla değildir ve çocuklara babadan daha fazla vereceği bir şey de yoktur. Direnme kararındaki açıklamaların aksine, dosya kapsamı gözetildiğinde, bozma ilamında yazılan gerekçelerde Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bir yön bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, bozma kapsamı dosya içeriğine uygundur.

Somut olayda, TMK 183, 348 ve 349. maddelerindeki şartlar oluşmamıştır. O halde, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince (BOZULMASINA), istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 17.09.2008 gününde, oy birliği ile karar verildi. (Yargıtay HGK E.2008/2-557, K. 2008/546, 17.09.2008)

Yukarıda sunulan Yargıtay karar örnekleri, Yüksek Mahkemenin, çocuğun yüksek yararının tespitine ilişkin takdirin oluşması bakımından uzman görüşüne verdiği değere işaret etmektedir. Mahkeme uzman görüşüne başvurulmamasını eksik değerlendirme sebebi olarak sayabilmekte ve uzman raporuna itibar edilmemesini de bozma sebebi olarak değerlendirebilmektedir. Mahkeme ayrıca, karara esas alınan bir uzman raporunun yeterliliğini de tartışma konusu yaparak, ilk derece mahkemesinin bu hususa ilişkin takdirini değerlendirme konusu yapabilmektedir.

Bir Aile Mahkemesinin 2005 ve 2007 yılları arasında verdiği velayet kararlarında yer alan uzman raporlarına ilişkin bir değerlendirme, uzman raporlarının; mümkün olduğunca fazla kaynaktan bilgi toplamak, ev ve okul ziyaretleri gerçekleştirmek, üçüncü kişilerden bilgi edinmek ve test uygulamaları konularında eksiklerinin bulunduğunu ortaya koymuştur. Raporda bu eksikliklerin meslek içi eğitim ve yol vb. giderlere ilişkin yasal düzenlemelerle aşılabileceği savunulmakta ve bu görüş Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü'nün 2009 yılına ait değerlendirmesi ile de desteklenmektedir. (Ziyalar ve Altuntaş, 2011:150, Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, 2009: 122-125)

Kanaatimizce, belli standartlara dayanan yetkin uzman raporları, hakimin, çocuğun üstün yararının belirlenmesine ilişkin takdirinin oluşmasında olumlu katkılarda bulunabilecektir. Uzman görüşünün, çocuğun üstün yararı standardının bünyesinde barındırdığı belirsizliği maskeleyen yönündeki eleştiri ise; her somut

olayın o somut olayın şartlarına uygun işlem yapılması, her çocuğun kendi özellikleri ve yaşam koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi gereklerinin önemi ve uzman görüşünün bu anlamdaki olumlu katkısı karşısında zayıf bir görünüm sergilemektedir.

SONUÇ

Bir çocuğun velayetinin belirlenmesinde hakim takdirini kullanmalı mıdır; yoksa doğru sonuca ulaşılmasını sağlamak maksadıyla oluşturulacak yasal normları mı takip etmelidir? Sorunun cevabı, takdir yetkisine ilişkin çeşitli bakış açıları tarafından farklı biçimlerde şekillendirilmektedir. Belirlemede tanınacak takdir yetkisinin tahmin öngörülemezliğe ve keyfiliğe sebep olabileceği kaygılarına; öngörülemezliğin kazanma şansı bulunduğu inandırdığı ana-babalrı dava açmaya daha fazla yönlendirebileceği kaygılarını da eklemek mümkündür. Öte yandan, çocukları ve aileyi ilgilendiren bir yargılamada herkes ve her koşul için uygulanabilir genel geçer kurallara ulaşabilmek de mümkün gözükmemektedir. Gerek ulusal ve gerekse de uluslararası düzeyde hakları tanınan ve gözetilen çocukları ilgilendiren bir yargısal karara ulaşmada esas alınacak bazı ilkeler kabul edilmiştir. Çocuğun üstün yararı ilkesi ana başlığı altında ele alınabilecek bu ilkeler, çocukların menfaatlerinin korunmasına güvence sağlama amacını taşımaktadır. Çocuğun üstün yararı gözetilerek yapılan yargılama sonucunda varılan karar hakimın takdirinin bir ürünü olduğu düşünülebileceği gibi, hukukun bir parçası olan bu ilkelerin tartılması ile oluşan, takdirden bağımsız bir hukuk tatbiki olarak da görülebilecektir. İlkenin, velayetin tespiti kararlarına esas alınmasının, bünyesinde barındırdığı belirsizlik ve hakime tanıdığı varsayılan geniş takdir yetkisi noktalarından eleştiriye uğradığı da bir gerçektir.

