



Izmir Barosu



Yaşında



**İZMİR
MEDENİ HUKUK GÜNLERİ - II**

**AİLE HUKUKU SEMPOZYUMU
BİLDİRİ ÖZETLERİ**

27 - 28 NİSAN 2018 - İZMİR

İZMİR MEDENİ HUKUK GÜNLERİ – II
AİLE HUKUKU SEMPOZYUMU

27-28 NİSAN 2018

İZMİR

BİLDİRİ ÖZETLERİ

YAYIMLAYAN
İZMİR BAROSU
1456 Sokak No: 14
35220 Alsancak / İZMİR
Tel: 0232 400 00 00 - 463 00 14
Faks: 0232 463 66 74
e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr
yayin.kurul@gmail.com
www.izmirbarosu.org.tr

BASIMA HAZIRLIK - BASKI

YABANERİ MATBAACILIK
AMBALAJ - YAYINCILIK SAN. TİC. LTD. ŞTİ.
Bornova Cad. No: 9/6 B Öztim İş Merkezi 35070 İŞİKKENT / İZMİR
Tel: 0232 472 21 22 (Pbx) Fax: 0232 472 24 54

SEMPOZYUM BİLİMSEL DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU
Prof. Dr. Saibe OKTAY ÖZDEMİR
Prof. Dr. O. Gökhan ANTALYA
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU
Prof. Dr. Demet ÖZDAMAR
Prof. Dr. Murat AYDOĞDU

SEMPOZYUM DÜZENLEME KURULU

Dr.Öğr.Üyesi M. Beşir ACABEY (Başkan)
Av. Mustafa ÇETİN (Başkan)
Dr.Öğr.Üyesi İlknur SERDAR
Dr.Öğr.Üyesi Ayşe FIRAT ŞİMŞEK
Av. İlke EROL
Araş. Gör. Funda İBİŞ
Araş. Gör. Banu ATLI

*Sempozyumda sunulan bildiri özetleri,
bilimsel danışmanlar kurulunun hakem denetiminde geçmiştir.*

27 Nisan 2018 Cuma
Açılış Konuşmaları: 09.00-09.30

Prof. Dr. Demet ÖZDAMAR
DEHAMER Müdürü

Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK
DEÜ Hukuk Fakültesi Adalet MYO Müdürü

Prof. Dr. Mustafa ALP
DEÜ Hukuk Fakültesi Dekanı

Av. Aydın ÖZCAN
İzmir Barosu Başkanı

Prof. Dr. Erdal ÇELİK
DEÜ Rektör Vekili

Birinci Oturum: 9.30-11.15

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi)

Boşanmada Birlikte Velayet
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İsviçre Medeni Kanunu'nda 01.01.2017 Tarihli Revizyonla
Aile Hukuku Alanında Gerçekleştirilen Temel Değişiklikler
Doç. Dr. Canan YILMAZ
(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Velayetin Kapsamı
Av. Ali Erinç SOYER
(İzmir Barosu Üyesi)

Tartışmalar

İkinci Oturum: 11.30-13.15

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Şeref ERTAŞ

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi)

Boşanmada Af ve Hukuki Sonuçları

Prof. Dr. Faruk ACAR

(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Karşısında
Boşanma Yargılaması Hukuku Ve Ortaya Çıkan Sorunlar**

İrfan OKUR

(Onursal Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Üyesi)

Boşanmada Manevi Tazminat ve Zina Durumunda

Üçüncü Kişiye Karşı Tazminat

Dr. Öğretim Üyesi Ayşe FIRAT ŞİMŞEK

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu)

Tartışmalar

Üçüncü Oturum: 14.00-16.15

Oturum Başkanı: Av. Mustafa ÇETİN

(İzmir Barosu Başkan Yardımcısı)

**Türk Medeni Kanununun Soybağına İlişkin Hükümlerinin
İsviçre Medeni Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak
Değerlendirilmesi**

Prof. Dr. Mehmet Tufan ÖĞÜZ

(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın

Çocuğu Ziyaret Hakkı

Doç. Dr. Fulya ERLÜLE

(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Yargıtay Uygulamaları Çerçevesinde Güncel
Evlat Edinme Hukuku**

Mahmut KAMACI

(Avukat - Emekli Yargıtay Üyesi)

