

T.C
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

BOŞANMANIN ÇOCUKLAR BAKIMINDAN SONUÇLARI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
YRD. DOÇ.DR. ABDURRAHMAN SAVAŞ

HAZIRLAYAN
GÜLİSTAN ARABACI(PİŞKEN)
054233001017
KONYA 2008

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	VII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMANIN ÇOCUKLARA İLİŞKİN ŞAHSİ SONUÇLARI

I- GENEL OLARAK.....	3
II- VELAYETİN DÜZENLENMESİ.....	5
A- VELAYETİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	5
1. Velayetin Tanımı.....	5
2. Velayetin Hukuki Niteliği.....	5
B- VELAYETİN DÜZENLENMESİNDE GÖZETİLECEK İLKELER.....	10
1- Genel Olarak.....	10
2- Çocuğun Güvenliği ve Menfaati Menfaati Kavramı.....	12
a- Çocuğun Güvenliği.....	12
b- Çocuğun Menfaati.....	14
3- Çocuğun Özellikleri.....	16
a- Çocuğun Yaşı.....	17
aa- 0-3 Yaş Grubu Çocuklar.....	17
bb- 3-6 Yaş Grubu Çocuklar.....	19
cc- 6-13 Yaş Grubu Çocuklar.....	19
dd- 13-17 Yaş Grubu Çocuklar.....	20
ee- Ergin Çocuklar.....	20
b- Çocuğun Cinsiyeti.....	20
c- Çocuğun Eğitim Durumu.....	21
d- Çocuğun Sağlık Durumu.....	22
e- Çocuğun Doğum Tarihi.....	22
aa- Velayetin Düzenlenmesine Konu Olan Çocuğun Dava Sırasında Doğmuş Olması.....	22
bb- Velayetin Düzenlenmesine Konu Olan Çocuğun Kararın Kesinleşmesinden Sonra Doğmuş Olması	23
f- Çocuğun Alistığı Çevre ve Ortam.....	23
g- Çocuğun Aile Ortamında Yaşayabilme Olanağı.....	24

h- Çocuğun Dini ve Mezhebi.....	25
1- Çocuğun Soybağı.....	26
aa- Çocukla Anne ve Baba Arasında Soybağı İlişkisi Yoksa.....	26
bb- Çocukla Anne ve Baba Arasında Soybağı Sorunu Varsa.....	27
i- Çocuğun Görüşü.....	28
4- Anne ve Babanın Özellikleri.....	32
a- Çocuğa Bakma Olanağı.....	32
b- Bireysel ve Eğitici Yetenekleri.....	33
c- İlgi, Tutum ve Davranışları.....	34
d- Boşanmadaki Kusur Oranları.....	38
e- Anne ve babanın Dinlenilmesi.....	39
5- Kardeşlerin Birbirinden Ayrılması.....	41
6- Uzman Bilirkişilerin Görüşlerinden Yararlanılması.....	42
7- Velayetin Taksim Edilememesi ve Şarta Bağlanamaması.....	44
a- Velayetin Taksim Edilememesi.....	44
aa- Velayetin Kapsadığı Hak ve Görevlerin İçerik Olarak Taksim Edilememesi.....	44
bb- Velayetin Zaman Bakımından Taksim Edilememesi.....	47
b- Velayetin Şarta Bağlanamaması.....	48
C- GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME.....	48
D- VELAYETE İLİŞKİN DÜZENLEMENİN DEĞİŞTİRİLMESİ.....	49
1- Velayetin Değiştirilmesi.....	49
a- Genel Olarak.....	49
b- Velayetin Değiştirilmesini Gerektiren Durumlar.....	52
aa- Anne veya Babanın Başkasıyla Evlenmesi.....	52
bb- Anne veya Babanın Başka Bir Yere Gitmesi.....	53
cc- Anne Babanın Ölmesi.....	54
dd- Diğer Durumlar.....	55
2- Velayetin Kaldırılması.....	55
a- Genel Olarak.....	55
b- Velayetin Kaldırılmasını Gerektiren Durumlar.....	56
c- Velayetin Kaldırılmasının Sonuçları.....	59
d- Velayetin Kaldırılmasında Görevli Mahkeme.....	61
E- İCRA İFLAS KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE VELAYETE İLİŞKİN DÜZENLENMENİN YERİNE GETİRİLMESİ.....	61

III- KİŞİSEL İLİŞKİNİN DÜZENLENMESİ.....	62
A-KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ DAYANAĞI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	62
B- KİŞİSEL İLİŞKİNİN KURULMASINDA GÖZETİLECEK İLKELER.....	64
1- Genel Olarak.....	64
2- Çocuğun Özellikleri.....	65
a- Çocuğun Yaşı.....	66
aa- Çocuk Anne ve Babanın Bakımına Muhtaç İse.....	66
bb- Çocuk Anne Bakım ve Şefkatine Muhtaç Değilse	67
b- Çocuğun Eğitimi.....	67
c- Çocuğun Sağlığı.....	68
d- Çocuğun Ahlaki Menfaati.....	68
e- Çocuğun Görüşünün Alınması.....	69
3- Anne ve Babanın Özellikleri.....	69
a-Annelik Babalık Duygularının Tatmini	69
b- Anne ve Babanın Hayat Biçimleri ile Çocuğa Karşı Tutum ve Davranışları.....	70
c- Anne ve Babanın Çalışma Saatleri ile İzin Durumları.....	70
d-Anne ve babanın Oturduğu Yer.....	71
4- Kardeşlerin Birbirlerini Görebilmesi.....	72
5- Başkasının Gözetiminde Olmaması.....	72
6- Süre.....	73
7- Uzman Bilirkişilerin Görüşlerinden Yararlanılması.....	74
C- KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME..	75
D- KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN DEĞİŞTİRİLMESİ.....	76
1- Kişisel İlişki Kurma Hakkının Değıştirilmesi	76
2- Kişisel İlişki Kurma Hakkının Reddedilmesi ve Kaldırılması.....	77
E- ÇOCUKLA ÜÇÜNCÜ ŞAHISLAR ARASINDA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI.....	78
F- İCRA İFLAS KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ YERİNE GETİRİLMESİ.....	80

II. BÖLÜM

BOŞANMANIN ÇOCUKLARA İLİŞKİN MALİ SONUÇLARI

I- İŞTİRAK NAFAKASI.....	81
A- TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	81
B- TARAFLARI.....	82
1- Davacı.....	82
2- Davalı.....	83
C- ÖDENME BİÇİMİ.....	83
1- Para Olarak veya Aynî Ödeme.....	83
2- Sermaye veya Gelir Olarak Ödeme.....	84
D- MİKTARI.....	85
1- Genel Olarak.....	85
2- Miktarın Belirlenmesine İlişkin Ölçütler.....	86
a- Çocuğun İhtiyaçları ve Gelir Durumu.....	86
aa- Çocuğun İaşe Masrafları.....	86
bb- Çocuğun Eğitim Giderleri.....	86
cc- Gelir Durumu.....	87
b- Anne ve Babanın Hayat Koşulları ve Ödeme Güçleri.....	88
E- İŞTİRAK NAFKASININ BAŞLANGICI VE SONU.....	90
1- İştirak Nafkasının Başlangıcı.....	90
a-Boşanma Kararı İle Verilmişse.....	91
b- Boşanma Kararından Sonra İstenilmişse.....	91
c- Değiştirme Davalarında.....	92
2- İştirak Nafkasının Sonu.....	93
a- Çocuğun veya Nafaka Yükümlüsünün Ölümü.....	93
b- Çocuğun Reşit Olması.....	93
c- Velâyete Sahip Tarafın İştirak Nafkasından Feragat Etmesi.....	95
d- Evlatlık Verilme.....	96
e- Velâyet Hakkının Kaldırılması.....	96
F- UZMAN BİLİRKİŞİLERİN GÖRÜŞLERİNDEN YARARLANILMASI.....	97
G- HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİ.....	97
H-GEÇİCİ ÖNLEMLER VE GÜVENCE VERİLMESİ.....	99
I- GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME.....	101
İ- İŞTİRAK NAFKASINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN DEĞİŞTİRİLMESİ.....	103

1-Genel Olarak.....	103
a- İştirak Nafakası Miktarının Arttırılması.....	104
b- İştirak Nafakası Miktarının Azaltılması.....	106
K- FAİZ.....	108
L-ZAMANAŞIMI.....	108
M- YARGILAMA GİDERLERİ.....	109
N- İCRA İFLAS KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE İŞTİRAK NAFAKASININ YERİNE GETİRİLMESİ.....	111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
BOŞANMANIN ÇOCUKLAR BAKIMINDAN SONUÇLARINA
İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

I- GENEL OLARAK.....	114
A- MEDENİ KANUNUN 184/5. MADDESİNİN AMACI.....	114
B- SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	115
C- SÖZLEŞMENİN ÖNEMİ.....	116
D- SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ.....	117
E- SÖZLEŞMENİN HÂKİM TARAFINDAN ONAYLAMASI VE BUNUN USUL HUKUKU YÖNÜNDEN SONUÇLARI.....	117
SONUÇ.....	123
KAYNAKÇA.....	125

KISALTMALAR

AAÜT	: Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi
ABD	: Ana Bilim Dalı
AÜEFĐ	: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
BMÇHS	: Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi
Bkz. (bkz)	: Bakınız
C.	: Cilt
ÇHDS.	: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
ÇHKİAS.	: Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Sözleşme
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HSYK	: Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihatları Birleştirme Kararı
İİK	: İcra İflas Kanunu
K.	: Karar
KDV	: Katma Değer Vergisi
Md	: Madde
MK	: Medeni Kanun
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SHÇEK	: Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu
SHÇEKK	: Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu
sk.	: sayılı Karar
TEFE	: Toptan Eşya Fiyat Endeksi
UÇKHVDS	: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Veçhelerine Dair Sözleşme
v.d.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu Türk Medeni Hukukunda Boşanmanın Çocuklar Bakımından doğurduğu sonuçlar oluşturmaktadır. İncelememiz; velayet, kişisel ilişki ve iştirak nafakası kavramlarının açıklanması, ilkeleri, düzenlenmelerine ilişkin yapılan sözleşmelerin niteliği ve geçerliliği, sona ermeleri, bunlara ilişkin Mahkeme hükmünün sonradan değiştirilebilmesinin usulü ve koşulları, yetkili ve görevli Mahkemeleri kapsamaktadır.

Bu çalışmayla, Türk Medeni Kanun'un 161 v.d. maddelerinde düzenlenen boşanma eylemi neticesinde anne veya babalarından ayrılmak durumunda kalan on sekiz yaş altındaki müşterek çocukların hukuksal durumları, sahip oldukları haklar incelenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda velayet, kişisel ilişki ve iştirak nafakası kavramlarının sınırlarının da net bir şekilde çizilmesi amaçlanmıştır. Çalışmada doktrindeki yeni fikirlere ve bu hususta özellikle Türk Medeni Kanun'un değişmesinden sonra Yargıtay'da oluşan yeni içtihatlarla da değinilerek, konu en güncel hali ile anlatılmaya çalışılmıştır.

Evlilik eşlerin hayat boyu süreceğine inanarak kurdukları bir birliktir. Başka bir anlatımla evlilik bir hayat ortaklığıdır. Bu hayat ortaklığı çeşitli şekillerde sona erebilir. Ölüm, gaiplik, hükümsüzlük ve nihayet boşanma. Boşanma, sosyal bir problem olduğu kadar, hukuken de büyük önemi olan bir kurumdur. Boşanma, toplumsal hayatta, üzerinde çok tartışılan ve fikirler üretilen bir olay olma niteliğini eskiden olduğu gibi günümüzde de sürdürmektedir. Boşanmayı büyük bir facia olarak kabul edip bu olaydan kaçan, boşanmaya olanak vermemek için elinden geleni yapan, boşanmamak için sonuna dek direnen kişiler kadar; boşanmak için can atan, istediği zaman boşanabilmeyi düşleyen ve boşanmanın zorluğundan şikayetçi olanlara da sık sık rastlanılmaktadır.

Genellikle anne ve baba boşanmayı bir çıkış yolu olarak görmekte ve çocuğun durumu ikinci plana atmaktadır. Boşanma, olumsuz sonuçlarını taraf olmasalar da en çok çocuklar üzerinde doğurmaktadır. Boşanan ailelerde çocuklar anne veya babadan birine bırakılmakta, çocuk ister istemez diğerinden ayrı yaşamak zorunda kalmaktadır. Bazı durumlarda, kardeşlerin velayeti de anne ve baba arasında paylaştırılmakta, çocuk ayrıca kardeşinden de ayrı yaşamak zorunda kalmaktadır. Anlaşmalı boşanmalarda çocuk bazı çıkarlar karşısında bir eşya gibi anne ve baba arasında paylaştırılmaktadır.

Medeni Kanun, anne ve babanın boşanmasından sonra çocukların velayetinin anne ve babadan hangisine verileceği ve çocuk kendisine bırakılmayan tarafın çocukla kişisel ilişkilerinin ne şekilde düzenleneceği konularını, hâkimin takdir yetkisi kullanılarak çözümleneceğini düzenlemiştir. Hâkim, bu konuda takdir yetkisini kullanırken anne ve babanın haklarını ve çocuğun kişisel menfaatini karşılıklı dengelemelidir. Hakların ve çocuğun menfaatlerinin çatışması halinde, çocuğun menfaati üstün tutulmalıdır. Kanunun hâkime geniş bir takdir yetkisi vermesinin nedeni, çocuğun menfaatlerinin hâkim tarafından olabildiğince korunabilmesini sağlamaktır. Hâkimin kararında yer verdiği düzenlemeler, çocuğun menfaatlerini olumsuz olarak etkileyecek sonuçlara yol açmamalıdır.

Neticede, boşanma çocuğu sadece hukuki yönden etkilememekte, çocuğun hayatında birtakım psikolojik ve sosyolojik sonuçlar doğurmakta ve bazen de tamiri mümkün olmayan etkiler bırakmaktadır. Biz de tez çalışmamızda boşanmanın çocuklar üzerindeki hukuki sonuçlarını incelemeye çalıştık.

Tez çalışmamızı üç ana bölüme ayırmak suretiyle incelemeyi uygun gördük. Birinci bölümde boşanmanın çocukların kişisel durumlarına etkileri başlığı altında velayet kavramı, hukuki niteliği, velayetin düzenlenmesi ve velayet düzenlenirken hangi ölçütlerden yararlanıldığı ve bunun sonuçları, velayet kendisine verilmeyen tarafla çocuğun kişisel ilişkilerinin düzenlenmesi konularına değindik. İkinci bölümde; boşanmanın çocuklara ilişkin mali sonucu olan iştirak nafakasının düzenlenmesi üzerinde durduk. Nihayet çalışmamızın üçüncü bölümünde anne ve babanın velayet düzenlemesi, kişisel ilişki tesisi ve iştirak nafakası yönünden aralarında yaptıkları sözleşmeden bahsettik.

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMANIN ÇOCUKLARA İLİŞKİN ŞAHSİ SONUÇLARI

I- GENEL OLARAK

Hâkim boşanmaya karar vermesi halinde birtakım hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu sonuçlar mahiyetleri ve doğuşları bakımından çok çeşitlidir. Gerçekten, boşanmanın hukukî sonuçlarından bazıları hâkimin verdiği boşanma kararı içinde yer alan veya alması mümkün olan sonuçlardır. Örneğin velayet hakkına sahip bulunmayan eşin çocukları ile kişisel ilişkisinin nasıl düzenleneceği, yoksulluk nafakası, maddî ve manevî tazminat gibi sonuçlar boşanma gerçekleşmeden ve boşanma kararında yer almadan kendiliğinden doğmazlar. Boşanmanın hukukî sonuçlarından bazıları ise, boşanma kararında yer almadıkları hâlde, boşanmaya karar verilmesiyle birlikte kendiliğinden doğan sonuçlardır. Örneğin boşanan eşler için yeniden evlenme imkânının doğması, eşler arasında evlilik birliğinin devamı süresince durmuş olan zamanaşımının işlemeye başlaması gibi sonuçlar, boşanma kararında yer almadıkları hâlde kendiliğinden doğarlar.¹

Diğer taraftan, boşanmanın hukukî sonuçlarından bazıları her boşanmada mutlaka ortaya çıktıkları hâlde, bazıları her boşanmada ortaya çıkmazlar. Gerçekten, varsa çocukların boşanan taraflardan hangisinin velayetinde bırakılacağı, çocuklar ile kişisel ilişki kurulması ve iştirak nafakası gibi sonuçlar her boşanmada görülebilen sonuçlardır. Buna karşılık, yoksulluk nafakası, maddî ve manevî tazminat gibi sonuçlar her boşanmada mutlaka söz konusu olan sonuçlar değildir. Bu sonuçların doğabilmesi için bazen eşlerden birinin kusurlu olması, bazen bir eşin boşanma sonunda geçim sıkıntısına, yoksulluğa düşmüş veya boşanma yüzünden kişilik haklarının saldırıya uğramış bulunması gibi şartların varlığı gereklidir. Nihayet, bir başka açıdan bakıldığında boşanmanın hukukî sonuçlarından bir kısmının eşlerle ilgili, bir kısmının ise çocuklarla ilgili olduğu görülür.² O hâlde, boşanmanın hukukî sonuçlarını çeşitli açılardan bir ayırma tâbi tutmak mümkündür.

¹ Akıntürk,Turgut; Türk Medeni Hukuku, 2. C., Aile Hukuku, 10. Bası, s.297.

² Feyzioğlu, Necmettin, Fevzi; Aile Hukuku, 3. Baskı, (Hazırlayanlar: Özakman, Cumhur/ Sarial, Enis) İstanbul, 1986, s.374.

Nitekim doktrinde de yazarlar, boşanmanın aslî sonuçları - boşanmanın arızı sonuçları³ veya boşanmanın şahsî sonuçları - boşanmanın malî sonuçları yahut boşanmanın eşler arasındaki sonuçları - boşanmanın çocuklar hakkındaki sonuçları ve nihayet boşanma kararının muhtevası - boşanma kararının sonuçları⁴ biçiminde bir ayırım yaparak konuyu ele almaktadırlar. Boşanmanın sonuçları, ister boşanma kararında yer alsın, ister almasın, ister her boşanmada ortaya çıksın, ister çıkmasın, daima hem eşler hem de çocuklar ile ilgili bulunmaktadır.⁵ Biz çalışmamızda boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçlarını inceledik.

Boşanma davası sonrasında, çocukların aile birliği içerisindeki kişisel durumlarında bazı değişiklikler olur. Her şeyden önce aile birliği içinde çocukların velayetleri anne ve babaya birlikte ait olduğu halde, boşanma ile anne ve baba çocukların velayetine birlikte ve aynı anda sahip olamayacakları gibi birlikte kullanım da söz konusu olmaz. Boşanma kararında, bundan sonrası için çocuğun velayet hakkına hangi tarafın sahip olacağı da düzenlenir. Bundan başka çocuk, boşanma ile velayet kendisine verilmeyen anne veya babasından ayrı yaşayacaktır. Anne veya babasından ayrı yaşayan çocuk anne ve babasını görmek isteyecek, çocuğundan ayrı yaşayan anne ve baba da haliyle çocuğunu görmek, birlikte vakit geçirmek isteyecektir. Bu nedenle, boşanma kararında, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkileri de düzenlenmelidir.

Bu bölümde, velayet ve kişisel ilişki düzenlenirken nelere dikkat edilmesi gerektiğini inceleyeceğiz.

³ Tekinay, Selahattin, Sulhi; Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 1990, s.255-291.

⁴ Tekinay, Selahattin, Sulhi; Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 1990, s.255-291.

⁵ Akıntürk, s.298.

II- VELAYETİN DÜZENLENMESİ

A- VELAYETİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Velayetin Tanımı

Sözlük anlamıyla velayet; sevmek, sahip çıkmak, yardım ve idare etmektir.⁶ Hukuki anlamda velayet ise Medeni Kanun’ da tanımlanmamış, ancak içerik ve kapsamını belirlemek suretiyle düzenlemiştir. Aile Hukukunun velayeti düzenleyen bölümün başlığı velayet hakkı değil yalnızca velayettir. Medeni Kanunun’un velayeti düzenleyen maddelerinden velayetin birçok hak ve yükümlülüğü içeren bir kavram olduğu anlaşılır. Türkiye tarafından 14.09.1990 tarihinde imzalanan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHDS), 09.12.1994 tarihinde 4058 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunarak, Bakanlar Kurulu’nun 23.12.1994 tarihli kararıyla 27.01.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına göre "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Buna göre, ÇHDS iç hukukumuzda kanun olarak girmiştir. Sözleşmenin tartışmasız zorunlu hükümleri kanun hükümleri olarak mahkemelerde istem konusu yapılabilir.⁷ Bu sözleşme hükümlerinde velayetin doğrudan bir tanımı yapılmamıştır. Ancak birçok maddesinde anne ve babanın hak ve ödevleri deyimi kullanılmaktadır.

2. Velayetin Hukuki Niteliği

Velayetin hukuki niteliği tartışılırken belirlenmesi gereken ilk husus, velayetin bir hak mı, yoksa bir ödev mi olduğudur. Bu hususta ileri sürülen birçok görüş bulunmaktadır.

Bu konuda ileri sürülen ilk görüş, velayetin anne ve baba lehine tanınmış bir hak olduğu görüşüdür. Eski hukuk sistemlerinde velayet, velinin sahip olduğu çok katı ve dokunulmaz bazı hakları içeren ve esasen velinin menfaatlerini korumaya yönelik bir kurumdu. Hatta her ne kadar zaman içerisinde bu kurum eski katılığını kaybetmiş ise de, yeniçağda ve hatta geçen yüzyılın başlarında dahi velayetin anne ve babanın menfaatine bir

⁶ Develioğlu, M. Ferit; Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Sözlük, Ankara, 2001, s.1145.

⁷ Akıllıoğlu, Tekin; Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Ankara, 1995, s.14.

hak olduğu savunulmaktaydı.⁸ Böylece anne ve baba, çocuğu kendi istek, keyif ve dünya görüşlerine göre eğitime yetkisine sahiptiler. Çocuk ve üçüncü kişiler, anne ve babanın karar ve arzularına uymak zorundaydılar ve hukukun görevi de anne ve babanın çocuk üzerinde sahip olduğu bu yetkileri korumaktı.⁹

Ancak bu düşünce, velayetin kullanılmasında anne ve babanın istek ve yetkilerine üstünlük tanımakla beraber, onlara bu yetkileri, asıl olarak çocuğun korunması için verilmekteydi. Başka bir deyişle çocuğu en iyi anne ve babası koruyabileceğı, ihtiyaçlarını en iyi onlar bilebileceğı için anne ve babanın çocuk üzerindeki istekleri önemli kılınmış ve velayete müdahaleden mümkün olduğunca kaçınılmıştı.¹⁰ Ancak zamanla, velayetin kötüye kullanılması durumlarında giderek hakkın sınırlandırılmasına ilişkin yeni hükümler getirilmiş ve velayet, anne ve babanın çocuklar üzerinde sadece sahip oldukları hakları değil, çocuklarına karşı yükümlü oldukları ödevleri de ifade eden bir kurum olarak görülmeye başlanmıştır. Böylece velayetin hukuki niteliğini, hak ve ödevlerin toplamı olarak kabul eden ikinci bir görüş ortaya çıkmış olmaktadır.

Bu konudaki üçüncü görüş, velayeti sadece anne ve baba için bir ödev olarak nitelendirmektedir. Ancak velayetin sadece ödev olduğu görüşü, çocuğun, anne ve baba için asdeta bir yük olarak görülmesi ve anne ve baba ile çocuk arasındaki ilişkinin duygusal boyutunun zedelenmesi sonucunu doğurabileceğı gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹¹

Hemen belirtelim ki, günümüzde, velayetin anne ve baba lehine tanınmış bir hak mı, yoksa anne ve babaya, çocuğun bakılıp korunması ve eğitilmesi hususlarında yüklenmiş bir ödev mi olduğu konusunda ileri sürülen hakim görüş, velayetin hem hak hem de ödev olduğunu savunan ikinci görüştür.¹² Bununla beraber, velayetin, anne ve babaya tanıdığı hakların, esas olarak yüklediğı ödevlerin daha iyi ifasını sağlamaya yönelik olduğu ve bu sebeple ödev niteliğinin, hak olma niteliğinden önce geldiğı de belirtilmektedir.¹³

Velayeti yalnızca hak veya yalnızca ödev olarak kabul eden görüşler velayeti

⁸ Akyüz, Emine; Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, Ankara, 1983, s.21.

⁹ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.21.

¹⁰ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.21.

¹¹ Çetiner, Selma, Baktır; Velayet Hukuku, Ankara, 2000, s.30.

¹² Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona; Aile Hukuku, İstanbul, 1993, s.341; İnan, Ali Naim; Çocuk Hukuku, İstanbul, 1968, s.125.

¹³ Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim; Aile Hukuku, İstanbul, 1989, s.248.

açıklamakta yetersiz kalırlar. Velayet hakkı tamamen kaldırıldığında bile anne ve babanın görevleri devam etmektedir. Örneğin boşanmada velayet kendisinde olmayan eşin çocuğa ilişkin nafaka yükümlülüğü söz konusudur. Aynı şekilde velayet kaldırılarak Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu' na (SHÇEK) alınan çocuk için de kurum nafaka talep edebilmektedir (SHÇEKK. md.30).

Velayet yalnızca görev olarak nitelendirildiğinde ise yine bir şekilde velayet görevi sona erdiğinde anne ve babanın çocuk hakkında bir talepleri olamayacağı sonucu doğar. Böylece, örneğin, velayet kendisine bırakılmayan anne ya da babanın çocuğu görme, onunla kişisel ilişki tesisini isteme gibi bir hakkından söz edilemez. Oysa Medeni Kanun'a göre böyle bir talep mümkündür. Kaldı ki, velayeti yalnızca görev olarak görmek, anne ve baba ve çocuk ilişkilerinin duygusal boyutunun bir tarafa atılması sonucunu doğuracaktır. Anne ve baba için çocuk yalnızca külfettir gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu nedenledir ki, Yargıtay, eşlerin ayrı yaşamaları veya boşanmaları durumunda velayet kendisine verilmeyen eşe çocukla kişisel ilişki kurma hakkı verilmesinin nedenini çocuk kadar anne ve babanın da buna gereksinim duymaları olduğuna karar vermiştir.¹⁴

Bütün bu açıklamalardan sonra velayet, hukuk kurallarımız da göz önünde tutularak şöyle tanımlanabilir; "Velayet, kural olarak küçüklerin istisnai olarak ergin olan kısıtlıların bakım ve korunmalarının sağlanması için onların kişilikleri ve malları üzerinde anne ve babanın sahip oldukları görev, yetki ve hakların tümüdür".¹⁵

Velayet hakkı, modern düşünceye göre çocuğun korunmasını sağlayan bir kurumdur. Çocuğu gelecekteki hayata hazırlamak amacıyla anne ve babaya verilmiş

¹⁴ "...Kişisel ilişkinin kurulmasında çocuğun yetişmesi ile birlikte analık babalık duygusunun tatmini yönü de önemle göz önünde tutulmalıdır." Y. 2. HD. 08.04.1986 gün ve E:1986/3329, K:1986/3712 sk., (İnal, Nihat; Medeni Hakların Kullanılması ve Kısıtlanması Davaları, Ankara, 1994, s. 465).

¹⁵ Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa; Aile Hukuku, İstanbul, 1998, s.272; Benzer tanımlar için bkz. Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre; Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2000, s.1013; İnan, Ali Naim; Özel (Medeni) Hukuk Bakımından Ana Baba ile Çocuk İlişkileri ve Çocukların Ana Babaya Karşı Korunması, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu' na Armağan, AÜHF Yayını, No 498, Ankara, 1995, s.20; Serozan, Rona; Çocuk Hukuku, İstanbul, 2000, s.167; Öztan, Bilge; Aile Hukuku; 5. Bası, Ankara, 2004, s.625 vd.; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet; Türk Medeni Hukuku, C. 2, Aile Hukuku, İstanbul, 1965, s.363 vd.; Özlü, Hakkı; Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Ankara, 2002, s.17; İnal, Nihat; Uygulamada Türk Medeni Kanunu C. 2, Ankara, 1997, s.1135; Ruhi, Ahmet Cemal; Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velayet Konusundaki İlamların Türkiyede İnfazı, AÜEFD C.7, S.3-4, 2003, s.752; Özdamar, Demet; Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara, 2002, s.404; Akıntürk, s.321; Feyzioğlu, s.503; Tekinay, s.483; Köprülü/Kaneti, s.246; Hatemi/Serozan, s.341; İnan, Çocuk, s.124 vd.; Çetiner, s.28.

olan bir hukuki görevdir. Anne ve babaya bu hukuki görev, çocuğun zararına kullanmamak şartıyla verilmiştir.¹⁶ Yetkiyle ödev sanki iç içe geçmiştir.¹⁷

Velayet, başkasının menfaatini gözetten bir içeriğe sahiptir, bu da çocuğun menfaatidir. Esasen çocuğun menfaati, en üstün ilke olarak velayete hakimdir ve velayetin yürütülmesinde yönlendirici temel düşüncedir. Buna göre velayet hakkı çerçevesinde anne ve baba, çocuğun gerekli olgunluğa ulaşınca kadar tek başına alamayacağı kararları, onun adına almakla yükümlüdür ve bu esnada çocuğun menfaatini gözetmek zorundadır. Bununla birlikte velayetin anne ve babanın menfaatini gözetten bir boyutu da vardır. Şöyle ki; çocuğun velayetine sahip olma, anne ve baba bakımından kendi hayatlarını anlamlandırma şansı teşkil eder. Bu noktada anne ve babanın çoğu kez kendi çocuğunun gelişimine katılma ve ona yakın olmadaki temel yaşamsal ihtiyacı göz ardı edilmemelidir. Bu yüzdendir ki; velayet, anne ve babadan kanunda öngörülen sebeplerin dışında keyfi biçimde alınamaz.¹⁸

Velayet, hem nisbi hem mutlak hak özelliği göstermektedir.¹⁹ Velayetin nisbi yönü, anne ve baba ve çocuk arasındaki karşılıklı yükümlülük ilişkisinde görülür. Velayetin mutlak yönü ise anne ve baba ve çocuğun, diğer bir ifadeyle ailenin hayat alanının üçüncü kişiler karşısında korunmasında ortaya çıkar.²⁰ Velayet, çift yönlü, karşılıklı hak ve yetkiler yumağıdır.²¹ Yani anne ve babaya çocuğun şahsı ve malları üzerinde sadece haklar tanımaz, aynı zamanda ona birtakım yükümlülükler de getirmektedir. Bu yükümlülükler sadece ahlaki anlamda değildir, aynı zamanda kanuni yükümlülüklerdir.²²

Velayet, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır.²³ Kişiye sıkı surette bağlı olmasının sonucu olarak, başkasına devir edilmesi mümkün değildir.²⁴ Bu hak miras yoluyla

¹⁶ Akyüz, Emine; Çocuğun Aile İçerisinde Korunması ve Hakimin Velayet Hakkına Müdahalesi, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Günleri, 17-18 Kasım 1995, İstanbul Barosu Yayını, S. 22184, s.40.

¹⁷ Serozan, Rona; Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuku Alanında Korunmasında Yetersizlikler, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ' a Armağan, İstanbul, 1997, s.386.

¹⁸ İmamoğlu, Hülya; "Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi" AÜHFD C. 54, S. 1, 2005, s.168.

¹⁹ Öztan, s.629; Oğuzman/Dural, s.276; Özlü, s.27.

²⁰ İmamoğlu, s.168.

²¹ Özlü, s.27.

²² Akıntürk, s.321.

²³ Oğuzman/Dural, s.276; Çetiner, s.24; Köprülü/Kaneti, s.248; Öztan, s.627; Hatemi/Serozan, s.342; Feyzioğlu, s.505.

²⁴ Oğuzman/Dural, s.276.

geçmediği gibi bu haktan vazgeçilemez. Ancak bu hakkın kısmen veya tamamen üçüncü kişilere bırakılması mümkündür.²⁵

Velayetin asıl işlevi, çocuğa bağımsız kişilik kazandırarak kendi kendine yeter hale getirmektir. Velayetin bu işlevi, aynı zamanda onun kapsamını ve sınırlarını da belirlemektedir.²⁶ Velayetin nihai amacı çocuğun bağımsız, hayat şartları ile başa çıkabilecek sorumluluklarının bilincinde bir insan olarak yetişmesini sağlamaktır.²⁷ Bu bağlamda anne ve baba, velayeti yürütürken olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme imkânı tanımakta ve önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutmakla yükümlüdür. Şu halde çocuğun yaşı ilerledikçe ve olgunlaştıkça, doğal olarak ona tanınması gereken serbesti artacak ve çocuğun düşüncesi, daha çok dikkate alınacaktır. Bu husus, velayetin değişen içeriğini ve işlevini ortaya koymaktadır.²⁸

Esasen başkası hakkında karar verme yetkisini içeren velayet, kanunen soy bağı ilişkisini gerektirir. Diğer bir ifadeyle velayet, sadece çocukla arasındaki hukuki soy bağı bulunan kişilere tanınır. Bu bağlamda anne ve baba, velayet hakkına birlikte sahip olabilir. Bu yönüyle velayet hakkı, anne ve baba bakımından inhisarı niteliktedir.²⁹ Yaşça büyük kardeşler veya büyük anne ve babalar gibi çocuğun ne kadar yakın dereceli kan hısımları olursa olsun çocuk üzerinde anne ve babadan başka kişilerin velayet hakkı yoktur.³⁰

Velâyet hakkının kural olarak bölünmez bir hak olduğu ileri sürülmüştür.³¹ Bu görüşe göre, boşanma veya ayrılık durumunda velayet kendisine verilen taraf, velayet hakkının verdiği bütün yetkilere de tek başına sahiptir. Bu görüş, temelde boşanma veya ayrılıkta eşlerin çetin mücadelelerle birbirine düşman olarak ayrıldıkları ve bu durumda eşlerin velayeti birlikte sürdürmelerinin çocuğun zararına olacağı düşüncesine dayanmaktadır. Bu görüşe karşı ise anne ve babanın velayet hakkını birlikte kullanmasının çocuğun zararına olmayacağı, anne ve babanın böyle kavgalı bir ortamda olduğu hallerde hakim tarafından velayet hakkını kötüye kullanan taraftan alınmasının her zaman mümkün olduğu ve zaten velayet hakkının çocuğun menfaatine bir hak

²⁵ Öztan, s.627; Özlü, s.27.

²⁶ Serozan, Çocuk Hukuku, s.168.

²⁷ Oğuzman/Dural, s.276; Öztan, s.629.

²⁸ Oğuzman/Dural, s.276; Öztan, s.630.

²⁹ İmamoğlu, s.169.

³⁰ Çelik, Cemil; “Velayetin Kaldırılması” AÜHFD C. 54, S. 1, 2005, s.256.

³¹ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.117 vd.

olduğunu ileri sürmüştür.³²

B- VELAYETİN DÜZENLENMESİNDE GÖZETİLECEK İLKELER

1- Genel Olarak

Boşanma hükmünün kesinleşmesi ile evlilik birliği sona erer ve eşler arasında karşılıklı olarak evlilik birliğinin gereği olan, maddi ve manevi yükümlülükler de son bulur. Buna rağmen, eşler çocuk sahibi iseler, boşanan eşlerle ortak çocukları arasındaki maddi ve manevi yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin doğal sonucu olan ilişkiler bir şekilde devam etmelidir. Bu durum, anne ve baba ile çocukları arasındaki kan bağının doğal ve zorunlu bir sonucudur.³³

Medeni Kanun, ergin olmayan çocuğun anne ve babasının velayeti altında olacağını (MK. md.335), evlilik birliği devam ederken velayet hakkının anne ve baba tarafından birlikte kullanılacağını düzenlemiştir (MK. md.336). Buna göre, kanuni bir neden olmadan ve bir yargı kararına dayanmadan anne ve babadan birinden velayetin alınması mümkün olmadığı gibi, anne ve babanın dışında başka bir kişinin (örneğin, büyükbaba, amca) velayet hakkına sahip olması da söz konusu olamaz. Yargıtay da evlilik birliği devam ederken müşterek çocukların velayetinin eşlerden birine verileceği şeklinde karar verilmesini yasaya aykırı bulmuştur.³⁴ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin (BMÇHS) 9. maddesine göre de; taraf devletler, çocuğun anne ve babasından onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alacaklardır.

Velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılması, ana kural olmakla beraber, doğal ya da kanuni bazı hallerde velayet hakkının birlikte kullanılması imkânsız hale gelebilir. Bu durum, velayetin anne veya babanın birinden alınması, anne veya babadan birinin ölümü, ayrılık veya ortak hayata son verilmesi ile anne ve babanın boşanması hallerinde ortaya çıkacaktır.³⁵ Biz bu hallerden boşanma halinde velayetin

³² Çetiner, s.108.

³³ Yalçınkaya, Namık/Kaleli, Şakir; Boşanma Hukuku, Ankara, 1988, s.1841.

³⁴ Y. 2. HD. 30.05.1991 gün ve 5927/8598 sk. (Çetiner, s.116).

³⁵ Eşler evli olmalarına rağmen ayrı yaşıyorlarsa velayeti birlikte kullanmaları mümkün değildir. Velayet konusunda ana ve baba anlaşmışlar ve herhangi bir suistimal de söz konusu değilse, hakim müdahalesi de söz konusu değildir. Fakat taraflar çocuğun kimin yanında kalacağı ya da mallarının kimin yöneteceği gibi bazı konularda anlaşamıyorlarsa hakimin müdahalesini isteyeceklerdir. Yasada ve örf ve adette hüküm bulunmayan bu halde hakim Kanun koyucu gibi davranacaktır. Evli olan ancak fiilen ayrı

düzenlenmesi üzerinde durduk, diğer sebeplere ise sadece değindik.

Eşlerin boşanması halinde velayet hakkı, çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacaktır (MK. md.336/3). Medeni Kanun'un 182/1. maddesine göre, hakim, boşanma karan ile birlikte, çocukların velayetinin eşlerden hangisine ait olacağını da düzenlemelidir. Çünkü aralarındaki evlilik birliği sona ermiş eşlerin bir araya gelip velayet hakkını birlikte kullanabilmeleri artık mümkün olamayacaktır.

Boşanma, artık kaçınılmaz olunca, düzensiz ve sağlıklı bir evlilik içerisinde bir türlü mutluluğu ve huzuru bulamayan çocuğu, boşanma sonrasında acılarının dineceği bir ortama kavuşturmak gerekmektedir.³⁶ Öte yandan ailedeki kavgalar çok ileri boyutlara ulaşmış ve beraberlik taraflar için çekilmez hale gelmişse, boşanma çocuklar için daha az etkileyici olmaktadır. Bu durumu çocuklar da ifade etmektedir. Bu noktada, boşanma davasına bakan hakime, büyük bir sorumluluk yüklenmektedir.³⁷ Böylece hakim, kanunda esasları ve ilkeleri belirlenmiş bir konuda en iyi tercihi yapma yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakılmıştır.³⁸

Belirtmek gerekir ki, kanunun hakime tanıdığı takdir yetkisi ölçsüz ve sınırsız değildir. Kanunda öngörülme de, takdir yetkisinin kullanımına yönelik ölçütler gerek doktrinde ve gerekse uygulamada Yargıtay ve yerel mahkeme kararlarında açıkça ortaya konmuştur. Ayrıca, kanunun hakime tanıdığı takdir yetkisinin söz konusu olduğu bütün durumlarda olduğu gibi, burada da hakim, Medeni Kanun'un 4. maddesi uyarınca "hukuka" ve "hakkaniyete" göre karar vermek zorundadır.³⁹

Hakim, velayeti düzenlerken, anne ve babanın ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncelerini alır. Bundan sonra anne ve babanın sosyal ve ekonomik durumlarını, hayat koşullarını, eğitim ve kültür düzeylerini ve

yaşayan tarafların zıtlaşarak halihazırda yanında bulundurdıkları çocukların öteki tarafça görülmesine engel olması halinde bir kanun boşluğu olduğunu YHGK da kabul etmiş, bu durumda yargıcın bu boşluğu doldurması ve çocuğun kimde kalacağını belirlemesi gerektiğine karar vermiştir. (YHGK 08.11.1967 gün ve 247/512 sk.) Bu belirleme çocuğunu görmesine karşı tarafın engel olduğunu ileri süren tarafla müşterek çocuk arasında kişisel ilişkiyi düzenlemekten ibarettir. Yoksa evlilik birliği içerisinde velayetin birlikte kullanılacağına ilişkin kanunhükümlerinin gözardı edilerek velayetin düzenlenmesi yoluna gidilmesi tarafların yarattıkları yasaya aykırı fiili durumlarda hukuksal sonuç ve geçerlilik tanınmasına yol açar ve kuşkusuz böyle bir yol velayet hukuku açısından kabul edilemez. (Y. 2. HD. 06.04.1990 gün ve 10977/3764 sk.) (Çetiner, s.116).

³⁶ Ankar, Aydın; Çocuk Hukuku, Ankara, 1999, s.22.

³⁷ Çakın, Akın; Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara, 1999, s.118; Velidedeoğlu, s.265-266; Köprülü/Kaneti, s.198; Tekinay, s.273.

³⁸ Yalçınkaya/Kaleli, s.1845.

³⁹ Çelikel, Serdar; Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları.

yeteneklerini, ruhsal ve bedensel sağlıklarını, aynı şekilde çocukların yaşını, görüşlerini oluşturma olanağına erişip erişmediğini, bedeni, fikri, ruhsal, ahlak ve sosyal gelişimlerini, öğrenim durumlarını, anne ve baba ile ilgili yakınlıklarını ve çocuğun hangi tarafa verilmesinde menfaati olduğunu belirler. Hakim bunu yaparken 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun' un 5. maddesine uygun görevlendireceğı sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog gibi uzmanların araştırma, inceleme, görüş ve düşüncelerinden de yararlanabilecektir.⁴⁰ Çocuğun velayetinin boşanan eşlerden birisine verilirken göz önünde tutulacak ve asla vazgeçilemeyecek tek ve ana kural ise onun güvenliğı ve menfaatidir.

2- Çocuğun Güvenliğı ve Menfaati Kavramı

Boşanma, çocuğun gelişmesinde en ideal ortam olan tam ailenin dağılması sonucunu doğuran bir olaydır. Bu nedenle çocuğun hayatını olumsuz olarak etkileyebilir. Bu olumsuzluğu en aza indirecek bir çözüm bulmada "çocuğun güvenliğinin ve menfaatinin sağlanması" ilkeleri yol gösterici rol oynamaktadır.⁴¹

a- Çocuğun Güvenliğı

Çocuğun güvenliğı kavramı ile çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve sosyal bakımlardan özgür ve onur içinde gelişebilme imkânlarına sahip olması belirtilmektedir.⁴² Çocuğun güvenliğı kavramı⁴³ temel bir hukuk ilkesi olmakla birlikte felsefî bir kavramdır. Ayrıca bu kavram, her somut olayda belirlenmesi gereken göreceli bir niteliğe sahip olduğu için önceden içeriğinin belirlenmesi ve tanımlanması çok zordur.

Somut bir olayda çocuğun güvenliğine neyin uygun olduğu, nasıl bir karar ve uygulamanın çocuğun sağlıklı bedensel, ruhsal ve zihinsel gelişimini güvence altına alacağı bütün şartların değerlendirilmesine bağılıdır. Çocuğun güvenliğı kavramı, çocuğun iradesinin yerini tutan, zayıf durumunu dengeleyen, resmi makamlara ve anne-

⁴⁰ Özüğür, Ali İhsan; Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Ankara, 2006, s.962; Öztan, s.465; Çetiner, s.111; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.941.

⁴¹ Akyüz, Emine; Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara, 2000, s.242 vd.

⁴² Tutumlu, Mehmet Akif; Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara, 2002, s.480; Akyüz, Ulusal, s.242.

⁴³ Akyüz, Ulusal, s.83,84.

babaya yol gösteren ve toplumsal işlevleri olan bir kavramdır.⁴⁴ Çocuğun güvenliği kavramı, bilimsel ve objektif esaslara göre, bir başka deyişle; çocuğun bedensel güvenliği, tıp ve beslenme biliminin verilerine, sosyal güvenliği psikoloji, sosyoloji ve sosyal hizmet araştırmalarına göre değerlendirilmelidir. Bu hususta toplumdaki genel kanılar veya alışıl gelmiş davranış örnekleri hiç veya en az ölçüde dikkate alınmalıdır.⁴⁵

Çocuğun güvenliği kavramı, "çocuğun menfaati", "çocuğun menfaati için en uygun olan", "çocuk için en az zararlı olan" kavramlarından farklıdır. Çocuğun güvenliği kavramı, çocuğun menfaati kavramından daha objektiftir, çünkü hem şimdiki, hem de gelecekteki menfaatlerini ve haklarını kapsamaktadır. Çocuğun menfaati kavramı ile çocuğun güvenliğinin korunmasına hizmet eden yararlar anlaşılmalıdır. Çocuk, henüz kendi menfaatlerini gözetecek yetenek ve olgunluğa ulaşmadığı için çocuğun menfaati her zaman onun sübjektif isteklerine uygun olmayabilir. Çocuk için en yararlı olan kavramı ise, çocuğun güvenliği kavramına göre daha sınırlı ve görecelidir. Çocuk için en az zararlı kavramı ile çocuğun sosyal çevresini, karşı karşıya bulunduğu tehlikeler dikkate alınarak çocuğun bedensel, fikirsel ve duygusal gelişiminin olumsuz şartlardan en az zarar görmesini sağlayacak çözüm yollarının seçilmesi anlaşılmalıdır.⁴⁶

Boşanmadan sonra çocuğun velayetinin anne ve babadan birine verilmesinde, çocuk anne veya babadan ayrılmakla zaten duygusal ve başka bakımlardan zarara uğradığı için çocuğun güvenliği tam olarak korunamaz. Velayeti verirken çocuğun güvenliğine en uygun karar vermek durumunda olan hakim, çocuk için en az zararlı olan çözümü seçmek durumundadır. Akyüz⁴⁷, böyle durumlarda da çocuk için en az zararlı olan çözüm yerine çocuğun güvenliği kavramının seçilmesi gerektiği kanısındadır.

Medeni Kanun, velayetin içeriğini genel olarak düzenleyen 339. maddesinde yer alan "anne ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaati göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar", hükmüyle çocuğun menfaati⁴⁸ ilkesine işaret

⁴⁴ Velayetin düzenlenmesinde tek ölçü çocuğun güvenliği olduğuna göre çocuğun güvenliği kapsamının belirlenmesinde Çocuk Hakları Beyannamesinin 2. ilkesinden yararlanılmalıdır.

⁴⁵ Akyüz, Ulusal, s.84 vd.

⁴⁶ Akyüz, Ulusal, s.81 vd.

⁴⁷ Akyüz, Ulusal, s.82.

⁴⁸ Hatemi, Hüseyin; Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku), İstanbul, 2005, s.116; Öztan, s.465; Zevkliler/Acabey/Gökyayla; s.941; Velidedeoğlu, s.267; Köprülü/Kaneti; s.198; Oğuzman/Dural, s.141; Feyzioğlu, s.381; Tekinay, s.273.

etmiş bulunmaktadır.⁴⁹ Medeni Kanun’ da, çocuğun menfaati kavramı çocuğun güvenliği kavramıyla ile eşanlamli kullanılmaktadır.⁵⁰ ÇHDS’ de çocuğun menfaati kavramı çocuğun yüksek menfaati olarak ifade edilmiştir (md. 3). ÇHDS’ nin 18. maddesi hükmünde çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişiminin sağlanmasında anne-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ve onların bu sorumluluğu çocuğun güvenliğini göz önünde tutarak yerine getirecekleri belirtilmektedir.⁵¹ Öte yandan boşanmada velayet hakkının anne veya babadan birine verilmesinde sadece çocuğun yarar göz önünde tutulması gerektiği ilkesi Türk hukuk doktrini⁵² ve Yargıtay⁵³ tarafından da benimsenmektedir.

b- Çocuğun Menfaati

Genel bir kavram olan menfaat, konumuz bakımından, çocuğun daha iyi yetişme, bakılma, eğitim ve terbiyesinin gereği gibi yerine getirilmesini ifade eder.⁵⁴ Çocuğun menfaati, bedensel, fikirsel, ahlaksal ve sosyal bakımdan özgürlük ve haysiyet içinde gelişebilme olanaklarına sahip olması halinde korunmuş olur. Bizim üzerinde duracağımız konu da, bu “yarar”ın çocuğun eşlerden hangisine verilmesi halinde, daha iyi sağlanabileceğine ilişkin ölçütleri ortaya koymak olacaktır. Bu ölçütler, çocuğun gelecekteki menfaati de göz önüne alınarak değerlendirilmelidir.

Çocuğun menfaati kavramıyla neyin anlatılmak istendiği ise mevzuatta açıkça belirtilmediği gibi, doktrinde de bu kavramın içeriğini her yönüyle belirleyen bir tanıma rastlanmamaktadır.⁵⁵ Bu belirsizlik, çocuğun menfaatinin ne olduğunun her somut olayda ayrıca tartışılıp tespit edilmesi gereken bir mesele olması sebebiyle önceden yapılacak genel bir tanıma ulaşmanın imkânsızlığından doğmaktadır. Bununla beraber, çeşitli

⁴⁹ Akyüz, Emine; Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesinin ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul, 1999, s.650 vd.; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Alper Mustafa; Türk Özel Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, İstanbul, 2005, s.140.

⁵⁰ Akyüz, Çocuğun Güvenliği, s.81.

⁵¹ Akarslan, Mediha; Ana hatlarıyla Çocuk Hakları ve Çocuk Hakları Mevzuatı, İstanbul, 1998, s.53.

⁵² Tekinay, s.273; Köprülü/Kaneti, s.198; Hatemi/Serozan, s.248; Feyzioğlu, s.381; Velidedeoğlu, s.267.

⁵³ YHGK 18.10.1969 gün ve E:1968/2-286, K:1968/771 sk. (Ceylan, Ebru; Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2006, s.156).

⁵⁴ “...Velayetin düzenlenmesinde aslolan çocuğun, bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatidir. Çocuğun menfaati onun menfaatidir. Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde hakim çocuğun korunması için uygun önlemleri alır. Toplanan delillerden çocuğun anne yanında kalmasının bakım ve eğitimi konusunda tehlike yaratacağı anlaşılmıştır.” Y. 2. HD. 14.12.2004 gün ve 12249/15059 sk.; Yalçınkaya/Kaleli, s.1845; Velidedeoğlu, s.240.

⁵⁵ Akyüz, Emine; Çocuğun Güvenliği Sorunu, Ankara, 1991, s.7.

somut olaylardan hareket edilmek suretiyle bu kavramın en azından hangi hususları kapsadığının çok genel ve soyut da olsa belirlenmesi mümkündür. Buna göre çocuğun menfaati, belirli bir durumda, onun en ileri düzeyde gelişim ve korunmasının sağlanması olup; bu gelişim ve korunma, çocuğun kişiliğinin fiziksel, zihinsel, psikolojik, sıhhi, sosyal, ekonomik ve hukuki olmak üzere tüm yönlerini kapsar.⁵⁶

Çocuğun menfaatinin hakim tarafından korunması gereği, özellikle anne ve babanın çocukla aykırı menfaatleri olması halinde önemli hale gelir. Çünkü çocuğun kendilerine verilmesi konusunda boşanan eşlerin karşılıklı ısrarları, bazen şefkat duygularına değil de, maddi düşüncelere veya karşı taraftan intikam alma düşüncesine dayanır. Bu durumda da çocuğun menfaati ikinci plana atılmaktadır.⁵⁷ İşte hakim bu sakıncaları önlemek üzere, çocuğun menfaatini her şeyden üstün tutarak, onun menfaatine olan düzenlemeyi yapacaktır.⁵⁸

Doktrinde çocuğun bedensel menfaatinin saptanmasında yeknesak ölçütler bulunabilirse de zihinsel, ruhsal ve ahlaki menfaatinin belirlenmesi bakımından çoğulcu bir toplumda sadece az sayıda genel geçerliğe sahip yargılara ulaşılabileceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda mesela çocuğa daha iyi bir eğitimin sağlanması ya da çocuğun uyumlu bir çevrede, ilgi ve sorumlulukla şekillenmiş, istikrarlı ve sürekli bir ilişkinin hakim olduğu ortamda büyümesi gibi temel tespitlerden yararlanılabilir. Bu noktada çocuğun menfaati kavramının belirlenmesinde tıp ve sosyal bilimlerin verilerinin göz önünde tutulması gereğine de işaret edilmelidir.⁵⁹

Çocuğun menfaati ilkesi, anne ve babanın yanı sıra çocukla ilgili herkese ve gereğinde çocuk için karar verecek adli ve idari makamlara yöneltilmiştir. Bu yönüyle bir davranış direktifi oluşturan çocuğun menfaati ilkesi, her şeyden önce, anne ve babanın ve söz konusu makamların çocukla ilgili bütün eylem ve kararlarında çocuk merkezli düşünmelerini gerektirir. Buna göre somut olayda çocukla ilgili bir karar alınırken, meselenin bütün yönleri çocuktan hareketle, çocuğun menfaati göz önünde tutulmak

⁵⁶ Akyüz, Çocuğun Güvenliği, s.8.

⁵⁷ Velidedeoğlu, s.266.