MK m. 182, velayetin belirlenmesi bakımından hakime takdir yetkisi tanımaktadır. Bu yetkinin çocuğun üstün yararı doğrultusunda kullanılması Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin 1. fıkrası gereğidir. Çocuğun velayetinin belirlenmesi konusunda hakime tanınan takdir yetkisi, üstün yarar ilkesi dayanağı ile birlikte ele alınması, hakimın omuzlarına bir kadı adaleti sağlama yükünün bırakıldığı kanaatine ulaşılmasının önüne geçmektedir. Hakim elbette çalışma alanına hakim ve yetkin olmalıdır. Kendisine yol gösteren ilkeler doğrultusunda, bilimin ve uzmanların yardımlarının da desteğini alarak karara

varması, hakimın yetkinliği ve kararın uygunluğu hususundan doğabilecek şüpheleri bertaraf edecektir.

Takdire dayanan bir kararın güvenilirliğinin sağlanması bakımından kanun yolu yargılamasının oynayacağı rol önemlidir. Kararın keyfilikten ve önyargılardan uzak, somut deliller ışığında ve çocuğun yararı gözetilerek alındığı hususundaki güven bu surette pekiştirilecektir. Ancak bu noktada ilk derece mahkemesi hakiminin delillere doğrudan temas etmesinden kaynaklanan değerlendirme avantajı daima göz önünde bulundurulmalıdır.

Ele aldığımız Yargıtay karar örneklerinde, genellikle çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişiminin referans noktası olarak kabul edilmektedir. Kararlarda, bedeni, fikri ve ahlaki gelişim bakımından değerlendirme, diğer değerlendirme noktaları ile birlikte dikkate alınabildiği gibi tek başına da karara esas alınabilmektedir. Değerlendirmede, çocuğun velayeti kendisine verilen tarafın yanında kalmasının çocuğun gelişimine engel olabileceğini gösterir ciddi ve inandırıcı delillerin ve olası yakın tehlikelerin varlığı üzerinde durulmaktadır. Kararlarda, sıklıkla ve genellikle aynı cümle kalıbı içinde kullanılmasına rağmen, çoğunlukla “ciddi ya da inandırıcı delillerin ve yakın tehlikeler”in neler olabileceğine değinilmemektedir. Bozma kararlarında genellikle, ya Yargıtay’ca yaşı itibarıyla annesinin yanında kalması gerekli görülen çocuğun velayeti babada bırakılmaktadır ya da daha az rastlanmakla birlikte baba ile birlikte yaşamasına rağmen çocuğun velayeti ilk derece mahkemesi tarafından anneye bırakılmaktadır.

