

**T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI**

SERDAR ÇELİKEL

BOŞANMANIN ÇOCUKLARA İLİŞKİN HUKUKİ SONUÇLARI

Yüksek Lisans Tezi

**TEZ YÖNETİCİSİ
DOÇ. DR. KÜRŞAT NURİ TURANBOY**

KIRIKKALE – 2006

ÖZET

Boşanma, olumsuz sonuçlarını, taraf olmasalar da en çok çocuklar üzerinde doğurmaktadır. Bazen, çocuklar anne baba arasında kalmakta birinden birine taraf olmaya da zorlanmaktadır. Anne ve baba sonuçta boşanmayı bir çıkış yolu olarak ister istemez arzulamakta, fakat çocuğun isteği göz önüne alınmamaktadır. Bu durum, özellikle anlaşmalı boşanmalarda daha da önem gösterir. Anlaşmalı boşanmalarda, çocuk bazı çıkarlar karşılığında bir eşya gibi anne baba arasında paylaşılmakta, boşanma davasına bakan hakimler de bu durumun çocuğun yararına olup olmadığını araştırmaksızın anlaşmayı onaylamaktadırlar. Bazı yerlerdeki mahkemelerin iş yükünün çokluğu, bu araştırmanın yapılmamasının haklı gerekçesi olmamalıdır. Çünkü, aile birliğinin sona ermesinin çocuk üzerinde çok büyük etkileri vardır. Bu durum, çocuğun psikolojik yapısını, sosyal hayatını, eğitimini doğrudan doğruya etkilemektedir. Çocuğun yararlarını doğrudan etkileyen böyle bir karar verilirken, bunun üzerinde daha bir önemle durulması gerekmektedir. Hakim, çocuğun zararına olabilecek durumlara yol açmamalı, mutlaka çocuğun yararının hangi yolda olduğunu araştırmalı, kararını ondan sonra vermelidir. Çalışmamızın ilk bölümünde bu nedenle, boşanmanın çocukların kişilik gelişimleri ve sosyal hayatlarına etkilerine değinilmiş, psikoloji ve sosyoloji biliminin verilerine yer verilmiştir. Çünkü, boşanma, çocuğu sadece hukuki yönden etkilememekte, çocuğun hayatında bir takım psikolojik ve sosyolojik sonuçlar da doğurmaktadır.

Tez çalışmasında asıl olarak, boşanma sonucunda çocukların velayetinin ana ve babadan hangisine verileceği, velayet kendisine verilmeyen tarafın, çocukla kişisel ilişkilerinin nasıl düzenleneceği ve çocuğun masraflarına katkısının nasıl sağlanacağı ve bu hususlar düzenlenirken hakimin göz önünde tutması gereken ölçütlerin neler olacağı üzerinde durulacaktır. Bu ölçütler belirlenirken de, Yargıtay'ın özellikle son yıllara ait kararlarındaki uygulama örneklerinden yararlanılacaktır.

Tez konusu, Medeni Kanununun 182 ve 183.maddelerinde düzenlenmiştir. 182.maddenin 1.fıkrasında boşanma veya ayrılığa karar verilirken, mahkemenin, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasiinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra ana ve babanın haklarını (velayet hakkı) ve çocuk ile olan ilişkilerini (kişisel ilişki) düzenleyeceği belirtilmiştir. Maddenin 2.fıkrasında ise; velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel

ilişkinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas tutulacağı, velayet kendisine verilmeyen eşin çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorunda olduğu (iştirak nafakası), 3.fıkrasında; hakimin, istek halinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabileceği belirtilmiştir. Hakime bu düzenlemeler konusunda geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Hakim, velayet hakkını, çocuğun yararını gözeterek, istediği eşe verebileceği gibi, velayet kendisine verilmeyen eşin çocukla kişisel ilişkilerini de çocuğun yararlarını esas tutarak istediği gibi düzenleyebilir. Tarafların istekleriyle de bağlı değildir. İlgili hükümlerin, hakimin takdir yetkisi başlığını taşıması da bunu göstermektedir.

MK.'un 183.maddesinde ise, durumun değişmesi halinde düzenlemelerin değiştirilmesi veya gerekli önlemlerin alınması düzenlenmiştir. Hakim, taraflardan birinin isteği üzerine veya kendiliğinden harekete geçebilir.

Uygulamada, hangi düzenlemelerin çocuğun yararlarına uygun olduğu araştırılmadan, tanık beyanları ve tarafların beyanlarıyla yetinilmekte, kararlar bunlar göz önünde tutularak verilmektedir. Bu durum, çocuğun yararının korunmasını da yeterince sağlayamamaktadır. Mahkeme kararlarıyla, çocuk arada bırakılmakta, yapmış olmak için yapılan düzenlemeler çocuğa faydadan çok zarar vermektedir. Tezde bu sorun da ele alınacak, çözüm olarak, bu konuda bilirkişilere, örneğin, çocuk psikologlarına çocuğun yararının hangi düzenleme ile sağlanabileceğine ilişkin araştırma yaptırılabilen önerilecektir. Hakim, bu araştırmaları serbestçe değerlendirerek, çocuğun yararına olan düzenlemeye karar verebilecektir.

ABSTRACT

Negative consequences of disengaging arose mostly on children, although they are not litigators. Sometimes, children are put in a situation between parents, and are forced to take sides. Parents inevitably want divorcing as a way through, but desires of the children are not considered. This is especially important in arranged divorces. The child is shared between parents like a good for certain profits in an arranged divorce, and judges, who undertake the divorce case, approve this agreement without investigating the situation in favor of the children. Work load of certain courts should not be the rightful excuse for not investigating this research. Because end of family unity has great impacts on a child. This directly affects the psychological structure, social life and education of the child. An importance has to be attached on this judgment, when giving such a verdict, which affects a child's benefits. Judge should not give rise to damages for the child, should investigate the best ways in favor of the child by all means, and should give the verdict after these. Therefore, in the first chapter of our study, effects of divorce in personality development and social lives of the children have been examined, and findings from psychology and sociology sciences have been presented. Because, divorce not only affects a child in legal aspects, but also give rise to certain psychological and sociological consequences in a child's life.

In this thesis study these issues will be asserted: placing a child under which parent's parental authority, after the divorce, how to arrange the relationship between the child and the other part, which has no parental right, and how to assign his/her contributions to the child's expenses; and the criterion to be considered by judges. Application examples from recent verdicts of Court of Appeals will be utilized in determination of these criterions.

Thesis subject is presented in 182nd and 183rd articles of the Civil Code. In the 1st subsection of the 182nd article it is stated that in case of a divorce and separation the court arranges, when it's possible, parental rights and relationships (personal relation) with the child after listening the parents, the guardian, if the child is under guardianship, and after taking the opinions of the guardianship authority. And in the 2nd subsection of the article it is stated in the arrangement of personal relation of the peer, who has no parental right, with the child that especially health, education and morality benefits of the child are taken as essence, and the peer, who has no parental right, has to contribute

to care and education expenses of the child in accordance to his/her economical power (participation maintenance); and in the 3rd subsection it is stated that in case of a demand the judge can adjudicate the amount of these expenses, which was previously decided to be paid in annuity manner, for the following years according to social and economical status of the peer. The judge has a wide judicial discretion in these arrangements. The judge can give, in respect of his own mind, the parental right to any peer by considering child's benefits, and also can arrange personal relations of the other peer with the child as to his own mind. It is not bounded with the demands of peers. The title "judicial discretion authority of judge" in the related judgment articles testifies this. And 183rd article in the Civil Code change in arrangements or necessary precautions are presented, for the case of a change in present status. Judge can act by a demand or by his own will. But in application, it is settled for witness or peer statements without investigating their appropriateness to the child, and the verdicts are given by considering these matters only. This cannot sufficiently provide preservation of child's benefits. The child is put into an interjacent position by court decisions, and cursorily arrangements give damage to the child, rather than benefit. In thesis this problem had been handled, and as a solution investigation by experts, such as child psychologists, about the most beneficial arrangement had been asserted. The judge can decide the most beneficial arrangement for the child by evaluating these investigations independently.

KİŞİSEL KABUL / AÇIKLAMA

Yüksek lisans tezi olarak hazırladığım “Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları” adlı çalışmamı, ilmi ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin bibliyografyada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.

24.07.2006

Serdar ÇELİKEL

ÖNSÖZ

Tez konusunun seçiminde Asliye Hukuk Mahkemesinde staj yaparken karşılaştığım bir olay etkili olmuştur. Anne, babaannenin de kendileriyle oturmasını istemeyerek baba ile geçimsizlik yapmış ve boşanma davası açmıştı. Duruşmaya anne üç yaşındaki kızını da getirmişti. Baba duruşmaya gelmemişti, kadın da dava açtığına pişman olmuş gibiydi. Eksik olan hususların tamamlanması için duruşma bir sonraki celseye bırakılmıştı. Çocuk duruşma salonundan çıkmak üzere iken hakim beye “hakim amca bir şey söyleyebilir miyim?” dedi. Hakim bey izin verince “ben babamı çok seviyorum hakim amca, ne olur annemle babam boşanmasın” dedi. Bu olay o an beni çok etkilemişti, çünkü, çocuk annesini de babasını da seviyordu, peki çocuğun suçu neydi de, bundan sonraki hayatını annesinden veya babasından ayrı kalarak yaşayacaktı? Boşanma belki de kaçınılmazdı, ama bu durumu çocuğun en az zararlarla atlatabilmesi için yapılması gereken her şey mahkeme tarafından ve anne baba tarafından yapıldı mı? Yapılıyor mu? Neler yapılmalı? Sorularına tezde cevap bulmaya çalışacağız.

Boşanmanın çocuklara ilişkin hukuki sonuçlarının daha önceden tek başına bir inceleme konusu yapılmaması da bizi bu alanda inceleme yapmaya yönlendirmiştir. Tez çalışması devam ederken 743 sayılı Medeni Kanun tümüyle yürürlükten kaldırılmış, yerine 4721 sayılı Medeni Kanun getirilmiştir. Tez konusu yeni Medeni Kanuna göre incelenmiş olup, bu da teze, alanında ilk olma özelliğini vermektedir. Yeni Medeni Kanunda da eskisinde olduğu gibi, boşanmadan sonra çocukların velayetinin kime verileceği ve velayet kendisine verilmeyen tarafla çocuk arasında kişisel ilişkilerin nasıl düzenleneceği, hakimin takdir yetkisine bırakılmıştır. Uygulamada, hakimler bu takdir yetkilerini, doktrinde ve Yargıtay kararlarında öngörülen bir takım ölçütlere göre kullanmaktadırlar. Biz de konuların açıklanmasında, yeri geldikçe Yargıtay’ın yeni ve özellikle yayınlanmamış kararlarındaki uygulama örneklerine metin kısmında ve dipnotlarda sıkça yer vermeye çalıştık. Tez çalışmasında görüş ve eleştirileriyle bana yol gösteren ve her aşamada yardımlarını esirgemeyen tez danışmanım ve hocam, Doç. Dr. Kürşat Nuri Turanboy’a teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca, tezde kullandığım yayınlanmamış Yargıtay kararlarının temininde bana yardımcı olan, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi sayın Nail Kılıçoğlu’na da yardımlarından dolayı teşekkür ederim. Son olarak, uzun tez çalışmam sırasında bana destek olan ve sabır gösteren sevgili eşim Dr. Özgül hanıma ve anlayış gösteren kızım Gülser’e teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	III
KİŞİSEL KABUL/AÇIKLAMA	V
ÖNSÖZ	VI
İÇİNDEKİLER.....	VII
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMANIN ÇOCUKLARIN KİŞİLİK GELİŞİMLERİ İLE SOSYAL HAYATLARINA ETKİLERİ VE BOŞANMA DAVASI SIRASINDA ALINACAK GEÇİCİ ÖNLEMLER İLE AİLE BİRLİĞİ İÇİNDE ÇOCUKLARIN HUKUKİ DURUMLARI, AİLE BİRLİĞİNİN KORUNMASINA YÖNELİK ÖNLEMLER	3
---	---

§ 1. BOŞANMANIN ÇOCUKLARIN KİŞİLİK GELİŞİMLERİ İLE SOSYAL HAYATLARINA ETKİLERİ.....	3
I. BOŞANMA SONRASINDA ÇOCUKLARDA OLUŞAN BAZI KİŞİLİK BOZUKLUKLARI.....	5
A. Korku	5
B. Öfke	6
C. Suçluluk	6
D. Yalnızlık	6
E. Reddetme	7
F. Gerileme.....	7
G. Uyku Sorunları.....	7
H. Fiziksel Sorunlar	7
II. BOŞANMANIN ÇOCUĞUN SOSYAL YAŞAMINA ETKİLERİ.....	7
III. BOŞANMANIN ÇOCUĞUN EĞİTİM DURUMUNA ETKİSİ.....	9
§ 2. BOŞANMA DAVASI SIRASINDA ALINACAK GEÇİCİ ÖNLEMLER.....	10
I. VELAYETİN ve KİŞİSEL İLİŞKİLERİN DÜZENLENMESİ	10
II. TEDBİR NAFKASI	11
III. İŞTİRAK NAFKASI.....	11
§ 3. AİLE BİRLİĞİ İÇİNDE ÇOCUKLARIN HUKUKİ DURUMLARI.....	12
I. VELAYET KAVRAMI.....	12
A. Velayet Hakkının Tanımı ve Hukuki Niteliği	12
B. Velayet Hakkının İçeriği	15
1. Çocuğun Kişiliğine İlişkin Hak ve Ödevler	15
a). Çocuk Üzerinde Egemenlik Hakkı	15
b). Çocuğa Ad Koyma Hakkı	15
c). Çocuğun Yerleşim Yeri	16
d). Çocuğun Bakımı.....	17
e). Çocuğun Eğitilmesi ve Yetiştirilmesi	18
f). Çocuğun Görüşlerinin Dikkate Alınması	20
g). Çocuğun Söz Dinleme Yükümlülüğü.....	21
h). Çocuğun Temsili	22
2. Çocuğun Malvarlığına İlişkin Hak ve Ödevler	24

a).Çocuğun Mallarının Yönetimi.....	25
b).Çocuğun Mallarını Kullanma Hakkı	26
c).Çocuğun Ana Babanın Yönetim ve Kullanma Hakkı Dışındaki Serbest Malları .	27
d).Yönetim ve Kullanma Hakkının Sona Ermesi	28
II. VELAYETİN ANA BABA TARAFINDAN BİRLİKTE KULLANILMASI	
VE ANLAŞMAZLIK HALİ	29
§. 4. AİLE BİRLİĞİNİN KORUNMASINA YÖNELİK ÖNLEMLER	33
I. GENEL OLARAK AİLE BİRLİĞİNİN KORUNMASI.....	33
II.MK. m. 195'e DAYALI GENEL KORUMA.....	34
A. Önlem Türleri	35
1. Uzlaştırma	35
2. Uyarı.....	36
3. Uzman Kişilerin Yardımını İsteme.....	36
B. Önlemlerin Alınmasında Yetkili ve Görevli Mahkeme	37

İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA DAVASININ ÇOCUKLARIN KİŞİSEL DURUMLARINA İLİŞKİN

SONUÇLARI	38
§ 1. VELAYETİN DÜZENLENMESİ	38
I. ÇOCUĞUN YARARI KAVRAMI.....	41
A. Tanım	42
B. Çocuğun Yararının Belirlenmesinde Psiko-Sosyal ve Hukuksal Temel Ölçütler	43
1.Çocuğun Yaşı	43
2.Çocuğun Cinsiyeti.....	45
3.Çocuğun Alıştığı Çevre ve Ortam	47
4.Boşanma Sonrasında Çocuğun Aile Ortamında Yaşayabilme Olanığı.....	48
5.Çocuğa Şahsen Bakma Olanığı.....	49
6.Ana Babanın Velayetin Düzenlenmesi Konusunda Dinlenilmesi ve Çocuğa Karşı İlgileri	50
7.Ana Babanın Eğitici Yetenekleri	53
8.Çocuğun İsteği ve Hakim Tarafından Dinlenilmesi	53
9.Ana Babanın Boşanmadaki Kusur Durumları.....	57
10.Ana Babanın Ahlaki değer Yargıları ve Davranışları.....	59
11.Kardeşlerin Birbirinden Ayrılmaması.....	60
12.Çocuğun Dini.....	61
13.Çocuğun Soybağı.....	62
C. Çocuğun Yararının Belirlenmesinde Yardımcı Ölçütler	62
1.Velayetin Düzenlenmesine İlişkin Ana Babanın Yaptığı Sözleşmeler.....	62
a).Velayetin Düzenlenmesine İlişkin Sözleşmenin Önemi.....	63
b).Sözleşmenin Hakim Tarafından Denetlenmesi ve Onaylanması	64
c).Sözleşmenin Hukuki Niteliği	65
2. Bilirkişi İncelemesi Yaptırma.....	67
II. VELAYETİN BÜTÜN OLARAK VE ŞARTSIZ OLARAK DÜZENLENMESİ	69
A. Velayetin Ana Baba Arasında Bölünememesi	70
1.Velayetin Ana Babanın Sahip Olduğu Hak ve Görevler Bakımından Bölünememesi.....	70
2.Velayetin Zaman Bakımından Bölünememesi.....	71

B. Velayetin Şartlı Olarak Düzenlenememesi.....	71
III. VELAYETE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DEĞİŞTİRİLMESİ	72
A. Yeniden Düzenlemeyi Gerektiren Olgular.....	73
1. Ana veya Babanın Başkasıyla Evlenmesi	73
2. Ana veya Babanın Başka Bir Yere Gitmesi	74
3. Ana veya Babanın Ölmesi.....	74
4. Çocukla Kişisel İlişkinin Engellenmesi	75
B. Velayetin Kaldırılması ve Çocuklara Vasi Tayini	75
1. Velayetin Kaldırılmasının Sonuçları.....	78
2. Görevli ve Yetkili Mahkeme	78
§ 2. ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİLERİN DÜZENLENMESİ	79
I. KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ NİTELİĞİ.....	80
II.KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ İÇERİĞİ.....	81
III.KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ DÜZENLENMESİ VE GÖZ ÖNÜNDE TUTULACAK ÖLÇÜTLER.....	81
A. Çocuğun Yaşı.....	82
B. Çocuğun Beden ve Ruh Sağlığı	83
C. Çocuğun Ahlaki Yararı.....	83
D. Kardeşlerin Birbirini Görebilmesi	84
E. Ana Babanın Oturduğu Yer	84
F. Ana Babanın İzin Durumu	85
G. Analık ve Babalık Duygularının Tatmini.....	85
H. Kişisel İlişkinin Kurulma Şekli ve Görüşme Yeri.....	86
I. Çevre Değişikliği.....	86
İ.Yapılan Düzenleme Uygulanabilir Olmalıdır	87
IV. ÇOCUKLA, ANA BABA DIŞINDAKİ KİŞİLER ARASINDA, KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI	87
V.ÇOCUĞUN KİŞİSEL İLİŞKİYİ REDDETMESİ.....	89
VI.KİŞİSEL İLİŞKİ HAKKININ CEBRİ İCRA YOLUYLA UYGULANMASI...	90
VII.KİŞİSEL İLİŞKİ HAKKININ KALDIRILMASI.....	91
VIII.KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DEĞİŞTİRİLMESİ.....	92
IX.KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINDA YETKİLİ ve GÖREVLİ MAHKEME ...	93

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMANIN ÇOCUKLARA İLİŞKİN MALİ SONUÇLARI.....	94
I. İŞTİRAK NAFKASININ HUKUKİ NİTELİĞİ.....	94
II.İŞTİRAK NAFKASININ MİKTARI.....	95
A. Çocuğun İhtiyaçları.....	96
1. Çocuğun Yaşı.....	96
2. Çocuğun Sağlık Durumu.....	96
3. Çocuğun Eğitim Durumu.....	96
4. Çocuğun Kişisel Geliri.....	97
B. Ana Babanın Ekonomik ve Sosyal Durumu.....	98
III.NAFKANIN ÖDENME ŞEKLİ.....	99
IV.NAFKANIN BAŞLANGICI VE SÜRESİ.....	100
A. Nafakanın Başlangıcı.....	100
B. Nafakanın Süresi.....	100

1. Çocuğun veya Nafaka Yüklümlüsünün Ölümlü.....	101
2. Velayete Sahip Tarafın Nafaka Talebinden Vazgeçmesi.....	101
3. Çocuğun Ergin Olması.....	102
V. NAFAKANIN ALACAKLISI.....	102
VI. İŞTİRAK NAFKASINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN DEĞİŞTİRİLMESİ..	104
VII.GEÇİCİ ÖNLEMLER ve GÜVENCE VERİLMESİ.....	105
VIII.GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME.....	105
IX.İŞTİRAK NAFKASI İSTEMİNDE ZAMANAŞIMI.....	106
X. FAİZ.....	106
XI. VEKALET ÜCRETİ.....	106
SONUÇ.....	108
KAYNAKLAR.....	110
ÖZGEÇMİŞ.....	117

KISALTMALAR

AD.	: Adalet Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
H.D	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK.	: İcra İflas Kanunu
İÜHFD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
m.	: Madde
MK.	: Medeni Kanun
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: Ve Devamı
Y.	: Yargıtay
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
YÖK.	: Yüksek Öğretim Kurulu

BOŞANMANIN ÇOCUKLARA İLİŞKİN HUKUKİ SONUÇLARI

GİRİŞ:

Boşanma, doğurduğu sonuçlar bakımından, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi ülkemizde de, çeşitli hukuki ve sosyal sorunları beraberinde getirmektedir. Ülkemizde gelişmiş ülkelere nazaran boşanma oranı her ne kadar düşükse de, boşanmalar çocuklar ve ekonomik özgürlüğe sahip olmayan kadınlar için daha ağır sonuçlar doğurmaktadır. Kadınların çoğu, boşanmanın getireceği maddi ve manevi baskıdan dolayı belki de çekilmez hale gelen evliliğini ayakta tutmaya çalışmaktadır. Bu durum, böyle bir ailede yaşayan çocukları, boşanmış aile çocuklarından daha çok etkilemektedir. Çocuk her gün anne ve babasının tartışmalarına tanık olmakta, bu kavga ve gürültü ortamı çocukları huzursuz etmektedir. Bu şartlar altında bile, çocuklar anne babalarının boşanmalarını istemezler.

Boşanan ailelerde ise, çocuklar anne veya babadan birine bırakılmakta, çocuk ister istemez diğerinden ayrı yaşamak zorunda kalmaktadır. Bazı durumlarda, kardeşlerin velayeti de anne baba arasında paylaşılırken, çocuk ayrıca kardeşinden de ayrı yaşamak zorunda kalmaktadır. Bu durumlar çocukların psikolojik yapılarını ve gelişmelerini olumsuz yönde etkilemektedir.

Medeni Kanun, çocukların velayetinin ana babadan hangisine verileceği ve çocuk kendisine bırakılmayan tarafın çocukla kişisel ilişkilerinin ne şekilde düzenleneceği konularını, hakimın takdir yetkisi kullanılarak çözümleneceğini düzenlemiştir. Hakim, bu konuda takdir yetkisini kullanırken ana babanın haklarını ve çocuğun kişisel yararını karşılıklı dengelemelidir. Hakların ve çocuğun yararlarının çatışması halinde, çocuğun yararı üstün tutulmalıdır. Kanunun hakime geniş bir takdir yetkisi vermesinin nedeni, çocuğun yararlarının hakim tarafından sınırsız olarak korunabilmesini sağlamaktır. Hakimın kararında yer verdiği düzenlemeler, çocuğun yararlarını olumsuz olarak etkileyecek sonuçlara yol açmamalıdır.

Hakimin takdir yetkisini kullanırken hangi ölçütleri göz önünde tutacağı, MK 182/2 maddesinde çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas tutulacağı şeklinde belirtilmiştir. Bunlar kanunda sayılanlarla sınırlı değildir. 743 sayılı eski Medeni Kanunda bu ölçütler belirtilmemesine rağmen, Yargıtay kararlarında ve bilimsel çalışmalarda, bunlara ve daha başka ölçütlere yer verilmiştir.

Biz de çalışmamızda yeri geldikçe ilgili bölümlerde konuya ilişkin Yargıtay'ın son kararlarına yer vereceğiz.

Tezde, boşanmaya sebep olmayan ancak boşanmanın sonuçlarından doğrudan etkilenen çocukların yararlarının korunması gereğine ve bu korumanın hangi şekillerde yapılacağına, düzenlemeler yapılırken nelerin göz önünde tutulması gerektiğine değinilecektir.

Tez konusunu üç ana bölüme ayırarak incelemeyi uygun gördük. Birinci bölümde; boşanmanın çocukların kişilik gelişimleri ile sosyal hayatlarına etkileri ve boşanma davası sırasında alınacak geçici önlemler ile aile birliği içinde çocukların hukuki durumları, aile birliğinin korunmasına yönelik önlemler üzerinde duracağız.

İkinci bölümde; boşanma davasının çocukların kişisel durumlarına etkisi başlığı altında, velayet kavramı, velayetin düzenlenmesi ve bunun sonuçları, velayet kendisine verilmeyen tarafla çocuğun kişisel ilişkilerinin düzenlenmesi konularına değineceğiz.

Üçüncü bölümde ise; boşanmanın çocuklara ilişkin mali sonucu olan iştirak nafakasının düzenlenmesi üzerinde duracağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMANIN ÇOCUKLARIN KİŞİLİK GELİŞİMLERİ İLE SOSYAL HAYATLARINA ETKİLERİ VE BOŞANMA DAVASI SIRASINDA ALINACAK GEÇİCİ ÖNLEMLER İLE AİLE BİRLİĞİ İÇİNDE ÇOCUKLARIN HUKUKİ DURUMLARI, AİLE BİRLİĞİNİN KORUNMASINA YÖNELİK ÖNLEMLER

§ 1. BOŞANMANIN ÇOCUKLARIN KİŞİLİK GELİŞİMLERİ İLE SOSYAL HAYATLARINA ETKİLERİ

Evlilik birliğinin çözülmesi, aile çocuklu ise, çocuk için çok büyük önemde psiko-sosyal sorunları da beraberinde getirir. Çünkü çocuk bedeni ve fikri gelişimini tam, birbiriyle uyumlu ve sağlıklı bir aile ortamında tamamlamalıdır. Tam aile ise, ana baba ve çocuklardan oluşan, bireyleri arasında, karşılıklı sevgi, saygı, dayanışma ve birbirlerine ait olma duygusu bulunan bir topluluktur¹. Aile aynı zamanda, içinde insan türünün belli bir biçimde ürettiği, topluma hazırlanma sürecinin belli bir ölçüde ilk ve etkili bir biçimde gerçekleştiği, eşler ve ana babalarla çocuklar arasında belli bir ölçüde içten, sıcak ve güven verici ilişkilerin kurulduğu, yine içinde bulunan toplumsal düzene göre ekonomik etkinliklerin az ya da çok yer aldığı toplumsal bir kurumdur². Bu kurum, çocuğun gelişimi, sağlıklı bir insan olabilmesi için duygusal gereksinimlerinin karşılandığı ilk ortamdır.

Boşanmaların büyük çoğunluğunun, evliliğin ilk yıllarında (özellikle ilk beş yıl), olduğu düşünülürse, aile birliğinin bozulmasından en çok zarar görenlerin, küçük çocuklar olduğu ortadadır. Çocuğun kişiliğinin geliştiği bu ilk yıllarda, çocuk için en

¹ Emine AKYÜZ, Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, A.Ü Eğitim Bilimleri Fakültesi Yayınları, No:125, Ankara, 1983, s.9 (AKYÜZ,Çocuğun Korunması).

² Meryem Neslihan ASLIHAN; Parçalanmış veya Tam Aileye Sahip Çocukların Öz-Kavramı Depresyon Düzeyleri ve Akademik Başarılarının Yaş ve Cinsiyet Yönünden Karşılaştırılması, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Eğitim Bilimleri Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Adana 1998, s.2.

önemli şey ise, ana ve babasıyla birlikte bir yuvada, sevilerek, çevresine güven duyarak yetişmektir³. Anne ve babasının iyi anlaşmalarını, geçindiklerini gören çocuk, bir rahatlık hisseder, çünkü kendini güvende bulur, geleceğinden endişe etmez, anne babanın çocuğa karşı görevlerinden biri de ona iyi bir gelecek sağlamaktır. Anne baba arasındaki anlaşmazlık ve boşanma olgusu, çocuklarda güven duygusunun oluşmasına olanak vermez. Çocuklar sürekli endişe ve korku içinde yaşarlar.

Aile, çocuğu sosyalleştirmede toplum hayatındaki en önemli araçlardan biridir ve çocuğun ilk sosyal deneyimlerini edindiği yerdir. Okul öncesi dönemde, çocuk, aile içinde, sosyal bir birey olmayı öğrenirken, aile içindeki bireyleri kendine örnek alır. Kişiliğın gelişimi için gerekli olan bu özdeşleştirme, aile içindeki yakın üyelerle gerçekleştirilebilir. Bu dönemde değer yargılarının oluştuğu, kişisel tercihlerin yapıldığı yer ailedir⁴. Küçük yaşlarda annesinin veya babasının sevgisinden, korumasından yoksun kalan çocuk, kişilik yapısı bakımından olduğu kadar, vücut, karakter ve ahlak bakımından da yeteri kadar ve gerektiği gibi gelişemez.

Çocuğun sağlıklı bir kişilik gelişimine sahip olabilmesi için yaşamında üç sürekliliğın bulunması gerekir. Bunlar; bedeni süreklilik, duygusal yaşamın sürekliliği ve toplumsal sürekliliktir⁵. Boşanma olgusu çocuğun yaşamındaki bu sürekliliği kesen bir durumdur. Boşanma halinde çocuğun en azından duygusal yaşamının sürekliliği kesilir, çünkü çocuk duygusal olarak ana baba arasında kalır ve çoğu zaman birinden birini seçmeye zorlanır. Bu durum ise çocukta çoğu zaman depresyon, okula uyum sağlayamama, hırçınlık, saldırganlık ve sürekli tedirginlik gibi davranış bozukluklarına yol açmaktadır⁶.

Çocukların anne ve babalarını bir ebeveyn olarak görmekten utanç duymaları ya da anne ve babaların çocuklarının gereksinimlerine karşılık vermemeleri, ayrılıkları, duygusal etkileşimi azaltan, bazen ortadan kaldıran etkenlerdendir. Duygusal etkileşimin azlığı ise sadece çocuğun iç dünyasını etkilemekle kalmaz aynı zamanda onun fiziksel, zihinsel ve toplumsal gelişimine de olumsuz etkide bulunur. Çocuğun diğeri insanlarla başarılı ilişkiler kuramaması sonucu sosyal gelişiminde gecikme ve saldırganlık gibi olumsuz davranışlar görülebilir. Bunun sonucunda oluşan tepkiler,

³ Atalay YÖRÜKOĞLU; Çocuk Ruh Sağlığı, T. İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1983, s.200.

⁴ Haluk YAVUZER, Çocuk Psikolojisi, 19. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul 2000, s.135,136.

⁵ Françoise DOLTO, Çocuk ve Boşanma, Çev. Nuriye Yiğitler, 1.Baskı, İstanbul 1998, s.16.

⁶ Zülfikar ÖZKAN, Türkiye’de Boşanmaların Sebep ve Sonuçları. Doktora Tezi. İstanbul 1989, s.111.

çocuğun kişiliğini etkiler ve çocukta içe dönük, bencil bir kişilik oluşumuna yol açabilir⁷.

Boşanma gibi sarsıcı bir olayla karşılaşan çocukların gelişimleri yavaşlayabilir, hatta durabilir. Çocuk, olayın gerçekleştiği sırada içinde bulunduğu aşamada takılıp kalabilir veya önceden tamamlamış olduğu bir aşamaya dönebilir. Çocukların ileriki yaşlarında bu, depresyon, endişe, ayrılık endişesi, kişilik sorunları ve konsantrasyon bozukluğu olarak ortaya çıkabilir. Bu çocuklar, bütün hayatları boyunca ellerindekiyle yetinmezler, daha fazla şey isterler ve sürekli ilgi çekmek isterler. Kendilerine hedef belirleyip, onlara erişmekte güçlük çekerler, yalnız kalamazlar ve diğer insanlara anlayış göstermezler. Çünkü, kendilerine de anlayış gösterilmemiştir⁸.

I. BOŞANMA SONRASINDA ÇOCUKLARDA OLUŞAN BAZI KİŞİLİK BOZUKLUKLARI:

A. Korku:

Bütün çocuklar anne babalarının ayrılmasından ve ailenin dağılmasından sonra korkuya kapılırlar. Tam olarak neden korktukları ise yaşlarına göre değişir. Okul öncesi çağıdaki çocuklar daha çok birlikte yaşadıkları anne veya babalarının da onları terk edip gitmesinden, yiyecek ya da yatacak yer bulamamaktan ve giden anne veya baba tarafından eskisi kadar sevilmemekten korkarlar. Bazı çocuklarda, bu korku öylesine güçlüdür ki, çocuk yanında kaldığı ana babasına yapışarak, onu gözünün önünden ayırmayarak bu korkuyu gidermeye çalışır⁹.

Yedi sekiz yaşlarındaki okul çocuklarının bir kısmı depresyon belirtileri göstermiş, sürekli babanın gidişi ile ilgilenmişler ve babalarının dönmesini istemiş, annenin yeniden evlenerek babalarının başkasıyla yer değiştirmesinden korkmuşlardır¹⁰.

Davranış şekli, ağlamak, yanında kaldığı ana veya babadan başka kimse ile kalmayı reddetmek veya ana babayı göz önünden ayırmamak şeklinde ortaya çıkar¹¹.

⁷ YAVUZER, s.145,146.

⁸ Elissa BENEDEK - F.Brown CATHERİNE, Boşanma ve Çocuğunuz, Çev. Serap Katlan, HYB Yayıncılık, Ankara 1997, s.51,52.

⁹ YÖRÜKOĞLU, s.205.

¹⁰ ASLIHAN, s.4.

¹¹ Çiğdem ARIKAN, Halkın Boşanmaya İlişkin Tutumları Araştırması, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, s.229.

B. Öfke:

Çocuklar, ana babanın evliliğinin sona ermesine duydukları öfkeyi, yaşlarına, kişilik özelliklerine ve ailenin durumuna göre değişen şekillerde ifade ederler. Boşanmaya neden olduklarından dolayı anne babayı suçlayıp adeta mahkum etme söz konusu olabilir¹². Çoğu çocuk, özellikle erkek çocuklar kavga ederek, çevresindekilere bağırarak ve kırıp dökerek öfkelerini açığa vururlar. Büyük yaştaki çocuklar öfkelerini genellikle boşanmadan sorumlu tuttıkları ana babaya yöneltirler. Bazı çocuklar ise öfkelerini içlerine kapanarak ve dış dünya ile ilişkilerini keserek belli ederler¹³.

C. Suçluluk:

Çocuklar anne ve babanın ayrılma kararı konusunda etkileri olmadığı halde, suçluluk duygusu bu konuda onların da rolü olduğu düşüncesine yol açar. Bu duygularının nedeni, kendilerinin dünyanın merkezi olduğuna inanmaları ve bu yüzden her şeyin nedeninin kendileri olduğunu düşünmeleridir. Çocuklar iyi ve uslu olurlarsa anne babalarının yeniden bir araya gelebileceğini düşünürler¹⁴. Boşanma sürecinde çocuk, kimsenin kendisini sevmediği, düşünmediği duygusuna kapılmıştır. Bu nedenle, ana ve babanın, onu sevmedikleri için ayrılmaya kalktıklarını düşünmeye başlamıştır. Ana babanın boşanma öncesinde çocuklar nedeniyle sık sık tartışmaları da çocuktaki bu duyguyu pekiştirir. Çocuk, kötü, yaramaz, söz dinlemez olduğu için ana babanın sevgisini yitirdiğini, yakında tek başına bırakılacağını düşünür¹⁵.

D. Yalnızlık:

Bir aileden bir üye eksilince, büyük bir boşluk oluşur. Ailenin dokusu hiçbir zaman eskisi gibi olamayacaktır ve çocuklar ayrı kaldıkları anne ve babalarının yerine hiç kimseyi koymamaktadır. Çocuklar aileden ayrılan ana babanın yokluğunu onunla ilişkileri iyi olmasa bile hissederler¹⁶.

¹² ARIKAN, s.229.

¹³ BENEDEK - CATHERİNE, Çev. Serap Katlan, s.55.

¹⁴ ARIKAN, s.229; ASLIHAN, s.6.

¹⁵ YÖRÜKOĞLU; s. 204.

¹⁶ BENEDEK - CATHERİNE, Çev. Serap Katlan, s.57.

E. Reddetme:

Çocukların, evliliğin iki yetişkini ilgilendiren bir şey olduğunu kavramaları zordur. Bu nedenle anne babaları birbirlerini artık istemedikleri için, kendilerinin de istenmediğini düşünebilirler¹⁷.

F. Gerileme:

Birçok çocuk, anne ve babasının ayrılmasına ve boşanmasına, gelişimlerinde tamamladıkları bir aşamaya geri dönerek tepki gösterir. Tipik gerileme davranışları olarak, parmak emme, yatağa işeme, inatçılık, anne ve babaya vurma, onlara aşırı düşkünlük gösterme ve eskiden sevilen bir oyuncuğa ya da nesneye tekrar bağlanma sayılabilir¹⁸.

G. Uyku sorunları:

Bir çok çocuk bu dönemde yatağa girmeyi reddeder, uykusuzluk, endişe ve kabuslar görme gibi sorunlar yaşar. Çünkü uyku bilinmeyen bir karanlığa dalmaktır ve çocuklar uykuyu, kaybedilmek ve terk edilmekle özdeşleştirirler¹⁹.

H. Fiziksel sorunlar:

Bazı çocuklar stres altına girdikleri zaman mide, baş ve göğüs ağrıları ve kramp gibi fiziksel sorunlar yaşayarak tepki verirler. Çocuklar bu tepkileri, duygularını rahatça ifade etme olanağı bulamadıkları zamanlarda da verirler²⁰.

II. BOŞANMANIN ÇOCUĞUN SOSYAL YAŞAMINA ETKİLERİ:

Sosyal yaşam, bireyin yaşama isteğini artırdığı gibi, ona güvenlik hissi de verir. Çevredeki etkenler, bebeğin daha sonra da çocuğun ve yetişkinin hayatı üzerinde devamlı etkiler bırakır. Çocuk ruhunda da dayanışma ve sosyal duygu vardır. Çocuk, bundan dolayı çevresiyle beraber ve sosyal bir varlık olarak değerlendirilmelidir²¹.

¹⁷ BENEDEK - CATHERİNE, Çev. Serap Katlan, s.58.

¹⁸ ASLIHAN, s.3.

¹⁹ BENEDEK - CATHERİNE, Çev. Serap Katlan, s.59.

²⁰ BENEDEK - CATHERİNE, Çev. Serap Katlan, s.61.

²¹ ÖZKAN, s.115.

Boşanmış ana-baba çocuğu olmayı kendilerine yapılan haksızlık olarak niteleyen hayatının ilk yıllarındaki çocuk, çoğu zaman çevresine hakim olmayı amaç edinerek, hayata karşı mücadele içerisine girer. Buna karşı, toplum tarafından kendilerine gerekli değerin verilmeyişi, onlarla alay edilişi, bu çocukların sosyal yönden gelişmelerini son derece engeller. Bu durumdaki çocuklar, çevrelerindeki kişilerden şüphe eden, başkalarının düşüncelerini doğruluğuna veya yanlışlığına bakmadan reddeden bir sosyal yapı geliştirebilirler²².

Çocuklar boşanma yüzünden, kendilerini diğer çocuklardan farklı hissettikleri için bazı konularda büyük duyarlılık gösterirler. Arkadaşlarının hem annesi hem babası olduğu halde o bunlardan sadece birine sahiptir. Bu sebeple çocuk, arkadaşlarını evine çağıramaz veya çağırabilse bile anne ve babasının ayrıldığını onlardan saklar. Bu gerçeğin bir gün ortaya çıkabileceğini düşünerek de tedirgin olur²³.

Çocuğun sosyalleşebilmesi için, ana baba ve ailedeki diğer bireylerin davranışlarının çocuk üzerindeki etkisinin olumlu olması gerekir. Çocuk ana babası tarafından iyi hareketleri için ödül, kötü hareketleri içinse ceza görür. Çocuğun kötü bir davranışı olmadığı halde ana babasının boşanması sebebiyle toplumda küçük görülmesi karşısında sosyal hayattan kopabilmektedir²⁴. Boşanmış ailelerin çocuklarında suç oranı tam aile bağına sahip çocuklarla karşılaştırıldığında daha yüksek bulunmuştur²⁵.