Çocuğun Soyadı

Dr. Öğretim Üyesi Özge ERBEK ODABAŞI

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Tartışmalar

Dördüncü Oturum: 16.30-18.15

Oturum Başkanı: Av. İlke EROL
(İzmir Barosu Genel Sekreteri)

Türkiye’de Aile Arabuluculuğu Çalışmaları
Prof. Dr. Şükran ŞIPKA
(Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Eşlerden Birinin Ölümünün
Boşanma Yargılaması Üzerindeki Sonuçları**
Dr. Öğretim Üyesi Pınar ÇİFTÇİ TÜRKEL
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**İstanbul Sözleşmesi Perspektifinden Şiddet Gören Kadının
Aile Hukukundan Doğan Hakları**
Av. Aytül ARIKAN
(İzmir Barosu Üyesi)

Tartışmalar

28 Nisan 2018 Cumartesi

Beşinci Oturum: 9.30-11.15

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Nişanlanmanın Sona Ermesinde Başlık Parasının İadesi ve
Nişanlı Lehine Yapılan Ölüme Bağlı Tasarrufların
Hukuki Akıbeti**

Dr. Öğretim Üyesi M. Beşir ACABEY
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Aile Mahkemeleri Uygulaması Bağlamında Evlilik Birliğinin
Devamı Sırasında Birliğin Korunması Amacıyla
Alınabilecek Önlemler**

Ali SOYER
(İzmir Aile Mahkemesi Hâkimi)

Uygulamada Ziyet Eşyalarının İadesi
Av. Gülay YILMAZKOÇLAR
(İzmir Barosu Üyesi)

Tartışmalar

Altıncı Oturum: 11.30-13.15

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU
(Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Türk Medeni Kanunundaki Aile Konutuna İlişkin
Hükümlerin Değerlendirilmesi**

Dr. Öğretim Üyesi İlknur SERDAR
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İstenmeyen Çocuktan Doğan Tazminat

Dr. Öğretim Üyesi Serdar NART
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Eşin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması

Dr. Öğretim Üyesi Senar ÇAĞIRGAN TUNCER
(Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Tartışmalar

Yedinci Oturum: 14.00-16.15

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Fırat ÖZTAN
(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Boşanmada Maddi Tazminat ve Yoksulluk Nafakası
Dr. Öğretim Üyesi Özge ÖNCÜ
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu)

Milletlerarası Aile Hukukunda
Nafaka Taleplerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Sorunlar
Dr. Öğretim Üyesi Ali Gümrah TOKER
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yardım Nafakası
Dr. Öğretim Üyesi Tuba BİRİNCİ UZUN
(Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İştirak Nafakası
Dr. Öğretim Üyesi Tuğçe TUZCUOĞLU
(Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Tartışmalar

Sekizinci Oturum: 16.30-18.15

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Murat AYDOĞDU
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Korunmaya Muhtaç Çocuklarda Barınma Yöntemleri
Doç. Dr. Serkan AYAN
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Kişinin Korunması Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması
Dr. Öğretim Üyesi Emre CUMALIOĞLU
(Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yetişkinlerin Korunması Açısından
İsviçre Hukukunda Getirilen Önemli Yenilikler
Dr. Öğretim Üyesi Ali Haydar YAĞCIOĞLU
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Tartışmalar

BOŞANMADA BİRLİKTE VELAYET

*Prof. Dr. Bilge ÖZTAN**

ÖZET

Türkiye, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin Ek 7.Nolu Protokolüne taraf olmayı metnin imzaya açılmasından 31 yıl sonra, 6684 sayılı Kanun’la 10 Mart 2016 tarihinde kabul etmiş ve 9. maddesi uyarınca da Protokol 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Protokol’ün 5.maddesi “*Eşler arasında eşitlik*” başlığı altında “*Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez.*” hükmünü öngörmüştür.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.2.2017 tarih ve 2016/15771 E. ve 2017/1737 K. sayılı Kararı ile, velayetin düzenlenmesinde, talep etmeleri halinde ana babaya ortak (birlikte) velayet verilebileceğini vurgulamıştır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, bu kararında 7 Numaralı Protokol’ün 5. maddesi hükmüne dayanmıştır.