⁵⁸ "...Velayetin düzenlenmesinde çocuğun menfaati ön planda tutulur. Bu yön kamu düzenine ilişkin olup hakim görevi gereği kendiliğinden göz önünde tutar." Y. 2. HD.. 10.12.1990 gün ve E:1990/11922, K:1990/12658 sk. (Şener, Esat; Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Boşanma, Ankara, 1998, s.1326) "...Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Velayet düzenlenirken analık, babalık duygularından önce çocuğun geleceği, ihtiyaçları, bedeni ve fikri gelişimi öncelikle dikkate alınmalıdır." Y. 2. HD. 20.09.2004 gün ve 9116/10227 sk.

⁵⁹ İmamoğlu, s.175.

suretiyle değerlendirilmelidir. Bu noktada doktrinde, çocuğun menfaati ilkesinin yönlendirme veya ölçüt oluşturma işlevinden söz edilmektedir.⁶⁰

Bir davranış direktifi olarak çocuğun menfaati, çocuğun eksik, doğal ve hukuki erginliğini tamamlar. Şöyle ki; çocuk, kendi menfaatlerini ne fiilen ne de hukuken etkili biçimde koruyamaz. Bu yüzden çocuğun sorumluluğunu üstlenen kişiler, bunu onun yerine yapmak zorundadır. Bununla birlikte olgunluğu ölçüsünde çocuğun iradesi de dikkate alınmalıdır. Buna karşılık çocuk, bizzat fiil ehliyetine sahip ve bu çerçevede anne ve babanın katılımı olmaksızın kendi başına karar vermeye muktedir olduğu sürece, çocuğun menfaati ilkesi geçerli değildir; böyle bir halde çocuğun iradesi belirleyicidir.⁶¹

Çocuğun menfaatine neyin hizmet edeceği, her zaman sadece somut olayın özelliklerine göre belirlenebilir. Bu belirlemede, diğer bir ifadeyle çocuğun menfaatinin somutlaştırılmasında, anne ve babanın birincil karar verme yetkisi bulunmaktadır. Ancak anne ve babanın bu konudaki karar verme yetkisi, mutlak ve sınırsız değildir. Burada sınırı, yine çocuğun menfaati ilkesi oluşturmaktadır.⁶² Şöyle ki; çocuğun menfaatinin tehlikeye düşeceği sınıra kadar anne ve babanın çocukla ilgili karar verme yetkisi mevcuttur. Ancak çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesi halinde, hakim anne ve babanın velayet hakkına müdahale ederek çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.⁶³ Bu noktada çocuğun menfaati ilkesi, aynı zamanda hakimin müdahalesinin haklılık temelini de oluşturmaktadır.

3- Çocuğun Özellikleri

Hâkim, boşanma davasında velayeti düzenlerken çocukların menfaatini bütün düşüncelerden önce göz önünde bulundurmak zorundadır. Bu sebeple çocukların yaşı, cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, sağlığı, çocuk ölmüşse ölüm tarihi hâkim tarafından dikkatle belirlenmelidir.⁶⁴

⁶⁰ İmamoğlu, s.175.

⁶¹ İmamoğlu, s.176.

⁶² Öztan, s.648.

⁶³ Öztan, s.668-669.

⁶⁴ Gençcan, Ömer, Uğur; Boşanma Hukuku, Ankara, 2006, s.853.

a- Çocuğun Yaşı

Velayetin anne babadan hangisine verileceği konusunda, çocuğun yaşı önemli bir ölçüttür.⁶⁵ Genellikle, anne bakım ve şefkatine muhtaç çok küçük yaştaki çocuğun ciddi engeller bulunmadıkça⁶⁶ velayeti anneye verilir.⁶⁷ Çünkü bir kadın olarak annenin, çocuk bakımını bildiği, küçüğün ihtiyaçlarını daha iyi karşılayacağı varsayılır. Küçük yaşlardaki çocuk, sıcak bir anne kucağına ve onun ilgisine muhtaçtır.⁶⁸ Yargıtay, birçok kararında sürekli olarak bu hususu vurgulamıştır.⁶⁹ Bununla birlikte çocuk anne bakım ve şefkatine muhtaç olduğu halde anne vesayet altındaysa (kısıtlanmasına karar verilmişse) çocuğun velayeti anneye verilemez. Anne cezaevinde bulunuyorsa bu durumda çocuk anne bakım ve şefkatine muhtaç olsa bile çocuğun velayetinin bir engel olmadığı takdirde babaya verilmesi gerekir.⁷⁰ Yargıtay'ın anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuk kavramı için belirlediği bir yaş yoktur. Bu konuda gelişim psikolojisinin verilerinden yararlanılması gereklidir. Gelişim psikolojisi ise çocuğun gelişimini dört döneme ayırmaktadır.⁷¹

aa- 0-3 Yaş Grubu Çocuklar

Bu yaş grubundaki çocuklar anneye derin duygusal bağlarla bağlıdır. Çocuk bütün yaşantısını annesinin çevresinde kurmuştur. Başkalarının kendisine yaklaşmasını annenin uzaklaşması olarak değerlendirir. Psikologlara göre en kötü etkiler bu yaşlarda anneden yoksunluktan kaynaklanmaktadır.⁷²

Bir yaş altında çocuklar üzerinde yapılan bir araştırmada; annenin üç aylık

⁶⁵ Tekinay, s.275; Yalçinkaya/Kaleli, s.1845; Velidedeoğlu, s.268; Köprülü/Kaneti, s. 198.

⁶⁶ Özügür, Evlilik Birliğini, s.968.

⁶⁷ Kaçak, Nazif; Açıklamalı-İçtihatlı Boşanma Nafaka Mal Rejimleri Velayet, Ankara, 2004, s.647; İnal, Uygulamada, s.1136.

⁶⁸ Yalçinkaya/Kaleli, s.1846.

⁶⁹ "...Ana yanında kalmasının çocuğun bedenî, fikrî, ahlâkî gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği takdirde ana bakım, şefkatine muhtaç çocuğun velayetinin anaya verilmesi gerekir." Y. 2. HD.. 19.06.1997 gün ve E:1997/6117, K:1997/5466 sk.; Aynı yönde YHGK 07.10.1998 gün ve E:1998/2-651, K:1998/676 sk. (Gençcan, Boşanma, s.858) Aynı yönde bkz.YHGK, 7.10.1998 gün ve E:1998/2-651, K:1998/675 sk. (Gençcan, Ömer Uğur; Öğreti ve Uygulamada Boşanma, Tazminat, Nafaka, C. 2, Ankara, 2000, s. 1188)

⁷⁰ Nitekim YHGK 21.09.1994 tarihli bir kararında 22.04.1992 doğumlu bir çocuk için anne birden çok dolandırıcılık suçu işlemiş ve hakkında mahkumiyet kararı verilmiş, halen de cezaevinde bulunmaktadır. Çocuğun anneye ve dedesinin yanında kalmasına, davalının annelik görevlerini gereği gibi yerine getirememiş olmasına göre, babanın da bir engeli saptanmaması karşısında velayetin babaya verilmesi gerektiğine karar vermiştir."

⁷¹ Gençcan, Boşanma, s.858.

⁷² Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.57-58.

yokluğunun bebekte karamsarlığa, gelişme bozukluklarına, pasifliğe ve hastalanma eğiliminin artmasına yol açtığı görülmüştür. Ayrılık beş aya çıktığında, çocukta kalıcı bozukluklar, örneğin, zekâ geriliği görülmüştür. Daha büyük çocuklarda ise, kâbus görmeler, genel bir saldırganlık, huysuzluk ve dengesizlik gözlemlenmiştir. Bu yaştaki bir çocuk baba tarafından bakılamaz/emzirilemez. Çocuk anne sütüne muhtaçtır. O hâlde hemen meydana gelebilecek bir tehlikenin varlığı kanıtlanmadıkça bu yaş grubundaki çocukların velayeti anneye verilmelidir.⁷³

Bu yaş grubundaki çocukların velayetinin anneye verilmesinde annenin yaşantısının hiçbir önemi yoktur. Bu sebeple annenin; bir başka erkekle cinsel ilişki kurması, değişik erkeklerle birlikte olması, "seks işçisi" olarak çalışması, evde bir başka erkekle yakalanması, kuma olarak yaşaması, dinsel nikâhla başkası ile yaşıyor olması velayetinin anneye verilmesi engellemez. Yargıtay' a göre, bu yaş grubunda olan bir çocuk annenin yaşantısını⁷⁴ idrak edebilecek⁷⁵ çağda olmadığı gibi, annenin olumsuz davranışlarını kavrayabilecek yaşta da değildir. Yargıtay birçok kararında bu konuda bu kadar açık bir tavır sergilemesine rağmen uygulamada bazı durumlarda isabetsiz olarak velayet anneye verilmemektedir.

Çocuğun menfaati, bazen anne sütüne muhtaç küçüğün bile babaya verilmesini gerektirebilir. Burada, bir anlamda çocuk açısından çeşitli yararlar ve sakıncalar arasında gerçekçi bir denge kurulmalı ve farklı açılardan ona yarar sağlayacak etkenler arasında, en önemlisi dikkate alınmalıdır.⁷⁶ Örneğin, kendisi hasta olan annenin çocukla gereği gibi ilgilenemeyeceği, onun bakım ve yetiştirilmesiyle uğraşamayacağı göz önünde tutulmalıdır.⁷⁷ Aynı şekilde, annenin çocuğun eğitimi ile bizzat meşgul olamayacağı, babanın ise çocukla çok yakından ilgileneceği anlaşıyorsa, velayetin babaya verilmesi, çocuğun psikolojik, ahlaki ve fikri gelişimi yönünden daha yararlı görünüyorsa, küçük yaştaki

⁷³ Gençcan, Boşanma, s.859.

⁷⁴ "...08.03.2001 doğumlu küçük Nur, annenin yaşantısını idrak edebilecek çağda 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 küçük Nur'un babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır." Y. 2. HD. 12.07.2002 gün ve 8353/319 sk.

⁷⁵ "...Küçük annenin yaşantısını idrak edecek yaşta 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 21.08.1999 doğumlu Ebru Seval'in babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır." Y. 2. HD. 18.07.2002 gün ve 8585/9729 sk.

⁷⁶ Yalçınkaya/Kaleli, s.1847.

⁷⁷ Yalçınkaya/Kaleli, s.1847.

çocuğun velayeti babaya verilebilir.⁷⁸

bb- 3-6 Yaş Grubu Çocuklar

Bu yaşlarda bulunan çocuğun anneye olan gereksinimi 0-3 yaş grubuna göre daha azdır. Ancak yine de annenin yakınlığına çok gereksinimi vardır. Çocuğun benliğinin gelişimi, cinsel rol benimsenmesi gibi kavramların çocukta somutlaştırılması bu dönemde söz konusu olmaktadır.⁷⁹ Bu nedenle bu yaşlardaki anne yoksunluğu derin izler bırakabileceğinden velayetin anneye verilmesi tercih olunmalıdır.⁸⁰ Ancak çocuğun anneye verilmesinde çocuğun aleyhine durumlar da olmamalıdır. Örneğin anne bakım ve sevecenliğine muhtaç bulunan çocuğu terk eden ve ihtara karşın yuvasına dönmeyen kadına çocuğun velayeti verilemez.⁸¹ Bu nedenle hakim çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç olduğunu saptadıktan sonra çocuğun velayetinin anneye verilmesine bir engel olup olmadığı araştırılmalıdır.⁸²

cc- 6-13 Yaş Grubu Çocuklar

Bu yaş döneminde çocuğun anneye bağımlılığı ve ihtiyacı azalmakta, çocuk dış dünyaya yönelme eğilimi göstermektedir. Çocuğun bu dönemde anneye olan gereksinimi azaldığından bu dönemde anneden ayrılmaya karşı, küçük yaşlarda olduğu kadar kuvvetli tepkiler görülmez.⁸³ Ancak tam anlamıyla bağımsız bir kişilikten, kendi kendine yetebilen bir birey olgusundan söz edilemez. Azalarak da olsa, çocuğun anneye olan duygusal bağıllığı devam etmektedir.⁸⁴ O halde 6-13 yaş grubuna dahil çocuk için anne bakım, şefkatine muhtaçlıktan söz edilemez. Bu yaş grubu için eğer çocuğun sorumluluğunu alacak olan anne modeli yeterli ise çocuk anneye verilebileceği gibi babaya da verilebilir.⁸⁵ YHGK bir kararında,⁸⁶ 1990 doğumlu sekiz yaşında bir çocuğun

⁷⁸ Köprülü/Kaneti, s.199.

⁷⁹ Tutumlu, Yeni Türk Medeni Kanunu, s.37.

⁸⁰ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.58. "...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 müşterek çocuk 1.10.2000 doğumlu ve dört yaşında olan Kaan'ın Türk Medeni Kanununun 182, 336/2 maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır." Y. 2. HD. 31.03.2005 gün ve 4027/5242 sk.; Aynı doğrultuda bkz Y. 2. HD., 11.06.s2002 gün ve 4696/7901 sk. (Gençcan, Boşanma, s.859).

⁸¹ Y. 2. HD. 05.07.2000 gün ve 7540/9281 sk. (Kaçak, s.647, 678).

⁸² Ergün, Zafer; Boşanma Davaları, Ankara, 2004, s.153.

⁸³ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.59.

⁸⁴ Tutumlu, Yeni Türk Medeni Kanunu, s.482.

⁸⁵ Gençcan, Boşanma, s.860; "...Küçük beş yaşından beri baba yanında olup, on yaşını geçmiş anne bakım ve şefkatine ihtiyaçtan kurtulmuştur. Babanın herhangi bir ihmali kanıtlanamadığına göre velayet hakkının değiştirilmesi yasaya aykırıdır." Y. 2. HD. 01.02.2000 gün ve 13602/964 sk. (Kaçak, s.692).

anne bakım ve şefkatine muhtaç olduğuna karar vermiştir.

dd- 13-17 Yaş Grubu Çocuklar

Baba, ergenlik çağından sonra çocuğun yaşantısında model teşkil etmesi ile çocuğun otoriteye karşı mücadelesinde önemli rol oynar.⁸⁷ Çocuk kimi zaman babayı örnek olarak kimi zaman ona karşı koyarak yeteneklerini ve bağımsız kişiliğini geliştirir.⁸⁸ O halde 13-17 yaş grubu için baba yanında eylemli olarak kalmakta olan çocukların baba yanında kalmaya devam etmesi uygundur. Bu yaş grubu çocukların anne yanında kalıyor olmaları hâlinde ise az sonra açıklayacağımız diğer şartlar gerçekleşmişse velayetin anneye verilmesi uygundur. Özellikle genç kızlık çağındaki çocuğun velayetinin öncelikle anneye verilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁸⁹ Bu gibi durumlar dışında velayet babaya verilmelidir.⁹⁰

ee- Ergin Çocuklar

Aile mahkemesi ergin bir çocuk hakkında velayet düzenlemesi yapması doğru değildir.⁹¹

b- Çocuğun Cinsiyeti

Hâkim, velayeti düzenlerken çocuğun cinsiyetini göz önünde bulundurmak zorundadır.⁹² Yapılan bir araştırmaya göre; babanın, kız çocuğun gelişiminde, anne

⁸⁶ YHGK 11.03.1998 gün ve 2-175/213 sk. (Ergün, s.153).

⁸⁷ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.60.

⁸⁸ Kaçak, s.647.

⁸⁹ Kaçak, s.648.

⁹⁰ "...Tarafların müşterek çocuğu 13 yaşındadır. Davacı annenin davadan sonra nereye gittiği belli değildir. Ana bakım ve şefkatinden de çıkmıştır. Şu halde velayet hakkının kesintisiz kullanılmasını sağlamak amacı ile velayeti davalı babaya verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru değildir." Y. 2. HD.. 11.06.2002 gün ve 4367/7923 sk. (Gençcan, Boşanma, s.860).

⁹¹ Gençcan, Boşanma, s.861; "...19.2.1984 doğumlu müşterek çocuk Özgür Ay 11.6.2002 dava tarihinde ergindir. Velayet ve şahsi ilişki düzenlemesi yapılması doğru değilse de bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün düzeltilerek onanması gerekmiştir." Y. 2. HD.. 21.04.2004 gün ve 3924/5101 sk.; "...29.01.1982 doğumlu Gürsu' nun 18 yaşını doldurduğu göz önünde tutulmadan bu çocuk hakkında velayet düzenlemesi yapılması ve çocuk için anaya nafaka verilmesi doğru değildir." Y. 2. HD.. 25.06.2002 gün ve 5504/8483 sk.; "...Tarafların müşterek çocuğu Mete Kaşar tarihinde reşit bulunduğu halde velayet ve kişisel ilişki düzenlenmesi doğru değildir. Ancak bu yanlışlık yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesi gereğince kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir." Y. 2. HD.. 17.07.2002 gün ve 8893/9639 sk. (Gençcan, Boşanma, s.861).

⁹² "...Yasemin 1989 doğumludur. Ancak cinsiyeti itibariyle annenin ilgi ve yakınlığına ihtiyacı vardır. Ana

kadar önemli rol oynadığı, yapılan ölçümler sonucunda baba ile olumlu ilişkiler içinde olan kız çocuğunun sosyal gelişiminin, daha iyi olduğu görülmüştür Babadan ayrı olmanın kız çocuklarında da, saldırganlık, kendine yönelik saldırganlık, kaygı duyma ve cinsiyet rolü ile ilgili uyum problemleri, karşı cinsle uyum kurmakta zorlanma gibi, kişilik bozuklukları oluşturduğu gözlenmiştir .⁹³

Yapılan çalışmalarda, yalnız annelerin çocuklarının, genellikle erkek çocuklarının, tam aile çocuklarına oranla, zekâ ve kişilik gelişmelerinde, sosyal davranışlarında daha çok zarara uğradığı, bu çocukların okul başarılarının ve zekâ-yetenek gibi test sonuçlarının düşük olduğu saptanmıştır¹⁴. Beş yaşından önce babadan ayrılan erkek çocuklar, erkeksi davranış ve yönelmelerde daha az avantajlıdırlar. Eğer anne olumlu erkeksi davranışları destekler ve çocuğu bağımsız olması için teşvik ederse, cinsel kimlik daha az zarar görmektedir. Buna karşılık anne oğluna karşı aşın duygusallık sergilerse, erkek çocuk hem erkeksi hem kadınsı davranışlara yönelerek çift cinsiyet özelliklerini gösterme eğilimi artacaktır.⁹⁴ Halk arasında yaygın kanaatin aksine erkek çocuğun babaya, kız çocuğun anneye verileceği konusunda bir ilke yoktur.

c- Çocuğun Eğitim Durumu

Velayet düzenlenirken çocuğun eğitim durumu göz önünde bulundurulmak zorundadır. Çocuğun kimin yanında okumakta olduğunu belirlemeden velayeti düzenlemesi yapmamalıdır.⁹⁵ İlgili okul müdürlüğünden bu durum soruşturulmalıdır.⁹⁶ Anne ve babadan biri çocuklarını Türk Milli Eğitiminin amaçları dışında yetiştirmeyi

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 1989 doğumlu Yasemin'in babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır." Y. 2. HD. 09.07.2002 gün ve 8334/9186 sk. (Gençcan, Boşanma, s.854).

⁹³Kaynaroğlu, Nilgün; Orta Sosyo-Ekonomik Düzeydeki Boşanmış Ailelerin Altı Yaş Grubu Çocuklarındaki Psiko-Sosyal Özelliklerin İncelenmesi, H. Ü. Sağlık Bilimleri Enstitüsü Çocuk Gelişimi ve Eğitimi Doktora Tezi, Ankara, 1984, s.10.

⁹⁴ Kaynaroğlu, s.6.

⁹⁵ "...Velayeti davalı anneye bırakılan küçük 19.1.1988 doğumlu olup, 3 yıldır da davacı babanın yanında kaldığı tahsiline devam ettiği de sabittir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi, Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri gereğince idrak çağındaki küçük mahkemece dinlenmeden velayetinin yazılı şekilde düzenlenmesi doğru olmamıştır." Y. 2. HD. 05.04.2005 gün ve 1451/5416 sk. (Gençcan, Boşanma, s.856).

⁹⁶ "...Yargılama sırasında sunulmayıp; temyiz dilekçesine eklenen belge temyiz aşamasında nazara alınamaz. Tanık Emin, davalı kadının 2002 yılında okulun açılmasından kısa bir süre sonra çocuğu da okuldan alıp evi terk ettiğini beyan etmiştir. İlgili okul müdürlüğünden çocuğun okuldan ayrıldığı tarihin tespiti ile sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." Y. 2.HD.. 15.03.2004 gün 2539/3272 sk. (Gençcan,Boşanma, s .856).

amaçlayan bir grubun elemanıysa ve çocuğun eğitim hakkını kullanmasına engel oluyorsa velayetin o tarafa verilmemesi gerekir.⁹⁷

d- Çocuğun Sağlık Durumu

Boşanma davasında velayet düzenlenirken çocuğun sağlık durumu da göz önünde bulundurulmak zorundadır. Çocuğun sağlık durumuna göre tedavi olanakları dosya içerisinde belirlenmeli ve buna uygun olan tarafa velayet verilmelidir.⁹⁸ Örneğin hasta bir çocuğun velayeti anneye verildiği takdirde onun bağlı olduğu sağlık kuruluşu bu hastalığın tedavisine yeterli cevap veremiyorsa, babanın bağlı olduğu sağlık kuruluşu veya babanın olanakları çocuğun sağlık açısından tedavisini yapabilecek yetkinlikteyse, çocuğun velayetinin babaya verilmesi daha uygun olacaktır.⁹⁹

e- Çocuğun Doğum Tarihi

Hâkim, velayeti düzenlerken çocuğun doğum tarihini göz önünde bulundurmak zorundadır. Velayetin düzenlenmesine konu çocuk davadan önce doğmuş olabileceği gibi dava sırasında doğduğu gibi kararın kesinleşmesinden sonra da dünyaya gelmiş olabilir.¹⁰⁰

aa- Velayetin Düzenlenmesine Konu Olan Çocuğun Dava Sırasında Doğmuş Olması

Velayetin düzenlenmesine konu çocuğun dava sırasında doğmuş olması durumunda ne yapılması gerektiği konusunda Yargıtay farklı bir tutum izlemiştir. Bazı kararlarda dava sırasında doğduğu iddia edilen çocuğun nüfusa kaydından sonra velayet düzenlemesinin ayrı bir dava ile istenmesi görüşünü sergilemiştir.¹⁰¹ Buna karşılık bazı

⁹⁷ Ergün, s.157.

⁹⁸ Özügür, Evlilik Birliğini, s.963; “...Tarafların müşterek çocuğu Tansu' nun spastik özürlü olduğu, Aydın' da rehabilitasyon eğitimine devam ettiği, iki yıldır da babası yanında olduğu, davacı kadının Aydın' da gösterilen adreste bulunmadığı anlaşılmıştır. Kardeşlerin birbirinden ayrılması da gelişmelerine olumsuz etki yapar. Şu halde 1995 doğumlu Tansu' nun velayetinin de babasına verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru değildir.” Y. 2. HD. 29.01.2002 gün ve 224/798 sk. (Gençcan, Boşanma, s.855).

⁹⁹ Ergün, s.155.

¹⁰⁰ Gençcan, Boşanma, s.854.

¹⁰¹ “...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davalının

kararlarda ise dava sırasında doğduğu iddia edilen çocuğun nüfusa kaydı sağlanıp velayet durumunun düşünülmemesi Yargıtay tarafından doğru bulunmamıştır.¹⁰² İsabetli olan uygulama son görüştür. Velayetin düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgilidir. Bu düzenleme ertelenerek çocuk korumadan yoksun bırakılamaz. Hâkim tarafından yapılacak iş; dava sırasında doğduğu iddia edilen çocuğun nüfusa kaydı için taraflara mehil verilmeli ve nüfus kaydı gerçekleştirildikten sonra velayet düzenlenmelidir.¹⁰³

bb- Velayetin Düzenlenmesine Konu Olan Çocuğun Kararın Kesinleşmesinden Sonra Doğmuş Oması

Velayetin düzenlenmesine konu olan çocuk kararın kesinleşmesinden sonra da dünyaya gelmiş olabilir. Bu durumda, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra doğan çocuk bakımından her an için velayet düzenlemesi yapılabileceği için¹⁰⁴ velayet düzenlemesi için dava açılmalıdır.

f- Çocuğun Alıştığı Çevre ve Ortam

Çocukların alıştıkları çevrenin dışına çıkarılmaları, çeşitli olumsuz gelişmeleri beraberinde getirebilir. Zira bu durum çocuğun duygusal ve zihinsel yaşantısını etkileyerek gelişimini durdurabilir ve çocuğu olumsuz yönde etkileyebilir. Küçük yaşlardaki çevre değişikliği, çocuğun o ana kadar istikrarlı bir çevrede yaşaması halinde geliştirdiği kabul edilen çeşitli kişilik özelliklerinin ve yeteneklerinin gerilemesi ve ortadan kalkması

davayı takip etmemiş bulunmasına ve dava sırasında doğduğu iddia edilen Sezer' in nüfusa kaydından sonra velayet düzenlemesinin ayrı bir dava ile istenmesinin mümkün bulunmasına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edene yükletilmesine peşin alınan harcın mahsubuna, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi." Y. 2. HD.. 28.03.2005 gün ve 2969/4908 sk. (Gençcan, Boşanma, s.855).

¹⁰² "...Davacı boşanma davası açarken hamile olduğunu belirtmiş, dinlenen tanıklardan yargılama aşamasında çocuğun doğduğunu ifade etmişlerdir. Mahkemece doğan çocuğun nüfusa tescilini temin için taraflara mehil verilmesi, velayetinin düzenlenmesi, velayet kendisine verilmeyen tarafla kişisel ilişki kurulup, iştirak nafakası takdir edilmesi gerekir. Bu husus üzerinde durulmaması usul ve yasaya aykırıdır." Y. 2.HD. 25.01.2002 gün ve 17573/458 sk; "...Dava devam ettiği sırada davacı kadının bir çocuk doğurduğu anlaşılmaktadır. Bu çocuğun nüfusuna kaydı sağlanıp velayet durumunun düşünülmemesi doğru görülmemiştir" Y. 2. HD. 25.10.2001 gün ve 13218/14584 sk. (Gençcan, Boşanma, s.855).

¹⁰³ Gençcan, Boşanma, s.855.

¹⁰⁴ "...Müşterek çocuklardan Berkay boşanmadan sonra 6.9.1998 de doğmuştur. Velayeti askıdadır. Esra' nın annede olan velayeti nezedilmiş, bu husus davalı tarafından temyiz edilmemiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında Berkay' ın velayetinin de babaya (davacıya) bırakılıp, anne ile çocuk arasında uygun bir kişisel ilişki kurulması gerekir. Bu husus üzerinde durulmadan yazılı hüküm kurulması isabetsizdir." Y. 2. HD. 11.03.2002 gün ve 2674-3338 sk. (Gençcan, Boşanma, s.855).

sonucunu doğurabilir. Örneğin, çocuğun konuşma yeteneği geriler, unutkanlık, yer ve zaman kavramlarında belirsizlik, yalancılık, evden kaçma gibi kişilik bozuklukları görülür.¹⁰⁵

Okul döneminde ise çocuk, kendisine en yakın eğitici durumunda bulunan anne ve babasının kurallarını, yasaklarını ve daha geniş olarak çevresinin sosyal normlarını öğrenme, onlarla özdeşleşme çabası içindedir. Onun çevresinin değişmesi, bu özdeşleşmeyi engeller, bu da çocuğun toplumsallaşmasında çok olumsuz rol oynar ve ilerideki hayatında uyumsuz olmasına yol açar.¹⁰⁶ O halde çevre değişikliğinin çocuğun gelişimi üzerindeki olumsuz etkileri göz önünde tutularak olanaklı olduğu ölçüde çocuğun yerleşim yerinin değiştirilmemesine özen gösterilmelidir.¹⁰⁷ Çocuğun boşanmadan sonra düzenli bir ortama yerleştirilmesi ve bu ortamın sık sık değiştirilmemesi halinde çocuk boşanmayı daha kolay benimseyebilmektedir.¹⁰⁸ Bununla birlikte uygulamada özellikle baba, çocuklarını kaçırpıp sonra da onları alıştığı çevreden uzaklaştırmaktadır. Bu halde fiili bir durumdan bahsetmeye olanak bulunmamaktadır.

g- Çocuğun Aile Ortamında Yaşayabilme Olanakları¹⁰⁹

Çocukların bedensel, zihinsel ve duygusal bakımdan gelişmesi düzenli bir aile hayatı içinde gerçekleştirilir. Çünkü çocuk, aile içinde anne ve babasını izleyerek ve taklit ederek toplumsal rolleri öğrenir. Bu bakımdan aile, en etkin eğitim kurumudur. Kişiliğin ve zihinsel gelişimin temelleri de aile ortamında atılır.¹¹⁰ Velayet düzenlenirken, çocuğa anne, baba ve kardeşlerin bulunduğu "tam aile" de büyüye bilme olanağını sağlayacak tarafın seçilmesi uygun olur. Tam aile; anne, baba ve çocuklardan oluşan ve bireyleri arasında karşılıklı sevgi, saygı, dayanışma ve birbirine ait olma duygusu bulunan bir topluluktur. Boşanma ile tam aile olabilme olanağını kaybeden ailenin çocuğu, kendisini sosyalleştirici bu doğal çevreden yoksun kalacak ve gerekli uyumu sağlayabilmede zorlanacak, böylelikle çocuğun psiko-sosyal gelişmesi geri

¹⁰⁵ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.61.

¹⁰⁶ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.61,62.

¹⁰⁷ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.62,63; Y. 2. HD. 11.04.2000 gün ve 1876/4538 sk. (Kaçak, s.672); Aynı doğrultuda bkz Y. 2. HD. 10.03.2005 gün ve 1657/3658 sk.; Y. 2. HD. 22.03.2002 gün ve 3147/4072 sk.; Y. 2. HD. 17.11.2005 gün ve 13172/15805 sk.; Y. 2. HD. 21.06.2002 gün ve 7252/8381 sk.; Y. 2. HD. 07.03.2005 gün ve 15912/3304 sk. (Gençcan, Boşanma, s.862).

¹⁰⁸ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.16.

¹⁰⁹ Çelikel, s.48.

¹¹⁰ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.63.

kalacaktır.¹¹¹

Bu durumda hakim, çocuğun velayetini, yeniden evlenme ihtimali bulunan tarafa vermelidir. Ancak, bu düzenlemeyi yapmadan önce onun evleneceği kişinin çocuğa karşı nasıl davranabileceğini araştırmalıdır. Başka deyişle, üvey anne veya üvey babanın kişiliğinin araştırılması çok önemlidir. Bu kişinin çocuğun menfaatini tehlikeye düşürecek biçimde davranabileceği anlaşılırsa hakim velayeti böyle birisiyle evlenme ihtimali bulunan tarafa vermemelidir.¹¹²

h- Çocuğun Dini ve Mezhebi

Çocuğun dini görüş ve inançları, onun ruhsal gelişimini etkileyen etmenlerdendir. Din eğitimi, genel eğitim ve öğretimin bir parçasını oluşturur ve velayet hakkının kapsamındaki hak ve ödevlere dahildir. Çocuğa hangi dinin gereklerinin öğretileneğine velayet hakkına sahip olan anne veya baba karar verir (MK. md.341).

Dinî terbiye geniş anlamda dinin seçilmesini ve buna uygun eğitim verilmesini kapsar.¹¹³ Anne ve baba kural olarak, çocukları kendi inandıkları dine göre yetiştireceklerse de, çocuğu başka bir din seçmekte ya da onu din dışı bir dünya görüşüne göre yetiştirmekte de tamamen serbesttirler. Aynı şekilde anne ve baba, çocukları için seçmiş oldukları dini terbiyeyi de her zaman değiştirebilirler.¹¹⁴

Boşanma sonucunda velayet eşlerden birine verileceği için çocuğun dinî eğitimi hakkında da o karar verecektir.¹¹⁵ Dolayısıyla çocuğun dinî eğitimi hakkında diğerrinin karışma hakkı yoktur. Velayet kendisine verilen eş evvelkine aykırı düşecek bir dinî terbiye verebilir.¹¹⁶ Bu nedenle anne ve baba arasında din veya mezhep farkı varsa, özellikle belli yaştaki çocukların velayetinin, çocukla aynı din veya mezhebe sahip tarafa verilmesi uygun olur.¹¹⁷ Çünkü çocuğun başka bir din veya mezhebe göre eğitilmesi yani dininin değiştirilmesi, onun fikirsel ve ruhsal gelişimi bakımından zararlı

¹¹¹ Kaynaroglu, s.23.

¹¹² Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.65.

¹¹³ Oğuzman/Dural, s. 278,279.

¹¹⁴ Oğuzman/Dural, s.278,279.

¹¹⁵ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.78.

¹¹⁶ Öztan, s.392.

¹¹⁷ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.78.

sonuçlar doğurabilir.¹¹⁸ Yargıtay, velayet kendisine verilmemiş olan tarafın, diğerinin verdiği dinî terbiyeye müdahale edemeyeceği ve velayet kendisinde olan eşin çocuğu kendi dininde terbiye etmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılamayacağı görüşündedir.¹¹⁹ Velayet kendisine verilen taraf çocuğa dinî terbiye vermez ise çocuğun hâkime müracaat etme hakkı olduğu savunulmaktadır.¹²⁰

Görüldüğü üzere çocuğun velayetinin verilmesinde çocuğun dini veya mezhebi kadar çocuğun kendisine verileceği anne ya da babanın dini veya mezhebinin önemi olduğu açıktır. Burada önemli olanın çocuğun menfaati olduğu düşünüldüğünde çocuğun dini veya mezhebine sahip olan anne ya da babaya velayetinin verilmesinin uygun çözüm olduğu tartışmasızdır.¹²¹

1- Çocuğun Soy bağı

Baba, çocuğun kendisinden olduğundan şüphe ediyorsa, bu şüphe, onun çocuğa karşı tutum ve davranışlarını etkileyeceğinden, bu durum, velayet düzenlenirken göz önünde tutulmalı¹²² ve velayet anneye verilmelidir.¹²³ Baba tarafından, soy bağının reddi davasının açılmış olması, şart değildir. Babanın, dava açma ihtimalinin bulunması veya baba olmadığını açıkça iddia etmesi ve bu iddiayı doğrulayacak delillerin de bulunması yeterlidir.¹²⁴

aa- Çocukla Anne ve Baba Arasında Soy bağı İlişkisi Yoksa

Hakim, boşanma davasında tarafların ortak çocukları olmadıkları kayden belli olan küçükler için velayet düzenlemesi yapmamalıdır.¹²⁵

¹¹⁸ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.79.

¹¹⁹ Y. 2. HD. 27.12.1978 gün ve E:1978/8661, K:1978/9031 sk. (Gençcan, Boşanma, s.876).

¹²⁰ Öztan, s.392.

¹²¹ Gençcan, Boşanma, s.876).

¹²² Çelikel, s.62.

¹²³ Gençcan, Boşanma, s.877.

¹²⁴ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.79.

¹²⁵ Öztan, s.465; "...Tarafların müsterek çocuğu Şeyda Betül' ün velayetinin düzenlenmesi gerekirken davacı-davalı kocanın başka kadından olan küçük Damla Betül' ün velayetinin düzenlenmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." Y. 2. HD. 24.03.2005 gün ve 2655/4652 sk.; Aynı doğrultuda bkz Y. 2. HD. 10.05.2005 gün ve 5550/7649 sk.; Y. 2. HD. 29.09.2005 gün ve 13560/13100 sk. (Gençcan, Boşanma, s.878).

bb- Çocukla Anne ve Baba Arasında Soy bağı Sorunu Varsa

Velayet düzenlemesine konu çocukla; anne ve baba yönünden, sadece anne yönünden, sadece baba yönünden soy bağı sorunu olabilir. Kuşkusuz soy bağı sorunu çözülmeden boşanma davasında soy bağı sorunu yokmuşçasına velayet düzenlemesi yapılamaz. Bu gibi durumlarda hakim nüfus kayıtlarının düzeltilmesi için taraflara süre vermelidir.¹²⁶

Velayet düzenlemesine konu çocukla hem anne hem de baba yönünden soy bağı sorunu olabileceği¹²⁷ gibi sadece anne yönünden¹²⁸ veya sadece baba yönünden soy bağı sorunu olabilir. Bu sorunun çözümü soy bağının reddi davası açılmakla olanaklıdır. Soy bağının reddi davasının açıldığı anlaşıyorsa sonucu beklenmeli¹²⁹, soy bağı sorunu bulunduğu anlaşıldığı halde soy bağının reddi davası açılmamışsa dava açılması için mehil verilmeli ve açılacak davanın sonucu beklenerek karar verilmelidir.¹³⁰ Velayet düzenlemesine konu çocuk yönünden yanlış tescil varsa nüfus kayıtları doğru duruma getirtildikten sonra velayet konusunda karar verilmelidir.¹³¹

¹²⁶ Gençcan, Boşanma, s.879.

¹²⁷ "...Davalı, küçük Hikmet' in kendilerinden olmadığını ileri sürmüştür. Bu konuda kamu düzeni ile ilgili olan nüfus kayıtlarının düzeltilmesi için taraflara önel verilmesi velayet hakkının sonucuna göre düzenlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır." Y. 2. HD. 13.12.2004 gün ve 13681/14932 sk.; Aynı doğrultuda bkz Y. 2. HD. 28.02.2005 gün ve 963/2901 sk. (Gençcan, Boşanma, s.879).

¹²⁸ "...Tarafların müşterek çocuğu olarak görülen Ali' nin davalı kadından olmadığı iddia edilmiştir. Nüfus kayıtlarının tutulması kamu düzeni ile ilgilidir. Mahkemece davalıya küçük Ali' nin anne isminin düzeltilmesiyle ilgili dava açması için önel verilmesi, açılacak davanın sonucunun beklenmesi değerlendirilerek sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır." Y. 2. HD. 07.04.2005 gün ve 3614/5598 sk.; Aynı doğrultuda bkz Y. 2. HD. 24.05.2004 gün ve 5904/6583 sk.; Y. 2. HD. 12.02.2004 gün ve 488/1523 sk. (Gençcan, Boşanma, s.879).

¹²⁹ "...Tarafların müşterek çocuğu olarak kayıtlı bulunan 16.04.2004 doğumlu Yunus' un başka erkekten olduğu ileri sürülmüş, bu iddiayı doğrular nitelikte doğum belgesi sunulmuş, daha sonra da bu çocukla ilgili olarak Ankara 10. Aile Mahkemesi'nin 2005/122 esas S.11 dosya ile soybağının reddi davası açılmıştır. Soybağının reddine ilişkin dava sonucunun beklenilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi için küçük Yunus' un velayeti ile ilgili hükmün bozulması gerekmiştir." Y. 2. HD. 07.07.2005 gün ve 8536/10829 sk.; Aynı doğrultuda bkz Y. 2. HD. 18.04.2005 gün ve 4375/6243 sk.; Y. 2. HD. 06.10.2004 gün ve 9925/11279 sk. (Gençcan, Boşanma, s.880).

¹³⁰ "...Nüfus kayıtlarına göre tarafların Oğuzhan isimli müşterek çocukları görünmektedir. Resmi kayıtlar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Davacı bu çocuğun başkasından olduğunu iddia ettiğine göre davacıya nüfus kayıtlarında gerekli düzeltim işini yaptırmayı için süre verilip sonucu uyarınca Oğuzhan'ın velayeti konusunda karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi de bozmayı gerektirmiştir." Y. 2. HD.. 08.03.2004 gün ve 2106/2903 sk. (Gençcan, Boşanma, s.880).

¹³¹ "...Nüfus kayıtlarının düzenli tutulması kamu düzeni ile ilgilidir. Tarafların müşterek çocuğu 08.07.2001 doğumlu Rabia' nın davalının babası üzerine yazıldığı iddia edildiğinden bu konuda gereğinin takdir ve ifası için Cumhuriyet Başsavcılığına ihbar yazısı yazılmaması da doğru bulunmamıştır." Y. 2. HD. 20.09.2004 gün ve 8958/10268 sk.; Aynı doğrultuda bkz Y. 2. HD. 07.04.2005 gün ve 3611/5595 sk. (Gençcan, Boşanma, s.880).

i- Çocuğun Görüşü

Hakimin velayetin düzenlenmesi konusunda çocuğun menfaatine uygun düzenlemeyi yapabilmesi için, onun isteği¹³² ve eğilimlerini de araştırması gerekir.¹³³ Çocuğun isteğinin belirlenmesi, onun menfaatinin korunması bakımından önemlidir. Çünkü çocuk, boşanmadan sonra istemediği anne veya babası yanında kalmaya zorlanırsa, onunla sağlıklı bir duygusal gelişimin temeli olan olumlu ilişkiler kuramaz. Oysa anne ve baba çocuk için bir modeldir ve çocuk bu modeli benimseyerek kendi kişiliğini oluşturur. Çocuğun anne ve babayı kendine model alabilmesi, benimseyebilmesi ve davranışlarını bu modele uydurabilmesi ise, onları sevmesine bağlıdır.¹³⁴ Bu nedenle çocukların anne ve babalarına karşı besledikleri duygular gözden uzak tutulmamalı,¹³⁵ yaşları ilerlemiş olan çocukların anne veya babayı tercih etmeleri hususundaki kesin ve ısrarlı istemleri göz önünde bulundurulmalıdır.¹³⁶ Örneğin devamlı olarak babasının cinsel tacizine uğrayan, sürekli annesinin işkencelerine maruz kalan çocuk derdini hakime anlatmalıdır.¹³⁷

Öncelikle, isteği araştırılacak çocuk bağımsız düşünebilecek ve karar verebilecek yaşta (idrak çağında) olmalıdır. Çünkü küçük yaştaki bir çocuğu anne ve baba arasında tercih yapmaya zorlamak, onu ruhsal baskı altında bırakır. Ayrıca, bu yaşlardaki çocuğun gerçek isteğini tespit de zordur. Çocuğun görüşlerini açıklama olgunluğuna sahip olması gerekir.¹³⁸

Bazı görüşlere göre, çocuğun kendine özgü bağımsız bir isteği olamaz; çocuk bir istek belirtmiş olsa bile, bu onun etkisi altında bulunduğu anne veya babanın isteğini yansıtabilir. Bu nedenle, hakim, çocuğun belirttiği isteğin doğru olup olmadığını

¹³² "...Velayeti annede bulunana Yeşim 29.03.1992 doğumlu olup idrak çağındadır. Annenin yanında kalmayı istemektedir. Anne ve babanın ekonomik ve sosyal yapısı itibariyle ikisinin de birbirinden farklı durumu yoktur. Küçüğün beyanı dikkate alınarak davanın reddi gerekirken..." Y. 2. HD. 29.12.2005 gün ve 15517/18059 sk. (Gençcan, Boşanma, s.846) .

¹³³ Tutumlu, Boşanma, s.1268; Zevkliler/Acabey/Gökyayala, s.984; Tekinay, s.274; Öztan, s.468; Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.68; Akıntürk, s.322; Feyzioğlu, s.382; Velidedeoğlu, s.267; Gençcan, Boşanma, s.846.

¹³⁴ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.176.

¹³⁵ Akıntürk, s.322.

¹³⁶ İnal, Uygulamada, s.1137.

¹³⁷ Gençcan, Boşanma, s.849.

¹³⁸ Y. 2. HD. 28.01.2004 gün ve 14425/1026 sk. (Özuğur, Evlilik Birliğini, s.971); Aynı doğrultuda bkz.Y. 2. HD. 21.01.2003 gün ve E:2002/140802, K:2003/682 sk. (Ergün, s.643); Gençcan' a göre; çocuğun yaşının küçük olması, ana baba arasında seçim yapmaya zorlanarak ruhsal baskı altına alınmasının isabetsiz olması, küçük çocukların gerçek duygularını iyi anlatamaması, yanlarında kaldıkları ana ya da babasının öğrettiklerini tekrarlamaları türünden hiçbir görüş çocukların dinlenmesine gerek olmadığını gerektirmez. (Bkz Gençcan, Boşanma, s.848).

araştırmalıdır. Başka bir deyişle, hakim, çocukların isteklerinin her türlü etki dışında ve samimi olduğuna kanaat getirmelidir.¹³⁹ Öte yandan çocuğun gerçek isteğini açıklayamadığı durumlar söz konusu olabilir. Bu nedenle çocuğun beyanlarını tek başına değil,¹⁴⁰ onun tüm davranışları ve genel tutumu, anne ve baba ile ilişkileri, anne ve babanın çocuğa karşı tutumu, kısaca çocuğun ve anne ve babanın içinde bulunduğu tüm şartlar göz önünde bulundurularak değerlendirmek gerekir.¹⁴¹

Hakim, bu değerlendirmeyi ancak, çocuk psikolojisi ve psikiyatrisi alanındaki uzman bilirkişilerin yardımı ile yapabilir. Hakimlerin formasyon ve eğitimleri, psikolojik ayrıntılı tahliller içeren bilirkişi raporlarını değerlendirebilmeleri için yeterli olmayabilir. Ancak, bu sakınca, aile mahkemelerinde görevlendirilecek hakimlerin, çocuk psikolojisi, psikiyatrisi ve eğitimi konularında formasyon almaları ve hizmet içi eğitime tabi tutularak bu konularda bilgi verilmesi ile giderilebilir.¹⁴² 4787 sayılı Kanun' un 3. maddesinde, aile mahkemesi hakimi olarak tercihen aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olanların atanacağı şeklindeki düzenleme de, bu sakıncayı bir ölçüde gidermeye yöneliktir.

Medeni Kanun, velayet düzenlenirken çocuğun dinlenmesi gereğinden söz etmemektedir. 20 Kasım 1989 tarihli BMÇHS' nin¹⁴³ 12/1. maddesinde; taraf devletlerin görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğa kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özeni göstermek suretiyle tanıyacakları, 2. fıkrasında; bu amaçla çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada, çocuğun bizzat veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı sağlayacakları ifade edilmiştir. Buna göre, sözleşmeye taraf devletler, çocuğa, kendisini etkileyen durumlarda söz hakkı tanıma gibi açık ve kesin bir yükümlülük altındadırlar.¹⁴⁴ Maddede, söz konusu hakların tanınması bazı şartlara bağlı tutulmuştur. Buna göre;

- Çocuk, görüşlerini oluşturma yeteneğine (ayırt etme gücü) sahip olmalıdır.

¹³⁹ Şener, s.669; İnal, Uygulamada, s.1137.

¹⁴⁰ "...Tarafların müşterek çocuğu 19.07.1995 doğumlu Muhammet henüz kendi menfaatini idrak edebilecek yaşta ve yetenekte değildir. Çocuğun tercihi tek başına velayetin tevdiine dayanak yapılamaz." Y. 2. HD. 19.02.2002 gün ve 1988/2257 sk. (Gençcan, Boşanma, s.848).

¹⁴¹ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.71.

¹⁴² Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.72.

¹⁴³ Bu sözleşme 09.12.1994 tarih ve 4058 S.lı kanunla kabul edilmiş (RG. 11.12.1994 tarih ve 22138 S.), 244 Sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca da Bakanlar Kurulu'nun 23.12.1994 tarih ve 94/6423 sk. ile onaylanarak 27.01.1995 tarih ve 22184 Sayılı RG.'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmiştir.

¹⁴⁴ Tutumlu, Boşanma, s.1269.

Öncelikle, çocuğun görüşlerini açıklama hakkı konusunda asgari yaş sınırı belirlenmemiş, çocuğun olgunluk düzeyi ölçü alınmıştır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi bu maddenin uygulanmasında sadece çocuğun yaşı ve olgunluk düzeyinin tek başına yeterli olamayacağı, ayrıca bu alanda çalışan kişilerin de, çocuğun düşüncelerini ve çocukta aldığı bilgileri yorumlayabilecek zamana ve beceriye sahip olmaları gerektiğine dikkat çekmektedir.¹⁴⁵

- Çocuk, kendisini ilgilendiren konularda görüş açıklayabilir. Görüş açıklama hakkı, çocuğu ilgilendiren bütün konularda güvence altına alınmalı, çocuğun kendisini etkileyecek karar süreçlerine katılımı olmaksızın, etkili herhangi bir uygulamanın gerçekleşmeyeceği kabul edilmelidir.

- Çocuğun görüşlerine yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak özen gösterilmesi gerekir. Çocuğun görüşlerine hangi ölçüde ağırlık tanınacağını belirlenmesinde, yaş ve olgunluk düzeyi olmak üzere iki ölçü esas alınacaktır. Ancak, yaş tek başına belirleyici olmamalıdır. Sözleşme, çocukların karar süreçlerine katılımı söz konusu olduğunda belirli bir yaş sınırı konulmasını reddetmektedir.¹⁴⁶

25.01.1996 tarihli Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi¹⁴⁷ (ÇHKİAS), yargısal süreçte çocuğun görüşlerini açıklama ve katılım hakkına yönelik olarak, doğrudan doğruya uygulanabilir nitelikte usuli hükümler düzenlemektedir. Sözleşme, ilke olarak, çocuğun yüksek menfaatleri bağlamında kendisini etkileyen ailevi uyuşmazlığa ilişkin davalarda, katılımı, bilgilendirme ve görüşlerini açıklama haklarının tanınması ve bu hakları bizzat veya diğer kişi ya da kurumlar aracılığı ile kullanmasının kolaylaştırılması ve etkinleştirilmesi amacını gütmektedir.¹⁴⁸

Sözleşmenin 1. maddesinde, adli bir makam önünde çocukları etkileyen davalar, aile hukuku alanında, özellikle velayet, şahsi ilişki kurulması ve yerleşim yeri gibi anne ve babanın sorumluluğunun kullanılmasından doğan davalar olarak tanımlanmış, 3. maddesinde de; yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa,

¹⁴⁵ Aytaç, Mehlika; Çocuğun Yargısal Süreçte Görüşlerini İfade Etme ve Katılım Hakkı Yönünden Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, AD., Nisan 2002, S. 1, s.22.

¹⁴⁶ Çelikel, s.56.

¹⁴⁷ Sözleşme 18.01.2001 tarih ve 4620 Sayılı Kanun ile kabul edilmiş (RG. 01.02.2001 tarih ve 24305 S.) ve onaylanması Bakanlar Kurulu'nun 12.03.2002 tarih ve 2002/3910 sk. ile uygun bulunarak, 02.05.2002'de yürürlüğe girmiştir. (Bak 02.05.2002 tarih ve 24743 S.ılı RG.) Ayrıca Bkz. Dinç, H./Bıçkın, İ./Aycı, E; Uygulamada Aile Hukuku ve Çocuk Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Ankara, 2004, s.143.

¹⁴⁸ Aytaç, s.26.

adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği ilgili tüm bilgileri almak, kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek, görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek haklarının olduğu belirtilmiştir.¹⁴⁹

İç hukukumuzun bir parçası haline gelen ve yukarıda bir kısım maddeleri anlatılan Birleşmiş Milletler ve Avrupa Sözleşmelerinin boşanma, ayrılık, velayet, kişisel ilişki kurulması davalarında uygulanması zorunludur¹⁵⁰. Buna göre bu davalara bakmakla görevli hakim, idrak çağındaki çocuğa, mevcut dava ve verilecek muhtemel (velayet, kişisel ilişki) kararın sonuçları hakkında gerekli bilgileri onun anlayacağı bir dille aktarmalı ve görüşlerini ifade etmesine imkân sağlayarak beyanını tutanağa geçirtmelidir. Hakim, çocuğun yüksek çıkarlarının korunması bağlamında, uzmanların (pedagog, psikolog ve sosyal çalışmacı) yardımından faydalanabileceği gibi her türlü tedbiri almak yetkisini de haizdir.¹⁵¹

Yargıtay da, sözü edilen sözleşme hükümlerinin uygulanmasında gereken duyarlılığı göstermekte¹⁵² yeterli idrak gücüne¹⁵³ sahip, görüşlerini oluşturma yeteneğine haiz¹⁵⁴ çocuğun görüşünün alınmamasını yahut alınıp da buna önem verilmemesini bozma sebebi saymıştır.¹⁵⁵

¹⁴⁹ Tutumlu, Boşanma, s.1270.

¹⁵⁰ Tutumlu, Boşanma, s.1271.

¹⁵¹ Tutumlu, Boşanma, s.1271.

¹⁵² Belirtelim ki Yargıtay'ın bu uygulaması esasen, Çocuk Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler ve Avrupa Sözleşmelerinden çok öncesine dayanmaktadır. Örneğin YHGK' nın 07.02.1970 gün ve 52/71 sk.ı "...Hakim, boşanmadan sonra çocuğun velayetini ana veya babadan hangisine vereceğini takdir ederken, yaş durumu uygunsa çocuğun arzusunu da soruşturmalıdır." (Tutumlu,Boşanma, s.1271).

¹⁵³ Yargıtay bir kararında 'olgunluk çağındaki' çocuktan söz etmektedir. "...Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12., Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesinin 2. ve 6. maddeleri gereğince olgunluk çağında olup dinlenen müşterek çocuğun anne yanında kalmak arzusu dikkate alınarak velayetin davalı anneye verilmesi gerekirken yazılı şekilde velayetin babaya bırakılması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." Y. 2. HD. 20.05.2004 gün ve 5425/6539 sk. (Gençcan olgunluk ile idrak gücünün birbirinden ayrı iki kavram olduğunu, olgunluğun (yetkinlik, kemal), idrak gücüne(akıl erdirmeye, anlama yeteneği) sahip olmaktan ileri aşamayı tanımladığı, böyle bir tanımlamanın uygulamayı yersiz olarak daralttığı görüşündedir. Bkz. Gençcan, Boşanma, s.846).