Yargıtay’ın, ilk derece mahkemesinin çocuğun velayetin babaya bırakılması yönündeki kararlarını, çocuğun yaşı itibarıyla ana bakım ve şefkatine muhtaç olması gerekçesi ile bozduğu kararlarda, çocuğun gelişiminde annenin rolüne ağırlık veren duyarlı yıllar doktrininin benimsenmiş olduğu görülmektedir. Bu ilkenin benimsendiği kararlara sıklıkla rastlanmaktadır. Ancak, ana bakım ve şefkatine muhtaç kabul edilen çocukların yaş aralığı çeşitlilik arz etmektedir, bu konuda bir içtihat birliği bulunmamaktadır. Duyarlı yıllar doktrininin sorgulanmadan kabul edilip edilmediğine dikkat edilmelidir. Belli yaş dönemlerindeki çocukların velayeti yalnızca cinsiyet esasına dayalı bir önyargı çerçevesinde değerlendirilmemelidir Aynı yaşlardaki her çocuk aynı gelişim düzeyinde sahip değildir ve kendi çevresi içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, her davayı kendi şartları dahilinde

inceleyen ilk derece mahkemesinin bu yöndeki takdiri, açıkça hatalı görülmedikçe dikkate alınmalıdır.

Yargıtay'ın, ilk derece mahkemesinin velayete ilişkin kararlarını bozma gerekçelerinden biri olarak; “çocukların görüşüne başvurulmamış ya da çocukların görüşleri dikkate alınmamış olması”na sıkça rastlanmaktadır. Takdir yetkisinin kullanılması suretiyle ulaşılan sonuca keyfiyet ve önyargılardan uzak şekilde varıldığını delilleri ile ortaya koyarak belirsizlik şüphesinden sıyrılmak bakımından başta çocuğun görüşü olmak üzere ilgili tüm delillere başvurulması gerekli ve önemlidir.

Yargıtay, çocuğun yararını ön planda tutarak, ebeveynin yaşam tarzının; çocuğun yaşam ve gelişimi bağlamında ele alınması gereğine vurgu yapmaktadır. Ebeveynin yaşam tarzı ve davranışları toplumsal kabule uygunlukları bağlamında değil, çocuk üzerindeki mevcut ve olası etkileri bağlamında ele alınmaktadır. Hakimin velayetin belirlenmesi konusunda sahip olduğu geniş takdirini etkileyebilmek amacı ile taraflar birbirleri ve yaşantıları ile ilgili tüm detayları yargılama sürecine taşıyabilmektedir. Bu husus, gerçeklerin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunmakla beraber, çocuklar, ebeveynler ve boşanmaya ilişkin toplumsal algılar üzerinde çeşitli olumsuz etkiler doğurabilmektedir.

Yargıtay'ın, ana-babadan birinin, diğerinin ortak çocuk ile kişisel ilişki kurmasını engellemesinin çocuğun bedensel ve ruhsal gelişimini olumsuz olarak etkileyeceği yönündeki kararlarının yanında; kişisel ilişkinin engellenmesini velayete ilişkin kararı değiştirmeye yeterli bir sebep olarak görmediği kararları ile de karşılaşmaktadır. Her dava konusu olayın kendi şartları içinde değerlendirilmesi gereğinin bir sonucu olarak; diğer faktörler ile birlikte değerlendirilen kişisel ilişkinin engellenmesi durumunun velayete ilişkin takdirin oluşmasında ikincil faktör olarak kabul edilmesi doğaldır. Çocuğun, üstün yarar ilkesi gereğince, birincil bakım sağlayan ebeveyni ile istikrarlı ilişkisini sürdürebilmesi ya da bulunduğu çevreden ayrılmasının doğurabileceği olumsuz sonuçlardan korunması, diğer ebeveyni ile kuracağı ilişkiden ve bu ebeveynin ana-babalık duygularından öncelikli tutulabilecektir.

Boşanma neticesinde kardeşlerin birbirlerinden ayrılmasının olumsuz sonuçlar doğurması kabul gören bir ihtimaldir. Çalışmamızdaki karar özetleri,

Yargıtay'ın kardeşlerin birbirlerinden ayrılmasının olumsuz sonuçlar doğuracağı yönündeki genel kabulüne örnek teşkil etmektedir. Dosya üzerinden incelemeye dayanılarak varılan kararlar, davaya konu ailenin özel koşullarının bu genel kabulü karşılayıp karşılamadığı hususunda doğabilecek şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte görünmemektedir. Delillere doğrudan temas eden ilk derece mahkemesi takdirini oluştururken; çocukların içinde buldukları koşulları ve ayrı kalmalarının üzerlerinde yaratacağı etkiyi tespit etme konusunda daha avantajlı olduğu görülmektedir.