Yargıtay, yukarıda anılan Karar’da Ek 7 Numaralı Protokol’ün 5. maddesine dayanırken, gerekçe olarak, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların farklı hükümler içermesi ne-

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

deniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90/son hükmüne göre milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağını belirtmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin Sayın Başkanı Ömer Uğur GENÇCAN, yapmış olduğu bir açıklamada Türkiye'nin 11 Numaralı Protokol ile değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 Numaralı Protokol'ü onaylamasından sonra Protokol'ün 5. maddesi hükmüne göre; evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velayetin asıl olduğu ve velayetin eşlerden birine verilmesinin istisna olduğu yorumunu getirmiştir.

Ortak (Birlikte) velayetin iç hukuka dahil olmasıyla ortaya çıkan ilk mesele, TMK.nun 336, 337, 182/II 'nci maddelerinin yürürlükte kalıp kalmayacağı ve 166/III'üncü maddenin geniş yorumlanıp yorumlanamayacağıdır.

Protokolün 5'nci maddesinin yorumundan da anlaşılacağı üzere, bundan böyle, boşanmada çocuklar için birlikte velayetin genel kural olarak kabulü zorunlu hale gelmiştir. Bu durumda, " tarafların herhangi bir talepleri yoksa, hâkimin kendiliğinden birlikte velayeti öngörebilip öngöremeyeceği" birlikte velayette, "hangi modelin uygulanmasının çocuğun yararına olacağı" soruları üzerinde durulacaktır.

Henüz birlikte velayet ile ilgili herhangi bir yasal düzenleme yapılmadığı için, ortak(birlikte) velayet ile ilgili olarak ortaya çıkacak meselelerin halinde hâkimlere ağır bir yük yüklenmiş olmaktadır. Meselâ, hâkim, birlikte velayette, özellikle çocuğun yaşayacağı yerin, ziyaret hakkının belirlenmesinde veya ana babanın çocuğun bakım ve gözetimini üstlenmeleri durumunda zaman diliminin nasıl paylaşılacağı hususunda, çocuğa ödenecek nafakanın tespitinde hangi kıstaslardan hareket etmelidir? Hangi hallerde, hâkim genel kural olan birlikte velayetten ayrılacak ve velayeti istisnaen ana ba-

badan birine bırakacak veya çocuğa vasi tayin edecektir? Bu hallerde hangi kıstaslar göz önünde tutulacaktır?

Türk Medenî Kanun'unda birlikte velayete ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı için, özellikle diğer ülkelerde birlikte velayetin uygulanması halinde, çocuğun kalacağı yerin, çocuğun ziyaret hakkının veya ana babanın çocuğa bakım ve gözetiminin nasıl belirleneceği, nafakanın tespitine ilişkin olarak yapılan farklı düzenlemelerin ana ilkelerine ve öğretiyeye değinmek gerekmektedir.

Tebliğde üzerinde durulacak bir diğer husus hâkimin, velayetin ana babaya birlikte verilmesinde veya ana babadan birine verilmesinde çocuğun yüksek yararını ararken göz önünde tutacağı kriterlerin neler olabileceği belirlenmeye çalışılacaktır.

Son olarak ana babanın birlikte velayete ilişkin olarak hazırlayacakları formlarda hangi hususları bulundurmalarında yarar bulunduğu meselesi üzerinde de durulacaktır.

İSVİÇRE MEDENİ KANUNU'NDA 01.01.2017 TARİHLİ REVİZYONLA AİLE HUKUKU ALANINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN TEMEL DEĞİŞİKLİKLER

*Doç. Dr. Canan YILMAZ**

ÖZET

İsviçre Medeni Kanunu'nda(İMK), 01.07.2014 tarihinden itibaren yürürlüğe giren revizyon çerçevesinde, “birlikte velayet” kuru- mu ana kural olarak kabul edilmiştir. Revizyonun birinci bölümü olarak nitelendirilen birlikte velayetin kabulünün bir uzantısı olarak, İsviçre öğretisinde tartışılan ve önerilen “alternatif himaye” (alternierende Obhut) kavramı; ilk kez 01.01.2017 yılında yürürlüğe gi- ren revizyon ile birlikte İMK m. 298’de düzenlemeye kavuşmuştur. Revizyon projesinin ikinci bölümünü oluşturan 01.01.2017 yürürlük tarihli değişikliklerle, İMK’da çocuk lehine hükmedilen nafaka ve ebeveynlerin sorumlulukları yeniden düzenlenmiştir.