¹⁵⁴ Yargıtay 'görüşlerini oluşturma ve özgürce ifade etme yeteneğine sahip' çocuktan söz etmektedir. "...Tarafların ortak çocukları (1990) Tansu, 28.07.1995 doğumlu olup sekiz yaşındadır. Tarafların fiilen ayrıldıkları tarihten beri davalı babanın yanında kaldığı anlaşılmaktadır. Çocuk 03.04.2003 tarihli oturumda velayet konusunda tercihini babadan yana kullanmış ve babasının yanında kalmak istediğini bildirmiştir.Davacı da çocuğun velayetini davalıya bırakabileceğini kabul etmiştir. Bu durumda, velayetin babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." Y. 2. HD. 14.07.2003 gün ve 9568/10748 sk. (Özğür, Evlilik Birliğini, s.981).

¹⁵⁵ Aras, Bahattin; Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri, Ankara, 2007, s.315; Tutumlu, Boşanma, s.1271.

4- Anne ve Babanın Özellikleri

Hakim, boşanma davasında velayeti düzenlerken anne ve babanın özelliklerini göz önünde bulundurmak zorundadır. Bu bağlamda anne ve babanın çocuğa bizzat bakma olanakları, bireysel ve eğitici yetenekleri ile çocuğa karşı ilgi, tutum ve davranışları, değer yargıları, boşanmadaki kusur oranları gibi hususlar hakim tarafından dikkate alınmalıdır.¹⁵⁶

a- Çocuğa Bakma Olanığı

Velayet düzenlenirken, velayet kendisine verilecek anne veya babanın, çocuğa şahsen bakabilme olanağına sahip olup olmadığı dikkate alınmalıdır.¹⁵⁷ Bu bağlamda öncelikle anne ve babanın meslekleri göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁵⁸ Mesleği nedeniyle sürekli ev dışında veya şehir dışında çalışmak zorunda kalan ve çocuğun bakımı, gözetimi ve eğitimiyle şahsen ilgilenemeyecek tarafa, kural olarak, velayet verilmemelidir,¹⁵⁹ çocukla bizzat ilgilenebilecek olan taraf tercih edilmelidir. Örneğin asker ya da polis olan babanın sürekli operasyonlara katılmak zorunda kalması sebebiyle çocuğundan bir veya birkaç aylık dönemlerde ayrı kalmak durumunda ise çocuğu ile bizzat ilgilenebilecek durumda olan anneye velayet verilmelidir.¹⁶⁰ Çocuğun velayeti kendisine verilen baba, başka bir kadınla nikâhsız olarak yaşıyor, çocukla ilgilenmiyor ve çocuğa babaanne bakıyorsa baba velayet görevini yerine getirmiyor demektir. Çünkü velayete sahip olan anne ya da baba velayetin bizzat kullanılmasını

¹⁵⁶ Gençcan, Boşanma, s.863.

¹⁵⁷ "...Toplanan delillerden; babanın (davacının) reşit çocuğu 1982 doğumlu Tunç' a bir ev tuttuğu, reşit olmayan Dinç' i de bunun yanına yerleştirdiği ve ara sıra bu eve geldiği anlaşılmaktadır. Velayetin anneye verilmesine engel teşkil edecek herhangi bir maddi vakanın varlığı da ispat edilmemiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında 1988 doğumlu Dinç' in velayetinin anneye verilmesi gerekir" Y. 2. H.D. 25.02.2003 gün ve E:2002/15481, K:2003/2440 sk. (Ergün, s.612).

¹⁵⁸ "...Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar. (MK md.339/3) Müsterek çocuklar 1991 ve 1996 doğumludur. Velayet hakkının düzenlenmesinde aslolan küçüklerin sağlık, eğitim ve ahlak bakımından menfaatleridir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa sözleşmesi'nin 3. ve 6. maddeleri hükümleri nazara alınarak ve davacı annenin mesleği ve davranışları da değerlendirildiğinde küçükler Hakan ve İpek' in velayetlerinin davalı babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." Y. 2. HD. 16.06.2005 gün ve 8216/935 sk. (Gençcan, Boşanma, s.873).

¹⁵⁹ "...Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce küçüğün bedeni ve fikri gelişimine öncelik verilmelidir. Küçüğün astım hastası olduğu, babanın geceleri gitar çalarak hayatını kazandığı, küçüğe yeterli zaman ayırmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında küçüğün velayetinin anneye bırakılıp, baba ile uygun bir kişisel ilişki kurulması gerekir." Y. 2. HD. 06.05.2003 gün ve 3684/6706 sk. (Ergün, s.654).

¹⁶⁰ Gençcan, Boşanma, s.874).

sağlayacak biçimde çocukla beraber olmalıdır.¹⁶¹

Günümüz şartlarında velayet ister anneye isterse babaya verilmiş olsun, her iki taraf da geçimini sağlayabilmek için çalışmak zorunda kalmaktadır. Baba, bütün gün ev dışında çalıştığı için, çocuğa yeterince zaman ayıramaz. Evli iken çalışmayan anne, boşanmadan sonra geçimini sağlayabilmek için, ister istemez çalışmak durumunda kalmaktadır. Kadına her ne kadar yoksulluk ve çocuğa iştirak nafakası bağlanma imkânı var ise de, bu nafakaların miktarı, kadını çalışma zorunluluğundan kurtaracak ölçüde olmamaktadır. Bu nedenlerle bu ilke, çocuğun çalışan tarafa verilmemesini her zaman gerektirmeyebilir.¹⁶²

Çocuğa şahsen bakma, sabahtan akşama kadar çocuğun yanı başından ayrılmama şeklinde anlaşılmamalıdır. Çalışan anne veya babaya da, çocukla birlikte olmadığı zamanlar, onun korunması için ger ekli ve uygun önlemleri alabilecekse; çocukla birlikte olduğunda da onunla yeterince ilgilenebilecekse, velayet verilmelidir. Tabi ki burada da, bu düzenleme şeklinin, çocuğun menfaatine olması gerekir.¹⁶³

b- Bireysel ve Eğitici Yetenekleri

Velayet düzenlenirken, anne ve babanın çocuğu fiziksel ve ruhsal yönden eğitebilecek kapasite ve yetenekte olması, ayrıca hukuksal yönden de buna ehil olması gerekmektedir. Akıl hastası bir anne veya babaya velayet verilemeyeceği gibi,¹⁶⁴ aklen zayıf bir anne ve babadan da velayet görevini gereği gibi yerine getirmesi beklenmemelidir.¹⁶⁵ Aynı şekilde vesayet altında bulunan tarafın velayeti doğrudan veya temsilci (vasi) aracılığıyla kullanması mümkün olmadığından vesayet altında bulunan tarafa da velayet verilemez.¹⁶⁶

Bu konuda, göz önünde tutulması gereken bir nokta da şudur; çocuk boşanmadan sonra anne veya babasından birini artık sürekli olarak yanında bulamayacaktır. Dolayısıyla ister istemez kendisinde bir eksiklik hissedecektir. Bu bakımdan, çocuğun

¹⁶¹ Y. 2. HD. 10.11.1998 gün ve E:1998/10389, K:1998/12097 sk. (Gençcan, Öğreti ve Uygulamada Boşanma, s.1290).

¹⁶² Çelikel, s.50.

¹⁶³ Çelikel, s.50.

¹⁶⁴ Y. 2. HD. 05.06.2003 gün ve 6627/8302 sk.

¹⁶⁵ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.68.

¹⁶⁶ Y. 2. HD. 07.04.2004 gün ve 3902/4034 sk. (İnal, Uygulamada, s.629).

velayetinin verildiği anne ya da babanın bu eksikliği en iyi ölçüde giderebilecek eğitici yeteneklere sahip olması gerekir. Tam tersine, velayet kendisine verilen taraf eksikliği daha da artıracak özelliklere sahipse, çocuğun ona verilmesinin sakıncalı olacağı açıktır.¹⁶⁷

c- İlgı, Tutum ve Davranışları

Velayetin düzenlenmesinde gözetilen en önemli husus çocuğun menfaatidir. Çocuğun bakım ve eğitiminde üzerine düşen görevi yapmayan, çocuğa karşı gerekli ilgi ve özeni göstermeyerek ihmalkâr davranan tarafa velayet verilemez.¹⁶⁸ Örneğin anne kendini dine vererek çocuğun bakımıyla ilgilenmiyorsa ve çocuğu ihmal ediyorsa böyle bir anneye çocuğun yaşı gerekçe gösterilerek velayetin verilmesi doğru olmaz.¹⁶⁹ Velayet kendisine bırakılan taraf çocuğa bizzat bakmaz da başkasına bırakıyorsa velayet kendisine verilemez.¹⁷⁰ Anne veya baba çocuğu terk etmişse velayet diğer tarafa verilmelidir. Terkten söz edilebilmesi için eylemin iradi olması zorunludur.¹⁷¹

Velayet düzenlenirken çocuğun anne veya baba tarafından kaçırılması durumu da göz önünde bulundurulur. Boşanma davasında genellikle güçlü olan erkek olduğu için çocuk zorla da olsa babası tarafından anne yanından kaçırılmakta/alınmakta ve ilerleyen oturumlarda "çocuğu ile bugüne kadar ilgilenmedi, aramadı, sormadı" denilmektedir. Oysa çocuğu elinden hile ya da zorbalıkla alınan annenin çocuğu alma girişimleri kocası tarafından tehdit, hakaret ve şiddetle engellenmektedir. Evlilikteki birliktelik sırasında bile baba çocuklarını genellikle akşamları evde görebilmektedir. Çocuklar "anne elinde" büyümektedir. Bir annenin genel olarak çok zorda kalmadıkça yavrusunu terk etmesi bu sebeple düşünülemez. Ancak aksi durum da mümkündür.¹⁷²

¹⁶⁷ Akkaya, Hacer; Velayetin Tevdii ve Vasi Tayini, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1993, s.138.

¹⁶⁸ "...Annenin çocuklara karşı gerekli ilgi ve özeni göstermediği çocuklara baba tarafından bakıldığı belirlenmiştir. Küçüklerin velayet haklarının babaya verilmesi gerekirken anneye verilmesi bozmayı gerektirmiştir." Y. 2. HD. 07.02.2005 gün ve 16709/1492 sk.; Aynı yönde bkz Y. 2. HD. 14.12.2004 gün ve 12249/15059 sk. (Gençcan, Boşanma, s.867).

¹⁶⁹ Y. 2. HD. 07.06.2000 gün ve 5958/7631 sk.

¹⁷⁰ "...Boşanma ile velayet kendisine verilen babanın o günden beri çocuğu fiilen halasına bıraktığı, halanın kocası tarafından da dövüldüğü anlaşılmaktadır. Çocuğun beyanı tek başına davanın reddine neden yapılamaz. Davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir." Y. 2. HD. 04.03.2002 gün ve 2252/2783 sk. (Gençcan, Boşanma, s.867).

¹⁷¹ Gençcan, Boşanma, s.867.

¹⁷² "...Kadının 15.5.2000 doğumlu Ömer' i bir günlük iken babaanneye terk ettiği ve velayetini istemediği anlaşılmaktadır. Öte yandan çocukların birlikte bulunmaları dayanışmalarının sağlanmaları için gereklidir. Bu nedenlerle 15.5.2000 doğumlu Ömer ve 10.7.1986 doğumlu Mehmet' in velayetlerinin babaya verilmesi

Çocuğun yurt dışına kaçırma olasılığı varsa hakim tarafından çocuğun yurt dışına çıkarılmasının önlenmesi için Türkiye'nin giriş çıkış kapılarına çocuğun Türkiye dışına çıkarılmasının önlenmesi için yazı yazılmalıdır.¹⁷³ Türk Ceza Kanunu'nun 234.md.'ne göre, velayet yetkisi elinden alınmış olan anne veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, onaltı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırmayı veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Fiil cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz on iki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında artırılır. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (UÇKHVDS) 01.08.2000 tarihinde Türkiye yönünden de yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin amacı, taraf devletlere kanuni olmayan yollardan götürülen veya alıkonulan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamaktır.¹⁷⁴ Hakim çocuk kaçırma olaylarında Sözleşmeyi uygulamak durumundadır. Yargıtay'ın da Sözleşmeyi uyguladığını görmekteyiz.¹⁷⁵

Boşanma davası sırasında çocuk yanında bulunan taraf çocuğu yönlendiriyor ise hakim velayeti düzenlerken bu durumu göz önünde bulundurmak zorundadır. Boşanma davasında çocuk yanında bulunan taraf genellikle diğer tarafın kötü anne, baba, ahlaksız anne, baba, vicdansız anne, baba olduğu yolunda çocuğu yönlendirmektedir. Oysa bu son derece yanlış bir tutumdur. Karşı taraf, başkaları tarafından ne kadar kötülenirse kötülensin çocuk içinden yine de annesini ya da babasını sevmeye devam edecektir. Çünkü o onun "biricik anne ya da babasıdır." Çocuk hoş görünmek için, size göstermelik olarak hak verecektir. Bilinmelidir ki çocuk diğer tarafın yanında da aynı tavrı sergileyecektir.¹⁷⁶ Bu tür davranış sergileme dosyada kanıtlanırsa hakim tarafından dikkate alınacaktır.¹⁷⁷

gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir." Y. 2. HD. 08.02.2002 gün ve 473/1580 sk. (Gençcan, Boşanma, s.865).

¹⁷³ "...Çocuğun yurt dışına kaçırılmasının önlenmesi için somut ve uygulanması dahilinde olan tedbirler alınmalıdır." Y. 2. HD. 02.11.1999 gün ve 9150/2786 sk. (Kaçak, s.694) .

¹⁷⁴ Gençcan, Boşanma, s.865.

¹⁷⁵ "...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle müşterek çocuk Nur Aleyna' nın 23.1.2003 doğumlu olup, ana bakımı ve şefkatine muhtaç olmasına, geri dönmesinin küçüğün fiziki ve psikolojik gelişiminin tehlikeye düşeceği konusunda ciddi bir riskin bulunduğu anlaşılmaya göre (Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'nin 13/b maddesi) yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına." Y. 2. HD. 07.06.2004 gün ve 6263/7325 sk. (Gençcan, Boşanma, s.868).

¹⁷⁶ Gençcan, Boşanma, s.868.

¹⁷⁷ "...Tanıklar, davalının babaya kötü sözler söylemesi için çocuğu eğittiği konusunda somut bir olay ortaya koymadıkları gibi çocuğun kısa süreli okula devamsızlığının annenin velayet hakkını kötüye kullandığı sonucunu doğurduğu da kanıtlanmamıştır. Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki

Öte yandan sürekli dengesiz davranışlar sergileyen¹⁷⁸ anne ya da babaya velayet verilemeyeceği gibi, çocuğa ağır isnatlarda bulunan,¹⁷⁹ şiddet uygulayan,¹⁸⁰ döven,¹⁸¹ kötü davranan,¹⁸² küfür, hakaret ve tehdit edici¹⁸³ davranışlarda bulunan anne veya babaya velayet verilmez. Hakim bu konuda araştırma, inceleme yapmak, görüş bildirmek ve mahkemece verilecek diğer görevleri yapmak üzere Adalet Bakanlığınca atanan uzmanlardan (psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı) görüş almadan karar vermemelidir.

Hakim velayeti düzenlerken anne ve ya babanın ahlaki ve cinsel yargılarını göz önünde bulundurmalıdır. Anne eşcinsel ise, böylesine alışkanlığı bulunan kadına kız çocuğunun velayetinin verilmesi, onun geleceğini tehlikeye düşüren bir duruma sebep olabilir. Çünkü velayet düzenlenirken çocuğun sadece o andaki değil, gelecekteki menfaatleri de her yönüyle korunmalıdır.¹⁸⁴ Evliliğin önemli bir bölümünü evlilik dışı ilişkilerle geçirmiş ve geçirmekte olan anne ya da babaya velayetin verilmemesi gerekir.¹⁸⁵ Kuşkusuz 3-6 yaş grubu için yapılan açıklamalar unutulmamalıdır.¹⁸⁶

gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 18.10.1994 doğumlu küçük Mizan' nın babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır." Y. 2. HD.. 15.07.2002 gün ve 8549/9424 sk. (Gençcan, Boşanma, s.870).

¹⁷⁸ "...Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünden ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı, babanın işsiz olup, mahkemenin kabulünde de olduğu gibi dengesiz hareketlerinin bulunduğu, sürekli içki içtiği belirlenmiştir. 29.5.1997 doğumlu Ezgi' nin velayetinin davacı anneye verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır." Y. 2. HD. 27.12. 2004 gün ve 14629/15838 sk. (Gençcan, Boşanma, s.970).

¹⁷⁹ Y. 2. HD. 20.11.2003 gün ve 14849/16054 sk. (Özüğür, Evlilik Birliğini, s.975).

¹⁸⁰ "...16.05.1998 doğumlu müşterek çocuk H. Furkan babaanne yanındadır. Davalı kadının küçüğe şiddet uyguladığı, yeterli ilgili göstermediği, ona karşı yükümlülüklerini savsakladığı anlaşılmaktadır. Velayetin davacı babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." Y. 2. HD. 16.06.2005 gün ve 6562/9335 sk. (Gençcan, Boşanma, s.971).

¹⁸¹ "...Toplanan delillere göre velayet tevdi olunan annenin çocuğu dövdüğü, hem çocuğun sözleri hem de tanık ifadeleri ile gerçekleşmiştir. Bu durumda çocuğun velayetinin babaya tevdi çocuğun menfaatinedir. O halde velayetin babaya tevdiine karar vermek gerekirken reddi doğru değildir." Y. 2. HD. 05.05.1998 gün ve 3161/5391 sk. (Özüğür, Evlilik Birliğini, s.1000).

¹⁸² "...Annenin çocuğa kötü davrandığı, çocuğun fiilen baba yanında olduğu göz önünde tutularak velayetin babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir." Y. 2. HD. 04.02.2002 gün ve 629/1176 sk. (Gençcan, Boşanma, s.970).

¹⁸³ "...Tarafların müşterek çocuğu Uğur, 1989 doğumlu olup onaltı yaşındadır. 17.6.2004 tarihli oturumda dinlenmiş ve kesin bir ifade ile annesiyle kalmak istediğini bildirmiştir. Dosyaya sunulan; davalı babanın, çocuğuyla telefon görüşmelerine ilişkin emniyetçe çözümlü yapılan görüşmelerde, davalının, oğluna "...lan geri zekalı, manyak... senin ağzına ..çarım, kafanı kırarım, eşek, kimsin sen lan, ahlaksız, şerefsiz, haysiyetsiz" gibi sözler sarfettiği anlaşılmaktadır. Dosyadaki delillerden ve özellikle 09.04.2003 tarihli doktor raporundan; çocuğun, babasının açıklanan küfür, hakaret ve tehdit edici davranışları yüzünden ruhsal açıdan anksiyete reaksiyon denilen ruhsal rahatsızlığa duçar olduğu, ciddi tedirginlik ve endişe içinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu koşullar altında velayetin babaya verilmesi doğru görülmemiştir." Y. 2.HD. 26.04.2005 gün ve 4856/6792 sk. (Gençcan, Boşanma, s.971).

¹⁸⁴ Y. 2. HD. 21.06.1982 gün ve E:1982/5077, K:1982/5531 sk. (Şener, s.637).

¹⁸⁵ "...Müşterek çocuk D., 1998 doğumlu olup altı yaşındadır. Toplanan delillerden annenin Ramazan

Hakim anne ya da babadan birinin sadakatsiz olması durumunda bu hususu göz önünde bulundurmalı ve velayeti çocuğun ahlaki gelişimi açısından diğer tarafa vermelidir. İdrak çağında olan çocuklar için sadakatsiz anne ya da baba iyi bir örnek oluşturmayacaktır. Ahlak dışı hayat biçimi, anne ya da babanın çocuğu yetiştirmesinde etkili olabileceğinden, bu durum, çocuğun fikri gelişimini ve birtakım ahlaki değerleri edinmesini engelleyebilir.¹⁸⁷ Çocuğun arkadaş çevresi, evlilik dışı hayat sürdüren anne veya babasının davranışları dolayısıyla çocuğu küçümsemekte iseler, onun duygusal ve sosyal gelişimi de tehlikeye düşer. Bu nedenlerle, velayet düzenlenirken, anne ve babanın ahlaki eğilimleri de araştırılmalı, ona göre karar verilmelidir.¹⁸⁸ Bu bağlamda sadakate uygun davranan eşin bir özü bulunmadığı takdirde velayeti kullanmakta önceliği olmalıdır.¹⁸⁹ Çocuk anne bakım ve şefkatine muhtaç ise sadakatsizlik dikkate alınmamalıdır.¹⁹⁰ Nitekim Yargıtay bir kararında davalı annenin zinası sabit olduğu halde babanın içinde bulunduğu kötü durumu ve çocukların yaşlarını göz önünde bulundurarak velayetin anneye verilmesini uygun bulmuştur.¹⁹¹

Anne veya babadan birinin tutuklu olması velayetin kendisine verilmesini mutlak olarak engellemez. Bu durumda bilirkişi raporu alınıp sonucuna göre karar vermek gerekir.¹⁹²

isimli evli ve beş çocuklu bir kişi ile ilişkiye girdiği, onunla yaşadığı anlaşılmaktadır. Altı yaşındaki D.nin bu şartlar altında anne yanında kalması onun gelişimine olumsuz etki yapacaktır.” Y. 2. HD. 11.03.2004 gün ve 2151/3077 sk. (Özügür, Evlilik Birliğini, s.970).

¹⁸⁶ Bkz. s. 28.

¹⁸⁷ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.74.

¹⁸⁸ Akkaya, s.111.

¹⁸⁹ “...Ananın gerçekleşen ahlaki temayülleri karşısında, çocuğun geleceğine yönelik tehlikelerin önlenbilmesi bakımından velayetin babaya verilmesi gerekir.” Y. 2. HD. 27.01.2004 gün ve .2003/12750, K:2004/972 sk. (Şener, s.636), “...Annenin ahlaki çöküntü içerisinde olduğu sabittir. Mahkemece sosyal hizmet uzmanından alınan 17.5.2004 tarihli raporda da küçüğün bedeni ve fikri gelişmesi bakımından babaanne ile ilişkisinin kesilmemesinin daha uygun olacağı da açıklanmıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında velayetin babaya verilmesi anne ile uygun bir kişisel ilişki kurulması gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 2. HD.. 06.12.2004 gün ve 13321/14573 sk. (Gençcan, Boşanma, s.870).

¹⁹⁰ Gençcan, Boşanma, s.870.

¹⁹¹ 2. HD. 06.03.1992 gün ve E:1962/646, K:1962/1497 sk. (Tekinay, s.274); Aynı Dairenin 05.07.1995 gün ve E:1995/6964, K:1995/7868 sk.’da “...Davacı annenin mücerret genelevde çalışmakta olması onun kötü bir anne olduğunu göstermez. Anne çocuğu bu yaşantısının dışında tutabiliyorsa ve çocukla yaşam biçimi çocuğun menfaatine ise, velayet anneye verilebilir. Nitekim idrak çağındaki küçük de annesi ile birlikte kalmak istemektedir.” demek suretiyle bu konudaki görüşünü korumakta olduğunu göstermiştir.(Akıntürk, s.322); İnal, Uygulamada, s.1137.

¹⁹² “...Baba cezaevinde hükmen tutukludur. Velayeti anneye verilen müsterek çocuk 8.5.2000 doğumludur. Toplanan delillerden küçüğün doğduğu tarihten beri babanın yanında ve babaannesi tarafından bakıldığı anlaşılmaktadır. Annenin ahlaki çöküntü içerisinde olduğu sabittir. Mahkemece sosyal hizmet uzmanından alınan 17.05.2004 tarihli raporda da küçüğün bedeni ve fikri gelişmesi bakımından babaanne ile ilişkisinin kesilmemesinin daha uygun olacağı da açıklanmıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında velayetin babaya verilmesi anne ile uygun bir kişisel ilişki kurulması gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi usul ve

d- Boşanmadaki Kusur Oranları

Öncelikle belirtmek gerekir ki, boşanmada velayetin kusursuz olan tarafa verileceği yolunda bir kural ya da zorunluluk yoktur.¹⁹³ Çünkü kötü olan bir eşin aynı zamanda kötü bir anne ya da kötü bir baba olduğunu kimse söyleyemez.¹⁹⁴ Boşanmada kusurlu olmanın, çocuk yetiştirme ve bakımıyla da bir ilgisi yoktur. Boşanmaya kural olarak, eşlerin çocuklarına yönelik kusurlu davranışlarından değil, birbirlerine karşı davranışlarından dolayı hükmedilir. Eşler arasındaki ilişkileri, çocukla olan ilişkilerden tamamen soyutlamak ve bunları birbirine karıştırmamak gerekir.¹⁹⁵

Bununla birlikte evlilik suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, terk, akıl hastalığı sebeplerinden biriyle son bulmuşsa, çocuğun bu hallerde kusurlu olan tarafa verilmemesi uygun olur.¹⁹⁶ Bu durumlarda belirleyici olan boşanma sebebi değil, çocuğun bu niteliklere sahip olan eşe verilerek güvenliğinin ihlâl edilmemesidir.¹⁹⁷

Velayetin anne veya babaya verilmesi arasında çocuğun menfaati açısından fark yoksa boşanmada kusuru olmayan tarafın tercih edilmesi gerektiği yönünde görüşlere de rastlanılmaktadır.¹⁹⁸ Çocuğun velayetinin kusursuz eşe verilmesi gerektiğini savunanlar, bu eşin çocuğu daha iyi yetiştireceği varsayımına dayanırlar.¹⁹⁹ Ancak, bu düşünce her zaman geçerli olmayabilir. Nitekim Yargıtay kararlarında da, bu görüş vurgulanmıştır.²⁰⁰ Ayrıca, çocuğun velayetini boşanmada kusuru olan eşe vermeyerek, onu, bu şekilde cezalandırmak da doğru bir düşünce değildir.²⁰¹

yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 2. HD. 06.12.2004 gün ve 13321/14573 sk. (Gençcan, Boşanma, s.871).

¹⁹³ Oğuzman/Dural, s.141; Gençcan, Boşanma, s.876; Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.73; Feyzioğlu, s.382; Velidedeoğlu, s.267; Tekinay, s.273.

¹⁹⁴ Tekinay, s.282.

¹⁹⁵ Yalçinkaya/Kaleli, s.1850.

¹⁹⁶ Velidedeoğlu, s.267; Akıntürk, s.323.

¹⁹⁷ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.74.

¹⁹⁸ İnal, Uygulamada, s.1137; Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.73; Tekinay, s.275.

¹⁹⁹ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.73.

²⁰⁰ "...MK md. 148 uyarınca boşanmaya karar veren hakim, çocukların velayetini, durumun özelliği ve öncelikle küçüklerin menfaatini göz önünde tutarak tarafların hangisine vereceğini belirler. Hukukumuz velayetin boşanmada kusursuz tarafa ait olacağı yolunda bir kuralı kabul etmiş değildir. Çünkü kötü bir eşin aynı zamanda kötü bir ana veya baba olduğu söylenemez. Bu konuda önemli olan çocuğun menfaatidir." Y. 2. HD. 16.05.1985 gün ve E:1985/4586, K:1985/4777 sk. (Şener, s.635).

²⁰¹ Akkaya, s.115.

e- Anne ve babanın Dinlenilmesi

Velayet konusunda sağlıklı bir karara ulaşmak bakımından çocukla birlikte anne ve babanın da dinlenilmesi, görüşlerinin sorulması gerekir.²⁰² Velayetin düzenlenmesi konusunda, anne ve babanın dinlenilmesi gereği, kanunda açıkça belirtilmiştir. Medeni Kanun'un 182. maddesine göre; "hakim, boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça anne ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, velayet hakkının kullanılmasına ve anne ve baba ile çocuklar arasındaki kişisel ilişkilerin düzenlenmesine ilişkin kararları alır".²⁰³

Kanun koyucunun yukarıda zikredilen maddede yer alan 'olanak bulundukça' kavramı ile ne demek istediği açık değildir. Hakim doğrudan doğruya kendisi bütün delilleri serbestçe topladıktan sonra velayetle ilgili karar verecektir. Deliller arasında anne ve babayı dinlemesi özel bir yer tuttuğu için, hakim mutlaka anne ve babayı dinleyip, diğer deliller arasında bu hususu da değerlendirmek zorundadır. Gayet tabidir ki, bu dinlemenin imkânsız olduğu hallerde, anne ve babanın nerede olduğunun bilinmemesi, anne ve babanın ayırt etme gücünü kaybetmiş olması gibi hallerde, bu dinleme imkânsız olacaktır. Ancak kanun koyucunun 'olanak bulundukça' ibaresi, bütün bunları ifadeden uzaktır. Ayrıca kanun koyucu, olanak bulundukça anne ve babanın dinlenileceğini ifade ettikten sonra, çocuk vesayet altında ise, vasinin ve vesayet makamının düşüncesinin alınmasını istemiştir. Kanun koyucunun, bu ifadesini de yorumlamak güçtür. Çünkü eğer çocuk vesayet altında ise, zaten anne, babanın çocuğa karşı olan yükümlülükleri veya aralarındaki ilişkiler çocuk vesayet altına alınırken belirlenmiştir. Boşanma ile bu ilişkilerin değişmesi söz konusu olamaz. Anne ve babanın vesayet altındaki çocuğa karşı bir hakkı zaten söz konusu değildir. Çocuk hakkında bilgi alma veya haberleşme, istisnai durumlarda ziyaret hakkı çocuğa vasi

²⁰² Çocukların Görüşü hakkında geniş bilgi için bkz. s.38.

²⁰³ 743 S.lı Türk Kanunu Medenisinin 148/1. maddesine göre hakim velayet hakkını hangi tarafa vereceğini kararlaştırmadan önce ana ve babayı dinlemesi zorunluydu. Velayet kamu düzenine ilişkin olduğu için ana ve baba dinlenmeden bu konuda karar verilmesi kamu düzenini ihlal eden keyfi bir davranış S.lırdı. Nitekim YHGK' nın 18.10.1969 gün ve E:1969/2-786, K:1969/271 sk.1 da velayet düzenlenirken ana babanın dinlenilmesi gereğini ortaya koymaktadır. Buna göre; "Medeni Kanunun 148. maddesi uyarınca boşanma davasına bakan hakim, ana babayı dinledikten sonra velayet hakkının kullanılmasına ilişkin tedbirleri alır. Bu hususta hakim takdir hakkı vardır. Ancak, bu takdir hakkı kullanılırken halin icabına hak ve nesafet kurallarına uygun olarak hareket edilmeli, önce küçüğün menfaatleri düşünülmeli, sonra tarafların durumlarına bakılmalıdır. Müşterek çocuğun ve tarafların durumu tartışılarak velayetin hangi tarafa verilmesinin, küçüğün, tarafların ve dolayısıyla toplumun menfaatine olacağı göz önünde tutulmalıdır. Somut olayda her iki taraf çocuğun velayetinin babaya verilmesini istemişlerdir. Çocuğa küçükten beri baba bakmakta, anne ise gezici köy ebisi olduğundan çocuğa bakamayacağını bildirmiştir. Bu durumda çocuğun menfaati velayetin babaya verilmesiyle sağlanmış olacaktır".

atanırken düzenlenen hususlardır. Vesayet makamlarının düşüncesinin alınması hakimın çocuğun vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğine henüz karar veremediği sürede söz konusu olur.²⁰⁴

Anne ve babanın dinlenilmesi, çocuğun çıkarı kuralına dayanır.²⁰⁵ Çocuğun, ancak kendisi ile ilgilenen, kendisini seven ve isteyen tarafa verilmesi menfaatine olacaktır.²⁰⁶ Tarafların çocuğa karşı ilgileri ve istekleri de ana babanın bu konuda dinlenilmesiyle ortaya çıkacaktır. Ancak, ana babanın bu konudaki istekleri hakimi bağlamaz. Onların istekleriyle çocuğun menfaati sağlanabilecekse, hakim, düzenlemeyi buna göre yapar. Aksi halde çocuğun menfaatine olan başka bir düzenleme yapmalıdır.²⁰⁷ Duruşma sırasında, anne ve babanın tutum ve davranışları, beyanları, varsa aralarındaki anlaşma, tanık beyanları hakime anne babanın çocuklarına gösterdikleri ilgi ve sevgi hakkında fikir verebilir. Ayrıca, hakim bu konuda sosyal hizmet uzmanına yaptıracığı bir araştırmadan da fikir edinebilir.²⁰⁸

Anne ve babanın her ikisinin de çocuğun velayetini istememesi söz konusu olabilmektedir. Bu durum, onların çocuğa ilgi ve sevgilerinin olmadığına açık kanıttır. Anne ve babanın bu tutum ve davranışı karşısında, çocuğun velayetinin bunlardan birine verilmesi, çocuğun bedeni ve fikri gelişimini ciddi surette tehlikeye düşürür. Bu durumda, çocuğun taraflardan birine verilmesi şeklindeki karar, çocuğa ileride yarar değil zarar getirir. Bunu önlemek için, Medeni Kanun'un 346 ve 347. maddeleri ile 4787 sayılı Kanun'un 6. maddesi hükümleri de re'sen gözetilerek çocuğa vasi tayin edilir ve 6972 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkındaki Kanun hükümlerine göre karar verilir.²⁰⁹

²⁰⁴ Öztan, s.466.

²⁰⁵ İnal, Uygulamada, s.1138.

²⁰⁶ "...Davacı eş, çocukların velayetini istemediğine ve çocuklar ana şefkatine muhtaç olmayıp öteden beri baba yanında kaldıklarına göre, velayetlerinin babaya verilmesi çocukların menfaatleri açısından uygun düşer" Y. 2. HD. 02.02.1985 gün ve E:1985/4024, K:1985/4223 sk. (Şener, s.664); "...Velayet düzenlenirken çocukların bedeni, fikri ve ruhi gelişmeleri gözetilmelidir. Velayetleri anneye verilen ortak çocuklar 1999 doğumlu Hasan ve 2000 doğumlu Emre' nin dava süresince ve halen babalarının yanında oldukları anlaşılmaktadır. Davacı anne gerek dava dilekçesinde ve gerekse yargılama sırasında çocukların velayetini istememiştir. Bu durumda ortak çocukların velayetlerinin davalı babaya verilmesi gerekir." Y. 2.HD. 15.05.2003 gün ve 6540/7220 sk. (Ergün, s.649).

²⁰⁷ Feyzioğlu, s.382.

²⁰⁸ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.66.

²⁰⁹ Öztan, s.468; "...Taraflar 1986 doğumlu zeka özürlü Mehmet' in velayetini üzerlerine almaktan ısrarla kaçınılmaktadırlar. Ana babanın bu tutum ve davranışı karşısında çocuğun bunlardan birisine verilmesi çocuğun bedeni ve fikri gelişmesini tehlikeye düşürecek, çocuğa yarar değil zarar getirecektir. O halde Türk Medeni Kanununun 347. maddesi ve 2828 S.lı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümleri de re'sen gözetilerek uygun bir karar verilmesi gerekirken, çocuğun velayetinin

5- Kardeşlerin Birbirinden Ayrılmaması

Her ne kadar, çocukların anne ve baba arasında onların anne ve babalık duyguları göz önünde tutularak paylaştırılabileceği görüşünü savunanlar var ise de, gerek hukuk doktrininde, gerek psiko-sosyal doktrinde ve uygulamada hakim görüş ise, çocukların hepsinin aynı tarafa verilmesinin, onların gelişimine olumlu etkide bulunacağı yolundadır. Çocukların alıştıkları ortamdan ve birbirlerinden ayrılması da, bedeni ve fikri gelişmelerine olumsuz etki yapacaktır.²¹⁰

Çocuklar anne ve babasının boşanmasını değiştiremeyeceği bir olgu olduğu için içine sindirip kabul edebilir ve ruhen hazmedebilir. Ancak çocuklar, kardeşlerinden ayrılmasını önlenebilecek bir olgu iken önlenememiş acı bir sonuç ve ailenin tamamen parçalanması olarak algılayacaklarından zorunluluk bulunmadıkça kardeşlerin dağılması engellenmelidir.²¹¹ Anne ve baba arasında bölünmüş kardeşlerden her birinin ayrı şartlar, çevreler ve terbiye sistemleri içinde yetişmeleri, onları birbirine karşı bir takım ruhi komplekslere sürükleyebileceği²¹² gibi kardeşler arasında zamanla oluşan ortak yönlerin kaybolmasına ve dayanışmanın yok olmasına da sebebiyet verebilir. Birlikte yaşadığı anne ve babasından birini kaybeden çocuk, bağlantı kurduğu kardeşlerini de kaybetmemelidir.²¹³ Velayetin verilmesi düşünülen tarafın birden çok çocuğu yetiştirmeye ekonomik gücünün yeterli olmaması nedeniyle, çocukların anne ve baba arasında paylaştırılması da doğru olmaz.²¹⁴ Uygulamada da Yerel Mahkemeler ve Yargıtay, önemli bir neden olmadıkça çocukların ayrılmaması gerektiğini vurgulamaktadır.²¹⁵

babaya verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Y. 2. HD. 07.10.2003 gün ve 11644/12792 sk. karar (Özüğür, Evlilik Birliğini, s.977).

²¹⁰ İnal, Uygulamada, s.1137; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.942; Tekinay, s.276; Akıntürk, s.323; Öztan, s.468.

²¹¹ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.77.

²¹² Tekinay, s.276.

²¹³ Öztan, s.468.

²¹⁴ Çelikel, s.61.

²¹⁵ "...Dinlenen tanıklar küçüğün kardeşinden ayrılarak velayetin babasına verilmesini gerektiren ciddi bir olay ortaya koymamışlardır." Y. 2. HD. 27.10.2000 gün ve 12525/13085 sk.; Y. 2. H.D. 23.09.2002 gün ve 9508/10548 sk. (Ergün, s.592, 615); Y. 2. HD. 12. 01.2004 gün ve 16504/79 sk. (Özüğür, Evlilik Birliğini, s.975).

6- Uzman Bilirkişilerin Görüşlerinden Yararlanılması

Hakimin çocuğun menfaatine uygun karar verebilmesi için, çocuk ve anne ve babanın sosyo-psikolojik özellikleri hakkında bilgi edinmesi gerekir. Duruşmada dinlenen tanık beyanları ve taraf beyanları bu konuda bir fikir verebilir. Ancak, boşanan eşler arasındaki çatışma durumu göz önünde tutulursa, bu yollarla edinilen bilgilerin her zaman güvenilir olamayacağı anlaşılr. Çünkü velayete ilişkin anlaşmazlık durumlarının çoğunda, anne ve babadan her biri, hakimi, kendisinin daha iyi bir anne ve baba olduğuna inandırmaya çalışır. Bu durumda ise, ne kadar adil ve tarafsız olmaya çalışırsa çalışsın, hakimin inandırıcı suçlamalardan etkilenmemesi imkânsızdır. Çocuğun dinlenilmesi ve isteği de her zaman güvenilir bilgiler sağlamaz. Çocuk, o an yanında kaldığı anne ve babanın baskısı ve öğretmesiyle hakime yanlış bilgiler verebilir. O halde, hakimin bu konuda daha güvenilir bir yola başvurması gerekecektir ki bu da bilirkişiye araştırma yaptırtmaktır. Bu bilirkişiler genellikle, psikiyatrisiler, psikologlar ve sosyal hizmet uzmanlarıdır.²¹⁶

Çocuk yılı ilan edilen 1979 yılında Prof. Dr. Ali Naim İnân başkanlığında yapılan bir sempozyum sonunda, Çocuk ve Hukuk Grubu Çalışma Raporunda şu öneri dile getirilmiştir. “Velayetin anne veya babadan birine tevdiinde yargıcın çocuk menfaatine bilirkişiye (pedagog, sosyal hizmet uzmanı gibi) müracaatını sağlayıcı kanuni değişiklikler yapılmalıdır.” Bu önerinin nihayet 4787 sayılı Kanun’ un "Aile Mahkemeleri bünyesinde bulunan uzmanlar" başlıklı 5. maddesindeki düzenleme ile bir ölçüde gerçekleşmiş olduğu söylenebilir.²¹⁷

4787 sayılı Kanun’ un 5. maddesine göre hâkim, Adalet Bakanlığınca aile mahkemesine uzman olarak atanacak psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacının yargılamadaki hizmetlerinden (araştırma, inceleme ve rapor hazırlama) yararlanarak velayet ve kişisel ilişki konusunda karar verebileceği gibi; bu uzmanların bulunmaması halinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar veya serbest meslek icra

²¹⁶ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.88; Psikologlar bireysel görüşme hakkında ayrıntılı eğitim görerek mezun olmakta ve kişilerin psikolojik durumuna ilişkin derinlemesine bilgiler aktarabilmektedir. Ancak, aldıkları eğitim bireyin psikolojisi üstünde olduğundan konunun aile içi ilişkiler ve sosyal açıdan değerlendirilebilmesi için hem psikoloji hem de sosyoloji ve toplum üzerine eğitim almış olan sosyal hizmet uzmanlarına da gereksinim duyulmaktadır. Böylece kişileri psikolojik olarak etkileyen olayların aile içi ilişkileri ve sosyal açıdan değerlendirilmesi daha gerçekçi ve eğitim temeline dayalı olarak yapılabilecektir. Aileleri ilgilendiren davalarda araştırmaların bir meslek grubuna bırakılmaksızın yaptırılmasının gerçekçi ve yararlı sonuçlara ulaşılması açısından önemli olduğu düşünülmektedir. (Tutumlu, Boşanma, s.1275).

²¹⁷ Tutumlu, Boşanma, s.1274.

edenlerden de bilirkişi sıfatı ile yararlanabilecektir (4787 sayılı Kanun, md. 4).²¹⁸

Medeni Kanun’ da, boşanma davalarında uygulanacak usul kuralları hakkında hükümler bulunmakla beraber, bunlar arasında velayetin ve kişisel ilişkilerin düzenlenmesinde hakimın psiko-sosyal inceleme yaptırtacağına, yani bilirkişiye başvuracağına dair herhangi bir kural yoktur. Bu yönde de Yerel Mahkeme ve Yargıtay uygulaması önceleri gelişmemişken, 4787 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay, velayet düzenlemesi yapılırken uzman bilirkişilerden görüş alınıp değerlendirildikten sonra hüküm kurulması gerektiğine karar vermektedir.²¹⁹

Medeni Kanun’ da bu konuda hüküm olmasa da, boşanma davalarında hakime geniş takdir hakkı verilmesi ve aile mahkemelerinin kurulmasıyla bilirkişi görüşünden yararlanma imkânına sahip olunması karşısında hakim, sosyal anket ve psikiyatrik inceleme de dahil olmak üzere her türlü araştırmayı yaptırtabilmelidir. Esasen HUMK 275. maddesinde, "çözümü özel teknik bilgiye bağlı konularda hakim bilirkişinin düşüncesini almaya karar verir" denilmektedir. Oysa velayetin ve kişisel ilişkilerin düzenlenmesi dolayısıyla ortaya çıkabilecek psiko-sosyal sorunlar da, çözümü teknik bilgiyi gerektiren durumlar olmasına ve çocuğun menfaatine uygun karar verilebilmesi için psiko-sosyal

²¹⁸ Yargıtay mahkeme bünyesinde uzman bulunmaması halinde "diğer kamu kuruluşlarında çalışanlardan, özellikle Sosyal Hizmet ve Çocuk Esirgeme Kurumu bünyesindekilerden görüş ve rapor alınması" gerektiğini içtihat etmiştir (2. HD. 22.04.2004 gün ve 4013/5129 sk.). Ankara Barosunca düzenlenen bir panele katılan Ankara 5. Aile Mahkemesi hakimi bilirkişi konusundaki uygulamasını şöyle anlatıyor: "(...) suçüstü ücretini de 01 Ocakta yazmayı düşünüyorum. Çünkü şimdi yazdığımız suç üstünde para yok bildiğim kadarı ile yazdığımız ücret duyuna kalacak. Uzmanlarımızı da mağdur etmiş olacağız. Hiç değilse 01 Ocakta yazarız, yeni yılın ücretinden hemen önce almaya başlarlar. Uzmanlarla ilgili düşüncem de bu şekilde benim. Herhangi işi uzatmamak için uzmanlara bir an önce dosyaları teslim etmek lazım. Ben velayet olan dosyalarda dördü bilirkişi seçiyorum. Sosyolog, psikolog, sosyal hizmet uzmanı ve pedagog. Çünkü velayet problemini veya küçük çocukların problemini mutlaka bir pedagogun görmesi gerektiğini düşünüyorum." (Hukuk Merceği, 4, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2003, s. 363). Aynı kurum tarafından düzenlenen başka bir panelde de Y. 2. HD. tetkik hakiminin bilirkişi konusundaki görüşünün (özellikle ücretinin devlet hazinesinden ödenmesi) benzer olduğu görülmektedir: "uzmanlar resmi olarak atanmış olsalardı bunlara hizmet karşılığı mahkemece ücret takdir edilmeyecekti. Ancak, atama söz konusu olmadığına göre dışarıdan mahkemelerce tayin edildiklerinde kendilerine makul bir ücret takdir edilecektir. Ücretlerin karşılanması konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 415. maddesi gözetilmelidir. Mahkemece tayin edilecek ücret taraflardan biri veya her iki tarafın üstlenmesine karar verebilecek tayin edilen sürede masraflar yatırılmaz ise devlet hazinesinden karşılanmasına karar verilecektir. Hazineden karşılandı ise ve adli yardım kararı yoksa ücret daha sonra haksız çıkan taraftan yargılama gideri olarak hükme bağlanarak tahsil edilecektir" (Hukuk Merceği, 4, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2003, s. 674-675).Tercan, Erdal; Türk Aile Mahkemeleri (AÜHFD 2003. C. 52, S. 3, s.19-53) (Tutumlu, Boşanma, s.1274’ ten naklen alınmıştır).

²¹⁹ "...Müşterek çocuk Onur 1993 doğumlu olup idrak çağındadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 12. Avrupa Çocuk Haklarının Korunması Sözleşmesi’nin 3 ve 6. maddeleri gereğince küçüğün dinlenmesi lüzum görülmesi halinde 4787 S.lı Yasanın 5. maddesi gereğince maddede gösterilen uzman kişilerden yardım alınması ve tüm delillerin birlikte değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde küçük Onur’ un velayetinin babaya verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." Y. 2.HD. 14.04.2004 gün ve 3825/4729 sk. (Gençcan, Boşanma, s.851); Aynı doğrultuda bkz. Y. 2. HD. 13.01.2004 gün ve 12118/159 sk. (Özügür, Evlilik Birliğini, s.974).

sorunların aydınlatılmasının gerekmesine rağmen hakimler aile mahkemeleri kurulmadan önce bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırmamaktaydılar.

Psikolog ve sosyologlar çocuğun menfaati iyi tespit edebilmek için, hakimin, psikolojik ve sosyolojik araştırmalara dayanması gereğini, bunun her geçen gün daha da önem kazandığını ileri sürmektedirler. Onlara göre hakim, örneğin, ailenin boşanmadan önceki psiko-sosyal durumunu ve boşanmadan sonra tarafların psiko-sosyal durumlarını inceleyerek ve çocuk psikolojisinin ortaya koyduğu bilimsel verilere dayanarak velayet hakkını ve taraflar arasındaki ilişkileri düzenlemelidir. Aksi takdirde çocuğun menfaatini koruyacak bir düzenleme yapılabilmesi olanak dışıdır.²²⁰

7- Velayetin Taksim Edilememesi ve Şarta Bağlanamaması

Velayet hakkının içerdiği hak ve görevlerin anne ve baba arasında taksim edilip edilemeyeceği, velayetin eşlere süreli olarak verilip verileyeceği ve şarta bağlı olarak düzenlenip düzenlenemeyeceği konuları üzerinde durulması gereken konulardır.

a- Velayetin Taksim Edilememesi

Bu konu velayetin kapsadığı hak ve görevlerin içerik olarak eşler arasında taksim edilip edilemeyeceği ve velayetin zaman bakımından taksim edilip edilemeyeceği şeklinde ikiye ayırarak incelenmesi yerinde olur.

aa- Velayetin Kapsadığı Hak ve Görevlerin İçerik Olarak Taksim Edilememesi

Doktrinde velayetin kapsadığı hakların eşler arasında taksim edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Medeni Kanun'un 336. maddesinde ancak, evlilik devam ederken velayetin birlikte kullanılacağı düzenlenmiştir. Tarafların boşanması durumunda ise, ortak çocukların velayeti yalnızca hükümle velayet kendisine verilmiş olan eşe ait olur (MK. md.336/3). Velayet kendisine verilen taraf da, velayet hakkının gerektirdiği tüm hak ve ödevleri artık tek başına kullanır. Medeni Kanun'un bu hükmü karşısında evlilik birliği

²²⁰ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.68.

içerisinde velayetin taksiminin söz konusu olamayacağı açıktır. Boşanma veya ayrılık kararında ise tarafların (velayetin bir tarafa bırakılması söz konusu olmasa bile) velayeti birlikte kullanmaları hemen hemen imkânsız hale gelmektedir. Zira çocuğun ikametgâhı ve buna bağlı eğitimi ancak çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacaktır. Medeni Kanun' a göre, velayet çocuğun hem şahsını hem de mallarını kapsayan bir hak ve ödevler topluluğudur. Çocuğun şahsı üzerindeki velayeti, çocuk kendisine bırakılan taraf ile paylaşmak hem zor hem de çocuk açısından son derece zararlıdır. Zira çocuğun şahsı üzerindeki velayet, çocuk üzerinde egemenlik, itaat, eğitim, yetiştirme gibi birçok yetkileri kapsamaktadır. İki başlı eğitimin çocuğa vereceği zarar aşikârdır. Zaten diğer tarafın çocuğun yanında olduğu ebeveynin çocuğa zararlı hareketlerini görmesi halinde her zaman için mahkemeye müracaat edip, velayetin kaldırılmasını talep edebilmesi ya da karşı tarafın önemli olmayan bazı aksaklıklarını veya eksiklerini görmesi halinde çocukla kişisel ilişkilerinde çocuğun bu yöndeki eksikliklerini giderebilmesi olanağı vardır.²²¹

Buna karşılık; çocuğun şahsı üzerindeki velayeti bir tarafa; malları üzerindeki velayet diğer tarafa bırakmak, sakıncalı olmak bir yana faydalı da olabilir. Örneğin; miras, tazminat vs. nedenlerle büyük miktarda malvarlığı olan bir süt çocuğunun velayetinin, anne bakımına olan gereksinimi, annenin ev kadını olması vs. nedenlerle anneye verilmesi halinde, çocuğunu en az anne kadar seven ve gözeten aynı zamanda da mali konulardan daha çok anlayan çocuğun kazancını artıracak, zamanında vergisini yatıracak olan babaya değil de velayet taksim edilemeyeceğinden onun da anneye bırakılması çocuğun menfaatine değildir. Nitekim bu husus İsviçre Medeni Kanunun çocuk hukukuna ilişkin değişikliklerin de uzmanlar komisyonu sırasında da tartışma konusu olmuştur. Çoğunluğun görüşü velayetin bölünemeyeceği yönündeyken, bazı yazarlar çok istisnai ve önemli durumlarda velayetin bölünebileceğini savunmuşlardır.²²²

Medeni Kanun'un 182. maddesinde, velayetin anne ve babaya birlikte bırakılamayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması bir eksikliktir.²²³ Madde, buna karşılık "çocuğun menfaati" kıstasına yer vermiştir. Bu nedenle, maddenin geniş yorumlanması, çocuğun menfaatine olaksa ve eşler bu hususta anlaşmışlarsa, velayetin iki eşe birden bırakılması mümkün olmalıdır. Özellikle, anlaşmalı boşanmada,

²²¹ Çetiner, s.47.

²²² Serozan, Çocuğun Kişi Varlığının, s.385; Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.119.