Çocuğun hem kişiliğinin, hem de sosyalleşmesinin sağlıklı bir gelişme gösterebilmesi için sevgi, şefkat ve güvenlik ihtiyaçlarının tatmin edilmesi gerekir. Ailede meydana gelen çözümler sebebiyle çocuğun bu ihtiyaçlarının karşılanması zorlaşır²⁶. Çocuk için yapılacak düzenlemelerin ve alınacak tedbirlerin amacı da bu ihtiyaçları karşılamaya yönelik olmalıdır. Boşanmanın çocuk üzerindeki etkisi, onun boşanmadan sonraki çevresi, ana babasının boşanma davası sırasında çocuğa karşı tutumu ve çocuğun yanında kaldığı ana babanın kişiliğine bağlı olarak değişmektedir. Çocuk üzerinde birinci derecede etkili olan, onun boşanmadan sonraki çevresidir. Bu çevre, çocuğu boşanma olgusundan daha fazla etkilemektedir.

²² ÖZKAN, s.115.

²³ ÖZKAN, s.118.

²⁴ ÖZKAN, s.118.

²⁵ Nilgün KAYNAROĞLU, Orta Sosyo-Ekonomik Düzeydeki Boşanmış Ailelerin Altı Yaş Gurubu Çocuklarındaki Psiko-Sosyal Özelliklerin İncelenmesi, H.Ü. Sağlık Bilimleri Enstitüsü Çocuk Gelişimi ve Eğitimi Doktora Tezi, Ankara 1984., s.6.

²⁶ ÖZKAN, s.118.

III. BOŞANMANIN ÇOCUĞUN EĞİTİM DURUMUNA ETKİSİ:

Boşanmış aile çocukları birbiri ile uyum içerisinde ve birbirini tamamlayacak şekilde ahlak kurallarıyla donatılıp, yetiştirilemez. Çocuğa yapılan telkinler farklı olduğu gibi, birbirini de bütünlemez. Anne veya babasından başka, toplumdan başka terbiye alan çocuk hangisine uyacağını şaşırır²⁷.

Baba disiplini ve eğitimi, sosyal duyguya az önem vermekte ve çocuğa devamlı güçlü olma idealini aşılacaktır. Çocuğa sosyal duyguyu anne şefkati verir. Ancak anne, rolünü aşırı şekilde yerine getirirse, o zaman çocuk yalnız anneye ilgi duyar ve başka insanlara karşı ilgisiz kalır²⁸.

Çocuk anne babasından birinin yanında kaldığında, genel olarak çocuk kendisinde kalan taraf, diğer tarafın yokluğunu hissettirmemek için disiplinli davranmakta, diğer taraf çocuk kendisinden soğumasın diye aşırı hoşgörülü davranmaktadır. Bu eğitim şekli ise, çocuğun gelişimine zararlıdır²⁹.

Boşanmış ailede çocuklara eğitim maksadı ile yaklaşanların sayısı ne kadar çoksa, çocuğun akli o kadar karışır; doğru ve yanlış seçmek için zorlanır³⁰.

Boşanma çocukların okul başarısını da etkiler. Ana baba, çocuk okula başladıktan sonra boşanmışlarsa bu durum çocuğun okul başarısı üzerinde olumsuz etkide bulunur. Çünkü çocuk, okula devam ederken hem boşanmanın hem de ailesindeki boşanma öncesi ve sonrasındaki geçimsizlik ve sürtüşmelerin kurbanı olmaktadır³¹.

²⁷ ÖZKAN, s.119.

²⁸ Bkz. ÖZKAN, s.120-121.

²⁹ ÖZKAN, s.121.

³⁰ ÖZKAN, s.122.

³¹ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.12.

§ 2. BOŞANMA DAVASI SIRASINDA ALINACAK GEÇİCİ ÖNLEMLER:

Medeni Kanun' un 169' uncu maddesine göre, boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına (MK. m.186/1), geçimine (MK. m. 185/3), eşlerin mallarının yönetimine (MK. m. 215, 223, 242, 244, 262, 263, 264, 267) ve çocukların bakım ve korunmasına (MK. m.185/2) ilişkin geçici önlemleri re'sen (kendiliğinden) alır. HUMK. m.101/4'de de geçici önlemlerin alınması gereği belirtilmiştir.

Yargıtay' ın uygulamasına göre, boşanma davası sırasında alınan geçici tedbirler boşanma kararının kesinleşmesine kadar devam eder ³².

Biz burada konumuzu ilgilendirmesi nedeniyle bu tedbirlerden velayetin düzenlenmesi, çocukla kişisel ilişki kurulması, tedbir nafakası ve iştirak nafakasına değineceğiz.

I.VELAYETİN ve KİŞİSEL İLİŞKİLERİN DÜZENLENMESİ :

Boşanma davasından çocukların mümkün olduğu kadar az zarar görmeleri için, hakim, velayet hakkının dava süresince hangi eş tarafından kullanılacağını, çocuğun ana ve babadan hangisinin yanında kalacağını ve diğer eşin çocuklar için ne kadar nafaka vermesi gerektiğini belirlemelidir. Çocuk, eşlerden birine verilince, diğer eşin çocukla kişisel ilişkilerinin nasıl sağlanacağı da tedbir kararında belirlenmelidir³³. Hakim bu konuda çocukların yararlarını göz önünde tutar ³⁴.

Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir (MK. m.336/2).

Boşanma davası açıldığında çocuğun velayeti tedbir olarak taraflardan birine verildiğinde, diğer tarafın çocukla kişisel ilişkilerini devam ettirme hakkı vardır. Hakim, kişisel ilişkiyi düzenlerken, çocuğun yararlarını göz önünde tutar.

³² Bkz. Saim ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 6.Bası, İstanbul 1997, s.589.

³³ Selahattin Sulhi, TEKİNAY; Türk Aile Hukuku. 7.Bası, İstanbul 1990, s.253.

³⁴ Bülent KÖPRÜLÜ - Selim KANETİ; Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 1989, s.187.

II. TEDBİR NAFKASI:

Boşanma davası sırasında verilecek tedbir nafakasında nafaka isteyen kusurlu olması önemli değildir. Kadının gelirinin olması da, nafaka miktarının tayininde göz önünde tutulacak bir durum olup, tedbir nafakasının tamamen reddini gerektirmez³⁵. Nafakanın miktarı, kadının o zamana kadar sürdürdüğü yaşam tarzının devamına imkan veren tutarda olmalıdır. Nafaka miktarı belirlenirken kocanın ekonomik durumu, kadının ihtiyaçları, eşlerin sosyal durumları, kadının gelirinin olup olmadığı göz önünde bulundurulmalı, gerekirse bilirkişiye de başvurulmalıdır³⁶.

Tedbir nafakası karar tarihinden değil, dava tarihinden itibaren işlemeye başlar³⁷, hüküm kesinleşinceye kadar devam eder³⁸. Hakim bu durumu kararında belirtmelidir³⁹.

III. İŞTİRAK NAFKASI:

Boşanma davası açılması halinde, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır (MK. m.182/2).

Hakim iştirak nafakasının miktarını belirlerken çocuğun ihtiyaçlarını, iştirak nafakasını ödeyecek eşin ve çocuk yanında bulunan eşin ekonomik durumunu göz önünde tutacaktır. Boşanma davası sürerken çocuklar için verilen nafaka, tedbir nafakasıdır ve boşanma hükmünün kesinleşmesine kadar devam eder, boşanma hükmü kesinleştikten sonra ise şartları varsa iştirak nafakası olarak devam eder. Boşanma davası sırasında çocuk kimin yanında kalıyorsa onun yararına tedbir nafakası olarak nafaka takdiri gerekir⁴⁰.

³⁵ Yargıtay 2.H.D. 20.11.1986 T., E.9652, K.10226; YKD. 1987, Cilt:13, Sayı:7, s.1000-1001.

³⁶ A. Vahit TÜYSÜZ, Türk Medeni Hukukunda Boşanma Sebepleri, Boşanma Davası, Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Dergisi, Mart-Nisan 1988, s.50. Yargıtay 2.HD. 19.06.2000 T., E.2000/7218, K.2000/8281; "Tedbir nafakası, tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumlarına, nafakanın niteliğine, günün ekonomik koşullarına göre ve hakkaniyet ilkesi (MK. m.4) de dikkate alınarak takdir edilmelidir"(Yayınlanmamış karar).

³⁷ TEKİNAY, s.252; Yargıtay 2.H.D.,25.06.2003 T., E.2003/8302, K.2003/9595 (Yayınlanmamış karar).

³⁸ Yargıtay 2.H.D., 19.06.2000 T., E.2000/7218, K.2000/8281 (Yayınlanmamış karar).

³⁹ Kemal OĞUZMAN – Mustafa DURAL; Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s.136.

⁴⁰ Yargıtay 2.H.D. 12.12.2005 T. E. 2005/14594, K. 2005/17308 (Yayınlanmamış karar).

§ 3. AİLE BİRLİĞİ İÇİNDE ÇOCUKLARIN HUKUKİ DURUMLARI

Ana baba ile çocuk arasında doğal olarak bulunan bağ ve ilişkilerin hukuki görünüm biçimi velayet olarak karşımıza çıkar. Bu ilişkide çocuklar, ana babalarına karşı zayıf konumdadırlar ve yalnızca aile hukukumuzun değil, hukukun genel ilkelerinden biri olan “zayıfların korunması ilkesi” uyarınca hem ana babalarına karşı, hem de dış dünyadan gelebilecek maddi ve manevi tehlikelere karşı korunmaları gerekmektedir⁴¹. Medeni Kanun velayet hükümlerinde ana babanın çocuğa karşı hak ve yükümlülüklerini ve bunlara uymamanın yaptırımlarını ayrıntılı bir şekilde düzenleyerek çocuğa bu konuda belli bir oranda koruma ve güvence sağlamak istemiştir. Çocukların her bakımdan topluma faydalı bireyler haline getirilmeleri için, onların yetiştirilmelerine özen gösterilmesi, iyi bir aile terbiyesi ve yeterli eğitim verilmesi diğer kişi ve kurumlardan önce ve esas itibarıyla ana babanın görevidir. Ana baba bu görevlerini velayet hakkının kendilerine tanıdığı sınırlar içinde gerçekleştirirler. Bizde bu paragrafta velayet kavramı ve velayet hakkının içeriği başlıkları altında velayet hakkının sınırlarını ve kapsamını belirlemeye çalışacağız.

Konumuz boşanmanın çocuklara ilişkin hukuki sonuçları olduğundan, doğal olarak buradaki çocuklar evlilik içinde doğmuş olan çocuklardır, bunun için evlilik dışı çocuklarda ve evlatlık ilişkisinde velayet kavramlarına değinmeyi çalışmamızın kapsamı açısından uygun görmedik.

I. VELAYET KAVRAMI

A. Velayet Hakkının Tanımı ve Hukuki Niteliği:

Medeni Kanunda velayetin tanımı verilmemiş, ancak içeriği ve kapsamı belirlenmekle yetinilmiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde de bazı maddelerde ana babanın hak ve ödevlerinden bahsedilmekle beraber (m. 3/II, 18/I, 27/II), velayetin doğrudan tanımı yapılmamıştır.

⁴¹ Huriye Reyhan ÖZTÜRK, Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Çocuğun Şahsı Bakımından Sonuçları; Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000, YÖK Dokümantasyon Merkezi Tez No:94722, s.1.

Doktrin ve uygulamada velayet genellikle küçüklerin veya bazı hallerde kısıtlıların bakım ve korunmalarını sağlamak için, onların şahısları ve malları üzerinde ana babalarının sahip oldukları haklar ve görevler bütünü olarak tanımlanmaktadır⁴².

Velayetin amacı, çocuğu korumak ve onu güvenli bir şekilde hayata hazırlamaktır. Çocuklar, fiziki, ruhi ve akli yönlerden tam olarak gelişmemiş olduklarından korunmaya ve yetiştirilmeye muhtaçtırlar. Velayetin bu işlevi, aynı zamanda onun kapsamını ve sınırlarını da belirler. Velayet bir hak olmasından başka öncelikle bir görevdir. Velayet hakkı sahibi bu görevi, çocuğun yararlarını koruyacak ve kişilik gelişimini sağlayacak bir biçimde yerine getirecektir⁴³. Ana baba, bu kapsamda çocuğu besleyip büyütme, onun sağlığına, fiziksel, zihinsel ve psikolojik gelişimine özen göstermek zorunda oldukları gibi; çocuğa kendi ekonomik güçleri ve çocuğun akli ve bedeni yetenekleri olanak verdiği ölçüde eğitim imkanı sağlamak, mesleki ve dini bir eğitim vermekle de yükümlüdürler.

Velayet kullanılırken, çocuğa bağımsızlık kazandırılması, güvenliğinin korunması ve gerçekleştirilmesine yönelik bir amaç taşındığından, velayet hakkı bunu kullanan kişinin yararına değil, çocuğun yararına bir haktır. Velayetin kullanılması sırasında, ana ve baba, çocuğun yararına hareket eden yasal bir temsilci görünümündedirler⁴⁴.

Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Çocuklar ergin olmakla da ana babalarının velayetleri altından çıkarlar⁴⁵. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz (MK. m.335/1). Hakim vasi atanmasına gerek

⁴² TEKİNAY, s.483; Hüseyin HATEMİ – Rona SEROZAN; Aile Hukuku, İstanbul 1993, s.341; OĞUZMAN-DURAL, s.272; Turgut AKINTÜRK; Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, 2. Cilt, Yenilenmiş 7.Bası, Beta Yayınevi, Ekim 2002, İstanbul, s.400; Mustafa DURAL – Tufan ÖĞÜZ - Alper GÜMÜŞ; Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s.519. (DURAL); Yargıtay 2. H.D 02.10.1992 T. E. 1992/8023, K. 1992/8927; “Küçüklerin bakım ve korunmalarını sağlamak için onların malları ve şahısları üzerinde ana babanın sahip oldukları görevlerin, hakların, yetkilerin hepsine birden velayet denir.” Bkz. Yargıtay.gov.tr. http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3af60&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x004738a1, 30.06.2006.

⁴³ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.22.

⁴⁴ Emine, AKYÜZ; Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi; İstanbul üniversitesi Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s.648. (AKYÜZ; Velayet)

⁴⁵ Yargıtay 2.H.D. 17.09.2003, E. 2003/10282, K. 2003/11461; “Tarafların müşterek çocuğu Adem 07.11.1983 doğumlu olup, dava tarihinde ergindir (MK. m.11) ve ana babasının velayeti altından çıkmıştır (MK. m.335/1). Bu çocuğun böbrek hastası olduğu taraflarca ifade edilmiştir. Böbrek hastalığı bir kısıtlanma sebebi de değildir. Ergin çocuğun velayetinin düzenlenmesi usul ve yasaya aykırıdır” (Yayınlanmamış karar). Yargıtay 2.H.D. 26.09.2005 T. E. 2005/9941, K. 2005/12805 (Yayınlanmamış karar)

görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velayeti altında kalırlar (MK. m335/2).

Evliliğin devamı süresince velayeti ana ve baba birlikte kullanırlar (MK. m.336/1)⁴⁶. Birlikte kullanmadan kastedilen, velayete sahip ana babanın, velayete ilişkin hak ve yükümlülüklerini yerine getirirlerken birbirlerinin fikrini almaları ve sonuca uzlaşarak ulaşmalarıdır.

Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir. Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir (MK. m.336). Bu nedenle boşanma halinde velayet hakkı, velayet kendisine verilen tarafından tek başına kullanılacağından ana baba arasında bir anlaşmazlık ve bunun çözümünden bahsetmekte yersizdir.

Velayet hakkı, ana babanın kişilik haklarının bir parçasıdır ve kişiliklerine sıkı biçimde bağlıdır. Bu nedenle velayet hakkı başkalarına devredilemez, bu haktan feragat edilemez, anlaşmayla ortadan kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz⁴⁷. Ana veya baba velayet hakkının kullanılmasından doğan hak ve yükümlülüklerini birbirlerine de devredemezler⁴⁸. Velayet hakkı sadece ana ve babaya tanınan bir haktır. Akrabalık derecesi ne kadar yakın olursa olsun başka hiç kimsenin velayet hakkı yoktur.

⁴⁶ Yargıtay 2.H.D. 06.10.2003 T. E. 2003/11898, K. 2003/12737; “Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. (TMK.m.336/1) Dava, küçük Dilek'e velayeten babası tarafından açılmış olup, dosyadaki nüfus kaydından çocuğun annesinin de hayatta olduğu anlaşılmaktadır. O halde çocuğun annesine de dava ihbar edilerek onun muvafakatı alınmadan davanın görülmesi usul ve yasaya aykırı,olup,bozmayı,gerektirmiştir.”Bkz.Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x009ad2c1,30.06.2006

⁴⁷ Aydın ZEVKLİLER - Beşir ACARBEY – K. Emre GÖKYAYLA; Zevkliler Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, 6.Baskı, Ankara 1999, s.1118 (ZEVKLİLER, ACARBEY, GÖKYAYLA); HATEMİ-SEROZAN, s.342; AKINTÜRK, s.402; Yargıtay 2.H.D. 27.06.2006 T. E. 2005/7730, K. 2005/9943; “Küçük Bilge'nin velayetinin anneannesine verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır. Velayet hakkı, münhasıran anne ve babaya tanınan bir hak olup, evlat edinme hali hariç, anne ve baba dışında hiç kimseye tevdi olunamayacağından hüküm gerekçesine göre davanın reddine karar verilmesi ve küçüğe vasi tayin edilmesi için durumun vesayet makamına bildirilmesi gerekir. Bkz. R.G. 19 Temmuz 2005, Sayı:25880. (Yerel mahkeme kararı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma istemiyle dairece incelenmiş.)

⁴⁸ AKINTÜRK, s.402.

B. Velayet Hakkının İçeriği:

1. Çocuğun Kişiliğine İlişkin Hak ve Ödevler:

a). Çocuk Üzerinde Egemenlik Hakkı:

Velayet hakkının bir gereği olarak çocuk, ana babanın egemenliği altındadır ve yasal sebep olmadıkça velayet ana babadan alınmaz (MK. m.335). Ana babanın çocuk üzerindeki egemenlik hakkı mutlak haklardandır. Çocuğu ana babadan haksız olarak alan herkese karşı ve bir süreyle sınırlı olmaksızın bu hak ileri sürülebilir⁴⁹. Bu hak MK. m.335/1 ve İİK. m.25/a'da da düzenlenmiştir. Ana babanın bu maddeye göre hakimden çocuğun geri verilmesini talep etme hakkı vardır. Çocuğu yanında bulunduran kişi bunun haklı bir sebebe dayandığını, örneğin; çocuğun mahkeme kararıyla veya kanundan dolayı kendisine verilmiş olduğunu ispat etmedikçe onu geri vermeye mecburdur⁵⁰. Buna rağmen, velayet hakkı ana babaya tek yanlı ve baskıcı bir egemenlik yetkisi tanımaz, bu ilişki iki yönlüdür, çocuk ana babaya olduğu kadar ana baba da çocuğa bağımlıdır, ana baba onun mutluluğunu ve isteklerini göz önünde tutarak çocuğu eğitmek ve topluma hazırlamakla yükümlüdürler. Alman hukukunda bu yönde medeni kanunun 1626. paragrafındaki “velayet hakkı” kavramı 18.07.1979 tarihli özel yasayla değiştirilerek “bakım hakkı” adı altında yeniden düzenlenmiştir⁵¹.

b). Çocuğa Ad Koyma Hakkı:

Çocuğa adını ana ve babası koyar (MK. m.339/5). Anlaşamamaları halinde babanın oyuna üstünlük tanınacağına dair eski MK. m.263 hükmü yeni Medeni Kanuna kadın erkek eşitliğine aykırı bulunduğu için alınmamıştır⁵². Ana baba çocuklarının adını koyma konusunda anlaşamazlarsa ne olacaktır? Ana baba anlaşamazlarsa mahkemeye başvurarak hakimden bu konuda kendilerine müdahalesini isteyebilirler (MK. m.195/1). Hakim, öncelikle eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir (MK. m.195/2). Ana baba

⁴⁹ ZEVKLİLER, ACARBEY, GÖKYAYLA, s.1121; AKINTÜRK, s.403; Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesine göre de; “Taraf devletler çocuğun ana babasından onların rızası hilafına ayrılmasına dikkat ederler” (m. 9/1).

⁵⁰ AKINTÜRK, s.404.

⁵¹ ZEVKLİLER, ACARBEY, GÖKYAYLA, s.1121

⁵² Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2002, s.436 (Madde Gerekçesi).

yine de anlaşamazlarsa hakimin belirleyeceği adın konulmasıyla soruna çözüm bulunmuş olacaktır⁵³. Kanaatimce, MK. m. 195, hakime bu yetkiyi vermemiştir. Kanun koyucu anlaşmazlık hususunda son kararı vermek için hakime yetki vermek isteseydi bunu 195. maddede açık olarak düzenleyebilirdi.

Çocuğa ad koyulmasının velayetin kapsamında düzenlenmesi bazı yazarlarca eleştirilmektedir⁵⁴. Bu şekildeki bir düzenlemeden, çocuğun adının yalnız velayete sahip ana baba tarafından konulacağı anlaşılabilir. Oysa çocuğun adını koyma aslında velayet hakkıyla ilgili olmayıp ana baba olmakla ilgilidir, bunun için ana baba velayet kendilerinden alınıp bir vasiye verilmiş olsa bile, yaşadıkları sürece çocuklarına ad koyma hakkına sahiptirler⁵⁵. Kanun metninde çocuğun vesayet altında olması halinde, vasi tarafından adının konulacağına ilişkin her hangi bir düzenleme de yoktur.

Çocuk, ana baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır (MK. m.321). Ana babanın evliliğinin sonradan sona ermesi çocuğun soyadının değişmesine yol açmaz⁵⁶.

Ana baba çocuğun adını koyarken de onun yararlarını gözetmeli, çocuğu küçük düşürecek, gülünç ve arkadaşları arasında alay konusu olmasına yol açacak adlar koymamalıdır.

c). Çocuğun Yerleşim Yeri:

Velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir (MK. m.21/1). Ana ve babanın ortak bir yerleşim yerinin bulunmaması, eşlerin ayrı yaşaması veya boşanma davası sırasında çocuğun geçici önlem olarak henüz velayet hakkına sahip olmayan ana ya da babaya bırakılması halinde ortaya çıkar. Bu hallerde çocuğun yerleşim yeri, çocuk kendisine bırakılan ana veya babanın yerleşim yeri olacaktır. Buradaki “çocuğun kendisine bırakıldığı” deyimini, fiilen çocuğu yanında alıkoyan ana veya babayı değil, bırakılmanın bir hakka dayanmasını ifade etmek üzere kullanılmıştır. Bir başka deyişle, buradaki alıkoymak, fiili durumu değil, hukuka uygun

⁵³ AKINTÜRK, s.404. Dural Aksi görüşte; Eşlerin ortak çocuklarının adı üzerinde uyuşamadıkları hallerde hakim eşlerin yerine çocuğun adını belirleyemez, Bkz. DURAL, s.248.

⁵⁴ ZEVKLİLER, ACARBEY, GÖKYAYLA, s.1122; AKINTÜRK, s.347.

⁵⁵ ZEVKLİLER, ACARBEY, GÖKYAYLA, s.1122, AKINTÜRK, s.404.

⁵⁶ Yargıtay 2.H.D. 30.06.2003 T. E. 2003/8160, K. 2003/9834 (Yayınlanmamış karar).

bırakılmayı, ifade eder⁵⁷. Diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeridir (MK. m.21/1). Diğer hallerden anlaşılması gereken ana babanın velayet hakkına sahip olmadığı, çocuğun da bunlardan birinin korumasına bırakılmadığı durumlarıdır⁵⁸.

Çocuk, vesayet altında ise, yasal yerleşim yeri, bağlı olduğu vesayet makamının bulunduğu yerdir (MK. m.21/2).

d. Çocuğun Bakımı:

Eşler, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler (MK. m.185/2) ve kural olarak, bu yükümlülük, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder (MK. m.328/1). Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa (bu genellikle üniversite eğitimi olur), ana ve babanın durum ve koşullarına göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler (MK. m.328/2)⁵⁹.

Ana babanın bakım yükümlülüğü besleme, giydirme, barındırma, tedavi gibi yükümlülüklerini kapsar. Ana baba, çocuğun kişisel ihtiyaçlarını karşılamanın yanı sıra, zihinsel ve duygusal gelişimi için de ellerinden geleni yapmalıdırlar. Bakım borcu, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 27.maddesinde de düzenlenmiş ve bu kapsamda taraf devletlere de bir takım görevler yüklenmiştir. Buna göre; taraf devletler, ulusal durumlarına göre ve olanakları ölçüsünde, ana babaya ve çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere, çocuğun bu hakkının uygulanmasında yardımcı olmak amacıyla gerekli önlemleri alır ve gereksinim olduğu takdirde özellikle beslenme, giyim ve barınma konularında maddi yardım ve destek programları uygulatırlar. Sözleşmenin 24.maddesinde ise; çocuğun sağlığının korunması devlete yüklenmiş bir görev olarak düzenlenmiştir.

Velayet ana babadan kaldırılırsa da ana babanın, çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümü devam eder (MK. m.350). Çünkü, ana babanın bakım

⁵⁷ Bkz. Madde Gerekçesi, s.336.

⁵⁸ Bkz. Madde Gerekçesi, s.336.

⁵⁹ Yargıtay 2.H.D. 17.09.2003, E. 2003/10282, K. 2003/11461; "Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba, durum ve koşullara göre, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler (MK. m.328/2). Ergin çocuk, koşulları varsa ana ve babasından yardım nafakası talebinde bulunabilir (MK. m.364). Tarafların müşterek çocuğu Adem'in ergin olduğu gözetilmeden, kendisi tarafından açılmış bir yardım nafakası davası da bulunmadığı halde, bu çocuk için davalı babanın iştirak nafakası ile yükümlü tutulması yanlıştır" (Yayınlanmamış karar).

borcu, velayete sahip olmaya bağlı olmayıp ana baba olmakla ilgilidir. Çocukların bakım masrafları, ana baba arasında evlenme sözleşmelerindeki malların yönetiminde kabul ettikleri usule göre paylaşılır. Çocuğun bakım masrafları, ana babanın ekonomik gücü yeterli değilse, öncelikle onun gelirinden karşılanır.

e). Çocuğun Eğitilmesi ve Yetiştirilmesi:

Çocuğun genel olarak yetiştirilmesi, mesleki eğitimi ve dini eğitimi velayet hakkına sahip ana babanın hem hakları hem de ödevleridir⁶⁰. Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitmek ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlamak ve korumak zorundadır (MK. m.340/1). Ana baba, çocuğa en başta genel bir eğitim vermek, ona toplum içinde, diğer kişiler arasında nasıl davranması gerektiğini öğretmek, üstün değer yargılarını aşılama ile yükümlüdürler⁶¹. Genel eğitimden anlaşılması gereken, çocuğun erdemli, onurlu, vatanını ve milletini seven dürüst ve namuslu bir insan olarak yetişmesi için gerekli olan öğütlerde bulunmak, çocuğa daima iyi şeyler öğretmek, onun kötü yollara sapmaması ve kötü alışkanlıklar edinmemesi için her türlü çabayı sarf etmektir⁶². Çocuk, kişisel ilgi ve yeteneklerini geliştirebilecek, sosyal yaşama bağımsız ve sorumluluklarının bilincinde bir kişi olarak katılabilecek biçimde yetiştirilmelidir. Ana babanın bu görevlerini ihmal etmeleri ya da çocuğun yararının ve gelişmesinin tehlikeye düşmesi halinde, hakim in çocuğun korunması için uygun önlemleri alması gerekir (MK. m.346)⁶³. Kanaatimce, ana baba çocuğu zorunlu olan sekiz yıllık ilköğretim okuluna göndermiyorsa bu eğitim görevlerini ihmal ediyorlar demektir⁶⁴.

Çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı da ana ve babaya aittir (MK. m.341/1). Dini eğitim genel eğitimin bir parçasını oluşturur. Bu konuda da ana veya babadan birine üstünlük tanınmamıştır. Ana baba arasında dini eğitim konusunda bir anlaşmazlık çıktığı, örneğin; baba çocuğa İslam dinini, ana ise Hıristiyanlık dinini öğretmek istediği takdirde çözüm hakime kalacaktır⁶⁵. Ancak, yukarıda da değindiğimiz

⁶⁰ OğUZMAN-DURAL, s.277; AKINTÜRK, s.405; DURAL, s.523.

⁶¹ ZEVKLİLER, ACARBEY, GÖKYAYLA, s.1122.

⁶² AKINTÜRK, s.405.

⁶³ Hakkı ÖZLÜ; Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Adil Yayınevi, Ankara 2002, s.36.

⁶⁴ Ülkemizde, 16.08.1997 tarih ve 4306 sayılı kanun (18.08.1997 tarih ve 23084 sayılı R.G)'un 1.maddesiyle zorunlu ilköğretim sekiz yıla çıkartılmıştır ve halen öğrencilerin kitap ve başka bazı ihtiyaçları Devlet tarafından karşılanmaktadır.

⁶⁵ AKINTÜRK, s.407.

gibi hakim, ana babanın yerine geçerek çocuğa öğretilecek dini belirleyemez. Ana baba bu hakka dayanarak çocuğu istedikleri dinde ve inançta yetiştirebilirler⁶⁶. Ana ve babanın bu konudaki haklarını sınırlayacak her türlü sözleşme geçersizdir (MK. m.341/2). Çocuk ergin olunca, istediği dini seçmekte özgürdür (MK. m.341/3).

Medeni Kanun, velayete sahip olan ana babaya, çocuklarını hangi dine göre yetiştirecekleri, bu eğitimin kapsam ve süresini nasıl belirleyecekleri hususlarında geniş bir serbestlik tanımıştır. Ancak, bu serbestliğin sınırlarını, velayetin kapsamına giren diğer bütün haklarda olduğu gibi, çocuğun yararları belirler. Çünkü, ana babanın çocuk üzerinde sahip olduğu hakların varlık nedeni, çocuğun daha iyi yetiştirilmesini ve böylelikle yararını sağlamaktır. Bunun için ana baba, çocuğa istedikleri dini eğitimi verirken onun bedeni, fikri ve psikolojik gelişimi bakımından zararlı sonuçlar doğurabilecek eylemlerden kaçınmalıdırlar⁶⁷.

Çocuk özel bir eğitime muhtaçsa, ana baba olanakları oranında çocuğa bunu da sağlamalıdırlar. MK. m.340/2 hükmü gereğince ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel özürlü olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlarlar. Bu yükümlülük, özürlü çocukların bakımı ve eğitiminin zorluğu karşısında bir bakıma devlete de yüklenmiş ve Anayasanın 42. maddesinde, Devletin, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanlar hakkında, onları topluma yararlı kılacak tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 23. maddesinde de, taraf devletlere, zihinsel veya bedensel özürlü çocukların saygınlıklarını güvence altına alan, özgüvenlerini geliştiren ve toplum hayatına etkin bir şekilde katılmalarını kolaylaştıran tedbirleri alma ödevi yüklendikten sonra; taraf devletlerin, özürlü çocukların eğitilmeleri, tıbbi bakım ve rehabilitasyonları, dinlenip eğlenmeleri hususlarında ana babaları ile onlara bakmakla yükümlü diğer kimselere yardım edilmesi, hükme bağlanmaktadır.

Bundan başka ana baba, çocuğa bir mesleki eğitim yaptırmakla da yükümlüdürler (MK. m.340/2). Çocuk, ancak mesleki eğitim sayesinde kendine ve topluma yararlı hale gelebilir. Mesleki eğitim, çocuğa hem ekonomik bağımsızlık kazandırır, hem de onun üzerinde duygusal ve ahlaki bakımdan olumlu etkilerde bulunur⁶⁸. Ana baba, çocuğun ileride bir meslek ve sanat sahibi olabilmesini sağlamak

⁶⁶ ZEVKLİLER, ACARBEY, GÖKYAYLA, s.1123.

⁶⁷ ÖZTÜRK, s.112.

⁶⁸ AKYÜZ, Velayet, s.660.

üzere imkanlarını seferber etmeli, çocuğu gerekirse meslek okuluna, kursa göndermeli, usta yanına vermelidir.⁶⁹ Ana baba eğitim görevlerini çocuğun yetenek ve eğilimlerini göz önünde tutarak kendi ekonomik güçleri ölçüsünde yerine getirmelidir (MK. m.340/1). Ana baba, çocuğun eğitimi ve geleceği konusunda karar alırken öncelikle onun yararlarını göz önünde tutmalı, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınmalı; önemli konularda da olabildiğince onun düşüncesini almalıdırlar (MK. m.339).

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 18. maddeleri, çocuğun yetiştirilmesi sorumluluğunun ilk önce ana babaya ait olduğunu, onların bu sorumluluğu çocuğun yeteneklerinin gelişmesi ile uyumlu olarak ve yararını göz önünde tutarak yerine getireceklerini; Devletin de, çocuğun bu konudaki haklarının güvence altına alınması için ana baba ya da vasilere gerekli yardımları yapacağını hükme bağlamıştır.

f. Çocuğun Görüşlerinin Dikkate Alınması:

Velayet hakkının amacı, çocuk erginliğe ulaşım velayet sona erince, çocuğu, bağımsız, kendi kararlarını kendisi verebilecek ve kendi yararlarını koruyabilecek fikri olgunluğa ulaştırmaktır. Ana baba çocuğu böyle bir amaca doğru yavaş yavaş yetiştirirler. Çocuk ana babasının koruması altında ve rehberliğinde geliştikçe, ileride bu rehberliğe ihtiyacı giderek azalır. Ana baba velayetin kullanılması sırasında çocuğu ilgilendiren kararları verirken, onun görüşlerine, isteklerine değer verirlerse, çocuk amaçlanan bu olgunluğa ulaşabilir⁷⁰.

Medeni Kanunda, bazı konularda karar verilirken çocuğun görüşünün alınmasını zorunlu kılan hükümler de düzenlenmiştir. Örneğin; on beş yaşını dolduran çocuğun mahkemece ergin kılınabilmesi için, çocuğun kendi isteği gerekir (MK. m.12); aynı şekilde, ayırt etme gücüne sahip çocuk, rızası olmadıkça evlat edinilemez (MK. m.308/2). Yukarıda da değindiğimiz gibi, ana baba çocuğun eğitimi ve geleceği konusunda karar alırken öncelikle onun menfaatlerini göz önünde tutmalı, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınmalı; önemli konularda da olabildiğince onun düşüncesini almalıdırlar (MK. m.339).

⁶⁹ ZEVKLİLER, ACARBAY, GÖKYAYLA, s.1123.

⁷⁰ AKYÜZ, Velayet, s.651.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12.maddesine göre de; sözleşmeye taraf devletlerin, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun ilgili olduğu bütün sorunlar hakkında, görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını tanyacakları, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, ifade ettiği isteklerine, gereken özenle saygı gösterilmesini güvence altına alacakları düzenlenmiştir.

g). Çocuğun Söz Dinleme Yükümlülüğü:

Eski Medeni Kanundaki tedip hakkı yeni Medeni Kanunda düzenlenmemekle birlikte çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür (MK. m.339/2). Tedip hakkı (uslandırma hakkı) çocukların, ana ve babalarının sözünü dinleme, onlara itaat etme yükümlülüğüne uymamalarının yaptırımı olarak düzenlenmişti. Tedip hakkı ana babaya; çocuğa öğüt verme, uyarılarda bulunma, sert davranma ve gerekirse onu dövme hakkı veriyordu. Yeni Medeni Kanun tedip hakkını düzenleyen 267. maddeyi her halde yaşadığımız çağın gereklerine ve Çocuk Hakları Sözleşmesinin ruhuna uygun bulmamış olacak ki benimsememiş ve bünyesine almamıştır⁷¹.

Çocuğun söz dinleme yükümlülüğü, ana babanın çocuğu eğitme, çocuğun da itaat etme ödevinin bir bütünleyicisidir. Amacı, çocuğun ana babanın istekleri doğrultusunda eğitimini ve itaatini sağlamaktır. Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar (MK. m.339/1).

Çocuğun söz dinleme yükümlülüğü sınırsız değildir. Öncelikle, kararlara uyma ödevi, içerik yönünden velayetin amacı ile sınırlıdır. Ana baba, çocuktan ancak onun yararına olan kararlara uymasını beklemelidir. Çocuk, ana babanın kendisi için hukuka ve ahlaka aykırı ya da ağır zararlara sebep olacak talimatlarına uymak zorunda değildir. Bu tür talimatlara karşı çocuk MK. m.346 ya göre, hakimin müdahalesini isteyebilir. Buna göre; çocuğun yararı ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alacaktır. Bu hükümde hakime uygun önlemleri almada geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Önlemlerin alınmasındaki ve seçilmesindeki amaç, çocuğun yararını sağlamak ve çocuğun gelişmesini tehlikeye düşüren durumu ortadan kaldırmaktır. Bu

⁷¹ AKINTÜRK; s.408.

önlemlerin alınmasını çocuğun korunmasında yararı olan her ilgili kişi hakimden isteyebilir⁷². Kanaatimce, burada amaç çocuğun yararını korumak olduğundan, çocuğa da hakimden önlem alınmasını talep yetkisi tanınmalıdır. Burada, “hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır” demek suretiyle hakime de, kendiliğinden harekete geçme ve yararı veya gelişmesi tehlikede olan çocuğun korunmasına yönelik önlemleri alma konusunda bir sorumluluk yüklenmiştir. Hakim, çocuğun bu durumundan önüne gelen bir davayı görürken haberdar olabilir. Esasında, Çocuk Koruma Kanununda, çocuk mahkemesi hakimine de, korunma ihtiyacı olan ve suçta sürüklenen çocuklar hakkında, buna benzer görevler verilmiştir (Çocuk Koruma Kanunu m.5).

Ana baba da, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınmalı, önemli konularda karar almadan önce onun düşüncesini almalıdırlar (MK. m.339/3). Örneğin; çocuk yatılı okula gitmek istemiyorsa, söz dinleme yükümünden bahsedip onu yatılı okula gitmeye zorlamamak gerekir.

Çocuk haklı bir sebep olmadan kararlara uymaktan kaçınırsa, ana baba da MK. m.346 ve 347 deki önlemlere başvurabilir⁷³. Buna göre; çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalır ya da çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozarsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa hakim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir (MK. m.347/1,2).

Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır (MK. m347/3).

f). Çocuğun Temsili:

Ana ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler (MK. m.342/1). İyi niyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler (MK. m.342/2). Bu yeni hüküm iyi niyetli üçüncü kişileri korumak amacıyla düzenlenmiştir. Yeni Medeni Kanun çocuğun temsilinde ve dolayısıyla velayetin kullanılmasında ana babanın birlikte hareket etmesi ilkesini benimsediği ve içlerinden birine üstünlük tanımadığı için, iyi niyetli üçüncü

⁷² AKINTÜRK, s.430.

⁷³ ÖZLÜ; s.34.

kişilerin korunmasına yönelik bu düzenleme yerinde olmuştur⁷⁴. Bu durumda, üçüncü kişinin, kötü niyetli olduğunun, diğer eşin işleme rızasının bulunmadığını bildiğinin veya gereken özeni gösterseydi bilebilecek durumda olduğunun ispatlanması söz konusu olmadıkça yapılan işlem geçerli olacaktır⁷⁵. Önceki kanun bu konularda sonuçta babanın oyuna üstünlük tanımış olduğu için, buna benzer bir hükme ihtiyaç duyulmuyordu⁷⁶.

Vesayet makamının iznine bağlı hususlar dışında, kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler, velayetteki temsilde de uygulanır (MK. m.342/3). Bazı hukuki işlemlerde vasilerin vesayet dairelerinden, yani vesayet ve denetim makamlarından önceden izin almaları gerekirken, aynı konularda işlem yaparken velilerin böyle bir zorunluluğu yoktur; veliler bu işlemleri de diğer işlemler gibi vesayet dairelerinden izin almaksızın yapabilirler. Örneğin vasinin, vesayeti altındaki kısıtlıya ait bir taşınmaz üzerinde bir aynı hak kurabilmesi MK. m.462/1.bent uyarınca vesayet makamının iznine bağlıdır. Buna karşılık, velinin velayeti altındaki küçüğe ait bir taşınmaz üzerinde bir aynı hak kurabilmesi, vesayet makamının iznine tabi olmadığı gibi, hakimin bu işlemleri sonradan onaylaması da söz konusu olmaz. Ergin çocuklar kısıtlanarak vesayet altına alınmayıp da velayet altında bırakıldıklarında da velilerin vesayet dairelerinden izin almaları gerekmez⁷⁷.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler, yasal temsilcilerinin (veli veya vasi) rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir (MK. m.16/1). Velayet altındaki çocuk, fiil ehliyeti yönünden, vesayet altındaki çocuk gibidir. Bu durumda, velayet altındaki çocuk, ayırt etme gücüne sahip değilse tam ehliyetsiz; ayırt etme gücüne sahip küçük yada kısıtlıysa, sınırlı ehliyetsizdir. Tam ehliyetsizlik halinde, kanuni temsilcinin (velayet hakkına sahip ana babanın) izin ya da icazeti olsa bile tam ehliyetsizin yaptığı tasarruflar hukuki bir hüküm ifade etmez (MK. m.15). Bazı kişiye sıkı surette bağlı hakların kullanılması (manevi tazminat davası açma) dahil olmak üzere, bütün hukuki işlemleri onun velisi yapar.