Yargıtay, hakimın velayetin tespitine ilişkin takdirinin oluşması hususunda dikkate alınması gerekli bir faktör olarak çevresel koşullara işaret etmektedir. Çocuğun ana ve baba dışındaki diğer akrabaları ile ilişkileri, okul hayatı, kısaca tüm fiziksel ve sosyal çevresinin velayetin belirlenmesine ilişkin karar çerçevesinde ele alınması, takdirin kullanılmasına ilişkin olası keyfilik şüphelerini bertaraf edeceği gibi karara yönelik kuşku azaltarak kanun yoluna başvurulma ihtimalini de düşürebilecektir.

Yargıtay, çocuğun yüksek yararının tespitine ilişkin takdirin oluşması bakımından uzman görüşüne değer vermektedir. Mahkeme uzman görüşüne başvurulmamasını eksik değerlendirme sebebi olarak sayabilmekte ve uzman raporuna itibar edilmemesini de bozma sebebi olarak değerlendirebilmektedir. Belli standartlara uygun hazırlanan uzman raporları, hakimın, çocuğun üstün yararının belirlenmesine ilişkin takdirinin oluşmasında olumlu katkılarda bulunabilecektir.

Tüm kişi ve durumları kapsayacak ve takdiri bertaraf edecek kuralların ihdas edilebilmesinin zorluğu karşısında ve çocuğun yüksek yararı ilkesinin belirsizliği iddialarına karşılık, yukarıda verilen Yargıtay karar özetlerinde sınırlandırıcı olmayacak şekilde bazı örnekleri sunulan standartları içeren, konularının uzmanı bilim insanları tarafından oluşturulacak rehberler vasıtasıyla, aile mahkemesi uzmanları ve bilirkişilerinin görüşlerinin hakimlere daha tutarlı ve istikrarlı birer veri kaynağı olması sağlanabilecektir.

Çocuğun ve ailenin toplumsal düzlemdeki yadsınamaz önemi karşısında, velayetin yargısal yollardan tespiti hususuna atfedilmesi gereken dikkat ve özen doğaldır. Bu nedenle, bu noktada hakime tanınan takdir yetkisi üzerine düşünülmesi yararlı ve gerekli görülmelidir. Hakimın takdir yetkisi, felsefî temelleri açısından ne

kadar tartışmalı olsa da, velayetin belirlenmesine ilişkin bir mahkeme kararının kişiler ve toplum üzerindeki etkilerinin üzerinde su götürmez bir fikir birliği bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akkurt S. S. (2010), *Çocuğun kişiliğinin korunması ve velayetin belirlenmesinde çocuğun menfaati olgusu*, Prof Dr. Rona Serozan'a Armağan, (Cilt I), içinde 91-120, İstanbul: On İki Levha
- Akı E. İ. (2008), *Amerikan hukuki realizmi çerçevesinde hukuki belirsizlik*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi) Anabilim Dalı
- Aktaş S. (2000), *Pozitivist hukuk kavramı üzerine eleştirel bir reaksiyon*, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4/1-2, 257-274
- Anleu R. S.(2012), *Law and social change*, London: Sage
- Anıl Y. Ş. (2013), *Hakimin takdir görevi ve takdirin sınırları*, İstanbul: Legal
- Aras B. (2007), *Aile mahkemelerinde yargılama usulü*, Ankara Barosu Dergisi, 65/2, 158-178
- Bajackson E.(2013), *Best interests of the child-a legislative journey still in motion*, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, 25, 311-356
- Baktır Çetiner S., *Yargı kararlarının hukuka uygunluğu*, 187-195, Erişim Tarihi: 23.03.2015, <http://www.etikturkiye.com/etik/cesit/Baktir.pdf>
- Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü (2009), *Türkiye'de Aile Mahkemesi Uygulamaları ve Uygulamaların Değerlendirilmesi*, Ankara: Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü
- Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü (2011), *Tek Ebeveynli Aileler*, Ankara: Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü
- Bekri M. N.(2014), *Gerekçeli karar hakkı*, Ankara Barosu Dergisi, 3, 203-228
- Bergara M.& Richman B.& Spiller T. P.(2003), *Modeling supreme court decision making:the congressional constraint*, Legislative Studies Quarterly, 28/2, 247-280