²²³ Çetiner, s.164.

eşlerin bu hususta anlaşmaları halinde, çocukların velayeti her iki eşe birlikte bırakılabilirdir. Çünkü Medeni Kanun'un 182/2. maddesi velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşlerin çocukla ilişkilerinin nasıl düzenleyeceğini hükme bağlamıştır. Bu maddenin yorumu, çocuğun velayetinin sadece bir eşe bırakılmasının zorunlu olduğu şeklinde yapılamaz. Medeni Kanun'un 336/3. maddesinde, velayetin, çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa ait olduğunun öngörölmüş bulunması, hâkim tarafından velayetin her iki eşe birlikte verilemeyeceği şeklinde emredici kural olarak yorumlanamaz. Çocuk hukukunda temel ilke, çocuğun menfaatidir. Bu nedenle, kanunda mevcut boşluk çocuğun menfaatine doldurulmalıdır.²²⁴ Anne ve babanın çocuğun velayetini birlikte kullanabilmeleri için boşanmada öncelikle kusur unsurunun çıkarılması gereklidir. Bu imkânın Türk hukukunda da tanınması durumunda çeşitli türdeki boşanma davalarında anne ve babaya birlikte velayeti kullanma olanağını verilmiş olacaktır.²²⁵

Medeni Kanun' da, boşanma halinde velayetin çocuğun bırakıldığı tarafa ait olacağına dair açık hükmü karşısında velayetin anne, baba arasında bölünebileceğini söylemek mümkün değildir. Nitekim Yargıtay 2.HD. de boşanmada, velayetin müşterek kullanımının, kanunumuzun sistemine uygun olmadığına karar vermiştir.²²⁶ Ancak YHGK çocuk yanında bulunmayan anne ya da babanın çocukla kişisel ilişkisi düzenlenirken şahsi ilişkinin bir sözden ibaret bulunmadığını anne ya da baba çocuklarını kendilerine ısındıracak derecede görüp gözetmek, nasihat etmek ve terbiye etmek gibi haklarını kullanacak ölçüde olması gerektiğini belirtmektedir.²²⁷ Böylece Yargıtay çocuk yanında olmayan anne ya da babanın da çocuk yetiştirme hakkını tatmalarını istemektedir. Kaldı ki ÇHDS' nin 9. maddesinin 3. fıkrasına göre, anne ya da babasından ayrılan çocuğun kendi yüksek menfaatine aykırı olmadıkça anne ve babasının ikisiyle de ilişkileri kurma ve doğrudan görüşme hakkı vardır.²²⁸ Kanunun bu düzenlemesi ile Yargıtay'ın uygulaması çocuğun korunması bakımından son derece yerindedir. Doğrusu, anne ve babanın çocuğu ilgilendiren önemli hususlarda, birbirleriyle fikir alışverişinde bulunmalarıdır. Boşanma ile onlardan birinin çocuğa karşı olan bütün

²²⁴ Öztan, s.466; Hatemi'ye göre kanunda, boşanmaya rağmen boşanan eşlerde birlikte velayetin bırakılacağı konusunda kanunda bir 'boşluk' değil, bir 'menfi çözüm' söz konusudur ve de lege feranda bir öneri olarak da kanunda bu konuda ve yönde bir hüküm konmaması gerekir. Boşanmış eşlerin, çocuk üzerinden savaşlarını devam ettirmelerine yol açabilecek bir düzenleme çocuğun menfaatine olmayacaktır. (Bkz. karşı görüş için Hatemi, Aile Hukuku, s.116).

²²⁵ Çetiner, s.164.

²²⁶ Y. 2. HD. 08.04.1971 gün ve 2238/2310 sk. (Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.99).

²²⁷ YHGK. 22.06.1960 gün ve 2/25-29 sk. (Çetiner, s.48).

²²⁸ Çetiner, s.48.

sorumluluklarından kurtulması uygun değildir. Boşanmaların çoğunda şiddetli geçimsizliğin rol oynadığını göz önünde tutarsak, tarafların bir araya gelerek, çocuğun menfaatlerini koruyucu kararları birlikte almalarını düşünmek de fazlaca iyimserlik olur. Aksine, birlikte kullanmayı zorunlu kılma yeni sorunlara neden olabilir. Anne ve baba arasındaki bu fikir ayrılığı ve tartışmalar da çocukları etkileyerek gelişimlerini tehlikeye düşürebilir.²²⁹

bb- Velayetin Zaman Bakımından Taksim Edilememesi

Velayet kapsadığı hak ve görevler yönünden anne ve baba arasında taksim edilemezken, zaman yönünden taksim edilip edilememesi konusunda doktrinde farklı görüşler hakimdir. Bir görüşe göre, böylece anne ve baba sorumluluğu paylaşmış olurlar; ayrıca çocuğun bazı yaşlarda anneye bazı yaşlarda ise babaya gereksinimi daha fazladır.

Diğer bir görüşe göre ise²³⁰ böyle bir düzenleme, çocuğun menfaatine olmaz. Çünkü çocuğun menfaati, eğitiminin mümkün olduğu ölçüde istikrarlı sürmesini, alıştığı çevrenin değiştirilmemesini gerektirir. Alıştığı, belirli bir yaşa kadar yanında yaşadığı anne veya babasından bir gün zorunlu olarak ayrılacağı endişesi, hem çocuğu, hem de velayete sahip anne veya babayı huzursuz eder, onların hep bu ayrılık korkusu içinde yaşamalarına neden olur.²³¹ Bu nedenle velayetin kademeli olarak düzenlenmesi olanaksızdır. Hâkim, örneğin on yaşına kadar anneye sonra babaya verilmesi şeklinde kademeli velayet düzenlemesi yapamaz.²³²

Öte yandan velayet, anne ve baba ve çocukların mevcut durum ve şartları göz önüne alınarak düzenlenmektedir. Durumda bir değişiklik olursa, velayetin değişen duruma göre yeniden düzenlenmesi imkânı da vardır (MK. md. 183). Kaldı ki; velayetin kaldırılması her zaman ve herkes tarafından istenebileceğine göre velayeti süreyle sınırlamak çocuk yanında olan anne ve baba ile çocuk arasındaki ilişkilere zarar verir.²³³ Yargıtay da bu ikinci görüşe katılmış ve yargıcın velayetin kullanılmasını süre ile sınırlayamayacağına karar vermiştir.²³⁴

²²⁹ Çelikel, s.70.

²³⁰ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.121.

²³¹ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.101.

²³² Gençcan, Boşanma, s.881.

²³³ Çetiner, s.49.

²³⁴ “...Medeni Yasanın 148/1. maddesi uyarınca boşanma ve ayrılık kararı verilmesi halinde yargıç,

b- Velayetin Şarta Bağlanamaması

Çocukların velayetinin kime verileceği, anne ve babanın ve çocuğun dava anındaki durumları gözetilerek belirlenir.²⁴⁰ İleride herhangi bir durumun gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi halinde, velayetin anne ve babadan birinden diğerine kendiliğinden geçeceği şeklindeki düzenleme yanlış olur.²³⁵ Örneğin, annenin ileride evlenme ihtimaline göre karar verilemez.²³⁶ Hâkimin velayeti yurtdışına çıkmaması koşuluyla anne ya da babaya vermesi olanaksızdır.²³⁷ İleride çocuğun menfaatinin tehlikeye düşürecek durumların ortaya çıkması halinde, velayetin değiştirilmesine karar verilebilir. Bu nedenle velayet, hükümde kesin bir surette düzenlenmelidir.

C- GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Mahkemelerin görevi, hukuksal anlaşmazlığın nitelik ve değerine göre bir davaya, hangi mahkemenin bakacağı ile ilgilidir. Mahkemelerin yetkisi ise, bir davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılabileceğini gösterir. Görev ve yetki söz konusu olduğunda, öncelikle görev incelenir. Yetki uyumsuzluğu ise görevli mahkeme tarafından belirlenir.²³⁸ Öte yandan görev kamu düzenini ilgilendirdiğinden mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınır²³⁹ (HUMK 7.md.).

4787 sayılı Kanun' un 1. maddesi hükmüne göre; bu kanunun amacı aile mahkemelerinin kuruluş, görev ve yargılama usullerini düzenlemektir. Bu kanun, aile

çocukların gelecek yaşantılarını, menfaatlerini ve durumun özelliğini göz önünde tutarak velayetin hangi tarafça kullanılacağına karar verir. Yargıç bu konuda takdir hakkını süre ile sınırlayamaz.” Y. 2. HD. 04.06.1985 gün ve 3296/5461 sk. (İnal, Uygulamada, s.1151).

²³⁵ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.202.

²³⁶ “...Çocukların velayetinin kime verileceği ana ve babanın karar tarihindeki durumları göz önünde tutularak belli edilir. Böyle olduğu halde ananın ileride başka bir erkekle evlenme olasılığı bulunduğu ve bu durumun sakıncalı olduğu kabul edilerek, velayetin babaya verilmesinde isabet yoktur.” YHGK. 09.09.1964 gün ve 2/240-540 sk. (İnal, Uygulamada, s.1143).

²³⁷ Gençcan, Boşanma, s.881.

²³⁸ Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili Ankara, 2003, s.67; “...Görev ve yetki itirazı birlikte söz konusu olduğu takdirde önce görev uyumsuzluğunun çözümlenmesi ve görevli mahkemenin de, yetki uyumsuzluğu hakkında karar vermesi gerekir. O halde görevsizliğe karar verilmesi gerekirken yetkisizliği de kapsar şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.” Y. 2. HD. 14.03.1984 gün ve E:1984/2354, K:1998/3123 sk. (Şahin, Emin; Açıklamalı-İçtihatlı 4721 S.lı Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Aile Hukuku Davaları Tatbikatı, Ankara, 2004, s.757).

²³⁹ “...İstem, iştirak nafakasının arttırılmasına ilişkin olup, mahkeme dava dilekçesini yetki yönünden reddetmiştir. Oysa mahkeme görevsizdir. Her ne kadar davalının bu bakımdan bir itirazı yoksa da görev kamu düzenini ilgilendirdiğinden gözetilecek bir husustur.” Y. 2. HD. 20.10.1970 gün ve E:1970/5599, K:1970/5422 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.67).

hukukundan doğan dava ve işleri görmek üzere kurulan aile mahkemelerine dair hükümleri kapsamaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki 20.04.2004 tarihinde aile mahkemelerinin görev kapsamı daraltılmıştır. 4721 sayılı Medeni Kanun bağlamında söyleyecek olursak 5133 sayılı Kanun' un 2. maddesi hükmü ile değişik 4787 sayılı Kanun' un 4/b.l. maddesi hükmüne göre 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Medeni Kanun'un üçüncü kısım hariç olmak üzere ikinci kitabı (MK md. 118-395) konusu olan aile hukukundan doğan dava ve işler 20.04.2004 tarihinden sonra aile mahkemesinde görülecektir. 4787 sayılı Kanun' un 2/2. maddesi hükmüne göre aile mahkemesi kurulamayan yerlerde ise Medeni Kanun md. 118-395 kapsamına giren dava ve işlere, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca (HSYK) belirlenen Asliye Hukuk Mahkemesince bakılacaktır. Dolayısıyla velayetin düzenlenmesine ilişkin davalarda aile mahkemesi (yoksa HSYK tarafından belirlenen Asliye Hukuk Mahkemesi) görevlidir²⁴⁰. Velayet konusunun, boşanma davası dışında müstakil dava olarak mahkeme önüne getirilmesi görev kuralını etkilemez.

Yetkili mahkeme ise Medeni Kanun'un 182. maddesi uyarınca velayet kararını vermekle yetkili mahkeme, boşanma veya ayrılığa karar verecek olan Aile Mahkemesidir. Boşanma davasından müstakil olarak açılacak velayet davalarında HUMK' nın 9. maddesinde düzenlenen genel yetki kuralı uyarınca davalının yerleşim yeri mahkemesidir.

D- VELAYETE İLİŞKİN DÜZENLEMENİN DEĞİŞTİRİLMESİ

1-Velayetin Değiştirilmesi

a- Genel Olarak

Maddi anlamda kesin hüküm; taraf iradelerinin üzerinde tasarruf edebildiği türdeki uyuşmazlıkların mahkeme kararı ile bütün bir geleceğe yönelik olarak çözüme kavuşturulmasını ifade eder. Kesin hükmün amacı kişiler arasındaki uyuşmazlıkların nihai olarak çözümlenmesidir.²⁴¹ Velayete ilişkin ihtilaflar kamu düzeni ile ilgili olduğundan, tarafların veya çocuğun hayatlarında meydana gelen önemli değişikliklere

²⁴⁰ Gençcan, Boşanma, s.904,905.

²⁴¹ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.179.

göre zaman içinde farklı çözüm tarzlarına bağlanabilecektir. Bu nedenle; velayet ile ilgili mahkeme kararları, kesin hüküm teşkil etmez.²⁴² Durumun değişmesi halinde, hakim re'sen veya anne ve babadan birinin talebi üzerine gerekli önlemleri alacaktır(MK md.183).²⁴³ Hakim velayet hakkını anne ve babadan kaldırıp çocuğa vasi tayin edebileceği gibi, velayeti bir taraftan alıp diğer tarafa da verebilir.²⁴⁴ Medeni Kanun'un 347. maddesine göre çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu anne ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, anne ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir.²⁴⁵ Hakim bu incelemeyi yaparken velayetin verildiği zamanki koşulları değil, mevcut durumdaki koşulları değerlendirerek bir sonuca varacaktır.²⁴⁶

Boşanma hükmü ile düzenlenen velayetin değiştirilebilmesi için velayet kendisine verilen tarafın ya da velayete konu çocuğun durumunda boşanma hükmünden sonra esaslı değişikliklerin olması şarttır.²⁴⁷ Esaslı değişiklik önemli ve sürekli olmalıdır. Durumdaki geçici bir değişiklik, önemli de olsa düzenlemelerin değiştirilmesini gerektirmez..²⁴⁸ Örneğin velayet görevinin sırf sağlık sebebiyle geçici olarak aksatılmış olması velayetin değiştirilmesi sebebi olamaz.

Öte yandan boşanma hükmünün verildiği anda var olan fakat şu veya bu şekilde davaya yansımayan olaylardan dolayı, sonradan düzenlemelerin değiştirilmesi istenemez. Medeni Kanun'un 183. maddesi açıkça, çocuklarla ilgili olarak alınan önlemlerin sonradan yeni hadiselerin ortaya çıkması nedeniyle değiştirilebileceğini öngörmüştür.²⁴⁹

²⁴² Tutumlu, Yeni Türk Medeni Kanunu, s.488; Akıntürk, s.328; Y. 2. HD. 11.6.1998 gün ve 6412/7398 sk. (Gençcan, Boşanma, s.885); Y. 2. HD. 25.01.2000 gün ve 13346/581 sk. (Tutumlu, Boşanma, s.1278); Y. 2. HD. 08.04.2003 gün ve E:2003/3841, K:2003/504 sk. (Ergün, s.669).

²⁴³ Öztan, s.471.

²⁴⁴ Öztan, s.471.

²⁴⁵ Gençcan, Boşanma, s.896.

²⁴⁶ "...Bu aşamadan sonra velayetin değiştirilmesi istemi, velayetin tevdiî sırasındaki koşullara göre değil, kendisine velayet tevdi edilen babanın velayeti yürütmesinin çocuk aleyhine yeni gelişmeler meydana getirmesi halinde mümkündür. Somut olayda ise davalı babadan velayetin alınmasını haklı gösterebilecek bir nedenin varlığı kanıtlanabilmiş değildir. Bu itibarla hukuk genel kurulunca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi doğru değildir." YHGK. 21.09.1994 gün ve 1994/378-517 sk. (Çelik, s.293).

²⁴⁷ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.181; Yargıtay velayetin değiştirilmesi için yeni oluşumların çocuk için maddî ve manevî zararlar vereceğini gösteren çok ciddi belirtilerin bulunmasını aramaktadır. YHGK. 15.04.1992 gün ve 2-140/248 sk. (Gençcan, Boşanma, s.888).

²⁴⁸ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.181; Gençcan, Boşanma, s.888; Çelik, s.697.

²⁴⁹ Akıntürk, s.328.

Bu nedenle velayetin değiştirilmesini gerektirecek yeni olayların varlığı kanıtlanmalıdır. Velayete ilişkin düzenlemenin değiştirilmesi bir süreye de bağlı değildir. Hatta boşanma kararının kesinleşmesinden üç gün sonra bile velayet hükmünün değiştirilmesi istenebilir.²⁵⁰

Velayetin değiştirilmesiyle velayetin kaldırılmasını birbirine karıştırmamak gerekir. 4721 sayılı Medeni Kanun'un 183. maddesinde velayetin değiştirilmesi düzenlendiği halde 348. maddesinde velayetin kaldırılması düzenlenmiştir. Bu iki müessese birbirlerinden hem sebepleri hem de sonuçları bakımından oldukça farklıdır. Uygulamada bunların birbirine karıştırılması hem hak kaybı hem de zaman kaybına sebebiyet vermektedir.

Medeni Kanun'un 183. maddesinde hükmün değiştirilmesini gerektirecek olgulardan bazıları örnek olarak sayılmıştır. Buna göre "anne veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi, ölmesi halinde hakim, kendiliğinden veya anne ve babadan birinin talebi üzerine olayın gerektirdiği tedbirleri almakla görevlidir". Maddede "gibi olguların oluşması" dendiğine göre, burada sayılan sebepler sınırlayıcı değildir.²⁵¹ Buna benzer sebeplerle de velayetin değiştirilmesi dava edilebilir.²⁵²

Öte yandan maddede belirtilen sebepler velayetin mutlak değiştirilmesi sebebi olmayıp hakimın değerlendirmesine bağlı bir değişkendir.²⁵³ Hakim velayetin değiştirilmesini gerektiren bir durumu öğrendiğinde kendiliğinden duruma müdahale etmekle görevlidir. Ancak uygulamada hakimlerin doğrudan doğruya velayeti değiştirmeye kalktığına pek rastlanılmamaktadır. Velayetin değiştirilmesi davaları velayet kendisine verilmeyen tarafından harcı da yatırılmak suretiyle bir dava olarak açılmaktadır. Taraflar diğer davalarda olduğu gibi iddialarını kanıtlamakla yükümlüdür (MK md.6).

Velayetin değiştirilmesine ilişkin davalarda aile mahkemesi (yoksa HSYK tarafından belirlenen Asliye Hukuk Mahkemesi) görevlidir. Yetkili mahkeme, HUMK 9. maddedeki yetkiye ilişkin genel hükümlere göre saptanır ki, dava davalının yerleşim

²⁵⁰ Gençcan, Boşanma, s.888.

²⁵¹ Öztan, s.471.

²⁵² Nitekim doktrinde örnek olarak şu haller gösterilmektedir: Ana ve babadan birinin hapsedilmesi, alkole veya içkiye düşmesi, ağır bir hastalığa tutulması, mali iktidarının çoğalması veya azalması, çocuğun velayet hakkından yoksun bırakılan eşin bulunduğu şehirde bir okula girmesi, hastalanması, karakterinde ve eğilimlerinde bazı değişikliklerin bulunması (Tekinay s.282).

²⁵³ Gençcan, Boşanma, s.889.

yeri mahkemesinde görülür. Yargıtay da velayetin değiştirilmesine ilişkin davanın davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılması görüşündedir.²⁵⁴ Bu açıklamalardan sonra velayetin hangi hallerde değiştirilebileceğini açıklayalım.

b- Velayetin Değiştirilmesini Gerektiren Durumlar

aa- Anne veya Babanın Başkasıyla Evlenmesi

Kural olarak velayet hakkı kendisinde olan tarafın başkasıyla evlenmesi, velayet hakkını etkilememektedir.²⁵⁵ Ancak evlenme ile çocuk menfaati etkilenmeye başlamış ve çocuğun beden, ahlak ve ruh gelişimi tehlikeye düşmüş ise,²⁵⁶ yani çocuğun korunması için alınması gereken önlemlerin sebepleri gerçekleşmeye başlamış ise, bu durumda hâkim, çocuğun korunması açısından velayeti diğer tarafa verebilecektir.²⁵⁷ Örneğin, yeni eşin çocuğa kötü davranması, velayete sahip olan anne ya da babanın, yeni evlilikten olan çocuklarıyla velayetlerine sahip oldukları çocukları arasında ayırım yapması, yeni eşin ahlaka aykırı bir işle uğraşması hallerinde bu durum velayetin yeniden düzenlenmesini gerektirebilir.

Bu durumun tam aksi de düşünülebilir. Velayete sahip eşin bir başkası ile evlenmesi halinde, çocuğun yeni kurulan aileye tam uyum sağlayacağı, üvey baba ile iyi ilişkiler kuracağı düşünülüyorsa, gerçek baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkiler yeniden gözden geçirilip düzenlenir ve duruma göre kısıtlanabilir. Bu ilişkinin yeniden düzenlenmesinde çocuğun menfaati göz önünde tutulmalıdır. Bu nedenle hâkim velayet kendisine verilen tarafın yaptığı yeni evliliği bütün boyutları ile değerlendirmeli, bu evlilikte çocuğun anne ve baba modelinin bulunduğu tam aile içinde yetişme olanağı bulacağı için yarar mı sağladığı,²⁵⁸ yoksa oluşan bu aile içerisinde çocuğun güvenliğinin tehlikeye düştüğü için zarar mı verdiği var belirlemelidir.²⁵⁹ Boşanan eşlerin tekrar birbirleriyle evlenmeleri durumunda ise, velayetten yoksun bırakılan eş kendiliğinden

²⁵⁴ Y. 2. HD. 23.02.1998 gün ve E:1998/1557, K:1998/2079 sk. (Gençcan, Boşanma, s.897).

²⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümiş, s.141; “...Davalı annenin evlenmesi tek başına velayetin değiştirilmesi için yeterli sebep olamaz. Çocukların daimi anneannede kaldığı sabit olmadığı gibi bakım için kısa süreli bırakılması da davanın kabulü için yeterli değildir. Bu yönünün gözetilmemesi usul ve yasaya aykırıdır.” YHGK. 01.06.1994 gün ve 1994/289-371 sk. (Çelik, s.294).

²⁵⁶ Gençcan, Boşanma, s.889.

²⁵⁷ Öztan, s.472.

²⁵⁸ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.183.

²⁵⁹ Gençcan, Boşanma, s.889.

(hâkim kararına gerek olmaksızın) tekrar velayet hakkına sahip olacaktır.²⁶⁰

Yeniden evlenme kural olarak çocuğun velayetini etkilememekle beraber, velayet hakkı kendisinde bulunan anne veya babanın, bir kişi ile evlilik dışı ilişki yaşaması ve bu kişinin çocuğun kaldığı eve gelerek ailenin bir ferdi gibi davranması durumunda çocuğun velayetinin yeniden düzenlenmesi gerekecektir. Çünkü bu durum çocuğun zihinsel gelişimini, onun sağlıklı bir aile anlayışına sahip olmasını etkileyecektir. Velayetin düzenlenmesi imkânı olmayan durumlarda, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilememesi hallerinden, "diğer benzer sebepler" koşuluna dayanılarak velayetin kaldırılmasına da karar verilebilecektir. Ancak Yargıtay, boşandıktan sonra belli bir kişi ile evlilik dışı ilişkiye girmeyi velayetin değiştirilmesi veya kaldırılması için yeterli görmemiştir²⁶¹.

bb- Anne veya Babanın Başka Bir Yere Gitmesi

Uygulamada en çok karşılaşılan durum başka yere gitme sebebine dayalı velayetin değiştirilmesidir. Taraflardan birisine velayet hakkı verildikten sonra bu kişi bir başkasıyla evlenmekte ve çocuğu yanında götürmediği gibi, genelde büyükanne ya da büyükbaba yanına bırakarak başka yere gitmektedir²⁶².

Velayet hakkına sahip anne veya babanın yerleşim yerini değiştirmesi, her zaman velayetin yeniden düzenlenmesini gerektirmez.²⁶³ Velayet hakkına sahip taraf bir başka ülkeye, özellikle farklı kültüre sahip bir ülkeye gidiyorsa, velayet hakkının değiştirilip değiştirilmeyeceği, hâkim tarafından bir kere daha gözden geçirilir.²⁶⁴ Velayet hakkına sahip eş çocuğun sağlığı ve eğitimi açısından uygun olmayan bir yere taşınmışsa veya sürekli yer değiştirdiğinden dolayı çocuğa istikrarlı bir eğitim ve çevre sağlayamıyorsa, çocuğu akrabalarına bırakıp kendisi başka bir yere (örneğin, yurt dışına) gitmişse,²⁶⁵ bu durumlar velayetin değiştirilmesini gerektirebilir.²⁶⁶ Yargıtay

²⁶⁰ Akyüz, Ulusal, s.247.

²⁶¹ Y. 2. HD. 07.07.1992 gün ve E:1992/6511, K:1992/7640 sk. (Çelik, s.294).

²⁶² Gençcan, Boşanma, s.891.

²⁶³ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.184.

²⁶⁴ Öztan, s.472.

²⁶⁵ "...Davalı annenin mahkeme kararma uymayıp, velayet görevini yerine getirmedeği, çocuğuna yeterli ilgiyi ve şefkati göstermediği ve ona karşı yükümlülüklerini ihmal ettiği sabittir. Davalı annenin bu tavrı, boşanmayı müteakip okul çağına kadar çocuğun Türkiye' de babaanne ve dedesinin yanında kalması konusunda davacı ile ortaklaşa aldıkları karara dayanıyor olsa bile, bu durum, anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun manen terk edildiği gerçeğini bertaraf etmez. Anne velayet görevini uzunca bir süre ifa etmemiştir. Davanın kabulü gerekirken, delillerin hatalı takdiri sonucu reddi usul ve yasaya aykırıdır." Y. 2. HD. 10.03.2004 gün ve 1970/2973 sk. (Gençcan, Boşanma, s.892).

²⁶⁶ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.184.

davalı babanın uzun süredir yurtdışında olduğu hâlde çocuğu yanına almayarak, velayeti eylemli olarak kullanmamayı velayetin değiştirilmesi sebebi kabul etmektedir.²⁶⁷

Ziyaret hakkının güçleşecek olması tek başına velayet hakkının yeniden düzenlenmesi nedeni olamaz.²⁶⁸ Bu bağlamda velayetin kendisine verilen tarafın zorunlu sebeplerle ve geçici olarak başka yere gitmesi velayetin değiştirilmesi sebebi olamaz. Örneğin müfettiş olan anne ya da babanın teftiş için başka şehre gitmesi, tedavisi için bir süre hastanede yatması, meslek içi seminer için başka şehre geçici süre gidilmesi gibi durumlarda esaslı değişiklikten söz edilemeyeceği için velayetin değiştirilmesi yoluna başvurulamaz.²⁶⁹

cc-Anne veya Babanın Ölmesi

Çocukların velayeti kendisine verilmiş olan tarafın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi halinde velayetin kendiliğinden diğer tarafa geçip geçmeyeceği hususu kanunda açıklanmamış, sadece hakimin olayın gerektirdiği önlemleri kendiliğinden veya başvuru üzerine alacağından söz edilmiştir(MK. md.183). Ancak doktrinde velayet kendisine bırakılmış olan tarafın ölmesi halinde velayetin kendiliğinden diğer tarafa geçmeyeceği, hakimin uygun gördüğü takdirde velayeti diğer tarafa verebileceği, uygun görmezse çocuğa bir vasi atayabileceği görüşünde birleşmektedir.²⁷⁰ Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.²⁷¹ Bu haller gerçekleştiğinde hâkim velayet hakkını diğer tarafa verebileceği gibi, çocuğun menfaatinin göz önünde bulundurarak ona vermeyi uygun bulmayıp, çocuğa vasi de tayin edebilecektir.²⁷² Boşanmada çocukların velayeti anneye verilmişse, babanın ölümü velayet hakkının anne tarafından kullanılmaya devam edilmesini engellemez. Anne hakkında velayetin kaldırılmasına ilişkin bir karar bulunmadıkça, çocuğa vasi atanmasına da gerek yoktur.²⁷³

²⁶⁷ Y. 2. HD. 18.03.1998 gün ve E:1998/2887, K:1998/3407 sk. (Gençcan, Boşanma, s.891).

²⁶⁸ Öztan, s.472.

²⁶⁹ Gençcan, Boşanma, s.891.

²⁷⁰ Özlü, s.119; Akyüz, Ulusal, s.247; Akıntürk, s.329; Dural/Öğüz/Gümüş, s.141; Öztan, s.471; Feyzioğlu, s.383; Köprülü/Kaneti, s.201; Velidedeoğlu, s.276; Tekinay, s.283; Oğuzman/Dural, s.141.

²⁷¹ Y. 2. HD. 19.02.2002 gün ve 1624/2268 sk.; Y. 2. HD. 11.10.2004 gün ve 10220-11546 sk. (Gençcan, Boşanma, s. 872, 893 ,894).

²⁷² Feyzioğlu, s.383; Akıntürk, s.329; Öztan, s.471; Gençcan, Boşanma, s.894.

²⁷³ Y. 2. HD. 16.03.2005 gün ve 874/4061 sk. (Akıntürk, s.324).

dd- Diğer Durumlar

Medeni Kanun'un 183. maddesinde öngörülen durumların örnek olarak sayıldığını belirtmiştik. Bu örnekler dışında velayet kendisinde bulunan annenin hapsedilmesi, hastalanarak bitkisel hayata girmesi, alkol tedavisi için rehabilitasyon merkezine yatırılması gibi durumlar da esaslı değişiklik sayılıp bu değişikliğin önemli ve sürekli olduğu dikkate alınarak çocuğun velayetinin değiştirilmesi ya da bir vasi tayini gerekebilecektir.²⁷⁴ Çocuğun velayet kendisine verilmeyen anne ve baba ile kişisel ilişkisinin engellenmesi, çocuğun aile bağlarını zayıflatacağı gibi, fikri gelişmesini de olumsuz yönde etkileyecek bir davranıştır.²⁷⁵ Bu nedenle velayet kendisine verilmeyen anne ya da baba ile küçük arasındaki kişisel ilişkiyi, velayet hakkı sahibi engellerse bu velayetin değiştirilmesi sebebidir.²⁷⁶

2- Velayetin Kaldırılması

a- Genel Olarak

Çocuğun korunması için alınabilecek olan genel koruma önlemleri ile çocuğun yerleştirilmesi önleminden sonuç alınamazsa veya bu önlemlerin alınmasının gereksiz olacağı sonucuna varılır ise, velayetin kaldırılması yoluna gidilir. Bu önlem çocuğun korunması açısından alınan en ağır önlemdir. Son çare olarak bu önleme başvurulmaktadır. Zira çocuğun korunması için önlemler alınırken belirli bir sıra takip edilmeli, hafıftan ağıra doğru gidilmelidir.²⁷⁷

Velayetin kaldırılması çocuğun korunması amacına yönelik olduğu için, anne ve babanın kusurlu olmaları şartı aranmamaktadır. Önemli olan velayetten doğan yükümlülüklerin yeterli olarak yerine getirilmemesi, yetkilerin ve hakların gereği gibi, amacına uygun olarak kullanılmamasıdır.²⁷⁸

²⁷⁴ Gençcan, Boşanma, s.894.

²⁷⁵ Y. 2. HD. 04.04.2002 gün ve 3930/4731 sk. (Çelikel, s.75).

²⁷⁶ Y. 2. HD. 21.01.2004 gün ve 14269/653 sk. (Özüğür, Evlilik Birliğini, s.973); Aynı doğrultuda bkz. Y. 2. HD. 04.04.2002 gün ve 3930/4731 sk. (Kaçak, s.657, 688).

²⁷⁷ Çelik, s.269.

²⁷⁸ Oğuzman/Dural, s.313.

b- Velayetin Kaldırılmasını Gerektiren Durumlar

Velayetin kaldırılması çocuğun korunmasına yönelik önlemlerin sonuncusu olarak Medeni Kanun'un 348 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. 348. maddeye göre;

- Anne ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması veya benzer sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi,

- Anne ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır bir şekilde saksaklamaları durumunda hakim velayetin kaldırılmasına karar verir.

Maddede sayılan velayetin kaldırılması koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmeden önce anne ya da babanın bu hakkı kullanma imkânına eylemli olarak sahip olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Kanuni olarak velayet hakkını kullanma hakkına sahip anne ya da baba, bu hakkı fiilen kullanma imkânına sahip olmamışlar ise velayetin kaldırılması koşullarının gerçekleştiğinden de bahsedilemeyecektir.²⁷⁹

Maddenin birinci fıkrası, velayetin bu maddede öngörülen sebeplerle kaldırılabilmesinin anne koşulunu hükme bağlamıştır. Buna göre, velayetin kaldırılabilmesi için çocuğun korunmasıyla ilgili diğer önlemlerin uygulanmış ve bundan bir sonuç alınmamış ya da bu önlemlerin daha başlangıçta yetersiz kalacağının anlaşılmış olması gerekir. Önceden aldığı önlemlerden bir sonuç alamayan veya alınması söz konusu olabilecek önlemlerin hiçbirinin sonuç vermeyeceğini daha baştan anlayan hâkim, aşağıdaki sebeplerden birinin varlığı hâlinde, velayetin kaldırılmasına karar vermelidir.

Velayetin kaldırılması sebeplerinden birincisi, maddenin ilk fıkrasının (1) numaralı bendine göre, anne ve babanın velayet görevini bazı sebeplerle gereği gibi yerine getirememesidir. Görevin gereği gibi yerine getirilememesi anne ve babanın deneyimsizliği veya hastalığı ya da özürlü olması yahut başka bir yerde bulunması sebebiyle meydana gelebileceği gibi, başka bir sebeple de meydana gelebilir. Böylece, (1) numaralı bentteki bu sayım sınırlı bir sayım değildir. Sayımda yer alan sebeplerin

²⁷⁹ Çelik, s.269.

ortak özelliği, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen ve belli bir süreklilik arz eden sebepler olmasıdır.²⁸⁰ Bu bentte yapılan ve velayet görevinin yerine getirilmesini engelleyen sebepler sınırlayıcı olmadıkları için, bu maddede, eski metinden farklı olarak, yer almayan "kısıtlılık" da velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen sebepler arasında değerlendirilecektir. Çünkü "kısıtlı" bir kişinin, o kişi ayırt etme gücüne sahip olsa bile, zaten kendisi sınırlı ehliyetsiz olan bir kişi olarak, velayet görevini gereği gibi yerine getiremeyeceği açıktır. Kısıtlı ayırt etme gücüne sahip değilse, o zaman da tam ehliyetsizdir ve elbetteki o da öncelikle bu bendin kapsamına girer.

Anne ve babanın deneyimsizliği, velayetten doğan yükümlülükleri yerine getirmelerinde bilgi açısından yetersiz kalmalarıdır. Doktrinde deneyimsizlik ve bilgisizlik nedeniyle velayetin kaldırılmasına; çocuğun aşırı şımartılması, davranışlarına hiçbir sınır konulmaması ya da tam aksine kişiliğin tamamen baskı altında tutulmasına yol açacak derecede sert davranılması, sertlik ve şımartma arasında dengesiz ve açık bir değişiklik gösterilmesi gibi anne ve baba davranışları örnek gösterilmektedir.²⁸¹

Her tür hastalık velayetin kaldırılması sonucunu doğurmayacaktır. Hastalığın, anne ve babanın velayet görevini yerine getirmelerine engel olması gerekmektedir. Sürekli olarak temyiz kudretinden yoksun kalma durumunda bu koşul gerçekleşmiş olmaktadır. Doktor raporuna göre uzun süre iyileşme olasılığı bulunmayan akıl hastalığı ve akıl zayıflığında da durum aynıdır.²⁸² Bununla beraber geçici fiziksel rahatsızlıklar velayetin kaldırılması sonucunu doğurmayacaktır. Ancak felç gibi fiziksel rahatsızlıklar nedeniyle velayetin kaldırılmasına karar verilebilecektir.²⁸³

Anne ve babanın özürlü olması da velayetin kaldırılması koşulu olarak açıkça düzenlenmiştir. Ancak anne ve babadan birinin özürlü olması, örneğin tekerlekli sandalyeye mahkûm olacak şekilde felçli olması hali velayetin kaldırılması sonucunu doğurmayacaktır. Çünkü bu durumda diğer taraf velayetin getirdiği yükümlülükleri yerine getirebilecektir.²⁸⁴ Çocuğun özürlü olmasından dolayı anne ve babası ona bakamaz ise, çocuğun yerleştirilmesi önleminin uygulanması düşünülebilir. Ancak çocuğun özürlü durumu, anne ve babada onu sevmemek ve ondan tiksinti duymak

²⁸⁰ Özlü, s.72.

²⁸¹ Akyüz, Ulusal, s.284.

²⁸² Akyüz, Ulusal, s.284,285.

²⁸³ Özlü, s.80.

²⁸⁴ Çelik, s.272.

şeklinde aksetmekte ise, velayetin kaldırılması da mümkün olabilecektir.²⁸⁵

Başka bir yerde bulunma nedeniyle velayetin kaldırılabilmesi için her şeyden önce anne ve babanın çocukla her türlü bağlantıyı olanaksız kılacak biçimde uzak bir yerde yaşamaları gerekmektedir. Bundan başka, çocukla haberleşmeme uzun süre devam etmeli ve yakın gelecekte anne ve babanın geri dönme ihtimalleri bulunmamalıdır. Nihayet bütün araştırmalara karşın velayete sahip olan anne ya da babaya ulaşmak mümkün olmamalıdır.²⁸⁶ Bir kimse görevi gereği veya hastalık ya da tutukluluk sebebiyle çocuktan farklı bir yerde bulunuyorsa, burada terk amacı bulunmadığından bu hal "başka bir yerde bulunma" anlamına gelmeyecektir.²⁸⁷

Velayet görevinin gereği gibi yerine getirilememesi halleri yukarıda sayılan durumlarla sınırlı değildir. Bu durum, hükmün sonuç bölümünde belirtilen "benzeri sebepler" ibaresinden açıkça anlaşılmaktadır. Anne ve babanın yerinin bilinmemesi, alkol bağımlılığı, ahlâka aykırı hayat sürme, çocuğun özürlü olması nedeniyle ona bakmama, savaş esiri halleri de velayetin gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğuracaktır²⁸⁸. Ancak bu gibi durumlarda ikametın devam edeceği süre, bu süre içerisinde çocuğu kontrol imkânının bulunup bulunmaması, bu durumun sona ermesinden sonra velayete sahip olan ebeveynin çocuğun yanına dönme olasılığı gibi hususlar dikkate alınmalıdır.²⁸⁹

Velayete sahip anne veya babanın yeniden evlenmesi, sadece bu sebeple velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Velayetin bu sebeple kaldırılması için çocuğun menfaatlerinin bunu gerektirmesi aranır. Bu konuda da hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır; hakim, çocuğun menfaati bakımından gerekli gördüğü takdirde velayet sahibini değiştirebileceği gibi, durum ve koşullara göre velayeti kaldırarak çocuğa bir vasi de atayabilir.²⁹⁰ Burada artık velayetin kaldırılması için diğer şartların bulunmasına gerek yoktur. Çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesi yeterlidir.²⁹¹ Ancak yeniden evlenmenin eski eşin dışında bir kimse ile olması gerekir. Boşanan eşlerin yeniden

²⁸⁵ Özlü, s.80.

²⁸⁶ Akyüz, Ulusal, s.285.

²⁸⁷ Özlü, s.86.

²⁸⁸ Oğuzman/Dural, s.314.

²⁸⁹ Akyüz, Ulusal, s.285.

²⁹⁰ Öztan, s.472.

²⁹¹ Köprülü/Kaneti, s.259.

evlenmeleri bu hüküm kapsamına girmemektedir.²⁹²

Maddenin birinci fıkrasının (2) numaralı bendinde belirtilen ikinci sebep ise, anne ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı olan yükümlülüklerini ağır bir biçimde saksaklamasıdır. Anne ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi, onların ihmali davrandıkları anlamına gelmektedir. İhmali hareket ise anne ve babanın velayetten doğan yükümlüklerini gereği gibi yapmamalarıdır. Yeterli ilgi göstermemenin bir sonraki aşaması, velayet görevinin ağır biçimde saksaklanmasıdır. Aynı fıkarda kanun koyucu hem ihmali durumu, hem de ağır ihmali durumu belirtmiştir. Yeterli ilgiyi göstermeme zaten ağır ihmali de kapsamaktadır. Bu noktada kanun koyucunun yanlış bir düzenleme yaptığı söylenebilir.²⁹³ Yeterli ilgiyi göstermeme koşulunun gerçekleşmesi için anne ve babanın "kusurlu" olmaları gerekir. Ayrıca ihmali eylemin sürekli olması da zorunludur.²⁹⁴ Yeterli ilgiyi göstermeme hallerinin hafif şekilleri velayetin kaldırılmasına neden olmamalıdır. Örneğin anne ve babanın gündüzleri işe giderek çocukları yabancı kişilere bırakmaları gibi.²⁹⁵

c- Velayetin Kaldırılmasının Sonuçları

Velayet anne ve babanın her ikisinden de kaldırılırsa, çocuğa bir vasi atanır. Velayet hakkı anne ve babadan birlikte kaldırılabilceği gibi yalnız birinden de kaldırılabilir. Önemli olan velayetin kaldırılmasını gerektiren durumun kim tarafından gerçekleştirildiğidir. Eğer yalnız biri tarafından gerçekleştirilmiş ise, hâkim sadece ondan velayetin kaldırılmasına karar verecektir. Bu durumda velayet hakkı tek başına diğer tarafa ait olacaktır.²⁹⁶ Ancak, hem annenin hem de babanın fiilleri velayetin kaldırılmasını gerektiriyorsa bu durumda hâkim, velayeti ikisinden de kaldıracaktır (MK. md.348/2). Bunun üzerine çocuğa vasi atanması gerekecektir (MK. md.348/2) Boşanma sebebiyle velayete tek başına sahip olan anne ya da babadan velayet kaldırılınca, çocuğa yine bir vasi atanacaktır.²⁹⁷

Medeni Kanun'un 348. maddesinin son fıkrasında, kaldırma kararında aksi

²⁹² Oğuzman/Dural, s.315.

²⁹³ Çelik, s.276.

²⁹⁴ Oğuzman/Dural, s.316; Köprülü/Kaneti, s.258.

²⁹⁵ Akyüz, Ulusal, s.286.

²⁹⁶ Oğuzman/Dural, s.319; Köprülü/Kaneti. s.259.

²⁹⁷ Oğuzman/Dural, s.319.

belirtilmedikçe, velayetin kaldırılmasının mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsayacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre hâkim velayetin kaldırılması koşulunun gerçekleşme şekline göre velayetin bir çocuk üzerinden kaldırılmasına karar verebileceği gibi,²⁹⁸ velayetin hangi çocuk üzerinden kaldırıldığını belirtmeksizin yalnızca velayetin kaldırılmasına da karar verebilecektir. Kararda aksi belirtilmediği zaman kanun hükmü gereği velayetin kaldırılması, mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsayacaktır. İleride doğacak çocukların kapsamına, velayetin kaldırılmasından sonra nesebi düzeltilen çocuklar ile kendilerinden velayet kaldırılan eşlerin evliliğin sona ermesinden sonra bir üçüncü kişi ile yaptıkları evlilikten doğan çocuklar da girmektedir.²⁹⁹ Hâkim velayetin kaldırılması kararının kapsamını, bunu gerektiren koşullara göre belirlemelidir. Eğer velayet anne ve babanın kısıtlanmasından dolayı kaldırılmışsa, kaldırma kararı genel olmalıdır. Yani mevcut ve sonradan doğacak çocukları kapsamalıdır. Fakat bu önleme yol açan neden, yetkinin kötüye kullanılması veya ağır biçimde savsaklama ise yalnızca buna maruz kalan çocuklar hakkında geçerli olmalıdır.³⁰⁰

Velayet hakkının kaldırılmasıyla birlikte anne ve babanın hak ve yükümlülükleri sınırlanmaktadır. Burada anne ve baba ile çocuk ilişkilerinin hukuksal bakımından önemli ölçüde çözüldüğü söylenebilir.³⁰¹ Bununla beraber bunun istisnaları da vardır. Bu istisnalardan biri de anne ve babanın çocuk ile olan kişisel ilişkilerinin devam etmesidir. Çünkü anne ve babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı velayetten bağımsız bir haktır.³⁰² Anne ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptirler (MK. md.323). Hakim de anne ve baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi düzenlemek zorundadır.

Velayetin kaldırılmasıyla birlikte anne ve baba çocuğun mallarını yönetme haklarını kaybedeceklerdir. Anne ve baba, velayetleri sona erince çocuğun mallarını, hesabıyla birlikte ergin çocuğa, vasisine veya kayyıma devretmek yükümlülüğü altındadırlar (MK. md.362). Velayetin kaldırılması anne ve baba ile çocuk arasındaki soy bağına ise ortadan kaldırmamaktadır. Çocuk ile anne ve baba arasındaki soy bağı devam ettiği için bu bağı sonucunda anne ve babanın birtakım yükümlülükleri de devam etmektedir. Çocuğun bakım masraflarının ödenmesi de anne ve babaya, sırf anne ve baba

²⁹⁸ Akyüz, Ulusal, s.288.

²⁹⁹ Oğuzman/Dural, s.318.

³⁰⁰ Akyüz, Ulusal, s.289.

³⁰¹ Akyüz, Ulusal, s.289.

³⁰² Serozan, Çocuk, s.201.

olmaları nedeniyle yüklenen bir yükümlülüktür.³⁰³ Velayetin kaldırılması halinde de anne ve babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam etmektedir (MK. md.350/1). Velayet anne ve babanın ikisinden de kaldırılmışsa, bu durumda ikisinin de çocuğun bakım masraflarını karşılamaları gerekmektedir. Anne ve babanın bakım ve eğitim giderlerini karşılama gücü yoksa giderler çocuk mallarından karşılanacaktır (MK. md.327/2).

d- Görevli Mahkeme

Velayet altında bulunmayan küçüklerin, vesayet altına alınması gerekir. Görevlerini yaparken vesayeti gerektiren bir halin varlığını öğrenen idari makamlar ve mahkemeler bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar (MK. md.404/2). Vesayet makamı Sulh Hukuk Mahkemesi, denetim makamı ise Asliye Hukuk Mahkemesidir (MK. md.397/2). Velayetin kaldırılması davasında görevli mahkeme Aile Mahkemesidir (4787 sayılı Kanun md. 4). Aile Mahkemesi velayeti kaldırdığında diğer anne veya babaya da vermemişse çocuk velayet altında değildir, bu durumda hakim in yapacağı şey çocuğa vasi atanması için durumu sulh hukuk hakimine (vesayet makamına) bildirmektir. Ayrıca çocuğa vasi tayin etmek, aile mahkemesinin görevi dışındadır.²⁶⁵

E- İCRA İFLAS KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE VELAYETE İLİŞKİN DÜZENLENMENİN YERİNE GETİRİLMESİ

Velayetin düzenlenmesine ilişkin kararlar, ilamlı icra yoluyla infaz edilecektir. İcra İflas Kanununa göre, velayet kendisine verilmiş olan taraf diğer tarafın çocuğu kendisine teslim etmemesi durumunda mahkeme ilamını icraya koyarak takip talebinde bulunabilir. Bu talebi alan icra memuru borçluya (velayet hakkı elinden alınan tarafa) bir icra emri gönderir (İİK. md.25). Bu icra emrinde, İİK' nın 24. maddesindeki genel hususlardan başka; lehine hüküm verilen tarafın çocuğun yedi gün içinde teslim edilmesi, yedi gün içinde çocuk teslim edilmediği takdirde İİK' nın 341. maddesi uyarınca cezalandırılacağı ve ilâmın 25. maddeye göre zorla yerine getirileceği ihtar

³⁰³ Hatemi/Serozan, s.335.

yazılır. Borçlu bu emri yerine getirmezse ilam hükmü zorla yerine getirilir ve çocuk ziyaret hakkı sahibine ziyaret amacı ile teslim edilir. Borçlu alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca İİK' nın 341. maddesine göre cezalandırılır (İİK. md.25). Çocuk teslimine dair ilâmların icrası, icra müdürü ile birlikte SHÇEK tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir (İİK. md.25/b).

III- KİŞİSEL İLİŞKİNİN DÜZENLENMESİ

A- KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ DAYANAĞI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Çocuklar taraflardan hangisine bırakılmışsa, velayet de sadece o tarafa ait olur; diğer tarafın çocuklar üzerindeki velayet hakkı o andan itibaren sona erer. Ancak bu sonuç, asla velayet hakkı sona ermiş olan tarafın hiçbir surette çocukları ile kişisel ilişki kurmaya, yani onlarla görüşmeye, onları sevip okşamaya, alıp gezdirmeye, yedirip içirmeye, giydirmeye hakkı olmadığı anlamına gelmez. Tam aksine çocuklar ile kişisel ilişki kurmak, boşanan her anne ve babanın en doğal hakkıdır.³⁰⁴ Kişisel ilişki, küçüğün velayetinin kendisine bırakılmayan ebeveyn açısından şahsa bağlı bir talep hakkını oluşturmaktadır.³⁰⁵ Bu nedenle kişisel ilişki hakkından feragat edilemeyeceği gibi, bu hakkın devredilmesi de mümkün değildir.³⁰⁶

Kişisel ilişki hakkının hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre kişisel ilişki hakkı, anne ve babanın çocuk ile aralarındaki nesep ilişkisine dayanan³⁰⁷ ve kaynağını tabii hukuktan alan kişilik haklarından³⁰⁸. Kişisel ilişki kurma hakkı velayetten bağımsız anne ve baba olmaktan doğar. Boşanma kararı üzerine velayet hakkı kendisine verilmeyen taraf ile çocuk arasındaki soy bağı ilişkisi ortadan kalkmamakta, manevi bağ devam etmektedir. Bu nedenle çocuğun

³⁰⁴ Akıntürk, s.324.

³⁰⁵ Tutumlu, Boşanma, s.1287; Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.144; Ceylan, s.165; Gençcan, Boşanma, s.953 .

³⁰⁶ Özüğür, Evlilik Birliğini , s.965; Gençcan, Boşanma, s.954; Ceylan, s.165.

³⁰⁷ Şıpka, Şükran/Genç Arıdemir Arzu; 4721 S.1 Türk Medeni Kanununa Göre Soybağının Kurulması ve Hükümleri, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/1, s.178 vd.; Feyzioğlu, s.387.

³⁰⁸ Velidedeoğlu, s.270; Tekinay, s.278.

velayet hakkının bir tarafa bırakılması sonucunda diğer tarafın çocuğu görme gibi tabii bir haktan³⁰⁹ yoksun bırakılması düşünülemez. Çocuk ile velayet hakkı kendisinde olmayan taraf arasındaki kişisel ilişki mektupla, telefonla veya doğrudan doğruya olabilmektedir. Doğrudan doğruya olanına ziyaret hakkı denilmektedir. Ziyaret hakkı, çocukla velayet hakkına sahip olmayan taraf arasında karşılıklı bir hakka dayanır. Bu hak, kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir hak değildir.³¹⁰ Nitekim Yargıtay da bu hakkı çocukla anne ve baba arasındaki kan bağının doğal ve engellenemez bir sonucu olarak görmektedir.³¹¹

Bir başka görüşe göre ise bu hak, sadece nesep ilişkisine değil, psikolojik anne ve baba olma olgusuna dayanan bir haktır. Bu görüşe göre kişisel ilişki hakkının varlık nedeni, anne veya baba olmaktan ileri gelen sevgi ve bağlılık duygusudur. Kişisel ilişki hakkını, biyolojik bir temele dayandırmak, her zaman için yerinde olmayabilir. Çünkü çocukların biyolojik bir anne ve babadan daha çok, psikolojik anne ve babaya ihtiyaçları vardır. Psikolojik anne ve baba, şefkat göstermeyi, çocuğa bir insan olarak saygı duymayı, onu değerlendirmeyi ve onunla arkadaşlıktan zevk almayı bilen; ona yol gösterebilen ve destek olabilen kişilerdir. Çocuğu dünyaya getirmek ve onunla soy bağı ilişkisi içinde bulunmak psikolojik anne ve baba olmak için yeterli değildir. Onların, çocuğu eğitmek, topluma uyum sağlayabilen ve kendi kendine yeterli, bağımsız bir birey haline getirmek için de çaba sarf etmiş olmaları gerekir. Kişisel ilişki hakkının düzenlenmesi, çocuğun velayeti kendisine verilmeyen anne veya babanın, yetişmesine katkıda bulunmuş olduğu çocuğun, gelişimi hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamak, akrabalık ilişkilerini sürdürmek, çocukla yabancılaşmayı önlemek ve sevgi gereksinimlerini tatmin amacı gütmektedir.³¹²

Çocuğun ruhsal ve kimlik/kişilik gelişiminde en etkili figürler anne ve babadır. Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde de temel amaç, çocuğun güvenliğinin korunması; akli, bedeni ve fikri gelişiminin sağlanması ve takip edilmesi için gerekli iletişim ve görüşme koşullarının belirlenmesidir³¹³. Öte yandan bu hak, çocuğundan ayrı olan anne veya babanın, yetişmesine katkıda bulunduğu çocuğun gelişmesi hakkında bilgi sahibi

³⁰⁹ Hatemi/Serozan, s.249.

³¹⁰ Öztan, s.469.

³¹¹ "...Çocuk ana babadan birine verilmiş hatta hiçbirine verilmeksizin çocuğa vasi atanmış olsa da, diğerinin ya da her ikisinin çocukla kişisel ilişki kurma, çocuğunu görme, belirli yer ve zamanda onunla birlikte olma hakkı vardır." Y. 2. HD. 23.09.1976 gün ve 5861/6510 sk. (Zevkliler/Acabey/ Gökyayla, s.943).

³¹² Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.144.

³¹³ Tutumlu, Boşanma, s.1287.

olmasını sağlamayı, çocuğu ile hısımlık ilişkisini sürdürmeyi, çocuğuna karşı yabancılaşmasını önlemeyi, her iki tarafın da sevgi gereksinimlerini tatmin etmeyi de amaçlamaktadır.³¹⁴

BMÇHS' nin 9. maddesinde de kişisel ilişki hakkı vurgulanmaktadır. Buna göre; "taraf devletler, anne ve babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek menfaatine aykırı olmadıkça, anne ve babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterecektir." ÇHDS' nin 9/3. maddesinde, anne ve babasından veya bunlardan birinden mahkeme kararıyla ayrı yaşayan çocuğun kendi güvenliğine aykırı olmadıkça anne veya babası ile kurallara uygun biçimde kişisel ilişki kurma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.³¹⁵

B- KİŞİSEL İLİŞKİNİN KURULMASINDA GÖZETİLECEK İLKELER

1- Genel Olarak

Medeni Kanun'un 182/1. maddesinde; "Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça anne ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, anne ve babanın çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler" demektedir. Yine, aynı maddenin 2. fıkrasında; "velayetin kullanılması kendisine verilmemiş olan tarafın durumun gereğine uygun surette çocuk ile kişisel ilişkilerde bulunmak hakkına sahip olduğu" da belirtilmektedir. Öte yandan Medeni Kanun'un 323. maddesinde de "Anne ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir" demek suretiyle bu hakkı pekiştirmektedir.³¹⁶

Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden çıkan sonuç sadece velayete sahip

³¹⁴ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.144.