İMK m. 298’de yapılan değişiklik ile 01.01.2017 tarihinde yü- rürlüğe giren yeni düzenleme uyarınca; “**Birlikte velayet halinde, mahkeme, ebeveynlerden birinin veya çocuğun istemi üzerine çocuğun yararı anlamında, alternatif himayenin (alternierende Obhut) mümkün olup olmadığını inceler**”¹. Hükmün gerekçesinde, ebeveynlerin velayet hakkını birlikte kullanmaları ve çocukların bakım zamanlarını gün, hafta ve aylar şeklinde belirlenebilecek bir

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ <https://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2015/4299.pdf>.

şekilde, çocukların bakımını az çok eşit bölümlerle üstlenmeleri halinde, “alternatif himaye” söz konusudur². İsviçre öğretisinde,

alternatif himaye uygulamasının avantajının, her iki ebeveynin ayrıldıktan sonra da çocuğun bakımını, değişimli ve yaklaşık olarak eşit şekilde üstlenerek, çocuğun hayatında yer almaları, onun günlük bakımına ve eğitimine katılmaları ve kendi yaşam tarzlarını aşılama- ları, aynı zamanda ebeveynlerin karşılıklı olarak yüklerinin azalması ve acil durumlarda birinin diğerinin yerine geçebilmesi olarak belir- tilmektedir.

“Velayet hakkı” ve “himaye”, birbirinden farklı iki kavramdır: Velayet hakkında, ebeveynler, çocuğa ve çocuğun malvarlığına iliş- kin önemli kararlar almaktayken, himaye çocuğun ebeveynlerinden biriyle birlikte geçirdiği zamanı ifade etmektedir. Ancak, birlikte ve- layetin arkasından, her halükarda alternatif himaye gelmez. Örneğin; alternatif himaye, her ne kadar ebeveynler veya çocuk tarafından istenmiş olsa da, çocuğun yararına uygun olmayabilir: Çocuğun ebe- veynlerinden birisiyle hiçbir ilişkisi yoksa veya çocuk hasta ise veya iletişim imkânına sahip olmayan ebeveynler arasındaki ilişkide, şid- detli çatışmaların yaşanması sebebiyle, alternatif himaye ebeveyn- lere ruhsal olarak zarar verecekse³. Aynı şekilde; alternatif himaye, ebeveynlerin oturdukları yerler arasındaki coğrafi uzaklık sebebiyle çok gerçekçi olmayabilir. Alternatif himaye yöntemi, revizyondan önce İsviçre öğretisi ve uygulaması tarafından kabul edildiği gibi, İsviçre Federal Mahkemesi’nin 2015 tarihli bir kararında da, mevcut hukuk çerçevesinde benimsenmişti⁴.

Revizyon projesinin ikinci bölümünü oluşturan çocuk lehine hükmedilen nafaka hukukunun yeniden düzenlenmesiyle birlikte

² <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2014/529.pdf>, 564.

³ 13.101, Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesun- terhalt) vom 29. November 2013, <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2014/529.pdf>, 564.

⁴ BGer, 26.5.2015, 5A_46/2015, E.4.4.5; Ayrıntılı bilgi için bkz. AEBI-MÜLLER Regina E., “Entwicklungen in Familienrecht”, in HARI Olivier/RISKE Olivier (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis, 2015, 3, 53.

çocuğun yararı, merkez kavram olarak dikkate alınarak, ebeveynlerin sorumlulukları yeniden düzenlenmiştir⁵. Bu bağlamda, çocuğun nafaka talebinin güçlendirilmesi için, diğer aile hukuku kökenli nafaka yükümlülükleri karşısında önceliğine ilişkin ana kural kanunla pekiştirilmiş, çocuğun konumu, aile hukuku yargılamasında güçlendirilmiştir. Gerekçede, çocuğa sadece nafaka hakkı verilmesinin yeterli olmadığı, bir o kadar önemli olan hususun, çocuğa, nafakasını tam zamanında ve düzenli olarak almasının güvence altına alma imkânının tanınması olduğu belirtilmektedir⁶.