- Bilezikçi E., *Kirchmann ve Kantorowicz'in işaret ettiği "doğal hukuk"un pozitif hukuka etkisi*, Erişim Tarihi:17.02.2015,
www.umut.org.tr/Upload/Document/document_11%20Ekim-I-3.docx
- Bradbrook A. J (1971), *The role of judicial discretion in child custody adjudication in Ontario*, The University of Toronto Law Journal, 21/3, 402-408
- Brophy A. L. (2013), *Book reviews, did formalism ever exist?*, Texas Law Review, 92, 383-411
- Bruce J. R. (2012), *A cultural theory of judicial decision-making among United States Supreme court justices*, Under Graduate Thesis, Indiana University Bloomington, Retrieve:15.04.2015,
<http://polisci.indiana.edu/undergraduate/theses/Bruce.pdf>
- Dilcher G. (1974), *Bilimsel metod ve siyasi karar aracı olarak hukuki pozitivizm*, (çev) Mumcu A., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 31/1-4, 119-132
- Dinçkol A. (1993), *Hakimin takdir yetkisinin kullanılmasında "hak ve nısfet"*, Yargıtay Dergisi, 19/4, 214-230
- Dinçkol A. (2012), *Karar verme süreci içinde hükmün oluşması ve hakimin fonksiyonu*, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 25, 172-187, İstanbul: İstanbul Barosu
- Dinçkol H. A. (2013), *İdari yargıda hakimin takdir yetkisinin denetlenmesi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof Dr. Nur Centel'e Armağan, 19/2, içinde 1567-1594
- Dişbudak A. ve Bülbül E. (2006), *Hakimin takdir hakkının Yargıtayca denetlenmesi*, Ankara Barosu Dergisi, 1, 11-32
- Drapeau S. & Simard M. & Beaudry M. & Charbonneau C. (2000), *Siblings in family transitions*, Family Relations, 49/1, 77-85
- Dural M. ve Öğüz T., Gümüş M. A. (2012), *Türk Özel Hukuku, III. Cilt, Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz
- Dyevre A. (2008), *Making sense of judicial law making: a theory of theories of adjudication*, European University Institute Working Papers, MWP, 9, Retrieve: 15.03.2015,

http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/8510/MWP_2008_09.pdf;jsessionid=E08CBF44379BB3B7744D44048CB7DC2A?sequence=1