³¹⁵ Akarslan, s.49.

³¹⁶ Medeni Kanunun 323. maddesinin aynı kanunun 182. maddeyle ilişkisi gerekçede şöyle açıklanmıştır. "...Bu madde, bir bakıma 182. maddede düzenlenen, boşanan eşlerden velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişki kurma haklarının da dayanağıdır. 182. madde hükmü ise, boşanma halinde, velayet haklarının kullanılmasının hangi eşe bırakılacağı ve boşanan için (veya, çocuk vesayet altında ise, eşlerin) çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkının nasıl kullanılacağına hâkim tarafından kararlaştırılmasına ilişkindir." (Başgöz, Lütfü/Çakmakçı, Ramazan; Gerekçeli, Atıflı, Karşılaştırma Tablolulu, Eski ve Yeni Kanun Metinleri ile Birlikte Yeni Türk Medeni Kanunu, İstanbul, 2002).

olmayan anne ya da babanın değil, velayet hakkına sahip olmakla beraber, çocuğun başkasının korunması ya da gözetimine bırakılması halinde de anne ya da babanın çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin bir talep hakkının olduğudur. Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar Medeni Kanun'un 323. maddesinde talep aranmaktaysa da boşanma durumunda bu şart değildir. Çünkü hakim Medeni Kanun'un 182. maddesine göre bu hususu re'sen düzenler.³¹⁷

Öte yandan kanun koyucu, 182. maddenin 2. fıkrasında; kişisel ilişkinin düzenlenmesinde bazı ölçütleri (çocuğun özelliği, sağlık, eğitim ve ahlak bakımından menfaatleri) saymak suretiyle genel bir çerçeve oluşturmuş ve hakime kişisel ilişkinin düzenlenmesinde takdir hakkı tanımıştır.³¹⁸ Ancak hakim kendisine tanınan takdir yetkisini öncelikle çocuğun menfaatinin göz önünde bulundurarak kullanmalıdır.³¹⁹ Bununla birlikte annelik babalık duygularının tatmin edilmesi de gözetilir,³²⁰ ancak çatışma olduğunda çocuğun menfaati, anne ve babanın kine üstün tutulmalıdır.³²¹

2-Çocuğun Özellikleri

Hakim boşanma davasında anne ve babanın çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenlerken çocuğun özelliklerini dikkate almak zorundadır. Medeni Kanun'un 182.

³¹⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s.142; "...Velayeti anneye verilen küçük ile baba arasında kişisel ilişki düzenlenmemesi kanuna aykırıdır." 2. HD. 24.03.2003 gün ve 2891/4037 sk.; "...Velayet kendisine verilen kişi çocuk ile öbür tarafın şahsi münasebetlerinin düzenlenmesini isteyebilir. Çünkü infaz yönünden kendisi de bu konu ile doğrudan doğruya ilgilidir ve yükümlülüğünü bilmesinde menfaati vardır. Zaten şahsi münasebetin re'sen düzenlenmesinin kanunda emredilmiş olmasının amacı da budur. Bu bakımdan velayet kendisine verilen tarafta düzenleme eksildiğini temyiz edebilir. O halde çocukla ana arasındaki şahsi münasebetin tanzim edilmemiş olması usul ve kanuna aykırıdır." (Y. 2. HD. 01.04.1976 gün ve 2582/2858 sk. (Tutumlu, Boşanma, s.1289).

³¹⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s.142.

³¹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.142; Öztan, s.469; Tekinay, s.278; Feyzioğlu, s.383; Ergün, s.606; Gençcan, Boşanma, s.909.

³²⁰ "...Taraflar aynı yerde oturmaktadırlar. Kişisel ilişki amacına uygun, analık, babalık duygularını tatmin eder şekilde düzenlenmelidir. Bu yön gözetilmeden aynı hafta sonları baba ile kişisel düzenlenmemesi de yetersiz olup, doğru değildir." Y. 2. HD. 12.03.2003 gün ve 2146/3428 sk.; "...Nurettin 06.06.1991 doğumludur. Kişisel ilişki düzenlenmesinde, çocuğun baba ile, babalık duygularını geliştirecek şekilde ilişki kurması da göz önünde tutulur. Taraflar aynı yerde oturmaktadırlar. Daha uygun süreli ve çocuk baba yanında yatacak şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." Y. 2. HD. 11.03.2002 gün ve 2379/3277 sk. (Tutumlu, Boşanma, s.1289).

³²¹ "...Velayet düzenlenirken analık, babalık duygularından önce, çocuğun bedeni ve fikri gelişimi gözetilmelidir. Müşterek çocuk Yiğit 13.08.2000 doğumludur. Senenin 01-30 Temmuz, 01-30 Kasım ayları ile dini ve milli bayramların tamamını baba yanında geçirecek şekilde baba ile kişisel ilişki kurulması çoktur." Y. 2. HD. 17.03.2003 gün ve 2692/3574 sk. (Karagülmez, Ali/Ural Sami, Sezai; Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, 2. Baskı, Ankara, 2003, s.131.

maddesine göre; çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından menfaatleri esas tutulur. Özellikle deyişi ile maddede gösterilmiş olan menfaatlerin bir örnekmeden ibaret olduğuna işaret edilmiştir. Kuşkusuz dikkat edilmesi gereken başka unsurlar da vardır. Bunlardan önemli olanlar üzerinde aşağıda durulmuştur.

a- Çocuğun Yaşı

Kişisel ilişki düzenlenirken, çocuğun yaşı göz önünde tutulmalı, anne bakım ve şefkatine muhtaç olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır.

aa- Çocuk Anne ve Babanın Bakımına Muhtaç İse

Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuk süt çocuğu ise gece annesi yanında kalmalıdır. Süt çocuğunun geceyi babasının yanında geçirmesi kenarda kalsın³²² "emzirme saatlerinin" bile geçirilmemesi gerekir. O halde hâkim özellikle süt çocuklarının kesinlikle tam gün³²³ baba yanında kalmamasına özen göstermelidir. Yargıtay anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun haftada bir gün bile annesinden ayrılmasını doğru bulmadığı gibi,³²⁴ bir buçuk yaşındaki bir çocuğun bir ay süreyle babaya bırakılmasını çocuğun bedeni ve ruhsal gelişimini olumsuz etkileyeceği görüşündedir³²⁵. O halde anne bakım ve şefkatine muhtaç çocukların babaları ile görüşme süreleri son derecede sınırlı olmalıdır. Bu özen 0-3 yaş grubunun özellikleri

³²² "...Velayeti anneye verilen müşterek çocuk 14.2.2003 doğumludur. Küçük Bekir Emre ... yaşı nedeniyle ana bakım ve şefkatine muhtaçtır. Bu husus nazara alınmaksızın gece yatısına kalacak şekilde yazılı şekilde baba ile şahsi ilişki tesisi isabetsizdir." Y. 2. HD. 06.07.2005 gün ve 8556/10642 sk. (Gençcan, Boşanma, s.921).

³²³ "...Tarafların müşterek çocuğu Bahar 24.1.2005 doğumlu olup, henüz yaşını doldurmamıştır. Velayet kendisine verilmeyen tarafla çocuk arasında kişisel ilişki kurulurken, analık ve babalık duygularını tatminden önce, çocuğun bedeni ve fikri gelişimi de dikkate alınmalıdır. Bu yaştaki bir çocuğun anne ilgi ve şefkatine ihtiyacı olduğu açıktır. Bedeni gelişimini etkileyecek şekilde küçüğün bir günde dokuz saat ve 1-30 Temmuz tarihleri arasında babaya bırakılması suretiyle uzun süreli kişisel ilişki tesisi doğru görülmemiştir. Daha uygun kişisel ilişki kurulması için hükmün bozulması gerekmiştir." Y. 2. HD. 27.12.2005 gün ve 15423/18360 sk. (Gençcan, Boşanma, s.921).

³²⁴ "...Müşterek çocuk 2002 doğumlu olup, baba ile her hafta sonu Pazar günü saat 09.00 17.00 arası kişisel ilişki tesisi yaşı itibarıyla çocuğun eğitim, bedeni ve fikri gelişmesini olumsuz etkileyeceği gibi davacı anneyi de her hafta eve bağımlı hale getirecektir. Daha uygun süreli kişisel ilişki tesisi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır." Y. 2. HD. 03.05.2004 gün ve 4772/5711 sk. (Gençcan, Boşanma, s.922).

³²⁵ "...Velayeti anneye verilen müşterek çocuk 17.8.2003 doğumludur. Ana bakım ve şefkatine muhtaç küçük ile davalı baba arasında 1-30 Temmuz tarihleri arasında şahsi münasebet tesisine karar verilmesi çocuğun bedeni gelişmesine engel olacağından doğru olmadığı gibi çocuğun davacı anne tarafından davalı babaya gönderilmek suretiyle kişisel ilişki kurulması da isabetsizdir." Y. 2. HD. 12.05.2005 gün ve 5560/7845 sk. (Gençcan, Boşanma, s.923).

dikkate alındığında mutlak olarak gözetilmelidir.

bb- Çocuk Anne Bakım ve Şefkatine Muhtaç Değilse

Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde anne bakım ve şefkatine muhtaç olmayan çocuk gece babasıyla kalabilmelidir.³²⁶ Baba; anne bakım ve şefkatine muhtaç olmayan çocuğu ile bir akşam yemeği yiyebilmeli, bir tiyatroya akşam çocuğunu götürebilmelidir. Yargıtay anne bakım ve şefkatine muhtaç olmayan çocukla her hafta sonu bir gün³²⁷ veya haftada iki gün³²⁸ kişisel ilişkiyi çok bulmaktadır. Bu şekilde kurulacak ilişki; velayet görevinin yerine getirilmesini engeller,³²⁹ o eşi sürekli eve bağlar,³³⁰ çocuklarla ilgilenmesini engeller,³³¹ çocuğun eğitim, bedeni ve fikri gelişmesini olumsuz etkiler,³³² taraflara külfet yükler.³³³ Yapılması gereken ayın belli haftaları,³³⁴ hafta sonlarında³³⁵ uygun süreli kişisel ilişki kurulmasıdır.

b- Çocuğun Eğitimi

Anne ve babanın çocuk ile olan kişisel ilişkileri düzenlenirken çocuğun; okul

³²⁶ "...Velayeti anneye verilen küçükle davalı arasında her hafta sonu Pazar günü kişisel ilişki kurulması, davacı anneyi her hafta sonu eve bağlı hale getirerek, velayet hakkını yeterince kullanmasını kısıtlayacağı gibi davalı baba ile küçük arasında her ayın iki hafta sonu gece yatısına kalacak şekilde kişisel ilişki kurulmaması da doğru bulunmamıştır. Belirtilen hususlar dikkate alınmadan yazılı şekilde kişisel ilişki kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." Y. 2. HD. 05.10.2004 gün ve 9879/11228 sk. (Gençcan, Boşanma, s.923).

³²⁷ "...Velayeti anneye verilen müşterek çocuk ile davalı baba arasında her hafta sonu kişisel ilişki kurulması annenin velayet görevini yerine getirmesini engelleyeceği gibi davacıyı da sürekli eve bağlayacak niteliktedir. Öte yandan bu şekildeki bir düzenleme çocuğun sağlık, eğitim ve bedeni gelişimini de olumsuz yönde etkileyecektir. Gerçekleşen bu durum karşısında daha uygun sürelerle ve çocuğun gece yatısında da kalacak şekilde baba ile kişisel ilişki düzenlenmesi gerektiğinin düşünülmemesi de bozma nedenidir." Y. 2. HD. 14.06.2004 gün ve 7068/7808 sk. (Gençcan, Boşanma, s.924).

³²⁸ "...Ayın her hafta sonu Cuma günü saat 18'den Pazar günü saat 18'e kadar kişisel ilişki, anneye tüm hafta sonları eve bağımlı hale getirecek ve velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine engel olacaktır. Ayın belirli haftalarını içerecek biçimde daha uygun kişisel ilişki düzenlemek üzere hükmün bozulması gerekmiştir." Y. 2. HD. 30.06.2005 gün ve 10056/10347 sk. (Gençcan, Boşanma, s.926).

³²⁹ Y. 2. HD. 28.01.2002 gün ve 197/634 sk. (Gençcan, Boşanma, s.927).

³³⁰ Y. 2. HD. 22.05.2003 gün ve 6456/7475 sk. (Tutumlu, Boşanma, s.1291).

³³¹ Y. 2. HD. 05.05.2004 gün ve 4726/5807 sk. (Gençcan, Boşanma, s.927).

³³² Y. 2. HD. 05.04.2004 gün ve 2866/4333 sk. (Gençcan, Boşanma, s.927).

³³³ Y. 2. HD. 07.06.2002 gün ve 6540/7735 sk. (Gençcan, Boşanma, s.925).

³³⁴ "...Müşterek çocuk 5.2.1999 doğumlu Aleyna ile baba arasında her hafta sonu kişisel ilişki kurulması sonuç itibarıyla annenin çocukla hafta sonu ilişkisini tümünden kesilmesine yol açar. Tarafların sosyal ve mali durumları, bölgesel koşullar çocuğun yaşı gözetilerek ayın belli haftalarında kişisel ilişkinin düzenlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır." Y. 2. HD. 24.02.2005 gün ve 496/2747 sk. (Gençcan, Boşanma, s.926).

³³⁵ "...Küçükler anne bakım ve şefkatine muhtaç olup, her hafta Salı ve Perşembe günleri arasında kişisel ilişki tesisi, davacıyı eve bağlar şekilde ve amacına uygun değildir. Ayın her hafta sonu olmayacak şekilde belirli hafta sonları babayla kişisel ilişki kurulması gerekirken yazılı olduğu şekilde kişisel ilişki kurulması bozmayı gerektirmiştir." Y. 2. HD. 20.12.2004 gün ve 13901/15371 sk. (Gençcan, Boşanma, s.928).

dönemleri,³³⁶ tatilleri,³³⁷ kurs dönemleri³³⁸ dikkate alınmalıdır. Kişisel ilişki kurulacak diye çocuğun eğitiminin aksamasına kesinlikle sebep olunmamalıdır.³³⁹ Görüşmelerin çok sık olmaması çocuğun düzenli bir eğitim görmesi için daha uygun olur.³⁴⁰

c- Çocuğun Sağlığı

Çocuğun sağlığı deyimiyle çocuğun hem beden hem de ruh sağlığı anlaşılmalıdır. Kişisel ilişkinin çocuğun bedeni ve fikri gelişimine engel olmayacak şekilde düzenlenmesi gerekir.³⁴¹ Çocukla anne arasındaki ilişkinin baba nezaretinde yapılması çocuğun ruhsal gelişimini olumsuz yönde etkiler.³⁴²

d- Çocuğun Ahlaki Menfaati

Anne ve babanın çocukla kişisel ilişkilerinin düzenlenmesinde, çocukların maddi-manevi menfaati yanında, anne ve babanın sosyal durumu ve hayat biçimleri ile

³³⁶ “...Velayeti anneye verilen müşterek çocuk Ladin 1996 doğumludur. Öğrenim çağındadır. Ayın her haftasının Cuma, Cumartesi ve Pazar günlerini baba yanında geçirmesi, onun fikri ve bedeni gelişimini olumsuz etkileyeceği gibi, annenin velayet görevini de yerine getirmesini engelleyecek niteliktedir. Düzenlenen ilişki çoktur. Bu yönün dikkate alınmaması isabetsizdir. Ancak yanılığının giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün bu kısmının davacının (annenin) temyizi de dikkate alınarak düzeltilerek onanmasına karar verilmesi gerekmektedir. Sonuç: Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 438/7. maddesi uyarınca; hüküm fıkrasındaki (Pazar günü) ibaresinin metinden çıkartılmasına yerine (Cumartesi günü) yazılmasına hükmün düzeltilmiş bu şekliyle onanmasına, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine oybirliğiyle karar verildi.” Y. 2. HD.. 25.03.2004 gün ve 2695/3758 sk. (Gençcan, Boşanma, s.916).

³³⁷ “...Hüküm açık ve infazda tereddüt yaratmayacak nitelikte olmalıdır. Velayeti anneye verilen 8.1.2003 doğumlu Gökberk’in tüm okul tatillerinde davalı babaya verilmesi suretiyle şahsi ilişki tesisi, çocuğun yaşı da nazara alındığında doğru değildir. Ancak bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün şahsi ilişki ile ilgili bölümünün düzeltilerek onanması gerekmektedir. Sonuç: Temyize konu kararın hüküm fıkrasının 2. bendindeki “ve okul tatillerinde” sözlerinin hükümden çıkarılmak suretiyle kararın düzeltilmiş bu şekliyle onanmasına, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, oybirliğiyle karar verildi.” Y. 2. HD. 18.03.2004 gün ve 2202/3461 sk. (Gençcan, Boşanma, s.917).

³³⁸ “...Çocuk ile baba arasında yaz aylarında kişisel ilişki kurulurken, çocuğun kursu ile ilgi kurularak kadının, kocanın kişisel ilişkisini engelliyebileceğini nazara alınmaması usul ve kanuna aykırıdır.” Y. 2. HD. 28.03.2002 gün ve 3924/4339 sk. (Gençcan, Boşanma, s.918).

³³⁹ “...Her hafta sonu kişisel ilişki düzenlenmesi küçüğün eğitimi ve gelişmesini olumsuz yönde etkiler...” Y. 2. HD. 27.10.2003. gün ve 13233/14379 sk. (Özüğür, Evlilik Birliğini, s.989).

³⁴⁰ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.218.

³⁴¹ “...Müşterek çocuk Hasan 15.1.2000 doğumludur. Her hafta sonu Cumartesi ve Pazar günleri davacı babayla kişisel ilişki düzenlenmesi çocuğun bedeni ve fikri gelişmesine engel olacağı gibi, davalı annenin velayet görevini yerine getirmesini de etkiler niteliktedir. Bu nedenle daha uygun süreli kişisel ilişki düzenlemek üzere hükmün bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir.” Y. 2. HD. 25.06.2003 gün ve 8492/9542 sk.; “...Mahkemece tarafların çocuğu Sanemsu ile ayda 3 gün davalı babasının gece yatılı olarak kalacak şekilde kişisel ilişki tesisi çocuğun yaşı nazara alındığında çocuğun bedeni ve fikri gelişmesine olumsuz etki yapacağı gibi. tarafların anlaşmalarına uygun da değildir. Bu yön nazara alınmadan hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” Y. 2. HD. 26.02.2003 gün ve 1093/2503 sk. (Tutumlu, Boşanma, 1290).

³⁴² Y. 2. HD. 07.04.2003 gün ve 3871/4937 sk. (Ergün, s.624).

hayata bakış açılarının da göz önünde bulundurulması gerekir. Kişisel ilişki kurulurken hayat biçimiyle çocuğa iyi örnek olmayacak anne ve baba ile çocuğun uzun süre bir arada tutulmamalarına dikkat etmek gerekir, ancak bu yapılırken anne ve babalık duygularının tatmin edilmesi gereği de gözden uzak tutulmamalıdır.³⁴³

e- Çocuğun Görüşünün Alınması

Anne ve babanın çocukla kişisel ilişki kurup kurmayacağını ve kurulacak kişisel ilişkinin içeriğinin belirlenmesinde idrak çağındaki çocuğun görüşüne de başvurulmalıdır.³⁴⁴ ÇHKİAS'ın 3 ve 6. maddelerine göre yeterli idrak gücüne sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen çocuğun ve ayrıca BMÇHS'ın 12. maddesi hükmüne göre görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun dinlenmesi ve onun ifade edeceği görüşe de önem verilip, deliller birlikte değerlendirilerek anne ve babanın çocuk ile olan kişisel ilişkileri düzenlenmelidir.³⁴⁵ Eğer çocuk ayırt etme gücüne sahipse, mantıklı bir gerekçeyle anne veya babayla kişisel ilişki kurmak istemiyorsa ve çocuk ilişki kurmak istememesinin sonuçlarını kavrayabilecek olgunluğa sahipse³⁴⁶ bu husus hakim tarafından araştırıldıktan sonra kişisel ilişki tesis edilmelidir.

3- Anne ve Babanın Özellikleri

a- Annelik Babalık Duygularının Tatmini

Kişisel ilişkinin amaçlarından biri de, velayetin kendisinde olmaması nedeniyle çocuğundan ayrı kalan anne veya babanın annelik ve babalık duygularının tatminidir. Kişisel ilişki, annelik ve babalık duygularını tatmin edebilecek sıklık ve sürede kurulmalıdır.³⁴⁷

³⁴³ Y. 2. HD. 04.02.1993 gün ve 13478/809 sk. (Çelikel, s.84).

³⁴⁴ "...Kişisel ilişki süresinin çocuğun eğitimini ve yetiştirilmesini etkilememesi gerekir. Bu konuda gerekli araştırma yapılmaması ve 16.10.1991 doğumlu çocuğun bilgisine başvurulmaması da isabetsizdir." Y. 2. HD. 27.10.2003 gün ve 13233/14379 sk. (Tutumlu, Boşanma, s.1294).

³⁴⁵ "...Kendisi ile kişisel ilişki kurulması istenilen küçük Ayşenur 1.1.1995 doğumlu olup idrak çağındadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi' nin 12, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi' nin 3. ve 6. maddesi uyarınca küçük Ayşenur dinlenmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." Y. 2. HD. 20.09.2004 gün ve 9190/10173 sk. (Gençcan, Boşanma, s.915).

³⁴⁶ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.154.

³⁴⁷ "...Taraflar aynı yerde oturmaktadırlar. Kişisel ilişki amacına uygun, analık, babalık duygularını tatmin eder şekilde düzenlenmelidir. Bu yön gözetilmeden ayın bazı hafta sonları baba ile kişisel düzenlenmemesi

b- Anne ve Babanın Hayat Biçimleri ile Çocuğa Karşı Tutum ve Davranışları

Anne ve babanın hayat biçimi çocuğun bedeni ve fikri gelişimi yönünden oldukça belirleyicidir.³⁴⁸ Medeni Kanun'un 324. maddesine göre anne ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür. Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya anne ve baba bu haklarını birinci fıkra da öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddî olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir. Özellikle anne veya babanın ağır ruhsal bozukluğunun bulunduğu ya da alkol veya uyuşturucu bağımlılığı olduğu durumlarda çocukla kişisel ilişki kurulması çocuğun çıkarına ters düşeceğinden kişisel ilişki tesis edilmemesi uygun olur.³⁴⁹

c- Anne ve Babanın Çalışma Saatleri ile İzin Durumları

Kişisel ilişkinin zamanı belirlenirken kendisiyle kişisel ilişki kurulacak anne veya babanın çalışma saatleri dikkate alınmak zorundadır. Çalışma gününe rastlayan günlerde kişisel ilişki kurulmamalıdır. Öte yandan kişisel ilişki kurulurken anne veya babanın yıllık izin durumları da göz önünde tutulmalıdır. Böylece anne ve baba ve çocuğa beraber tatil yapma ve daha çok vakit geçirme imkânı tanınmış olur.³⁵⁰ Hafta sonunda kişisel ilişki düzenlenirken de, çalışılan günler göz önünde tutulmalıdır.³⁵¹

de yetersiz olup, doğru değildir." Y. 2. HD. 12.03.2003 gün ve 2146/3428 sk.; Aynı doğrultuda bkz. Y. 2. HD. 11.03.2002 gün ve 2379/3277 sk.; Y. 2. HD. 21.01.2004 gün ve 14407/665 sk. (Tutumlu, Boşanma, s.1287).

³⁴⁸ "...Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce küçüğün bedeni ve fikir gelişimi dikkate alınmalıdır. Velayeti anneye verilen küçük Bertin 6.3.1995 doğumludur. Yedi yaşındadır. Baba ile her ayın ilk Cuma gününden Pazar günü akşamına kadar kişisel ilişki kurulmuştur. Toplanan delillerden babanın uyuşturucu kullandığı ve hırsızlık yaptığı anlaşılmaktadır. Babanın yaşama biçimi dikkate alındığında kurulan bu ilişki çoktur. Mahkemece daha uygun düzenleme yapılması gerekmektedir. Açıklanan hususun dikkate alınmaması usul ve yasaya aykırıdır." Y. 2. HD. 21.06.2002 gün ve 7389/8314 sk. (Gençcan, Boşanma, s.911).

³⁴⁹ Çetiner, s.136-137; Tekinay, s.278; Öztan, s.470.

³⁵⁰ "...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davacı kocanın izin tarihlerine göre kişisel ilişki tesisi yerinde değilse de aleyhe bozma yapılamayacağına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle hükmün onanmasına, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edene yükletilme-sine peşin alınan harcın mahsubuna işbu kararın tebliğinden ibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi." Y. 2. HD. 18.10.2004 gün ve 10957/12028 sk. (Gençcan, Boşanma, s.912).

³⁵¹ "...Davalının; BOTAŞ 'ta çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle Pazar günü için şahsi ilişki tesisine karar verilmesi gerekirken işte olduğu Çarşamba günü şahsi ilişki kurulması doğru görülmemiştir." Y. 2. HD. 29.11.2004 gün ve 12817/14122 sk. (Gençcan, Boşanma, s.911).

d- Anne ve babanın Oturduğu Yer

Velayet kendisine verilmeyen taraf ile diğer tarafın oturdukları yer boşanma davasında belirlenmeden kişisel ilişki düzenlemesi yapılmamalıdır.³⁵² Boşanan eşler ayrı şehirlerde oturuyorsa anne ve babalık duygularının tatminini sağlayacak şekilde yılın tatil aylarından birinde,³⁵³ genellikle yaz mevsiminde ve belli bir ay süresince,³⁵⁴ sık ve kısa süreli olmayan şekilde,³⁵⁵ velayet kendisine verilmeyen tarafın yıllık izinlerini geçirdiği belli bir ay varsa o ay içinde³⁵⁶ kişisel ilişki düzenlenmesi uygun olur. Hakim, çocuğun okulunun açılma ve kapanma dönemlerini de dikkate alarak çocuğun öğrenimini aksatmayacak şekilde düzenleme yapmalıdır.³⁵⁷

Kişisel ilişki anne ve baba ile çocuklar arasındaki bağlandırmak içindir.³⁵⁸ Bu nedenle boşanma sonrasında taraflar aynı şehirde oturuyorlarsa en azından on beş günde bir belli saatler arasında kişisel ilişki düzenlenmelidir.³⁵⁹ Her hafta sonu kişisel ilişki düzenlenmesi anne veya babanın çocuğu ile ilgilenmesine ve ihtiyaçlarını karşılamasına engel olacağı gibi, taraflara sık sık gelip gitme külfeti de yükleyecektir.³⁶⁰ Ayda veya yılda bir kez uzun süreli ya da sadece dini veya milli bayramların ikinci günü³⁶¹ görüşme de yetersizdir.

³⁵² "...Davacı tarafların ayrı kentlerde oturduklarını ileri sürmüştür. Kişisel ilişkinin amacına uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu yön araştırılmadan hüküm kurulması doğru değildir. Diğer taraftan küçük Kader'in nüfus kaydı celp edilmeden eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması da yasaya aykırıdır. Mahkemece yapılacak iş Kader'e ait nüfus kayıtlarını celp etmek yine aynı kentte oturup oturmadıklarını araştırmak, aynı kentte oturmuyorlarsa daha uygun süreli kişisel ilişki düzenlemek, sonucuna göre hüküm tesis etmekten ibarettir." Y. 2. HD. 14.03.2002 gün ve 2547/3521 sk. (Gençcan, Boşanma, s.948).

³⁵³ "...Tarafların ayrı yerleşim yerinde oturdukları anlaşılmıştır. Yılın tatil aylarından birinde de uygun süre kişisel ilişki düzenlenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır." Y. 2. HD. 24.02.2005 gün ve 16838/2731 sk. (Gençcan, Boşanma, s.951).

³⁵⁴ "...Velayeti babaya bırakılan çocuklarla anne arasında eşlerin ayrı yerde oturdukları dikkate alınarak her yılın bir ayı, Temmuz ya da Ağustos ayında, resmi ve dini bayramların i-kinci günü kişisel ilişki kurulmuştur.Bu düzenleme infazda karışıklık yaratacak niteliktedir. (HUMK. md. 388) Açıklanan husus üzerinde durulmaması usul ve yasaya aykırıdır." Y. 2. HD. 10.05.2004 gün ve 5290/6029 sk. (Gençcan, Boşanma, s.950).

³⁵⁵ "...Tüm hafta tatillerini diğer taraf yanında geçirecek şekilde kişisel ilişki düzenlenmesini isteyebilir." Y. 2. HD. 11.05.1998 gün ve 4852/5702 sk.." (Kaçak, s.681).

³⁵⁶ Gençcan, Boşanma, s.951.

³⁵⁷ "...1985 ve 1988 doğumlu küçüklerle, ayrı yerde oturan babaları arasında yaz aylarında onların eğitimlerine engel olmayacak şekilde uzun süreli kişisel ilişki düzenlenmelidir." Y. 2. HD. 20.03. 2000 gün ve 1721/12082 sk. (Kaçak, s.653).

³⁵⁸ Y. 2. HD. 10.05.1999 gün ve 2970/4920 sk. (Özügür, Evlilik Birliğini, s.993).

³⁵⁹ "...Taraflar aynı yerde oturmaktadırlar. Baba ile sadece dini ve milli bayramlar ile 1 Temmuz-1 Ağustos arasında kişisel ilişki kurulması uygun değildir. Ayın belirli haftalarında da uygun kişisel ilişki kurulmasının düşünülmemesi bozmayı gerektirmiştir." Y. 2. HD. 30.05.2005 gün ve 5946/8423 sk., Aynı doğrultuda bkz Y. 2. HD. 30.05.2002 gün ve 6253/6270 sk. (Gençcan, Boşanma, s.949).

³⁶⁰ Y. 2. HD. 23.10.2000 gün ve 12013/12082 sk. (Kaçak, s.653).

³⁶¹ Kişisel ilişki anne, baba ile evlatlık anne baba duygularını tatmin edecek nitelikte olmalıdır. Bu yön gö-

Velayet kendisine verilmemiş olan anne veya baba yurtdışında oturuyorsa, kişisel ilişki, senenin belli bir döneminde yılda en az bir defa,³⁶² bir aydan az süreli olmamak üzere³⁶³ annelik babalık duygularının tatminini sağlayabilecek bir süre için düzenlenmelidir. Yurtdışındaki anne ve baba ile kişisel ilişki kurulurken yurtdışını kapsayacak şekilde düzenleme yapılmamalı, çocuğun geriye dönmeme ve kişisel ilişkinin zedelenme olasılığı göz önünde tutulmalıdır.³⁶⁴

4- Kardeşlerin Birbirlerini Görebilmesi

Çocukların velayetlerinin anne ve baba arasında paylaştırılması halinde kişisel ilişki düzenlenirken kardeşlerin birbirini görebilmesi sağlanmalıdır.³⁶⁵ Çocukların birbirini görmelerine ve bir arada bulunmalarına engel olacak biçimde kişisel ilişki düzenlenmesi çocukların ruhsal gelişimini olumsuz yönde etkileyecek bir durumdur.³⁶⁶ Örneğin, bir kardeş kişisel ilişki kurulması için anne yanına diğeri de aynı zamanda baba yanına gitmişse birlikte vakit geçirmeleri olanaksız olacaktır.

5- Başkasının Gözetiminde Olmaması

Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde çocukla kural olarak başkası gözetiminde kişisel ilişki kurulması uygun değildir. Başkası; eşlerden biri olabileceği gibi,³⁶⁷ üçüncü bir kişi

zetilmeden taraflar aynı yerde yaşadıkları takdirde sadece dini ve milli bayramların ikinci günü kişisel ilişki kurulması daha uygun sürelerle kişisel ilişki kurulmaması doğru bulunmamıştır." Y. 2. HD. 24.01.2002 gün ve 16994/438 sk. (Gençcan, Boşanma, s.949).

³⁶² "...Toplanan delillerden; davalının yurtdışında çalıştığı anlaşılmaktadır. Velayeti anneye bırakılan çocukla baba arasında mevcut düzenleme yanında senenin belli bir ayında da kişisel ilişki kurulması gerekir. Bu yön üzerinde durulmaması yerinde değildir...." Y. 2. HD. 02.06.2005 gün ve 6422/8613 sk. (Gençcan, Boşanma, s.952).

³⁶³ Ergün, s.169; Y. 2. HD. 07.10.1985 gün ve 6988/7887 sk. (Gençcan, Boşanma, s.952).

³⁶⁴ "...Davalı anne İtalyan uyruklu olup İsviçre' de yaşamaktadır.Çocukla kişisel ilişki yurt dışını kapsayacak şekilde verildiğinden çocuğun dönmeme ve kişisel ilişkinin zedelenme olasılığı vardır.Bu konuda somut ve uygulanması mümkün tedbirler alınmak suretiyle yeniden kişisel ilişki düzenlenmesi için kararın bu bölümünün bozulması gerekmiştir." Y. 2. HD. 14.12.2005, gün ve 13699/17555 sk. (Gençcan, Boşanma, s.953).

³⁶⁵ Y. 2. HD. 22. 09.2003 gün ve 10501/11842 sk. (Özuğur, Evlilik Birliğini, s.991); "...Şahsi ilişki düzenlenirken kardeşlik duygularını tatmin edecek şekilde çocukların birbirlerini görebilmeleri de sağlanmalıdır." Y. 2. HD. 01.11.1999 gün ve 8166/11516 sk. (Kaçak, s.681).

³⁶⁶ Y. 2. HD. 01.02.1999 gün ve 13006/337 sk. (Gençcan, Boşanma, s.939).

³⁶⁷ "...Taraflar ayrı kentlerde oturmaktadırlar. Küçükler yönünden Temmuz ayında ve ayın üçüncü haftası küçüklerin birbirlerini görmeyecek şekilde kişisel ilişki kurulması doğru olmadığı gibi, küçük Eda Gül yönünden babanın anne yanına giderek küçükle kişisel ilişki kurma yükümlülüğü altına sokulacak ve anneye bağımlı hale getirecek şekilde kişisel ilişki tesisi de doğru olmamıştır." Y. 2. HD. 20.07.2005 gün

(nöbetçi memur³⁶⁸, öğretmen, polis veya icra memuru³⁶⁹ karakol yetkilisi³⁷⁰) de olabilir. Üçüncü kişi durumunda olan şahıslara böyle bir yükümlülük yüklenemez. Kuşkusuz ki çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında uzman bulundurulmasına ilişkin 2004 sayılı Kanunun 25/b maddesinde yer alan “çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası, icra müdürü ile birlikte; SHÇEK tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog, veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir.” hükmü saklıdır.

6- Süre

Kişisel ilişki düzenlenirken infazda tereddüde yer vermeyecek şekilde açık³⁷¹ anne veya babanın çocuk ile görüşme gün ve saatleri³⁷², görüşmenin hangi gün ve saatte başlayıp, hangi gün ve saatte biteceği³⁷³ belli olmalıdır. Hakim görüşme günlerini saptarken anne ve babanın milliyetlerini gözeterek ulusal bayramlarını³⁷⁴, dinlerini gözeterek dini bayramlarını³⁷⁵ içerir şekilde düzenleme yapmalıdır. Yargıtay dini bayramlarda gerek uzun süreli³⁷⁶ gerekse kısa süreli³⁷⁷ kişisel ilişki kurulmasını amaca

ve 11652/11677 sk. (Gençcan, Boşanma, s.929).

³⁶⁸ Y. 2. HD. 27.09.2005 gün ve 10674/12910 sk. (Gençcan, Boşanma, s.931).

³⁶⁹ Y. 2. HD. 30.01.2001 gün ve 14834/1474 sk. (Kaçak, s.676).

³⁷⁰ Y. 2. HD. 04.07.2005 gün ve 8419/10482 sk. (Gençcan, Boşanma, s.931).

³⁷¹ Y. 2. HD. 30.10.2003 gün ve 111626/14591 sk. (Özuğur, Evlilik Birliğini, s.988).

³⁷² "...Davalı anne ile müşterek çocuk Fatih arasında küçüğün teslim alınacağı ve geri teslim edileceği saatler gösterilmeksizin "1 Temmuz - 20 Temmuz" tarihleri arasında şahsi ilişki tesisi infazda güçlük yaratacağı için usul ve yasaya uygun değildir." Y. 2. HD. 12.04.2005 gün ve 5147/5925 sk. (Gençcan, Boşanma, s.942).

³⁷³ "...Velayet kendisine verilmeyen tarafla çocuk arasında kişisel ilişki kurulurken ilişkinin, başlangıç ve bitiş günleri ile saatlerinin açıkça, infazda güçlük yaratmayacak şekilde gösterilmesi gerekir." Y. 2. HD. 13.04.1999 gün ve 1816/3504 sk. (Özuğur, Evlilik Birliğini, s.994); "...Şahsi ilişkinin başlangıç ve bitiş tarihleri ile saatlerinin gösterilmemesi infazda güçlük yaratacağından doğru değildir." Y. 2. HD. 26.01.2005 gün ve 15980/847 sk. (Gençcan, Boşanma, s.940).

³⁷⁴ "...Kişisel ilişki anne, baba ile evlatlık anne baba duygularını tatmin edecek nitelikte olmalıdır. Bu yön gözetilmeden taraflar aynı yerde yaşadıkları takdirde sadece dini ve milli bayramların ikinci günü kişisel ilişki kurulması daha uygun sürelerle kişisel ilişki kurulmaması doğru bulunmamıştır." Y. 2. HD. 24.01.2002 gün ve 16994/438 sk. (Gençcan, Boşanma, s.937).

³⁷⁵ "...Baba ile sadece dini bayramların birinci günü üç saat kişisel ilişki yetersizdir. Daha uygun süreli kişisel ilişki tesisi gerekir." Y. 2. HD. 29.01.2004 gün ve 229/1132 sk. (Özuğur, Evlilik Birliğini, s.985).

³⁷⁶ "...Velayeti davacı anneye bırakılan küçükle davalı baba arasında her hafta sonu kişisel ilişki kurulması, davacı anneyi hafta sonu eve bağımlı hale getireceği gibi velayeti gereği gibi kullanmasını da engelleyeceği dini bayramlarda da uzun süreli şahsi ilişki tesisinin de amaca uygun olmadığı anlaşıldığından daha uygun süreli kişisel ilişki kurulmak üzere hükmün bozulması gerekmiştir." Y. 2. HD. 16.03.2005 gün ve 2273/4114 sk. (Gençcan, Boşanma, s.938).

³⁷⁷ "...Bozma kararına uyulması üzerine mahkemece baba ile 2003 doğumlu müşterek çocuk arasında düzenlenen kişisel ilişki günleri uygun olmakla birlikte, hafta sonları iki saat, dini bayramlarda da altı saat süre ile verilen kişisel ilişki süreleri çok kısa olup, kişisel ilişkinin amacına uygun düşmez. Ancak bu

uygun görmemekte, ayrıca dini bayramların ikinci gününün³⁷⁸ görüşme için uygun gün olduğunu belirtmektedir.

Öte yandan kişisel ilişkinin düzenleneceği süre makul olmalı, özellikle ayrı şehirlerde oturan anne ya da babanın geldiğinde çocuğu diğer taraftan alıp hasret gidermesine, gezmesine, dinlenmesine ve tekrar çocuğu eve götürmesine yetecek kadar süre verilmeli³⁷⁹ ancak aşırıya da kaçılmamalıdır³⁸⁰. Yargıtay her hafta sonu kişisel ilişki kurulmasını velayet hakkı kendine verilen eşi her hafta sonu eve bağımlı hale getireceğinden, uygun görmemektedir.³⁸¹ Hakim kişisel ilişkiyi var olan koşullara göre düzenlediğinden ve yeni olguların zorunlu kılması halinde re'sen veya anne ve babanın istemi üzerine kişisel ilişki hükmünü değiştirebileceğinden, kademeli³⁸² kişisel ilişki kurulması yerinde olmadığı gibi, kişisel ilişki süresinin taraflara bırakılması da doğru değildir.³⁸³

7- Uzman Bilirkişilerin Görüşlerinden Yararlanılması³⁸⁴

Anne veya baba ile kişisel ilişki kurulmasında çocuğun sağlık ve ahlaki bakımından menfaatlerinin zedelenip zedelenmeyeceği konusunda uzman görüşü alınması ve bundan sonra kişisel ilişki konusunda karar verilmesi gerekir.³⁸⁵

yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün bu bölümünün de düzeltilerek onanması yönüne gidilmiştir." Y. 2. HD. 09.02.2005 gün ve 14940/1605 sk. (Gençcan, Boşanma, s.938).

³⁷⁸ Kişisel ilişki anne, baba ile evlatlık anne baba duygularını tatmin edecek nitelikte olmalıdır. Bu yön gözetilmeden taraflar aynı yerde yaşadıkları takdirde sadece dini ve milli bayramların ikinci günü kişisel ilişki kurulması daha uygun sürelerle kişisel ilişki kurulmaması doğru bulunmamıştır." Y. 2. HD. 24.01.2002 gün ve 16994/438 sk. (Gençcan, Boşanma, s.937).

³⁷⁹ "...Baba ile her hafta kişisel ilişki kurulması doğru olmadığı gibi kişisel ilişki analık babalık duygularını tatmin edecek şekilde daha uzun ve uygun süreli olarak belirlenmelidir. Bu yön gözetilmeden her hafta Pazar günleri ve kısa süreli kişisel ilişki kurulması bozmayı gerektirmiştir." Y. 2. HD. 17.06.2002 gün ve 5990/8098 sk. (Gençcan, Boşanma, s.943).

³⁸⁰ "...Baba ile küçük arasında 1 Temmuz ile 31 Temmuz arasında kişisel ilişki kurulmuş ise de; uzman raporunda da belirlendiği gibi küçüğün anneye çok bağlı olduğu, çocuğun yaz tatilinde uzun süre babayla şahsi ilişki kurulmasının olumsuz sonuç doğurabileceği ve uygun olamayacağı belirtilmesine rağmen uzun süreli kişisel ilişki kurulması doğru olmamıştır." Y. 2. HD. 15.03.2005 gün ve 333/407 sk. (Gençcan, Boşanma, s.943,944).

³⁸¹ Y. 2. HD. 20.11.2003 gün ve 14484/15946 sk.; Y. 2. HD. 19.06.2003 gün ve 8079/9147 sk. (Özuğur, Evlilik Birliğini, s.987,993).

³⁸² Y. 2. HD. 21.06.2004 gün ve 7303/8092 sk. (Gençcan, Boşanma, s.945).

³⁸³ "...Hüküm açık infazda tereddüde yer vermeyecek şekilde olmalıdır. Kişisel ilişki gün ve süreleri hakim tarafından belirlenmelidir. Bu yön gözetilmeden sürelerin belirlenmesinin taraflara bırakılması ve infazda tereddüde düşülecek şekilde hüküm kurulması yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir" Y. 2. HD. 17.06.2002 gün ve 5925/8089 sk. (Gençcan, Boşanma, s.945).

³⁸⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. s.44 vd.

³⁸⁵ Y. 2. HD. 17.02.2004 gün ve 13280/1765 sk. (Özuğur, Evlilik Birliğini, s.984).

C- GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Boşanmaya karar veren hakim, tarafların müşterek çocuklarının velayetleri konusunda da bir hüküm oluşturmak ve kendisine velayet verilmeyen ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişkiyi re'sen düzenlemek durumundadır (MK. md. 182/1). Dolayısıyla görevli mahkeme Aile Mahkemesidir.³⁸⁶ (4787 sayılı Kanun md. 4/1) Aile Mahkemesi kurulamayan yerlerde bu görev Asliye Hukuk Mahkemelerine aittir (HSYK' nın 13.03.2003 tarih ve 97 sayılı; yine aynı Kurulun 08.07.2003 tarih ve 331 sayılı kararı). Bu görev kuralı boşanma davasından sonra (müstakil) açılan kişisel ilişkinin kurulmasına ilişkin davalar için de geçerlidir.

Boşanma davasının sonucu olarak gündeme gelen kişisel ilişki düzenlemesinde yetkili mahkeme, boşanma davasındaki yetkili mahkeme kuralına bağlıdır (MK. md. 168, 326/2). Öte yandan Medeni Kanun'un 326/1. maddesinde, kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili özel bir yetki kuralı da getirilmiştir. Buna göre; "Kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili bütün düzenlemelerde çocuğun oturduğu yer mahkemesi de yetkilidir".³⁸⁷ Maddede geçen oturma yeri kavramını Medeni Kanun'un 21. maddesi hükmünün ışığında değerlendirmek gerekir. Kanuni yerleşim yeri başlığı altında düzenlenen 21/1. maddeye göre; "çocuk velayet altında ise velisinin yerleşim yeri çocuğun da yerleşim yeri sayılmaktadır. Çocuk velayet altında değil ve ayrıca mahkeme kararı ile anne ve babadan birinin yanına da (tedbiren) bırakılmış değil ise (örneğin, boşanma kararının kesinleşmesinden hemen sonra doğan çocuğun durumu); çocuğun oturma yeri, onun yerleşimi sayılır." Böylece kanun koyucu çocuğun menfaatini üstün tutarak, onunla ilgili (kişisel ilişki kurulması) açılacak davalarda yetkili mahkeme hususunda problem çıkmasını, dolayısıyla işin uzaması riskini önlemek istemiş, diğer yetki kurallarının (MK md. 168, HUMK. md. 9/1) yanı sıra, çocuğun oturduğu yer mahkemesini de yetkili kılmıştır.³⁸⁸

Medeni Kanun'un 326/2. maddesinde ise kanun koyucu şu kuralı koyma ihtiyacı

³⁸⁶ "....Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle dava küçükle tedbiren kişisel ilişki tesisinden ibaret olup, Mersin Aile Mahkemesinde boşanma davası açıldığından kişisel ilişki ile ilgili tedbiri almak boşanma davasının devam ettiği yetkili ve görevli aile mahkemesine ait bulunmasına göre sonucu itibarıyla doğru olan hükmün onanmasına," Y. 2. HD. 13.12.2005 gün ve 11009/17486 sk. (Gençcan, Boşanma, s.967).

³⁸⁷ "...Türk Medeni Kanununun 201 ve 326/1. maddesi nazara alındığında "çocuğun oturduğu yer olan Çorum Aile Mahkemesi yetkilidir. Dava dilekçesinin yetki yönünden reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." Y. 2. HD. 29.01.2004 gün ve 336/1105 sk. (Gençcan, Boşanma, s.967).

³⁸⁸ Tutumlu, Boşanma, s.1288.

duymuştur. "Boşanmaya ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin yetki kuralları saklıdır." Şu halde, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra açılacak kişisel ilişkinin kurulmasıyla ilgili davaların genel yetkili mahkemenin (HUMK md. 9/1) yanı sıra, çocuğun oturduğu yer mahkemesinde de ikame edilmesi mümkündür.³⁸⁹

D- KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN DEĞİŞTİRİLMESİ

1- Kişisel İlişki Kurma Hakkının Değiştirilmesi

Anne ve baba ile çocuklar arasında kişisel ilişki kurulurken analık babalık duygusunun tatmin edilmesinden önce çocuğun menfaati gelir. Kişisel ilişki bu niteliği gereği kesin hüküm oluşturmaz.³⁹⁰ Hakim anne ve babanın ve gerekse çocuğun koşullarının değişmesine bağlı olarak kişisel ilişkiyi her zaman³⁹¹ tamamen veya kısmen değiştirebilir, kişisel ilişki hakkını tamamen ortadan da kaldırabilir.³⁹² Çocuğun menfaati, kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin düzenlemenin değiştirilmesinde esas alınacaktır. Hâkim kişisel ilişkinin gözden geçirilmesi için esaslı bir değişiklik³⁹³

³⁸⁹ Tutumlu, Boşanma, s.1289.

³⁹⁰ Öztan, s.473; "...Kişisel ilişki ile ilgili kararlar teknik anlamda kesin hüküm teşkil etmez. İlerde değişen şartlara göre her an yeniden düzenlenebilir. Somut olayda, velayet hakkı anneye verilen müşterek çocuk Orkun Kaan 24.2.2003 doğumlu olup anne bakım ve şefkatine muhtaçtır. Gerçekleşen bu durum karşısında küçüğün gece yatısına kalacak şekilde ve her yılın 1 Temmuz-20 Temmuz tarihleri arasında uzun süreli olarak babaya bırakılması küçüğün bedeni ve fikri gelişimi yönünden olumsuz sonuçlar doğuracağı gibi, anne bakım ve şefkatinden de yoksun bırakacaktır. Bu yönler nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir." Y. 2. HD. 07.04.2004 gün ve 3313/4469 sk. (Gençcan, Boşanma, s.955).

³⁹¹ "...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle tarafların anlaşmalarını çerçevesinde hüküm kurulmuş bulunmasına ve velayet kendisine verilmeyen baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin anne tarafından engellenmesi halinde, babanın mahkemeden, kişisel ilişki için hüküm kurulmasını, her zaman istemesinin mümkün bulunmasına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına," Y. 2. HD. 17.02.2005 gün ve 117/2308 sk. (Gençcan, Boşanma, s.957).

³⁹² Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.186.

³⁹³ "...Çocuk Nurettin 6.6.1991 doğumludur. Kişisel ilişki düzenlenmesinde çocuğun baba ile, babalık duygularını geliştirecek şekilde ilişki kurması da göz önünde tutulur. Taraflar aynı yerde oturmaktadırlar. Daha uygun süreli ve çocuk baba yanında yatacak şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." Y. 2. HD. 11.03.2002 gün ve 2579/3277sk.. Ancak Yargıtay bu kararı oyçokluğu ile almış bulunmaktadır. Karşı oy ise "...Boşanma davasında kişisel ilişki ile ilgili bölüm 08.06.2001 de kesinleşmiş, bu dava 4 ay sonra 10.10.2001 de açılmıştır. Geçen süre içinde tarafların ve çocuğun durumunda herhangi bir değişiklik olmamıştır. Böyle bir iddia da yoktur. Ayrıca 1 ayda uzun süreli kişisel ilişki olup davalının çocuğun baba ile görüşmesine engel olduğu konusunda bir delil de yoktur. Hakimin taktirine değer verilerek karar onanmalıdır. Bu yönden S.n çoğunluğun görüşüne katılmıyorum." şeklindedir. (Gençcan, Boşanma, s.958).

öğrenir öğrenmez kendiliğinden kişisel ilişkiyi yeniden düzenleyebileceği gibi tamamen ortadan da kaldırabilir. Yeni olayların çıkması üzerine kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin düzenlemenin değiştirilmesi mutlaka bağımsız ve yeni bir dava ile gerçekleşebilir. Hükmün değiştirilmesi, boşanma davasının bir devamı değildir.³⁹⁴ Yeni olaylar üzerine önlem alınmasını anne ve babanın yanı sıra çocuk da isteyebilir.³⁹⁵ Diğer hâllere ilişkin olmak üzere velayete ilişkin düzenlemenin değiştirilmesi (MK. md. 183) konusunda yapılan açıklamalar aynen burada da geçerlidir.

2- Kişisel İlişki Kurma Hakkının Reddedilmesi ve Kaldırılması

Medeni Kanun'un 324. maddesi, anne baba ile kişisel ilişkiye bir takım sınırlamalar getirmiştir.³⁹⁶ Buna göre, "kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girerse veya anne ve baba haklarını kullanırken diğerinin çocukla olan kişisel ilişkilerini zedelerse, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesine engel olursa, çocukla ciddi olarak ilgilenmezlerse ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakları hâkim tarafından reddedilebileceği gibi tamamen ellerinden de alınabilir."

Hükmün birinci fıkrasında, anne ve babanın çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkını kullanırken uymaları gereken yükümlülükler belirtilmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında ise, anne ve babanın kişisel ilişki hakkının reddedilme ve kendilerinden alınma sebepleri düzenlenmiştir. Hakim, çocuğun huzurunun kişisel ilişki sebebiyle tehlikeye girmesi, anne ve babanın haklarını yükümlülüklerine aykırı olarak kullanmaları, çocukla ciddi olarak ilgilenmemeleri veya diğer önemli sebepler halinde anne ve babanın, çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkını reddetme veya daha önce tanınmış olan hakkı kendilerinden alma yetkisine sahiptir.³⁹⁷ Bu hüküm, uygulamada çok sık görülebilen uygunsuz davranışları engellemek amacına yöneliktir. Hükümde yer alan "diğer önemli sebepler" ifadesiyle ise hükümdeki sebeplere benzer sebeplerin de

³⁹⁴ Feyzioğlu, s.394.

³⁹⁵ Velidedeoğlu, s.278.

³⁹⁶ Aras, s.315; Akıntürk, s.325; Çelik, s.298.