⁷⁴ Bkz. Madde Gereğesi; s.437.

⁷⁵ Ahmet KILIÇOĞLU; Medeni Kanunumuzun Aile Miras Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, 1.Bası, Mart 2003 Ankara, s. 137-138.

⁷⁶ AKINTÜRK; s.409.

⁷⁷ Bkz. AKINTÜRK; s.409, 410, 411.

Velayet altındaki çocuk sınırlı ehliyetsizse, kendisini borç altına sokan işlemleri, velisinin izniyle yapabileceği gibi, veli de bu işlemleri onun adına yapabilir (MK. m.16).

Velayet altındaki çocuğun yasal temsilcisi, velayet hakkına sahip olan ana ve babadır (MK. m.342/1). Çocuğu temsil etme yetkisi, velayet hakkının devamı olduğu için, ana baba tarafından birlikte kullanılır. Temsil yetkisi, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve mallarının yönetimi için gerekli bulunan işlemleri kapsar.

Velayet hakkına sahip ana baba temsil yetkisini kullanarak çocuğun mallarını başkasına bağışlayamazlar, çocuk adına bir başkasının borcuna kefil olamazlar⁷⁸. Ayrıca, çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak hukuki işlemlerde de ana baba çocuğu temsil edemez. Bu durumda çocuğun borç altına girebilmesi için, çocuğa bir kayyım tayin edilmeli ve yapılan işlem hakim tarafından onaylanmalıdır (MK. m.345)⁷⁹. Ana baba velayet hakkının kendilerine verdiği çocuğu temsil yetkisini çocuğun yararını gözeterek kullanmalıdır, ana babanın kendi çıkarlarına yönelik hareketlerini kanun korumamaktadır⁸⁰.

Ana baba, yasal temsilci olarak çocuğu mahkemelerde temsil etme hakkına da sahiptirler ve çocuğun taraf olduğu davalarda onun adına usuli işlemleri de yapabilirler.

2. Çocuğun Malvarlığına İlişkin Hak ve Ödevler:

Ana babanın çocuğun malvarlığı üzerinde yönetim (MK. m.352) ve kullanma (MK. m.354) hakları vardır.

Çocuğun mallarını kullanma ana baba için sadece bir hak iken, malvarlığının yönetimi onlar için aynı zamanda bir yükümlülük niteliğini taşır. MK. m.352' de bu yükümlülük ve uymamanın yaptırımını açıkça düzenlenmiştir.

⁷⁸ TEKİNAY, s.494; AKINTÜRK; s.412

⁷⁹ Daha geniş bilgi için, bakınız; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.241 (Tekinay, Kişiler Hukuku); Kemal OĞUZMAN - Özer SELİÇİ, Kişiler Hukuku Dersleri, 4.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s.51 vd.

⁸⁰ ÖZLÜ; s.43.

a). Çocuğun Mallarının Yönetimi:

Ana ve baba, velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler (MK. m.352/1). Bu hak, ana babalık sıfatı ile ilgili olmayıp, velayet hakkı ile ilgilidir ve onun ayrılmaz bir parçasını teşkil eder⁸¹. Velayet hakkı ana babadan sadece birindeyse, malları yönetme hakkı da tek başına ona aittir.

Evlilik sona erince velayet ana babadan sadece birine verileceğinden, çocuğun mallarını yönetim hakkı da velayet kendisine verilen ana babada olacaktır. Bu durumda, velayet kendisinde kalan eş, hakime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır (MK. m.353). Kanaatimizce; bu düzenlemenin amacı, velayet hakkına ve yönetim hakkına tek başına sahip olacak ana babayı, çocuğun mallarını sorumsuzca harcama noktasında, kontrol altında tutmaktır. Evlilik devam ettiği sürece ana baba velayeti ve yönetim hakkını birlikte kullanacaklarından karşılıklı olarak birbirlerini kontrol edebilirler. Ayrıca velayet sonradan durumun değişmesi (MK. m.183) halinde yeniden düzenlenebileceğinden, boşanma sonrasında velayete sahip taraftan alınıp, diğer tarafa verilme ihtimali de gözden uzak tutulmamalıdır. Bu halde çocuğun malları velayet kendisine verilen tarafa eksiksiz olarak ve hesabı verilerek devredilmelidir. Aksi halde velayete ve yönetim hakkına tek başına sahip olan tarafa çocuğun malları üzerinde sınırsız bir tasarruf yetkisi verilmiş olurdu.

Ana baba, çocuğun mallarının yönetimine ilişkin gerekli her şeyi yapmak yetkisine sahiptirler. Örneğin, ocuğun mallarını satabilir, parasını faize yatırabilir, çocuğa ait ticari işletmeyi işletir ya da tasfiye edebilirler⁸².

Ana baba çocuğun mallarını yönetirken, kural olarak, hesap vermek ve güvence göstermek zorunda değillerdir (MK. m.352/1). Ana ve baba, yönetim hakkını kullanırken vasilerin tabi olduğu kayıt ve şartlara bağlı olmamakla beraber, yönetim hakkını bizzat kendi çıkarlarına göre değil, çocuğun yararına uygun olarak kullanmak ve tedbirli bir yönetici gibi davranmak zorundadırlar⁸³. Çünkü ana ve baba, çocuk

⁸¹ Serkan AğLAYAN; Velayet Hakkı erevesinde Ana Babanın Küçüğün Malvarlığı Üzerinde Sahip Olduğu Hak ve Ödevler ile Küçüğün Malvarlığının Ana Babasına Karşı Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997, s.16.

⁸² OğUZMAN-DURAL, s.283.

⁸³ AğLAYAN, s.21.

mallarının geri verilmesinde vekil gibi sorumludurlar (MK. m.363/1). Ancak, ana ve baba bu görevlerini gerektiği şekilde yerine getirmezlerse veya kötüye kullanırlarsa, malları yönetme yetkisi hakimın müdahalesiyle ellerinden alınabilir (MK. m.352/2) ve yönetim bir kayyıma verilir (MK. m.361).

Ana baba, çocuk mallarını yönetirken, dürüstlük kuralına uygun olarak, başkasına devrettikleri malların yerine, sadece aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlüdürler (MK. m.363/2). Kanuna uygun olarak çocuk veya aile için yaptıkları harcamalardan dolayı tazminatla yükümlü tutulmazlar (MK. m.363/3).

Ana babaya çocuğun mallarının yönetimi hususunda tanınmış olan bu hak, velayete sıkı sıkıya bağlıdır; ana ve baba veya onlardan biri bu haktan feragat edemez veya biri yönetimi diğerine devredemez. Ana ve baba bu hakkı da birlikte kullanırlar ve yükümlülüğü birlikte yerine getirirler⁸⁴.

Yönetim hakkının kapsamına, çocuğun serbest malları dışında kalan diğer bütün malları girer. Yönetim hakkının kullanılması, yönetim kapsamına giren mallar üzerinde fiili egemenliği de gerektirdiği için, ana ve baba çocuğun mallarının ferî zilyedidirler⁸⁵.

b). Çocuğun Mallarını Kullanma Hakkı:

Ana ve baba, kusurları sebebiyle velayetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler (MK. m.354).

Kullanma hakkının varlığını haklı gösteren sebep, aile birliğine esas teşkil eden karşılıklı yardım yükümlüdür. Ailenin bir bireyi olan ve kendi yararlarını tek başına koruyabilecek güce ve yetkinliğe sahip olmayan çocuğun, ana babası tarafından korunması ve ana babanın onun adına mallarını yönetmeleri, hem ahlakın hem de hukukun bir gereğidir. Çocuğun mallarından yararlanma hakkı, ana babaya çocuğun mallarını yönetmelerinin, onun bakım ve eğitim masraflarını yüklenmelerinin karşılığı olarak tanınmıştır⁸⁶.

Daha önceki kanunda (m.280), ana ve babaya çocuğun malları üzerinde “intifa” hakkı tanınmışken, yeni kanunda daha sınırlı bir anlamı olan kullanma hakkının

⁸⁴ AKINTÜRK; s.415.

⁸⁵ AKINTÜRK, s.415.

⁸⁶ ÇAĞLAYAN, s.38.

varlığı tercih edilmiştir. Bu değişiklik çocuğu korumak amacıyla yapılmıştır⁸⁷. Kullanma hakkı velayetin ana babanın kusuru olmaksızın kaldırıldığı hallerde de devam eder (MK. m.354). Velayet hakkı, ana babadan yalnızca birinden kusuru sebebiyle kaldırılmışsa, kullanma hakkı diğerine ait olur. Velayet, ana babanın her ikisinden kaldırılmakla beraber, sadece birisi bakımından kusura dayanıyorsa, diğerinin kullanma hakkı devam eder⁸⁸. Bu hak, çocuk ergin oluncaya kadar devam eder ve ana baba bu hakkı birlikte kullanırlar. Buna göre, kısıtlanıp da velayet altına konulan çocukların malları üzerinde, ana babanın yararlanma hakları yoktur⁸⁹.

Kullanma hakkı, çocuğa ait malları ekonomik fonksiyonuna uygun olarak kullanma (çocuğa ait evde oturma), bu malların gelirlerini elde etmek (çocuğa ait ev veya dükkanın kiralarını toplama) şeklinde kullanılabilir.

Çocuğun mallarının gelirlerinin nasıl harcanacağı MK. m.355'de düzenlenmiştir. Buna göre, ana ve baba, çocuk mallarının gelirlerini öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için; hakkaniyete uyduğu ölçüde de aile ihtiyaçlarını karşılamak üzere sarf edebilirler. Gelir fazlası çocuk mallarına katılır. Oysa önceki kanunda, çocuk mallarının gelirlerinin kalan kısmının karı kocadan hangisi aile masrafiyle mükellef ise ona ait olacağı düzenlenmişti (Eski MK. m.281).

Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler, kural olarak, ana ve baba tarafından karşılanır (MK. m.327/1). Ana ve baba, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağandışı herhangi bir sebebin varlığı halinde, hakimin izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar sarf edilebilir (MK. m.327/2).

c. Çocuğun Ana Babanın Yönetim ve Kullanma Hakkı Dışındaki Serbest Malları:

Çocuğun bazı malları ana babanın yönetim ve kullanma hakkının dışında tutulmuştur. Bunlar; çocuğa yapılan şartlı bağışlamalar (MK. m.357/1), çocuğun saklı payı (MK. 358), kendi kişisel kazancı ve çocuğa bir meslek veya sanatla uğraşması için verilen mallardır (MK. m.359/1).

⁸⁷ Bkz. Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2002, s.78 (Tutanaklarla TMK).

⁸⁸ ÇAĞLAYAN, s.51.

⁸⁹ AKINTÜRK, s.422.

Ana ve baba, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendi yararlarına harcamazlar. Kazandırmada bulunan kişi, kazandırma sırasında açıkça aksini öngörmedikçe, ana ve baba bu kazandırmalar üzerinde yönetim hakkına sahiptir (MK. m.357).

Ölüme bağlı tasarruf yoluyla da çocuğun saklı payı ana ve babanın yönetim hakkı dışında bırakılabilir. Miras bırakan, bu malların yönetimini ana baba dışında bir üçüncü kişiye bırakmışsa, ölüme bağlı tasarrufta, bu kişinin belli zamanlarda sulh hakimine hesap vermesini de öngörebilir (MK. m.358).

Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa ait olur. Çocuk, bu durumda ana babasıyla aynı evde birlikte yaşıyorsa, ana baba çocuktan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyebilirler (MK. m.359).

d. Yönetim ve Kullanma Hakkının Sona Ermesi:

Ana ve baba, velayetleri veya yönetim hakları sona erince, çocuğun mallarını, hesabıyla birlikte ergin çocuğa, vasisine veya kayyıma devredeceklerdir (MK. m.362).

Ana ve babanın, çocuk mallarını geri vermesinde daha önceki Medeni Kanundan farklı bir düzenleme getirilmiştir. Eski Medeni Kanunun 288/1. maddesinde, ana babanın çocuğun mallarını iade ederken intifa hakkı sahibi gibi sorumlu olacakları düzenlenmişken MK. m.363/1 de, vekil gibi sorumlu olacakları belirtilmiştir.

Ana baba bu kapsamda, dürüstlük kuralına uygun olarak başkasına devrettikleri malların yerine, sadece aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlüdürler (MK. m.363/2). Ana baba, kanuna uygun olarak, çocuğun mallarından, çocuk veya aile için yaptıkları harcamalardan dolayı, tazminatla da yükümlü tutulamazlar (MK. m.363/2).

II. VELAYETİN ANA BABA TARAFINDAN BİRLİKTE KULLANILMASI VE ANLAŞMAZLIK HALİ:

Evliliğin devamı süresince velayeti ana ve baba birlikte kullanırlar (MK. m.336/1). Birlikte kullanmadan kastedilen, velayete sahip olan ana babanın, velayete ilişkin hak ve yükümlülüklerini yerine getirirlerken karar sürecinde birbirlerinin görüşlerini almaları, görüş ayrılığında ise sonuca uzlaşarak ulaşmalarıdır. Eski Medeni Kanundaki velayete ilişkin hak ve yetkilerin kullanılmasında ana baba arasında anlaşmazlık çıkması halinde babanın oyuna üstünlük tanınacağına ilişkin hüküm (Eski MK. m.263/c.2) yeni Medeni Kanunda düzenlenmemiştir. Maddenin gerekçesine göre, bu hüküm, kadın erkek eşitliğine aykırı bulunduğu için maddeye alınmamıştır⁹⁰. Çünkü, böyle bir düzenleme açıkça Anayasaya aykırılık oluştururdu. Anayasanın 10.maddesinde yer alan “herkes kanun önünde eşittir” kuralı, cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmamasını da öngörmektedir. Ayrıca, Anayasanın 41.maddesindeki değişiklikle “aile, Türk toplumunun temelidir” cümlesine eklenen, “ve eşler arasında eşitliğe dayanır” hükmü gereğince, aile içinde kadın erkek eşitsizliğini içeren maddeler açıkça Anayasaya aykırılık oluşturacaktır.

Uluslararası hukuk yönünden ise, başta, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve ek ihtiyari protokol olmak üzere taraf olduğumuz diğer uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerimiz, yasalarda var olan kadın-erkek eşitsizliğini içeren hükümlerin kaldırılmasını zorunlu kılmaktadır.

Velayete ilişkin hakların kullanılması konusunda, eşler arasında, çocuğa ad konması, mesleki eğitim alanının kararlaştırılması, çocuk mallarının yönetimi ve kullanılması, ayırt etme gücüne sahip fakat ergin olmayan çocuğun ergin kılınması, nişanlanması ve evlenmesine izin verilmesi gibi konularda anlaşmazlık çıkabilir.

Medeni Kanuna velayet kullanılırken babanın oyuna üstünlük tanınacağına ilişkin hüküm alınmadığına göre; velayete ilişkin bir hakkın kullanılması sırasında ana baba arasında anlaşmazlık çıktığında buna nasıl çözüm bulunacağı sorusu akla gelebilir.

Bu halde MK. 195.madde gereğince eşler ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilirler. Hakim eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır,

⁹⁰ Bkz. Madde Gereğesi, s.436.

uzlaştırmaya çalışır ve onların ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir, istem üzerine de kanunda öngörülen önlemlere başvurabilir. Bu hüküm hakime, istem üzerine eşlerin ayrı yaşamalarına, eşlerin meslek ve işine, eşlerin çocuklarla ilişkilerine, evlilik birliğine ilişkin katkılara yönelik önlem hükmünde kararlar verme yetkisini tanımıştır⁹¹.

Bu düzenleme, ana baba arasındaki tartışmalı konuda karar verecek olan hakimin, aile ilişkilerine müdahale etmesinin, bireysel özgürlük ve aile düzeni açısından sakıncalı olmasından dolayı eleştirilmiştir⁹².

Yeni düzenleme, Medeni Kanunun komisyonlardaki ve genel kuruldaki görüşmeleri sırasında bazı milletvekilleri tarafından da eleştirilmiştir. Buna göre; “velayeti eşler birlikte kullanır, anlaşamazlarsa, babanın reyi muteberdir” hükmünün varlığını koruması gerekir. Demokratik toplumda her kurulun bir başkanı vardır. Eşitlik halinde bu başkanın oyu üstün tutulmaktadır. Bu hükmün kaldırılmasıyla ve evin reisinin koca olduğu hükmünün kaldırılmasıyla ailede bir başkan olmadığı için anlaşmazlıkların çözümü için hakime gidilecektir. Her anlaşmazlık konusunda hakim karşısına taşınan ailede huzur ve mutluluk olmayacaktır⁹³.

Yeni Medeni Kanun, eşler arasında eşitlik ilkesini tam ve gerçek anlamıyla benimsediği ve dolayısıyla da uyuşmazlık hallerinde karar vermede eşlerden birine öncelik ve üstünlük tanımadığı içindir ki, ortaya çıkabilecek uyuşmazlık hallerinin sayıca eskisinden fazla olabileceği ve her uyuşmazlığın çözümlenmesinde hakimin müdahalesiyle karşılaşılacağı de gözden uzak tutulmamalıdır⁹⁴. Buna karşılık, hakimin sık sık aile işlerine karışmasının doğru olmayacağı, ayrıca her küçük anlaşmazlığı bahane ederek mahkemeye başvurulmasının, aile içindeki dayanışma, anlayış ve uyum sağlama ilkelerini sarsabileceği; bu durumun, çocuğun psikolojik ve bedeni gelişimini de olumsuz yönde etkileyebileceği savunulmuştur⁹⁵. Ancak, unutmamak gerekir ki, hakim her anlaşmazlıkta kendiliğinden aile ilişkilerine karışmayacaktır. Bu konuda eşlerden birinin talebi gerekmektedir. Hakim, yalnızca çocuklarla ilgili konularda ve çocuğun yararının tehlikeye düşmesi halinde, kendiliğinden aile ilişkilerine karışabilir.

⁹¹ Bkz. Madde Gereğesi, s.383.

⁹² Bkz. Hakkı ÖZLÜ, s.19; OĞUZMAN-DURAL, s.274.

⁹³ Tutanaklarla TMK, s.29.

⁹⁴ AKINTÜRK, s.123.

⁹⁵ ZEVLİLER, ACARBAY, GÖKYAYLA, s.1119.

Ayrıca doktrinde, babanın oyuna üstünlük tanıyan hüküm ile ailenin yarar ve gizliliğinin gözetildiği, bu hükmün, velayetin babaya birinci, anaya ikinci derecede tanınması sonucunu doğurmayacağını, sadece ana baba arasında çıkacak bazı anlaşmazlıkların mahkemeye gidilmeksizin aile içinde halledilmesi amacıyla öngörölmüş pratik bir çözümden ibaret olduğu, bunun, eşlerden birinin diğetine hükmetmesine imkan sağlayan bir düzenleme değil, eşlerin anlaşamamaları halinde son sözü birisinin söylemesi yoluyla öngörölmüş bir çözüml yolu olduğu savunulmuştur⁹⁶.

Babanın oyuna üstünlük tanıyan görüş, sıkça da eleştirilmektedir. Buna göre; velayetin kullanılmasında babaya tanınan bu ayrıcalık, hem kadın erkek eşitliğine hem de çocuğun yararına aykırıdır. Çünkü, babanın denetimsiz otoritesi ve keyfiligi ancak, anaya, eşit söz hakkı tanınmasıyla bir ölçüde engellenebilir. Baba ister istemez anayla uzlaşmak zorunda kalır. Bu durum, yalnızca anaya kişilik ve onur kazandırmakla kalmaz, aynı zamanda çocuğun kişiliğini de olumlu yönde etkiler. Ana babanın görüş ayrılığında dışarıdan müdahalenin ailenin mutluluğu yönünden taşıdığı sakınca, bir türlü uzlaşmaz bir ana veya babanın denetimsizliğinin beraberinde getireceği sakıncaların yanında hafif kalır⁹⁷. Kanaatimce de, ana veya baba, diğere tarafın anlaşmazlık durumunda hakimin müdahalesini istemesine fırsat vermeden aralarında uzlaşma yolunu tercih edecek, diğetine kendi fikrini dayatmaya kalkmayacaktır. Çünkü, bu konudaki bir anlaşmazlık ve olaya hakimin müdahalesi, ileride daha büyük anlaşmazlıklara neden olabilecektir. Esasen aynı sakıncalar anaya velayetin kullanılmasında üstün oy hakkı tanınması durumunda da geçerli olacaktır. Kanaatimizce; bu düzenlemedeki amaç, velayetin kullanılmasında ana babaya eşit söz hakkı tanınması ve eşitliğin sağlanması değil, velayet kullanılırken çocuğun yararının daha iyi korunmasıdır. Aksi halde, velayetin kullanılmasında ana veya babadan birisine üstünlük tanımak, onun kararının her zaman çocuğun yararına olacağı sonucunu doğurur. Bu da kabul edilemez bir sonuçtur. Velayet kullanılırken bir konuda ana baba arasında farklı görüşler ortaya çıkmalıdır ki, çocuğun yararına olan karar alınabilsin. Örneğin; baba çocuğun lise öğrenimine devam etmesini istemiyor, anne istiyorsa, çocuğun yararı, okul eğitiminin yarım kalmaması yönündedir, böylesine önemli bir konuda babaya veya anaya üstün oy hakkı vermek, çocuğun yararının ikinci plana

⁹⁶ AKINTÜRK, s.344; ZEVKLİLER, ACARBEY, GÖKYAYLA, s.1118; KÖPRÜLÜ-KANETİ, s.249.

⁹⁷ ÖZTÜRK,s.69

atılması sonucunu doğurur. Ayrıca, anlaşmazlık çıktığında, duruma hakimin müdahalesiyle çocuğun yararları daha etkin korunmuş olacaktır, aksi halde, hakimin anlaşmazlıktan ve velayetin çocuğun zararına olacak şekilde kullanılmasından haberi dahi olmayacaktır.

İsviçre, Fransız ve Alman hukukunda da ana babanın anlaşamamaları halinde babanın oyuna üstünlük tanıyan hüküm kaldırılmış; İsviçre hukukunda, ayrıca bir düzenleme yapılmaktan kaçınılmış, konunun çözümü, evlilik birliğinin ve çocuğun korunmasına ilişkin hükümlere bırakılmış (İsviçre Medeni Kanunu m.297), Fransız hukukunda, eşlerden birinin vesayet makamına başvurması ve bu konudaki kararın vesayet makamı tarafından verilmesi öngörülmüş (Fransa Medeni Kanunu m.372/1), Alman hukukunda ise, ana babaya vesayet makamına başvurarak, bu makamdan, çocuk hakkında karar vermek konusunda kimin daha ehil olduğunun tespitini isteme hakkı tanınmıştır (Almanya Medeni Kanunu § 1628)⁹⁸. Türk Medeni Kanununda da, İsviçre hukukundakine paralel bir düzenleme yapılmıştır.

Bizce de, babanın oyuna üstünlük tanıyan düzenleme kadın erkek eşitliğine açıkça aykırıdır. Bununla beraber, bu düzenlemenin sakıncaları, kadın erkek eşitliği açısından değil, velayetin kullanılmasından doğrudan etkilenen çocuğun yararlarının korunması açısından ele alınmalıdır. Babanın bu konuda denetimsiz kalması, bazen çocuğun yararını olumsuz yönde etkileyebilir. Bu durumda anaya, babanın kararının çocuğun yararlarına aykırı olduğunu ciddi şekilde düşünmesi halinde, itiraz ve hakimin müdahalesini isteme imkanı tanınarak, babanın bu konudaki yetkisinin denetimi de sağlanmış olur⁹⁹. Aynı şekilde, baba da ananın çocuğun yararına olmayan kararının uygulamasını önlemek için hakimin anlaşmazlığa müdahalesini isteyebilir. Belli bazı konularda ana babanın her ikisinin onayının bulunması şart koşularak bu sakınca belli oranda giderilmeye de çalışılmıştır. Örneğin; mahkemece ergin kılınma, çocuğun evlenmesine izin verilmesi, evlat edinilmesi gibi kararlar. Bunların ortak yönü, ana babanın sahip oldukları velayet hakkının sona ermesi sonucunu doğurmalarıdır.

⁹⁸ ÖZTÜRK, s.69.

⁹⁹ ÖZTÜRK, s.72.

§ 4. AİLE BİRLİĞİNİN KORUNMASINA YÖNELİK ÖNLEMLER

I. GENEL OLARAK AİLE BİRLİĞİNİN KORUNMASI:

Evlilik birliği içerisinde eşler, yükledikleri yükümlülükleri yerine getirmez veya evlilik birliğine ve yürütülmesine ilişkin önemli kararlarda uyuşmazlığa düşerlerse, hakimden evlilik birliğine müdahalede bulunmasını isteyebilirler. Hakimin yasanın öngördüğü sınırlı sayıdaki önlemler demetinden, kural olarak, eşlerden birisinin veya ikisinin istemi üzerine alacağı önlemler, kişisel değerleri tehlikede olan eşe gerekli yardım ve korumayı sağlarken, diğer yandan da eşlerin boşanmasını engelleyip, bir kurum olarak ailenin korunmasına hizmet ederler.

Buna göre kanunun evlilik birliğini korumasındaki amaç iki boyutludur.. öncelikle karşılıklı yardım ve sadakat yükümlülüğünü taşıyan eşler (MK. m. 185/3) birlikte sürdürdükleri ortak yaşam içerisinde, üçüncü kişilere ait kişisel değerlere nasıl saygı gösteriyorlarsa aynı şekilde birbirlerinin kişisel değerlerine de saygı göstermek zorundadırlar. Bu anlamda evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler, MK. m.23 vd. hükümleri yanında evlilik birliği içinde eşlerin kişilik haklarının korunmasını da sağlar¹⁰⁰. Bundan başka MK. m.195 vd. hükümleri bir çeşit hayat ortaklığı niteliğindeki evlilik birliğinde eşler arasındaki çatışmaları çözüp, eşlerin boşanmasını engellemek suretiyle, Anayasanın evlilik birliğini koruyucu ve dolayısıyla aileyi ayakta tutucu yaklaşımını hayata geçirerek sosyal bir işlevi de yerine getirir¹⁰¹.

Medeni Kanunda düzenlenen evlilik birliğini koruyucu önlemlerin yanı sıra, 4320 sayılı Ailenin Korunması Hakkında Kanun, aile içi şiddeti önlemeye yönelik olarak Medeni Kanun hükümlerini tamamlayıcı bir kısım koruma tedbirini de öngörmektedir. Bunun dışında 5237 sayılı TCK' nun 233/1 maddesi, evlilik birliğini dolaylı olarak koruyucu bir düzenleme olarak nitelenebilir. Buna göre; aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

MK. m.195 hükümlerine göre hakimin evlilik birliğine resen müdahale etme olanağı yoktur. Buna göre, tedbirlerin alınması, kural olarak, eşlerin talebine bağlıdır.

¹⁰⁰ DURAL, s.237.

¹⁰¹ DURAL, s.237.

Dural; eşler dışındaki üçüncü kişilerin söz konusu tedbirlerin alınması yoluna başvuramayacağını ileri sürmektedir¹⁰².

II. MK. m. 195' e DAYALI GENEL KORUMA:

Eşler arasındaki uyuşmazlıklarda hakimin evlilik birliğine koruyucu amaçlı müdahalesi bakımından temel müdahale hükmünü MK. m.195 oluşturmaktadır. Buna göre; evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilirler. Hakim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır, onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Hakim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır.

Madde de öngörülen “müdahale” kavramı, lafzı itibariyle, görünüşte hakimin çeşitli önlemler demetinden seçeceği bir tanesiyle evlilik birliğine karışma yetkisine sahip olduğu izlenimini vermekteyse de, eşlere burada tanınan olanak hakimden tek başına veya birlikte arabuluculuk talebinde bulunmaktır. Bu durumda hakimin hareket alanı uyarı ve arabuluculuğun ötesine geçemez. Bu nedenle maddedeki müdahale kavramı arabuluculuk olarak anlaşılmalıdır¹⁰³.

Hakimin temel fonksiyonu, eşleri uzlaştırmaya yönelik arabuluculuktur. Bir görüşe göre, eşlerin ortak bir çözüme ulaşamamaları halinde, hakimin eşlerin yerine bir karar verebileceği savunulmuştur¹⁰⁴. Bu karar ile hakim, objektif bakış açısıyla bir taraftan evlilik birliği içerisinde eşlerin çocukları ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerini düzenler, diğer taraftan da eşler arasındaki uyuşmazlığı çözer ve nihayetinde gerekiyorsa eşlerin diğer eşe karşı kişiliğini korumak için gerekli olan tedbirleri alır. Ancak Dural’ında katıldığı görüşe göre hakimin MK. m.195’ e dayalı genel müdahalesi, (müdahale araçlarının nitelikleri gereğince) eşler arasındaki ilişkiyi belirleyici-yapılandırıcı, evlilik birliğini bağlayıcı kurallar koyucu bir etkiden uzaktır. Örneğin; eşlerin çocuğun gideceği okul üzerine anlaşamadıkları noktada, hakimin

¹⁰² DURAL, s.239.

¹⁰³ DURAL, s.243.

¹⁰⁴ AKINTÜRK, s.404.

eşleri uzlaştırma dışında, çocuğun gideceği okulu bizzat belirlemesi olanaklı değildir¹⁰⁵.

Eşler arasındaki evlilik birliğine ilişkin iş ve konulara ilişkin her uyuşmazlık, MK. m.195' in uygulanmasına olanak tanımaz. Kanun, uyuşmazlığın, açıkça evlilik birliğine ilişkin “önemli bir konuda” olmasını aramaktadır. Bu kapsamda eşler arasındaki evlilik birliğinden doğan ortaklığın sınırlarını belirleyen ya da başarılı bir ortak yaşamın zorunlu kıldığı sorunlara ilişkin kararlardaki her uyuşmazlık, önemli uyuşmazlık sayılır.

Çocuğun yetiştirilmesi konusunda alınacak kararlara ilişkin uyuşmazlıklar da, uyuşmazlık eşler arasında ilkesel bir görüş ayrılığına yol açmadıkça veya eşlerin birbirleri ile olan ilişkilerini bozmadıkça veya bütünüyle çocuğun korunmasına yönelik tedbirleri gerektirmedikçe, MK. m.195 e göre hakimin müdahalesi istenemez. Bu kapsamda, eşler arasındaki seçilecek evlilik konutuna, birlik giderleri için yapacakları katkı miktarına, günlük olağan ihtiyaçların dışındaki hukuksal işlemlerin belirlenmesine veya çocukların yetiştirilmesine ilişkin önemli ve yol ayrımı niteliğindeki kararlara ilişkin uyuşmazlıklarda hakimden ihtar veya arabuluculuk talebinde bulunabilir. Örneğin; çocuğun adının konulmasına, okuyacağı okulun seçilmesine veya küçük çocuğun nişanlanması veya evlenmesine ilişkin kararlar, bu kapsamda değerlendirilebilir¹⁰⁶.

A. Önlem Türleri:

MK. m.195 kapsamında hakimin alabileceği önlemler; uzlaştırma, uyarı ve eşleri uzman yardımı için yönlendirme olarak düzenlenmiştir.

1. Uzlaştırma:

Uzlaştırma, her şeyden önce hakim ve her iki eşin katılımıyla gerçekleşir. Hakim, eşleri, her iki tarafa da eşit uzaklıkta kalarak uyuşmazlığın sebeplerine ilişkin olarak dinler ve çözüm önerilerini alarak, objektif bir bakış açısıyla ve yasanın eşleri evlilik birliği içerisinde eşit konumda gören ruhuna uygun olarak, sunulan alternatifler

¹⁰⁵ DURAL, s.245.

¹⁰⁶ DURAL, s.246; AKINTÜRK, s.125.

üzerinde uzlaşmaya yöneltir. Ancak, hakim, hiçbir şekilde eşleri uzlaşmaya zorlayamaz¹⁰⁷.

Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerini de dikkate almak suretiyle, dava ve işin esasına girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit etmeye çalışarak, öncelikle bunların uzlaşma yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik edecektir¹⁰⁸. Uzlaşma sağlanamadığı takdirde yargılamaya devamla esas hakkında karar verilecektir (Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m.7/1).

2. Uyarı:

Uyarı, hakimin, yasal otorite konumuyla eş veya eşlerin, yerine getirmedikleri yükümlülüklerine ve söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin, evlilik birliğinin ihlalini oluşturduğuna ilişkin, dikkatini çekmesidir. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 6/1-a maddesinde de hakimin, evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak, gerektiğinde uzlaştırmaya karar verebileceği düzenlenmiştir.

Hakimin uyarı ve uzlaştırma dışında eşlerin yerine, eşleri bağlayıcı şekilde bir şeyi yapma, yapmama ve kaçınmaya yönelik bir ifa hükmü vermesi olanaksızdır. Örneğin; eşlerin evlilik konutu veya ortak çocuklarının adı üzerine uyuşmadıkları hallerde hakim eşlerin yerine aile konutunun yerini veya çocuğun adını belirleyemez¹⁰⁹.

3. Uzman Kişilerin Yardımını İsteme:

Hakim, eşlerin ortak rıza göstermesi halinde veya Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 5.maddesi gereğince, kendiliğinden onların huzur ve mutlulukları için uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Ancak, bu konuda hakim eşlerin isteğiyle bağlı değildir. Hakim, eşler arasındaki

¹⁰⁷ DURAL, s.247.

¹⁰⁸ Ali KARAGÜLMEZ – Sami Sezai URAL, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Kasım 2003, s.207.

¹⁰⁹ DURAL, s.248.

uyuşmazlığın çözümlü için uzmana başvurulmasını, sorunun hukuka uygun ve etkin bir çözümlü için yararlı görürse bu isteği kabul edecektir.

Hakim, somut olayın özelliğine göre, ailenin huzur ve mutluluğu için gerekirse doktora, psikiyatriste veya Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 5.maddesi kapsamında görevlendireceği sosyal çalışmacı, pedagoğ ve psikoloğ gibi uzman kişilerin bilgi ve araştırmalarına başvuracaktır.

B. Önlemlerin Alınmasında Yetkili ve Görevli Mahkeme:

Kural olarak, evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda yetkili mahkeme, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir (MK. m.201/1). Eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunanın yerleşim yeri mahkemesidir (MK. m.201/2). Bu durumda ikinci mahkeme, ilk istemden haberdar olduktan sonra, derdestlik nedeniyle ikinci davayı reddetmelidir. 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. m.201/3). Eşlerden sadece birisinin yerleşim yeri değişmişse, yetkili mahkeme MK. m.201/1,2 hükümlerine göre belirlenecektir.

Önlemleri almada görevli mahkeme ise, aile mahkemeleridir (Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 4/1.bent).

Aile mahkemesi hakiminin yetkisine giren önlemler MK. m.195 vd. ve diğer hükümlerde düzenlenen dağınık önlemlerle paraleldir. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 6.maddesinde düzenlenen önlemler, sadece soyut ve çerçeve hüküm niteliğindeki önlemler olup, hakim, bu önlemleri Medeni Kanun ve diğer yasal düzenlemelerde somutlaşan şartları ile uygulamak durumundadır¹¹⁰.

¹¹⁰ DURAL, s.241.

İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA DAVASININ ÇOCUKLARIN KİŞİSEL DURUMLARINA İLİŞKİN SONUÇLARI

Boşanma davası sonrasında, çocukların aile birliği içerisindeki kişisel durumlarında da bazı değişiklikler olur. Her şeyden önce aile birliği içinde çocukların velayetleri ana babaya birlikte ait olduğu halde, boşanma ile ana baba çocukların velayetine birlikte ve aynı anda sahip olamayacakları gibi birlikte kullanım da söz konusu olmayacaktır. Boşanma kararında, bundan sonrası için çocuğun velayet hakkına hangi tarafın sahip olacağı da düzenlenecektir. Bundan başka, çocuk, boşanma ile velayet kendisine verilmeyen ana veya babasından ayrı yaşayacaktır. Ana veya babasından ayrı yaşayan çocuk ana babasını görmek isteyecek, çocuğundan ayrı yaşayan ana 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, velayetin düzenlenmesi ve kişisel ilişkilerin düzenlenmesi paragrafları altında velayet ve kişisel ilişki düzenlenirken nelere dikkat edilmesi gerektiğini inceleyeceğiz.

§ 1. VELAYETİN DÜZENLENMESİ:

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, ana baba ile çocukları arasındaki kan bağının doğal ve zorunlu bir sonucudur¹¹¹.

¹¹¹ Namık YALÇINKAYA - Şakir KALELİ, Boşanma Hukuku. Ankara:1988,s.1841.

Medeni Kanun, ergin olmayan çocuğun ana ve babasının velayeti altında olacağını (MK. m.335), evlilik birliği devam ederken velayet hakkının ana ve baba tarafından birlikte kullanılacağını, düzenlemiştir (MK. m.336). Buna göre, yasal bir neden olmadan ve bir yargı kararına dayanmadan ana babadan birinden velayetin alınması mümkün olmadığı gibi, ana babanın dışında başka bir kişinin (örneğin, büyükbaba, amca) velayet hakkına sahip olması da söz konusu olamaz¹¹². Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 9. maddesine göre de; taraf devletler, çocuğun, ana babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alacaklardır.

Velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılması, ana kural olmakla beraber, doğal ya da kanuni bazı hallerde velayet hakkının birlikte kullanılması imkansız hale gelebilir. Bu durum, velayetin ana veya babadan birinden kaldırılması, ana veya babadan birinin ölümü, ayrılık veya ortak hayata son verilmesi ile ana babanın boşanması hallerinde ortaya çıkacaktır. Biz bu hallerden, konumuzla sınırlı olarak, boşanma halinde velayetin düzenlenmesi, üzerinde duracağız.

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

Eşlerin derin görüş ayrılıkları içinde buldukları, temelinden sarsılmış ve devamına artık olanak kalmamış mutsuz evliliklerde çocukların da ruhsal açıdan acı çekmekte oldukları bilinen bir gerçektir. Bu durum, kişisel çıkarlarını her şeyin üzerinde gören eşlerin evlilik birliğinin dağılma sürecinde aralarındaki sorunlara çocukları da katmaları ya da onları kendi yararları doğrultusunda kullanmak istemeleri halinde, çocuklar için daha büyük tehlikelere yol açabilecektir. Genelde boşanmaya karşı olan hukukçular, çocukların yararını ileri sürerek bu açıdan boşanmanın güçleştirilmesini savunurlar. Oysa ki çocukların yararı, hiçbir zaman mutlu olmadıkları fiilen bitmiş bir evliliğin devamında olamaz. Çünkü, amacını yitirmiş, artık kağıt üzerinde kalmış bir evlilik, çocuklar açısından, boşanmaya göre daha kötü yaşam koşullarını ortaya

¹¹² Yargıtay 2.H.D. 11.11.1997 T. E. 1997/12353, K.1997/12132;“Velayet hakkının yasal olarak velayet hakkı olmayan davacı amca M. C.'ye tevdiine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır”. Bkz. Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x009cd9ec&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x004c9de0, 30.06.2006.

çıkartır¹¹³. Bir Alman atasözünde belirtildiği üzere; “Felaketli bir son, sonsuz bir felaketten daha iyidir”¹¹⁴.

Boşanma, bu şartlarda artık kaçınılmaz olunca, düzensiz ve sağlıksız bir evlilik içerisinde bir türlü mutluluğu ve huzuru bulamayan çocuğu, boşanma sonrasında acılarının dineceği bir ortama kavuşturmak gerekmektedir. Bu noktada da, boşanma davasına bakan hakime, büyük bir sorumluluk yüklenmektedir. Bu sorumluluğun gereği olarak Medeni Kanun, çocukların velayetlerinin boşanan eşlerden hangisine verileceği konusunda, hiçbir ölçüte yer vermemiş ve bu konuyu tamamen hakimin takdirine¹¹⁵ bırakmıştır. Böylece hakim, kanunda esasları, ölçütleri ve ilkeleri belirlenmemiş bir konuda en iyi tercihi yapma yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakılmıştır¹¹⁶.

Belirtmek gerekir ki, kanunun hakime tanıdığı bu geniş 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 zorunluluğundadır.

Aile mahkemesi hakimi, boşama ve ayrılığa karar verirken, ana babanın ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncelerini aldıktan sonra ana babanın sosyal ve ekonomik durumlarını, yaşam koşullarını, eğitim ve kültür düzeylerini ve yeteneklerini, ruhsal ve bedensel sağlıklarını, aynı şekilde çocukların yaşını, görüşlerini oluşturma olanağına erişip erişmediğini, bedeni, fikri, ruhsal, ahlaki ve sosyal gelişimlerini, öğrenim durumlarını, ana baba ile ilgili yakınlıklarını ve çocuğun hangi tarafa verilmesinde yararı olduğunu belirlerken, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 5.maddesine uygun

¹¹³ YALÇINKAYA-KALELİ, s.1844.