- Edis S. (1973), *Hukukun uygulanmasında yargıca tanınmış takdir yetkisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30/1-4, 169-196
- Fuhrmann G.S.W.& Zibbell R. A.(2012), *Evaluation for Child Custody*, New York, Oxford University
- Government of Canada, *Divorce Act*, Justice Laws Website, Retrieve, 27.03.2
<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/D-3.4/page-9.html#docCont>
- Gözler K. (1998), *Hukukun genel teorisine giriş: hukuk normlarının geçerliliği ve yorum sorunu*, Ankara: US-A
- Grassinger G. E. E. (2010), *Çocuğun menfaati gereği görüşünün alınmaması gereken durumlar*, Prof Dr. Rona Serozan'a Armağan, (Cilt I), içinde 823-846, İstanbul: On İki Levha
- Güven K., *Hart-Dworkin tartışması*, Erişim: 17.02.2015,
www.umut.org.tr/Upload/Document/document_12%20Ekim-I-1.docx
- Hawthorne B. (2000), *Split custody a viable post-divorce option*, Journal of Divorce & Remarriage, 33,3/4
- Heck P. (2014), *Yasaya sadakatin farklı bir okuması*, (çev) Heper A., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 72/1, 333-348, Altan, 342, 343
- Hoffmaster B. (1982), *Understanding judicial discretion*, Law and Philosophy 1 / 21 - 55
- İpek A. (2012), *Çocuk haklarının gelişimi ve karşılaştırmalı olarak anayasal açıdan değerlendirilmesi*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20/1, 151-174
- Jennings M.& Howe N. (2001), *Siblings' perceptions of their parents' divorce*, Journal of Divorce & Remarriage, Vol. 935, 1/2, 92
- Kaufmann Hrsg. A.& Hausmann H. (2003), *Hukuk felsefesine giriş ve günümüz hukuk teorisi*, (çev) Yıldırım Deren N., Prof. Dr. Ergun Gönen'e Armağan İçinde, 629-650, İstanbul:Alkım
- Keyman S. (1978), *Hukuki pozitivizm*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 35/1-4, 17-56
- Klaff R. L. (1982), *The tender years doctrine: a defence*, California Law Review,

70/2, 335-372

- Klatt M.(2007), *Taking rights less seriously. A structural analysis of judicial discretion*, Ratio Juris, 20/4, 506-529
- Korobkin R. B. & Ulen T. (2000), *Law and the behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics*, California Law Review, 88/4, 1053-1144
- Lansford J. E., (2009), *Parental divorcement and children's adjustment*, Perspectives on Psychological Science, 4/2, 140-152
- Mathis K., (2009), *Efficiency instead of justice?: searching for the philosophical foundations of the economical anlysis of law*, (tr), Shannon Deborah, Springer
- Marouf H. Jr.(1998), *The domestication of legal argumentation: a case study of the formalism of the legal realists*, Communication Quarterly, 46/4, 430-445
- McIntosh J. E.& Pruett M. K.& Kelly J. B. (2014), *Parental seperation and overnight care of young children, part II, putting theory in practice*, Family Court Review, 52/2, 256-262
- Mnookin R. H. (1975), *Child-custody adjudication: judicial functions in the face of indeterminacy*, Law and Contemporary Problems, 3/3, 227-293
- Negowetti N. E.(2014), *Judicial desicionmaking, empathy and the limits of perception*, Akron Law Review, 44, 693-721
- Onati A. A., *Friedrich Karl Von Savigny'nin hukuk anlayışı*, Erişim Tarihi: 15.10.2014,
https://hukukfelsefesivosyolojisi.files.wordpress.com/2014/04/friedrich-karl-von-savignynin_hukuk-anlayc4b1c59fc4b12.pdf
- Öktem N. ve Türkbağ A. U. (2012), *Felsefe, sosyoloji, hukuk ve devlet*, İstanbul: Der
- Ruhi A. ve Özdemir H., (2012), *Çocuk Hukuku*, Ankara: Adalet
- Posner R. A. (2008), *How judges think?*, Cambridge/Massachusetts:Harvard University
- Saini M. & Polak S. (2014), *The ecological validity of parent child observations: a review of empirical evidence related to custody evaluations*, Journal of Child Custody, 11:181-201
- Schneider C. E.(1991), *Discretion, rules, and law: child custody and the UMDA's*