İMK m. 276a/I'deki yeni düzenleme ana kuralı belirterek; “Ergin olmayan çocuğa karşı olan nafaka yükümlülüğü aile hukukundaki diğer nafaka yükümlülüklerinden önce gelir” hükmünü içermektedir. Bu doğrultuda; nafaka yükümlüsünün geliri, hem diğer eş lehine hem de çocuk lehine nafakayı karşılamak için yeterli değilse; çocuğun nafakası, eşlerin nafakasına göre daha önceliklidir, çünkü çocuk özel olarak korunma ihtiyacı içindedir. İMK m. 276a'nın ikinci fıkrasında ana kurala getirilen istisnai düzenlemeye yer verilmiştir. İMK m. 276a/II uyarınca; “ Haklı sebeplerin varlığı halinde, özellikle nafaka hakkı sahibi ergin çocukların zarar görmesinden kaçınmak için mahkeme bu kuralı dikkate almayabilir”. Bu kapsamda, anılan hüküm açıkça, ergin olan çocukların mağdur olmasından ve zarar görmesinden kaçınılmasını bir sebep olarak belirtmektedir. Bu ifade ile ergin olmayan kardeşleriyle aynı çatı altında yaşayan ve yaşları dışında diğerlerinden farklı bir durumda olmayan ancak hâlâ eğitimlerine devam eden ergin çocuklar kastedilmektedir. Ancak, hükmün lafzi ifadesine göre, diğer hak sahipleri lehine de istisnalar mümkün olabilecektir⁷.

⁵ <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-59327.html>.

⁶ 13.101, Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2014/529.pdf>, 530.

⁷ SPYCHER, Kindesunterhalt, FamPra.ch 2016, S.1, 7.

İMK m. 131, 131a ve 290, 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren revizyonla değiştirilen hükümlerdir ve bu hükümler birbirine paralel düzenlemeler öngörmektedir. Çocuk lehine nafakanın tahsil edilmesine ilişkin yardım hususunu **düzenleyen İMK m. 290 uyarınca; nafaka** yükümlüsü ana babadan biri nafaka ödeme yükümlülüğünü yerine getirmezse, nafaka hakkı sahibi çocuk veya diğer ebeveynin istemi üzerine, Kanton Hukuku tarafından uzman memur olarak nitelendirilen kişi, nafaka talebinin usulüne uygun bir şekilde cebri icraya konu edilmesine, ücretsiz olarak yardım edecektir⁸. İMK m. 131a/II ve İMK m. 289/II uyarınca; ilgili belde, nafaka hakkı sahibinin nafakasını ödediği takdirde, nafaka alacağı ve talebi bütün haklarıyla birlikte yasa gereği ilgili beldeye **devredilir**⁹. Bu hükümlerin temel amacı; ödenmeyen nafaka alacaklarının teminat altına alınması ve nafakanın ödenmemesi yüzünden çocukların mağdur olmalarının engellenmesi ve özellikle çocuğun korunmasıdır. Bu açıdan bir taraftan, nafakanın tahsil edilmesine ilişkin olarak hukuki prosedür hakkında bilgi sahibi olmayan ve bu konuda hukuki yardım alamayacak güçte olanların durumu düşünülerek, nafakanın tahsil edilmesi konusunda uzman memurlardan ücretsiz olarak yardım alınması imkânı getirilmiştir. Diğer taraftan da bu süre içinde ödenmeyen nafaka alacakları hakkında, kamu hukuku kuralları çerçevesinde nafakanın ön ödemeli olarak, yani avans olarak ödenmesi imkânı getirilerek, çocuğun korunması amacına hizmet edilmiştir.

⁸ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/2723.pdf>

⁹ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/2723.pdf>

VELAYETİN KAPSAMI

*Av. A. Erinç SOYER**

ÖZET

1) Türk Medeni Kanunu'nun 335. ve takip eden maddelerinde velayet konusu düzenlenmiştir.

Velayet hakkı; genel anlamda ebeveynin çocukları üzerindeki hak ve yükümlülüklerini ifade eder.