¹¹⁴ Andreas B. SCHWARZ, Aile Hukuku I, (Çev. Bülent DAVRAN), 2.Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1946, s.176.

¹¹⁵ Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU, Aile Hukuku, İstanbul 1965, s.265,266; Akın ÇAKIN; Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 1999, s.118; KÖPRÜLÜ-KANETİ, s.198; ZEVLİLİLER, ACARBEY, GÖKYAYLA, s.1038;; SCHWARZ; Çev. Bülent DAVRAN, s.177; AKINTÜRK, s.302, TEKİNAY, s.273; DURAL, s.140.

¹¹⁶ YALÇINKAYA-KALELİ, s.1845; ÖZTAN, s.361.

görevlendireceği, sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog gibi uzmanların araştırma, inceleme, görüş ve düşüncelerinden de yararlanabilecektir¹¹⁷.

Çocuğun velayetinin boşanan eşlerden hangisine verileceği konusunda, göz önünde tutulacak ve asla vazgeçilemeyecek tek ve ana kural, onun yararları¹¹⁸dır. Şimdi çocuğun yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ve çocuğun yararının hangi düzenlemelerle sağlanabileceği konuları üzerinde duracağız.

I. ÇOCUĞUN YARARI KAVRAMI:

Velayetin düzenlenmesinde göz önünde tutulacak en önemli esas çocuğun yararlarıdır¹¹⁹. Medeni Kanunun velayetin düzenlenmesine ilişkin 182. maddesinde bu ilkedan açık olarak söz edilmemekte ise de, bu sonucu kanunun ruhundan çıkarmak mümkündür. Çünkü kanun çocuğu gerek kendi yararları, gerek toplumun yararları bakımından özel olarak korunmaya muhtaç bir kişi kabul etmiş ve ana babanın onu koruyamadığı her halde hakim müdahalesini öngörmüştür¹²⁰. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde açık olarak, çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararının temel düşünce olacağı düzenlenmiştir (m. 3).

Tezimiz hazırlanırken 15.07.2005 tarihinde Çocuk Koruma Kanunu yürürlüğe girmiştir¹²¹. Bu kanunda, korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen

¹¹⁷ Ali İhsan ÖZÜĞÜR, Boşanma ve Ayrılık, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s.962 (ÖZÜĞÜR, Boşanma ve Ayrılık).

¹¹⁸ VELİDEDEOĞLU, s.267; ÇAKIN, s.118; HATEMİ-SEROZAN, s.248; KÖPRÜLÜ-KANETİ, s.198; OĞUZMAN-DURAL, s.141; ZEVKLİLER, ACARBEY, GÖKYAYLA, s.1038; AKINTÜRK, s.272; Feyzi Necmettin FEYZİOĞLU, Aile Hukuku, 3.Bası, İstanbul 1986 s.381; SCHWARZ, Çev. Bülent Davran, s.176,177; TEKİNAY, s.273; ÖZTAN, Aile Hukuku. 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s.361; DURAL, s.140.

¹¹⁹ Yargıtay H.G.K. 07.06.2000 T. E.2000/2-927, K.2000/974; “Velayetin düzenlenmesinde veya değiştirilmesinde asıl olan küçüğün yararlarını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır”. Bkz. Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x009896aa&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x004ba5a1, 30.06.2006; Yargıtay 2.H.D. 14.12.2004 T., E. 2004/12249, K. 2004/15059; “Velayetin düzenlenmesinde aslolan çocuğun, bakım ve eğitimi konusunda onun yararlarıdır. Çocuğun yararı ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde hakim çocuğun korunması için uygun önlemleri alır” (Yayınlanmamış karar).

¹²⁰ Yargıtay 2.H.D. 12.02.1998, E.1998/698, K.1998/1454; “Medeni Kanunda, çocuğun korunması için hakime resen gerekli tedbirleri alma görevi verilmiştir. Çocuğun bedeni ve fikri gelişmesinin tehlikeye düştüğü yönünde ilgili mahkemeye bir başvuru olduğunda, başvuruyu yapan isteğinden feragat etse dahi feragat sebebiyle isteğin reddine karar verilemez. Hakim resen gerekli incelemeleri yaparak çocuk yararına olan en uygun kararı almalıdır”. Bkz. Yargıtay.gov.tr. http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00ac3926&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x004ca9e0, 30.06.2006.

çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usûl ve esaslar düzenlenmiştir. Bu kanuna göre; korunma ihtiyacı olan çocuk, bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu, ifade eder (Çocuk Koruma Kanunu m.3/1).

Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana babaya, durum gerektiriyorsa, vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket edeceklerdir¹²². Ana ve baba bu kapsamda, çocuğu eğitecek, onun eğitim ve gelişiminin tehlikeye düşmemesi için gerekli her şeyi yapacaktır.

A. Tanım:

Çocuğun yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği kanunda açıkça belirtilmemiştir. Bunun nedeni, çocuğun yararının her somut olayda başka düzenlemelerle sağlanabileceğinin düşünülmesi ve bu konuda hakime geniş bir takdir alanı bırakmaktır. MK.'un 182/2. maddesinde; velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas tutulacağı düzenlenmiştir. Kanunda sayılan bu ölçütler sınırlı olmayıp örnek niteliğinde, öncelikle göz önünde tutulması istenen ölçütlerdir. Bu ölçütler, velayetin düzenlenmesinde çocuğun yararı belirlenirken de öncelikle dikkate alınacaktır.

Genel bir kavram olan yarar, konumuz bakımından, çocuğun daha iyi yetişme, bakılma, eğitim ve terbiyesinin gereği gibi yerine getirilmesini ifade eder¹²³. Çocuğun yararı, bedensel, fikirselsel, ahlaksal ve sosyal bakımdan özgürlük ve haysiyet içinde gelişebilme olanaklarına sahip olması halinde korunmuş olur¹²⁴. Bizim üzerinde duracağımız konu da, bu “yarar”ın çocuğun eşlerden hangisine verilmesi halinde, daha

¹²¹ 15.07.2005 Tarih, 25876 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış, 5395 Sayılı Kanun.

¹²² Sevgi Usta SAYITA; Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (kişi) Yanına Yerleştirilmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, s.114.

¹²³ YALÇINKAYA-KALELİ, s.1845. Yargıtay 2.H.D. 2004/12249 Esas, 2004/15059 Karar, 14.12.2004 tarihli kararı; “Velayetin düzenlenmesinde aslolan çocuğun, bakım ve eğitimi konusunda 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” (Yayınlanmamış Karar).

¹²⁴ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.55.

iyi sağlanabileceğine ilişkin ölçütleri ortaya koymak olacaktır. Bu ölçütler, çocuğun gelecekteki yararı da göz önüne alınarak değerlendirilmelidir.

Çocuğun yararının hakim tarafından korunması gereği, özellikle ana babanın çocukla aykırı menfaatleri olması halinde önemli hale gelir. Çünkü, çocuğun kendilerine verilmesi konusunda boşanan eşlerin karşılıklı ısrarları, bazen şefkat hislerine değil de, maddi düşüncelere veya karşı taraftan intikam alma düşüncesine dayanır. Bu durumda da çocuğun yararı ikinci plana atılmaktadır¹²⁵. İşte hakim, bu sakıncaları önlemek üzere, çocuğun yararını her şeyden üstün tutarak, onun yararına olan düzenlemeyi yapacaktır¹²⁶.

B. Çocuğun Yararının Belirlenmesinde Psiko-Sosyal ve Hukuksal Temel Ölçütler:

Bu ölçütlerden bir kısmı, psiko-sosyal bilimlerin verilerine dayanan ölçütler, bir kısmı da doktrin ve Yargıtay'ın göz önünde tuttuğu ve hakimlerce göz önünde tutulmasını istediği ölçütlerdir.

1. Çocuğun Yaşı:

Velayetin ana babadan hangisine verileceği konusunda, çocuğun yaşı önemli bir ölçüttür¹²⁷. Genellikle, ana bakım ve şefkatine muhtaç küçük yaştaki çocuğun velayeti, anneye verilir. Yargıtay, çok sayıda kararında ve sürekli olarak bu yönü vurgulamıştır¹²⁸. Çünkü, bir kadın olarak annenin, çocuk bakımını bildiği,

¹²⁵ VELİDEDEOĞLU, s.266.

¹²⁶ Yargıtay 2.H.D, 10.12.1990 T., E.11922, K.12658; “Velayetin düzenlenmesinde çocuğun yararı ön planda tutulur. Bu yön kamu düzenine ilişkin olup hakim görevi gereği kendiliğinden göz önünde tutar”; Bkz. Esat ŞENER, Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Boşanma, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998, s.1326 (Şener, Boşanma). Yargıtay 2.H.D. 20.09.2004 T., E. 2004/9116, K. 2004/10227; “Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Velayet düzenlenirken analık, babalık duygularından önce çocuğun geleceği, ihtiyaçları, bedeni ve fikri gelişimi öncelikle dikkate alınmalıdır” (Yayımlanmamış karar).

¹²⁷TEKİNAY,s.275; AKINTÜRK,s.273; SCHWARZ, Çev. Bülent DAVRAN, s.178; YALÇINKAYA-KALELİ,s.1845; VELİDEDEOĞLU, s.268; ÇAKIN, s.118; KÖPRÜLÜ-KANETİ, s.198. ZEVKLİLER, ACARBAY, GÖKYAYLA; s.1039.

¹²⁸ Yargıtay H.G.K, 7.10.1998 T, E.2-651, K.675; Bkz. Ömer Uğur GENÇCAN,Öğreti ve Uygulamada Boşanma, Tazminat, Nafaka, 2.Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s.1188; Yargıtay 2.H.D., 10.03.1999, E.14474, K.2147; Bkz. ÖZÜĞÜR, Boşanma ve Ayrılık, s.824; Yargıtay H.G.K, 14.03.1998 T., E.2-175, K.213; Bkz. GENÇCAN, s.1189. Yargıtay 2.H.D. 07.06.2004 T. 2004/6263Esas, 2004/7325 Karar“...çocuk Nur'un 23.1.2003 doğumlu olup, ana bakımı ve şefkatine muhtaç olmasına...” Bkz. Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00a7916f&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00a7916f,30.06.2006; Yargıtay 2.H.D.28.01.2004, E.2004/420, K.2004/1057 “Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki

küçüğün ihtiyaçlarını daha iyi karşılayacağı varsayılır. Küçük yaşlardaki çocuk, sıcak bir ana kucağına ve onun ilgisine muhtaçtır¹²⁹.

Bir yaş altında çocuklar üzerinde yapılan bir araştırmaya göre; annenin üç aylık yokluğu bebekte karamsarlığa, gelişme bozukluklarına, pasifliğe ve hastalanma eğiliminin artmasına yol açmaktadır. Ayrılık beş aya çıktığında, çocukta kalıcı bozukluklar, örneğin, zeka geriliği görülmüştür. Daha büyük çocuklarda ise, kabus görmeler, genel bir saldırganlık, huysuzluk ve dengesizlik gözlemlenir¹³⁰. Ancak, yaş küçük olan çocukların anneye verilmesi, kesin bir kural değildir. Somut olayın özelliklerine göre anne yerine baba da tercih edilebilir. Öyle ki, ana bakım ve şefkatine muhtaç bulunmasına rağmen ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişmesine engel olabileceği yolunda, ciddi ve inandırıcı deliller bulunuyorsa, bu konuda hemen meydana gelebilecek tehlikelerin varlığı da ispatlanmışsa, çok küçük yaştaki çocukların velayetlerinin babaya verilmesi mümkün olabilecektir¹³¹.

Örneğin; anne ekonomik sıkıntı içinde ve kendi anne babasının yanına sığınmak zorunda kalmış, babanın ise ekonomik olanakları geniş ve ablası ile oturuyorsa velayetin babaya verilmesi yerinde olur¹³².

Temel amaç olan çocuğun yararı, bazen de fiili durumun devamı ile sağlanabilir. Küçük yaştaki çocuk, fiilen baba yanında kalıyor ve çocuğa baba bakıyorsa, anne de çocukla ilgilenmiyorsa, çocuğu ana bakım ve şefkatine muhtaç yaşta diyerek anaya vermek hiç de çocuğun yararına olmayan bir düzenlemedir¹³³. Aynı şekilde, evlilik devam ederken, doğumundan itibaren küçükle her an baba ilgilenmişse,

gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 23.09.2002 doğumlu Gizem'in Türk Medeni Kanununun 182, 336/2 maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması, usulvekanuna, aykırıdır”Bkz. Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00a24465, 30.06.2006.

¹²⁹ YALÇINKAYA-KALELİ, s.1846.

¹³⁰ Bahattin KARAOĞLAN; Boşanmaların Gencin Kişiliğine Etkisi, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Sivas 1997, s. 71.

¹³¹ Yargıtay H.G.K, 01.11.2000 T., E.2-1272, K.1608; Bkz. Zafer ERGÜN; Boşanma Davaları, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s.584.

¹³² Yargıtay H.G.K, 16.06.1978 T., E. 2/179 – K. 677, Bkz. Lütfi DALAMANLI, Faruk KAZANCI, Muharrem KAZANCI; İlimi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, Cilt:2, Aile Hukuku, İstanbul 1991, s.371.

¹³³ Yargıtay 2.H.D, 07.06.2000, E.5958, K.7631 (Yayınlanmamış Karar).

anne işi gereği evden sabah çıkıp, akşam dönüyorsa, sadece biyolojik annelik velayetin anneye verilmesini gerektirmez¹³⁴.

Çocuğun yararı, bazen ana 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 alınmalıdır¹³⁵. Örneğin, kendisi hasta olan annenin çocukla gereği gibi ilgilenemeyeceği, onun bakım ve yetiştirilmesiyle uğraşamayacağı göz önünde tutulmalıdır¹³⁶. Aynı şekilde, annenin çocuğun eğitimi ile bizzat meşgul olamayacağı, babanın ise çocukla çok yakından ilgileneceği anlaşılıyorsa, velayetin babaya verilmesi, çocuğun psikolojik, ahlaki ve fikri gelişimi yönünden daha yararlı görünüyorsa, küçük yaştaki çocuğun velayeti babaya verilebilir¹³⁷.

Çocukların hangi yaşa kadar ana bakım ve şefkatine muhtaç sayılacakları çok açık olmayan bir konudur. Yargıtay uygulamasında da, yaş konusunda kesin bir rakam belirlenmekten kaçınılmış, her olayın kendi özellikleri içerisinde ele alınması gereği vurgulanmıştır. Ancak, uygulamada, 0-3 yaş grubu çocukları, genelde daha çok ana bakım ve şefkatine muhtaç kabul edilmektedir.

Hakim, toplanan delillere göre çocuğun ana bakım ve şefkatine muhtaç olup olmadığını belirlemelidir. Hakim, bu değerlendirmeyi yaparken, tarafların isteklerini, çocuğun isteğini ve psikolog veya pedagog bir bilirkişinin raporunu da göz önünde tutmalıdır. Bundan sonra da, çocuğun velayetinin anaya verilmesinde bir sakınca olup olmadığını araştırmalıdır¹³⁸. Bu hususlar araştırılmadan, sadece çocuğun yaşının küçük olması gerekçesiyle yapılan bir düzenleme, her zaman çocuğun yararına olmayabilir.

2. Çocuğun Cinsiyeti:

Kız çocukların anneye, erkek çocukların babaya verilmesi de, her zaman çocuğun yararına olmayabilir. Çocuğun, hem anneye hem de babayla etkileşime gereksinimi vardır. Ev ortamında ana ya da baba modelinin olmaması, işbirliği, tartışma ve uzlaşma gibi birtakım sosyal ve yaşamsal yeteneklerin yeterli derecede öğrenilmesini

¹³⁴ DOLTO, Çev. Nuriye Yiğitler, s.36.

¹³⁵ YALÇINKAYA-KALELİ, s.1847.

¹³⁶ YALÇINKAYA-KALELİ, s.1847.

¹³⁷ KÖPRÜLÜ-KANETİ, s.199.

¹³⁸ ERGÜN, s.596.

engelleyebilmektedir¹³⁹. Yapılan bir araştırmaya göre; babanın, kız çocuğun gelişiminde, anne kadar önemli rol oynadığı, yapılan ölçümler sonucunda baba ile olumlu ilişkiler içinde olan kız çocuğunun sosyal gelişiminin, daha iyi olduğu görülmüştür¹⁴⁰. 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 gözlenmiştir¹⁴¹.

Çocukların sağlıklı gelişmelerinde, anne baba çok önemli rol oynar. Ana babalarına güvenle bağlı çocukların, daha sosyal, güvensiz çocuklara göre alışkın olmadıkları insanlarla daha iyi işbirliği kurdukları, güvenle bağlanan çocukların yaşlılarıyla da sosyal alanda daha güvenli, karmaşık ve kritik durumlarda daha sabırlı ve istekli oldukları görülmüştür¹⁴². Yapılan çalışmalarda, yalnız annelerin çocuklarının, genellikle erkek çocuklarının, tam aile çocuklarına oranla, zeka ve kişilik gelişmelerinde, sosyal davranışlarında daha çok zarara uğradığı, bu çocukların okul başarılarının ve zeka-yetenek gibi test sonuçlarının düşük olduğu saptanmıştır¹⁴³. Beş yaşından önce babadan ayrılan erkek çocuklar, erkeksi davranış ve yönelmelerde daha az avantajlıdır. Eğer anne olumlu erkeksi davranışları destekler ve çocuğu bağımsız olması için teşvik ederse, cinsel kimlik daha az zarar görmektedir. Buna karşılık anne oğluna karşı aşırı duygusallık sergilerse, erkek çocuk hem erkeksi hem kadınsı davranışlara yönelerek çift cinsiyet özelliklerini gösterme eğilimi artacaktır¹⁴⁴.

Baba-oğul ilişkisinin olmadığı veya bu ilişkinin düşmanlık ve iticilikle dolu olduğu durumlarda, erkek çocukların, pasif saldırgan kişilik geliştirdikleri, daha az rekabetçi, sporla daha az ilgili ve başkalarına bağımlı oldukları ve babadan ayrı yetişen çocuklarda, öz güven kavramının yetersiz kaldığı gözlenmiştir. Baba ile birlikte olan erkek çocukların ise, sorumluluk taşıdıkları ve lider pozisyonunda oldukları saptanmıştır¹⁴⁵. Erkek çocuklar sorumluluk, başarı, babalık, diğer insanlarla geçinme, karşı cinsle ilişki kurma ve saldırgan davranışlarını kontrol etme gibi konularda uygun

¹³⁹ Fatih SÖNMEZ; Anne Babası Boşanmış Ergenlerle Anne Babası Boşanmamış Ergenlerin Benlik İmgelerinin Karşılaştırılması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Psikoloji Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001, s.27.

¹⁴⁰ KAYNAROĞLU, s.10.

¹⁴¹ KAYNAROĞLU, s.10.

¹⁴² ASLIHAN, s.3.

¹⁴³ Bkz. KAYNAROĞLU, s.6.

¹⁴⁴ KAYNAROĞLU, s.6.

¹⁴⁵ KAYNAROĞLU, s.11.

erkek davranışlarını da babalarından öğrenirler¹⁴⁶. Bu nedenlerle velayet düzenlenirken çocuklar üzerinde uzmanlara gözlem yaptırılmalı ve bu gözlem sonuçlarına göre çocuk ana veya babasından hangisinin eksikliğini daha çok hissedecekse velayeti o tarafa verilmelidir.

3. Çocuğun Alıştığı Çevre ve Ortam:

Duygusal gelişimin normal olması, sürekli olan duygusal bağlar kurmaya ve istikrarlı bir çevrede yaşamaya bağlıdır. Çocukların alıştıkları çevrenin dışına çıkarılmaları, çeşitli olumsuz gelişmeleri beraberinde getirebilir. Alışılmış çevrenin değişmesi, çocuğun duygusal ve zihinsel yaşantısını etkileyerek gelişimini durdurur veya normal olandan saptırır.

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 sonucunu doğurabilir. Örneğin, çocuğun konuşma yeteneği geriler, unutkanlık, yer ve zaman kavramlarında belirsizlik, yalancılık, evden kaçma gibi kişilik bozuklukları görülür¹⁴⁷.

Okul döneminde ise çocuk, kendisine en yakın eğitici durumunda bulunan ana 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 yaşamında uyumsuz olmasına yol açar¹⁴⁸. Aynı şekilde, boşanma sonrasında çocuğu, o ana kadar devam ettiği okulundan alıp, başka bir okula devam etmesi için zorlamak da sakıncalıdır. Çünkü bu durumda çocuğun düzeni bozulur, şaşkınlığı artar, bir yandan duygusal varlığı ve kişiliği sarsılır; öte yandan, kendi sınıfında aynı yaştaki arkadaşlarına bağlı olan toplumsal varlığı zarar görür¹⁴⁹.

Çocukların eğitimi, ruhsal ve fiziksel gelişimlerinin düzenli olabilmesi, buldukları ortamdaki mutlu yaşantıları ile olasıdır. Mutsuz bir ortamda, çocukların ruhsal yönden oluşacak rahatsızlıklarının, ileride vereceği zararların önlenmesi ve çocuğun yararının dikkate alınması gerekir¹⁵⁰.

¹⁴⁶ BENEDEK - CATHERINE, Çev. Serap Katlan, s.10.

¹⁴⁷ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.61.

¹⁴⁸ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.61,62;

¹⁴⁹ DOLTO, Çev. Nuriye Yiğitler, s.17.

¹⁵⁰ Yargıtay 2.H.D. 12.04.2001 T. E.2001/4756, K.2001/5817, Bkz. ERGÜN, s.660.

Bunun için çocuk boşanmadan sonra mümkünse oturmaya alıştıkları ve ana babayla birlikte yaşamış oldukları ortamdan ayrılmamalıdır¹⁵¹. Çocuğun boşanmadan sonra düzenli bir ortama yerleştirilmesi ve bu ortamın sık sık değiştirilmemesi halinde çocuk boşanmayı daha kolay benimseyebilmektedir¹⁵².

4. Boşanma Sonrasında Çocuğun Aile Ortamında Yaşayabilme

Olanığı:

Çocukların bedensel, zihinsel ve duygusal bakımdan gelişmesi ve sosyalleşmesi, en iyi biçimde, düzenli bir aile hayatı içinde gerçekleştirilir. Çünkü, çocuk, aile içinde ana babasını izleyerek ve taklit ederek toplumsal rolleri öğrenir. Bu bakımdan aile, en etkin eğitim kurumudur. Kişiliğin ve zihinsel gelişimin temelleri de aile ortamında atılır¹⁵³.

Korunma, sevilme ve kendini güven içinde hissetme çocuğun duygusal ve zihinsel gelişiminin sağlıklı olmasının temel şartlarıdır. Aile ortamında, anne baba çocuğa

¹⁵¹ DOLTO, Çev. Nuriye Yiğitler, s.16.

¹⁵² AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.16; Yargıtay 2.H.D, 09.03.1999 T., E.2022, K.2077; “Velayetin düzenlenmesinde asıl olan küçüklerin menfaatleridir. Küçükler doğumdan beri annelerinin yanındadır. Çocukları alıştıkları çevreden uzaklaştırmak onların ruhsal yapılarını etkileyecektir. Onları alıştıkları ortamdan ayıracak şekilde, velayetin anneye verilmesine bir engel olmamasına rağmen, varlıklı olduğundan bahisle velayetin babaya verilmesi yanlıştır”; Bkz. ÖZUGUR, Boşanma ve Ayrılık, s.824. Aynı şekilde; Yargıtay, 2.H.D, 18.09.1998 T., E.7923, K.9495; “Küçük halen anne yanında olduğu gibi, kardeşinden ve alıştığı ortamdan ayrılması onun ruh sağlığını olumsuz yönde etkileyecektir. Bu yön gözetilmeden küçüğün velayetinin anneye verilmesi gerekirken babaya verilmesi hatalıdır”; Bkz. GENÇCAN, s.1204; Yargıtay 2.H.D, 17.04.2003 T., E.2003/4287, K.2003/5573; “Davacı, velayetin anneden alınmasını gerektiren maddi bir hadisenin varlığını ispat edememiştir. On yıldır anne yanında bulunan on dört yaşındaki çocuğun alıştığı ortamdan uzaklaşmasını gerektirecek ciddi ve haklı bir sebep de bulunmamaktadır.” Bkz. ERGÜN, s.638. Yargıtay 2.H.D. 08.05.2003 T. E.2003/5306, K.2003/6780; “Küçüğün velayeti annesinde olmasına rağmen 1999 senesinden beri babanın yanında kaldığı ve eğitimine devam ettiği anlaşılmaktadır. Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce küçüğün bedeni ve fikri gelişimine öncelik verilmelidir. Gerçekleşen bu durum karşısında velayetin babaya bırakılıp anne ile uygun bir kişisel ilişki kurulması gerekir”. Bkz. ERGÜN, s.650. Yargıtay 2.H.D. 08.02.2005 T. E. 2004/15818, K. 2005/1547; “Sosyal hizmetler uzmanı bilirkişinin raporunda; çocuğun yaşadığı çevrede mutlu olduğu, babasının çevresini ve ailesini, yaşadığı hayatı tanımadığı, alıştığı çevreden ayrılmasının ruhsal ve sosyal gelişiminde onarılmaz yaralar açacağı, velayetinin annede kalmasının yararına uygun olacağı bildirilmiştir” (Yayınlanmamış karar). Yargıtay 2.H.D. 10.18.2005 T. E. 2005/8391, K. 2005/14409; “1997 doğumlu Esma ile 1995 doğumlu Aslıhan baba yanındadır. Küçüklerin alıştıkları ortamdan ve kardeşlerin birbirinden ayrılması, bedeni ve fikri gelişmelerine olumsuz etki yapacaktır. Küçükler de baba yanında kalmak istediklerini bildirmişlerdir. Bu husus düşünülmeden 1997 doğumlu Esma'nın da babaya bırakılması gerekirken, anneye bırakılması, doğru, bulunmamıştır.” Bkz. Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00b3af60,(30.06.2006). Yargıtay 2.H.D, 05.05.1998 T., E.3387, K.5375; Bkz. ÖZUGUR, Boşanma ve Ayrılık, s.836; Yargıtay 2.H.D, 21.03.1991 T., E.2412, K.5136; Bkz. ŞENER, Boşanma, s.630; Yargıtay H.G.K, 07.02.1968 T., E.2/672, K.69; Bkz. Nihat İNAL, Örnek Kararlarla Açıklamalı Uygulamada Türk Medeni Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 1997, s.1138, sayılı kararları da aynı yönde.

¹⁵³ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.63.

sevgisini verir, çocuğa düzenli bir bakımla birlikte yeterli ilgi gösterir ve bu şekilde onun sağlıklı büyümesini ve geleceğini güvence altına alırlarsa, çocukta güvenlik hissi oluşur. Aynı şekilde, çocuk, insan ilişkilerini belirleyen, anlaşma, işbirliği ve bağlılık gibi olumlu kişilik özelliklerini de aile ortamında kazanır.

Bu nedenlerle, velayet düzenlenirken, çocuğa ana baba ve kardeşlerin bulunduğu “tam aile” de büyüebilme 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 kalacaktır¹⁵⁴.

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 ana veya üvey babanın kişiliğinin araştırılması çok önemlidir. Bu kişinin çocuğun yararını tehlikeye düşürecek biçimde davranabileceği anlaşılırsa hakim velayeti böyle birisiyle evlenme ihtimali bulunan tarafa vermemelidir¹⁵⁵.

5. Çocuğa Şahsen Bakma Olanağı:

Velayet düzenlenirken, velayet kendisine verilecek anne veya babanın, çocuğa şahsen bakabilme olanağına sahip olup olmadığı da dikkate alınmalıdır¹⁵⁶. Bu durumda, mesleği nedeniyle sürekli ev dışında veya şehir dışında çalışmak zorunda kalan ve çocuğun bakımı, gözetimi ve eğitimiyle şahsen ilgilenemeyecek tarafa, kural olarak, velayet verilmemelidir¹⁵⁷. Bu taraf genelde babadır, baba, bütün gün ev dışında

¹⁵⁴ KAYNAROĞLU, s.2,3.

¹⁵⁵ AKYÜZ, Çocuğun Korunması ,s.65.

¹⁵⁶ Yargıtay 2.H.D. 25.02.2003 T. E.2002/15481, K.2003/2440; “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 vakamın varlığı da ispat edilmemiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında 1988 doğumlu Dinç’in velayetinin anneye verilmesi gerekir”. Bkz. ERGÜN, s.612.

¹⁵⁷ Yargıtay 2.H.D. 06.05.2003 T. E.2003/3684, K.2003/6706; “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”. Bkz. ERGÜN, s.654.

çalıştığı için, çocuğa yeterince zaman ayıramaz; çocuğu ya yakın akrabaları (anne, kız kardeş gibi) yanına veya kreş, yurt gibi kurumlara yerleştirir¹⁵⁸.

Ancak, günümüzde bu durum evlilik içinde her iki eşin çalışması halinde de, söz konusu olabilmektedir. Aynı şekilde, evli iken çalışmayan anne, boşanmadan sonra geçimini sağlayabilmek için, ister istemez çalışmak durumunda kalmaktadır. Kadına her ne kadar yoksulluk ve çocuğa iştirak nafakası bağlanma imkanı varsa da, bu nafakaların miktarı, kadını çalışma zorunluluğundan kurtaracak ölçüde olmamaktadır. Bu nedenlerle bu ilke, çocuğun çalışan tarafa verilmemesini her zaman gerektirmeyebilir.

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

“Çocuğun velayeti kendisine verilen baba, başka bir kadınla nikahsız olarak yaşıyor, çocukla ilgilenmiyor ve çocuğa babaanne bakıyorsa baba velayet görevini yerine getirmiyor demektir. Çünkü velayete sahip olan ana ya da baba velayetin bizzat kullanılmasını sağlayacak biçimde çocukla beraber olmalıdır”¹⁵⁹.

6. Ana babanın Velayetin Düzenlenmesi Konusunda Dinlenilmesi ve Çocuğa Karşı İlgileri:

Velayetin düzenlenmesi konusunda, ana babanın dinlenilmesi gereği, kanunda açıkça belirtilmiştir. Medeni Kanununun 182.maddesine göre; hakim, boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, velayet hakkının kullanılmasına ve ana baba ile çocuklar arasındaki kişisel ilişkilerin düzenlenmesine ilişkin kararları alır. Ana babanın dinlenilmesi, çocukların velayetlerinin düzenlenmesinde, hakimin yerinde ve çocuğun yararına düzenlemeler yapabilmesi için gereklidir¹⁶⁰. Çünkü, çocuğun, ancak kendisi ile ilgilenen, kendisini seven ve isteyen tarafa verilmesi yararına uygundur¹⁶¹. Tarafların çocuğa karşı ilgileri

¹⁵⁸ AKYÜZ, Çocuğun Korunması ,s.65.

¹⁵⁹ Yargıtay 2.H.D. 10.11.1998 T., E.10389, K.12097, Bkz. GENÇCAN, s.1290.

¹⁶⁰ İNAL, s.1139; SCHWARZ, Çev. Bülent DAVRAN, s.178; TEKİNAY, s.276.

¹⁶¹ Yargıtay 2.H.D. 08.02.2005 T. E. 2004/15818, K. 2005/1547; Toplanan delillerden, çocuk üç aylıkken anne ve babanın fiilen ayrıldıkları, sonrasında boşanmanın gerçekleştiği ve çocuğun velayetinin boşanma

ve istekleri de ana babanın bu konuda dinlenilmesiyle ortaya çıkacaktır. Ancak, ana babanın bu konudaki istekleri hakimi bağlamaz, onların istekleriyle çocuğun yararı sağlanabilecekse, hakim, düzenlemeyi buna göre yapar. Aksi halde çocuğun yararına olan başka bir düzenleme yapmalıdır¹⁶².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.10.1969 T., E.2-786, K.271 sayılı kararı¹⁶³ da velayet düzenlenirken ana babanın dinlenilmesi gereğini ortaya koymaktadır. Buna göre; “Medeni Kanununun 148.maddesi (MK. m.182) uyarınca boşanma davasına bakan hakim, ana babayı dinledikten sonra velayet hakkının kullanılmasına ilişkin tedbirleri alır. Bu hususta hakimin takdir hakkı vardır. Ancak, bu takdir hakkı kullanılırken halin icabına hak ve nasafet 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 yararına olacağı göz önünde tutulmalıdır. Somut olayda her iki taraf çocuğun velayetinin babaya verilmesini istemişlerdir. Çocuğa küçükten beri baba bakmakta, anne ise gezici köy ebesi olduğundan çocuğa bakamayacağını bildirmiştir. Bu durumda çocuğun yararı velayetin babaya verilmesiyle sağlanmış olacaktır”.

Buna göre, duruşma sırasında, ana babanın tutum ve davranışları, beyanları, varsa aralarındaki anlaşma, tanık beyanları hakime ana babanın çocuklarına

kararı ile anneye verildiği, çocuğun o günden bu yana davalı annesinin yanında kaldığı annenin evlenmesinden sonra çocuğun anneannesinin ve dedesinin yanında kaldığı babanın ise astsubay olup çocuğunu yedi yaşına kadar arayıp sormadığı, çocuğun şu an oniki yaşında olduğu anlaşılmaktadır. Çocuk duruşmada dinlenmiş ve babasının yanında kalmak istemediğini beyan etmiştir. Gerçekleşen bu olgular karşısında, çocuğun halen bulunduğu durumda bedensel ve zihinsel gelişiminin tehlikede olduğuna ilişkin hiçbir delil bulunmadığı, babanın yıllarca çocuğuna ilgi ve özen göstermemiş olduğu da gözetildiğinde velayetinin anneden alınıp babaya verilmesinin yararına uygun olmayacağı düşünülmelidir” (Yayınlanmamış karar; Kırıkkale Aile Mahkemesinin E. 2005/247, K. 2005/727 sayılı dosyasından alınmıştır).Yargıtay 2.H.D, 02.02.1985 T., E.4024, K.4223; “Davacı eş, çocukların velayetini istemediğine ve çocuklar ana şefkatine muhtaç olmayıp öteden beri baba yanında kaldıklarına göre, velayetlerinin babaya verilmesi çocukların yararları açısından uygun düşer” Bkz. ŞENER, Boşanma, s.664. Yargıtay 2.H.D, 23.05.1985 T., E.436, K.5063 Bkz. ŞENER, Boşanma, s.634; Yargıtay 2.H.D, 16.05.1985 T., E.4586, K.4777, Bkz. ŞENER, Boşanma, s.635. Yargıtay 2.H.D. 15.05.2003 T., E.2003/6540, K.2003/7220; “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.” Bkz. ERGÜN, s.649.

¹⁶² FEYZİOĞLU, s.382.

¹⁶³ Bkz. ŞENER, Boşanma, s.638.

gösterdikleri ilgi ve sevgi hakkında fikir verebilir. Ayrıca, hakim bu konuda sosyal hizmet uzmanına yaptıracığı bir araştırmadan da fikir edinebilir¹⁶⁴.

Ana babanın her ikisinin de çocuğun velayetini istememesi söz konusu olabilmektedir. Bu durum, onların çocuğa ilgi ve sevgilerinin olmadığına açık kanıttır. Ana 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 Kanununun 346 ve 347.maddeleri ile 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 6. maddesi hükümleri de re'sen gözetilerek uygun bir karar verilmelidir¹⁶⁵. Hakim, bu durumda, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir.

Aynı şekilde “çocuklarından nefret ettiğini beyan eden anneye velayetin verilmesi küçüklerin aleyhine olacaktır”¹⁶⁶. “Anne kendini dine vererek çocuğun bakımıyla ilgilenmiyorsa ve çocuğu ihmal ediyorsa; böyle bir anneye çocuğun yaş gerekece gösterilerek velayetin verilmesi doğru olmaz”¹⁶⁷.

“Çocuğun velayeti babaya verilmesine rağmen, baba çocukları yanına almamış annenin yanına terk ederek velayetlerini kullanmamışsa, velayet babadan alınarak anneye verilmelidir”¹⁶⁸.

¹⁶⁴ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.66.

¹⁶⁵ Yargıtay 2.H.D, 01.06.1971 T., E.2679, K.3532 Bkz. ŞENER, Boşanma, s.639. Yargıtay 2.H.D. 07.10.2003, E.2003/11644, K.2003/12972; “Taraflar 1986 doğumlu zeka özürlü Mehmet'in velayetini üzerlerine almaktan ısrarla kaçınmaktadırlar.Ana babanın bu tutum ve davranışı karşısında çocuğun bunlardan birisine verilmesi çocuğun bedeni ve fikri gelişmesini tehlikeye düşürecek, çocuğa yarar değil zarar getirecektir” (Yayınlanmamış karar). Yargıtay 2.H.D. 20.09.2004, E. 2004/9116, K. 2004/10227; “Küçükler davacı anne yanında değil, babaannesi ile birlikte kalmaktadırlar. Baba ise cezaevinde hükümlü olup, kendisine vasi atanmıştır. Bu nedenle davalı baba velayet görevini yerine getiremeyecektir. Davalı anne ise velayeti almaktan ısrarla kaçınmaktadır. Ananın bu ilgisizliği ve tutumu karşısında çocukların velayetlerinin davacı anneye verilmesi çocuklara yarar değil zarar getirecektir” (Yayınlanmamış karar).

¹⁶⁶ Yargıtay 2.H.D, 17.05.1985 T., E.4289, K.4797 Bkz. ŞENER, Boşanma, s.636; Yargıtay 2.H.D. 20.11.2003 T. 2003/14849, K. 2003/16054; “Toplanana delillerden müşterek çocukların annenin yanında kaldıkları, babanın ise fabrikada yatıp kalktığı anlaşılmaktadır. Davacı babanın çocukları hakkında ağır isnatları da mevcuttur. Gerçekleşen bu durum karşısında velayetin anneye verilmesi gerekir” (Yayınlanmamış karar).

¹⁶⁷ Yargıtay 2.H.D, 07.06.2000 T., E.5958, K.7631 (Yayınlanmamış karar).

¹⁶⁸ Yargıtay 2.H.D. 22.01.2001 T. 2000/15996, K.2001/1026, Bkz. ERGÜN, s.664.

7. Ana Babanın Eğitici Yetenekleri:

Velayet düzenlenirken, ana babanın çocuğa yakın ilgi ve sevgisi yanında onların çocuğu eğitebilecek yetenekte olması da dikkate alınmalıdır. Çocuk yetiştirmeye yetenekli olan taraf belirlenirken, ana babanın ve çocuğun bedensel, ruhsal ve fikirsal özellikleri araştırılmalıdır. Çünkü, ana veya babanın çocuk yetiştirme yeteneğini bu özellikler çok etkiler. Örneğin, aklen zayıf bir ana çocukların sağlıklı bir şekilde yetişmeleri için uygun olmayabilir¹⁶⁹. Akıl hastası olan bir ana babadan da, velayet görevini gereği gibi yerine getirmesi beklenmemelidir¹⁷⁰.

Bu konuda, göz önünde tutulması gereken bir nokta da şudur; çocuk boşanmadan sonra ana veya babasından birini artık sürekli olarak yanında bulamayacaktır. Dolayısıyla ister istemez kendisinde bir eksiklik hissedecektir. Bu bakımdan, çocuğun velayetinin verildiği ana 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 açıktır¹⁷¹.

Velayet kendisine verilecek eşin, bu görevi ve hakkı yerine getirebilecek fiziksel ve ruhsal yeteneklerinin yanı sıra, hukuksal ehliyet de sahip olması, vazgeçilmez zorunlu bir koşuldur. Bu nedenle, Yargıtay haklı olarak, vesayet altında bulunan eşin velayeti doğrudan doğruya kullanmasının mümkün olmadığını belirtmiş ve bu hakkın temsilci(vasi) eliyle kullanılmasına da Medeni Kanununun 16.maddesi hükmü karşısında imkan görmemiştir¹⁷².

Bütün bunlar karşısında hakim, ana babadan çocuğun fiziksel, zihni ve manevi niteliklerini geliştirmeye en ehil olanını araştırmalı ve velayeti düzenlerken onu tercih etmelidir¹⁷³.

8. Çocuğun İsteği ve Hakim Tarafından Dinlenilmesi:

Hakimin velayetin düzenlenmesi konusunda çocuğun yararına uygun düzenlemeyi yapabilmesi için, onun isteği ve eğilimlerini de araştırması gerekir¹⁷⁴.

¹⁶⁹ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.68.

¹⁷⁰ Yargıtay 2.H.D. 05.06.2003 T. 2003/6627, K. 2003/8302 (Yayımlanmamış karar)

¹⁷¹ Hacer AKKAYA, Velayetin Tevdii ve Vasi Tayini, A.Ü Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1993, s.138.

¹⁷² Yargıtay 2.H.D. 07.04.1992 T., E.3902, K.4034 ; Bkz. ŞENER, Boşanma, s.629.

¹⁷³ AKKAYA, s.107.