³⁹⁷ Ceylan, s.168; "...Toplanan delillerden davalının davacıyı tehdit ettiği, küçükle kişisel ilişkisini zedelediği, bununla da kalmayarak küçüğü 23.09.2001 tarihinde okuldan kaçırdığı ve halen de yükümlülüğüne aykırı olarak velisi olan davacıya teslim etmediği belirlenmiştir. Türk Medeni Kanunun 324. maddesi koşulları olduğundan davanın kabulü ile ana ile küçüğün kişisel ilişkisinin kaldırılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." Y. 2. HD. 09.07.2003 gün ve 7602/10488 sk. (Özguşur, Evlilik Birliğini,.s. 992); Aynı doğrultuda bkz. Y. 2. HD. 20.12.2005 gün ve 20173/17927 sk. (Gençcan, Boşanma, s.955).

kapsama girdiği belirtilmektedir.³⁹⁸

E- ÇOCUKLA ÜÇÜNCÜ ŞAHISLAR ARASINDA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI

Eski Medeni Kanun’ da, anne ve baba dışında diğer hısımların, örneğin büyük anne ve büyük babaların, amca ve dayıların, hala ve teyzelerin çocuk ile kişisel ilişkiler kurup kuramayacaklarına ilişkin bir düzenleme yoktu. Fakat Yargıtay kanundaki bu boşluğu İBK ile ve büyük anne ve babalar için Medeni Kanun’un 1. maddesi uyarınca “hukuk yaratmak” suretiyle doldurmuştu. Yargıtay’ ın 1959 tarih ve 12/29 sayılı İBK’ ya³⁹⁹ göre; "Velayet hakkına sahip anne veya baba, çocuğun gelecekteki maddi menfaatlerini göz önünde tutarak, büyük anne veya büyük baba ile örf ve teamülün gereğine göre kişisel ilişkiyi devam ettirmek mecburiyetindedirler. Bu durum çocuğun manevi ve ahlaki gelişimi bakımından zorunludur. Anne ve baba bu yoldaki görevlerini yerine getirmedikleri takdirde Medeni Kanun’un 272. maddesi gereğince hakim, kişisel ilişkinin devamı için gerekli tedbirleri alacaktır. Haklı bir sebep olmaksızın çocuğun büyük anne ve babalarıyla kişisel ilişkisini kesmek velayet hakkının kötüye kullanıldığını gösterir ki, bunu kanun himaye etmez. Ancak, büyük anne ve büyükbabanın kişisel durumları bakımından, torunları ile kişisel ilişkilerinin devamı, torunları için zararlı olacağı veya torunların maddi ve manevi menfaatlerini ihlal edeceği kanıtlanırsa, kişisel ilişki tesisi istemi reddedilir." Yargıtay’ın büyük anne ve babaların torunları ile kişisel ilişki kurmaları konusunda bir hukuk boşluğunun varlığını kabul ederek sorunu olumlu yönde çözümlemesi yerinde olmuştur.⁴⁰⁰

Türk hukuk uygulamasının İBK ile kabul ettiği bu çözüm tarzı, kapsamı biraz daha genişletilmek suretiyle 4721 sayılı Medeni Kanun’un 325. maddesinde açık olarak düzenlenmiştir.⁴⁰¹ Buna göre; “olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatlerine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle de hısımlarına da tanınabilir.” Hısımdan kastedilen eşlerin hem kan hısımları hem de kayın hısımlarıdır.⁴⁰² Kanun koyucu, çocukla kişisel ilişki kurma

³⁹⁸ Ceylan, s.168.

³⁹⁹ İBK 18.11.1959 gün ve 12/29 sk. (Dural/Öğüz/Gümüş, s.143).

⁴⁰⁰ Akıntürk, s.326.

⁴⁰¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.143.

⁴⁰² Dural/Öğüz/Gümüş, s.143.

hakkını sadece hısımlarla da sınırlamış değildir. Bu hak, “özellikle” denilerek çocuğun hısımlarına tanınmıştır, fakat hısım olmayan bir üçüncü kişi de çocuk ile kişisel ilişki kurabilir⁴⁰³. Örneğin; üvey anne ya da baba, çocukla yıllarca yaşamış ve onun bakımıyla ilgilenmiş bir kişi (dadı), çocuğun bakım ve gözetimi bir süre kendisine bırakılmış olan kişi de bu hakka sahiptir,⁴⁰⁴ yeter ki, 325. maddenin aradığı diğer şartlar da mevcut olsun. Hakim, bu konuda hakkı olanların isteminin varlığı halinde, kişisel ilişkiyi düzenleyecektir, istek olmadan, kendiliğinden bu kişilerle çocuk arasında kişisel ilişki düzenlenemez.

Kanun koyucu, üçüncü kişilerle çocuk arasındaki ilişkinin, anne ve baba ile çocuk arasındaki ilişkiden farklı olduğunu dikkate alarak üçüncü kişilere, bu haktan olağanüstü haller mevcutsa yararlanabilmelerine olanak tanımıştır.⁴⁰⁵ Olağanüstü haller kavramı ile çocuk ile üçüncü kişi arasındaki olağanüstü yakınlık, aynı aile ortamında bulunmanın getirdiği yakınlığın olması aranmaktadır.⁴⁰⁶ Üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurması için çocuğun menfaatinin de bulunması gerekir.⁴⁰⁷ Böyle bir menfaatin bulunup bulunmadığı her olayda ayrı ayrı değerlendirilecektir.⁴⁰⁸ Medeni Kanun’ daki bu düzenleme doktrinde⁴⁰⁹ de olumlu bulunmuştur. Özellikle çocuğun anne ve babasının ölmüş olduğu veya bulunamadığı durumlarda, çocuğun yakın hısımlarıyla bağlantıda olması çocuğun gelecekteki hayatı, eğitimi, psikolojik yapısı açısından olumlu etki yapacaktır

Öte yandan kişisel ilişki düzenlenirken ve kullanılırken anne ve baba için getirilen sınırlamalar, üçüncü kişiler hakkında da kıyas yoluyla uygulanacaktır (MK. md.325/2).⁴¹⁰ Anne ve baba dışındaki kişiler de, kişisel ilişki hakkını kullanırken, diğer hakkı olanların çocukla kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitim ve

⁴⁰³ Ceylan, s.167.

⁴⁰⁴ Kılıçoğlu, Ahmet; Medeni Kanunumuzun Aile Miras Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, 1. Bası, Mart 2003, Ankara, s.130.

⁴⁰⁵ Özüğür, s.967.

⁴⁰⁶ Kılıçoğlu, s.132.

⁴⁰⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s.143; Aras, s.314; Kılıçoğlu, s.132.

⁴⁰⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s.143.

⁴⁰⁹ Ceylan, s.167; Öztan, s.473.

⁴¹⁰ 07.04.1996 doğumlu küçük Burak ile büyükbaba arasında kişisel ilişki kurulmuş, bu karar 13.07.1999’da kesinleşmiştir. Toplanan delillerden 1999 Ağustos ayında davalı dede (Arif A) küçüğü kurulan ilişkiye dayanarak yanına aldığı, ilişki süresinin sonunda anneye teslim etmediği, anneye teslim edilmesi için 02.11.1999’da takibe geçildiği, 14.12.1999 ve 11.02.2000’de yapılan icra işlemlerinin sonuçsuz kaldığı anlaşılmaktadır. Dedenin davranışı sebebiyle küçüğün huzuru, bedeni ve fikri gelişimi tehlikeye girmiştir (4721 S.lı MK. m. 325/2 ve 324). Gerçekleşen bu durum karşısında davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” Y. 2. HD. 04.03.2002 gün ve 2248/2813 sk. (Kaçak, s.672).

yetiştirilmesini engellemekten kaçınmak zorundadırlar. Bu sınırlamalara uyulmadığı zaman, kişisel ilişki kurma hakkı çocuk tarafından reddedilebilir veya bu hak hakim tarafından geri alınabilir (MK. md.324).

F- İCRA İFLAS KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ YERİNE GETİRİLMESİ

Kişisel ilişki hakkının düzenlenmesine ilişkin kararlar, ilamlı icra yoluyla infaz edilecektir. Bu nedenle mahkemeler, infazı mümkün olacak şekilde karar vermelidir. Cebri icraya çok istisnai durumlarda başvurulmalıdır, çünkü çocuğun resmi otorite kullanılarak teslim edilmesi çocukta kalıcı izler bırakabilir.⁴¹¹

İİK' ya göre, velayet kendisine verilmiş taraf diğerinin çocukla ilişkide bulunmasına izin vermezse, kişisel ilişki hakkı sahibi mahkeme ilamını icraya koyarak takip talebinde bulunabilir. Bu talebi alan icra memuru borçluya (velayete sahip tarafa) bir icra emri gönderir (İİK. md.25/a). Bu icra emrinde, İİK' nın 24. maddesindeki genel hususlardan başka; lehine hüküm verilen taraf ile çocuğun ilâm hükümleri çerçevesinde kişisel ilişki kurulmasına engel olunmaması aksi halin İİK' nın 341. maddesindeki cezayı gerektireceği ve ilâmın İİK' nın 25/a. maddesine göre zorla yerine getirileceği ihtarı da yazılır. Borçlu bu emri yerine getirmezse, ilam hükmü zorla yerine getirilir ve çocuk ziyaret hakkı sahibine ziyaret amacı ile teslim edilir. Borçlu alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca İİK' nın 341. maddesine göre cezalandırılır (İİK. md.25/a). Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir (İİK. md. 25/b). Madde hükmüyle çocuğun BMÇHDS S' de öngörülen yüksek menfaati gözetilmek ve sözleşmenin 9. maddesinde yer alan ilkelere uyum sağlanmak suretiyle, çocuğun psikolojik yönden rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır.⁴¹²

⁴¹¹ Özdemir, Fatma; Boşanmada Çocuğun Korunması, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Günleri, 17-18 Kasım 1995, İstanbul Barosu Yayını, S. 22184, s.161.

⁴¹² Özügür, Evlilik Birliğini, s.966.

II. BÖLÜM

BOŞANMANIN ÇOCUKLARA İLİŞKİN MALİ SONUÇLARI

I- İŞTİRAK NAFAKASI

A- TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması ve korunması anne ve baba açısından hukuki bir ödev olup (MK. md. 340) evlilik birliğinin boşanma ile ortadan kalkmış olması, anne ve babanın çocuğa karşı olan bu borçlarında herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte velâyetin birlikte kullanılması olanağı kalmadığı için çocuk anne ya da babanın yanına bırakılacaktır. Çocuğun bakım ve yetiştirilmesi ödevi doğal olarak bundan böyle velâyet hakkına sahip olan anne ya da babaya yüklenmiş olacaktır. Kanun koyucu diğer tarafı bu bakım ve yetiştirme ödevinin gerektirdiği giderlere kudretine göre katılmakla yükümlü kılmıştır (MK md.182/2). İşte velâyet hakkına sahip olmayan anne ya da babanın çocuğun bakımı ve eğitimi dolayısıyla yapılan giderlere katkı olarak verdiği nafakaya iştirak nafakası denilmektedir⁴¹³. İştirak nafakası Medeni Kanun'un 327. maddesinde düzenlenmiş olan bakım yükümlülüğünün, boşanmadan sonra da devam eden ifası niteliğindedir.

İştirak nafakası, çocuğun korunması için gerekli ve hatta zorunlu bir kurumdur. Çünkü anne ve baba boşandığı zaman çocuk gerçekten de birçok sorunla karşı karşıya kalmaktadır. Bu sorunlara bir de maddi sorunların eklenmemesi için velâyet kendisine verilmeyen eşin çocuğun masraflarına katılmasını sağlamak önemli bir çözüm olacaktır.⁴¹⁴ Hâkim taraflardan talep gelmese bile iştirak nafakası konusunda re'sen karar verir. Çünkü iştirak nafakasının takdiri kamu düzeni ile ilgilidir ve çocuğun yetiştirilmesi ile ilgili kanuni bir tedbirdir. Boşanma hükmünde iştirak nafakası düzenlenmemiş ise taraflar ya sonradan boşanma hükmünün tamamlanmasını isterler ya

⁴¹³ Özüğür, Ali, İhsan; Nafaka Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2004, s.185; Başaklar, Emin; Nafaka Davaları, Ankara, 1974, s.110-128; Mursal, Nurten; İştirak Nafakası, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1998; Akyüz, Emine; Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.128 vd. ; Tekinay, s.1990; Özüğür, Evlilik Birliğini, s.1071 vd; Velidedeoğlu, s.236; Akıntürk, s.327; Öztan, s.474; Gençcan, Öğreti ve Uygulamada, s.243; Oğuzman/Dural, s. 1998; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.46-69

⁴¹⁴ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.129

da normal kanun yollarına başvururlar⁴¹⁵. Şunu da belirtmek gerekir ki; çocuklara boşanma kararının kesinleşme tarihine kadar verilen nafaka “ iştirak nafakası” değil, “tedbir nafakası”dır. Uygulamada bazı kararlarda dava tarihinden itibaren şu kadar lira iştirak nafakası verilmesi şeklindeki ifade yanlıştır.⁴¹⁶

B- TARAFLARI

1- Davacı

İştirak nafakası davasını kimlerin açabileceği konusunda 743 sayılı Eski Medeni Kanun’un 148/2. maddesinde bir düzenleme bulunmamakta iken; 4721 sayılı Yeni Medeni Kanun’ da özel usul hükümleri getirilmiştir. Anılan kanunun 182 ve 329. maddelerine göre dava açma hakkına sahip olanlar; küçüğe fiilen bakan anne veya baba, ayırt etme gücüne sahip olan küçük, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için atanacak kayyım veya vasisi.

Kendilerine dava açma hakkı tanınan kanuni temsilciler ya da küçüğe fiilen bakan anne veya baba bu yetkiyi kendi adlarına değil, çocuk adına kullanmak durumundadırlar. Zira davaya konu edinen hakkın öznesi ergin olmayan çocuktur.⁴¹⁷ Görüldüğü üzere eski düzenlemeden farklı olarak iştirak nafakası davasının küçüğe fiilen bakan anne veya baba tarafından kendi adına değil küçüğü temsilen küçük adına istenebileceği esası getirilmiş, yine ayırtım gücünü taşıyan küçüğe de kendi adına anne veya babaya karşı nafaka davası açma hakkı tanınmıştır. İştirak nafakası velâyetin fiilen kullanılmasına bağlı bir haktır. Velâyeti fiilen kullanmayan anne veya baba, hükmedilen iştirak nafakasını diğerinden isteyemez.⁴¹⁸ Bundan dolayı iştirak nafakası belirlenmesinde velâyet hakkının davacıda olup olmadığı ön koşul olarak incelenmelidir.⁴¹⁹

⁴¹⁵ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.129; Özüğür, Nafaka, s.186

⁴¹⁶ Gençcan, Öğreti ve Uygulamada, s.244.

⁴¹⁷ Tutumlu, Boşanma, s.1296; Özüğür, Nafaka, s.195; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.64.

⁴¹⁸ Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.1297.

⁴¹⁹ “...Kesinleşen boşanma ilamında velayetin davacıya verilip verilmediği araştırılmadan iştirak nafakasına hüküm verilemez.” Y. 2. HD. 20.11.2000 gün ve 14218/14480 sk. (Kaçak, s.706); “...Velayetin anneye verilip verilmediği araştırılmadan, nüfus kayıtları celp edilmeden eksik inceleme ile iştirak nafakasına hükmolunması doğru değildir.” Y. 2. HD. 22.03.2001 gün ve E:2001/3639, K:2001/4386 sk. (Özüğür, Nafaka, s.236).

Bazen Devlet de dava hakkına sahip olabilecektir. Velâyetin kaldırılması halinde anne ve babanın çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder. Anne ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu giderler Devlet tarafından karşılanır (MK. md. 350). İşte bu halde anne ve baba ödeme gücüne kavuştuklarında Devlet de anne ve babaya karşı rücûen iştirak nafakası davası açabilecektir. Yine özel kanunlara göre, çocuğa bakan kurumların da baktıkları çocukla ilgili olarak anne, baba veya nafaka ile yükümlü bulunanlar aleyhine nafaka davası açabilecektir. Örneğin SHÇEK (2828 sayılı Kanun md. 30 – 2253 sayılı Kanun md. 33).⁴²⁰

2- Davalı

İştirak nafakası davası; küçüğe fiilen bakmayan anne veya babaya (MK md. 329/1), velâyet hakkı kendisine verilmeyen ve fiilen küçüğe bakmayan anne veya babaya (MK. md.182/2), vasi ve kayyım tarafından küçük adına hareket edilen durumlarda anne ve babaya (MK. md.329/2) yöneltilmelidir. Yine, ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından açılacak iştirak nafakası davasında da davalı tarafta anne veya baba bulunacaktır (MK. md.329/3). İştirak nafakasının talep edileceği anne veya babanın iflasa tabi şahıslardan olup da iflasına karar verilen hallerde dava iflas idaresine yöneltilmelidir.⁴²¹ Davalıya usulüne uygun tebligat yapılmadan yokluğunda iştirak nafakası takdir edilemez.⁴²²

C- ÖDENME BİÇİMİ

1- Para Olarak veya Aynî Ödeme

İştirak nafakası her ay peşin olarak ödenir (MK. md.330/2). Uygulamada da iştirak nafakasının nakden ödendiği görülmektedir. Sağladığı kolaylıklar düşünüldüğünde en uygun ödeme biçiminin nakdi ödeme olduğu söylenebilir.⁴²³ Hâkim, anlaşmalı boşanma ve tarafların sözleşme yapmaları dışında nafakayı, BK' nın 83.

⁴²⁰ Özuğur, Nafaka, s.195.

⁴²¹ Özuğur, Nafaka, s.196.

⁴²² Y. 2. HD. 27.11.1997 gün ve E:1997/369, K:1997/992 sk. (Özuğur, Nafaka, s.265).

⁴²³ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.136.

maddesini de nazara alarak mutlaka Türk Parası olarak belirlemelidir.⁴²⁴ Taraflar arasında açıkça anlaşma olmadıkça, yabancı para üzerinden nafakaya karar verilemez.⁴²⁵

Nafaka tarafların anlaşmasıyla aynen de ödenebilir. Aynen ödeme, nafaka borçlusunun, her ay belirli miktarda para ödeyecek durumda olmamakla beraber borcunu aynen yerine getirme olanağının bulunması halinde söz konusu olabilir. Örneğin, çocuk ve velâyet kendisinde bırakılan eşin oturacakları konutun iştirak nafakası borçlusu tarafından sağlanması, çocuğun giyeceklerinin alınması, okul masraflarının karşılanması aynen ifaya girer. Öte yandan nafaka borçlusunun çocuğu, kişisel ilişki hakkını kullanmak amacıyla tatile götürmesi dolayısıyla çocuk için bazı harcamalar yapması, çocuğa ara sıra armağan vermesi aynen ifa yerine geçmez ve borçluyu iştirak nafakası ödemekten kurtarmaz. Çünkü iştirak nafakasının alacaklısı çocuk olmakla beraber, vadesi gelmiş aylık taksitler çocuğu velâyeti altında bulunduran ve çocuğun her türlü bakım ve korunmasından sorumlu olan ebeveynne ödenir. Ara sıra çocuğa yapılan bu türlü harcamalar iştirak nafakası üzerine etkide bulunmaz.⁴²⁶

2- Sermaye ve Gelir Olarak Ödeme

Nafaka, normal olarak her aybaşında peşin olarak ödenir. İştirak nafakasının özelliği gereği irat (gelir) biçiminde karara bağlanır. Nafakanın bir defada yani sermaye şeklinde ödenmesi çoğu kez çocuğun menfaatlerine uygun değildir. Çünkü velâyete sahip ebeveyn subjektif yatırımlarıyla yalnız kendi servetini değil, çocuğun infak, iâşe

⁴²⁴ Özüğür, Nafaka, s.188; "...İştirak nafakası, takdir edilirken çocukların ihtiyaçları, günün geçim şartları, nafaka yükümlüsü kişinin mali durumu, küçüklerin o zamana kadar alıştıkları yaşayış seviyesi göz önünde bulundurulur. Mahkemece her çocuk için para olarak bir nafaka takdir edilmekle beraber ayrıca babaya ait bir dairede ergin oluncaya kadar oturmaları yolunda karar tesisi maddenin amacına aykırılık teşkil eder. Mahkeme, takdir edilen nafaka ile çocukların geçinemeyecekleri düşüncesinden hareket ederek onları kira vermekten kurtarmak ve bu yolla nafakaları arttırmak amacını güttüğüne göre, yapılacak iş çocukların oturabileceği bir evin kira tutarını da nafakaya eklemek suretiyle nafaka miktarının takdir edilmesinden ibarettir. Aksine düşüncelerle verilen karar bozmayı gerektirir." Y. 2. HD. 09.11.1970 gün ve E:1970/5821, K:1970/5899 sk., Aynı doğrultuda Y. 2. HD. 08.03.2002 gün ve 2391/3186 sk.; Y. 2. HD. 05.03.2002 gün ve 2403/2892 sk. (Kaçak, s.707), "...Borçlan Kanununun 83. maddesi sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflar hakkında uygulanır. Nafakanın yabancı para üzerinden hükümlenmesi isabetsizdir..." Y. 2. HD. 18.02.2002 gün ve 1465/2185 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.63).

⁴²⁵ "...Taraflar arasında nafaka ve tazminatların yabancı para ile ödenmesi konusunda bir anlaşma olmadığı halde, iştirak nafakasına EURO cinsinden hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Y. 2. HD. 12.05.2003 gün ve 5874/6987 sk. (Şahin, s.707).

⁴²⁶ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.136.

ve eğitimi için ödenmiş parayı da kaybedebilir. Bu nedenle sermaye şeklindeki ödemeye çocuğun menfaatleri bunu zorunlu kıldığı taktirde hükmedilir. Örneğin nafaka borçlusu, ikametgâhını yurt dışına nakledecektir veya sonradan başka nafaka yükümlülüklerinin doğması kuvvetle muhtemel olduğundan söz konusu iştirak nafakasının ödenmesi tehlikeye düşecektir. Ancak böyle durumlarda, yani çocuk için ayrılması gereken maddi olanakların önceden açıkça bilinmesi ve nafakanın ödenmesinin güvence altına alınması bakımından sermaye biçiminde ödeme, velâyet kendisinde olan eş bakımından da uygun olabilir. Sermaye biçiminde ödenmesi kararlaştırılan nafakanın miktarı, normal aylık iştirak nafakalarına göre hesaplanır. Paranın değerinde meydana gelebilecek düşmelerin de göz önünde bulundurulması uygun olur.⁴²⁷

D- MİKTARI

1- Genel Olarak

Medeni Kanun md.182. hükmünde, velayet hakkı kendisine verilmeyen eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Çocuğun giderlerine katılma oranı, çocuğun ihtiyaçları ve anne ve babanın ekonomik ve sosyal durumuna göre belirlenecektir. Bağımsız olarak açılan iştirak nafakası, davanın açıldığı tarihteki koşullar, diğer hallerde ise kararın kesinleştiği tarihteki koşullar dikkate alınarak karara bağlanır.⁴²⁸ Hâkim, iştirak nafakasının miktarını belirlerken çocuğun ihtiyaçlarını, bakım, eğitim ve okul giderlerini, çocuğun yaşını, fikri ve bedeni kabiliyetlerini velâyeti kendisine verilmiş olan tarafın ekonomik ve sosyal durumunu, iştirak nafakası ödemesi gereken anne veya babanın ekonomik ve sosyal durumunu dikkate almalı ve hakkaniyet ilkelerine⁴²⁹ uygun olarak karar vermelidir.

⁴²⁷ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.137; Mursal, s.42.

⁴²⁸ "...Yerel mahkemenin davalının halen avukat stajyeri olduğunu, büro açmasının mümkün bulunmadığını, bu meslek sahiplerinin başka işte çalışıp kazanç sağlayamayacağı göz önünde tutulmadan ve dava ile hiç ilgisi bulunmayan ve davacı tarafça dayanılan davalı ailesinin maddi durumunun göz önünde tutularak ve gelecekteki mesleki kazancının esas alınarak fahiş miktarda nafaka tayini usul ve kanuna aykırıdır." Y. 2. HD. 17.11.1986 gün ve E:1986/9713, K:1986/10108 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.58).

⁴²⁹ "...Tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumlarına, nafakanın niteliğine, günün ekonomik koşullarına göre davacı ve yanındaki çocuk için takdir edilen nafaka azdır. Mahkemece Medeni Kanunun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi de dikkate alınarak daha uygun nafakaya hükmedilmesi gerekir." Y. 2. HD. 25.09.2000 gün ve 9379/11001 sk.; Aynı doğrultuda Y. 2. HD. 19.04.2002 gün ve 4604/5554 sk.

2- Miktarın Belirlenmesine İlişkin Ölçütler

a- Çocuğun İhtiyaçları ve Gelir Durumu

aa- Çocuğun İaşe Masrafları

Çocuğun iaşe masraflarına, yiyecek, giyecek, sağlık giderleri ile barınma giderleri girer.⁴³⁰ Bu giderlere, çocuğun gerekli ve olağan tatil ve dinlenme giderleri de uygulamada dahil edilmektedir.⁴³¹ Bu bağlamda çocuğun yeterli ve dengeli beslenmesi, amaca uygun ve temiz giydirilmesi, hastalanmaması için ona yeterli vücut bakımı yapılması, gerektiğinde bilimsel yöntemlere uygun muayene ve tedavi ettirilmesi, sosyal şartlara uygun sağlıklı ve hijyenik bir konutta barındırılması için⁴³² gerekli giderler iaşe giderleri kapsamındadır.

bb- Çocuğun Eğitim Giderleri

Eğitim masrafları, çocuğun yetiştirilmesi, bedensel ve düşünsel yeteneklerine göre bir meslek edindirilmesinin gerektirdiği masraflardır.⁴³³ Çocuğun özellikle okul masrafları, yeteneklerine, eğilimlerine uygun bir dil edindirilmesi; bunun dışında birtakım yetenekleri varsa boş zamanlarının buna göre değerlendirilmesi için gerekli masraflar çocuğun eğitim masraflarıdır. İştirak nafakası çocuğun eğitim ve öğrenim giderlerini kapsayacak şekilde verilmelidir.⁴³⁴ Ancak nafaka miktarı belirlenirken bakım ve barındırma giderleri ya da okul, eğitim ve gelişme giderlerinde özentî ve aşırılığa kaçılmamalıdır.⁴³⁵ Çocuğun devam ettiği okulun tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alındığında makul ve gerçekçi sınırlar içinde kalmak üzere yıllık giderlerin (servis, yemek, kurs vs. ücretleri dahil olmak üzere) belirlenmesi gerekir. Hâkim bu konuda çocuğun okuduğu okuldan bir yazı ile bilgi almalıdır. Ancak boşanma

(Kaçak, s.703); "...Hükmolunan iştirak nafakası azdır. Hakkaniyet ilkesi nazara alınarak daha uygun nafaka takdiri gerekir." Y. 2. HD. 24.03.2004 gün ve E:2004/2654, K:2004/3752 sk. (Özüğür, Nafaka, s.2002).

⁴³⁰ Konan, Esin; Türk Hukukunda Çocuğun Korunması, Ankara, 1989, s.7; Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.81; Mursal, s.43.

⁴³¹ Y. 2. HD. 09.11.1970 gün ve E:1970/5821, K:1970/5899 sk.1 (Başaklar, s.123).

⁴³² Akyüz, Emine; Medeni Kanuna Göre Çocuğun Ana ve Babasına Karşı Korunması, "Aile ve Toplum Dergisi", Haziran, 1991, s.35-36.

⁴³³ Akyüz, Türk Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.127.

⁴³⁴ Y. 2. HD. 27.11.1998 gün ve E:1998/11122, K:1998/12810 sk. (Şahin, s.730).

⁴³⁵ Yalçınkaya/Kaleli, s.1866; Mursal, s.45.

davalarında bu hassasiyetin pek gösterilmediği söylenebilir. Oysa bu hususlar hakim tarafından bir oturum ara kararına eklenecek birkaç maddeyle birkaç müzekkereli bir emeğe mal olmaktadır.⁴³⁶

Çocuğun bakım ve eğitim masrafları için ödenecek iştirak nafakası miktarı belirlenirken göz önünde tutulacak ölçü toplumun ve çevrenin genel hayat, gelişim ve eğitim çizgisi⁴³⁷ ya da yurt içi eğitim ve öğretim koşulları olmamalıdır. Yurt dışında öğretim yapmak, çocuğun fiziksel, zihinsel ve ruhsal gelişimine daha uygunsa ve nafaka yükümlüsünün mali gücü de bunu mümkün kılıyorsa, çocuk neden yurt içi eğitim ve öğretim koşullarına mahkûm edilsin ki. İştirak nafakasının amacı, çocuğun en yüksek menfaati ve bunun sınırlarını belirleyen de nafaka yükümlüsünün mali gücü ise ve yükümlünün mali gücü yetiyorsa, çocuğun yurt dışında iyi bir eğitim görmesi lüks ya da fantezi olarak nitelendirilmemelidir.⁴³⁸

Çocuğun bir yatılı okulda öğrenim görmesi, yurt ya da benzeri kurumlarda kira ödeyerek kalması hallerinde, nafaka miktarını çocuğun öğrenimi ile ilgili masrafları da etkiler. Öte yandan anne ve baba, çocuğu az masrafı gerektiren bir meslek veya sanatta değil, yeteneklerine uygun bir meslek veya sanatta eğitmekle yükümlüdürler. Bu eğitim daha fazla masrafı gerektiriyorsa, bu fazlalığa velâyet kendisinde olmayan eş de katkıda bulunmalıdır.⁴³⁹ Çocuğun gereksinimleri yaşına göre farklılık göstereceğinden çocuğun yaşı da nafaka miktarının takdirinde önemli bir rol oynamaktadır.⁴⁴⁰ Örneğin; bir süt çocuğu ile okul çocuğunun masrafları ya da ergenlik çağındaki bir gencin masrafları aynı değildir.⁴⁴¹

cc- Gelir Durumu

Çocuğun malları, çocuk anne ve babasının yanında yaşadığı sürece anne ve babaya ait olmakla birlikte, anne ve baba, çocuğun kazancını veya mallarını öncelikle çocuğun bakım ve eğitim masraflarının karşılanmasında harcamak zorundadırlar. Bu ise çocuk için yapılacak masrafları fiilen azaltacaktır.⁴⁴² Anne veya babanın iştirak nafakası

⁴³⁶ Gençcan, Öğreti ve Uygulamada, s.245.

⁴³⁷ Yalçinkaya/ Kaleli, s.1865.

⁴³⁸ Mursal, s.47.

⁴³⁹ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.130.

⁴⁴⁰ "...İştirak nafakası takdirinde küçüklerin yaşı ve ihtiyaçları da nazara alınmalıdır." Y. 2. HD. 19.02.2004 gün ve 1261/1076 sk. (Özüğür, Nafaka, s.206).

⁴⁴¹ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.130.

⁴⁴² "...Çocuğun gelirinin yeterli olması durumunda ana ve baba iştirak nafakası vermek zorunda değildir." Y. 2. HD. 06.10.1995 gün ve E:1995/7307, K:1995/9962 sk. (Şahin, s.740); "...İştirak nafakası

ödeme yükümlülüğü, çocuk kendisine bırakılan tarafın çocuğun giderlerine böyle bir katkıda bulunmaya ihtiyacı olmayacak derecede varlıklı olması ile ilgili değildir.⁴⁴³ Çocuğun varlıklı olması başka bir deyişle böyle bir yardıma ihtiyacı bulunmasa dahi, iştirak nafakasına karar vermek gerekir. Çünkü bu durum anne ve baba olmanın bir gereğidir.⁴⁴⁴ Oysa Yargıtay, çocuğun gelirinin yeterli olması halinde anne veya babanın çocuğa iştirak nafakası vermek zorunda olmadığı görüşündedir.⁴⁴⁵

Anne ve baba, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağandışı herhangi bir sebebin varlığı halinde, hâkimin izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitime yetecek belli bir miktar harcayabilir (MK. md.327). Öte yandan, çocuğun iâşe ve eğitiminin sosyal ve ekonomik güçlüklerle karşı güvence altına alınabilmesi için anne ve babaya kaza, hastalık, sakatlık, ölüm gibi hallerde birtakım sosyal yardım niteliğinde ödemeler yapılmaktadır. Bu sosyal yardımlar, anne ve babayı iştirak nafakası ödemek yükümlülüğünden kurtarmaz, çocuğu zenginleştirme amacı da gütmaz. Ancak iştirak nafakası miktarının belirlenmesinde dikkate alınır. İşverenin anne ve babaya ödediği çocuk zamları da anne ve babanın kendi kazancında çocuk için yapacağı masrafı fiilen azaltır. Bu zam ve yardımlar iştirak nafakası yükümlüsüne ödeniyorsa, nafakaya dahil edilmez ama veliye çocuk için ayrıca verilir. Fakat ilke olarak çocuk zammını talep hakkı çocuğu fiilen kendi himayesi altında bulunduran kişiye ait olduğundan, iştirak nafakası yükümlüsü çocuk zammını almaz.⁴⁴⁶

b- Anne ve Babanın Hayat Koşulları ve Ödeme Güçleri

Anne ve babanın ödeme gücü, kendi geçimleri için gerekli olanlar da dahil olmak üzere tüm gelirleri, iâşe ve eğitim yükümlülükleri dikkate alınarak hesaplanır. Ödeme gücüne serveti ile çalışarak alınan aylık ve ücretler de girer.⁴⁴⁷ Serveti olmakla birlikte, yatırım yapmadığından dolayı geliri olmayan kişinin ise ödeme gücü vardır. Çünkü ne kazandığı değil iyi niyetli olduğu takdirde ne kazanabileceği önemlidir. Anne ve babanın ödeme gücü hesaplanırken yapmak zorunda olduğu ödemeler de dikkate

takdirinde çocuğun geliri olup olmadığı da araştırılmalıdır.” Y. 2. HD. 14.03.2002 gün ve 2607/3516 sk. (Kaçak, s.702).

⁴⁴³ Feyzioğlu, s.391.

⁴⁴⁴ Bozovalı, Haluk; Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul, 1990, s.54-55.

⁴⁴⁵ “...Çocuğun gelirinin yeterli olması durumunda anne veya baba iştirak nafakası vermek zorunda değildir.” Y. 2. HD. 06.10.1995 gün ve E:1995/7307, K:1995/9962 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.55).

⁴⁴⁶ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.131.

⁴⁴⁷ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.8.

alınmalıdır.⁴⁴⁸ Bunlar;

- Ebeveynin başka çocukları için ödeyeceği iştirak nafakası,
- Ebeveynin boşandığı eşine ödemekle yükümlü olduğu maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakası,
- Yeniden evlenmişse eşi ve bu evliliğinden doğan çocuğun geçim masrafları.

Ebeveynin üvey çocuklarına karşı ikinci derecede bir iâşe yükümlülüğü vardır. Üvey çocuğun geçimini sağlayacak başka hiç kimse yoksa ve ebeveynin de mali durumu uygunsa, ancak o zaman üvey anne ve baba açısından bir iâşe yükümlülüğü doğar. Bu halde anne ve babanın mali gücünün belirlenmesinde üvey çocuklarına yapacağı masraflar da dikkate alınır.

Nafaka yükümlüsü kendi eğitim, yetenek ve imkânlarına uygun bir iş yapmalı, sahip olduğu imkânlardan yararlanmalı, daha az bir gelirle yetinmemeli, kendi mesleğine ve yeteneklerine uygun işte çalışmalı ve dolayısıyla nafaka alacaklısına zarar vermemelidir. Çalışabileceği halde çalışmayan ebeveynin çalıştığı takdirde elde edebileceği kazanç ödeme gücü belirlenirken dikkate alınır.⁴⁴⁹ Anne ve babanın şahsen kendilerinin yararlandığı hayat biçiminden ve eğitim olanaklarından çocukların da yararlanması hakkaniyet gereğidir. Bu nedenle anne ve babanın eğitim ve öğrenim düzeyi mesleği ve sosyal statüsü, hayat tarzı, iştirak nafakası miktarının tayininde dikkate alınır.⁴⁵⁰

İştirak nafakasının temel amacı, her iki tarafın da kendi maddi olanakları ölçüsünde ortak çocuğun iâşe ve eğitim masraflarını karşılamalarıdır. Bu bakımdan iştirak nafakası miktarı belirlenirken çocuğun bakım ve eğitim giderlerine anne ve baba eşit olarak değil, ödeme güçlerine göre katılmak zorunda olup⁴⁵¹, ekonomik ve sosyal durumu yetersiz ise katılmak zorunda değildir.⁴⁵² Örneğin; velâyet kendisinde

⁴⁴⁸ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.133; Tekinay s.288.

⁴⁴⁹ "...Nafaka yükümlüsü olan davalının kendi eğitim durumuna ve manevi kabiliyetine uygun iş yapmaması, kendisinde var olan imkanlara göre düşünülebilenden daha az bir gelirle iktifa ile yetinmesi sonucu, çocuğun nafakasının zarar gördüğü muhakkaktır. Nafaka ödemekle borçlu olan bütün gücü ile çalışıp, borcunu yerine getirmek zorundadır. Davalı bütün gayreti göstermesine rağmen konumuna uygun iş bulamadığını ve başka gelir de elde edemediğini ispat etmediğine göre nafaka yükümlüsünün tahmin edilebilir (varS.ms)al) gelirine göre nafakanın takdir edilmesi gerekir." Y. 2. HD. 10.06.1993 gün ve E:1993/5344, K:1993/5953 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.61); Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.8.

⁴⁵⁰ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.132.

⁴⁵¹ "...İştirak nafakası takdirinde ana baba kudretlerine göre küçüğün masraflarına katılacaklarından davacının da ekonomik ve sosyal durumunun araştırılması, iştirak nafakasının bu durum da göz önünde tutularak takdiri gerekir." Y. 2. HD. 22.09.2000 gün ve E:200/10103, K:2000/10871 sk. (Kaçak, s.705).

⁴⁵² Gençcan, Öğreti ve Uygulamada, s.245; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.59; "...Ananın bir geliri ve

bulunmayan taraf yoksulluk nafakası alıyorsa, iştirak nafakası vermek zorunda değildir.⁴⁵³ Velâyet hakkına sahip olmayan eşin çalışamayacak durumda olduğu sağlık kurulu raporu ile ve gelirinin bulunmadığı da soruşturma yazılarıyla anlaşılmışsa ödeme gücü bulunmayan anne ya da babanın iştirak nafakası ile yükümlü tutulması olanaklı değildir.⁴⁵⁴ Özel bir durumda, askerde olan ve hiçbir malı ve geliri bulunmayan babadan da asker olduğu dönem içinde iştirak nafakasına hükmolunamayacak ve bu dönem için iştirak nafakası istenemeyecektir.⁴⁵⁵

Velâyet kendisine verilmeyen tarafın maddi olanakları ne denli sınırsız olursa olsun yeterli bir nafaka sağlanmış ise, bunun daha fazlasının istenmesi ya da iştirak nafakasının yanında eşlerden biri açısından tek taraflı bir yükümlülüğe dönüştürülmesi de düşünülemez.⁴⁵⁶ Örneğin babanın bilgi ve muvafakatine dayalı olmayan ve velâyeti kendisinde bulunan çocuğun eğitim ve öğrenim amacı ile yurt dışına gönderen anne, bu yüksek harcama dolayısıyla, mali durumu iyi olan davalı babadan yüksek miktarda iştirak nafakası isteyemez.⁴⁵⁷ Bu yükümlülüğü yalnızca babaya ilişkin bir ödev olarak görmek ve annenin katkısını sadece bakıp gözetmeden ibaret olduğunu düşünmek nafakanın amacına uygun sayılmaz. Ancak velâyet kendisine bırakılan tarafın çocuk için harcayacağı emek ile katlanacağı külfetler nafaka miktarının tespitinde dikkate alınmalıdır.⁴⁵⁸

E- İŞTİRAK NAFAKASININ BAŞLANGICI VE SONU

1- İştirak Nafakasının Başlangıcı

İştirak nafakasının boşanma kararı ile verilmesi kuraldır. Ancak bir şekilde

malvarlığı bulunduğu tespit edilmemiştir. İş imkanı olduğu halde çalışmaktan kaçındığı iddia ve ispat olunamamıştır. Kendisi güçsüz olan kimseye iştirak nafakası yüklenemez. Bu yön gözetilmeden kadının iştirak nafakası ile sorumlu tutulması bozmayı gerektirmiştir.” Y. 2. HD. 23.06.2000 gün ve 6876/8605 sk., Aynı doğrultuda bkz. Y. 2. HD. 01.02.2001 gün ve 160523/1539 sk. (Kaçak, s.708).

⁴⁵³ Y. 2. HD. 19.06.1997 gün ve E:1997/6117, K:1997/7160 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.55); Aynı doğrultuda bkz. Y. 2. HD. 12.05.1994 gün ve 4109/4914 sk. (Şahin, s.743).

⁴⁵⁴ Y. 2. HD. 20.10.1994 gün ve E:1994/8909, K:1994/9851 sk., Y. 2. HD. 27.02.1995 gün ve E:1995/1604, K:1995/2406 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.55).

⁴⁵⁵ Özüğür, Nafaka, s.189; “...Dokuz ay kısa süreli askerlik görevi yapan davalı koca, hiçbir geliri ve serveti de bulunmadığı için, nafaka ile sorumlu tutulamaz.” Y. 2. HD. 27.12.1984 gün ve E:1984/10570, K:1984/10758 sk. (Bozova, s.146); “...Asker olan ve hiçbir geliri bulunmayan eş askerlik süresince nafakayla sorumlu tutulamaz.” Y. 2. HD. 29.03.2000 gün ve 1928/3827 sk. (Şahin, s.727).

⁴⁵⁶ Y. 2. HD. 28.04.1988 gün ve E:1988/4337, K:1988/4484 sk. (Mursal, s.53).

⁴⁵⁷ YGHK. 04.11.1987 gün ve E:1987/2-324, K:1987/818 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.60).

⁴⁵⁸ Mursal, s.53.

boşanma kararı ile verilmemiş ise daha sonra açılacak bir dava ile istenebilir. Koşulları varsa nafaka miktarının değiştirilmesi için her zaman dava açılması da mümkündür.⁴⁵⁹ O halde iştirak nafakasının başlangıcı her bir durum için farklılık gösterebilir.

a- Boşanma Kararı İle Verilmişse

Doğal olan iştirak nafakasının boşanma kararı ile birlikte hükmedilmesidir.⁴⁶⁰ Bu durumda iştirak nafakasının başlangıç tarihi boşanma kararının kesinleşme tarihidir.⁴⁶¹ Çocuk kendisine verilmeyen taraf için hükmedilecek iştirak nafakası, boşanma davasının kesinleşmesinden sonra hüküm ifade eder.⁴⁶² Yani nafaka miktarı, boşanma hükmünün kesinleştiği şartlar ve mali durum esas alınarak tayin edilir.⁴⁶³ Daha önce açıkladığımız gibi, velâyeti eylemli olarak kullanmayan taraf diğerinden iştirak nafakası isteyemez. Çocuk boşanma kararının kesinleşmesinden sonra teslim alınmışsa iştirak nafakasının başlangıcı Yargıtay' a göre çocuğun eylemli olarak teslim alınma tarihidir.⁴⁶⁴

b- Boşanma Kararından Sonra İstenilmişse

Boşanma kararı içinde iştirak nafakası istenmemişse velâyet hakkı kendisine verilen taraf açacağı bir dava ile iştirak nafakası alabilecektir.⁴⁶⁵ İşte boşanma kararının kesinleşmesinden sonra bağımsız bir dava yoluyla iştirak nafakasının istenmesi halinde

⁴⁵⁹ "...İştirak nafakası istemiyorum şeklindeki beyan, iştirak nafakası her an doğup işleyen haklardan olduğundan sadece o dönemi kapsar, çocuk ergin oluncaya kadar değişen, durumlara göre yeniden iştirak nafakası istenebilir." (Özügür, Nafaka, s.201).

⁴⁶⁰ "...Boşanma davasının reddi halinde iştirak nafakasına hükmolunamaz." Y. 2. HD. 01.04.1996 gün ve E:1996/2876, K:1996/3492 sk. (Özügür, Nafaka, s.269).

⁴⁶¹ Gençcan, Öğreti ve Uygulamada, s.253, Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.137, Yalçinkaya/Kaleli, s.1863, Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.57; "...Boşanma davası içinde istenen iştirak nafakasına boşanma hükmünün kesinleştiği tarihten itibaren hükmolunur." Y. 2. HD. 24.03.2004 gün ve E:2004/2661, K:2004/3721 sk. (Özügür, Nafaka, s.203); "...Kesinleşmeden önce başlatılan iştirak nafakası tedbir nafakası S.lır." YHGK. 29.11.1995 gün ve E:1995/2-905, E:1995/1047 sk. (Şahin, s.700).

⁴⁶² "...İştirak nafakası boşanma kararının kesinleştiği tarihte başlar." YHGK. 29.11.1995 gün ve E:1995/2-905, K:1995/1047 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.57, dn. 186-187), Y. 2. HD. 30.05.1985 gün ve E:7799/122 sk. (Yalçinkaya/Kaleli, s.1969).

⁴⁶³ "...Hükmün kesinleşmesinden itibaren geçerli olmak üzere iştirak nafakası takdiri gerekir." Y. 2. HD. 14.01.1985 gün ve E:1984/10657, K:1984/72 sk. (Yalçinkaya/Kaleli, s.1970).

⁴⁶⁴ Y. 2. HD. 01.04.1997 gün ve E:1997/3367, K:1997/3566 sk. (Gençcan, Öğreti ve Uygulamada, s.253); "...Çocuk anneye 11.10.2001 tarihinde teslim edilmiştir. Nafakaya bu tarihten itibaren hükmolunması gerekirken dava tarihinden itibaren hükmolunması doğru bulunmamıştır." Y. 2. HD. 29.04.2001 gün ve E:2002/4804, K:2002/5646 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.57).

⁴⁶⁵ "...Boşanma davasında iştirak nafakasının verilmemiş olması sonradan istenilmesine engel değildir." YHGK. 01.12.1993 gün ve E:1993/2-565, K:1993/752 sk. (Şahin, s.703); "...Dava tarihinden önceki döneme ait iştirak nafakası ahlaki bir görevin yerine getirilmesi ile ilgili olduğundan istenemez." Y. 2. HD. 06.04.2004 gün ve E:2004/286, K:2004/4366 sk. (Özügür, Nafaka, s.2002).

iştirak nafakası dava tarihinden itibaren geçerli olmak üzere hükme bağlanır.⁴⁶⁶ Nafakanın başlangıcı dava dilekçesinin kayda havale edildiği tarih değil, bizzat kaydın yapıldığı tarihtir.⁴⁶⁷

İştirak nafakası talebi ile bağımsız olarak yetkisiz ve görevsiz mahkemede açılan dava, sonradan yetkili ve görevli mahkemeye intikal ettirilmiş ise; iştirak nafakasının başlangıç tarihi; dosyanın yetkili ve görevli mahkemeye intikalinde HUMK' nın 193. maddesinde yazılı on günlük süreye uyulmak koşulu ile nafakanın başlangıç tarihi görevsiz ya da yetkisiz mahkemeye açılan davanın açılma tarihidir. On günlük süre geçirilmiş ise yenileme dilekçesinin yeni bir dava dilekçesi olarak kabulü gerekir.⁴⁶⁸

Davacı, dava tarihinden başka bir tarihi nafakanın başlangıcı olarak gösterip, bu tarihten itibaren nafaka verilmesini isteyebilir. Davacının, nafakanın başlangıcı olarak ileri sürdüğü bu tarihi, ancak dava tarihinden sonraki bir tarihe ait olduğu takdirde almak gerekir. Bu tarih hüküm tarihi olabileceği gibi, hükümle dava arasında veya hükümden sonraki zaman ait bir tarih de olabilir.⁴⁶⁹

c- Değiştirme Davalarında

İştirak nafakasının değiştirilmesine ilişkin davada yeni verilecek iştirak nafakasının başlangıç tarihi değiştirme davasının açıldığı tarihtir.⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ Özüğür, Nafaka, s.192, Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.157, Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.138, Yalçınkaya/Kaleli, s.1863, "...İştirak nafakası boşanma, ayrılık ve evliliğin feshi davalarında bu davaların kesinleşme tarihinden başlar. Ancak buna rağmen çocuk velayet hakkı kendisine verilen tarafta değil, fiilen diğer taraf yanında ise, çocuğu teslim alış tarihinden itibaren işlemeye başlar. Sonradan açılan bağımsız iştirak nafakası davalarında ise, dava tarihinden başlar ve çocuk reşit oluncaya kadar devam eder." Y. 2. HD. 30.07.1984 gün ve E:1984/6136, K:1984/6427 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.57)

⁴⁶⁷ "...Bağımsız olarak açılan iştirak nafakasına ait olan davada, dava tarihinden itibaren nafaka takdir olunur." Y. 2. HD. 08.10.19871 gün ve E:1971/5966, K:1971/5811 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.57).

⁴⁶⁸ Mursal, s.66.

⁴⁶⁹ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.137-138.

⁴⁷⁰ Gençcan, Öğreti ve Uygulamada, s.254; "... İştirak nafakası artırım davalarında artırılan nafaka artırım dava tarihinden geçerli olur." Y. 2. HD. 16.06.1997 gün ve E:1997/6734, K:1997/6959 sk. (Özüğür, Nafaka, s.261).

2- İştirak Nafakasının Sonu

a- Çocuğun veya Nafaka Yükümlüsünün Ölümü

İştirak nafakası verilen çocuk ölmüşse yükümlü bakımından sürekli bir ilişki olan nafakanın diğer tarafı ortadan kalkmış olacağından iştirak nafakası yükümlülüğü de sona erer.⁴⁷¹ Eğer nafaka, boşanma kararıyla birlikte hükme bağlanmış ve fakat çocuk ölmeden önce ödenmemişse ve çocuk ölmüşse, velâyet hakkına sahip anne veya baba, birikmiş olan nafaka miktarının kendisine ödenmesini isteyebilir. Çünkü çocuğun ölümüne kadar onun bakım ve eğitim masraflarını karşılayan odur. Öte yandan iştirak nafakası, çocuğa henüz o ölmeden peşin olarak da ödenmiş olabilir. Bu takdirde peşinen ödenmiş olan nafakaların ölüm tarihinden sonraki döneme isabet eden miktarları, çocuğun terekesinden nafaka yükümlüsü olan anne veya babaya iade edilir.⁴⁷² Eğer çocuk ölümüne kesin gözle bakılacak bir olayda kaybolmuş ve cesedi de bulunamamışsa Medeni Kanun' a göre ölmüş sayılacağından çocuk hakkında ölüm karinesi uygulaması da ölümle aynı sonuçları doğuracak ve iştirak nafakası ortadan kalkacaktır.

İştirak nafakası yükümlüsü anne veya babanın ölümü de nafaka ilişkisi ile birlikte nafaka yükümlülüğünü ortadan kaldırır.⁴⁷³ Nafaka mükellefiyeti mirasçılara intikal etmez.⁴⁷⁴ Nafaka yükümlüsünün ölümünden sonra çocuğun tüm masraflarını hayatta kalan taraf karşılamakla yükümlü olur.⁴⁷⁵ İştirak nafakası davası sırasında davalı ölmüş ise, davanın açılış günü ile davalının ölüm gününe kadar geçen süre için hükmedilen nafakadan mirasçılar da sorumlu olur.⁴⁷⁶ Yukarıda ölüm karinesi ile ilgili olarak çocuk hakkındaki açıklamalar nafaka yükümlüsü olan anne veya baba için de geçerlidir.

b- Çocuğun Reşit Olması

Bir görüşe göre, iştirak nafakası, ancak çocuğun reşit olmasına kadar devam eder. Çocuk reşit olduktan sonra da öğrenimine devam ediyorsa anne ve babasından

⁴⁷¹ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.139.

⁴⁷² Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.139.

⁴⁷³ Gençcan, Öğreti ve Uygulamada, s.254; "...Nafaka mükellefiyeti mirasçılara intikal etmez." YHGK 20.11.1963 gün ve E:1963/2-146, K:1963/83 sk. (Şahin, s.704).

⁴⁷⁴ Şahin, s.704.

⁴⁷⁵ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.139.

⁴⁷⁶ Y. 2. HD. 03.03. 1986 gün ve 1910/2240 sk. (Kaçak, s.723).

iştirak nafakası değil yardım nafakası istemelidir. YHGK' nun 1962 tarihindeki içtihadı bu yöndedir.⁴⁷⁷

Diğer bir görüşe göre, iştirak nafakası, kural olarak, çocuğun reşit olmasına kadar sürerse de, çocuğun öğrenimi gerektiriyorsa, nafaka yükümlülüğü rüşten sonra da devam etmelidir. Eğer çocuk hayatını kazanamayacak kadar hastaysa ya da sakatsa, iştirak nafakasına ancak rüşte kadar hükmolunur ve çocuk reşit olduktan sonra anne ve babanın yardım yükümlülüğü doğar.⁴⁷⁸ YHGK' nun 1963 tarihindeki içtihadı bu görüşü yansıtmaktadır.⁴⁷⁹

YHGK' nun 1969 tarihli kararı ise birinci görüşü destekler niteliktedir.⁴⁸⁰ Öğretide diğer bir görüşe göre ise,⁴⁸¹ çocuk rüşünü tamamladıktan sonra da öğrenimi devam ediyorsa, iştirak nafakası ödeme yükümlülüğü devam ettirilebileceği gibi yardım nafakası istenmesi de mümkündür. Bu görüşteki yazarlara göre, kural olarak iştirak nafakası, çocuk reşit olmasına kadar alınmak gerekir. Bununla beraber, eğer çocuk öğrenimine devam ediyorsa ve eğitim durumu onun başka surette çalışıp para kazanmasına elverişli değilse o zaman çocuğun yüksek öğrenimini normal süre içinde bitirmesi için gerekli zaman sonuna kadar, iştirak nafakasının devam ettirilmesini istemesi veya anne ve babasından yardım nafakası alması caiz ve mümkündür.