2) TMK'nın 335. maddesine göre; yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınmaz. Burada söz konusu olan yasal sebepler;

- Ana veya babanın kısıtlanması
- Yaş küçüklüğü
- Fiziki veya fikri yetersizlik
- Ağır ihmal, ilgisizlik, özensizlik
- Ayrılık, evliliğin iptali veya boşanma nedenlerinden biriyle velayetin ana - babadan sadece birine verilmesi halleri olarak sıralanabilir.

Evlilik dışı doğan çocuğun velayeti anneye aittir. (TMK md.337) Tanıma hâlinde dahi velayet hakkı babaya kendiliğinden geçmez. Evlilik dışı doğan çocuğun annesi küçük ise, keyfiyetin, küçüğe (çocuğun doğurduğu çocuğa) vasi tayin edilmesi için, ilgililerce derhâl, Sulh Hukuk hâkimine ihbar olunması gereklidir. İhbarı herkes yapar-

* İzmir Barosu Üyesi

bilir, ancak durumu haber alan devlet memurları, noterler, mahkemeler, özellikle nüfus müdürlüğü ihbar ile yükümlüdür.

3) TMK md. 335/2'ya göre; “*Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velayeti altında kalırlar.*” Bu madde; 18 yaşını doldurmuş ancak muhtelif sebeplerle (ağır hastalık, hukuki ehliyetsizlik, mahkûmiyet vb.) haklarında kısıtlama kararı alınması gereken kişilerin, varsa ana babalarının velayeti altında kalmaya devam edeceklerine işaret etmektedir.

4) TMK md. 336'ya göre; “*Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hâkim, velayeti eşlerden birine verebilir. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hâkim, velayeti eşlerden birine verebilir.*”

Ortak velayet ile ilgili bir düzenleme hukukumuzda olmamakla birlikte son zamanlarda oldukça tartışılan bir konu olmuştur.

5) Velayetin Kapsamı

a) TMK md. 339'a göre;

➤ “*Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.*

➤ *Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür. Çocuk tarafından ebeveynin uygulama ve kararları hakkında bir takım yakınmalar olması halinde aile mahkemesi tarafından incelenip karara bağlanması gerekirse çocuğa kayyım tayin edilmesi gerekebilir. Ebeveyn kararlarındaki isabet ve yararın değerlendirilmesi için mutlaka çocuğun dinlenmesi gerekir.*

➤ *Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanılırlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.*

➤ Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz.

➤ Çocuğun adını ana ve babası koyar. Çocuğun adı konusunda ana babanın anlaşamaması halinde, TMK md.195'e göre aile hakiminden müdahale talep edilebilir.”

b) Eğitim (TMK md. 340)

“Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar. Ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel engelli olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlarlar.”

c) Dini Eğitim (TMK md. 341)

“Çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir. Ana ve babanın bu konudaki haklarını sınırlayacak her türlü sözleşme geçersizdir. Ergin, dinini seçmekte özgürdür.”

d) Çocuğun Temsil Edilmesi (TMK md. 342)

“Ana ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler. Vesa-yet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsilde de uygulanır.”

e) Çocuğun Fiil Ehliyeti (TMK md. 343)

“Velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir. Çocuk, borçlarından ana ve babanın çocuk malları üzerindeki haklarına bakılmaksızın kendi malvarlığı ile sorumludur.”

f) Çocuğun Aileyi Temsil Etmesi (TMK md. 344)

“Velayet altındaki çocuk, ayırt etme gücüne sahip ise ana ve ba-

banın rızasıyla aile adına hukuki işlemler yapabilir; bu işlemlerden dolayı ana ve baba borç altına girer.”

g) Çocuk ile Ana Baba Arasındaki Hukuki İşlemler (TMK md. 345)

“Çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır.”

6) Çocuğun Korunması

a) Koruma Önlemleri (TMK md. 346)

“Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.”

b) Çocukların Yerleştirilmesi (TMK md. 347)

“Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir. Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır. Nafakaya ilişkin hükümler saklıdır.”

c) Velayetin Kaldırılması (TMK md. 348)

➤ *“Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hâllerde velayetin kaldırılmasına karar verir:*

1. Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi.

2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması.”

➤ “Velayet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır. Kararda aksi belirtilmedikçe, velayetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar.”