Ancak bu ölçütün uygulanmasında şu sakıncalar ortaya çıkabilir. Öncelikle, isteği araştırılacak çocuk bağımsız düşünebilecek ve karar verebilecek yaşta (idrak çağında) olmalıdır. Çünkü, küçük yaştaki bir çocuğu ana 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 gerekir¹⁷⁵.

Bazı görüşlere göre, çocuğun kendine özgü bağımsız bir isteği olamaz; çocuk bir istek belirtmiş olsa bile, bu onun etkisi altında bulunduğu ana veya babanın isteğini yansıtabilir. Bu nedenle, hakim, çocuğun belirttiği isteğin doğru olup olmadığını araştırmalıdır. Başka deyişle, hakim, çocukların isteklerinin her türlü etki dışında ve samimi olduğuna kanaat getirmelidir¹⁷⁶. Hakim, bu araştırmayı yaparken, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5.maddesinde belirtilen uzmanlardan bilirkişi olarak yararlanabilir¹⁷⁷.

Çocuğun gerçek isteğinin araştırılmasında ve belirlenmesindeki zorlukları dikkate alan Yargıtay, uygulamada belirli bir yaşın üstündeki çocukların dinlenilmesi gereğini vurgulamaktadır¹⁷⁸.

¹⁷⁴ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.68; TEKİNAY, s.277; AKINTÜRK, s.273; ZEVKLİLER, ACARBEY, GÖKYAYLA, s.854; FEYZİOĞLU, s.382; VELİDEDEOĞLU, s.267; ÖZTAN, s.362; Yargıtay 2.H.D., 18.10.2005 T., E.2005/8391, K.2005/14909 (Yayınlanmamış karar)

¹⁷⁵ Yargıtay 2.H.D., 21.01.2003 T., E.2002/14802, K.2003/682; Bkz. ERGÜN, s.643.

¹⁷⁶ Esat ŞENER, Açıklamalı İçtihatlı Türk Medeni Kanunu, 1.Cilt,Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998, s.669 (ŞENER, Medeni Kanun); İNAL, s.1137; TEKİNAY, s.277; Yargıtay 2.H.D., 27.10.2000 T., E.12525, K.13085; “Mümeyyiz olmayan ve babanın yanında olup ondan etkilenen çocukların beyanları, karar için yeterli delil kabul edilemez.” Bkz. Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x004d1fe0&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x004d1fe0, 30.06.2006.

¹⁷⁷ Yargıtay 2.H.D. E. 2004/6329, K. 2004/7150, 02.06.2004 T.; “Müşterek çocuklar 1992 ve 1994 doğumlu olup idrak çağındadırlar. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri ile Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesinin 12. maddeleri dikkate alınarak, çocukların velayet konusunda beyanlarının alınması ve Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5.maddesinde belirtilen uzman görüşüne de başvurularak deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken velayet hakkının babaya verilmesi bozmayı gerektirmiştir”. (Yayınlanmamış karar).

¹⁷⁸ Yargıtay 2.H.D., 28.04.1987 T., E.2988, K.3841; “Velayeti söz konusu olan 14 yaşında olduğuna göre velayetinin ana babasından hangisine verilmesini istediği konusunda kendisinin de dinlenilmesi ve çocuğun isteği de dikkate alınması gerekir.” Bkz. ŞENER, Boşanma, s.662; Yargıtay 2.H.D., 28.01.2004 T. E. 2003/14425, K.2004/1026; “Dava küçük Alara'nın velayetinin değiştirilmesine ilişkin olup, küçüğü yakinen ilgilendirmektedir. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3, 4 ve 5 devamı maddeleri gereğince 30.4.1994 doğumlu küçük Alara'nın Yargıtay denetimine imkan verecek şekilde, dinlenmesi, gerekir”.Bkz.Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00a37830, 30.06.2006; Aynı yönde; Yargıtay 2.H.D. 05.04.2004 T. E. 2004/3590, K. 2004/4216; Bkz. YKD. Cilt:30, Ağustos 2004, Sayı:8, s.1201.

Çocuğun isteğinin belirlenmesi, yararının korunması bakımından önemlidir. Çünkü, çocuk, boşanmadan sonra istemediği ana veya babası yanında kalmaya zorlanırsa, onunla, sağlıklı bir duygusal gelişimin temeli olan olumlu ilişkiler kuramaz. Oysa, ana baba çocuk için bir modeldir ve çocuk bu modeli benimseyerek kendi kişiliğini oluşturur. Çocuğun, ana babayı kendine model alabilmesi, benimseyebilmesi ve davranışlarını bu modele uydurabilmesi ise, onları sevmesine bağlıdır¹⁷⁹.

Çocuğun, gerçek isteğini açıklayamadığı durumlar söz konusu olabilir. Bu nedenle çocuğun beyanlarını tek başına değil, onun tüm davranışları ve genel tutumu, ana baba ile ilişkileri, ana babanın çocuğa karşı tutumu, kısaca çocuğun ve ana babanın içinde bulunduğu tüm şartlar göz önünde bulundurularak değerlendirmek gerekir. 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 giderilebilir¹⁸⁰. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun' un 3. maddesinde, aile mahkemesi hakimi olarak tercihan 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. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi¹⁸¹, nin 12. maddesinin 1.fıkrasında, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğa kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini açıklama hakkı, 2.fıkrasında, çocuğu etkileyen adli veya idari işlemlerde, çocuğa bizzat veya bir temsilci aracılığıyla görüşlerini açıklama hakkı tanınmaktadır. Buna göre, sözleşmeye taraf devletler, çocuğa, kendisini etkileyen durumlarda söz hakkı tanıma gibi, açık ve kesin bir yükümlülük altındadırlar.

Maddede, söz konusu hakların tanınması bazı şartlara bağlı tutulmuştur. Buna göre;

¹⁷⁹ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.71.

¹⁸⁰ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.72.

¹⁸¹ 02.01.1995 T. 22184 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

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

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 çocuktan aldığı bilgileri yorumlayabilecek zamana ve beceriye sahip olmaları gerektiğine dikkat çekmektedir¹⁸².

2). 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.

3). Çocuğun görüşlerine yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak özen gösterilmesi gerekir:

Çocuğun görüşlerine hangi ölçüde ağırlık tanınacağı 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.

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, yargısal süreçte çocuğun görüşlerini açıklama ve katılım hakkına yönelik olarak, doğrudan doğruya uygulanabilir nitelikte usuli hükümler düzenlemektedir. Sözleşmenin 1. maddesinde, “adli bir makam önünde çocukları etkileyen davalar” aile hukuku alanında, özellikle velayet, şahsi ilişki kurulması ve yerleşim yeri gibi ana baba sorumluluğunun kullanılmasından doğan davalar olarak tanımlanmıştır.

Sözleşme, ilke olarak, çocuğun yüksek yararları bağlamında kendisini etkileyen ailevi uyuşmazlığa ilişkin davalarda, katılımı, bilgilendirme ve görüşlerini

¹⁸² Mehlika AYTAÇ; Çocuğun Yargısal Süreçte Görüşlerini İfade Etme ve katılım Hakkı Yönünden Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi; Adalet Dergisi, Yıl:93, Nisan 2002, Sayı: 11, s.22.

açıklama haklarının tanınması ve bu hakları bizzat veya diğer kişi ya da kurumlar aracılığı ile kullanmasının kolaylaştırılması ve etkinleştirilmesi amacını gütmektedir¹⁸³.

Sözleşmeye göre, adli makamlar, çocuğu etkileyen davayla ilgili bir karar vermeden önce, çocuğun yararına olan tüm bilgileri değerlendirmek, gerekli ise, ilgili kişi ve kurumlardan ek bilgiler almak, çocuğun ayırtım gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda, davayla ilgili bilgilerin verilip verilmediğini araştırmak, çocuğa görüşünü açıklama olanağı tanımak ve bu görüşlere ağırlık vermek yükümlülüğü altındadır (Madde 6).

Çocuğun yargısal süreçte görüşlerini açıklama hakkının ön koşulu, bilgi edinme hakkıdır. Çocuğa, mümkün olan seçenekler ve bunların sonuçları hakkında gerekli bilgiler sağlandığı takdirde, gerçek bir katılımdan söz edilebilir¹⁸⁴. Hakim, çocuğa mevcut koşullar ve seçenekler ile bunların olası sonuçları hakkında gerekli bilgilerin sağlanıp sağlanmadığını denetlemek ve gerekirse çocuğun bizzat görüşlerine başvurma yükümlülüğü altındadır.

Bu durumda, hakim, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğu dinlemeli ancak isteğiyle bağlı olmamalıdır¹⁸⁵.

9. Ana Babanın Boşanmadaki Kusur Durumları:

Hukukumuz, velayetin boşanmada kusursuz olan eşe verileceği yolunda, herhangi bir kural koymamıştır¹⁸⁶. Çocuğun yararı gerektiriyorsa, hakim onun velayetini boşanmada kusurlu olan eşe dahi verebilir. Bununla beraber, evlilik, akıl hastalığı, terk, küçük düşürücü bir suçtan dolayı mahkumiyet ve haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle son bulmuşsa, çocuğun bu hallerde akıl hastası veya kusurlu olan tarafa verilmemesi gerekir¹⁸⁷. Burada, tek başına kusurlu olma değil, çocuğun yararı esas

¹⁸³ AYTAÇ, s.26.

¹⁸⁴ AYTAÇ, s.32.

¹⁸⁵ Yargıtay 2.H.D. 25.02.2004, E. 2003/16415, K.2004/2225, “Medeni Kanununun 183 ve 349. maddeleri haklı bir sebebin bulunması halinde velayetin değiştirilebileceğini hükme bağlamıştır. Müsterek çocuk Cihan'ın velayeti 2.4.2003'te babaya bırakılmış aradan iki ay geçtikten sonra bu dava 20.6.2003'te açılmıştır. Geçen bu süre zarfında babadan kaynaklanan velayetin anneye verilmesini haklı kılacak maddi bir hadisenin varlığı ispatlanmamıştır. Başlı başına küçüğün sözlerine değer verilerek velayet,düzenlemesi,yapılamaz”.Bkz. Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00a4d044, 30.06.2006.

¹⁸⁶ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.73; TEKİNAY, s.273; OĞUZMAN-DURAL, s.141; ZEVKLİLER, ACARBEY, GÖKYAYLA, s.1039; AKINTÜRK, s.272; FEYZİOĞLU, s.382; VELİDEDEOĞLU, s.267; ÖZTAN, s.362; KALELİ-YALÇINKAYA, s.1850.

¹⁸⁷ VELİDEDEOĞLU, s.267; AKINTÜRK, s.273.

almaktadır. Ancak, İsviçre Federal Mahkemesi, küçük bir kız çocuğunun velayetinin, kocasına sadakatsizliği sabit bulunan anaya verilmesini uygun bulmuş, ananın bu deneyi, çocuğun yetişmesinde ders olarak kullanabileceği gerekçesini belirtmiştir¹⁸⁸.

Velayetin ana veya babaya verilmesi arasında çocuğun yararı açısından fark yoksa, boşanmada kusuru olmayan tarafın tercih edilmesi gerektiği yönünde görüşlere de rastlanmaktadır¹⁸⁹. Örneğin; Alman Medeni Kanunu, 1977 değişikliğinden önce velayetin kusursuz olan eşe verileceğini öngörüyordu. Ancak, bu kesin olarak uyulması gereken bir kural olarak anlaşılmamıştır. Uygulamada, velayetin kusursuz eşe verilmesi halinde çocuğun yararının tehlikeye düşmesi ihtimali ortaya çıkıyorsa, kusurlu olan eşe de velayetin verilebileceği yolunda kararlar verilmiştir¹⁹⁰.

Çocuğun velayetinin kusursuz eşe verilmesi gerektiğini savunanlar, bu eşin çocuğu daha iyi yetiştireceği varsayımına dayanırlar¹⁹¹. Ancak, bu düşünce her zaman geçerli olmayabilir. Çünkü, kötü bir eşin aynı zamanda kötü bir ana veya kötü bir baba olacağı söylenemez. Yargıtay kararlarında da, bu görüş vurgulanmıştır¹⁹². Ayrıca, çocuğun velayetini boşanmada kusuru olan eşe vermeyerek, onu, bu şekilde cezalandırmak da doğru bir düşünce değildir¹⁹³. 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 gerekir¹⁹⁴.

¹⁸⁸ BGE. 62 II 616 = JdT 1936 I 617, Karar için Bkz. Osman KİPER, Tüm Yönleriyle Boşanma Davaları, Adil Yayınevi, Ankara 1997, s.528.

¹⁸⁹ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.72; TEKİNAY, s.275; İNAL, s.1137.

¹⁹⁰ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.73; DURAL, s.141; Yargıtay 2. H.D. 06.03.1962 T. E. 646, K. 1497; Bkz. TEKİNAY, s.274, dipnotu 39.

¹⁹¹ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.73.

¹⁹² SCHWARZ, Çev. Bülent DAVRAN, s.177. Yargıtay 2.H.D, 16.05.1985 T., E.4586, E.4777; “MK. 148.maddesi uyarınca boşanmaya karar veren hakim, çocukların velayetini, durumun özelliği ve öncelikle küçüklerin yararını 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 yararidir.” Bkz. ŞENER, Boşanma, s.635.

¹⁹³ AKKAYA, s.115.

¹⁹⁴ YALÇINKAYA-KALELİ, s.1850.

10. Ana Babanın Ahlaki Değer Yargıları ve Davranışları:

Ana babanın ahlak dışı bir yaşam sürdürmesi, evlilik dışı ilişki kurması, evlilik birliğinin dağılmasına neden olmuş kişi ile evlenmesi gibi tutum ve davranışları da velayetin düzenlenmesinde zaman zaman göz önünde tutulan ölçütlerdir.

Ahlak dışı yaşam biçimi, ana veya babanın çocuğu yetiştirmesinde etkili olabileceğinden, bu durum, çocuğun fikri gelişimini ve bir takım ahlaki değerleri edinmesini engelleyebilir¹⁹⁵.

Çocuğun arkadaş çevresi, evlilik dışı yaşam sürdüren ana veya babasının davranışları dolayısıyla çocuğu küçümsemekte iseler, onun, duygusal ve sosyal gelişimi de tehlikeye düşer. Bu nedenlerle, velayet düzenlenirken, ana babanın ahlaki eğilimleri de araştırılmalı, ona göre karar verilmelidir¹⁹⁶.

“Anne dolandırıcılık suçundan yargılanıp mahkum edilmişse, çocuğun geleceği ve gelişimi düşünülerek böyle bir anneye velayet verilmemelidir”¹⁹⁷.

“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 yararları da her yönüyle korunmalıdır”¹⁹⁸.

“Aynı şekilde, anne çocuğu devamlı dövüyorsa, küçüğün velayet hakkı babaya verilmelidir”¹⁹⁹.

“Babanın yüz kızartıcı suç işlediği, işinden atıldığı ve aşırı içki içtiği belirlenmişse ve ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller de yoksa, çocuğun velayeti babaya verilmemelidir”²⁰⁰.

¹⁹⁵ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.74; Yargıtay, 2.H.D, 06.05.1985 T., E.4103, K.4305; “Ananın gerçekleşen ahlaki temayülleri karşısında, çocuğun geleceğine yönelik tehlikelerin önlenmesi bakımından velayetinin babaya verilmesi gerekir.” Bkz. ŞENER, Boşanma, s.636. Yargıtay 2.H.D. 27.01.2004, E.2003/12750, K.2004/972; “Velayet hakkının düzenlenmesinde asıl olan küçüklerin sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarıdır. Davalı annenin belirli bir yerleşim yeri ve toplum kurallarına uymayan yaşantısı nedeniyle küçüklerin velayetinin halen yanlarında bulunduğu babalarına verilmesi uygun olacaktır.” Bkz. Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00a374a4, 30.06.2006.

¹⁹⁶ AKKAYA, s.111.

¹⁹⁷ Yargıtay H.G.K, 24.09.1994 T., E.2-283, K.539; Bkz. GENÇCAN, s.1190.

¹⁹⁸ Yargıtay 2.H.D, 21.06.1982 T., E.5077, K.5531; Bkz. ŞENER, Boşanma, s.637. Federal Mahkemenin aksi yönde uygulaması için Bkz. TEKİNAY, s.274.

¹⁹⁹ Yargıtay 2.H.D, 05.05.1998 T., E.3161, K.5391.; Bkz. ÖZUĞUR, Boşanma ve Ayrılık, s.824.

²⁰⁰ Yargıtay 2.H.D, 13.10.1993 T., E.8514, K.9195; Bkz. ERGÜN, s.601. Aynı yönde Yargıtay 2.H.D, 18.05.1987 T., E.3042, K.4558; “Babanın alkol bağımlılığı, intihar girişimleri ve ruhsal durumu göz

“Anne, başkasıyla evlilik dışı ilişki kurmak için, çocuklarını yüzüstü bırakıp gitmişse, kendisine çocukların velayeti verilmemelidir”²⁰¹.

Bütün bunlar, çocuğun yararının tehlikeye düşmesi halinde geçerli olur. Bazı hallerde, çocuğun yararı, velayetinin evlilik dışı ilişki kuran ana veya babaya verilmesini de gerektirebilir. Yargıtay da, ananın evlilik dışı ilişkilerde bulunmasını, çocuğun ahlak ve fikir gelişimini tehlikeye düşürmediği sürece, velayetin anaya verilmesine engel saymamaktadır²⁰².

11. Kardeşlerin Birbirinden Ayrılması:

Her ne kadar, çocukların anne baba arasında onların ana babalık duyguları göz önünde tutularak paylaştırılabileceği görüşünü savunanlar varsa da, gerek hukuk doktrininde, gerek psiko-sosyal doktrinde ve uygulamada hakim görüş ise, çocukların hepsinin aynı tarafa verilmesinin, onların gelişimine olumlu etkide bulunacağı yolundadır²⁰³. Çocukların alıştıkları ortamdan ve birbirlerinden ayrılması da, bedeni ve fikri gelişmelerine olumsuz etki yapacaktır²⁰⁴.

Çocuklar, ana babalarının boşanmalarını değiştiremeyecekleri bir olgu olarak kabul eder ve bunu ruhen benimseyebilirler; fakat, kardeşlerin birbirinden ayrılmasını, önlenmesi mümkünken istenerek önlenmemiş acı bir sonuç ve ailenin tamamen parçalanması olarak algırlar.

Boşanmanın çocuklar bakımından en ağır sonuçlarından biri, kardeşlerin birbirinden ayrılması ve aralarındaki ilişkinin kopmasıdır. Çünkü, ana baba arasında

önünde tutulmadan, ana bakım ve şefkatine muhtaç yaştaki çocuğun velayetinin babaya verilmesi isabetsizdir.” Bkz. KİPER, s.530, Yargıtay 2.H.D, 17.02.1999 T., E.13808, K.1215; “Babanın esrar bağımlısı olduğu belirlenmişse, çocuğun velayet hakkı anneye verilmelidir.” Bkz. GENÇCAN, s.1200. Yargıtay 2.H.D. 23.03.2001 T., E.2001/2932, K.2001/4484; “Babanın evlilik içinde eşi ve çocuklarını dövdüğü, küfür ettiği, içki içmeyi alışkanlık haline getirdiği, içkici arkadaşlarını eve getirerek evde içki sofrası kurduğu gerçekleşmiştir. Velayetin düzenlenmesinde tarafların yaşantısı ve bu yaşantının çocuklar üzerindeki olumsuz etkisinin gözetilmesi gerekir. Babanın belirtilen davranışlarının çocukların fiziki, ruhsal gelişmelerini olumsuz yönde etkileyeceği tartışmalıdır. Hakim, çocukların yararını dikkate almak, velayeti bu çerçevede düzenlemekle yükümlüdür”; Bkz. ERGÜN, s.648.

²⁰¹ Yargıtay 2.H.D, 23.05.1985 T., E.436, K.5063; Bkz. ŞENER, Boşanma, s.634.

²⁰² Yargıtay 2.H.D, 05.07.1995 T., E.6964, K.7868; Bkz. AKINTÜRK, s.272.

²⁰³ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.76; TEKİNAY, s.276; AKINTÜRK, s.273; ZEVKLİLER, ACARBEY, GÖKYAYLA, s.1039; ÇAKIN, s.119; VELİDEDEOĞLU, s.268; YALÇINKAYA-KALELİ, s.1851; İNAL, s.1137; DOLTO, Çev. Nuriye Yiğitler, s.40; Yargıtay H.G.K, 02.12.1992 T., E.569, K.722; “Müşterek çocuklar eskiden beri bir arada yaşadıklarından, bu çocukların birbirlerinden ayrılmalarının onların yetişmelerinde psikolojik yönden olumsuz etki yapabileceği düşünülmelidir.” (Yayınlanmamış karar).

²⁰⁴ Yargıtay 2.H.D, 18.10.2005 T., E.2005/8391, K.2005/14409 (Yayınlanmamış karar). Yargıtay 2.H.D. 29.11.2005 T. E. 2005/10185, K. 2005/16552 (Yayınlanmamış karar).

bölünmüş kardeşlerden her birinin ayrı şartlar, çevreler ve terbiye sistemleri içinde yetişmeleri, onları birbirine karşı bir takım ruhi komplekslere sürükleyebilir²⁰⁵.

Uygulamada da mahkemeler ve Yargıtay, önemli bir neden olmadıkça çocukların ayrılmaması gereğini vurgulamaktadır²⁰⁶.

Velayetin verilmesi düşünülen tarafın birden çok çocuğu yetiştirmeye ekonomik gücünün yeterli olmaması nedeniyle, çocukların ana baba arasında paylaşılması da doğru olmaz.

12. Çocuğun Dini:

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 öğretileceğine velayet hakkına sahip olan ana veya baba karar verir (MK. m.341).

Boşanmadan sonra velayet ana babadan hangisine verilmiş ise, çocuğun dini eğitimi hakkında da o karar verir. Bu taraf, çocuğa daha önce öğretilmiş olan dinden farklı bir dinin gereklerini öğretebilir. Bu nedenle ana baba arasında din veya mezhep farkı varsa, özellikle belli yaştaki çocukların velayetinin, çocukla aynı din veya mezhebe sahip tarafa verilmesi uygun olur²⁰⁷. Çünkü, çocuğun başka bir din veya mezhebe göre eğitilmesi yani dininin değiştirilmesi, onun fikirsel ve ruhsal gelişimi bakımından zararlı sonuçlar doğurabilir²⁰⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, boşanmış velayet hakkı sahibinin ölümünden sonra, ayırt etme gücüne sahip çocuğu başka dini inanca sahip hayatta kalan ana ya da babaya verirken çok titiz davranmak gerektiğini, özellikle onun, çocuğu, daha önceki dinini değiştirmeye zorlama ihtimali varsa, velayetin ona verilemeyeceğine hükmetmiştir²⁰⁹.

²⁰⁵ TEKİNAY, s.276; Yargıtay 2.H.D, 12.02.1999 T., E.13459, K.1037; “Çocukların birbirinden ayrılmaları kardeşlik bağları ve gelişmeleri yönünden olumsuz etki yapar.” Bkz. GENÇCAN, s.1200.

²⁰⁶ Yargıtay 2. H.D, 27.10.2000 T., E.12525, K.13085; “Dinlenen tanıklar küçüğün kardeşinden ayrılarak velayetin babasına verilmesini gerektiren ciddi bir olay ortaya koymamışlardır.” Bkz. ERGÜN, s.592. Yargıtay 2.H.D. 23.09.2002 T., E.2002/9508, K.2002/10548; “...küçüklerin birbirinden ayrılması da onların fikri gelişmelerine olumsuz etki yapacağı açıktır.” Bkz. ERGÜN, s.615. Yargıtay 2.HD. 29.11.2005, E. 2005/10185, K. 2005/16552; “Çocuklar uzun süredir davalı anneleri yanındadır. Çocukların alıştıkları ortamın değiştirilmemesi ve kardeşlerin birbirlerinden ayrılmamaları gereği göz önüne alındığında velayetin davalı anneye verilmemesi doğru bulunmamıştır” (Yayınlanmamış karar).

²⁰⁷ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.78.

²⁰⁸ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.79.

²⁰⁹ İsviçre Federal Mahkemesi kararı için; Bkz. AKYÜZ, Velayet, s.662.

13. Çocuğun Soybağı:

Baba, çocuğun kendisinden olduğundan şüphe ediyorsa, bu şüphe, onun çocuğa karşı tutum ve davranışlarını etkileyeceğinden, bu durum, velayet düzenlenirken göz önünde tutulmalıdır²¹⁰. Baba tarafından, soybağının reddi davasının açılmış olması, şart değildir. Babanın, dava açma ihtimalinin bulunması veya baba olmadığını açıkça iddia etmesi ve bu iddiayı doğrulayacak delillerin de bulunması yeterlidir²¹¹.

Ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir (MK. m.337/1). Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hakim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir (MK. m.337/2).

Tarafların müşterek çocukları var ve bunun soybağı konusunda bir anlaşmazlık yok, ama çocuk nüfusta kayıtlı değil ise, bu durumda da hakim tarafından velayetin düzenlenmesi, kişisel ilişki kurulması ve iştirak nafakası takdiri zorunludur²¹².

C.Çocuğun Yararının Belirlenmesinde Yardımcı Ölçütler:

1. Velayetin Düzenlenmesine İlişkin Ana Babanın Yaptığı Sözleşmeler:

Medeni Kanunun boşanmanın çocuklar bakımından sonuçlarını belirleyen 182.maddesi, böyle bir sözleşmeden bahsetmemekte, yalnız ana babanın hükümden önce dinlenilmesi gereğine değinmektedir. Fakat, Medeni Kanunda 184.maddenin 5.bendinde, eşlerin boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin ve geçerliliği hakim onayına bağlı sözleşmeler yapabilecekleri öngörülmektedir. Tarafların kendi aralarında sözleşme konusu yapabilecekleri noktalar, bizzat hakimin düzenlemesine tabi olmayan, diğer ifade ile tarafların özgür iradeleri ile düzenleyebilecekleri hususlardır. Buna göre, taraflar ne hakimin re'sen karar vereceği konularda ne de kanunen düzenlenmiş hususlarda MK. m.184/5.bent anlamında serbest iradeleri ile sözleşme yapamayacaklardır²¹³.

MK. m.184/5.bent hükmü ile kastedilen ve tarafların üzerinde anlaşabilecekleri hususlar, boşanmanın mali sonuçlarıdır ki buraya, maddi ve manevi

²¹⁰ SCHWARZ, Çev. Bülent DAVRAN, s.178.

²¹¹ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.79; AKKAYA, s.118.

²¹² Yargıtay 2.H.D, 31.10.1985 T., E.8631, K.8789; Bkz. YALÇINKAYA-KALELİ, s.1945.

²¹³ Gülçin ELÇİN GRASSINGER, Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İ.Ü.H.F Mecmuası, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, Cilt: LV, Sayı:3, 1997, s.236; (ELÇİN).

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 yapamazlar²¹⁴. Aksi halde, hakimin MK. m.182'de düzenlenmiş bulunan takdir yetkisi, tarafların yaptığı bu sözleşme ile sınırlandırılmış olurdu. Hakimi kararını verirken ve takdir yetkisini kullanırken bağlayacak tek husus, çocuğun yararı olacaktır.

Eşlerden biri, böyle bir sözleşme ile velayet hakkından vazgeçmekle, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir haktan vazgeçmiş olmaktadır. Bu vazgeçmenin aslında hükümsüz olması gerekir (BK. m. 19/2). Çünkü, böyle bir sözleşme, ana babanın kişilik haklarını sınırlandırmaktadır. Ancak, burada özel bir durum vardır; boşanmadan sonra ana babadan birinin velayet hakkı zaten sona erecektir. Bu bakımdan, onların velayet konusunda anlaşmaları, çocuğun yararlarına da uygun sonuçlar doğurabilir. Bundan başka, bu sözleşme hakimi hiçbir şekilde bağlamayacağından, kesin bir niteliğe de sahip değildir. Bu sözleşmenin hakim için önemi, çocuğun yararını belirlemede yardımcı bir ölçüt olmasından ibarettir. Hakim, ana 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. m.184/4.bent). Talepleri kısmen veya tamamen kabul edebileceği gibi, kendisine daha uygun görünen çocuğun yararına olacak başka bir düzenlemeyi de yapabilir²¹⁵.

Hakim, sözleşmenin çocuğun yararına uygun olacağı kanaatine ulaşırsa, boşanma hükmünde, ana baba ve çocuk arasındaki ilişkilerin, kendisince onaylanan bu sözleşme ile düzenlendiğini belirtmekle, yani sözleşmeye sadece atıf yapmakla yetinemez; bu ilişkileri ayrıntılı biçimde kendisi düzenlemeli ve hüküm fıkrasında açıklamalıdır²¹⁶.

a). Velayetin Düzenlenmesine İlişkin Sözleşmenin Önemi:

Doktrin ve uygulamada ana babanın çocuklarla ilişkilerini düzenleyen sözleşmelere çok önem verilmektedir. Bunun nedenlerinden biri, sözleşmeye göre

²¹⁴ ELÇİN, s.236; DURAL, s.140.

²¹⁵ OĞUZMAN-DURAL, s.141; AKINTÜRK, s.273; FEYZİOĞLU, s.383; HATEMİ-SEROZAN, s.260; TEKİNAY, s.276.

²¹⁶ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.80; Yargıtay 2.H.D, 14.02.1995 T., E.925, K.1772, Bkz. YKD. 1995, Cilt:21, Sayı:6, s.382 vd.

velayeti üzerine alacak tarafın, çocuğa bakmaya ve onu yetiştirmeye ehil ve istekli olduğunu beyan etmiş olmasıdır. Çocuğa ilgi göstermek ve onu sevmek çocuk yetiştirmenin, dolayısıyla çocuğun yararının korunmasının temel şartlarındandır. Hakim, çocuğu ana veya babadan birine istekleri dışında verirse, çocuğun yararı tehlikeye düşebilir²¹⁷.

İkinci olarak, ana baba velayetin düzenlenmesi konusunda anlaşılırsa, çocuk ana baba arasında sürekli bir tartışma konusu haline getirilme tehlikesinden kurtulur. Çünkü, çocukla ilişkileri kendi isteklerine göre düzenlenmiştir²¹⁸.

Ancak, bu yararlarına rağmen ana babanın sözleşmeyi her zaman çocuğun yararına uygun biçimde düzenledikleri söylenemez. Aralarındaki çıkar çatışmasında çocuğu pazarlık aracı olarak kullanabilirler. Örneğin; çocuk karşılığında boşanmaya razı olma gibi²¹⁹. 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.

b). Sözleşmenin Hakim Tarafından Denetlenmesi ve Onaylanması:

Hakim, yukarıda açıkladığımız sakıncaları göz önünde tutarak, sözleşmeyi, buna yol açan düşünceleri, ana baba ve çocuk arasındaki duygusal ilişkileri, onların şartlarını ve özelliklerini iyice incelemeli ve kararını kendisinde meydana gelen kanaate dayandırmalıdır. Sözleşme, hakim için, ana babanın özel biçimde dinlenilmesinden başka bir anlam taşımamalıdır ve hakim bu konudaki takdir yetkisini kısıtlamamalıdır. Kanun koyucu burada hakime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır (MK.m.182, 4)²²⁰. Hakim, ana babanın sözleşmeyi yaparken çocuğun yararı ile ilgili olmayan düşüncelerden hareket ettikleri sonucuna varırsa, sözleşmeyi onaylamamalıdır²²¹.

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

²¹⁷ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.80.

²¹⁸ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.81.

²¹⁹ TEKİNAY, s.276; Nurten DEMİR; Boşanmanın Fer'i Sonuçlarına İlişkin Sözleşmeler, İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994, s.38.

²²⁰ Hakimın takdir hakkı ile ilgili geniş açıklamalar için Bkz. TEKİNAY, Medeni Hukuk, s.73-77.

²²¹ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.81.

arasındaki sözleşmelerde böyle noktalar varsa, hakim sözleşmeyi onaylamamalıdır²²². Örneğin; çocukla kişisel ilişki hakkından sürekli olarak vazgeçme şartını içeren, velayet hakkından veya kişisel ilişki hakkından ekonomik yarar karşılığı vazgeçme şartını taşıyan sözleşmeleri, hakim onaylamamalıdır²²³. Çünkü, kişisel ilişki kurma hakkı, velayet ilişkisine bağlı olmayıp, soybağından doğan doğal bir hak olup, yalnız ana baba yararına değil çocuk yararına da tanınmış bir haktır. Çocuğun da velayet kendisinde olmayan ana babayı görme ihtiyacı vardır.

İsviçre Hukukunda hakim olan görüşe göre; sözleşmede kanuna aykırılık varsa, sözleşmenin şartları bir taraf için ekonomik açıdan sömürülme, kullanılma oluşturuyorsa, taraflardan birinin kanunda yer alan düzenlemelerden ayrılarak yeni bir sözleşme yapması için uygun sebepleri yoksa veya hakkaniyet prensibi altında taraflardan birinin kanundaki düzenlemeden ayrılması adil olmayan sonuçlara yol açabilecekse ya da sözleşme taraflardan biri için adaletsiz sonuç doğuracaksa ve sözleşmede yer alan hükümler belirsiz ise hakim sözleşmeyi onaylamayacaktır²²⁴.

Ülkemizde, uygulamada, sözleşmeler genellikle aynen onaylanmaktadır. Neden olarak, tarafların anlaşması halinde, çocuğun aralarında tartışma konusu olmaktan çıkacağı ve bunun da çocuğun yararına 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 yoktur²²⁵. Ayrıca sözleşmelerin çocuğun yararına olup olmadığı da araştırılmamakta, bu durum, duruşmalardan edinilen izlenimlere ve tanık beyanlarına göre değerlendirilmektedir. Bu konuda, bilirkişi incelemesi yaptırılmamaktadır.

c). Sözleşmenin Hukuki Niteliği:

Bu tür sözleşmelerin hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre; Medeni Kanununun 184.maddesinin 5.bendine göre yapılan sözleşmeler akit niteliğine

²²² HATEMİ-SEROZAN, s.260.

²²³ VELİDEDEOĞLU, Ailenin Çilesi, Boşanma. 1976, s.307 (VELİDEDEOĞLU, Ailenin Çilesi).

²²⁴ ELÇİN, s.238.

²²⁵ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.83.

sahiptirler. Çünkü, burada taraflardan biri çocukla ilişkilerinin düzenlenmesine yönelik bir teklifte bulunmakta, diğeri de bunu kabul etmektedir²²⁶.

Bu görüşte olan yazarlar, akdin konusunun tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir hususa (velayet hakkına) ilişkin olmasını göz önünde tutarak, bu akde Borçlar Kanununun tüm hükümlerinin uygulanamayacağını belirtirler. Onlara göre, bu sözleşme Borçlar Kanunu tarafından düzenlenmemiş ve isimsiz sözleşme tiplerinden olan “sulh akdi”²²⁷ne benzemektedir. Sulh, görülmekte olan bir davanın taraflarının karşılıklı anlaşma ile dava konusu anlaşmazlığa son vermeleridir. Medeni Kanunun 184.maddesinin 5.bendinde sözü edilen sözleşmeler de boşanmanın yan sonuçlarının düzenlenmesinden doğabilecek anlaşmazlıkları ortadan kaldırmak ve önlemek amacı ile yapılırlar²²⁸.

İkinci görüşe göre, boşanmanın eşler arasındaki yan sonuçlarını düzenleyen sözleşmeler ile, onların çocuklarla ilişkilerini düzenleyen sözleşmelerini birbirinden ayırmak gerekir. Boşanmadan sonra eşlerin çocuklarla ilişkilerini düzenleyen sözleşmeler, kamu düzenini ilgilendirir ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir konuya ilişkindir. Bu nedenle, bu tür sözleşmeler sulh akdi değil, ana 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 olur²²⁹.

Yargıtay da şu kararında, birinci görüşü benimsemiş görünmektedir. Buna göre, taraflar, çocukların durumu hakkında anlaşma yapabilirler, ancak anlaşma, hakimin bu anlaşmayı uygun bulması halinde, tarafları bağlayacaktır. Bu durumda Medeni Kanunun 148. (182.m) maddesinin uygulama alanı daralmıştır. Hakim, Medeni Kanunun 272 (346.m) ve sonraki maddeleriyle öngörülen durumların bulunması halinde

²²⁶ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.83.

²²⁷ Bkz. TEKİNAY, s.276, dn.46; ELÇİN, s.239.

²²⁸ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.84; Sulh akdi hakkında geniş bilgi için Bkz. Baki KURU, Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Genişletilmiş 5.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s.486-490 (KURU).

²²⁹ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.84.

anlaşmaya müdahale ile çocuk hakkında uygun hüküm kurulabilir. Aksi halde anlaşma hükümlerine uygun hüküm kurulması gerekir²³⁰.

2. Bilirkişi İncelemesi Yaptırma:

Hakimin çocuğun yararına uygun karar verebilmesi için, çocuk ve ana babanın sosyo-psikolojik özellikleri hakkında bilgi edinmesi gerekir. Duruşmada dinlenen tanık beyanları ve tarafların beyanları bu konuda bir fikir verebilir. Ancak, boşanan eşler arasındaki çatışma durumu göz önünde tutulursa, bu yollarla edinilen bilgilerin her zaman güvenilir olamayacağı anlaşılır. Çünkü, velayete ilişkin anlaşmazlık durumlarının çoğunda, ana babadan her biri, hakimi, kendisinin daha iyi bir ana baba olduğuna inandırmaya çalışır. Kendilerinin haklı olduğunu ispat edebilmek için de diğer tarafın yetersiz olduğunu ve çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerini ispatlama yolunu seçerler. Bu durumda ise, ne kadar adil ve tarafsız olmaya çalışırsa çalışsın, hakimin inandırıcı suçlamalardan etkilenmemesi imkansızdır. Çocuğun dinlenilmesi ve isteği de her zaman güvenilir bilgiler sağlamaz. Çocuk, o an yanında kaldığı ana babanın baskısı ve öğretmesiyle hakime yanlış bilgiler verebilir. O halde, hakimin bu konuda daha güvenilir bir yola başvurması gerekecektir ki bu da bilirkişiye araştırma yaptırmaktır. Bu bilirkişiler genellikle, psikiyatristler, psikologlar ve sosyal hizmet uzmanlarıdır²³¹.

Dava ile ilgili bir olgunun takdirinde hakim tarafından bilinmeyen, özel ve teknik bilgiye gereksinim duyulan hallerde bilgi ve görüşüne başvurulacak üçüncü kişilere bilirkişi denir. Bilirkişi, görüşüne başvurulacak maddi vakia hakkında teknik bilgisine dayanarak inceleme yapar ve vardığı sonuçları bir rapor halinde bildirir²³².

Medeni Kanunda, boşanma davalarında uygulanacak usul kuralları²³³ hakkında hükümler bulunmakla beraber, bunlar arasında velayetin ve kişisel ilişkilerin düzenlenmesinde hakimin psiko-sosyal inceleme yaptırtacağına, yani bilirkişiye başvuracağına dair herhangi bir kural yoktur. Bu yönde de mahkeme ve Yargıtay uygulaması gelişmemiştir. Ancak, aile mahkemelerinin kurulmasından sonra bu imkan açıkça kullanılabilir olmuştur. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve

²³⁰ Yargıtay 2.H.D, 28.09.1995 T., E.8706, K.9558; Bkz.GENÇCAN,1208.

²³¹ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.88.

²³² KURU, s.397.

²³³ Geniş bilgi için Bkz. TEKİNAY, s.237-244.

Yargılama usullerine Dair Kanun' un 5. maddesine göre her aile mahkemesinde psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı bulunmak zorundadır. Bu görevlilerin bulunmaması, iş durumlarının müsait olmaması veya görevin bunlar tarafından yapılmasında hukukî veya fiilî herhangi bir engel bulunması ya da başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması hallerinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar veya serbest meslek icra edenlerden de yararlanılabilir. Bu uzmanların görevleri; davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında, taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin, araştırma ve inceleme yapmak ve sonucunu bildirmek ile mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmektir.

Medeni Kanunda bu konuda hüküm olmasa da, boşanma davalarında hakime geniş takdir hakkı verilmesi (MK. m.182,184) ve aile mahkemelerinin kurulmasıyla bilirkişi görüşünden yararlanma imkanına sahip olunması karşısında hakim, sosyal anket ve psikiyatrik inceleme de dahil olmak üzere her türlü araştırmayı yaptırabilmelidir. Esasen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 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 yararına uygun karar verilebilmesi için psiko-sosyal sorunların aydınlatılmasının gerekmesine rağmen hakimler aile mahkemeleri kurulmadan önce bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırmamaktaydılar.

Psikolog ve sosyologlar çocuğun yararını 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 yararını koruyacak bir düzenleme yapılabilmesi olanak dışıdır²³⁴.