Medeni Kanun'un 328/2.maddesine göre; çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa anne ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek

⁴⁷⁷ "...İştirak nafakası, çocuğun rüşünü tamamlamasıyla kendiliğinden kesilmiş olur ve böylece kesilen nafakanın arttırılması istenemez. Ortada Medeni Kanunun 315. maddesine dayanan bir dava bulunmadığından mahkemenin nafakanın arttırılması isteğini reddetmiş olması kanuna aykırıdır." YHGK. 31.01.1962 gün ve E.1962/2, K:1962/44-12 sk. (Tekinay, s.288).

⁴⁷⁸ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.141.

⁴⁷⁹ "...Babanın sosyal durumu bakımından çocuğun okutulmasının gerekmesi halinde iştirak nafakasının çocuğun erginleşmesinden sonra da (okumaya devamı sebebiyle) ödenmesi, Medeni Kanun hükümlerindendir. Bu sebeple bozma kararı doğrudur. Zira evlilik birliğinin boşanma ile ortadan kalkmış olması anne ve babanın çocuğa karşı olan borçlarında bir değişiklik meydana getirmez. Diğer deyimle, anne ve babanın beraber yaşaması halinde nasıl her ikisi beraberce çaba göstererek çocuğu sosyal durumlarına göre okutmakla ödevli idiyse, boşanmadan sonra da bu ödevleri sona ermez..." YHGK 13.03.1963 gün ve E:1963/2, K:1963/99-21 sk.1, (Tekinay bu kararı eleştirerek, bu içtihadın hukuki olmaktan ziyade pratik düşüncelere dayandığını zannettiğini ifade etmektedir, bkz, Tekinay, s.288).

⁴⁸⁰ YHGK. 01.10.1969 gün ve E:1969/2-677, K:1969/720 sk. (Mursal, s.71). "Nafaka müstehikki davacı reşit olmuş ise de, üniversitenin pedagoji bölümü üçüncü sınıfına devam etmektedir. Davacı İstanbul'da annesi ve üvey babasının yanında kalmakta, geliri bulunmamakta ve babasının yardımına muhtaç durumdadır. Bu durumda davacının, üniversite tahsili süresince babası olan davalının yardımına muhtaç olduğunun kabulü gerekir. Davacı ile davalının kişisel ilişkilerinin, davalının arzu ettiği şekilde olmaması da, davalı babayı, yardım ve muavenet borcundan kurtaran sebeplerden değildir. Üniversitenin üçüncü sınıfındaki evladın tahsilini yarıda bırakmasını istemek, Medeni Kanun'un 265. maddesi ile anne ve babaya yüklenen kanuni görevin yapılması ilke ve amacına aykırıdır."

⁴⁸¹ Feyzioğlu, s.390.

ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler. Yeni Kanun 328/2. maddesi hükmüyle yukarıda aktarılan YHGK' nun 1963 tarihli içtihadını yasal kural halini getirmiştir.⁴⁸² Ancak bu halde de iştirak nafakası küçüğün ergin olması ile sona erecek, ancak eğitimine devam eden çocuk anne ve babasından kendisine yardım nafakası verilmesini bağımsız dava açarak isteyebilecektir.⁴⁸³ Buna göre, eğer çocuk tahsil görmekte ise ve öğrenim durumu, onun başka bir surette çalışıp para kazanmasına elverişli değilse, o zaman çocuk yüksek öğrenimini normal süresi içinde bitirmesi için gerekli zaman sonuna kadar iştirak nafakası devam edecektir. Bu şekilde bir düzenleme ise Medeni Kanun'un düzen ve sistemini bozabilir. Medeni Kanun'un 328/2. maddesindeki düzenlemeyi, hükmedilen iştirak nafakasının ergin olan çocuk eğitime devam ediyorsa normal eğitim süresince Medeni Kanun'un 364/1. maddesine göre yardım nafakası şeklinde devam edeceğini anlamak daha uygun olur.⁴⁸⁴ Öte yandan çocuk kendisine bırakılmamış olan taraf, çocuğun okuması için harcamalarda bulunursa, örneğin onu bir yatılı okulda okutur, okul taksitlerini öder, okul masraflarını karşılarsa, bu konuda harcamış olduğu meblağ, ödeyeceği iştirak nafakasından indirilir.⁴⁸⁵

c- Velâyete Sahip Tarafın İştirak Nafakasından Feragat Etmesi

Velâyete sahip ebeveyn, iştirak nafakası yükümlüsü ile bir sözleşme yaparak iştirak nafakasından vazgeçebilir. Hâkim bu sözleşmeyi onaylarken çok titiz davranmalı, çocuğun korunmasını, çocuğun güvenliğini gözetmelidir. Nafakadan vazgeçen tarafın, çocuğun eğitiminin ve bakımının gerektirdiği tüm masrafları karşılayabilecek durumda olup olmadığını, vazgeçme nedeniyle çocuğun yeteneklerine, eğilimlerine uygun eğitim görme hakkının tehlikeye düşüp düşmeyeceğini araştırmalıdır. Ancak velâyete sahip tarafın iştirak nafakasından bu şekilde vazgeçmiş olması, vazgeçme sözleşmesine rağmen, diğer tarafın çocuğa karşı nafaka yükümlüsü olmasını engellemez. Çocuk yine de ondan nafaka talep edebilir. Velâyete sahip taraf çocuğun masraflarını tam olarak karşılayamaz hale gelirse, çocuk diğer ebeveynine başvurabilir. Vazgeçme, vazgeçen ebeveyn için de kesin bir nitelik taşımaz. İlerde

⁴⁸² Akıntürk, s.327.

⁴⁸³ "...Reşit olan çocuk iştirak nafakası isteminde bulunamaz. Şartları varsa yardım nafakası isteminde bulunabilir." Y. 2. HD. 30.09.1991 gün ve E:1991/8051, K:1991/11767 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.63-64); "...İştirak nafakası yardım nafakası olarak devam olunamaz." Y. 2. HD. 05.04.2000 gün ve 2-719/747 sk. (Şahin, s.700).

⁴⁸⁴ Tekinay, s.587; Feyzioğlu, s.390-391; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.64.

⁴⁸⁵ Akıntürk, s.328.

şartlar değişirse tekrar nafaka ödenmesini talep edebilir.⁴⁸⁶

Doğmamış bir nafaka alacağından önceden feragat etmek ise mümkün değildir. Nafaka talep etmeye hakkı olan kimsenin bu hakkından önceden feragat ettiğine dair sözleşmeler de hükümsüzdür. Nafaka yükümlülüğünün kamu düzenini ilgilendirmesi bunu gerektirir. Tarafların aralarında yaptıkları bir sözleşme ile de, velâyete sahip tarafı ancak o ana kadar muaccel olmuş nafakanın talep ve tahsiline engel olur, geleceğe yönelik olamaz. İleride doğacak olan nafakanın istenmesi her an mümkündür.⁴⁸⁷

d- Evlatlık Verilme

Evlat edinme sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte velâyet hakkı kendiliğinden sona ererek evlat edinene geçer. Evlat edinmeyle birlikte anne ve babaya ait hak ve görevler evlat edinen kimseye geçtiğine göre evlat edinme sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte bakım ödevi de kural olarak evlat edinene geçer.⁴⁸⁸ Asıl anne ve babaya ait bakma ödevi ikinci plana düşer. Ancak asıl anne ve babanın bakım ödevi tam anlamıyla sona ermez. Evlat edinen bakım ödevini yerine getiremeyecek durumda ise bir başka anlatımla kendisi yoksul ve çalışamayacak durumda olup paraya çevrilebilir bir malı veya düzenli bir geliri de yoksa evlatlığın asıl anne ve babasının bakım ödevi devam eder.⁴⁸⁹ Evlat edinen de yoksul ise çocuğun kanuni temsilcisi de kendisi olduğundan koşulları uygun olan evlatlığın asıl anne ve babasına çocuğa iştirak nafakası verilmesi için dava açabilir. Asıl anne ve baba velâyetin kendilerinde bulunmadığını ileri sürerek bakım ödevinden kurtulamaz.⁴⁹⁰

e- Velâyet Hakkının Kaldırılması

Medeni Kanun'a göre çocuğun gerek bakımı, gerek eğitilmesi için gereken giderleri yapmak ödevi anne ve babaya velâyet hakkına sahip olup olmadıklarına

⁴⁸⁶ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.139-140.

⁴⁸⁷ "...İştirak nafakası istemiyorum şeklindeki beyan, iştirak nafakası her an doğup işleyen haklardan olduğundan sadece o dönemi kapsar, çocuk ergin oluncaya kadar değişen durumlara göre yeniden iştirak nafakası istenebilir." Y. 2. HD. 26.04.2004 gün ve 4671/5292 sk. (Özügür, Nafaka, s.2002); "...Geleceğe yönelik olarak nafakadan feragat geçerli olmayıp davacının çocuğa iyi baktığı görülmüş ve bugünkü pahalılığa ve 16 yaşında bulunan çocuğun eğitim, öğretim ve diğer gereksinimlerinin gerektirdiği masrafa göre takdir olunan nafaka çoğumsanacak miktarda bulunmamış olmasına göre itirazlar yerinde olmadığından reddiyle hükmün (onanmasına)." Y. 2. HD. 31.12.1947 gün ve E:1947/7831, K:1947/7001 sk. (Mursal, s.69).

⁴⁸⁸ Gençcan, Öğreti ve Uygulamada, s.254.

⁴⁸⁹ Tekinay, s.480; Feyzioğlu, s.492.

⁴⁹⁰ Gençcan, Öğreti ve Uygulamada, s.255.

bakılmaksızın yüklenilmiştir. Anne ve baba velâyetten uzaklaştırılmış bulunsalar bile bu yüküm onların anne ve baba olmalarından dolayı yine devam eder. O halde velâyet yetkisi kaldırılan anne ve baba çocuğunun bakımı ve yetişmesi için gerekli giderleri ödemek zorunda olduğundan iştirak nafakasının kaldırılması da talep edilemez.⁴⁹¹

F- UZMAN BİLİRKİŞİLERİN GÖRÜŞLERİNDEN YARARLANILMASI

Hâkim, iştirak nafakasını belirlerken tarafların ekonomik ve sosyal durumlarının, hayat koşullarının, çocukların yaşı, öğrenim durumu, sağlık durumu, ihtiyaçlarının belirlenmesi, ödeme güçlerinin tespiti gibi konularda 4787 sayılı Kanun' un 5. maddesine göre görevlendirilen uzman veya uzmanların araştırma, inceleme, görüş, düşünce ve raporlarından yararlanabilecektir.⁴⁹²

Medeni Kanun' da iştirak nafakasının somut miktarına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. İştirak nafakasının miktarını da hâkim, bu konuda görevlendirdiği uzman kişiler tarafından hazırlanan raporlar ile somut olayın özelliklerine göre hakkaniyete uygun bir şekilde somutlaştırabilir. Bunu yaparken de çocuğun ihtiyaçları ile anne ve babanın mali gücü ve çocuğun gelir durumu gibi yukarıda açıkladığımız ölçütler çerçevesinde hareket edecektir.

G- HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİ

Hâkim, iştirak nafakasının miktarına, ödeme biçimine ve zamanına takdir yetkisi çerçevesinde karar verecektir. Durumun gerektirdiği ölçüde iştirak nafakasının nakden veya aynen, peşin ya da toplu olarak bir defada sermaye biçiminde ödenmesi hâkimin takdirine bağlıdır. Hâkim, boşanma davasında çocuğun velâyetini anne veya babadan birine verilmesine karar verirken, kendisine velâyet hakkı verilmeyen eşin de sorumlu olacağı iştirak nafakasına re'sen hükmetmek zorundadır(MK md.182/2).⁴⁹³ Hâkimin bu yöndeki yetki ve yükümlülüğüne öğretide “kendiliğinden harekete geçme ilkesi” denilmektedir. Bu ilke HUMK md.72'de düzenlenen tasarruf ilkesi ile aynı

⁴⁹¹ Tekinay, s.521.

⁴⁹² Özüğür, Nafaka, s.198.

⁴⁹³ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.128; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.47, Tutumlu, Boşanma, s.1295, s.39 .

kanunun 74. maddesinde düzenlenen taleple bağıllık ilkesinin istisnalarından birini oluşturmaktadır.⁴⁹⁴

Yargıtay'ın bu konuda verdiği ve artık yerleşik içtihat halini aldığı kararlarına⁴⁹⁵ rağmen bazı kararlarında,⁴⁹⁶ velâyet hakkına sahip eşin iştirak nafakası talep etmediğine ilişkin beyanına itibar etmesi gerektiğine istek aşılarak iştirak nafakasına hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. Doktrinde⁴⁹⁷ bu görüş oldukça eleştirilmiştir. Onlara göre, her şeyden önce iştirak nafakası çocukların korunmasına yönelik olup kamu düzenine ilişkindir. Hâkim görevi gereği bu konuda kendiliğinden karar oluşturmak zorundadır. İştirak nafakası miktarını hâkim takdir edecektir. Hâkim bu miktarı serbestçe tayin edecektir. Hâkimin takdir hakkı tarafların istekleriyle sınırlanamaz. Unutulmamalıdır ki iştirak nafakası çocuk için bir haktır. Hâkim, çocuğa, “aslında senin bakım ve eğitim giderlerin için daha çok miktarda iştirak nafakası gerekiyor, ama ne yapalım, kader utansın, annen (ya da) baban çok az nafaka istedi, fazlasını veremiyorum” diyemez. Hâkim çocuğu anne ve babasına rağmen korumak zorundadır. O halde hâkim, çocuğun menfaati için gerekli gördüğü takdirde çocuk kendisine verilmiş eşin isteğinden daha fazla miktarda iştirak nafakasına hükmedebilmelidir⁴⁹⁸. İştirak nafakası yükümlüsünün ekonomik ve sosyal durumu uygun olacak ama diğer eşin sayı bilmezliği yüzünden istek kadar kuralına göre az miktarda nafaka verilecektir. Burada cezalandırılan istekte bulunan değil, çocuk olmaktadır. Aslında istekte bulunanın belirttiği rakam, temenniden öteye geçmeyen boş lâkırdıdan ibarettir. İştirak nafakası yoksulluk nafakası gibi isteğe bağlı bir nafaka türü değildir. İstek aşılamayacaksa “uygun görülecek miktar iştirak nafakası istiyorum” diyen tarafa hâkim, “istediğin miktarı açıkla çünkü isteği aşamıyorum” demek zorunda kalacaktır.⁴⁹⁹

Yeni Medeni Kanun'un 182/3. maddesine göre; “Hâkim istem halinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve

⁴⁹⁴ Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2004, s.224.

⁴⁹⁵ Y. 2. HD. 18.09.2003 gün ve 10410/11617 sk., Y. 2. HD. 08.10.2003 gün ve 11760/13029 sk., Y. 2. HD. 05.03.2003 gün ve 1902/2930 sk.

⁴⁹⁶ “...Davacı kadın velayeti kendisine verilen müşterek çocukları (B) ve (AK) için iştirak nafakası istemediğini bildirdiği halde talep dışına çıkılarak iştirak nafakasına hükmedilmesi doğru olmamıştır.” Y. 2. HD. 15.05. 2003 gün ve 6565/7178 sk.; “...Davacı 60.000.000 TL, olan iştirak nafakasının 10.000.000 TL'ye indirilmesini istemiş bulunmasına rağmen istek dışına çıkılarak boşanma protokolünün davalı ve ortak çocuk zararına hüküm doğuracak şekilde değiştirilmesi doğru bulunmamıştır.” Y. 2. HD. 10.02.2000 gün ve 954/1564 sk. (Özüğür, Nafaka, s.216,254).

⁴⁹⁷ Feyzioğlu, s.389; Gençcan, Öğreti ve Uygulamada, s.248.

⁴⁹⁸ Velidedeoğlu, s.390.

⁴⁹⁹ Gençcan, Öğreti ve Uygulamada, s.249.

ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.” Kanunun gerekçesinde şu açıklamaya yer verilmiştir. “Maddenin üçüncü fıkrasıyla ise, istem halinde hâkime, bu giderlerin gelecek yıllarda ne miktarda ödeneceğine ilişkin karar verebilmesi olanağı sağlanarak ekonomik ve mali açıdan güçsüz olan alacaklıların her yıl masraf ve emek sarf etmek suretiyle artırım davaları açmalarını önlemek ve bu nedenle mağduriyetlerine son vermek amaçlanmıştır. Maddeden ve gerekçeden anlaşıldığı üzere hâkim, iştirak nafakasına gelecek yıllarda ne miktarda ödeneceğine re’sen değil ancak istem halinde karar verebilme yetkisine sahiptir. Nitekim Yargıtay kararlarında,⁵⁰⁰ bu hususu bozma sebebi olarak görmüştür. Yargıtay’ın yerleşik uygulamasına göre nafakanın gelecek yıllar için toptan eşya fiyat endeksi (TEFE) oranında artırılması gerekmektedir.⁵⁰¹

Öte yandan iştirak nafakası istenen küçükler birden fazla ise, hâkim her bir küçük için ne miktar iştirak nafakası istendiğini ayrı ayrı açıklattırarak,⁵⁰² yine her bir küçük için onların ihtiyaçlarını, yaşlarını, eğitim ve sağlık durumlarını, anne ve babalarının hayat koşullarını, ekonomik durum ve güçlerini, yine çocuklardan geliri olan varsa bunların gelirlerini de göz önünde tutarak ayrı ayrı aylık ödenmesi gereken iştirak nafakalarını belirleyecektir.⁵⁰³

H-GEÇİCİ ÖNLEMLER VE GÜVENCE VERİLMESİ

Medeni Kanun’un 332. maddesinde; Nafaka davası açılınca hâkimin, davacının istemi üzerine dava süresince gerekli olan önlemleri alacağı kuralına yer verilmiştir. Bu madde ile davacının istemi üzerine hâkime dava süresince gerekli önlemleri alabilme imkânı tanınmıştır. Örneğin; buna göre davacının istemi halinde nafaka davasına bakan hâkim, davanın devamı sırasında nafakanın ilerde ödenmesini temin için nafaka

⁵⁰⁰ “...Mahkemece, istek olmadığı halde gelecek yıllar için nafakanın tüketici fiyat endeksine bağlı olarak artırılması usul ve yasaya aykırıdır...” Y. 2. HD. 27.01.2003 gün ve 14260/964 sk., Y. 2. HD. 19.09.2002 gün ve 9357/10191 sk., Y. 3. HD. 13.05.2002 gün ve 3782/5308 sk. (Kaçak, s. 720); Aynı doğrultuda Y. 2. HD. 05.03.2003 gün ve 1773/2940 sk. (Şahin, s. 708).

⁵⁰¹ Y. 3. HD. 21.06.2004 gün ve 6806/6832 sk.; “...Nafaka artışlarında, artışın toptan eşya fiyat endeksinden fazla olması halinde gelecek yıllar için %45 oranında fazla olmamak koşulu ile artışın TEFE artış oranı kadar artırma yapılması gerekir.” Y. 3. HD. 25.11.2002 gün ve 13766/2371 sk. (Şahin, s. 705-715).

⁵⁰² “...Davacıya küçüklerin velayet haklarının verilip verilmediği araştırılmalı her bir çocuk için ne miktar iştirak nafakası istediği ayrı ayrı açıklattırılmalıdır.” Y. 2. HD. 04.03.2002 gün ve E:2002/1758, K:2002/2818 sk. (Özguşur, Nafaka, s.229).

⁵⁰³ Özguşur, Nafaka, s.188.

davalısının taşınmazları üzerine tedbir koyabilecektir. Hâkim, her olayın özelliğine göre ayrı ayrı inceleme ve değerlendirme, araştırma yaparak istem halinde davanın devamı süresince gereken önlemleri alacak, çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektiriyorsa, buna göre geçici olarak iştirak nafakası ödenmesine veya nafakanın ödenmesini teminat altına alabilmek için nafaka alacağını karşılayacak uygun miktarda nafaka depo edilmesine de karar verebilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus ve ön koşul, bu önlemlerin alınmasının davacı tarafından istenmiş olmasıdır. Eğer bu konuda istem yoksa hâkim kendiliğinden önlemler alamayacaktır.⁵⁰⁴

Medeni Kanun'un 334. maddesinde anne ve baba nafaka yükümlülüklerini sürekli olarak ve ısrarla yerine getirmezlerse ya da kaçma hazırlığı içinde bulundukları, mallarını gelişi güzel harcadıkları veya heba ettikleri kabul edilebilirse hâkimin gelecekteki nafaka yükümlülüklerine ilişkin olarak uygun bir güvencenin sağlanmasına veya gerektiğinde diğer önlemlerin alınmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. Hâkim; uzmanların görüş, düşünce ve raporlarına ve yapılan araştırmalara göre, anne ve babanın nafaka yükümlülüklerini yerine getirmekten sürekli ve ısrarlı olarak kaçınmaları, kaçma veya mallarını azaltma, gelişi güzel azaltma yanında harcama, ortadan kaldırma gibi eylemlere geçtiklerini tespit ettiğinde, bunların nafaka yükümlülüklerini yerine getirmeyeceklerine ilişkin emareler görürse, anne ve babayı uygun bir güvence vermeye mahkûm edebileceği gibi, başka önlemler alarak nafakanın ödenmesini sağlayabilecektir.⁵⁰⁵

Hâkim önce de açıklandığı gibi her olayın özelliğine göre hükmedilecek nafaka miktarını belirleyecek yeterlikte araştırma ve inceleme yaptıktan sonra, ödenmesi gereken nafaka tutarlarına göre uygun göreceği bir güvence verilmesini nafaka yükümlüsünden isteyecek veya gerekli gördüğü diğer önlemlerin alınmasına da karar verebilecektir. Güvencenin nitelik ve tutarı gibi alınacak tedbirlerin neler olduğu gösterilmediğinden bunları da hâkim takdir edecektir. Hâkim güvencenin tutarını, aynî veya şahsî bir güvence olup olmadığını belirleyerek davalıdan isteyecek veya nafaka yükümlüsünün ödenecek nafakaya yeter miktarda parayı bir bankaya depo etmesine karar verebilecek veya o miktardaki bankadaki parası üzerine tedbir koyacak veya nafaka alacağını karşılayacak miktarda ve değerdeki taşınmaz veya taşınır malların

⁵⁰⁴ Özüğür, Nafaka, s.190.

⁵⁰⁵ Özüğür, Nafaka, s.191.

üçüncü şahıslara devrini önleyecek tedbirler alabilecektir.⁵⁰⁶

I- GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Boşanma davası ile birlikte kararlaştırılması gereken iştirak nafakasının boşanma kararının eki olması nedeniyle bir boşanma kararı olmadıkça iştirak nafakasından söz edilemez. Ancak çeşitli nedenlerle boşanma kararında iştirak nafakası düzenlenmemiş ya da çocuk boşanma kararından sonra doğmuş olabilir.⁵⁰⁷ İşte bu gibi hallerde iştirak nafakasında yetki farklılık gösterebilir.

İştirak nafakası tayin ve takdiri yine bu nafaka ile ilgili değişiklik (arttırma, azaltma, kaldırma) davalarında görevli mahkeme daha önce de belirttiğimiz üzere Aile Mahkemesi, Aile Mahkemesi kurulamayan yerlerde ise, HSYK tarafından belirlenen Asliye Hukuk Mahkemeleridir.⁵⁰⁸ Öte yandan boşanma kararında velâyet düzenlendiği halde iştirak nafakası düzenlenmemişse, velâyet kendisine bırakılan anne veya baba, velayetin diğer tarafı hasım göstererek iştirak nafakası davasını Aile Mahkemesinde açar. Bu davanın boşanmaya karar veren aile mahkemesinde açılması şart değildir.

Medeni Kanun'un 177. maddesi ile “Boşanmadan sonra açılacak nafaka davalarında nafaka alacaklısı (davacı) nın yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir.” hükmü düzenlenerek kesin yetki kuralı konulmuştur.⁵⁰⁹ Bu madde yeni bir düzenleme olup, iştirak nafakası ile ilgili davalarda (iştirak nafakası istenmesi, artırılması, azaltılması ve kaldırılması davalarında) yetkili mahkeme nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesi olacaktır⁵¹⁰. Buna göre, boşanma hükmü kesinleştikten sonra açılacak yeni

⁵⁰⁶ Özügür, Nafaka, s.192.

⁵⁰⁷ Kaleli, Şakir; “Nafaka Davaları”, YD., C. 4, S. 1-2, 1978, s.124, Mursal, s.73.

⁵⁰⁸ Özügür, Nafaka, s.193.

⁵⁰⁹ “...Kesin yetki hükmü bulunan bir dava yalnız kesin yetkili mahkemede açılabilir. Taraflar yetki sözleşmesi ile kesin yetkili mahkemenin yanında başka bir mahkemenin yetkili olduğunu da kararlaştıramazlar. Kesin yetki kuralı dava şartı olup mahkemece re’sen gözetilir.” Y. 2. HD. 28.05.2002 gün ve 5515/6086 sk. (Şahin, s.717).

⁵¹⁰ “...Her ne kadar davanın açıldığı 12.09.2001 tarihinde yürürlükte bulunan 743 S.lı Medeni Kanunda boşanmadan sonra açılacak nafaka davasına ilişkin bir yetki kuralı bulunmadığından HUMK’ un 9. maddesi gereğince işbu davanın davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılması gerektiği düşünülmüş ise de; yargılama aşamasında yürürlüğe giren 4721 S.lı Medeni Kanunun 177. maddesi ile kesin yetki kuralı konulmuştur. Kesin yetki hükmü bulunan bir dava yalnız kesin yetkili mahkemede açılabilir. Taraflar, yetki sözleşmesi ile kesin yetkili mahkemenin yanında başka bir mahkemenin yetkili olduğunu da kararlaştıramazlar. Kesin yetki kuralı dava şartı olup mahkemece re’sen gözetilmesi gerekir. Ayrıca tarafların iradesine tabi olmayan, re’sen dikkate alınması gereken ve kamunun genel menfaatine uygun olan bu düzenleme aynı zamanda kamu düzenine ilişkin emredici bir hukuk normudur. 4721 S.lı Türk Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 2. maddesine göre de; “Türk Medeni

nafaka davalarında ya da hükmedilmiş nafakaların arttırılması veya azaltılması davalarında, nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemeleri yetkili kılınmış, bu suretle uygulamada çok cüzi nafaka alacakları dolayısıyla, çoğunlukla ekonomik ve mali açıdan güçsüz olan nafaka alacaklılarının nafaka yükümlüsünün bulunduğu yer mahkemelerine giderek aşırı masraf yapmalarının önlenmesi, zarardan kurtulmaları amaçlanmıştır.⁵¹¹ O halde, iştirak nafakası veya bu nafakanın artırılmasını veya azaltılmasını isteyen eş nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesinde de bu davayı açabileceği gibi, ayırtım gücüne sahip küçükler de yerleşim yeri mahkemelerinde (bakımı kendisine bırakıldığı için yerleşim yeri veya diğer hallerde çocuğun oturma yerinde) iştirak nafakası veya bu nafakanın artırılması davası açabilecektir.⁵¹² Bu yetki kuralı HUMK' nın 9/1. maddesindeki yetki kuralını engellememektedir.⁵¹³ Nafaka davalarında, davalının nüfusa kayıtlı olduğu yer, yerleşim yerine karine teşkil eder.⁵¹⁴ Bağımsız olarak açılan iştirak nafakası veya iştirak nafakasının artırılması veyahut da azaltılması davalarında yetkili mahkeme, davalının dava günündeki yerleşim yeri mahkemesidir.

Acaba evlilik birliğinin korunmasına ilişkin yetki kuralları iştirak nafakasında uygulanabilecek midir? Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda yetkili mahkeme Medeni Kanun'un 201. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi

Kanunun kamu düzeni ve genel ahlakı sağlamaya yönelik kuralları, haklarında ayrı bir hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanır. Bu bakımdan eski hukukun Türk Medeni Kanununa göre kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olan kuralları, bu kanun yürürlüğe girdikten sonra hiçbir suretle uygulanmaz. Diğer taraftan 743 S.lı Medeni Kanunda boşanmadan sonra açılacak nafaka davasında yetkili mahkemeye ilişkin bir düzenleme bulunmamakta olup bu boşluk yargısal içtihatlarla doldurulmak suretiyle HUMK' un genel hükümleri nafaka uyuşmazlıklarında uygulanmaya gelmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu bu boşluğu gidermek ve kamu düzenini sağlamak amacıyla kesin yetki kuralının görülmekte olan tüm nafaka uyuşmazlıklarına uygulanmasının öngörmüştür. Tüm bu hususlar dikkate alınarak somut olaya bakıldığında; davanın 12.09.2001 tarihinde açıldığı, yargılama sürecinde 4721 S.lı Medeni Kanun 01.01.2002 tarihi itibarıyla yürürlüğe girdiği ve mahkemece 05.02.2002 tarihinde yetkisizlik kararı verildiği; ne var ki kesin ve kamu düzenine ilişkin 4721 S.lı Kanunun 177. maddesindeki yetki kuralının re'sen uygulanmadığı anlaşılmaktadır. HUMK ' nın 74 ve devamı maddeleri gereğince hakim kanunları kendiliğinden uygulamak zorundadır. Buna rağmen delillerin yanılıklı değerlendirilmesi sonucu mahkemenin yetkisizliği yönünde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup uygulama doğru görülmüştür." Yargıtay 3. HD. 28.05.2002 gün ve E:2002/5515, K:2002/6086 sk. (Şahin, s.717).

⁵¹¹ Özügür, Nafaka, s.194.

⁵¹² Özügür, Nafaka, s.194,195.

⁵¹³ Özügür, Nafaka, s.194; "...İştirak nafakasının tayini ve tayin edilen iştirak nafakasının arttırılmasında yetkili mahkeme davalının ikametgahı mahkemesidir." Y. 2. HD. 27.04.1992 gün ve E:1992/4481, K:11992/4731sk.; "...Boşanmadan sonra açılan iştirak nafakası ve iştirak nafakasının artırılması davaları, davalının dava tarihindeki ikametgahı mahkemesinde açılır." Y. 2. HD. 16.10.1998 gün ve E:1998/10403, K:1998/11035 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.68).

⁵¹⁴ Y. 2. HD. 10.02.1987 gün ve E:1987/10333, K:1987/10044 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.68).

de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunanın yerleşim yeri mahkemesidir. Önlemlerin değiştirilmesi, tamamlanması veya kaldırılması konusunda yetkili mahkeme, önlem kararını veren mahkemedir. Ancak, her iki eşin de yerleşim yeri değişmişse, yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yeni yerleşim yeri mahkemesidir (MK. md.201). Görüldüğü gibi düzenleme tamamen evlilik birliğinin korunmasına ilişkin yetki kurallarını düzenlediğinden, bu düzenlemenin evlilik içi ve evlilik dışı çocuğun iştirak nafakası ile ilgisi bulunmamaktadır. O halde, iştirak nafakası ile ilgili davalarda Medeni Kanun'un 201. maddesinin uygulama yeri bulunmamaktadır.⁵¹⁵

Nafaka davaları adli ara vermede görülen davalardan olması sebebiyle, hâkim tarafından adli ara vermede de bu tür davalara bakılabilecektir (HUMK 175-176.md). Bu nedenle adli ara vermede süreler işleyeceğinden HUMK' nın 177. maddesi uygulanmaz.⁵¹⁶

İ- İŞTİRAK NAFAKASINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN DEĞİŞTİRİLMESİ

1- Genel Olarak

Boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçları kesin ve nihai bir hukuki durum yaratmaz. Bu sonuçlar yeni şartlara göre sonradan tamamen veya kısmen değiştirilebilir.⁵¹⁷ Boşanma hükmü ile birlikte kararlaştırılan iştirak nafakasının kuşkusuz yıllar içinde sabit kalması düşünülemez. Çünkü arada geçen süre içerisinde bir yandan çocuğun gereksinimlerinde artma olacak, bir yandan da değişen şartlar nedeniyle nafaka yükümlüsünün kazancında az ya da çok bir değişme olacaktır. İşte bu durumda evvelce hükmedilen nafakanın arttırılması veya azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verilmesi kaçınılmazdır.⁵¹⁸

⁵¹⁵ Özüğür, Nafaka, s.194,195.

⁵¹⁶ Y. 2. HD. 06.12.2001 gün ve 15664/17263 sk. (Şahin, s.721).

⁵¹⁷ Akıntürk, s.328; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.61.

⁵¹⁸ Yalçınkaya/Kaleli, s.1865; Mursal, s.59; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.61; "...Tarafların ekonomik ve sosyal durumlarında meydana gelen değişiklikler olursa, taraflar nafaka artırımını eksiltmesi veya kaldırılması isteminde bulunabilirler." Y. 2. HD. 02.01.2001 gün ve 12988/15131 sk. (Özüğür, Nafaka, s.233,234).

Çocukların ihtiyaçlarında veya anne ve babanın ödeme gücünde veya benzer hayat koşullarının değişmesi halinde, hâkim tarafından nafaka miktarının yeniden belirlenmesi veya nafakanın tamamen kaldırılması mümkündür. Hâkim, iştirak nafakasının yeniden belirlenmesi için dava açılması halinde küçüğün değişen ihtiyaçlarına, eğitim durumuna, yaşına, anne ve babanın artan gelir durumlarına göre nafakayı yeniden belirleyebileceği gibi, çocuğun gelir elde etmesi, ana ve babanın hayat koşulları, ekonomik güçlerinde değişme, azalma ve ortadan kalkması hallerinde de istem halinde gerekli belirlemeleri yapar ve nafakayı kaldırır.⁵¹⁹ Hâkim, iştirak nafakasını değişen durumlara göre yeniden belirlemekte tarafların ekonomik ve sosyal durumları, hayat koşulları, çocuğun yaşı, öğrenim durumu, sağlık durumu, ihtiyaçlarının sosyal mali ve ekonomik güç açısından değişiklik olup olmadığı v.b gibi konuların belirlenmesinde 4787 sayılı Kanunun 5. maddesinde görevlendirilen uzman, araştırma inceleme, rapor ve görüş bildirimlerinden de yararlanabilecektir.⁵²⁰

a- İştirak Nafakası Miktarının Arttırılması

Nafaka miktarının arttırılması davalarında, nafaka yükümlüsünün mali gücündeki iyileşmenin yanında, paranın alım gücünün düşmesi⁵²¹ ve özellikle çocuğun yaş, sağlık, eğitim vs. durumlarındaki değişikliklerin daha fazla bir katkıyı zorunlu hale getirip getirmediği araştırılmalıdır.⁵²² Şu husus öncelikle ifade edilmelidir ki; nafakanın arttırılması talebinin kabul edilebilmesi için nafakanın takdirinden sonra tarafların durumunda hayat şartlarında meydana gelen değişikliğin önemli ve sürekli olması gerekir. Çok ufak sayılabilecek arızı artışlar nafaka miktarının değiştirilmesi talebini haklı kılmaz.⁵²³

Nafaka yükümlüsünün gelirinde meydana gelen artış nafakanın arttırılması taleplerini kural olarak haklı kılacaktır. Nafaka yükümlüsünün ödeme gücüne etki edecek oranda bir miras kazanımı nafakanın artmasına neden olabileceği gibi, kişisel ve ailesel durumunda meydana gelen değişiklikler de artma nedeni olabilir. Örneğin borçlunun geliri artmamakla birlikte, ailesel yüklerin azalmış olması, bakmakla

⁵¹⁹ Y. 2. HD. 25.03.2002 gün ve 3551/4244 sk.1 (Özüğür, Nafaka, s.189).

⁵²⁰ Özüğür, Nafaka, s.190.

⁵²¹ "...26.01.2000 tarihinde açılan dava ile 80.000.000 TL iştirak nafakasına hükmedildiği anlaşılmaktadır. O davanın açıldığı tarihten itibaren bir buçuk yıldan fazla zaman geçmiş olması, bu sürede paranın alım gücünün düşmesi ve çocuğun ihtiyaçlarının artması nedeniyle mahkemece iştirak nafakasının uygun bir miktarda arttırılmasına karar verilmesi gerekir." Y. 3. HD. 28.05.2002 gün ve 5654/6072 sk. (Şahin, s.716).

⁵²² Feyzioğlu, s.393, Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.62, Mursal, s.61.

⁵²³ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.583.

yükümlü olduğu kişilerin evlenmesi, rüşte ulaşıp bağımsız bir kazanç sahibi olmaları gibi durumlar, ödeme gücünde olumlu değişiklikler getirir.⁵²⁴ Çocuğun yaşının büyümesi⁵²⁵ ve dolayısıyla masrafların artması,⁵²⁶ velâyete sahip tarafın ekonomik durumunun bozulması nedeniyle çocuğun bakım ve eğitiminin gerektirdiği masrafları karşılayamaması⁵²⁷ genellikle nafakanın arttırılması taleplerini haklı kılar.

Nafakanın arttırılmasını gerektiren sebepler bazen nafaka yükümlüsü ve alacaklısı ile ilgili olmayabilir. Bu şartlar tamamen objektif olaylardan da doğabilir. Hayatın pahalılaşması, zaruri ihtiyaç mallarının fiyatlarında meydana gelen değişiklikler, konut kiralalarının hissedilir derecede artması olayları böyledir.⁵²⁸ İştirak nafakasının arttırılması halinde takdir edilen meblağın nafaka yükümlüsünü sıkıntıya düşürmemesi gerekir.⁵²⁹

Uygulamada çocukların eğitim giderlerindeki olağanüstü artışlar sonucunda umulandan fazla miktar ödemek zorunda kalan velâyet hakkı kendisinde bulunan taraf diğer eşe alacak davası açmaktadır. Oysa iştirak nafakası eğitim giderlerini de kapsar. İştirak nafakasının miktarının arttırılması yerine alacak davası açılması isabetli değildir. Onun için, gerek; hâkimlerin iştirak nafakasını belirlerken eğitim giderlerini göz önüne alarak uygun miktar iştirak nafakasına hükmetmeleri, gerekse; velâyet hakkı kendisinde bulunan eşin iştirak nafakasının arttırılması davasını zamanında açması çocukların eğitimlerinin engellenmemesi açısından önem taşımaktadır.⁵³⁰ İştirak nafakası davası veya iştirak nafakasının arttırılması veya azaltılması ile ilgili dava devam ederken, yani dava sonuçlanmadan yeniden iştirak nafakasının arttırılması davası açılması halinde, önceki dava bekletici sorun teşkil eder. Dolayısıyla önceki davanın kesinleşmesi beklenmelidir.⁵³¹ Dönemleri farklı olan iştirak nafakası artırım davalarında derdestlikten

⁵²⁴ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.188, Mursal, s.61.

⁵²⁵ "...Ergin çocuk için iştirak nafakasının artırımı istenemez." Y. 2. HD. 15.02.2000 gün ve 1375/1787 sk., "...İştirak nafakası artırımına çocuğun ergin olduğu tarihle sınırlı hükmedilmelidir. Yeni bir yardım nafakası davası açmadan çocuk vekili bu davaya devamla, bundan sonraki dönem için davaya devam edilmesini isteyemez." Y. 2. HD. 05.04.2000 gün ve 2-719/747 sk. (Özügür, Nafaka, s.251).

⁵²⁶ Mursal, s.62.

⁵²⁷ Tekinay, s.282, Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.583.

⁵²⁸ Tekinay, s.583, Mursal, s.63.

⁵²⁹ "... Nafaka artırımında takdir edilen meblağın davalıyı geçim sıkıntısına düşürmemesi gerekir. Ayrıca iştirak nafakasında annenin de katılım sorumluluğu değerlendirilmelidir." Y. 2. HD. 25.02.1992 gün ve E:1992/1756, K:1992/2185 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.63).

⁵³⁰ Gençcan, Öğreti ve Uygulamada, s.250.

⁵³¹ "...Taraflar boşanmışlardır. Küçüklerin velayeti davacıya verilmiş, çocuklar için iştirak nafakası tayin edilmiş ve bu nafakalar daha sonra arttırılmıştır. Fakat bu kararın kesinleşip kesinleşmediği anlaşılamamaktadır. Önceden hükmedilen iştirak nafakası kararlarının kesinleşip kesinleşmediği belirlenmeden iştirak nafakasına karar verilemez." Y. 2. HD. 27.02.1997 gün ve 1127/2170 sk. (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.63).

söz edilemez.⁵³² Nafakanın arttırılması veya azaltılmasına dair tarafların istemlerinin mahkeme tarafından kabulü halinde bu yeni miktar, dava tarihinden itibaren geçerli olmak üzere hükme bağlanır.⁵³³ Ancak davacının talepte bulunurken veya duruşma sırasında talep tarihinden sonraki bir tarihi nafakanın arttırılması veya eksiltilmesi için başlangıç olarak göstermesi halinde, bu tarihe itibar edilmesi gerekir. Bu durumda davacının talep tarihi ile gösterdiği bu tarih arasındaki haklardan feragat etmiş sayılması da gerekir.⁵³⁴

b- İştirak Nafakası Miktarının Azaltılması

İştirak nafakası her şeyden önce çocuğun güvenliği buna izin verdiği takdirde ve bu oranda azaltılabilir. Anne ve babanın ödeme gücü azalmış olsa bile onlar, çocuklarının masraflarını karşılamak zorundadırlar. Çünkü iştirak nafakasının temel amacı çocukların korunmasıdır.⁵³⁵ İştirak nafakası karar bağlandıktan sonra nafakanın azaltılması davası açılabilmesi için de tıpkı nafakanın arttırılması davasında olduğu gibi herhangi bir süre öngörülmemiştir.⁵³⁶ Tarafların ve çocuğun gereksinimlerinin artması ya da azalması, ekonomik ve sosyal durumların bozulması ya da iyileşmesi gibi durumların gerçekleştiği her durum ve her zaman dava açılabilir. Boşanma kararının çok kısa bir süre önce kesinleşmiş olması da sonucu değiştirmez; yeter ki, tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile çocuğun yeni ortaya çıkan gereksinimleri ileri sürülmüş ve kanıtlanmış olsun.⁵³⁷

Nafakanın azaltılması davalarında, nafaka yükümlüsünün yeni duruma göre ayda ne miktarda nafaka verebileceğinin, onun tüm gelir ve serveti dikkate alınarak, nafaka ödemekle yükümlü bulunduğu başka kişilerin bulunup bulunmadığı soruşturularak incelenmesi ve ona göre karar verilmesi gerekir⁵³⁸. Bu nedenle ilgilinin, örneğin

⁵³² “Dava iştirak nafakasının arttırılmasına ilişkindir. Bu davanın derdest kabul edilebilmesi için her iki davanın taraflarının, müddeabihinin ve sebeplerinin aynı olması gerekmektedir. Davanın sebebinden maksat dayanan maddi vakıâlardır. Derdest kabul edilen önceki nafaka 07.11.1995 tarihine kadar olan dönemi kapsamaktadır. Kesinleşip, kesinleşmemesine sonucu etkisi yoktur. Bu dava ise 08.11.1996’ da açılmıştır. Açıklanan sebeplerle derdest davadan söz edilemez. O halde mahkemece işin esasının incelenmesi ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” Y. 2. HD. 30.05.1997 gün ve E:1997/4961, K:1997/6214 sk. (Özügür, Nafaka, s.261-262).

⁵³³ “...Nafakanın arttırılması veya azaltılmasına dair istemlerin mahkeme tarafından kabulü halinde bu yeni miktar dava tarihinden itibaren geçerli olmak üzere hükme bağlanır.” İBK. 28.05. 1956 gün ve 15/15 sk., RG. 27.12.1956 S. 9494 (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka, s.62); Mursal, s.63

⁵³⁴ Mursal, s.63.

⁵³⁵ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.186.

⁵³⁶ Y. 2. HD. 08.11.2001 gün ve E:2001/13733, K:2001/15500 sk.

⁵³⁷ Gençcan, Öğreti ve Uygulamada, s.251.

⁵³⁸ Bozovalı, s.62; Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.186.

yalnızca emekliye ayrılmış olması nafakanın indirilmesi talebinin kabulü için yeterli değildir.⁵³⁹ Nafakanın azaltılması talepleri, nafaka yükümlüsünün ekonomik durumunun kötüleşmesi veya yeni yükümlülüklerinin ortaya çıkması ya da nafaka alacaklısının ekonomik durumunun iyileşmesi durumlarına dayandırılır. Nafaka borçlusunun gelirinin azalması, geliri azalmamakla birlikte kişisel veya ailesel durumlarındaki değişiklikler ödeme gücünü azaltmışsa, o nafakanın indirilmesini talep edebilir. Nafaka yükümlüsünün yeniden evlenmesi, onu iştirak nafakası ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz. Böyle bir evlenme ancak yeni ailesel şartlar nafakanın azaltılmasını zorunlu kılar ve ilk evlilikten doğan çocuklar için haksızlık teşkil etmezse nafakanın indirilmesini gerektirir⁵⁴⁰. Nafaka alacaklısının durumun düzelten olumlu değişikliklere ise şunlar örnek gösterilebilir: Çocuğun artık tedaviye ihtiyaç göstermeyecek derecede hastalığının iyileşmesi, kendi durumuna uygun ancak ihtiyaçlarını tamamen karşılamaya yetmeyen bir iş bulup belli bir gelire sahip olması, kendisine miras kalması.⁵⁴¹

Bazen çocuğun geliri şu ya da bu yolla, nafaka yükümlüsü anne veya babanın gelirinden daha fazla olabilir. Bu durum nafaka yükümlüsünün reşit olmayan çocuğunu mutlak olan geçindirme ödevini ve sorumluluğunu ortadan kaldırmaz ve çocuğun kişisel gelirinin olması nafaka yükümlüsünü nafaka borcundan kurtarmaz. Bu durumu nafaka miktarının belirlenmesinde ikinci derecede bir etken olarak görmek gerekir.⁵⁴² Öte yandan nafakanın azaltılmasını mümkün kılacak nafaka alacaklısının ekonomik durumunun iyileşmesi hali, ancak borçlunun durumunun da hükümde saptanan miktarı ödeyemeyecek kadar kötüleşmesi durumunda azaltılmasına neden olur. Çünkü çocuk, anne ve babanın her ikisinin de ekonomik şartlara uygun bir bakım ve eğitim görme hakkına sahiptir. Velâyete sahip tarafın durumunun iyileşmesinden iştirak nafakası borçlusu değil, nafakadan yararlanan kişi durumunda bulunan çocuk yararlanmalıdır.⁵⁴³

⁵³⁹ YHGK. 08.01.1969 gün ve E:1969/176, K:1969/18 sk. (Mursal, s.60).

⁵⁴⁰ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.186-187.

⁵⁴¹ Mursal, s.60.

⁵⁴² "...Çocuğun şahsi gelirinin bulunması, babayı nafaka borcundan kurtarmaz. Ancak bu durum nafaka miktarının tespitinde tali derecede etken olabilir." Y. 2. HD. 30.07.1994 gün ve E:1994/6310, K:1994/6427 sk. (Yalçınkaya /Kaleli, s.1970); Mursal, s.60.

⁵⁴³ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.187.

K- FAİZ

Faiz, asıl alacağa bağlı fer'i bir haktır. Asıl alacak yoksa faizi de olmaz. Öte yandan asıl alacağa faiz yürütülebilmesi için alacağın muaccel olması, borçlunun temerrüde düşmesi ve faiz istemi⁵⁴⁴ olmalıdır. Nafaka ise, hâkimin takdirine bağlı olup, dava tarihinde muayyen (belirli) ve muaccel olmadığından yine nafaka davaları sonucu verilen karar inşai mahiyette olup, karar oluşmadan nafakanın istenebilir hale gelmesi düşünülemeyeceğinden, faize dava tarihinden itibaren hükmolunamaz⁵⁴⁵. Hükmolunan nafakaya muayyen⁵⁴⁶ ve muaccel olduğu⁵⁴⁷ ve borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren istek varsa faiz yürütülebilir.⁵⁴⁸

L- ZAMANAŞIMI⁵⁴⁹

BK' nın 126/2. maddesi gereğince; eğer davacı ilâm ve ilâm sayılan belge dışında (İİK. md. 38) herhangi bir anlaşma vb. gibi bir nedenle nafakaya hak kazanmış olmasına rağmen takip yapmaz, herhangi bir işlem yapmaz, nafaka borçlusunu temerrüde düşürmezse nafaka davaları beş yıllık zamanaşımına tabi olduğundan nafaka alacaklısı beş yıldan geriye olan ve tahakkuk eden nafakaları talep edemez. Beş yıllık zamanaşımının başlangıcı tarihi iştirak nafakası tahakkuk eden aydır.

Yine BK' nın 128. maddesine göre müruruzaman alacağın muaccel olduğu andan başlar. Alacağın muacceliyeti bir ihtar veya ihbar vukuuna tabi ise, müruruzaman bu haberin verilebileceği günden itibaren cereyan eder. BK' nın 133. maddesi gereğince borçlunun borcunu kabul etmesi ikrar etmesi veya icraya müracaatta bulunması veya bir sözleşme yaparak nafaka borcunu vermeyi kabul etmesi halinde zamanaşımı işlemez. Yine BK' nın 135. maddesi gereğince zamanaşımı kat edilmiş olunca katı'dan itibaren

⁵⁴⁴ Gençcan, Öğreti ve Uygulamada, s.255.

⁵⁴⁵ "...İştirak nafakası davası sonucu verilen karar inşai nitelikte olup, karar oluşmadan nafakanın istenebilir hale gelmesi düşünülemez. Bu nedenle hükmedilen nafakaya dava tarihinden karar tarihine kadar faiz üütülmesi bozmayı gerektirmiştir." Y. 2.HD. 05.06.1997 gün ve E:1997/519, K:1997/6469 sk. (Özüğür, Nafaka, s.261).

⁵⁴⁶ "...İştirak nafakası muayyen ve muaccel hale gelmeden faize hükmedilemez." Y. 2. HD. 16.10.1998 gün ve E:1998/9404, K:1998/11042 sk. (Şahin, s.731)

⁵⁴⁷ "...Muaccel olan bir nafaka bulunmadığı halde iştirak nafakasına dava tarihinden geçerli faiz yürütülmesi kanuna aykırıdır." Y. 2. HD. 19.11.2003 gün ve E:2003/14600, K.2003/15876 sk.; (Özüğür, Nafaka, s.208); Aynı doğrultuda bkz. Y. 2. HD. 04.02.2002 gün ve 206/1213 sk. (Kaçak, s.680)

⁵⁴⁸ Y. 2. HD. 24. 10. 1994 gün ve E:1994/9198, K:1994/9985 sk. (Özüğür, Nafaka, s.197).

⁵⁴⁹ Özüğür, Nafaka, s.196,197.

yeni bir müddet cereyan etmeye başlar. Borç bir senette ikrar edilmiş veya bir hükümle sabit olmuş ise yeni müddet daima on senedir.

İİK' nın 39. ve BK' nın 135. maddelerine göre nafaka ilâmları ile ilgili takiplerde; iştirak nafakası borcu her an yenilenebilir borçlardan olduğundan tahakkuk tarihinden geriye doğru on sene içinde işleyip birikmiş olan nafaka borçları zamanaşımına uğrar, aynı şekilde ilâma bağlanmış nafaka borcunda on senede zamanaşımına uğrar. Bu nedenle iştirak nafakası ile ilgili ilâmlar on yıl geçmeden takibe konulmalı ve on yılı aşkın süre takipsiz bırakılmalıdır. İlâma bağlı nafaka borçları hakkındaki zamanaşımının hesabında ilâm tarihi ve son icra muameleleri tarihi başlangıç sayılmaz, ancak son takipten geriye doğru on sene evvelki zamana ait nafaka borçları zamanaşımına uğramış olur.

İİK' nın 39. maddesi hükmü ilâmın takip konusu yapılmasından sonraki aşamada işleyecek zamanaşımı ile ilgilidir. Bir de ilâmın verildiği tarih ile takip konusu yapıldığı tarih arasındaki aşamada zamanaşımı konusu vardır. Bu konu BK' nın 135/2. maddesinde düzenlenmiştir. Hüküm verildiği tarihten itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağından borçlu zamanaşımı definde bulunabilir. Bu nedenle yukarıda açıklandığı gibi iştirak nafakası ile ilgili ilâm on yıl geçmeden takibe konulmalı ve on yıl geçmeden devamlı takip konusu yapılmalıdır.

M- YARGILAMAGİDERLERİ

Tarafların, davanın görülmesi ve sonuçlanması için ödedikleri paraların tümüne yargılama giderleri denir. Tebligat, duruşma, haciz, keşif giderleri gibi mahkeme kalemi aracılığıyla yapılan giderler, tanıkların yol ve ikamet gideri ile yevmiyesi, bilirkişi ücretleri, resmi dairelerden istenen belgelerin asıl ve suretlerinin onama pulu ve harçları, vekâlet ücreti yargılama giderlerini oluşturur.⁵⁵⁰

Nafaka davalarında yargılama giderleri isteğe bağlı olmaksızın hâkim tarafından kendiliğinden karara bağlanır.⁵⁵¹ Yargılama giderleri, kural olarak davada haksız çıkan, yani aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilir (HUMK 417.md). Davada her iki taraf da

⁵⁵⁰ Bkz. HUMK md. 413 v.d.

⁵⁵¹ YİBGK. 29.05.1957 gün ve E:1957/4, K:1957/16 sk. (Kaleli, , s.130) .

kısmen haklı, kısmen haksız çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini haklı çıkma oranına göre taraflar arasında paylaşır. Buna göre, nafaka davalarında isteğin tamamının hüküm altına alınması veya tamamının reddedilmesi halinde kanunun açık hükmü gereğince, yargılama giderlerinin tamamı kaybeden tarafa yükletilir.