- best-interest standard*, Source: Michigan Law Review, 89, (8), 2216-2269
- Scott E. S. ve Emery R.E. (2013), *Gender politics and child custody: the puzzling persistence of the best interests standart*, Law and Contemporary Problems, 13, 352-380
- Scott S.(1992), *Pluralism, parental preference and chil custody*, California Law Review, 80/3, 615-672
- Skonieczna V. (1977), *The function of purpose in the legal system*, The University of British Columbia, Retrieve:10.04.2015,
https://circle.ubc.ca/.../UBC_1977_A64%20S46...
- Steel S. (2001), *Having your cake and eating It too: the law and the politics of custody in Canada*, National Library of Canada, University of Calgary, Retrieve:27.03.2015,
<http://www.collectionscanada.gc.ca/obj/s4/f2/dsk3/ftp05/MQ65057.pdf>
- Schauer F.(2012), *Legal realism untamed*, Retrieve: 18.02.2015,
http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Intellectual_Life/LTW-Schauer.pdf
- State Court Administrative Office, Michigan (2002), *Custody and parenting time investigation manual*, Retrieve:15.04.2015,
http://courts.mi.gov/Administration/SCAO/Resources/Documents/Publications/Manuals/focb/cp_investigationmnl
- Steiner J. M. (1976), *Judicial discretion and concept of the law*, The Cambridge Law Journal, 35/1, 135-157
- Tamanaha B. Z.(2009), *Beyond the formalist-realist divide*, Princeton, Princeton University
- TDK, *Büyük Türkçe Sözlük*, Erişim Tarihi: 25.09.2014,
http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5423ca1115c3f9.67646926
- Tippins T., *New York Matrimonial Law and Practice Database, Custody: Substantial Law and Its Application*, Chapter 20., Updated 2013, Westlaw, Retrieve: 15.04.2015,
<afccny.org/wp-content/uploads/2013/05/Bonnie-Rabin-1-of-3.pdf>
- Türkbağ A. U.(2012), *Kanıtlanamayanı kanıtlamak: Ronald Dworkin'in hukuk*

kuramı, İstanbul:Derin

Unicef, *BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*, Erişim Tarihi, 02.04.2015,
http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html

Usta S. (2012), *Çocuk Hakları ve Velayet*, İstanbul: On İki Levha

Uzun E.(2003), *İngiliz analitik hukuk teorisi ve John Austin*, Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Dergisi, 2, 1-24

Uygur G. (2013), *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu

Uzun E.(2004), *Pozitivizmin iki yüzü: kapsayıcı ve dışlayıcı*, Günışığı Aylık Hukuk
Dergisi, 17/8, 44-5

Uzun E. (2004), *Dworkin'in dilberi*, Günışığı Aylık Hukuk Dergisi, 21, 401

Uzun E., *Amerikan Hukuki Realizmi*, 62-75, Erişim Tarihi:16.10.2014,
http://erugrulu.home.anadolu.edu.tr/hfdersnotu_amerikanrealizmi.pdf

Yalçın H. (2010), *Çocuk gelişimi*, Ankara: Nobel

Yiğit R. (2009), *Çocukluk dönemlerinde büyüme ve gelişme*, Ankara:Sistem

Yücel M. T. (2008), *Türkiye'de yargının etkinliği*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği

Yücel Y. (2010), *Hak ve menfaatler üzerine bir inceleme*, Türkiye Barolar Birliği
Dergisi, 91, 335-357

Ziyalar N., Altuntaş Üner G. E. (2011), *İstanbul Fatih Adliyesi 1. Aile
Mahkemesi'nde 2005-2007 yılları arasında verilen velayet
kararlarında yer alan uzman raporlarının değerlendirilmesi*, I.
Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı, I.
Cilt, içinde, 141-151 İstanbul

ÖZGEÇMİŞ

04.02.1983 Tarihinde Eskişehir'de dünyaya gelmiştir. 2000 yılında Eskişehir Süleyman Çakır Lisesi'nden, 2006 yılında ise Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 2008 Yılında avukatlık stajını tamamlayarak, Eskişehir barosuna bağlı olarak avukatlık yapmaya başlamıştır. 2013 Yılından bu yana ise Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi olarak görev yapmaktadır. İyi derecede İngilizce bilen Yeşim Öztürkmen İcan, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi alanında çalışmalarına devam etmektedir.

İletişim Bilgileri: +905055604881
yicanoz@gmail.com