Yapılacak araştırmada şu soruların cevabı aranmalıdır: Acaba ana babadan hangisi çocuk yetiştirmeye daha ehildir? Onların ne gibi psiko-sosyal ve zihinsel özellikleri vardır? Nasıl bir kişilik yapısına sahiptirler? Boşanma tarihine kadar ana

²³⁴ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.16,17.

babadan hangisiyle çocuk arasında daha derin duygusal ilişkiler kurulmuştur? Çocuk herhangi bir ruhsal zarara uğramaksızın ana babadan hangisinden daha kolay ayrılabilir? Çocuğun yaşına, gelişim durumuna ve psikolojik özelliklerine göre gereksinimleri nedir ve bunları ana babadan hangisi en iyi biçimde karşılayabilecektir? Çocuğun zihinsel ve ruhsal gelişimi hangi aşamadadır, boşanmadan önceki geçimsizlik safhasında herhangi bir duygusal zarara uğramış mıdır? Uğramışsa bu zararları giderici, çocuğu iyileştirici ne gibi önlemlerin alınması gerekmektedir? Çocuk ana veya babaya verildiğinde nasıl bir sosyal çevrede yaşayacaktır? Velayete sahip olmayan tarafla, çocuk arasındaki kişisel ilişkiler, çocuğun yararına en uygun biçimde nasıl düzenlenmelidir? Çocuk ana babadan hangisini istemektedir? Bütün bu sorunlar ve daha başkaları, hakimin hukuk bilgisi ve tarafları dinlemesiyle çözemeyeceği önemli tıbbi, psiko-sosyal sorunlardır ve çözülmesi teknik bilgiyi gerektirir²³⁵.

Hakimlerin, tazminatın miktarını tayinde bile bilirkişiye başvururken çocuğun geleceğini ve yararını ilgilendiren bir konuda bilirkişiye başvurmamaları, onların, velayetin ve kişisel ilişkilerin düzenlenmesinin çocuğun geleceği bakımından taşıdığı önemin bilincinde olmadıklarını göstermektedir. Hakimler, kararlarını, tanıkların, özellikle de taraf vekillerinin beyanlarını değerlendirerek vermektedirler.

Ülkemizde bu incelemenin yaptırılmamasının bazı haklı nedenleri de vardır. Öncelikle bu hizmeti yürütecek sosyal hizmet kurumları bizde yeterince gelişmemiştir. Mevcut olanlar arasında da koordinasyon eksikliği vardır. Ayrıca bu sosyal hizmet kurumlarında çalışabilecek mesleki formasyona sahip uzman sayısı da azdır²³⁶.

II. VELAYETİN BÜTÜN OLARAK VE ŞARTSIZ DÜZENLENMESİ:

Burada, velayet hakkı kapsamındaki hak ve görevlerin içerik ve zaman bakımından ana baba arasında paylaşılıp paylaşılmayacağı ve velayetin şarta bağlı olarak düzenlenip düzenlenemeyeceği sorunları üzerinde duracağız.

²³⁵ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.96.

²³⁶ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.96.

A.Velayetin Ana Baba Arasında Bölünmemesi:

Bu konuyu, velayet hakkına ilişkin hak ve görevlerin ana baba arasında bölünmemesi ve velayetin süre bakımından bölünmemesi şeklinde ikiye ayırarak inceleyeceğiz.

1. Velayetin Ana Babanın Sahip Olduğu Hak ve Görevler Bakımından Bölünmemesi:

Velayetin, içerdiği hak ve görevler ana baba arasında paylaştırılarak düzenlenmemesi gerekir. Örneğin, çocuğun bakım ve eğitiminin anaya, mallarının idaresinin babaya bırakılması yanlıştır.

Medeni Kanun 336.madde de, ancak, evlilik devam ederken velayetin birlikte kullanılacağını düzenlemiştir. Tarafların boşanması durumunda ise, ortak çocukların velayeti yalnızca hükümlerle velayet kendisine verilmiş olan eşe ait olur (MK. m.336/3). Velayet kendisine verilen taraf da, velayet hakkının gerektirdiği tüm hak ve ödevleri artık tek başına kullanır.

Kanunun bu hükümleri, çocuğun korunması bakımından çok yerindedir. Doğrusu, ana babanın çocuğu ilgilendiren önemli hususlarda, birbirleriyle fikir alışverişinde bulunmalarıdır. Boşanma ile onlardan birinin, çocuğa karşı olan bütün sorumluluklarından kurtulması uygun değildir. Boşanmaların çoğunda şiddetli geçimsizliğin rol oynadığını göz önünde tutarsak, tarafların bir araya gelerek, çocuğun yararlarını koruyucu kararları birlikte almalarını düşünmek de fazlaca iyimserlik olur. Aksine, birlikte kullanmayı zorunlu kılma yeni sorunlara neden olabilir. Ana baba arasındaki bu fikir ayrılığı ve tartışmalar da çocukları etkileyerek gelişimlerini tehlikeye düşürebilir. Yargıtay da, velayetin bu şekilde düzenlenmesinin yanlısı olacağına değinmiştir²³⁷.

²³⁷ Yargıtay 2.HD. 08.04.1971 T., E.2238, K.2310; “Velayet babada bırakılarak, ananın çocuğa fiilen bakması konusundaki hüküm, sonucu bakımından boşanma hükmü yokmuş gibi velayeti müşterek kullanmaya müncer olmaktadır ki bu kanunumuz sistemine de uymaz” Bkz. AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.99, dn.176.

2. Velayetin Zaman Bakımından Bölünememesi:

Velayetin zaman bakımından bölünememesi, onun belli bir süre eşlerden birine, bu sürenin dolmasından sonra da diğerine ait olamayacağı anlamına gelir. Hakim, çocukların gelecek yaşantılarını, çıkarlarını ve durumun özelliğini göz önünde tutarak, velayeti hangi tarafın kullanacağını kararında açıkça belirtmelidir. Velayet kendisine verilen tarafın bu hakkını süre ile sınırlayamaz²³⁸. Örneğin, çocuğun belirli bir yaşa kadar anaya, daha sonra da babaya verilmesi gibi.

Böyle bir düzenleme, çocuğun yararına da uygun olmaz. Çünkü, çocuğun yararı, eğitiminin mümkün olduğu ölçüde istikrarlı sürmesini, alıştığı çevrenin değiştirilmemesini gerektirir. Alıştığı, belirli bir yaşa kadar yanında yaşadığı ana veya babasından bir gün zorunlu olarak ayrılacağı endişesi, hem çocuğu, hem de velayete sahip ana veya babayı huzursuz eder, onların hep bu ayrılık korkusu içinde yaşamalarına neden olur²³⁹.

Velayet, ana baba ve çocukların mevcut durum ve şartları göz önüne alınarak düzenlenmektedir. Durumda bir değişiklik olursa, velayetin değişen duruma göre yeniden düzenlenmesi imkanı da vardır (MK. m.183).

B.Velayetin Şartlı Olarak Düzenlenememesi:

Çocukların velayetinin kime verileceği, ana babanın ve çocuğun dava anındaki durumları gözetilerek belirlenir²⁴⁰. İleride herhangi bir durumun gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi halinde, velayetin ana babadan birinden diğerine kendiliğinden geçeceği şeklindeki düzenleme yanlış olur²⁴¹. Örneğin, evlenmemesi koşuluyla velayet anneye verilemez. Çünkü, velayet geleceğe ilişkin bir takım ihtimallere göre düzenlenemez²⁴². İleride çocuğun yararını tehlikeye düşürecek durumların ortaya çıkması halinde, velayetin değiştirilmesine karar verilebilir²⁴³. Bu nedenle velayet, hükümde kesin bir surette düzenlenmelidir.

²³⁸ Yargıtay 2.HD. 04.06.1985 T., E.3296, K. 5461, YKD. 1986, S.4, s.502.

²³⁹ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.101.

²⁴⁰ Yargıtay HGK. 09.09.1964 T., E.2-240, K.540; Bkz. KİPER, s.533.

²⁴¹ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.102.

²⁴² JdT. 1940 I 37, Karar için Bkz. KİPER, s.533.

²⁴³ Bkz. Velayete İlişkin Düzenlemelerin Değiştirilmesi.

III. VELAYETE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DEĞİŞTİRİLMESİ:

Kesinleşmiş bir hüküm, kural olarak, sonradan yeni şartların ortaya çıkması halinde değiştirilemez. Kesin hükmün amacı, kişiler arasındaki uyuşmazlıkların nihai olarak çözümlenmesidir²⁴⁴.

Bu kuralın bazı istisnaları vardır. Bazı hallerde hüküm verildikten sonra, hükmün verildiği zaman, ona dayanak teşkil etmiş olan şartlar değişmiş olabilir. Bu değişiklik, önceki şartlara göre verilmiş hükmün de değiştirilmesini zorunlu kılabilir. Velayetle ilgili kararlar da, teknik anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Değişen şartlar karşısında değiştirilmesi, düzenleme yapılmamışsa yeniden hüküm oluşturulması her an için olanaklıdır.²⁴⁵ Hükmün değiştirilmesi için, mahkemeden talepte bulunmak gerekir. Değiştirmeye ilişkin talep, hükmün tamamına değil, velayetin ve kişisel ilişkinin düzenlenmesine ve iştirak nafakasına yönelik olabilir.

Boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra gerçekleşen her olgu, düzenlemelerin değiştirilmesini gerektirmez. Gerçekleşen bu olguların sürekli ve yeniden düzenlemeyi gerektirecek önemde olması gerekir. Durumdaki geçici bir değişiklik, önemli de olsa düzenlemelerin değiştirilmesini gerektirmez²⁴⁶.

Sürekli ve önemli değişiklikten anlaşılması gereken; hükme esas teşkil etmiş olayların çok fazla değişimleri nedeniyle, söz konusu hükmün aynen uygulanmasının çocuğun yararını tehlikeye düşürüp düşürmeyeceğidir. Düzenlemeler yapılırken olduğu gibi, değiştirilirken de göz önünde tutulması gereken çocuğun yararlarıdır. Bu nedenle, hayatın normal akışı gereği olan küçük değişiklikler dolayısıyla, düzenlemeler sık sık değiştirilmemelidir.

Boşanma hükmünün verildiği anda var olan fakat şu veya bu şekilde davaya yansımayan olaylardan dolayı, sonradan düzenlemelerin değiştirilmesi istenemez, bu durumda şartları varsa yargılamanın iadesi yoluna gidilebilir.

Medeni Kanununun 183.maddesinde, hükmün değiştirilmesini gerektirebilecek olgulardan bazıları sayılmıştır. Buna göre, hakim, ana babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde re'sen veya ana babadan birinin talebi üzerine gerekli önlemleri alır. Kanunda sayılanlardan

²⁴⁴ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.179.

²⁴⁵ Yargıtay 2.H.D. 08.04.2003 T. E.2003/3841, K.2003/5046; Bkz. ERGÜN, s.669.

²⁴⁶ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.181.

başka olgular da, düzenlemelerin değiştirilmesini gerektirebilir. Örneğin; ana veya babanın hapsedilmesi, içkiye düşkünlüğü, ağır bir hastalığa tutulması gibi hallerde de düzenlemeler değiştirilebilir.

“Velayete sahip tarafın gelirinin olmaması, velayetin ondan alınması nedeni olamaz”²⁴⁷.

“Annenin boşanma davası sırasında çocuğun velayetinin babaya bırakılmasına razı olması, değişen şartlara göre velayeti istemesine engel teşkil etmez”²⁴⁸.

Aşağıda kanunda sayılan ve kanunda sayılmayıp uygulamada düzenlemelerin değiştirilmesini gerektiren olguların bazılarına değineceğiz.

A. Yeniden Düzenlemeyi Gerektiren Olgular:

1. Ana veya Babanın Başkasıyla Evlenmesi:

Velayet kendisine verilmiş olan ana ya da babanın yeniden evlenmiş olması, tek başına, velayetin ondan alınmasını gerektirmez (MK. m.349). Velayete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi, ancak, çocuğun beden, ruh ve ahlak gelişimini tehlikeye düşürecek şartları ortaya çıkarırsa düzenlemelerin değiştirilmesine yol açar²⁴⁹. Örneğin, yeni eşin çocuğa kötü davranması, velayete sahip olan ana 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 gerektirebilir²⁵⁰. Evlenilen eşin kişiliği, çocuğun yararını değerlendirmek açısından önemlidir. Bu eşin alkolik, kaba ve haşin olması, ahlak dışı bir yaşam sürdürmesi, çocuğa karşı antipati duyması gibi durumların varlığı halinde hakim, boşanma hükmünün velayete ilişkin kısmını değiştirerek çocuğu koruyacak yeni

²⁴⁷ Yargıtay 2.H.D. 18.04.2002 T., E.2002/4580, K.2002/5413; Bkz. ERGÜN, s.618.

²⁴⁸ Yargıtay H.G.K 07.06.2000 T. E.2000/2-927, K.2000/974; Bkz. ERGÜN, s.669.

²⁴⁹ Yargıtay 2.H.D. 27.10.2000, E.2000/12525, K.2000/13085; “Yargıtay’ın yerleşmiş görüşü, velayet kendisine bırakılan ana yada babanın evlenmesi tek başına velayetin değiştirilme sebebi olamayacağı yönündedir.(Y.H.G.K.'nun 12.2.1968 T. 2/1617-104 sayılı kararı) Bu evlilik ya da başka bir sebepten çocuğun fikri veya bedeni tekamülünün tehlikede bulunması yada çocuğun yararları bu değişikliği zorunlu kılması gerekir. Çok ciddi olmayan sebeplerden dolayı çocuğun eğitiminde, bakılıp gözetilmesinde yapılacak değişiklik onun yararına olmaz” Bkz. Yargıtay.gov.tr. http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x004d1fe0, 30.06.2006.

²⁵⁰ DURAL, s.141; ÖZTAN, s.364.

düzenlemeler yapmalıdır²⁵¹. Medeni Kanununun 349.maddesinde ana veya babanın yeniden evlenmesi halinin velayetin kaldırılmasını gerektirmeyeceği, ancak çocuğun yararı gerektiriyorsa velayetin velayete sahip olan eşten alınarak diğer eşe verilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velayet kaldırılarak çocuğa vasi atanabileceği düzenlenmiştir. Mahkemenin görevi velayeti kaldırmaktan ibarettir. Vesayet altına alma ve vasi tayini vesayet makamına (Sulh Hukuk Hakimi) aittir²⁵².

2. Ana veya Babanın Başka Bir Yere Gitmesi:

Velayet hakkına sahip ana veya babanın yerleşim yerini değiştirmesi, her zaman velayetin yeniden düzenlenmesini gerektirmez. 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, bu durumlar, velayetin değiştirilmesini gerektirebilir²⁵³. Çünkü, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilebilmesi, velayete sahip ana baba ve çocukların birlikte yaşamalarıyla mümkün olabilir.

3. Ana veya Babanın Ölmesi:

Velayete sahip olan tarafın ölümü veya Medeni Kanununun 32.maddesine göre ölmüş sayıldığı hallerde, velayeti boşanma nedeniyle kaybetmiş olan ana veya baba, velayet hakkına kendiliğinden sahip olmaz. Velayetin sağ kalan eşe verilmesi konusunda hakimin kararı gerekir²⁵⁴. Hakim velayeti sağ kalan eşe verebileceği gibi, çocuğa vasi de tayin edebilir.

²⁵¹ Yargıtay 2.H.D. 22.03.2001 T. E.2001/3384, K.2001/4392; “Toplanan delillerden babanın yeniden evlendiği, çocuğu üvey annenin dövdüğü, çocuğun hastalandığının tespiti için hastaneye sevk edilen çocuğu babanın hastaneye götürmediği anlaşılmış olup, Medeni kanununun 149. (M.K. m.183) maddesi (velayetin değiştirilmesi) şartları oluşmuştur”; Bkz. ERGÜN, s.653. Yargıtay 2.H.D. 12.04.2001 T. 2001/4756, K.2001/5817; “Davalı babanın çocuğun bakımına gerekli özeni göstermesine karşın, üvey annenin çocukların annesi için “o...pu” dediği, çocukları toplum içinde küçük düşürdüğü, çocukların bu tutum ve davranış karşısında huzursuz oldukları anlaşılmaktadır. Ortak çocuk, “annemin yanında daha mutluym” demektedir. Bu durumda velayetlerinin anneye verilmesi çocukların geleceğinin olumlu yönde gelişmesini sağlayacaktır”; Bkz. ERGÜN, s.660.

²⁵² Yargıtay 2.H.D. 29.01.2003 T. E.2002/15343, K.2003/1248; Bkz. ERGÜN, s.613.

²⁵³ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.184.

²⁵⁴ DURAL, s.141; Yargıtay 2.H.D. 24.10.2005 T. E. 2005/12369, K. 2005/14634 (Yayınlanmamış karar); Yargıtay 2.H.D. 10.05.2004 T. E. 2004/5253, K. 2004/6056; “Küçüklerin velayeti daha önce boşanma kararı ile birlikte babaya verilmiş ve bu karar kesinleşmiştir. Babanın sonradan ölümü ile velayet kendiliğinden anneye geçmez. Mahkemece delillerin bu çerçevede değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir”. (Yayınlanmamış karar)

4. Çocukla Kişisel İlişkinin Engellenmesi:

Velayet kendisine verilmeyen ana ya da baba ile küçük arasındaki kişisel ilişkiyi, velayet hakkı sahibi engellerse bu velayetin değiştirilmesi sebebidir²⁵⁵. Çocuğun velayet kendisine verilmeyen ana baba ile kişisel ilişkisinin engellenmesi, çocuğun aile bağlarını zayıflatacağı gibi, fikri gelişmesini de olumsuz yönde etkileyecek bir davranıştır²⁵⁶.

B. Velayetin Kaldırılması ve Çocuklara Vasi Tayini:

Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hakim aşağıdaki hallerde velayetin kaldırılmasına karar verir:

1. Ana babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması veya benzer sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi,
2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır bir şekilde savsaklaması.

Örneğin, ana babadan her ikisinin de ahlak dışı bir yaşam sürdürmeleri, alkolik olmaları, çocuğu sürekli olarak uygunsuz yerlere bırakmaları, suç işlemeye teşvik etmeleri, sebepsiz yere öğrenimini engellemeleri, kendi haline bırakarak onunla hiç ilgilenmemeleri gibi durumların varlığı halinde velayet kaldırılarak çocuğa bir vasi tayin edilebilir²⁵⁷.

²⁵⁵ Yargıtay 2.H.D. 30.10.2000 T. E. 2000/12847, K. 2000/13179; Bkz. ERGÜN, s.685; Yargıtay H.G.K. 30.10.2000 T. E. 2000/2-927, K. 2000/974; “Velayet kendisine bırakılan davalının, çocuğu davacıya göstermemesi, velayetin, değiştirilmesi, sebebidir.” Bkz. Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x004d2ca0&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x004ba5a1, 30.06.2006

²⁵⁶ Yargıtay 2.H.D. 04.04.2002 T. E. 2002/3930, K. 2002/4731; Bkz. YKD. Cilt:29, Mart 2003, Sayı:3, s.356.

²⁵⁷ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.114; AKINTÜRK, s.434; Yargıtay 2.H.D. 09.06.2003 T., E.2003/4471, K.2003/8384; “Annenin velayet görevini yerine getirmede bir ihmal veya ağır kusuru kanıtlanmadığından, davanın reddine karar verilmesi gerekir”. Bkz. ERGÜN, s.635. Yargıtay 2.H.D. 17.10.2005 T. E.2005/12046, K.2005/14219; “Annenin çocuğa karşı ilgisizliği, yükümlülüklerini ağır bir şekilde savsakladığını gösterir herhangi bir delil de gösterilmemiştir” (Yayınlanmamış karar). Yargıtay 2.H.D. 13.01.2004 T. E. 2004/12118, K. 2004/159; “Davacı tanıkları, davalı babanın boş gezdiğini, dokuz ay, küçük Sena’yı arayıp sormadığını, onunla ilgilenmediğini, davacıdan (büyükanneden) para istediğini, verilmemesi halinde çocuğu alacağını söylediğini ifade etmişlerdir. Babanın velayet hakkına dayanarak, ölen anneden intikal eden çocuğun da paydaşı olduğu taşınmazın tümünü sattığı anlaşılmaktadır. Bir uzmandan da rapor alınıp babanın velayet görevini gereği gibi yerine getirip getirmediği değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekir” (Yayınlanmamış karar). Yargıtay 2.H.D. 29.01.2001 T.

Ana baba özellikle, çocukların bakım, gözetim ve eğitiminde görevlerini tam olarak algılayamamakta, görevlerin yüklediği sorumlulukları yerine getirememekte ve buna bağlı olarak gerekli kararları almakta aciz iseler velayetin kaldırılmasına ilişkin koşul gerçekleşmiş sayılabilir²⁵⁸.

Maddenin birinci fıkrasının ilk bendindeki durumlar, sınırlı sayıda değildir, bu durum madde metninde, "...veya benzer sebeplerden biriyle..." demek suretiyle belirtilmiştir. Maddede sayılan durumların ortak özelliği, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen ve belli bir süreklilik arz eden durumlar olmasıdır. Örneğin; geçici bir hastalık sebebiyle velayet görevini gereği gibi yerine getiremeyen ana ve babadan bu sebeple velayet kaldırılmamalıdır. Eski Medeni Kanunda belirtilen kısıtlılık hali yeni Medeni Kanunda sayılmamasına karşın, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen durumlar arasında değerlendirilmelidir²⁵⁹. Ancak, diğer sebepler ile birlikte bu sebebin varlığı, tek başına velayetin ana babadan kaldırılması sonucunu doğurmaz. Bu sebeplerin varlığı ile birlikte bunların velayet hakkına sahip ana babanın velayet görevini gereği gibi yerine getirmesini engellemesi gerekir. Örneğin; ana baba bir yıl süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza nedeniyle veya isteği üzerine kısıtlanmışsa velayeti ana babadan hemen kaldırmak, her zaman çocuğun yararına olmayabilir. Ana veya babanın bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olması halinde, bu kısıtlama sebebi geçicidir. Bu durum, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engellemiyorsa velayet hakkını kaldırmamak gerekir. Başka deyişle, velayeti yürütmekte yetersiz kalma sürekli bir sebebe bağlı olmalıdır²⁶⁰.

Özürli olma hali, sürekli bir yetersizlik durumu oluşturmakta ise, velayetin kaldırılması sebebi olabilir. Fiziksel özürülük, çocukların bakımında güçlük arz etmekte ve diğer önlemler (MK. m.346,347) yetersiz kalmaktaysa, velayet kaldırılıp çocuğa bir vasi tayin edilebilir. Zihinsel özürülük ise, kısıtlılık hali içinde değerlendirilmelidir.

E.2000/336, K.2001/1443; "Toplanan delillerden babanın ölen eşinden ¼ payı küçüğe intikal eden taşınmazı sattığı, elde edilen parayı sünnet gideri ve kendisine kurduğu iş için harcadığı anlaşılmaktadır. Babanın bu davranışı velayet hakkının kullanılmasıyla bağdaştırılmaz". Bkz. ERGÜN, s.665; Yargıtay 2.H.D. 04.06.2002 T. E. 2002/6834, K. 2002/7495; "Küçük Necdet'in babasının cezaevinde bulunduğu, annesinin çocuğu terk ettiği iddia edilmekte olup, tedbiren davacı kurumda koruma altına alındığı anlaşıldığından Medeni Kanun gereğince velayetin kaldırılması gerekip gerekmediğinin de tartışılması gerekir." Bkz. YKD. Cilt:29, Ocak 2003; Sayı:1, s.17.

²⁵⁸ ÖZLÜ, s.72.

²⁵⁹ Bkz. Madde Gerekçesi, s.439.

²⁶⁰ ÖZLÜ, s.72.

Velayete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi, sadece bu sebeple velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Velayetin bu sebeple kaldırılması için çocuğun yararlarının bunu gerektirmesi aranır. Bu konuda da hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır; hakim, çocuğun yararı bakımından gerekli gördüğü takdirde velayet sahibini değiştirebileceği gibi, durum ve koşullara göre velayeti kaldırarak çocuğa bir vasi de atayabilir (MK. m.349).

Velayet hakkının ana ve babanın her ikisinden kaldırılması mümkün olduğu gibi, yukarıdaki durumlar birisi için gerçekleşmişse sadece birisinden de kaldırılabilir. Velayet, ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır (MK. m.348/2).

Kararda aksi belirtilmedikçe, velayetin kaldırılması kural olarak mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar (MK. m.348/3). Kural bu olmakla birlikte, hakim hal ve şartlara göre bunun aksini, yani velayetin kaldırılmasının sadece mevcut çocukları veya çocuklardan birini kapsayacağını kararında belirtebilir²⁶¹.

Velayetin kaldırılması, çocuğun çıkarlarının korunması amacına yönelik olduğundan, velayetin kaldırılması için ana babanın kusurlu olması gerekmediği gibi, amaç velayet görevini gereği gibi yerine getirmeyen ana babayı cezalandırmak da değildir²⁶². Ana babanın kusuru, yalnız, çocuğun mallarından yararlanma haklarını kaybetmeleri sonucunu doğurur. Önemli olan, velayetten doğan görevlerin yerine getirilmemesi, yetkilerin ve hakların gereği gibi ve amacına uygun olarak kullanılmamasıdır²⁶³.

Velayetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalkmışsa hakim, re'sen ya da ana veya babanın istemi üzerine velayeti geri verir (MK. m.351/2).

²⁶¹ Yargıtay 2.H.D. 17.10.2005 T. E.2005/12046, K.2005/14219; “Medeni Kanunun 348/son maddesi; kararda aksi belirtilmedikçe, velayetin kaldırılmasının mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsayacağını hükme bağlamıştır. Toplanan delillerden davalının ikinci evliliğinden 28.02.2003 doğumlu bir çocuğunun olduğu anlaşılmaktadır. Annenin bu çocuğa karşı ilgisizliği, yükümlülüklerini ağır bir şekilde savsakladığını gösterir herhangi bir delil de gösterilmemiştir. Mahkemece; hüküm fıkrasında velayetin kaldırılmasının yalnızca 04.07.1998 doğumlu Alperen’e ait olduğuna işaret edilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir” (Yayınlanmamış karar).

²⁶² Ali Naim İNAN; Özel (Medeni) Hukuk Bakımından Ana Baba ile Çocuk İlişkileri ve Çocukların Ana Babaya Karşı Korunması, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, AÜ. Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 498, Ankara 1995, s.19.

²⁶³ ÖZLÜ, s.82.

1. Velayetin Kaldırılmasının Sonuçları :

Velayetin kaldırılması, gerek ana baba, gerek çocuklar bakımından çok önemli sonuçlar doğurur. Çünkü, ana baba, velayet hakları kaldırılmakla sahih nesebe bağı olan konular dışında (çocuğun soyadı, vatandaşlığı vs.) çocuk üzerindeki tüm yetkilerini yitirirler. Ana baba, çocuğun malları üzerindeki yönetim ve kural olarak kullanma haklarını kaybederler. Ancak, kusurları sebebiyle velayet hakları kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler (MK. m.354). Örneğin; ana babanın çok yaşlı olmaları veya hastalıkları yüzünden velayet görevlerini gereği gibi yerine getirememeleri sebebiyle velayet kaldırılmışsa, bunda kusurları olmadığından çocuğun mallarını kullanma hakları yine devam eder²⁶⁴. Çocuk açısından ise, çocuğun ruh, ahlak, beden gelişimi bakımından hiçbir şey ana baba sevgi ve bakımının yerini tutamaz.

Velayetin kaldırılması halinde, ana ve babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder (MK. m.350/1). Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu giderler Devletçe karşılanır (MK. m.350/2).

2. Görevli ve Yetkili 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. m.404/2). Vesayet makamı Sulh Hukuk Mahkemesi, denetim makamı ise Asliye hukuk Mahkemesidir (MK.m397/2). Velayetin kaldırılması davasında görevli mahkeme Aile Mahkemesidir (Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 4). Aile Mahkemesi velayeti kaldırdığında diğer ana veya babaya da vermemişse çocuk velayet altında değildir, bu durumda Aile Mahkemesi hakiminin yapacağı şey çocuğa vasi atanması için durumu sulh hukuk hakimine (vesayet makamına) bildirmektir. Ayrıca çocuğa vasi tayin etmek, aile mahkemesinin görevi dışındadır²⁶⁵.

²⁶⁴ AKINTÜRK, s.435.

²⁶⁵ Yargıtay 2.H.D. 02.02.2005 T. E. 2004/14450, K. 2005/1140 (yayınlanmamış karar); Yargıtay 2.H.D. 17.10.2005 T. E. 2005/12046, K. 2005/14219; “Velayet anneden kaldırıldığına göre küçük Alperen'e vasi tayin edilmesi için vesayet makamına (Sulh Mahkemesine) gerekli ihbarın düşünülmemesi de yerinde değildir(MK.md.404).”Bkz.Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroke metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00b393a0, 30.06.2006.

Velayetin kaldırılmasına ilişkin davalar davalının yerleşim yeri mahkemesinde görülür²⁶⁶.

§ 2. ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİLERİN DÜZENLENMESİ

Medeni Kanun 182. maddesinin 1.fıkrası, boşanma veya ayrılığa karar veren mahkemenin, ana babanın çocuk ile olan kişisel ilişkilerini de düzenlemesi gereğini ortaya koymaktadır²⁶⁷. Maddenin 2.fıkrasında ise, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocukla kişisel ilişkileri düzenlenirken, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas tutulacağı belirtilmiştir.

Çocuk ile kişisel ilişki kurulması, velayet hakkına sahip olmayan ve çocuğun kendilerinden alındığı ana ve baba açısından MK. m.323-324 hükümlerinde, üçüncü kişiler açısından ise, MK. m.325 hükmünde düzenlenmiştir. Bu durumda, hem ana babanın, hem de üçüncü kişilerin, çocuk ile kişisel ilişki kurmaları, ancak, mahkeme kararıyla gerçekleşebilir. Buna ilişkin bir mahkeme kararıyla, çocuk ile kişisel ilişkiye yönelik bir düzenleme yapılmaya kadar, velayet hakkına sahip ana veya babanın ya da çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında çocuk ile kişisel ilişki kurulamaz (MK. m.326/3)²⁶⁸.

Velayetin ana ve babaya birlikte ait olmaması sebebiyle, ana ya da babadan birinin MK. m.323 uyarınca çocuk ile kişisel ilişki kurması, ana ve babanın esasen hiç evlenmemiş olmalarından ileri gelebileceği gibi, ana babanın boşanması (MK. m.182) veya ayrılığa karar verilmesi (MK. m.336/2,3) ya da ana ve babadan birinin velayet hakkının kaldırılması (MK. m.348) hallerinde söz konusu olur²⁶⁹. Ana babanın velayet hakkı kaldırılmamakla beraber, Çocuğun MK. m.347 uyarınca bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi halinde de, ana ve babanın çocuk ile kişisel ilişki kurması, MK. m.323 hükmüne göre gerçekleşir. Bu hükümde yer alan, “ana baba açısından kendisine bırakılmayan çocuk” ifadesi, bu anlamdadır²⁷⁰.

²⁶⁶ Yargıtay 2.H.D, 02.06.2003 T., E.2003/6798, K.2003/7962. Bkz. ERGÜN, s.643.

²⁶⁷ Yargıtay 2.H.D. 18.10.2005 T. E. 2005/8391, K. 2005/14409; “Velayeti bırakılmayan tarafla küçükler arasında uygun kişisel ilişki kurulmaması da usul ve yasaya aykırıdır” Bkz.Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00b3af60, 30.06.2006.

²⁶⁸ DURAL, s.511.

²⁶⁹ DURAL, s.511.

²⁷⁰ Bkz. Madde Gereçesi, s.432.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 9. maddesinde de kişisel ilişki hakkı vurgulanmaktadır. Buna göre; taraf devletler, ana babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterecektir.

I. KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ NİTELİĞİ:

Medeni Kanununun 323.maddesine göre, ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile, uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir. Kişisel ilişki hakkı, ana babanın, çocukla aralarındaki soy bağına dayanan kişilik haklarından²⁷¹. Bu sebeple, bu haktan feragat edilmesi geçerli olmadığı gibi, hakkın devredilmesi de mümkün değildir²⁷². Kişisel ilişki kurma hakkı velayetten bağımsız olarak ana baba olmaktan doğar. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde, çocuğa ait bir hak olarak ele alınan kişisel ilişki hakkı, hukukumuzda daha çok ana babaya tanınan bir hak görünümündedir.

Kişisel ilişki hakkını, biyolojik bir temele dayandırmak, her zaman için yerinde olmayabilir. Çünkü, çocukların biyolojik bir ana babadan daha çok, psikolojik ana babaya ihtiyaçları vardır. Psikolojik ana 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 ana 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 ana veya babanın, yetişmesine katkıda bulunmuş olduğu çocuğun, gelişimi hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamak, akrabalık ilişkilerini sürdürmek, çocukla yabancılaşmayı önlemek ve sevgi gereksinimlerini tatmin amacı gütmektedir²⁷³.

Velayet hakkı kendisinden alınan tarafla çocuk arasında, boşanmadan önce var olan duygusal bağlar, boşanma ile kopmaz. Çocuğun yararı, bu duygusal ilişkinin,

²⁷¹ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.144.

²⁷² DURAL, s.512.

²⁷³ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.144.

boşanmadan sonra da mümkün olduğunca devam ettirilmesini zorunlu kılar, kişisel ilişki de duygusal bağların sürekliliğini sağlamaya yöneliktir. Kişisel ilişki hakkı, ana babalık duygularının tatminini sağlaması yanında, çocuğun anne veya baba sevgisinden yoksun kalmasını da engelleyici niteliktedir.

II. KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ İÇERİĞİ:

Kişisel ilişki hakkı, velayete sahip olmayan ana veya babanın sadece çocuğu yanına alıp birlikte vakit geçirmesinden ibaret değildir. Kendisine kişisel ilişki hakkı tanınmış ana veya baba, hükümde açıkça belirtilmese de çocukla mektuplaşabilir, telefon mesajı veya e-mail gönderebilir, telefonlaşabilir, sokakta veya karşılaştığı herhangi bir yerde konuşabilir. Uygulamada bu konularda mahkemelerce bir düzenleme yapılmamakta, bu ilişkiler hayatın akışına bırakılmaktadır.

Çocuğun velayeti kendisine verilen tarafın, çocuğun sosyal, psikolojik ve zihinsel gelişimi ile ilgili olarak diğerini bilgilendirme yükümlülüğü de kişisel ilişkinin bir parçası olarak düzenlenebilir²⁷⁴.

III. KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ DÜZENLENMESİ VE GÖZ ÖNÜNDE TUTULACAK ÖLÇÜTLER:

Boşanma kararını veren mahkeme, olanak bulundukça, ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenlemelidir (MK. m.182). Kişisel ilişkilerin düzenlenmesi için, bu konuda bir talep olmasına gerek yoktur, hakim, re'sen uygun düzenlemeyi yapmalıdır.

Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur (MK. m.182/2). Buna göre, kanun koyucu kişisel ilişkinin düzenlenmesinde bazı ölçütleri sayarak genel bir çerçeve oluşturmuş, ancak hakime çocuğun yararlarını gözeterek en uygun bir kişisel ilişki nasıl olacaksa o şekilde karar verme olanağı tanımıştır²⁷⁵. Kişisel ilişki düzenlenirken, analık ve babalık

²⁷⁴ Hilmi ŞEKER; Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Geçici Önlem Olarak; Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisi ile Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri, Adalet Dergisi, Yıl:95, Ekim 2003, Sayı:17, s.121.

²⁷⁵ ERGÜN, s.606.

duygularının tatmini de göz önünde tutulur, ancak, çatışma durumunda, çocuğun yararı ana ve babaninkine üstün tutulmalıdır. Kişisel ilişki düzenlenirken amaç, çocuklara ana baba ile mümkün olduğu kadar çok birlikte olabilme imkanını sağlamak olmalıdır.

Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür (MK. 324/1)²⁷⁶.

Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir (MK. m.324/2).

Kişisel ilişki düzenlenirken, öncelikle ve genel olarak, çocuğun yararı gözetilirken, şu ölçütler de göz önünde tutulmalıdır. Çocuğun yaşı, bedensel ve ruhsal sağlığı, ahlaki yararı, okul durumu, kardeşlerin birbirini görebilmesi, ana babanın yaşadıkları yer, izin durumları, analık ve babalık duygularının tatmini, kişisel ilişkinin süresi ve sıklığı, kurulma şekli, çevre değişikliği gibi.

A. Çocuğun Yaşı:

Kişisel ilişki düzenlenirken, çocuğun yaşı göz önünde tutulmalıdır. Anne sütüyle beslenen bir çocuğun dört saatten fazla bir süre için babayla kişisel ilişki kurmasına karar verilmesi doğru olmaz. Hakim, çocuğun yaşına göre en uygun süre ile kişisel ilişki kurulmasına karar vermelidir.²⁷⁷ Ana bakım ve şefkatine muhtaç yaştaki çocuğun bir ay süreyle kişisel ilişki tesisi için baba yanında bırakılması onun gelişmesine olumsuz etki yapacaktır²⁷⁸. Bu nedenle, çocukla ana baba arasında kişisel

²⁷⁶ Yargıtay 2.H.D, 10.01.2005 T. E.2004/14530, K.2005/69; “Velayet hakkı mahkemece kendisine verilen davalının kişisel ilişkiyi zedelediği, İzmir 5. İcra Müdürlüğü ve Soma İcra Müdürlüğünce tutulan tutanaklarvetoplanan,delillerden,anlaşılmıştır”.Bkz. Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3af60&ExternalTables=karaklar&ExternalRowids=0x00acc3fa, 30.06.2006; Yargıtay 2.H.D, 21.01.2004 T. E.2003/14269, K.2004/653; “Baba, çocuğu annesinden alıp kaçırmış ve o günden beride çocuğu davalı anneye göstermemiştir. Ananın, çocukla kişisel ilişki kurmasına ilişkin ara kararının icrasını da yer değiştirmek suretiyle etkisiz kılmıştır. Bu suretle ananın çocukla kişisel ilişkisini zedelemiştir (MK.md.324) ” Bkz. Yargıtay.gov.tr. http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=karaklar&ExternalRowids=0x00a3743f, 30.06.2006.

²⁷⁷ ERGÜN, s.610.

²⁷⁸ Yargıtay 2.HD. 02.10.1998, E.8593, K. 10237, Bkz. GENÇCAN, s.1226; Yargıtay 2.HD. 28.02.1986, E.1826, K.2161, “Küçüğün yaşı da göz önünde tutularak her hafta Cumartesi ya da Pazar olmak üzere tek bir gün, gündüz saatleri ile sınırlı olarak kişisel ilişkinin düzenlenmesi uygun olur”. Bkz. ŞENER, Boşanma, s.641. Aynı yönde Yargıtay 2.H.D, 05.10.2004 T., E. 2004/9879, K. 2004/11228; “Velayeti

ilişki düzenlenirken, analık-babalık duygusundan daha fazla, çocuğun bedeni ve fikri gelişiminin göz önünde tutulması gerekir.

B. Çocuğun Beden ve Ruh Sağlığı:

Velayet kendisine verilmeyen tarafla çocuk arasında kişisel ilişki kurulurken, analık babalık duygularının tatmininden önce, çocuğun bedeni ve fikri gelişimini tehlikeye düşürecek bir düzenleme yapılmamasına dikkat edilmelidir²⁷⁹. Velayet hakkı anneye verilen küçükle baba arasında her hafta sonu kişisel ilişki düzenlenerek, tüm hafta sonları annenin çocukla ilgisinin önlenmesi doğru olmaz²⁸⁰. Çocukla anne arasındaki kişisel ilişkinin baba nezaretinde yapılması da çocuğun ruhsal gelişimini olumsuz etkiler²⁸¹.

C. Çocuğun Ahlaki Yararı:

Ana babanın çocukla kişisel ilişkilerinin düzenlenmesinde, çocukların maddi-manevi yararı yanında, ana babanın sosyal durumu ve yaşam biçimleri ile hayata bakış açılarının göz önünde bulundurulması gerekir. Kişisel ilişki kurulurken yaşam

anneye verilen küçükle davalı (baba) 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". (Yayınlanmamış karar). Yargıtay 2.H.D. 19.02.2004, E.2003/16663, K.2004/1898 "Velayeti anneye verilen müşterek çocuk 15.10.2002 doğumlu olup çok küçüktür. Çocukla baba arasında şahsi ilişki düzenlenirken analık - babalık duygusundan ziyade çocuğun bedeni ve fikri gelişiminin nazara alınması gerekir. Henüz bir buçuk yaşında olan küçükle davalı baba arasında her yılın 1-30 Temmuz tarihleri arasında kurulan şahsi ilişki çocuğun fikri ve bedeni gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği gibi şahsi ilişki düzenlenirken başlangıç ve bitiş saatlerinin gösterilmemesi suretiyle infazda karışıklık yaratılması da doğru değildir" (Yayınlanmamış karar).

²⁷⁹ Yargıtay 2.HD. 17.01.1983, E.103, K.81, Bkz. ŞENER, Boşanma, s.644. Yargıtay 2.H.D. 07.04.2004, E.2004/3313, K.2004/4469 "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".(Yayınlanmamış karar).