Acaba istenen nafakanın bir bölümünün kabulü, bir bölümünün reddi halinde HUMK' nın 417/1. maddesindeki genel kural gereğince, yargılama giderleri taraflar arasında paylaşılacak mıdır? Bu sorunun yanıtı olumsuzdur. Çünkü nafaka davasının esasının kabulü ile verilecek nafakanın miktarının saptanmasını birbirinden ayırt etmek gerekir. Davacı, açtığı nafaka davasında nafaka almaya hak kazanmışsa davanın esasını kazanmış demektir. Nafaka miktarına, istenen miktarda hükmedilmemiş olması veya istenilen nafakanın bir bölümüne hükmedilmiş olması, davacının, reddedilen nafaka oranında yargılama giderinden sorumlu tutulmasını gerektirmez. Nafakanın miktarını tayin, hâkimin takdirine bağlıdır. İsteğin bir bölümünün reddedilmesi halinde yargılama giderinin taraflar arasında paylaşılması HUMK' nın 417/1. maddesine ters düşer. Netice olarak, iştirak nafakası davasında davacı reddedilen fazla nafaka talebi yönünden, yargılama giderleriyle sorumlu tutulamaz.⁵⁵² İştirak nafakası davalarında hükmolunan veya artırılan nafakanın bir yıllık tutarı üzerinden nispi harca hükmolunur.⁵⁵³

Yargılama giderlerinden birisi de vekâlet ücretidir. İştirak nafakası boşanma davası içinde istenmişse boşanma davasının fer'i niteliğinde olduğundan boşanma ile ilgili vekâlet ücreti dışında ayrı vekâlet ücretine hükmolunamaz.⁵⁵⁴ Bağımsız açılan iştirak nafakası davalarında hükmolunan nafakanın bir yıllık tutarı üzerinden, nafakanın artırma davalarında, artırım farkının bir yıllık tutarı üzerinden avukatlık ücreti tarifesine uygun tespit edilecek ücretin yarısıdır. Bu miktar, maktu vekâlet ücretinden az olamaz.⁵⁵⁵ Nafaka davalarında reddedilen miktar için davalı yararına vekâlet ücretine hükmedilemez. Ancak, davanın tümünden reddi halinde kıyasen Avukatlık Asgari Ücret

⁵⁵² Kaleli, , s.130.

⁵⁵³ Y. 2. HD. 07.02.2000 gün ve 1094/1353 sk. (Özügür, Nafaka, s.254,255).

⁵⁵⁴ "...Boşanma davası içinde istenen iştirak nafakası boşanma davasının fer'i niteliğinde olup, red ve kabul edilen bölümleri ayrıca harca tabi olmadığı gibi, red ve kabul edilen bölümleri ile ilgili taraflar menfaatine boşanma ile ilgili vekalet ücreti dışında ayrıca, vekalet ücretine de hükmolunamaz." Y. 2. HD. 01.12.1995 gün ve E:1995/12040, K:1995/13100 sk. (Tutumlu, Boşanma, s.1302); "...Boşanma davası içinde istenen nafakalar boşanmanın eki niteliğinde olup, kabul ve reddi yönünden ayrıca vekalet ücretine tabi olmadığı gibi harca da tabi değildir." Y. 2. HD. 14.04.2003 gün ve E:2004/4322, K.2004/5425 sk. (Özügür, Nafaka, s.216).

⁵⁵⁵ Özügür, Nafaka, s.198.

Tarifesi (AAÜT) hükümlerince vekâlet ücreti takdiri gerekir (Av.K.164. md).⁵⁵⁶ Öte yandan Yeni Avukatlık Kanunu' na göre karar tarihindeki yürürlükte olan AAÜT' ne göre avukatlık ücreti belirlenecektir. Diğer taraftan avukatlık ücreti yanında KDV yüklemesi kanunla düzenlenen bir konu olmadığından avukatlık ücreti yanında ayrıca, KDV' ye hükmedilemeyecek ve avukatlık ücreti avukat lehine değil, mutlaka davanın tarafları adına hükmolunacaktır.⁵⁵⁷

İştirak nafakası, çocuğun korunması ve onun güvenliği için getirilmiş hukuksal bir kurum olduğu kadar, bu yönüyle sosyal bir kurumdur da. Anayasamızdaki sosyal devlet ilkesi ve dolayısıyla zayıfların korunması gerektiği düşüncesi doğrultusunda, iştirak nafakası davalarının, masrafsız veya en az masrafla açılması ve sonuçlandırılması gerekir (HUMK md.77). Böyle olunca iştirak nafakasına istenilen miktarda hükmedilmemiş olması halinde, davacının hiç olmazsa, reddedilen nafaka miktarı oranında yargılama giderine mahkûm edilmemesi gerektiği görüşü, çocuğun güvenliği ilkesi ve sosyal devlet anlayışının da gereğidir.⁵⁵⁸

N- İCRA İFLAS KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE İŞTİRAK NAFKASININ YERİNE GETİRİLMESİ

İİK' da kendi isteğiyle borcunu yerine getirmeyen ya da ödemeyen borçlunun devlet gücü zoru ile borcunu ödemesinin sağlanmasına ilişkin kurallar düzenlenmiştir. Hukukumuzda alacaklının, kendi kendine alacağını almaya çalışması suçtur. Alacaklının, alacağına kavuşması için devletin cebrî icra organlarınca borçlunun mallarına el konur, bu mallar satılır ve elde edilen para ile alacaklının alacağı ödenir. Bu tedbirlerin de yetmediği hallerde, borçlular için hapis, adli para cezası ve disiplin hapsi cezası öngörülmüştür. İcra - iflas suçları İİK' nın 331. ve 354. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Nafaka borcunu ödememek de bir icra suçu olup İİK' nın 344. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “nafakaya ilişkin kararları gereğini yerine getirmeyen borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra kararın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir.

⁵⁵⁶ Yargıtay, 2. HD. 20.04.1978 gün ve E:1978/3024, K:1978/3156 sk. (Özüğür, Nafaka, s.198).

⁵⁵⁷ Özüğür, Nafaka, s.198.

⁵⁵⁸ Mursal, s.77.

Borçlunun, nafakanın kaldırılması veya azaltılması talebiyle dava açmış olması halinde, ileri sürdüğü sebepler göz önünde bulundurularak, tazyik hapsinin uygulanması bu davanın sonuna bırakılabilir.” Mahkeme iştirak nafakasının ödenmesine karar verdikten sonra bunu ödememek suçtur. Bu suçun unsurlarını şöylece sıralayabiliriz:⁵⁵⁹

- Takip konusu ilam (mahkeme kararı), bir nafaka ilamı olmalıdır,⁵⁶⁰
- Nafaka ilamında yer alan nafaka borcu, maddi hukuk bakımından devam ediyor olmalı yani ortadan kalkmamış olmalıdır,
- Nafaka ilamı, icraya konulmuş ve borçluya icra emri gönderilmiş olmalıdır,
- Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren nedenler bulunmamalıdır.

Nafaka vermeğe hükümlü olup da ilamda gösterilen ödeme şartlarına uymayan borçlu; nafakanın kesilmesi veya azaltılması hakkında dava açmışsa, İİK’ nın 344. maddesindeki ceza hükmünün uygulanması hukuk davasının sonucuna bırakılır.⁵⁶¹ Nafaka borcu, dava devam ederken, hükümden önce ödenirse davanın düşürülmesine karar verilmelidir. Eğer temyiz dilekçesine ekli tahsilât makbuzundan suç konusu nafaka borcunun ödendiği anlaşılırsa düşme karar verilmek üzere dosyanın icra ceza mahkemesine iadesi gerekir.⁵⁶²

Nafaka borcunu ödememe borcundan dolayı hükümlülük kararı verilmesinden sonra hükmedilen ceza infaz oluncaya kadar işleyecek olan nafakaları ödememek suç sayılmaz. Nafaka borcunu ödememe suçundan dolayı verilen cezanın infazından sonra, en az bir aya ait nafaka borcunun ödenmemesi halinde, borçlu yine nafaka borcunu ödememe suçundan cezalandırılır.⁵⁶³ Nafaka borcunu ödememe suçunun takibi alacaklının şikâyetine bağlıdır. Şikâyet olmadıkça icra memurluğu, ödeme şartlarına uyulmadı diye kendiliğinden yükümlünün cezalandırılmasını isteyemez.⁵⁶⁴

Burada iştirak nafakasını çocuğun korunması ve güvenliği ilkesi ışığında değerlendirmek gerekir. Bu doğrultuda iştirak nafakasını ödememek suçunun şikâyete bağlı olmaması, icra memurluğuna böyle bir suç duyurusunda bulunulduğunda icra

⁵⁵⁹ Alasu, Yılmaz; Hukukumuzda İcra-İflas Suçları, 2. Baskı, Haziran 1994, s.233.

⁵⁶⁰ Kaçak, s.727.

⁵⁶¹ İBK. 16.05.1934 gün ve E:1934/35, K:1934/13 sk. (Kaçak, s.718).

⁵⁶² Alasu, s.233; Mursal, s.78-79.

⁵⁶³ “...Nafaka borcunu ödememekten hükümlendirilen sanığın aynı yolda eylemine devam etmesi halinde ikinci kez mahkum edilebilmesi için birinci mahkumiyetinin infazı şarttır. Mükerrerlik durumu ise ancak ikinci infazdan sonra tekrar suç işlemesi halinde tartışılabilir.” Y. 8. CD. 10.10.1991 gün ve E:1991/7572, K:1991/9077 sk. (Şahin, s.749).

⁵⁶⁴ Alasu, s.233; Mursal, s.78-79.

memurluğunun kendiliğinden harekete geçmesi ve iştirak nafakasının cebrî icra yoluyla tahsil edilmesinde yapılacak masrafların kamu üzerinde bırakılması çocuğun korunması ilkesine daha uygundur. Öte yandan aynı gerekçeyle iştirak nafakasında zamanaşımının işlemesi çocuğun korunması ilkesiyle bağdaşmadığı için iştirak nafakasının ödenmemesi suçunun zamanaşımına uğramaması gerekmektedir.⁵⁶⁵

⁵⁶⁵ Mursal, s.79.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMANIN ÇOCUKLAR BAKIMINDAN SONUÇLARINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER⁵⁶⁶

I- GENEL OLARAK

Medeni Kanun'un boşanmanın çocuklar bakımından sonuçlarını belirleyen 182. maddesi, herhangi bir sözleşmeden bahsetmemekte, yalnız anne ve babanın hükümden önce dinlenilmesi gereğine değinmektedir. Fakat Medeni Kanun'un 184/5. maddesinde, eşlerin boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin ve geçerliliği hakim onayına bağlı sözleşmeler yapabilecekleri öngörülmektedir. Tarafların kendi aralarında sözleşme konusu yapabilecekleri noktalar, bizzat hakim düzenlemesine tabi olmayan, diğer bir ifade ile tarafların özgür iradeleri ile düzenleyebilecekleri hususlardır. Buna göre, taraflar ne hakim in re' sen karar vereceği konularda, ne de kanunen düzenlenmiş hususlarda Medeni Kanun'un 184/5. maddesi anlamında serbest iradeleri ile sözleşme yapamayacaklardır.

Medeni Kanun'un 184/5. maddesi hükmü ile kastedilen ve tarafların üzerinde anlaşabilecekleri hususlar, boşanmanın mali sonuçlarıdır ki buraya, maddi ve manevi tazminat talepleri ile yoksulluk nafakası talebi girmektedir. Hakim tarafından kendiliğinden düzenlenecek olan, çocukların velayeti ve kişisel ilişkiler ile ilgili konularda taraflar, hakimi bağlayıcı şekilde sözleşme yapamazlar.

A- MEDENİ KANUN' UN 184/5. MADDESİNİN AMACI

Türk Hukuku sözleşme özgürlüğü esasına dayanır. BK' nın 1. maddesine göre iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile sözleşme kurulmaktadır. Aile hukukunda, özellikle boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin sözleşmelerde durum farklıdır. Bu sözleşmelerin yapıldığı boşanma süreci, eşlerin özgür iradelerini etkileyen bir atmosfere sahiptir. Mesela, boşanmaya yol açan olaylarda daha kusurlu olan veya

⁵⁶⁶ Demir, Nurten; Boşanmanın Fer'i Sonuçlarına İlişkin Sözleşmeler (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1994; Oğuzman,/Dural, s.149; Tekinay, s. 285 vd.; Köprülü/Kaneti, s. 184-186; Akıntürk, s. 273; Hatemi/Serozan, s. 260,261; Tutumlu, Boşanma, s.1303.

boşanmayı isteyen taraf sırf bu sonucu sağlamak için diğer tarafın aşırı, yersiz hatta haksız taleplerine evet diyebilir; kısacası güçlü konumda olan taraf, boşanma olgusunu diğer tarafı sömürmek için bir araç olarak kullanabilir. Bu nedenle kanun koyucu, zayıf tarafın korunması ihtiyacını duyarak anılan sözleşmelerin geçerliliğini hâkimin onayına bağlı tutmuştur.⁵⁶⁷

B- SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bu tür sözleşmelerin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre; Medeni Kanun'un 184/5. maddesine göre yapılan sözleşmeler akit niteliğine sahiptirler. Çünkü burada taraflardan biri çocukla ilişkilerinin düzenlenmesine yönelik bir teklifte bulunmakta, diğeri de bunu kabul etmektedir.⁵⁶⁸ Bu görüşte olan yazarlar, akdin konusunun tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir hususa ilişkin olmasını göz önünde tutarak, bu akde BK' nın tüm hükümlerinin uygulanamayacağını belirtirler. Onlara göre, bu sözleşme BK tarafından düzenlenmemiş ve isimsiz sözleşme tiplerinden olan 'sulh akdine benzemektedir. Sulh, görülmekte olan bir davanın taraflarının karşılıklı anlaşma ile dava konusu anlaşmazlığa son vermeleridir. Zira gerçek anlamda sulh de olduğu gibi tarafların uyuşmazlığın bazı noktalarından vazgeçmeleri suretiyle çözülmesi söz konusudur. Başka bir deyişle hakimın onaylaması taliki şartına bağlı mahkeme içi sulh söz konusudur. Medeni Kanun'un 184/5. maddesinde sözü edilen sözleşmeler de boşanmanın yan sonuçlarının düzenlenmesinden doğabilecek anlaşmazlıkları ortadan kaldırmak ve önlemek amacı ile yapılır.⁵⁶⁹

Diğer bir görüşe göre, boşanmanın eşler arasındaki fer'i sonuçlarını düzenleyen sözleşmeler ile onların çocuklarla ilişkilerini düzenleyen sözleşmelerini birbirinden ayırmak gerekir. Boşanmadan sonra eşlerin çocuklarla ilişkilerini düzenleyen

⁵⁶⁷ Tekinay, s.285; Demir, s.66-67; Nitekim Y. 2. HD. 14.02.1995 gün ve E:1995/925, K:1995/1772 sk.1 da bu yöndedir."...Davanın hukuki dayanağı olan Medeni Kanunun 150/5. maddesi; 'Boşanma veya ayrılığın fer'i hükümlerine dair iki taraf arasında akdedilen mukavelat hakimın tasdikine iktiran etmedikçe muteber olmaz' hükmünü koymuştur. Bu hükme göre, hakimın iradesinin varlığı sözleşmenin geçerlilik şartıdır. Şu yönü belirtmek gerekir ki, eşler arasında Medeni Kanunun 150/5. maddesine göre yapılacak sözleşme, Medeni Kanunun 143-148. maddelerinde düzenlenen hususlarla sınırlıdır. Hükmün esas amacı, boşanma davasının getirdiği baskılar nedeniyle bunalmış tarafı korumak, ezilmeyi önlemek, haksız çıkar sağlamalarını engellemek içindir. Bunun içindir ki hakimın sözleşmelerin tamamını veya bir kısmını reddetme yetkisi vardır. Burada gözden kaçırılmaması gereken cihet, hakimın onayını gerektiren sözleşmeler boşanma davasının yargılamasının yapıldığı sırada akdedilenlerdir." (Tutumlu, Boşanma, s.1304).

⁵⁶⁸ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.83.

⁵⁶⁹ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.228.

sözleşmeler, kamu düzenini ilgilendirir ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir konuya ilişkindir. Bu nedenle, bu tür sözleşmeler sulh akdi değil, anne ve babanın çocuklarla ilişkilerinin şu veya bu biçimde düzenlenmesine yönelik olarak mahkemeye müşterek talepte bulunacaklarına dair yaptıkları bir 'talep sözleşmesi' dir. Bu talep sözleşmesinin, dava dışında hiçbir önemi yoktur. Hakim, taraflardan birinin tek başına ileri sürdüğü talep gibi, müşterek talebi de ret veya kabul edebilir. Hakim talebi kabul ederse, bu müşterek talep, hakim hükmü haline gelir ve onun sonuçlarına tabi olur.⁵⁷⁰

Yargıtay da, bir kararında⁵⁷¹ birinci görüşü benimsemiş görünmektedir. Buna göre, taraflar, çocukların durumu hakkında anlaşma yapabilirler, ancak anlaşma, hakim bu anlaşmayı uygun bulması halinde, tarafları bağlayacaktır. Bu durumda Medeni Kanun'un 148. (182.md) maddesinin uygulama alanı daralmıştır. Hakim, Medeni Kanun'un 272 (346.md) ve sonraki maddeleriyle öngörülen durumların bulunması halinde anlaşmaya müdahale ile çocuk hakkında uygun hüküm kurabilir. Aksi halde anlaşma hükümlerine uygun hüküm kurulması gerekir.

C- SÖZLEŞMENİN ÖNEMİ

Akyüz' e göre anne ve babanın velayet konusunda anlaşmaları çocuğun menfaatine olabilir. Zira velayeti üzerine almak isteyen taraf öncelikle çocuğa bakmaya ve onu yetiştirmeye ehil ve istekli olduğunu beyan etmiş olmaktadır. Çocuğa ilgi göstermek ve onu sevmek çocuk yetiştirmenin, dolayısıyla çocuğun menfaatinin korunmasının temel şartlarındandır. Hakim, çocuğu anne veya babadan birine istekleri dışında verirse, çocuğun menfaati tehlikeye düşebilir. Anne ve babanın velayetin düzenlenmesi konusunda anlaşmasıyla, çocuk anne ve baba arasında sürekli bir tartışma konusu haline getirilme tehlikesinden kurtulur.⁵⁷²

Ancak, bu menfaatlerine rağmen anne ve babanın sözleşmeyi her zaman çocuğun menfaatine uygun biçimde düzenledikleri söylenemez. Bazen boşanmayı çok arzulayan eş, bu sonuca ulaşabilmek için ileride kendisini büyük mağduriyete düşürecek koşulları, gereğince ve yeterince düşünmeden ve özellikle çıkarlarını dikkate almadan her şeyden

⁵⁷⁰ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.84.

⁵⁷¹ Y. 2. HD. 28.09.1995 gün ve 8706/9558 sk..

⁵⁷² Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.96.

vazgeçebilecektir. Diğer taraftan, ender olaylarda olsa bile eşlerden biri, diğer eşin ya da onun yakınlarının cebir, hile ve tehditleriyle boşanmanın fer'i sonuçlarıyla ilgili olarak önemli ölçüde feragat gösterebilir.⁵⁷³ Gözü boşanmaktan başka bir şey görmeyen taraf karşı tarafın isteğini gözü kapalı kabul edebilir.⁵⁷⁴ Davacı eş dahi bir an önce boşanmayı sağlayabilmek için ve bu yoldan kurtulabilmek için kendi geleceğini tehlikeye atabilir. Hatta eşler aralarındaki çıkar çatışmasında çocuğu pazarlık aracı olarak kullanabilirler. Örneğin; çocuk karşılığında boşanmaya razı olma gibi.⁵⁷⁵ Taraflardan biri çocuğun velayetini talepten vazgeçerek, diğer tarafın boşanmayı kabul etmesini sağlayabilir veya sözleşmeye göre velayeti üzerine alacak taraf, çocuğa karşı ilgisiz olmasına rağmen, karşı tarafın boşanmaya rıza göstermesi için, velayeti kabul etmiş olabilir.

D- SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

Boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin sözleşmelerin geçerliliğini özel bir şekil şartına bağlı tutan bir hüküm mevcut değildir. Bu nedenle bu sözleşmeler;

- Taraflarca adi yazılı şekilde hazırlanarak mahkemeye sunulmak,
- Veyahut tarafların bu konudaki sözlü beyanları tutanağa geçirilmek ve tutanak metni kendilerine okunup imzalan tutanağı alınmak suretiyle, vücuda getirilebilir⁵⁷⁶.

E- SÖZLEŞMENİN HÂKİM TARAFINDAN ONAYLAMASI VE BUNUN USUL HUKUKU YÖNÜNDEN SONUÇLARI

Yeni Medeni Kanun'un 184/5. maddesinde, boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin sözleşmelerin hâkim tarafından onaylanmadıkça⁵⁷⁷ geçerli olamayacağı ifade edilmiş ve böylece hükmün emredici niteliği ortaya konulmuştur.⁵⁷⁸

⁵⁷³ Çetiner, s.111.

⁵⁷⁴ Gençcan, Boşanma, s.885.

⁵⁷⁵ Demir, s.38; Tekinay, s.276.

⁵⁷⁶ Köprülü/Kaneti, s.186; Demir, s.50; "...Niteliği itibariyle bu tür sözleşmeler başkaca bir şekil şartına da bağlı değildir. Yazılı olarak mahkemeye verilebilecekleri gibi, tutanağa geçirilmeleri de mümkündür." Y. 2. HD. 14.02.1995 gün ve 925/1772 sk. (Tutumlu, Boşanma, s.1304).

⁵⁷⁷ Feyzioğlu, s.381; "...Yasanın emredici nitelikte kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı saymadığı hususlar ayrık olmak üzere taraflar boşanmayla birlikte nafaka miktarını serbest iradeleriyle belirleyebilirler. Ayrıca ifanın yabancı parayla yapılabileceği hususunu da kararlaştırabilirler. Söz konusu protokolün hakim tarafından onaylanması ile kesinlik kazanır." Y. 3. HD. 04.03.2003 gün ve 1941/2097 sk. (Kaçak, s.711,715).

⁵⁷⁸ Tutumlu, Boşanma, s.1304.

Ayrıca hakim böyle bir durumda sözleşmeye atıf yapmakla yetinmez, bu ilişkiyi kendisi ayrıntılı şekilde düzenler.⁵⁷⁹

Velayet, yalnız tarafların arzularına tabi olmayan, kamu düzeni ile ilgili bir hukuki kurumdur. Bu nedenle bir tarafın velayete ilişkin talebinin diğer tarafça kabul edilmesi hakimi bağlamaz ve bu beyan HUMK' nın 92 ve 95/1. maddesi anlamında hukuki sonuç doğurmaz (HUMK. md. 95/11). Dolayısıyla hâkim kabul beyanına göre değil, taraflarca sunulan ve re'sen toplanan delillerin değerlendirilmesinden edindiği kanaate göre hüküm tesis etmek durumundadır.⁵⁸⁰

Velayet konusunda davanın kabulünün hukuki sonuç doğurmayacağı esası, kural olarak anlaşmalı boşanma davaları (MK. md. 166/III) için de geçerlidir. Taraflar arasında, çocukların durumu (velayet, kişisel ilişki, iştirak nafakası) hakkında bir sözleşme yapılmış olması veya tarafların böyle bir anlaşmayı duruşmada sözlü olarak dile getirmiş bulunmaları, hakim bu konuda re'sen araştırma ve inceleme yapma yetki ve yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Nitekim anlaşmalı boşanmanın koşulları arasında, çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemenin hâkim tarafından uygun bulunması unsuru da yer almaktadır (MK. md. 166/3). Hâkim, çocuğun yüksek çıkarlarının gerektirdiği değişiklikleri anılan sözleşmede yapma yetkisini haizdir. Kanuna göre, "bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya" hükmolunabilecektir.⁵⁸¹

Hakim, eşlerin hazırladıkları sözleşmeyi, tarafları sözleşme yapmaya sevk eden düşünceleri, anne ve baba ve çocuk arasındaki duygusal ilişkileri, onların şartlarını ve özelliklerini iyice incelemeli ve kararını kendisinde meydana gelen kanaate dayandırmalıdır. Sözleşme, hakim için, anne ve babanın özel biçimde dinlenilmesinden başka bir anlam taşımamaktadır ve hakim bu konudaki takdir yetkisini sınırlamamakta, hakimi bağlamamaktadır. Kanun koyucu burada hakime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.⁵⁸² Hakim, anne ve babanın sözleşmeyi yaparken çocuğun menfaati ile ilgili olmayan düşüncelerden hareket ettikleri sonucuna varırsa, sözleşmeyi

⁵⁷⁹ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müsterek, s.80.

⁵⁸⁰ "...Velayete yönelik davalarda davanın kabulü (HUMK. md. 95) hukuksal bir sonuç doğurmaz. Velayetin anneden alınmasını gerektirir bir olgu kanıtlanmamıştır (MK md. 183, 348). Davanın reddi gerekirken yazılı gerekçelerle velayetin kaldırılmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Y. 2. HD 07.07.2003 gün ve 6135/10192 sk. (Tutumlu, Boşanma, s.1276).

⁵⁸¹ Tutumlu, Boşanma, s.1276.

⁵⁸² Oğuzman/Dural, s.141; Akıntürk, s.323; Çetiner, s.161; Ceylan, s.42; Hatemi, s.116; Aras, s.313.

onaylamamalıdır.⁵⁸³ Şunu önemle belirtmek gerekir ki, hâkim söz konusu sözleşmede bir düzeltme veya değişiklik yapmaya yönelmedikçe, çocuğun yüksek çıkarları ile bağdaşmayan mevcut ya da gerçekleşmesi muhtemel bir olgunun varlığını denetime açık şekilde ortaya koymadıkça tarafların anlaşmaları doğrultusunda velayet, kişisel ilişki ve iştirak nafakası konusunda bir karar vermek durumundadır.⁵⁸⁴

Hakim, bu sözleşmeleri her şeyden önce hukuka uygunluk yönünden inceler. Kanunun boşanma konusunda koymuş olduğu kurallardan kaçınma amacını güden, ahlaka aykırı bulunan sözleşme yapmak zaten geçerli olmadığından, eşler arasındaki sözleşmelerde böyle noktalar varsa, hakim sözleşmeyi onaylamamalıdır.⁵⁸⁵ Örneğin; çocukla kişisel ilişki hakkından sürekli olarak vazgeçme şartını içeren, velayet hakkından veya kişisel ilişki hakkından ekonomik yarar karşılığı vazgeçme şartını taşıyan sözleşmeleri, hakim onaylamamalıdır. Çünkü kişisel ilişki kurma hakkı, velayet ilişkisine bağlı olmayıp, soy bağından doğan doğal bir hak olup, yalnız anne ve baba menfaatine değil çocuk menfaatine de tanınmış bir haktır. Çocuğun da velayet kendisinde olmayan anne ve babayı görme ihtiyacı vardır.⁵⁸⁶

Öte yandan hakim burada yazılanların tarafların gerçek ve samimi istekleri olup olmadığının, yani bir takım etkiler altında ya da bir takım etkilerden kurtulmak amacıyla alıp almadıklarını inceleyecektir. Ondan sonrada özellikle çocuklar açısından verilen anlaşmanın çocukların çıkarına uygun olup olmadığını inceleyecektir. Yargıtay velayetle ilişkili davaların kamu düzenini ilgilendirdiğinden bahisle kabulün hakimî bağlamayacağını hüküm altına almıştır.⁵⁸⁷

⁵⁸³ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek, s.81; Çetiner, s.111.

⁵⁸⁴ "...Anlaşmalı boşanmaya karar verebilmesi için hakimın bizzat tarafları dinleyip, iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hakkında taraflarca kabul edebilecek düzenlemeyi de uygun bulmasının şart olduğunu, hakimın tarafların ve çocukların menfaatini gözeterek ibraz edilen anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri de yapabileceğini, yapılacak değişikliğin tarafların da uygun bulması halinde boşanmaya karar verilebileceğini hükme bağlamıştır. Taraflar boşanma ve fer'ilerinde anlaşmışlardır. Aycan' ın velayeti babaya, Tolga' nın velayetinin ise anneye verilmesi kararlaştırılmıştır. Hâkim bu anlaşmaya karşı çıkmamış, değişiklik yapılmasını taraflardan istememiştir. Medeni Kanunun 134/1. maddesi çerçevesinde inceleme de yapmamıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında tasdik edilen anlaşma uyarınca velayetin düzenlenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır."Y. 2. HD 11.05.2000 gün ve 4129/6175 sk.; "...Taraflar düzenledikleri protokolde müşterek çocuk Ezgi'nin velayetinin babaya bırakılacağını kabul etmişlerdir. Yargılama sırasında başka bir beyanları da olmamıştır. Mahkemece; protokole aykırı velayet düzenlemesi yerinde görülmemiştir." Y. 2. HD 09.04.2002 gün ve 4194/4994 sk.1 (Tutumlu, Boşanma, s.1277).

⁵⁸⁵ Hatemi/Serozan, s.260.

⁵⁸⁶ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet; Ailenin Çilesi Boşanma, 1976, s.307.

⁵⁸⁷ Y. 2. HD. 29.10.1993 gün ve 9213/9790 sk. (Çetiner, s.111).

Ülkemizde, uygulamada, sözleşmeler genellikle aynen onaylanmaktadır. Neden olarak, tarafların anlaşması halinde, çocuğun aralarında tartışma konusu olmaktan çıkacağı ve bunun da çocuğun menfaatine olacağı gösterilmektedir. İkinci olarak, tarafların sözleşmelerinin aksine verilen hükmün, uygulanma şansının az olacağı savunulmaktadır. Şöyle ki, hakim nasıl karar verirse versin, taraflar boşandıktan sonra aralarındaki sözleşmeye göre hareket ederler. Çünkü ülkemizde taraflar durumdan hoşnut ise, çocuğun kimin yanında kaldığını kontrol olanağı yoktur.

Hâkim tarafından onaylanan boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin sözleşmeler özel hukuk özelliğini kaybederek boşanma hükmünün bir kısmını oluştururlar.⁵⁸⁸ Dolayısıyla bu aşamadan sonra irade sakatlıkları gibi sebeplerle anılan sözleşmelerin iptali dava konusu yapılamayacaktır.⁵⁸⁹ Medeni Kanun'un 184/5. maddesinde geçen hâkim onayından amaç, boşanma (veyahut ayrılık) davasına bakmakta olan hâkimin onayıdır.⁵⁹⁰

Boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmaların yasaya uygun bulunduğu ve onaylanmış olduğunun gerekçede belirtilmesi yeterli değildir; anlaşmanın hüküm fıkrasına geçirilerek infazı kabil bir mahkeme kararı (hükmü) haline getirilmesi gerekir. Zira bir mahkeme kararının infaz edilecek kısmı, hüküm fıkrasıdır (HUMK. md. 388-389).⁵⁹¹

⁵⁸⁸ Demir, s.13,14; Tekinay, s.290; Yalçinkaya/Kaleli; s.1680.

⁵⁸⁹ Demir, s.55.

⁵⁹⁰ "...Boşanmanın fer'i hükümleri ile ilgili sözleşmenin geçerli olabilmesi için, boşanma kararını veren hakim bunu onaylaması gerekir (MK. 150). Hükmün amacı, böyle bir sözleşme ile boşanmayı temin etmek veya kolaylaştırmak gibi düşünceyi önlemektir. Zira boşanma davasını inceleyen hâkim, sadece sözleşmede yazılı sözlere bakarak değil, duruşmadan edindiği izlenimini ve delillerin durumunu da gözетerek tarafların maksudını tespit imkanına sahiptir. İşte onaylama hükmünün getirilmesi bu kasta matuftur. Hal böyle olunca, duruşma sırasında ibraz edilmeyen ve Mahkemenin kontrolüne imkan tanınmayan bir sözleşmenin, taraflar boşandıktan sonra başka bir Mahkemede onaylanmasını istemek ve buna göre işlem yapılmasını talep etmek maddenin sevk amacına ters düşer. Bu itibarla, Mahkemenin red kararını isabetlidir." Y. 2. HD. 09.06.1977 gün ve E:1977/4148, K:1977/5967) sk., Aynı doğrultuda bkz. Y. 2. HD. 22.10.1974 gün ve E:1974/6074, K:1974/6041 sk. (Tutumlu, Boşanma, s.1305).

⁵⁹¹ Nitekim bu husus Y. 2. HD. 14.02.1995 gün ve E:1995/925, K:1995/1772 sk.ında şöyle ifade edilmiştir. "...Ancak, taraflarca mahkemeye yazılı olarak verilmeleri ya da duruşma tutanağına geçirilmeleri akdin oluşması için yeterli değildir. Bunun, boşanma kararının hüküm kısmında gösterilmesi, başka bir anlatımla infaz olanağını sağlayacak mahkeme hükmü haline gelmesi gerekir. Böylece hakim tasvibine iktiran ettiği belgelenmiş olur. Bu nedenle ki, taraflarca sözleşme mahkemeye verilmiş olmasına rağmen, hakim bu konuyu incelememesi olumlu olumsuz bir karar verilmesi halinde sözleşme hukuki sonuç doğurmaz. Boşanma gerçekleştikten sonra, ne boşanma davasından el çekmiş olan mahkemeden, ne de başka bir mahkemeden bu sözleşmenin onaylanması istenemez (Y. 2. HD. 09.06.1987 gün ve E:1987/4148,K:1987/5967 sk.); "...Tarafların boşanmalarını sağlayan İzmir 7. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1989/493 ve 1989/728 sk.ının incelenmesinde, gerekçe bölümünde sözleşme şartları yazılmış ise de kararın hüküm bölümünde sözleşme ile ilgili bir madde yoktur. Daha açık bir ifade ile sözleşme hakkında hüküm kurulmamıştır. Hatta kararın tümünde hakim sözleşmeyi onayladığına

Belirtelim ki, boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmaların hüküm fıkrasına geçirilmesi yönündeki usulî kuralın, Medeni Kanun'un 2. maddesi ile aşılması istisnai bir durumdur. Bu nedenle uygulamada;

- Anlaşma hükümlerinin tutanağa geçirilmesi,
- Taraflara okunarak imzalarının tutanağa alınması,
- Anlaşmanın yasaya uygun olduğunun ve onaylandığının gerekçede belirtilmesi,
- Nihayet, anlaşma hükümlerinin infazı sağlayacak şekilde kararın hüküm

fıkrasına geçirilmesi hususunda gerekli özenin gösterilmesi, aynı ihtilafın yeniden yargı önüne gelme olasılığını ortadan kaldıracak, tamamen kaldırmaya bile önemli derecede azaltacaktır (HUMK 151.md). Öte yandan; yasaya uygun şekilde sunulmayan; somut ve belirgin ifadeler taşımayan anlaşmaların da hükme dayanak yapılması doğru değildir.⁵⁹²

dair hiçbir açıklamada bulunmamaktadır. Yukarıdaki anlatımlarla ortaya konulduğu üzere, taraflar arasında hukukî sonuç sağlayan bir sözleşme olmadığı halde, davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay'ın bozma kararına karşı davacı karar düzeltme yolunu gitmiş ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi anılan kararından dönmüştür. Yüksek Mahkemeye göre, anlaşmanın hüküm fıkrasına geçirilmemesi eksiklik ise de; önceki (boşanma) davada bu anlaşmaya dayanarak boşanma hükmü elde eden davalının, sonraki (tazminat-alacak) davasında sözleşmenin hüküm fıkrasına geçirilmemiş olmasından ötürü geçersizliğini ileri sürmesi iyiniyet (MK m. 2) ilkesi ile bağdaşmaz. Karar şöyledir: Taraflar İzmir 7. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 07.09.1989 gün ve 1989/493 S.İ. karar ile boşanmışlardır. Bu davanın yargılaması sırasında eşler birlikte düzenledikleri 07.09.1989 tarihli sözleşmeyi Mahkemeye ibraz etmiş ve aynı günlü oturumda da tekrar etmişlerdir. Sözleşmede, boşanmadan söz edilmemiştir. Ancak, boşanma sonucunda küçüğün velayeti, eğitim masrafları ile bir kısım mallar hakkındaki düzenleme getirilmiştir. Boşanmaya karar verilmiş ve bu protokol bütün olarak karara alınmış, ancak hüküm fıkrasına geçirilmemiştir. Hâkim, tarafların bu anlaşmalarına müdahale etmemiştir. Anlaşmanın karar metnine olduğu gibi alınması örtülü olay niteliğindedir. Kadın anlaşmadaki hükümlerin yerine getirileceğini düşünerek Hakkında açılan boşanma davasını kabul etmiştir. Davacı kadın bu davada sözleşmenin 5. maddesinde ifadesini bulan otomobilin masraflarını ve 5. maddesinde öngörülen çocuk için yapılan masrafların tahsilini istemektedir. Diğer bir anlatımla sözleşmeden kaynaklanan borcun yerine getirilmesini talep etmektedir. Kocanın bir yandan sözleşme sonucu boşanma hükmünü elde etmesi, bir yandan da sözleşme geçersizdir diyerek karşı çıkması Medeni Kanunun 2. maddesiyle öngörülen iyiniyetli davranış olarak yorumlanamaz. O halde, hakkaniyet ilkesine uygun bulunan hüküm onanması gerekirken yazılı gerekçe ile bozma karar verilmesi isabetsizdir. Ancak, işin temyiz incelemesi sırasında bu yönün gözden kaçtığı ve hükmün bozulduğu görülmekle, davacının karar düzeltme isteğinin kabulüne, Dairemiz bozma kararının kaldırılmasına ve hükmün yazılı gerekçe ile onanmasına karar verilmesi gerekmiştir." Y. 2. HD. 21.06.1995 gün ve E.1995/ 6497, K:1995//1237 sk. (Tutumlu, Boşanma, s.1306,1307).

⁵⁹² "...Diğer taraftan Medeni Kanunun boşanmanın ferî (yan) sonuçlarına ilişkin olarak taraflarca düzenlenen sözleşmeler Medeni Kanunun 150/5. maddesi uyarınca hakim tarafından onaylanmadıkça geçerlik kazanmaz ve hukukî sonuçlar doğurmaz. Boşanma davası sırasında mahkemeye sunulmayan ve onaylandığı boşanma hükmünde de belirlenmeyen protokole dayanarak isteğin reddi doğru bulunmamaktadır. Öyle ise tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak velayeti, davacı anaya bırakılan müşterek çocuklar menfaatine uygun miktarda iştirak nafakasına karar verilmesi gerekirken yazılı düşüncelerle isteğin reddi isabetsizdir." Y. 2. HD. 22.10.1990 gün ve E.1990/10472, K:1990//9759 sk.1. Belirtelim ki, anlaşmalı boşanmada da ferî sonuçlara ilişkin protokol maddelerinin hüküm fıkrasına geçirilmesi zorunlu olup, buna uyulmamış olması Yüksek Mahkemece bozma sebebi S.İ.maktadır; "...Anlaşmalı boşanma halinde de eşlerin anlaştıkları her konuda infazda karışıklık yaratmayacak şekilde hüküm kurulmalıdır. Mahkemece kocanın eşine vermeyi kabul ettiği (4) numaralı taşınmazın tapusunun istenilmesi, taşınmazın koca adına olan kaydı iptal edilip kadın adına tapuya tescil edilmesi gerekir. Bu husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." Y. 2. HD. 26.10.2000 gün ve 10748/12926 sk.; "...Anlaşmalı boşanma kararının mali hükümlerinin, karar yerinde açıkça gösterilmesi, hükmen yerine getirilebilir şekilde kurulması gerekir

Eşlerden biri, böyle bir sözleşme ile velayet hakkından vazgeçmekle, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir haktan vazgeçmiş olmaktadır. Bu vazgeçmenin aslında hükümsüz olması gerekir (BK. md. 19/2). Çünkü böyle bir sözleşme, anne ve babanın kişilik haklarını sınırlandırmaktadır. Ancak, burada özel bir durum vardır; boşanmadan sonra anne ve babadan birinin velayet hakkı zaten sona erecektir. Bu bakımdan, onların velayet konusunda anlaşmaları, çocuğun menfaatlerine da uygun sonuçlar doğurabilir. Bundan başka, bu sözleşme hakimi hiçbir şekilde bağlamayacağından, kesin bir niteliğe de sahip değildir. Bu sözleşmenin hakim için önemi, çocuğun menfaatinin belirlenmede yardımcı bir ölçüt olmasından ibarettir. Hakim, anne ve babanın çocuğun velayetine ilişkin istek ve düşüncelerini duruşmalarda onları bizzat dinleyerek öğrenebileceği gibi, varsa aralarındaki bu sözleşmeden de öğrenebilir. Her iki durumda da, hakim tarafların talepleriyle bağlı değildir. Hakim, kanıtları serbestçe takdir eder (MK. md. 184/4). Talepleri kısmen veya tamamen kabul edebileceği gibi, kendisine daha uygun görünen çocuğun menfaatine olacak başka bir düzenlemeyi de yapabilir.⁵⁹³

(HUMK. 388). Mali yönlere ilişkin anlaşma hükümlerine yollama ile yetinilmesi bu itibarla doğru bulunmamıştır." Y. 2. HD. 21.10.1994 gün ve E:1994/8819, K:1994/9910 sk. (Tutumlu, Boşanma, s.1307).

⁵⁹³ Tekinay, s.276; Oğuzman/Dural, s.141; Feyzioğlu, s.383.

SONUÇ

Evlilik, her fırsatta kutsallığı vurgulanan ve bütün toplumlarca da bu kutsallığı kanıksanan bir kurumdur. Bu nedenle de, çok ciddi adımlarla ve kuvvetli bağlarla kurulmaya çalışılmaktadır. Kadın olsun erkek olsun, tüm çabasını gönüllü olarak bu oluşum için harcar. Ancak, bu kurum gün gelir devam edemez hale gelir.

Günümüzün hayat şartları, ekonomik ve sosyal hayattaki olumsuzluklar ve kişisel sebepler nedeniyle eşler arasında uyuşmazlıklar baş göstermekte ve buna paralel olarak boşanma sayısı da her geçen gün artmaktadır. Günümüzde boşanma, aileler ve özellikle çocuklar yönünden olumsuz olsa da evlilik kadar doğal bir olay haline gelmiştir. Burada önemli olan boşanmaya karar veren eşlerin birbirlerini ve çocuklarını kişisel ve psikolojik açıdan yıpratmadan medeni bir şekilde boşanmayı gerçekleştirebilmeleridir. Bu da, genellikle tarafların her ikisinin de anlaşarak boşanmayı seçtikleri durumlarda mümkün olmaktadır.

Anlaşmalı boşanma halinde, müşterek çocuğun velayeti konusunu da içeren boşanma protokolü de geçerli olacaktır. Ancak, yalnızca bir tarafın boşanmak istemesi durumunda, bu tarafın çocuğun velayetinin de talep edilmesi gerekmektedir. Hakim, velayetin taraflara bırakılmasında, çocuğun menfaati ve genel ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak karar vermektedir. Genellikle okul çağına kadar olan dönemde, annenin koşulları uygunsa çocuğun velayeti anneye verilmektedir. Ancak, annenin sosyo-ekonomik hayatı ve yaşam tarzı çocuğun bakımını ve menfaatlerini karşılayamayacak, aksine zarar verecekse, bu durumda çocuğun velayeti okul öncesi de olsa babaya verilmektedir.

Okul çağı ve devamı döneminde de velayet, her iki taraf açısından da değerlendirilerek çocuğun sosyal, ekonomik, psikolojik anlamda yaşamsal tüm ihtiyaçlarını en iyi karşılayacak olan tarafa verilmekte, velayet kendisine verilmeyen anne veya baba ile çocuğun görüşmesini teminen haftalık, özel günler, bayramlar ve yaz tatilleri göz önünde bulundurularak görüşme gün ve saatleri belirlenerek kişisel ilişki düzenlenmektedir. Velayet kendisine verilmeyen tarafa, geliri ve çocuğun ihtiyaçları oranında aylık nafaka ödeme yükümlülüğü getirilmektedir. Bu nafaka, talep halinde her yıl enflasyon oranında artacak şekilde düzenlenebileceği gibi böyle bir talep yok ise belirli periyotlarla taraflarca nafakanın artırılması veya azaltılması mahkemeden dava yolu ile talep edilebilmektedir.

Netice olarak, hiçbir evlilik ileride boşanılacağı düşünülerek kurulmaz, ancak yürümeyen ve yürümesi faydadan çok zarar veya mutluluktan çok mutsuzluk getiren bir

beraberlik de devam etmemelidir. Zira, sadece çocukların iyiliği için bir arada kalmak çok nadir işe yaramakta ise de, çoğu zaman çocuklara, anlaşılamayan eşlerin boşanmasından daha çok zarar verebilmektedir. Nitekim, bazı evliliklerdeki sorunlar çözülebilmesinin tek yolu ne yazık ki eşlerin ayrılmasıdır.

Bu nedenle de, çalışmamızla Türk Medeni Kanun'un 161 v.d. maddelerinde düzenlenen boşanma eylemi neticesinde anne veya babalarından ayrılmak durumunda kalan on sekiz yaş altındaki müşterek çocukların hukuksal durumları, sahip oldukları haklar incelenmeye çalışılmış ve bu kapsamda velayet, kişisel ilişki ve iştirak nafakası kavramlarının sınırlarının da net bir şekilde çizilmesi amaçlanmıştır. Çalışmada doktrindeki yeni fikirlere ve Yargıtay'da oluşan yeni içtihatlarla da değinilerek, konu en güncel hali ile anlatılmaya çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

- Akarslan, Mediha: **Ana Hatlarıyla Çocuk Hakları ve Çocuk Hakları Mevzuatı**, İstanbul 1998.
- Akıllıoğlu, Tekin: **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, Ankara 1995.
- Akıntürk,Turgut: **Türk Medeni Hukuku**, 2. Cilt, Aile Hukuku, 10. Bası.
- Akkaya, Hacer: Velayetin Tevdii ve Vasi Tayini (A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1993.
- Akyüz, Emine: **Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması**, Ankara 1983.
- Akyüz, Emine: Medeni Kanuna Göre Çocuğun Ana ve Babasına Karşı Korunması, “**Aile ve Toplum Dergisi**”, Haziran, 1991.
- Akyüz, Emine: Çocuğun Aile İçerisinde Korunması ve Hakim Velayet Hakkına Müdahalesi, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Günleri, **İBD**, 17-18 Kasım 1995. yayını, Sayı 22184, İstanbul 1995.
- Akyüz, Emine: **Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması**, Ankara, 2000.
- Akyüz, Emine: **Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesinin ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi**, İstanbul Üniversitesi, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999.
- Akyüz, Emine: **Çocuğun Güvenliği Sorunu**, Ankara 1991.
- Alasu, Yılmaz: **Hukukumuzda İcra-İflas Suçları**, 2. Baskı, Haziran

1994.

- Ankay, Aydın: **Çocuk Hukuku**, Ankara 1999.
- Aras, Bahattin: **Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri**, Ankara 2007.
- Aytaç, Mehlika: Çocuğun Yargısal Süreçte Görüşlerini İfade Etme ve Katılım Hakkı Yönünden Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, **Adalet Dergisi**, Nisan 2002, Sayı 1.
- Başaklar, Emin: **Nafaka Davaları**, Ankara 1974.
- Başgöz, Lütfü/
Çakmakçı, Ramazan: **Gerekçeli, Atıflı, Karşılaştırma Tablolulu, Eski ve Yeni Kanun Metinleri ile Birlikte Yeni Türk Medeni Kanunu**, İstanbul 2002.
- Bozovalı, Haluk: **Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları**, İstanbul 1990.
- Ceylan, Ebru: **Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, İstanbul 2006.
- Çakın, Akın: **Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma**, Ankara 1999.
- Çetiner, Selma Baktır: **Velayet Hukuku**, Ankara 2000.
- Demir, Nurten: **Boşanmanın Fer'i Sonuçlarına İlişkin Sözleşmeler** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1994.
- Develioğlu, MD. Ferit: **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Sözlük**, Ankara 2001.

- Dinç, H./
Bıçkın, İ./
Aycı, E: **Uygulamada Aile Hukuku ve Çocuk Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler**, Ankara 2004.
- Dural, Mustafa/
Öğüz, Tufan/
Gümüş, Alper Mustafa: **Türk Özel Hukuku**, Cilt 3, Aile Hukuku, İstanbul 2005.
- Ergün, Zafer: **Boşanma Davaları**, Ankara 2004.
- Feyzioğlu, Necmettin Fevzi: **Aile Hukuku**, 3. Baskı, (Hazırlayanlar: Özakman, Cumhur/Sarıal, Enis) İstanbul 1986.
- Gençcan, Ömer Uğur: **Boşanma Hukuku**, Ankara 2006.
- Gençcan, Ömer Uğur: **Öğreti ve Uygulamada Boşanma, Tazminat, Nafaka, Cilt 2**, Ankara 2000.
- Hatemi, Hüseyin: **Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku)**, İstanbul 2005.
- Hatemi, Hüseyin/
Serozan, Rona: **Aile Hukuku**, İstanbul 1993.
- İmamoglu, Hülya: **“Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi” AÜHFD Cilt 54, Sayı 1, 2005.**
- İnal, Nihat: **Medeni Hakların Kullanılması ve Kısıtlanması Davaları**, Ankara 1994.
- İnal, Nihat: **Uygulamada Türk Medeni Kanunu Cilt 2**, Ankara 1997.
- İnan, Ali Naim: **Çocuk Hukuku**, İstanbul 1968.

- İnan, Ali Naim: **Özel (Medeni) Hukuk Bakımından Ana Baba ile Çocuk İlişkileri ve Çocukların Ana Babaya Karşı Korunması**, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu' na Armağan, AÜHFD. Yayını, No 498, Ankara 1995.
- Kaçak, Nazif: **Açıklamalı-İçtihatlı Boşanma Nafaka Mal Rejimleri Velayet**, Ankara 2004.
- Kaleli, Şakir: **“Nafaka Davaları”, YD., Cilt 4, Sayı 1-2**, 1978.
- Karagülmez, Ali/
Ural Sami, Sezai: **Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri**, 2. Baskı, Ankara 2003.
- Kaynaroglu, Nilgün: **Orta Sosyo-Ekonomik Düzeydeki Boşanmış Ailelerin Altı Yaş Grubu Çocuklarındaki Psiko-Sosyal Özelliklerin İncelenmesi**, H. Ü. Sağlık Bilimleri Enstitüsü Çocuk Gelişimi ve Eğitimi Doktora Tezi, Ankara 1984.
- Kılıçoğlu, Ahmet: **Medeni Kanunumuzun Aile Miras Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler**, 1. Bası, Mart 2003 Ankara.
- Konan, Esin: **Türk Hukukunda Çocuğun Korunması**, Ankara 1989.
- Köprülü, Bülent/
Kaneti, Selim: **Aile Hukuku**, İstanbul 1989.
- Kuru, Baki/
Arslan, Ramazan/
Yılmaz, Ejder: **İcra ve İflas Hukuku**, Ankara 2000.
- Mursal, Nurten: **İştirak Nafakası**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1998.
- Oğuzman, Kemal/
Dural, Mustafa: **Aile Hukuku**, İstanbul 1998.

- Özdamar, Demet: **Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu**, Ankara 2002.
- Özdemir, Fatma: **Boşanmada Çocuğun Korunması**, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Günleri, 17-18 Kasım 1995, **İstanbul Barosu Yayını**, Sayı 22184.
- Özlü, Hakkı: **Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması**, Ankara 2002.
- Öztañ, Bilge: **Aile Hukuku**; 5. Bası, Ankara 2004.
- Özuğur, Ali İhsan: **Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları**, Ankara 2006.
- Özuğur, Ali, İhsan: **Nafaka Hukuku**, 3. Bası, Ankara 2004.
- Pekcanıtez, Hakan/
Atalay,Oğuz/
Özekes, Muhammet: **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2004.
- Ruhi, Ahmet Cemal: **Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili**, Ankara 2003.
- Ruhi, Ahmet Cemal: **Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velayet Konusundaki İlamların Türkiye’de İnfazı**, AÜEFĐ Cilt 7, Sayı 3-4, 2003.
- Serozan, Rona: **Çocuk Hukuku**, İstanbul 2000.
- Serozan, Rona: **Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuku Alanında Korunmasında Yetersizlikler**, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’ a Armağan, İstanbul 1997.

- Şahin, Emin: **Açıklamalı-İçtihatlı 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Aile Hukuku Davaları Tatbikatı**, Ankara 2004.
- Şener, Esat: **Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Boşanma**, Ankara 1998.
- Şıpka, Şükran/
Genç Arıdemir Arzu: **4721 sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Soybağının Kurulması ve Hükümleri**, MÜHFD 2003/1.
- Tekinay, Selahattin Sulhi: **Türk Aile Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul 1990.
- Tutumlu, Mehmet Akif: **Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, Ankara 2002.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: **Türk Medeni Hukuku**, Cilt 2, Aile Hukuku, İstanbul 1965.
- Yalçınkaya, Namık/
Kaleli, Şakir: **Boşanma Hukuku**, Ankara 1988.
- Zevkliler, Aydın/
Acabey, MD. Beşir/
Gökyayla, K. Emre: **Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku)**, 6. Baskı, Ankara 2000.