²⁸⁰ Yargıtay 2.H.D. 30.01.2003 T. E.2002/15617, K.2003/1371, Bkz. ERGÜN, s.688; Yargıtay 2.HD. 30.11.2005 T., E. 2005/12953, K. 2005/16623; "Tarafların buldukları şehirlerin birbirine olan mesafesi de dikkate alındığında her cumartesi günü kişisel ilişki kurulması çocuğun bedeni ve fikri gelişimine engel oluşturacağı gibi annenin velayet görevini yerine getirmesinde güçlük çıkartacağı anlaşılmıştır. Daha uygun süreyle kişisel ilişki kurulmalıdır" (Yayınlanmamış karar). Yargıtay 2.H.D. 05.05.2004 T. E. 2004/4726, K. 2004/5807; "Davacı anne çalışmaktadır. Müşterek çocuk 13.12.2000 doğumludur. Her hafta sonu Cumartesi günü saat 10.00'dan ertesi gün sat 18.00'e kadar baba ile kişisel ilişki kurulması doğru görülmemiştir. Çünkü, bu şekilde kişisel ilişki tesisi davacı anneyi her hafta sonu eve bağımlı hale getirebileceği gibi, çocuğun ihtiyaçları ve bakımı ile de ilgilenmesini engeller niteliktedir (Yayınlanmamış karar).

²⁸¹ Yargıtay 2.H.D. 07.04.2003 T. E.2003/3871, K.2003/4937, Bkz. ERGÜN, s.624.

biçimiyle çocuğa iyi örnek olmayacak ana baba ile çocuğun uzun süre bir arada tutulmalarına dikkat etmek gerekir, ancak bu yapılırken ana babalık duygularının tatmin edilmesi gereği de gözden uzak tutulmamalıdır²⁸².

D. Kardeşlerin Birbirini Görebilmesi:

Çocukların velayetlerinin ana baba arasında paylaşılması halinde kişisel ilişki düzenlenirken kardeşlerin birbirini görebilmesi sağlanmalıdır. Çocukların birbirini görmelerine ve bir arada bulunmalarına engel olacak biçimde kişisel ilişki düzenlenmesi çocukların ruhsal gelişimini olumsuz yönde etkileyecek bir durumdur²⁸³. Örneğin, bir kardeş kişisel ilişki kurulması için anne yanına diğeri de aynı zamanda baba yanına gitmişse birlikte vakit geçirmeleri olanaksız olacaktır²⁸⁴.

E. Ana Babanın Oturduğu Yer:

Velayet kendisine verilmemiş olan ana veya baba yurtdışında oturuyorsa, kişisel ilişki, senenin belli bir döneminde ve analık babalık duygularının tatminini sağlayabilecek bir süre için düzenlenmelidir²⁸⁵. Yurtdışındaki ana baba ile kişisel ilişki kurulurken yurtdışını kapsayacak şekilde düzenleme yapılmamalı, çocuğun geriye dönmeme ve kişisel ilişkinin zedelenme olasılığı göz önünde tutulmalıdır²⁸⁶.

Boşanan eşler, ayrı şehir ve kasabalarda oturuyorsa, kişisel ilişkinin düzenlenmesinde bu durum da göz önünde tutulmalıdır²⁸⁷. Boşanma sonunda ana ve

²⁸² Yargıtay 2.HD. 04.02.1993, E. 13478, K.809, Bkz. ŞENER, Boşanma, s.646.

²⁸³ Yargıtay 2.HD. 26.10.1992, E.10083, K.10252, Bkz. ŞENER, Boşanma, s.657; Aynı yönde, Yargıtay 2.HD. 01.02.1999, E.13006, K.337, Bkz. GENÇCAN, s.1223.

²⁸⁴ Yargıtay 2.H.D. 27.10.2000, E.2000/12525, K.2000/13085; “Çocuk ile şahsi ilişki kurulurken kardeşlerinde birbirini görüp ilişki kurmalarına imkan sağlayacak bir düzenleme yapılması, onların gelişmeleri bakımından zorunludur. Bu yön gözetilmeden biri anada, diğeri babada bırakılan kardeşlerin velayet kendisine bırakılmayan ana yada babası ile aynı tarihte şahsi ilişki kurmalarına karar verilmesi yanlıştır.”Bkz.Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x004d1fe0, 30.06.2006.

Yargıtay 2.HD. 13.04.2001 T., E.2001/4718, K.2001/5858; “Taraflar ayrı ayrı şehirlerde. Kişisel ilişki çocukların bir araya gelmesini önleyecek şekilde kurulmuştur. Okulun yaz tatilinde bulunduğu dönemlerde kardeşlerin bir araya gelmelerini sağlayacak şekilde kişisel ilişki kurulması gerekir”. Bkz. ERGÜN, s.683.

²⁸⁵ Yargıtay 2.HD. 13.01.1985, E.8879, K.9339, Bkz. ŞENER, Boşanma, s.641; Yargıtay 2.HD. 07.10.1985, E.6988, K.7887, “Yurtdışındaki ana veya baba ile kişisel ilişki kurulurken, sürenin aralıksız ve bir aydan az olmamasına dikkat edilmelidir”. Bkz. ŞENER, Boşanma, s.641.

²⁸⁶ Yargıtay 2.H.D. 14.12.2005 T. E. 2005/13699, K. 2005/17555 (Yayınlanmamış karar)

²⁸⁷ Yargıtay 2.HD. 22.10.1992, E.9561, K.10092, Bkz. ŞENER, Boşanma, s.657; Yargıtay 2.HD. 06.11.1998, E.10528, K.11946, “Taraflar ayrı şehirlerde oturuyorsa, bu yön gözetilerek, çocuğun bedeni ve fikri gelişimine engel olmayacak şekilde, senenin uygun bir ayında makul bir süre ile sınırlı ilişkinin kurulması gerekir”. Bkz. GENÇCAN, s.1224. Yargıtay 2.H.D. 30.05.2002 T. E.2002/6253,

baba aynı şehirde oturuyorsa, çocuk ile velayet kendisine verilmeyen ana ve baba arasında ayın belirli günlerinde de kişisel ilişki kurulması gerekir²⁸⁸.

F. Ana Babanın İzin Durumu:

Kişisel ilişkinin zamanı belirlenirken kendisiyle kişisel ilişki kurulacak ana veya babanın yıllık izin zamanı göz önünde tutulmalıdır. Böylece ana baba ve çocuğa beraber tatil yapma ve daha çok vakit geçirme imkanı tanınmış olur²⁸⁹. Hafta sonunda kişisel ilişki düzenlenirken de, çalışılan günler göz önünde tutulmalıdır²⁹⁰.

G. Analık ve Babalık Duygularının Tatmini:

Kişisel ilişkinin amaçlarından biri de, velayetin kendisinde olmaması nedeniyle çocuğundan ayrı kalan ana veya babanın analık ve babalık duygularının tatminidir. Kişisel ilişki, analık ve babalık duygularını tatmin edebilecek sıklık ve sürede kurulmalıdır. Çocukla baba arasında ayda bir kez düzenlenen kişisel ilişki yetersiz olup, babalık duygusunun tatminini sağlamaz²⁹¹. Aynı şekilde çocuğun yaşı

K.2002/6270; “Taraflar aynı yerleşim yerinde oturmaktadır. Kişisel ilişki düzenlenmesinde analık, babalık duygularının tatmini de esastır. O halde baba ile ayın belirli hafta sonlarında küçüğün eğitim ve yetiştirilmesi ve anne ile de kişisel ilişkisini aksatmayacak şekilde kişisel ilişki düzenlenmelidir”. Bkz. ERGÜN, s.690.

²⁸⁸ Yargıtay 2.HD. 14.07.2003 T., E.2003/9775, K.2003/10715, Bkz. ERGÜN, s.624.

²⁸⁹ Yargıtay 2.HD. 23.12.1998, E.12236, K.13991, Bkz. GENÇCAN, s.1224; Yargıtay 2.HD. 31.10.1996, E.9367, K.9561, “Ana ile çocuğun, izin ayı olan Ağustosta birlikte olmasının daha uygun bulunduğu açıktır”. Bkz. ŞENER, Boşanma, s.639; Yargıtay 2.HD. 24.11.1983, E.9069, K.9205, “Ana ve baba çalışan kişiler olduğuna göre, kişisel ilişki kurulurken, tatil günlerinin gözetilmesi zorunludur”. Bkz. ŞENER, Boşanma, s.643.

²⁹⁰ Yargıtay 2.HD. 16.02.2001 T., E.2001/356, K.2001/2640; “Davalı cumartesi günleri çalışmakta olduğundan kişisel ilişkinin Pazar günleri düzenlenmesi daha uygun olur.” Bkz. ERGÜN, s.697.

²⁹¹ Yargıtay 2.HD. 28.02.1986, E.8879, K.9339, Bkz. ŞENER, Boşanma, s.641; Yargıtay 2.HD. 30.01.1992, E.509, K.815, “Velayeti anaya verilen müşterek çocukla baba arasında, sadece dini ve milli bayramlarda kişisel ilişki kurulması yetersizdir”. Bkz. ŞENER, Boşanma, s.658; Yargıtay 2.HD. 29.01.2004 T. E.2004/229, K.2004/1132; “Baba ile yalnız dini bayramların birinci günü üç saat kişisel ilişki kurulması yeterli olmadığı gibi, bu ilişkinin anne yanında tesisi de doğru bulunmamıştır” Bkz. Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00a37b9c, 30.06.2006.

Yargıtay 2.HD. 11.03.2002 T. E.2002/6253, K.2002/6270; “ Kişisel ilişki düzenlenmesinde çocuğun baba ile, babalık duygularını geliştirecek şekilde kişisel ilişki kurması da göz önünde tutulur. Taraflar aynı yerde oturmaktadır. Daha uygun süreli ve çocuk baba yanında yatacak şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi gerekir.” Bkz. ERGÜN, s.691. Yargıtay 2.HD. 26.01.2005 T., E. 2004/15855, K. 2005/768; “Velayet hakkı kendisine verilmeyen taraf ile çocuk arasında kişisel ilişkinin amacına uygun, baba evlat ilişkisini gerçekleştirecek şekilde düzenleme yapılması gerekmektedir. Baba ile çocuk arasında her hafta sonu Cumartesi günü kişisel ilişki tesisi ve kişisel ilişkinin anne gözetiminde yapılması koşulu doğru değildir” (Yayınlanmamış karar).

uygun ise; çocuk her ayın iki hafta sonu gece yatısına kalacak şekilde ana babayla kişisel ilişki kurulması gerekir²⁹².

H. Kişisel İlişkinin Kurulma Şekli ve Görüşme Yeri:

Kişisel ilişkinin memur huzurunda yapılmasına karar verilmesi doğru değildir²⁹³. Ana baba ile çocuklar arasında kişisel ilişki kurulurken, analık babalık duygusunun tatmin edilmesine ve geliştirilmesine yönelik bir düzenleme yapılmalıdır. Memur yanında görüşmenin tesisi halinde ise, ana baba ile çocuklar arasında yeterli bir duygusal ilişkinin kurulması olanaksız olur. Kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrası, İcra İflas Kanunu'nda düzenlenmiş olup, bu konudan farklıdır. Burada, mahkeme ilamında kişisel ilişkinin memur huzurunda yapılmasına karar verilmemesi gerektiği vurgulanmak istenmiştir.

Kişisel ilişki ana veya babanın çocuğunu yanına alması şeklinde kurulmalıdır²⁹⁴. Velayete sahip olan eşin evinde kişisel ilişki kurulması şeklinde bir düzenleme, infaz güçlüğü ve boşanmış eşin diğerini evinde kabul etme zorunluluğu doğuracağından çocuğun zararına olur.

I. Çevre Değişikliği:

Boşanan eşlerden çoğu, boşandıktan sonra farklı semtlerde, hatta farklı şehirlerde yaşar. Bu nedenle çocuklar, diğer ana baba ile birlikte olmak için, alıştıkları çevreden ayrılıp, yeni bir çevreye girmek zorunda kalırlar. Bir ana baba ile birlikte olmak için, diğerinden ayrılmak zorunda kalmak bile, çocuk için yeterince zor bir durumdur, çünkü, çocuk ayrıldığı ana babaya özlem duyabilir. Çevre değişikliği çocuk 11-13 yaşlarına geldiğinde daha başka problemler de oluşturabilir. Bu yaşlarda çocukların arkadaş gurupları ve yapmaktan hoşlandıkları bazı faaliyetler olabilir. Bazen, arkadaşlarıyla birlikte olmayı, diğer ana-babayla görüşmeye tercih edebilirler. Bu nedenlerle, kişisel ilişki kurulurken çevrenin sık sık değişmesine yol açacak şekilde düzenlemeler yapılmamalıdır. Örneğin; Küçük yaştaki çocukların her hafta sonu babalarının yanında kalması şeklindeki bir düzenleme, çocukların devamlı çevre

²⁹² Yargıtay 2.HD. 05.10.2004 T. E. 2002/9879, K. 2004/11228 (Yayınlanmamış karar).

²⁹³ Yargıtay 2.HD. 27.03.1986, E.3099, K.3242, Bkz. ŞENER, Boşanma, s.640.

²⁹⁴ Yargıtay 2.HD. 20.05.1983, E.4400, K.4583, Bkz. ŞENER, Boşanma, s.645. Yargıtay 2.HD. 29.01.2004 T. E. 2004/229, K. 2004/1132; “ ...kişisel ilişkinin anne yanında tesisi de doğru bulunmamıştır” (Yayınlanmamış Karar)

değişikliği ve ikili bir terbiye sistemi altında bulundurulmaları sonucunu doğuracağı için yerinde olmaz²⁹⁵.

İ. Yapılan Düzenleme Uygulanabilir Olmalıdır:

Kişisel ilişkinin tarihi ve süresi belirli olmalıdır²⁹⁶. Örneğin, ana veya baba ile çocuk arasında her sene yaz aylarında uygun bir ayda kişisel ilişki kurulması şeklinde bir düzenleme uygulanmasında anlaşmazlık çıkacağından yerinde olmaz²⁹⁷.

IV. ÇOCUKLA, ANA BABA DIŞINDAKİ KİŞİLER ARASINDA, KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI:

Kişisel ilişki hakkı, soy bağından kaynaklanır ve çocuğun duygusal sürekliliğinin devamını sağlama amacına yöneliktir. Bunun için çocuğun yararı gerektiriyorsa ana babadan başka kişilere de bu hak tanınabilmelidir (MK. m.325). Bu kişiler, büyük ana baba veya çocuğun eğitim ve bakımıyla ilgilenmiş olmaları dolayısıyla çocukla aralarında duygusal bir bağ kurulmuş olan akrabalar olabilir²⁹⁸. Çocuk, bu kişilerle ilişkilerini sürdürme ihtiyacı duyuyor, bu kişilerin varlığı ona güvenlik duygusu veriyorsa, ilişkilerin devamında çocuğun yararının olduğunu söyleyebiliriz.

Büyük ana ve babanın kişisel ilişki hakkına ilişkin, eski kanunda bir düzenleme yoktu, Yargıtay bu durumu bir kanun boşluğu olarak yorumlamış ve Medeni

²⁹⁵ Yargıtay 2.HD. 04.06.1985, E.5290, K.5516, Bkz. ŞENER, Boşanma, s.643. Aynı yönde, Yargıtay 2.HD. 17.01.1983, E.103, K.81; “Çocuğun senenin çift aylarında babanın yanında, tek aylarında ise ananın yanında kalması şeklinde bir düzenleme çocuğun zararındır. Çünkü, bir çocuğun, her ay değişik bir ortamda ve değişik bir terbiye tarzı ile karşı karşıya kalması, onun kişilik kazanmasını olumsuz yönde etkiler”, Bkz. ŞENER, Boşanma, s.644.

²⁹⁶ Yargıtay 2.HD. 13.12.2005, E. 2005/11103, K. 2005/17494; “Müşterek çocukla baba arasında düzenlenen kişisel ilişkinin infazda tereddüte yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi gerekir. Şubat tatilindeki on günlük süreli kişisel ilişkinin başlangıç ve bitiş tarihinin gösterilmemesi doğru görülmemiştir (Yayınlanmamış karar)

²⁹⁷ Yargıtay 2.HD. 17.11.1987, E.8810, K.8920, Bkz. ŞENER, Boşanma, s.662. Aynı yönde, Yargıtay 2.HD. 05.02.1998, E.14206, K.1105; “Kişisel ilişki kurulması açık ve infazda tereddüt yaratmayacak nitelikte olmalıdır. Özel günlerin ne olduğu açıklanmadan, başlangıç ve bitiş saatleri belirtilmeden 24 saati geçmemek üzere kişisel ilişki tesisi doğru değildir”. Bkz. GENÇCAN, s.1230. Yargıtay 2.HD. 16.07.2003, E.2003/9512, K.2003/10866; “Çocuk ile baba arasında kişisel ilişki kurulmuş ancak, kişisel ilişkinin başlangıç ve bitiş gün ve saatleri kararda belirtilmemiştir. Bu eksiklik infazda tereddüt yaratacak niteliktedir”. Bkz. ERGÜN, s.624.

²⁹⁸ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.150.

Kanunun 1.maddesine dayanarak, bu boşluğu, büyük ana babaya torunları ile kişisel ilişkide bulunma hakkı tanıyarak doldurmuştur²⁹⁹.

Yargıtay'ın 1959 tarih ve 12/29 sayılı içtihadı birleştirme kararı³⁰⁰,na göre; “Velayet hakkına sahip ana veya baba, çocuğun gelecekteki maddi menfaatlerini göz önünde tutarak, büyük ana veya büyük baba ile örf ve teamülün gereğine göre kişisel ilişkiyi devam ettirmek mecburiyetindedirler. Bu durum çocuğun manevi ve ahlaki gelişimi bakımından zorunludur. Ana ve baba bu yoldaki görevlerini yerine getirmedikleri takdirde MK. 272.maddesi gereğince hakim, kişisel ilişkinin devamı için gerekli tedbirleri alacaktır. Haklı bir sebep olmaksızın çocuğun büyük ana ve babalarıyla kişisel ilişkisini kesmek velayet hakkının kötüye kullanıldığını gösterir. Bunu, kanun himaye etmez. Ancak, büyük ana ve büyük babanın kişisel durumları bakımından, torunları ile kişisel ilişkilerinin devamı, torunları için zararlı olacağı veya torunların maddi ve manevi yararlarını ihlal edeceği kanıtlanırsa, kişisel ilişki tesisi istemi reddedilir”.

Büyük ana ve baba ile torunları arasında duygusal ve psikolojik bağlar kurulmuşsa, onlara kişisel ilişki hakkının tanınması çocuğun yararına uygun olur³⁰¹. MK. m.325 de ise bu durum açık olarak düzenlenmiştir. Buna göre; olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatlerine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle de hısımlarına da tanınabilir. Hısımlardan kastedilen, eşlerin kan hısımları veya kayın hısımlarıdır³⁰². Ancak, bu hak madde metninden açıkça anlaşılabilceği gibi; sadece hısımlara tanınmış değildir. Örneğin; üvey ana 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 sahip olmalıdır³⁰³. Hakim, bu konuda hakkı olanların isteminin varlığı halinde, kişisel ilişkiyi düzenleyecektir, istek olmadan, kendiliğinden bu kişilerle çocuk arasında

²⁹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve farklı görüşler için Bkz. Aytekin ATAAY; Büyükanne ve Büyükbabalarla Torunlar Arasındaki Şahsi Münasebetler, İÜHFD., 1958, C.XXIII, S. 3-4, s. 369-380.

³⁰⁰ Yargıtay İBK. 18.11.1959, E.12, K.29 (RG. 16.04.1960, Sayı:10482).

³⁰¹ Yargıtay 2.H.D. 01.04.2003 T. E.2003/1841, K.2003/4624; “Davacı büyükbaba ve anneanne küçük Tuana ile kişisel ilişki düzenlenmesini istemişlerdir. Mahkemece çelişkili raporlar ve küçüğün beyanı esas alınarak dava reddedilmiş ise de, anneanne ve dedenin küçükle kişisel ilişki kurulmasını isteme hakları yeni TMK nun 325.maddesinde kanuni bir hak olarak da tanınmıştır”. Bkz. ERGÜN, s.687.

³⁰² DURAL, s.143.

³⁰³ KILIÇOĞLU, s.130.

kişisel ilişki düzenleme yoluna gidemez. Madde metninde de, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkından bahsedilmektedir.

Üçüncü kişilerin veya hısımların, çocukla kişisel ilişki kurulmasını istemeleri de, düzenleme yapmak için tek başına yeterli değildir. Çocukla ilgili olan bütün düzenlemelerde olduğu gibi, istemde bulunan kişiyle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması, çocuğun yararına olmalıdır ve bununla birlikte birtakım olağanüstü sebeplerin de varlığı gereklidir. Örneğin; varlıklı olan ve çocuğu da olmayan bir amcanın çok sevdiği yeğeniyle kişisel ilişki kurmayı istemesi halinde; hem olağanüstü bir durum vardır, hem de kişisel ilişkinin kurulması çocuğun yararındadır.

Kişisel ilişki düzenlenirken ve kullanılırken ana ve baba için getirilen sınırlamalar, üçüncü kişiler hakkında da kıyas yoluyla uygulanacaktır (MK. m.325/2). Ana baba dışındaki kişiler de, kişisel ilişki hakkını kullanırken, diğer hakkı olanların çocukla kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitim ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmak zorundadırlar. Bu sınırlamalara uyulmadığı zaman, kişisel ilişki kurma hakkı çocuk tarafından reddedilebilir veya bu hak hakim tarafından geri alınabilir (MK. m.324).

V. ÇOCUĞUN KİŞİSEL İLİŞKİYİ REDDETMESİ:

Ana babanın çocukla kişisel ilişki kurup kurmayacağıının ve kurulacak kişisel ilişkinin içeriğinin belirlenmesinde, ayırt etme gücüne sahip çocuğun da dinlenmesi gerekir. Ayırt etme gücüne sahip çocuğun iradesinin, kişisel ilişkinin kurulmaması yönünde olması halinde, kişisel ilişki kurma talebinin reddedilmesi, hem çocuğun kişilik hakkının korunması hem de kişisel ilişki kurma hakkının amacına uygun düşecektir³⁰⁴.

Uygulamada, şu şartların varlığı halinde çocuğun kişisel ilişkiyi reddetmesi dikkate alınmakta ve söz konusu tarafa kişisel ilişki hakkı tanınmamaktadır.

- Çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması,
- Çocuğun ilişki kurmak istememesinin dikkate alınabilecek mantıklı gerekçelere dayanması.

³⁰⁴ DURAL, s.512.

- Çocuğun ilişki kurmak istememesinin sonuçlarını kavrayabilecek olgunluğa sahip olması³⁰⁵.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun dahi, ana veya baba ile kişisel ilişki kurmayı istemediği hallerde, özellikle ana baba ile çocuk arasındaki ilişkide çocuğun şiddete ve istismara maruz kalıp kalmadığı araştırılmalı, buna göre kişisel ilişki kurma düzenlenmelidir³⁰⁶.

Çocuğun kesinlikle istemediği bir ilişkiye zorlanması, onun henüz olgunlaşmamış ve istikrar kazanmamış ruh dengesini bozabilir. Hakim, boşanma olayı ve tarafların bütün özellikleri hakkında bilgi topladıktan, özellikle çocuğu psikolojik bakımdan incelettirdikten sonra, bu konuda çocuğun yararına en uygun düzenlemeyi yapmalıdır.³⁰⁷

VI. KİŞİSEL İLİŞKİ HAKKININ CEBRİ İCRA YOLUYLA UYGULANMASI:

İcra İflas Kanununa göre, velayet kendisine verilmiş taraf diğ erinin 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. m.25/a). Bu icra emrinde, İcra İflas Kanununun 24.maddesindeki genel hususlardan başka, çocuğun ilam hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen taraf ile kişisel ilişkide bulunmasına engel olunmaması aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceği ve İcra İflas Kanununun 341.maddesine göre cezalandırılacağı ihtarını da belirtilir. Borçlu bu emri yerine getirmezse ilam hükmü zorla yerine getirilir ve çocuk ziyaret hakkı sahibine ziyaret amacı ile teslim edilir. Borçlu alacaklının şikayeti üzerine ayrıca İİK. 341.maddeye göre cezalandırılır (İİK. m.25/a).

Çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagoğ veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitiminin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir (İİK. m.25/b).

³⁰⁵ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.154.

³⁰⁶ DURAL, s.513.

³⁰⁷ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.156

VII. KİŞİSEL İLİŞKİ HAKKININ KALDIRILMASI:

Boşanma sonucu velayeti kaybetmiş ana veya babaya kanunen tanınmış kişisel ilişki hakkının kaldırılması, çocuğun yararlarının korunması için alınabilecek en ağır önlemlerdendir. Bu nedenle mahkemeler, bu önleme istisnaen başvururlar. Çocuğun ruhsal ve bedensel bütünlüğünün ciddi bir tehlike ile karşılaşması halinde, kişisel ilişki hakkı kaldırılabilir.

Ana 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 ana ve baba bu haklarını yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir (MK. m.324)³⁰⁸. Madde metninden anlaşılacağı gibi, bu hüküm sadece tanınmış olan kişisel ilişki hakkının alınmasıyla ilgili olmayıp, bu durumlardan biri varsa, hakime daha baştan kişisel ilişki kurma isteğini reddetme yetkisini de vermektedir³⁰⁹.

³⁰⁸ Yargıtay 2.H.D. 09.07.2003 T. E.2003/7602, K.2003/10488; “Toplanan delillerden, davalının davacıyı tehdit ettiği, küçükle kişisel ilişkisini zedelediği, bununla da kalmayarak küçüğü okuldan kaçırdığı ve halen de yükümlülüğüne aykırı olarak velisi olan davacıya teslim etmediği belirlenmiştir. MK’nun 324.maddesi koşulları olduğundan ana ile küçüğün kişisel ilişkisinin kaldırılmasına karar verilmesi gerekir” (Yayınlanmamış karar); Yargıtay 2.H.D. 31.05.2005 T. E. 2005/5868, K. 2005/8446; “Davalının boşanmalarından sonra davacıyı ve davacının annesini, çocuğun gözleri önünde silahla ağır biçimde yaraladığı, çocuk beş yaşındayken gerçekleşen bu olay nedeniyle; çocukta babaya karşı aşırı derecede korku geliştiği ve babasını sürekli olarak annesine zarar verebilecek potansiyel olarak gördüğü, babasını görmek ve karşılaşmak istemediği, babasıyla görüşmesinin çocuğu psikolojik yönden olumsuz etkilediği, kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzurunun ciddi biçimde bozulduğu ve tehlikeye girdiği anlaşılmaktadır. MK.’nun 324/2. maddesinin koşulları olduğundan, baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin kaldırılmasına karar verilmesi gerekir.” Bkz. YKD, Cilt:31, Kasım 2005, Sayı:11, s.1719.

³⁰⁹ DURAL, s.143. Yargıtay 2.H.D. 21.01.2004 T., E. 2003/14269, K. 2004/653; “Baba, çocuğu annesinden alıp kaçırmış ve o günden beri de çocuğu davalı anneye göstermemiştir. Ananın, çocukla kişisel ilişki kurmasına ilişkin ara kararının icrasını da yer değiştirmek suretiyle etkisiz kılmıştır. Bu suretle ananın çocukla kişisel ilişkisini zedelemiştir (MK. m324). Bu durumda ana bakım ve şefkatine muhtaç 12.01.1999 doğumlu çocuğun MK.’nun 182, 336/2 maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması yanlıştır” (Yayınlanmamış karar) .

VIII. KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DEĞİŞTİRİLMESİ:

Kişisel ilişki ile ilgili kararlar teknik anlamda kesin hüküm teşkil etmez, ileride değişen şartlara göre her an yeniden düzenlenebilir³¹⁰. Boşanma hükmü kesinleştikten sonra da, velayete sahip olmayan taraf ile çocuk arasındaki kişisel ilişkilerin başka biçimde düzenlenmesini gerektiren yeni olgular ortaya çıkmış olabilir. Bunlar, ana veya babanın başka biriyle evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi olgulardır (MK. m.183).

Velayete sahip olmayan tarafın tekrar evlenmesi, kural olarak, kişisel ilişki hakkının değiştirilmesini gerektirmez. Fakat, bazı durumlarda kişisel ilişkilerin yeniden düzenlenmesi zorunluluk halini alabilir. Örneğin, yeni eş, evlilik birliğinin dağılmasına neden olmuş ve çocuk üzerinde ona karşı antipati oluşmuşsa, kişisel ilişkinin onun da bulunduğu bir yerde (kişisel ilişki hakkı sahibinin evinde) sürdürülmesi çocuğun duygusal yararını tehlikeye düşürecektir³¹¹.

Velayete sahip tarafın boşanmadan sonra başka bir şehre yerleşmesi, kişisel ilişkilerin de yeniden düzenlenmesini gerektirir³¹². Örneğin, hükümde, ana babanın her ikisinin de aynı şehirde oturduğu göz önünde tutularak görüşmeler haftada bir olarak düzenlenmiş olabilir. Bu durumda hakim re'sen veya ana babadan birinin istemi üzerine gerekli düzenlemeleri yapar (MK. m.183).

Başka nedenler de kişisel ilişki hakkına ilişkin düzenlemelerin değiştirilmesini zorunlu kılabilir. Kanunda sayılanlar örnek niteliğindedir. Çocuğun yararları, sonradan gerçekleşen bir olguyla tehlikeye düşebilecekse, düzenlemeler hakim tarafından her zaman değiştirilebilir.

³¹⁰ Yargıtay 2.H.D. 07.04.2004 T., E. 2004/3313, K. 2004/4469 (Yayınlanmamış karar).

³¹¹ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.185.

³¹² Yargıtay 2.H.D. 27.10.2003 T., E. 2003/13421, K. 2003/14276; "Tarafaların boşanmaları sonucu velayeti anneye bırakılan 1.1.1998 doğumlu çocuk ile baba arasında kişisel ilişki ; " 15 günde bir saat 08.00 - 17.00 arasında, dini ve milli bayramların 1. günleri saat 08.00 - 17.00 arasında" şeklinde düzenlenmiştir. Tarafların o tarihte Konya'da oturdukları, kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi istemiyle açılan temyize konu dava sırasında ise davacı babanın İskenderun'da , davalı annenin Konya'da oturduğu anlaşılmaktadır. Davacının, yazın Temmuz veya Ağustos aylarından birinde kişisel ilişki düzenlenmesi istemiyle açtığı dava mahkemece "kesin hüküm" bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Sonradan değişen durum ve koşullara göre kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi istenebilir."Bkz. Yargıtay.gov.tr. http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x009d616d, 30.06.2006.

IX. KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINDA YETKİLİ ve GÖREVLİ MAHKEME:

Kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili bütün düzenlemelerde, çocuğun oturduğu yer mahkemesi de yetkilidir (MK. m.326/1). Bu yetki kuralı kesin yetki kuralı değildir çünkü, madde metninde “çocuğun oturduğu yer mahkemesi de yetkilidir” demekle tali yetki kuralı konulduğu anlaşılmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasından da, bu anlaşılmaktadır. Buna göre; boşanmaya ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin yetki kuralları saklıdır. Bu nedenle, boşanma ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin kararlar hususunda yetkili olan mahkemeler, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlar açısından da yetkili olacaklardır³¹³.

Görevli mahkeme, Aile mahkemesidir (Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m.4).

Mahkeme tarafından çocuk ile kişisel ilişkiye yönelik bir düzenleme yapılincaya kadar, velayet hakkına sahip veya çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında kişisel ilişki kurulamaz (MK. m.326/3).

³¹³ DURAL, s.515.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMANIN ÇOCUKLARA İLİŞKİN MALİ SONUÇLARI

I. İŞTİRAK NAFKASININ HUKUKİ NİTELİĞİ:

Ana ve baba, çocuğun bakım, eğitim ve korunması için gereken masrafları karşılamakla yükümlüdürler (MK.m.327/1). Bu yükümlülük soy bağından doğar ve aynı zamanda bir tabii hukuk kuralıdır³¹⁴. Velayet hakkının ana ve babadan kaldırılması halinde de, onların bu yükümlülükleri devam eder (MK. m.350/1). Boşanma halinde de, velayet kendisine verilmeyen eş çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır (MK. m.182/2)³¹⁵.

Boşanma davasına bakan hakim, tarafların ortak çocukları varsa, taraflardan nafakaya ilişkin herhangi bir istek gelmese de, iştirak nafkasına hükmetmelidir. Çünkü, iştirak nafkasının takdiri, kamu düzenini ilgilendirir ve çocuğun yetişmesi için alınması gerekli yasal önlem niteliğindedir³¹⁶. İştirak nafkası, Medeni Kanununun 327.maddesinde düzenlenmiş olan bakım yükümlülüğünün, boşanmadan sonra da devam eden ifası niteliğindedir. Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır (MK. m.327/1). Çocuğun kendine yetecek gelirin olması veya velayet hakkı sahibinin zengin olması nafaka takdir edilmesine engel değildir.

³¹⁴ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.126; DURAL, s.516; Bkz. Madde Gerekçesi, s.433.

³¹⁵ Yargıtay 2. H.D, 03.03.2004 T. E. 2004/1686, K. 2004/2636; “Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. (TMK. md. 182/2) Velayetleri anneye verilen tarafların ortak çocukları 1987 doğumlu Büşra ile 1996 doğumlu Bahattin için iştirak nafkasına hükmedilmesi gerekirken, verilmemesi usul ve yasaya aykırıdır” Bkz. Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00a70df9, 30.06.2006.

³¹⁶ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.129; Yargıtay 2.HD.27.09.1996, E.8906, K.9286, Bkz. GENÇCAN, s.1250.

İştirak nafakası, velayetin fiilen kullanılmasına bağılı bir alacak olduğundan, velayet hakkını fiili olarak kullanmayan ana veya baba diğferinden hükmedilen iştirak nafakasını isteyemez³¹⁷.

Velayet hakları kaldırılan ana ve baba da, çocuğun bakım, eğitim ve koruma yükümlülükleri devam ettiğinden iştirak nafakası ödemekle yükümlüdürler (MK. m.350).

II.İŞTİRAK NAFKASININ MİKTARI:

Medeni Kanununun 182.maddesine göre, velayet hakkı kendisine verilmeyen eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Çocuğun giderlerine katılma oranı, çocuğun ihtiyaçları ve ana babanın ekonomik ve sosyal durumuna göre belirlenecektir³¹⁸. Hakim, bu olguları da değerlendirerek uygun miktarda bir nafakaya hükmeder. Nafaka miktarının belirlenmesi, hakimin genel bilgisi ile çözümlenebileceği konulardan olup, bu konuda bilirkişi görüşüne başvurulmamalıdır³¹⁹. Ancak, hakim, iştirak nafakasının miktarını belirlerken göz önünde tutacağı çocuğun yaşı, cinsiyeti, eğitim durumu, bakım giderleri ile geliri olup olmadığı, sağlık durumu, ana babanın ekonomik ve sosyal durumu, yaşam koşulları ve ödeme güçleri, bakmakla yükümlü oldukları çocuk sayısı gibi ölçütler hakkında sosyal çalışmacı, pedagoğ ve psikologların çalışma, araştırma, inceleme ve görüşlerinden yararlanabilecektir³²⁰.

İştirak nafakasının miktarı, tarafların aralarında anlaşmaları ile de belirlenebilir. Taraflar nafakanın miktarı, artırım oranı, süresi, hangi cins para ile ödeneceği konusunda serbestçe anlaşabilir ve sözleşme yapabilirler. Ancak, bunun için anlaşmanın hakim tarafınca onaylanması, taraflarca da imzaları ile tasdik edilmesi gerekir. Aksi takdirde, nafaka konusundaki anlaşma hukuki sonuç doğurmayacaktır³²¹.

³¹⁷ Yargıtay 2. H.D, 04.03.2002 T. E. 2002/1758, K. 2002/2818, Bkz. Ali İhsan ÖZUĞUR; Nafaka Hukuku, Genişletilmiş 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.200 (ÖZUĞUR, Nafaka).

³¹⁸ DURAL, s.144; Yargıtay 2.HD. 03.06.1991, E.5998, K.8653; “İştirak nafakasına eşler mali güçleri oranında katılacaklardır. Miktarı belirlenirken de küçüğün yaşı, ihtiyaçları, yaşam koşulları, paranın değeri ve özellikle tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınacaktır”, Bkz. GENÇCAN, s.1258.

³¹⁹ Yargıtay 2.HD.09.10.1998, E.9816, K.10632, Bkz. GENÇCAN, s.1292.

³²⁰ ÖZUĞUR, Nafaka, s.188.

³²¹ ÖZUĞUR, Nafaka, s.188.

A. Çocuğun İhtiyaçları:

Çocuğun ihtiyaçları ve buna bağlı olarak giderleri bazı olgulara bağlı olarak değişir. Bu olgulara göz atacak olursak:

1. Çocuğun Yaşı:

Süt çocuğunun giderleri, okul önceki yaştaki bir çocuğun giderleri ile okul çağındaki yetişkin bir çocuğun giderleri birbirinden farklı olacaktır. Örneğin, bebeklik çağındaki çocuğun mamaya, çocuk bezine ihtiyacı olduğu halde, gençlik çağındaki çocuğun arkadaşlarıyla sinemaya, tiyatroya gitmeye, tatil yapmaya ve cep harçlığına ihtiyacı olacağından giderleri de buna göre değişecektir.

2. Çocuğun Sağlık Durumu:

Bedensel ve ruhsal sağlığı bozuk olan bir çocuğun bakımı zordur ve giderleri daha fazladır³²². Buna bağlı olarak iştirak nafakasının miktarı da artacaktır. Örneğin; çocuk sürekli bir hastalığa (lösemi) tutulmuşsa, tedavisi için belli aralıklarla hastaneye gidiliyorsa, ilaçları pahalıysa veya yurtdışında tedaviye devam etmesi gerekiyorsa bu giderler de ana baba arasında paylaşılmalıdır. Bütün giderler velayete sahip olması bahane gösterilerek çocuğun yanında bulunduğu ana babaya yükletilmemelidir.

3. Çocuğun Eğitim Durumu:

Çocuk özel bir eğitime muhtaçsa, ana baba olanakları ölçüsünde çocuğa bu eğitimi de sağlamalıdır. MK. m.340/2 hükmü gereğince, ana ve baba, çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel özürlü olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlamak zorundadırlar.

İştirak nafakası çocuğun eğitim ve öğrenim giderlerini karşılayacak miktarda olmalıdır³²³. Ancak masrafların hepsini iştirak nafakası yükümlüsü

³²² Yargıtay 2.HD. 11.11.1992, 10754/11077; “Çocuk özürlü olup, özel bakıma muhtaçtır. Nafaka miktarı tespit olunurken bu özel durumun da göz önünde bulundurulması gerekir”, Bkz. ŞENER, Boşanma, s.627.

³²³ Yargıtay 2.HD. 27.11.1998, E.11122, K.12810, Bkz. GENÇCAN, s.1243; Yargıtay 2.HD. 03.06.2003 T, E. 2003/5179, K. 2003/8201; “İştirak nafakasının içerisinde, barınma, giyinme, beslenme, eğitim, ulaşım gibi zaruri giderler bulunmaktadır. Mahkemece bu yön ve davacının talebi de dikkate alınıp, nafaka takdiri gerekirken, infazda karışıklık yaratacak şekilde (HUMK.m. 388) okul ve servis ücreti ayrı tutularak hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır”. Bkz. Yargıtay.gov.tr.

karşılamayacaktır, bu masraflar velayete sahip tarafla paylaşılacaktır. Çocuğun yetenekleri özel eğitim almasını gerektirebilir. Örneğin; çocuğun müzik alanında yetenekli olması halinde, gerekli eğitimi alması için yapılan giderler de, nafaka belirlenirken göz önünde tutulmalıdır. İştirak nafakası bu eğitim masraflarını karşılayacak miktarda değilse sonradan nafakanın artırılması davası açılabilir³²⁴. Ana babanın ekonomik durumları iyi ise, çocuğun özel okula gönderilmesi için gerekli giderler de nafaka belirlenirken göz önünde tutulmalıdır. Çocuk, eğitim için başka bir şehirde bulunuyorsa, yurt ve ev kirası gibi giderler de iştirak nafakası belirlenirken dikkate alınmalıdır.

4. Çocuğun Kişisel Geliri:

Çocuk çalışıyor ve ana babasıyla birlikte yaşıyorsa, ana ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyebilir (MK. m.359/2). Bu nedenle, çocuğun gelirin olması, ana baba tarafından çocuk için yapılacak masrafların azalması anlamına gelir. Hakim, nafakayı takdir ederken çocuğun gelirin olup olmadığını da araştırmalıdır³²⁵.

Çocuğun gelir getiren malları da varsa, ana ve baba, bu gelirleri öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için harcayacaklardır (MK. m.355). Bu da, ana baba tarafından çocuğun ihtiyaçları için yaptıkları harcamayı azaltacaktır.

Yargıtay'ın çocuğun gelirin kendi masraflarını karşılayacak miktarda olması halinde, ana babanın iştirak nafakası vermek zorunda olmadıklarına ilişkin kararı bizce doğru değildir³²⁶. Çünkü, çocuğun gelirin olması, yukarıda anlattığımız gibi nafaka miktarının belirlenmesinde bir ölçü olabilir, ancak, iştirak nafakası yükümünün tamamen kaldırılmasını gerektirmez. Kural olarak, çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanacaktır (MK. m327/1). Ana ve baba yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağandışı herhangi bir sebebin varlığı halinde, hakimin izniyle, çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar

http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b224b2&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00987098, 30.06.2006.

³²⁴ Yargıtay 2.HD. 09.10.1998, E:8893, K.10635, Bkz. GENÇCAN, s.1245.

³²⁵ Yargıtay 2.H.D. 14.03.2002, E.2607, K.3516, Bkz. Nazif KAÇAK, Yeni Türk Medeni Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004., s.419.

³²⁶ Yargıtay 2.HD. 06.10.1995, E.7307, K.9962, Bkz. GENÇCAN, s.1252; Öztan da aynı görüştedir. Bkz. ÖZTAN, s. 365.

sarf edebilirler (MK. m.327/2). Çocuğun malvarlığının olması ana babanın çocuğun giderlerini karşılama yükümünü etkilemeyecektir. Kanaatimce; buradaki farklı görüş MK. m. 355 ile eski MK. m.281 arasındaki düzenleniş farkından kaynaklanmaktadır. Çünkü MK. m.355/3 hükmüne göre; çocuğun mallarından çocuğun ihtiyaçları ve aile ihtiyaçları karşılandıktan sonra elde edilen gelir fazlası yine çocuk mallarına eklenecektir, eski MK. m. 281 de ise; çocuğun gelirin fazlasının, karı kocadan hangisi aile masrafını karşılamakla sorumlu ise ona ait olacağı düzenlenmişti. Bu durumda, geliri fazlasıyla kendisine ve yanında kaldığı ana babaya yeten bir çocuk için, diğer tarafın, bir de iştirak nafakası ödemesi yersiz görülecekti.

B. Ana Babanın Ekonomik ve Sosyal Durumu:

Medeni Kanununun 183.maddesinin 2.fıkrasının 2.cümlesine göre; velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Ana babanın sosyal ve ekonomik durumu bu katkının ne oranda olacağı hakkında hakime bir fikir verebilir³²⁷.

Ana babanın sosyal durumundan, eğitim durumu, mesleği ve sosyal yapı içindeki yaşam biçiminin bütünü anlaşılır³²⁸. Hakkaniyet kuralları, ana babanın şahsen kendilerinin yararlandığı yaşam biçiminden ve eğitim olanaklarından çocuğun da yararlanmasını gerektirir.

Ana babanın ödeme gücü, kendi geçimleri için gerekli olanlar da dahil olmak üzere, tüm gelirleri dikkate alınarak hesaplanır. Mal varlıkları ve kazanılması muhtemel bazı kâr beklentileri de göz önünde tutulur³²⁹.

Ödeme gücüne, çalışarak alınan aylık ve ücretler de girdiğinden, çalışma olanağına sahip olduğu halde çalışmayan ana babanın çalıştığı takdirde elde edeceği kazanç, ödeme gücünün belirlenmesinde dikkate alınır. Olanaklarını kullanmayarak az gelir elde etmek, çocuğun nafakasının azalmasını gerektirmez³³⁰.

³²⁷ Yargıtay 2.HD. 10.02.1995, E.761, K1665, Bkz. GENÇCAN, s.1253. Yargıtay 2.H.D. 05.06.2003 T. E. 2003/6627, K. 2003/8302; “Davalı babanın akıl hastası olduğu, çalışmadığı, malı ve gelirin bulunmadığı belirlenmiştir. Buna göre ekonomik gücü olmayan babanın nafaka ile yükümlü kılınması doğru değildir (Yayınlanmamış karar).

³²⁸ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.132.

³²⁹ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.133.

³³⁰ Yargıtay, 2.HD. 10.06.1993, E.5344, K.5953, Bkz. GENÇCAN, s.1311; Aynı yönde Yargıtay 2.HD. 12.02.1993, 299/1229, Bkz. ŞENER, Boşanma, s.625. Yargıtay 2.H.D. 23.06.2000, E.6876, K.8605; “Ananın bir geliri ve malvarlığı tespit edilememiştir, iş imkanı olduğu halde çalışmaktan kaçındığı da

Sürekli olarak çalışma gücünden yoksun, başka hiçbir geliri ve gelir elde etme olanağı bulunmayan kişi, ödeme gücünden yoksun sayılır ve iştirak nafakası ile yükümlü tutulamaz³³¹. Ana babanın ödeme gücü ile ilgili göz önünde tutulması gereken başka bir etken de, nafaka yükümlüsü tarafın diğer çocukları için ödeyeceği iştirak nafakası, boşandığı eşine ödeyeceği maddi ve manevi tazminat, yoksulluk nafakası ve yeniden evlenmişse ailesinin geçimi için yapacağı masrafların miktarıdır.

Ana, ödeme gücüne sahip değilse çocuklara fiilen bakması, onların bakım ve eğitim masraflarına katkı olarak kabul edilmekte ve diğer tarafın ödeyeceği iştirak nafakasının tespitinde göz önünde bulundurulmaktadır. Boşanma ile ana için yoksulluk nafakasına hükmedilmişse, velayeti babaya verilen çocuk için, onun, iştirak nafakası ödemesine karar verilmemelidir³³². Çünkü, ana bağlanan bu nafakayla ancak geçimini sağlayabilecektir. Ananın geliri varsa, uygun miktarda iştirak nafakası vermekle yükümlüdür³³³.

Ana baba, nafaka miktarını aralarında yapacakları bir sözleşmeyle de belirleyebilirler. Bu sözleşmenin geçerliliği için hakimin onayı şarttır³³⁴. Böyle bir sözleşmeye rağmen taraflar, değişen şartlar karşısında iştirak nafakasının artırılmasına veya azaltılmasına ilişkin dava açabilirler.

III. NAFAKANIN ÖDENME ŞEKLİ:

İştirak nafakasının, nasıl ve ne biçimde ödeneceğine hakim, nafaka yükümlüsünün şartlarını ve çocuğun yararlarını göz önünde tutarak karar verir. Medeni Kanununun 182/3 ve 330/3. maddelerine göre hakim, istem halinde nafakanın irat biçiminde ödenmesine karar verebileceği gibi, nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini de hükümde gösterebilir. Bu düzenleme şekli, değişen şartlar karşısında her yıl nafaka artırım davası açmak zorunda kalan eşin yararınadır.

iddia ve ispat olunamamıştır. Kendisi güçsüz olan kimseye iştirak nafakası yüklenemez”, Bkz. KAÇAK, s.420.

³³¹ Yargıtay 2.HD. 27.05.1995, E.1604, K.2406, Bkz. GENÇCAN, s.1253.

³³² Yargıtay 2.HD. 19.06.1997, E.6117, K.7160, Bkz. GENÇCAN, s.1249

³³³ Yargıtay 2.H.D. 22.01.2001 T. E.9371, K.1735, Bkz. KAÇAK, s.414. Yargıtay 2. H.D. 30.01.2001 T. E.14884, K.1480, Bkz. KAÇAK, s.415.

³³⁴ DEMİR, s.42.

Çocuğun yararları nafakanın düzenli ve peşin olarak ödenmesini gerektirir. Aksi halde, çocuk yanında olan tarafın ona yeterli ve düzenli bir bakım ve eğitim sağlaması güçleşir. Nafaka borcu genellikle nakden yerine getirilir. Çocuğu belli bir süre yanına alıp bakma ile nafaka yükümlülüğünden kurtulmak mümkün değildir. Aynı şekilde nafaka yükümlüsünün çocuğu kişisel ilişki hakkını kullanmak amacıyla tatile götürmesi dolayısıyla çocuk için bazı harcamalar yapması, çocuğa ara sıra hediye ve harçlık vermesi borçluyu iştirak nafakası ödemekten kurtarmaz³³⁵.

IV. NAFKASININ BAŞLANGICI ve SÜRESİ:

A. Nafakanın Başlangıcı:

İştirak nafakası, kural olarak, boşanma hükmünün kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar³³⁶. Boşanma davası devam ederken eşlerin geçinmesi ve çocukların bakımı için tedbir nafakasına hükmedilmelidir (MK. m.169). Tedbir nafakası ise boşanma hükmü kesinleşinceye kadar devam eder.

Boşanmaya karar veren hakim, iştirak nafakasını da kendiliğinden düzenlemelidir, ancak boşanma davasında iştirak nafakasına hükmedilmemiş olması³³⁷ veya iştirak nafakasından vazgeçilmiş olması³³⁸ sonradan istenilmesine engel değildir.

B. Nafakanın Süresi:

Ana babanın çocukların bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümü, kural olarak, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder (MK. m.328/1). Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana baba, duruma göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler (MK. m.328/2).

³³⁵ Yargıtay 3.H.D. 14.05.2002 T, E. 2002/2981, K. 2002/5436; Bkz. KARAGÜLMEZ - URAL, s.200.

³³⁶ DURAL, s.144; Yargıtay HGK. 29.11.1995, E.2-905, K.1047, Bkz. GENÇCAN, s.1239. Yargıtay 2.H.D. 12.02.2001, E.1835, K.2369; "İştirak nafakası, velayetin davacıya verilmesi kararının kesinleşmesi tarihinden başlar", Bkz. KAÇAK, s.421; Yargıtay 2.HD. 09.11.2000, E. 2000/11673, K. 2000/13801; "Velayeti anneye verilen küçük Burcu'nun boşanma davası süresinde baba yanında olduğu anlaşılmaktadır. Hükmün kesinleştiği tarih esas alınarak iştirak nafakası takdir edilmesi gerekir." Bkz. Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x004d1dc0, 30.06.2006.

³³⁷ Yargıtay HGK. 01.12.1993, E.2-565, K.752, Bkz. GENÇCAN, 1241.

³³⁸ Yargıtay 2.HD. 22.10.1990, E.10472, K.9759, Bkz. GENÇCAN, s.1260.

Nafaka yükümü bundan başka, çocuğun veya nafaka yükümlüsünün ölümü ve nafaka alacaklısının talebinden vazgeçmesi ile de son bulur.

1. Çocuğun veya Nafaka Yükümlüsünün Ölümü:

Çocuğun ölümü ile, iştirak nafakası ödeme yükümlülüğü sona erer. Boşanma hükmü ile birlikte iştirak nafakasına hükmedilmiş, fakat nafaka ödenmemişse, çocuğun ölümü üzerine velayet hakkına sahip taraf birikmiş olan nafaka alacağının kendisine ödenmesini isteyebilir. Nafaka borçlusunun ölümü de, nafaka borcunu sona erdirir. Nafaka borçlusu ana veya babanın ölümünden sonra, çocuğun tüm giderlerini hayatta kalan taraf karşılamakla yükümlü olur.

2. Velayete Sahip Tarafın Nafaka Talebinden Vazgeçmesi:

Velayet hakkına sahip ana veya baba, iştirak nafakası yükümlüsü ile yaptığı bir sözleşmeyle nafaka talep hakkından vazgeçebilir. Ancak, bu sözleşmenin geçerliliği hakim onayına bağlıdır. Hakim, bu anlaşmayı onaylarken, nafakadan vazgeçen tarafın kendi imkanlarıyla çocuğun bakım ve eğitiminin gerektirdiği bütün giderleri karşılayabilecek durumda olup olmadığını araştırmalıdır³³⁹. Yargıtay, son kararlarında hakim anlaşmadaki bu hususa müdahale etmesini doğru bulmamıştır³⁴⁰. Kanaatimizce de, ana veya babanın nafaka talebinden vazgeçmesi, çocukları etkilemediği gibi, daha sonradan yeni olguların ortaya çıkması halinde, taraflar da, Medeni Kanununun 183.maddesine dayanarak nafaka talebinde bulunabilirler.

3.Çocuğun Ergin Olması:

Medeni Kanununun 328.maddesine göre ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Bu hüküm, iştirak nafakası hakkında da uygulanır³⁴¹.

³³⁹ AKYÜZ, Çocuğun Korunması, s.139.

³⁴⁰ Yargıtay 2.H.D 2004/14860 Esas, 2005/176 Karar, 10.01.2005 tarihli kararı; “Dava Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesine dayanmaktadır. Tarafların hakim huzurunda müşterek çocuk Cangiray için iştirak nafakası takdir edilmemesi yolundaki beyanları boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra, velayet kendisine verilen tarafın ileriki yıllarda iştirak nafakası istemesine engel olmaz. Tarafların anlaşmalarındaki bu yöne ilişkin müdahale yerinde değildir”. Bkz. Yargıtay.gov.tr. http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00acc34d, 30.06.2006.

³⁴¹ ÖZTAN, s, 366.

Bu nedenle velayete sahip olmayan eş, kural olarak, çocuk ergin oluncaya kadar iştirak nafakası ödeyecektir³⁴².

Çocuğun mahkeme kararı ile ergin kılınması (MK. m.12) halinde de iştirak nafakası sona erer³⁴³.

Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler (MK. m.328/2)³⁴⁴. Bu nafaka artık iştirak nafakası değil yardım nafakasıdır.³⁴⁵ Çocuk sakat veya çalışamayacak durumda ise yine ana babanın bakım görevi devam eder ve yardım nafakası söz konusu olur³⁴⁶.

V. NAFAKANIN ALACAKLISI:

Medeni Kanununun 182.maddesinde, iştirak nafakasının alacaklısının kim olduğu belirtilmemiştir. Bu konuda farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Birinci görüşe göre, iştirak nafakasını talep yetkisi velayete sahip ana veya babaya aittir; çocuğun vesayet altına konulması halinde ise bu yetki vasiye aittir. Yargıtay, eski kararlarında velayete sahip olan eşin iştirak nafakası verilmesini ya da artırılmasını kendi adına isteyeceği görüşündedir³⁴⁷.

³⁴² DURAL, s.144. Yargıtay 2.HD. 30.09.1991, E:8051, K.11767, Bkz. GENÇCAN, s.1258. Yargıtay 2.H.D. 12.09.2000 T. E.7526, K.10194, Bkz. KAÇAK, s.418.

³⁴³ ÖZÜĞÜR, Nafaka, s.200.

³⁴⁴ Yargıtay 12.H.D. 18.07.2005 T. E. 2005/12338, K. 2005/16008; “Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana babanın eğitim sonuna kadar çocuğa bakma görevi için öngörülen yardım nafakasına hükmedilmeden, sona eren iştirak nafakasının yorum yoluyla sürdürülmesi mümkün değildir.” Bkz. YKD. Cilt:31, Kasım 2005, Sayı:11, s.1760; Yargıtay 2.H.D. 13.12.2005 T. E. 2005/14850, K. 2005/17451 (Yayınlanmamış karar). Aynı yönde, Yargıtay 2.H.D. 03.03.2004 T. E. 2004/1686, K. 2004/2636; “Alaaddin, 31.01.1983 doğumlu olup, nafaka davasının ikame edildiği tarihten önce reşit olmuştur. Bu çocuğun annesiyle birlikte açtığı nafaka davasındaki nafaka talebi, Türk Kanunu Medenisinin 315. maddesine dayanan yardım nafakası niteliğindedir. Alaaddin'in bu talebiyle ilgili bir karar verilmemiş olması, usul ve yasaya aykırıdır” Bkz. Yargıtay.gov.tr. http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00a70df9, 30.06.2006.

³⁴⁵ Yargıtay 2.H.D. 17.09.2003 T. E. 2003/10282, K. 2003/11461; “Ergin çocuk, koşulları varsa ana ve babasından yardım nafakası talebinde bulunabilir. (MK. m. 364) Tarafların müşterek çocuğu Adem'in ergin olduğu gözetilmeden, kendisi tarafından açılmış bir yardım nafakası davası da bulunmadığı halde, bu çocuk için davalı babanın iştirak nafakası ile yükümlü tutulması usul ve yasaya aykırıdır”. Bkz. Yargıtay.gov.tr. http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x009ba2e4, 30.06.2006.

Dural; bu halde de nafakanın iştirak nafakası olacağını ve çocuğun eğitimi sona erinceye kadar devam edeceğini ileri sürmektedir. Bkz. DURAL, s.145.

³⁴⁶ ÖZTAN, s.366.

³⁴⁷ Yargıtay 2.HD. 29.01.1993, E.13267, K.582, Bkz. GENÇCAN, s.1257.

İkinci görüşe göre, iştirak nafakasının asıl alacaklısı çocuktur. Velayetin verildiği ana baba veya vasi çocuğun temsilcisi olarak hareket ederler. Yeni Medeni Kanunda, bu görüş benimsenmiş olup yeni Yargıtay kararları da bu yöndedir³⁴⁸.

Medeni Kanununun 327. maddesine göre, çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır. Bu yükümlülük ana baba ile çocuk arasındaki soy bağından kaynaklanır ve velayet hakkına sahip olup olmamakla ilgili değildir. Velayet kendisine verilmemiş olan eş de bu giderleri karşılamakla yükümlüdür. Çocuğun bu yükümlülüğün yerine getirilmesini talep hakkı vardır. Velayete sahip tarafın da, diğer tarafa karşı çocuğun talep hakkından bağımsız bir talep hakkı vardır. Bu talep hakkı, evliliğin sona ermesinden sonra da ana babanın çocuğun giderlerinden birlikte sorumlu olmalarından doğar.

Medeni Kanununun 329/1.maddesine göre, küçüğe fiilen bakan ana veya baba, diğerine karşı çocuk adına nafaka davası açabilir. Burada nafaka davasının çocuk adına açılacağı açık olarak belirtilmiştir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için gereken hallerde nafaka davası, atanacak kayyım veya vasi tarafından da açılabilir. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük de nafaka davası açabilir (MK. m.329/2,3).

İştirak nafakası, velayetin bizzat kullanılmasına bağlı bir alacak hakkıdır. Çocuk, fiilen velayet kendisine verilmeyen eşin yanında kalıyorsa, diğer eş, bu dönem için iştirak nafakası isteyemez³⁴⁹.

³⁴⁸ Yargıtay 2.HD. 03.02.2005 T, E.2004/15160, K. 2005/1249; “Nafaka davası küçüklerin kanuni temsilcileri veya onlara atanacak kayyım yahutta ayırtım gücünü taşıyan küçükler tarafından açılır.”Bkz. Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b224b2&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00acbde6, 30.06.2006.

³⁴⁹ Yargıtay 2.HD. 01.04.1997 T., E.3367, K.3566, Bkz. GENÇCAN, s.1249. Yargıtay 2.HD. 20.05.2004 T., E.2004/5398, K.2004/6530; “İstenen tazminat velayet hakkı anneye verilen küçük için anne tarafından yapılan karar dışı harcamaların tahsiline ilişkindir. Davacı tarafından nafakanın artırılması konusunda dava açılması gerekirken kendiliğinden yapılan masraflar ahlaki bir borcun yerine getirilmesi niteliğinde olup istenemez. (BK. m. 62) Davanın reddi gerekirken kabulü ve yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı,gerektirmiştir”Bkz.Yargıtay.gov.tr.http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00b3ae57&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00a7f4d5 30.06.2006.

VI. İŞTİRAK NAFAKASINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN DEĞİŞTİRİLMESİ:

İştirak nafakasının miktarı, daha sonradan açılacak bir dava ile artırılabilir veya indirilebilir³⁵⁰. İştirak nafakasının artırılmasına, dava tarihinden geçerli olarak hükmetmek gerekir³⁵¹. Hakim, iştirak nafakasının yeniden belirlenmesi için dava açılması halinde çocuğun değişen ihtiyaçlarına, eğitim durumuna, yaşına, anne ve babanın artan gelir durumlarına göre nafakayı yeniden belirleyebileceği gibi, çocuğun gelir elde etmesi, ana babanın yaşam koşulları, ekonomik güçlerinde değişme, azalma ve ortadan kalkma hallerinde de istem halinde gerekli belirlemeleri yapar ve gerekirse nafakayı kaldırır³⁵².

Hakim, boşanma hükmüyle de, iştirak nafakasının gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğine karar verebilir(MK. m.182/3). Bu düzenlemeyle ekonomik açıdan güçsüz olan nafaka alacaklılarının her yıl masraf ve emek sarfı suretiyle nafaka artırımı davaları açma gereğini ortadan kaldırmak amaçlanmıştır³⁵³.

Hakim, nafakanın gelecek yıllarda ne miktarda ödeneceğine karar verirken kesin bir miktar belirtecek midir? Yoksa gelecek yıllarda belli bir oranda artırılmasını mı? karara bağlayacaktır. Kanaatimizce, nafakanın sonraki yıllarda enflasyon oranında, toptan eşya fiyat endeksi (TEFE) veya tüketici fiyat endeksi (TÜFE) oranında artırılması olanağı vardır³⁵⁴.

Boşanma davasından sonra açılacak iştirak nafakası talebine ve nafakanın artırılmasına veya azaltılmasına ilişkin dava davalının yerleşim yeri mahkemesinde görülür³⁵⁵.

³⁵⁰ Yargıtay 2.HD. 09.10.1998, E.9808, K.10631, Bkz. GENÇCAN, s.1293.

³⁵¹ Yargıtay, 1950 gün 15/15 sayılı, İBK, Bkz. KAÇAK, s.419

³⁵² Yargıtay 2.H.D. 25.03.2002 T. E. 2002/3551; K. 2002/4244; Bkz. ÖZUĞUR, Nafaka, s.189.

³⁵³ Bkz. Madde Gereğesi, s.378.

³⁵⁴ Yargıtay, 2.HD. 24.01.2005, E.2004/15334, K.2005/586;“Nafakanın yıllar içinde %20 artırılmasına karar verilmiştir. Artırma oranının dayanağı gösterilmediği gibi,belirlenen oran ekonomik koşullar da değerlendirildiğinde fazla bulunmuş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir”. (Yayınlanmamış karar)

³⁵⁵ Yargıtay 2.HD. 08.02.1999, E.299, K.723, Bkz. GENÇCAN, s.1287.

VII. GEÇİCİ ÖNLEMLER ve GÜVENCE VERİLMESİ:

Nafaka davası açılınca hakim, davacının istemi üzerine dava süresince gerekli olan önlemleri alır (MK. m.332/1)

Ana ve baba, nafaka yükümlülüklerini sürekli olarak ve ısrarla yerine getirmezlerse ya da kaçma hazırlığı içinde buldukları, mallarını gelişigüzel harcadıkları veya heba ettikleri kabul edilebilirse hakim, gelecekteki nafaka yükümlülüklerine ilişkin olarak uygun bir güvencenin sağlanmasına veya gerektiğinde diğer önlemlerin alınmasına karar verebilir (MK. m.334).

Madde metninde, güvencenin nitelik ve tutarı gibi, alınacak tedbirlerin neler olduğu gösterilmediğinden, alınacak tedbirlerin neler olacağını da hakim takdir edecektir. Buna göre hakim, güvencenin tutarını, ayni veya şahsi bir güvence olup olmadığını belirleyerek davalıdan isteyecek veya nafaka yükümlüsünün ödenecek nafakaya yeter miktarda parayı bir bankaya depo etmesine karar verebilecek veya o miktarda bankadaki parası üzerine tedbir koyacak veya nafaka alacağını karşılayacak miktarda ve değerdeki taşınmaz veya taşınır malların üçüncü kişilere devrini önleyecek tedbirler alabilecektir³⁵⁶.

VIII. GÖREVLİ ve YETKİLİ MAHKEME:

İştirak nafakası tayini ve nafaka ile ilgili değişiklik (artırma, azaltma, kaldırma) davalarında görevli mahkeme, 4787 sayılı Aile MK. nun 2. ve 4. maddeleri gereğince, Aile Mahkemeleri veya Aile Mahkemesi kurulmayan yerlerde, Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu' nca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemesidir. Boşanma davası içinde istenen iştirak nafakalarında ise, boşanma davasına bakan Aile mahkemesidir.

Boşanmadan sonra açılacak nafaka davalarında, nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir (MK. M.177). Bu düzenlemeyle uygulamada çok cüz'i nafaka istemleri dolayısıyla genellikle ekonomik açıdan güçsüz durumda olan nafaka alacaklılarının, nafaka yükümlüsünün bulunduğu yer mahkemelerine masraf yapıp gelerek dava açması nedeniyle mağduriyeti önlenmek istenmiştir. Burada zayıfı

³⁵⁶ ÖZÜĞÜR; Nafaka, s.192.

korumak amacıyla genel yetki hükmü konulmuştur³⁵⁷. Bu yetki kuralı HUMK.'nun 9.maddesindeki genel yetki kuralını engellemektedir. Bu nedenle, iştirak nafakası istemine ilişkin dava, davalının yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilir.

IX. İŞTİRAK NAFKASI İSTEMİNDE ZAMANAŞIMI:

İştirak nafakası, çocuk ergin oluncaya kadar her zaman istenebilir. Borçlar Kanununun126/2. maddesi gereğince; davacı ilam ve ilam sayılan belge dışında 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 edemez³⁵⁸.

X. FAİZ:

Nafaka hükmü, hakimin takdirine bağlı olup, dava tarihinde belli ve istenebilir olmadığından, yine nafaka davaları sonucu verilen karar inşai mahiyette olup, karar verilmeden nafakanın istenebilir hale gelmesi düşünölemeyeceğinden, faize dava tarihinden itibaren karar verilemez. Nafakaya istenebilir olduğu ve borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren istek varsa faiz yürütülebilir³⁵⁹.

XI. VEKALET ÜCRETİ:

İştirak nafakası davasında vekalet ücreti olarak; tek başına açılan davada, karar verilen nafakanın yıllık tutarı üzerinden, nafaka artırım davalarında ise, artırım farkının bir yıllık tutarı üzerinden Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenecek ücretin yarısına hükmetmek gerekir. Bu miktar, maktu vekalet ücretinden az olamaz. Reddedilen miktar için ise, davalı yararına vekalet ücretine karar verilemez (Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m.10). Ancak, davanın tümünden reddi halinde kıyasen Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi 11. ve 20. maddeler gereğince, vekalet ücreti takdiri gerekir.

³⁵⁷ Bkz. Madde Gerekçesi, s.376.

³⁵⁸ ÖZUĞUR, Nafaka, s.196.

³⁵⁹ Yargıtay 2. H.D 04.02.2002 T. E.2002/206, K.2002/1213; Bkz. ÖZUĞUR, Nafaka, 197.

İştirak nafakası, boşanma davasıyla birlikte istenmiş ise, boşanma davasının fer'i niteliğinde olduğundan, boşanma davası için verilecek vekalet ücreti dışında ayrı vekalet ücretine hükmedilemez³⁶⁰.

³⁶⁰ Yargıtay 2. H.D 01.12.1995 T. E.1995/12040, K.1995/13100; Bkz. ÖZUĞUR, Nafaka, 200.

SONUÇ:

Boşanma ile aile birliği fiilen ve hukuken sona ereceğinden, sona eren aile birliğinde çocuk var ise, ana baba ve çocuklar arasında velayet, kişisel ilişki ve nafaka konularında bir takım düzenlemeler yapma gereği ortaya çıkar. Çocuğun boşanmadan en az etkilenmesi ve yararının tam olarak korunabilmesi, bu ilişkilerin ayrıntılı ve özenli bir şekilde düzenlenmesine bağlıdır.

Boşanma olgusu herhalde çocuğun gelişimine olumsuz etkide bulunur. Ancak bu olumsuzluğun bir ölçüde engellenmesi ve giderilebilmesi velayetin doğru tarafa verilmesi, kişisel ilişkinin uygun ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesiyle mümkün olur. Çocuğun boşanmadan sonra düzenli bir aile ortamında yetişmesi, velayet kendisine verilmeyen ana baba ile uygun süre ve aralıklarla kişisel ilişki kurması halinde çocuk boşanmayı en az olumsuzlukla benimseyebilir.

Medeni Kanun, çocukların velayetlerinin boşanan eşlerden hangisine verileceği konusunda hiçbir ölçüte yer vermemiş ve bu konuyu tamamen hakim takdirine bırakmıştır. Böylece hakim, kanunda esasları, kriterleri ve ilkeleri belirlenmemiş bir konuda en iyi tercihi yapma yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakılmıştır. Hakim, takdir hakkını kullanırken, öncelikle, çocuğun yararlarını gözetecektir. Burada yarar, çocuğun daha iyi yetişme, bakılma, eğitim ve terbiyesinin gereği gibi yerine getirilmesini ifade eder. Çocuğun yararı, bedeni, fikri, ahlaki ve sosyal bakımdan özgürlük ve haysiyet içinde gelişebilme olanaklarına sahip olması halinde korunmuş olur.

Hakim, bu olanakları ana babadan hangisinin daha iyi sağlayabileceği hakkında karar verirken çocuğun yaşı, cinsiyeti, dini, soybağı, kendi isteği, alıştığı çevre ve ortam, boşanmadan sonra aile ortamında yaşayabilme olanağı, ana babanın çocuğu şahsen bakma olanağı ve çocuğu karşı ilgileri, ana babanın eğitici yetenekleri, ana babanın evlilik birliğinin dağılmasındaki kusuru, ana babanın ahlaki değer yargıları ve davranışlarını göz önünde bulundurmalıdır.

Hakim, bu olguları değerlendirirken, çocuk psikolojisi, psikiyatrisi ve eğitimi alanlarında uzman kişilerin araştırma ve görüşlerinden de yararlanmalıdır. Başka şekilde bir düzenleme, hukuka uygun olmakla birlikte, her zaman çocuğun yararına olmayabilir. Çünkü, sadece hukuk bilgisine sahip bir hakimden sosyolojik ve psikolojik bir değerlendirme yapmasını beklemek çok da gerçekçi olmayabilir. Hakimin bu

konuda bilirkişi görüşüne başvurması, onun, takdir yetkisini kullanmasını sınırlandırmayacaktır, çünkü, hakim, bu uzmanların görüşleriyle bağlı değildir, bu görüşler hakimin takdir yetkisini doğru bir şekilde kullanmasını ve dolayısıyla çocuğun yararını sağlayacaktır. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 5. maddesinde de her aile mahkemesinde birer psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacının görevlendirileceği, bu uzmanların görevinin, davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve sonucunu bildirmek, mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek olduğu düzenlenmiştir. Tarafsız ve konusunda uzman olan görevlilerin raporları, hakime doğru ve çocuğun yararına olan kararı vermede, tarafların beyanlarından ve çoğu zaman taraflı olduğundan şüphelenilen tanıkların beyanlarından daha çok yararlı olacaktır.

Ülkemizde velayet ve kişisel ilişki düzenlendikten sonra bu düzenlemenin çocuğun yararına olup olmadığı takip edilmemekte, bu husus, taraflarca anlaşmazlık konusu yapılmadıkça araştırılmamaktadır. Oysa, velayetin düzenlenmesi kamu düzenine ilişkin olup hakim kendiliğinden de düzenlemeyi değiştirip, çocuğun yararı gerektiriyorsa velayeti kaldırıp, vasi tayini için durumu vesayet makamına bildirebilir. Hakimin, çocuğun sonraki durumundan haberdar olmadan, bu şekilde bir düzenleme yapması olanaksızdır. Aynı şekilde, kişisel ilişki kurma hakkı da bazen velayete sahip tarafça engellenmekte, hükümde düzenlendiği şekilde kullandırılmamakta, bu durumdan haberdar olmayan hakim buna müdahale edememektedir. Bu nedenlerle, çocuğun yararının korunması için uzmanlardan oluşan bir denetim mekanizması kurulmalı, çocuğun durumu tarafların insafına ve insiyatifine bırakılmamalıdır.

KAYNAKLAR

AKINTÜRK, Turgut; Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, 2.Cilt, Yenilenmiş 7.Bası, Beta Yayınevi, Ekim 2002 İstanbul.

-----; Boşanmanın Hukuki Sonuçları. AÜHF 50.Yıl Armağanı, C:1, Ankara 1977.

AKKAYA, Hacer; Velayetin Tevdii ve Vasi Tayini. AÜ Yüksek Lisans Tezi. Ankara 1993.

AKYÜZ, Emine; Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması. Ankara 1983.

----- . Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı, İstanbul 1999.

ARIKAN, Çiğdem; Halkın Boşanmaya İlişkin Tutumları Araştırması, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu.

ASLIHAN, Meryem Neslihan; Parçalanmış veya Tam Aileye Sahip Çocukların Öz-Kavramı Depresyon Düzeyleri ve Akademik Başarılarının Yaş ve Cinsiyet Yönünden Karşılaştırılması, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Eğitim Bilimleri Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Adana 1998, s.2.

ATAAY, Aytekin; Büyükana ve Büyükbabalarla Torunlar Arasındaki Şahsi Münasebetler, İÜHFD., 1958, C.XXIII, S. 3-4

AYTAÇ, Mehlika; Çocuğun Yargısal Süreçte Görüşlerini İfade Etme ve Katılım Hakkı Yönünden Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi; Adalet Dergisi, Yıl:93, Nisan 2002, Sayı: 11.

-----,Çocukların Velayetlerine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Uygulanması, Adalet Dergisi, 2000/6, Aralık.

BENEDEK, Elissa; F.Brown, CATHERİNE; Boşanma ve Çocuğunuz, Çev. Serap Katlan, HYB Yayıncılık, Ankara 1997.

ÇAĞLAYAN, Serkan; Velayet Hakkı Çerçevesinde Ana Babanın Küçüğün Malvarlığı Üzerinde Sahip Olduğu Hak ve Ödevler ile Küçüğün Malvarlığının Ana Babasına Karşı Korunması, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997.

ÇAKIN, Akın; Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 1999.

DALAMANLI, Lütfi; Faruk KAZANCI; Muharrem KAZANCI; İlmi ve Kazai İhtihatlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, Cilt:2, Aile Hukuku, İstanbul 1991.

DEMİR, Nurten; Boşanmanın Fer'i Sonuçlarına İlişkin Sözleşmeler, İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994.

DOLTO, Françoise; Çocuk ve Boşanma, Çev. Nuriye Yiğitler, 1.Baskı, İstanbul 1998.

DURAL, Mustafa; Tufan ÖĞÜZ; Alper GÜMÜŞ; Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.

ERGÜN, Zafer; Boşanma Davaları, Adil Yayınevi, Ankara 2004.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin; Aile Hukuku. 3.Bası, İstanbul1986.

GENÇCAN, Ömer Uğur; Öğreti ve Uygulamada Boşanma Tazminat Nafaka, 2.Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin; Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili Federal Mahkemesi Kararı, İÜHF Mecmuası Prof.Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, Cilt:LV, Sayı:3, 1997.

HATEMİ, Hüseyin, Rona SEROZAN; Aile Hukuku. 2.Bası, İstanbul 1993.

HATEMİ, Hüseyin; Aile Hukuku (Sınav Hazırlık Kitabı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1999.

İNAL, Nihat; Örnek Kararlarla Açıklamalı Uygulamada Türk Medeni Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 1997.

İNAN, Ali Naim; Özel (Medeni) Hukuk Bakımından Ana Baba ile Çocuk İlişkileri ve Çocukların Ana Babaya Karşı Korunması, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, AÜ. Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 498, Ankara 1995.

KAÇAK, Nazif; Yeni Türk Medeni Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

KARAGÜLMEZ, Ali, Sami Sezai URAL; Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Kasım 2003.

KARAOĞLAN, Bahattin; Boşanmaların Gencin Kişiliğine Etkisi, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Sivas 1997.

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

KILIÇOĞLU, Ahmet; Medeni Kanunumuzun Aile Miras Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, 1.Bası, Mart 2003 Ankara.

KİPER, Osman; Tüm Yönleriyle Boşanma Davaları, Adil Yayınevi, Ankara 1997

KÖSEOĞLU, Bilal; Boşanmanın Mali sonuçları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001.

KÖPRÜLÜ, Bülent; Selim KANETİ; Aile Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1989.

KURU, Baki; Ramazan ARSLAN; Ejder YILMAZ; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Genişletilmiş 5.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.

OĞUZMAN, Kemal; Mustafa DURAL; Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998.

OĞUZMAN, Kemal, Özer SELİÇİ; Kişiler Hukuku Dersleri, 4.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.

ÖZKAN, Zülfikar; Türkiye’de Boşanmaların Sebep ve Sonuçları. Doktora Tezi. İstanbul 1989.

ÖZLÜ, Hakkı; Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Adil Yayınevi, Ankara 2002.

ÖZTAN, Bilge; Aile Hukuku. 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000.

ÖZTÜRK, Huriye Reyhan; Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Çocuğun Şahsı Bakımından Sonuçları; Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000, YÖK Dökümantasyon Merkezi Tez No:94722.

ÖZUĞUR, Ali İhsan; Boşanma ve Ayrılık, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.

-----; Nafaka Hukuku, genişletilmiş 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

RUHİ, Ahmet Cemal; Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

SAYITA, Sevgi Usta; Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (kişi) Yanına Yerleştirilmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996

SCWARZ, Andreas B.; Aile Hukuku. I. Çev.Bülent Davran, 2.Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1946.

SÖNMEZ, Fatih; Anne Babası Boşanmış Ergenlerle Anne Babası Boşanmamış Ergenlerin Benlik İmgelerinin Karşılaştırılması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Psikoloji Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001.

ŞEKER, Hilmi; Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Geçici Önlem Olarak; Müsterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisi ile Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri, Adalet Dergisi, Yıl:95, Ekim 2003, Sayı:17, s.114-129.

ŞENER, Esat; Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Boşanma, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998.

-----; İçtihatlı Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, 1.Cilt, 3.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998.

-----; Velayet Hakkı Üzerine Düşünceler. Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı:77, 1993.

ŞİMŞEK, Mustafa; Açıklamalı, İçtihatlı, Aile Mahkemelerinin Görevine Giren Davalar ve Yargılama Usulü, Adalet Yayınevi, Haziran 2005, Ankara.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi; Türk Aile Hukuku. 7.Bası, İstanbul 1990.

-----; Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Adalet Bakanlığı, Ankara 2002.

TUTUMLU, Mehmet Akif; Yeni TMK Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara Eylül 2002.

TÜRK, Hikmet Sami; Çağdaş Türkiye İçin Yeni Türk Medeni Kanunu, Ankara 2002.

Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2002.

TÜYSÜZ, A. Vahit; Türk Medeni Hukukunda Boşanma Sebepleri, Boşanma Davası, Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Dergisi, Mart-Nisan 1988.

ÜSTÜNDAĞ, Saim; İcra Hukukunun Esasları; 6.Bası, Alfa Basım Yayım, İstanbul 1995.

-----; Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 6.Bası, İstanbul 1997

ÜSTÜNDAĞ, Saim; Yavuz ALANGOYA; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 3.Bası, İstanbul 1996.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; Aile Hukuku. İstanbul:1965.

-----; Ailenin Çilesi, Boşanma. 1976.

YALÇINKAYA, Namık; Şakir KALELİ; Boşanma Hukuku. Ankara,1988.

ZEVKLİLER, Aydın, Beşir ACARBEY; K. Emre GÖKYAYLA; Zevkliler Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, 6.Baskı, Ankara 1999.

YAVUZER, Haluk; Çocuk Psikolojisi, 19.Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul 2000.

YÖRÜKOĞLU, Atalay; Çocuk Ruh Sağlığı, T. İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1983.

ÖZGEÇMİŞ

Serdar Çelikel, 1975 yılında Yozgat'ın Akdağmadeni ilçesinin Çardak köyünde doğdu. İlkokul ve ortaokulu Kırıkkale 50. Yıl İlköğretim Okulunda, liseyi Kırıkkale Lisesinde okudu. 1998 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. 1998 yılında girdiği Adli Yargı Hakim ve Savcı Adaylığı sınavında başarılı olarak, 1999 yılında Ankara Adli Yargı Hakim Adayı olarak staja başladı.

Adalet Bakanlığı Hakim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezinde adaylar arasında düzenlenen makale yarışmasında “Tüketicilerin Süreli Yayın Kuruluşlarının Düzenlediği Promosyon Kampanyalarına Karşı Korunması” konulu makalesiyle mansiyon ödülü aldı. Staj sonrasında yapılan yazılı sınavda dönem üçüncüsü oldu.

İki yıllık stajın ardından 2001 yılında kura sonucu Eskişehir–Alpu Hakimi olarak hakimlik mesleğine atandı. Sonrasında Kırıkkale–Delice Hakimliğine atanarak, 2002-2005 yıllarında burada görev yaptı. 2005 Kasım ayında halen görev yaptığı Kırıkkale-Keskin Hakimliğine atandı.

Askerliğini 2004-2005 yıllarında 2. Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesinde Hakim Asteğmen olarak Çanakkale-Gelibolu’da yaptı. Görev yaptığı süre içerisinde Adalet Bakanlığının hizmet içi eğitim kapsamında düzenlediği çeşitli seminer ve sempozyumlara da katılan Serdar Çelikel evli ve bir çocuk babasıdır.