➤ Velayetin ana ve babanın her ikisinden kaldırılması halinde küçüğe vasi atanması için ihbar yükümlüsü Aile Mahkemesi tarafından, gerekli önlemleri almak, gerekirse küçüğe kayyım tayin etmek üzere, küçüğün yerleşim yerindeki Ahkâm-ı Şahsiye Sulh Hukuk Hâkimine bildirilmesi ve velayetin kaldırılmasına ilişkin karar kesinleştiğinde küçüğe vasi tayini için ihbarda bulunulması zorunludur.

d) Ana veya babanın yeniden evlenmesi halinde (TMK md. 349)

“Velayete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi, velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak, çocuğun menfaati gerektirdiğinde velayet sahibi değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velayet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir.”

BOŞANMADA AF VE HUKUKİ SONUÇLARI

*Prof. Dr. Faruk ACAR**

ÖZET

I. GENEL OLARAK BOŞANMA HUKUKUNDA AF

Medeni Kanunumuz sınırlı sayı ilkesine tabi şekilde düzenlemiş olduğunu kabul edebileceğimiz bir takım boşanma sebepleri öngörmüştür. Boşanma sebeplerinin oluşması genellikle eşlerden birinin mağduriyetine sebebiyet vermekle, ona boşanma hakkı tanımaktadır. Ancak bu hakkın kullanımı irade serbestisi ilkesine tabidir. Diğer bir ifadeyle resen hareket ilkesine itibar edilmez, mutlak butlan benzeri şekilde kamunun müdahalesiyle evlilik birliği sona erdirilmez. Mademki, boşanma hakkını kullanıp kullanmamakta eş serbesttir, o halde boşanma sebebi sayılan durumun özünü oluşturan diğer eşin filini de affedebilir. Böylesi bir af eşin boşanmaya yol açacak file özgü olarak boşanma hakkının sona ermesine sebebiyet verecektir.

Boşanma hukukunda affin, zinayı düzenleyen TMK m.161/2'de, hayata kast, pek kötü davranış veya onur kırıcı davranışı düzenleyen TMK m.162/3'de düzenlendiğini görmekteyiz. Söz konusu hükümler affeden eşin dava hakkının olmayacağını açıkça ifade etmiştir. Söz konusu boşanma sebepleri özel ve mutlak niteliktedir. Mutlak

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

nitelikte boşanma sebebi olmalarından dolayı, söz konusu boşanma sebeplerinin varlığının tespiti halinde hâkimin takdir yetkisini kullanması yani evlilik birliğinin diğer eş için çekilmez hal alıp almadığını araştırması söz konusu olmayacaktır. Durum böyle olduğu için, mağdur eşin diğer eşini af etmesi bu tür boşanma sebeplerinde anlamlı ve önemlidir. Kanun koyucu hâkime takdir yetkisi vermemekle birlikte söz konusu boşanma sebeplerinde eşin affetmesi yoluyla evlilik birliğinin devamında yana tavır koymuş, hâkime bu tür durumlarda davayı reddetmesi zorunluluğunu kabul etmiştir.

Her ne kadar yasal düzenlemede zina ve hayata kast, pek kötü davranış veya onur kırıcı davranışa ilişkin affin dava hakkını sona erdireceği belirtilmişse de, affin evlilik birliğinin temelden sarsılmasında, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme durumunda benzer etkiyi gösterir. Söz konusu boşanma sebepleri nisbi nitelikte olduğundan hâkimin takdir yetkisini kullanması, yani boşanma sebebinin diğer eş için çekilmezlik yaratıp yaratmadığını veya evlilik birliğinin temelden sarsılıp sarsılmadığını tespit etmesi gerekecektir ki, bu noktada eşin affetmesi, çekilmezliğin oluşmadığı yönünde hâkime kanaat ve takdir hakkı verecektir.

II. AFFIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Af açıklaması “duygu açıklaması” veya “his açıklaması” mahiyetindedir. Ancak Medeni Kanunumuz boşanma bakımından buna sonuç bağlamıştır. Tıpkı irade açıklamasında olduğu gibi. Ancak af, bir irade açıklaması (beyanı) değildir. Zira af açıklamasında bulunan kimse bir sonuca yönelmez veya yönelmesi zorunlu unsuru değildir. Af açıklamasında bulunan boşanma hakkından vazgeçmek niyetinde olması gerekmez. Buna rağmen Kanun, boşanma hakkının düşmesi sonucunu bağlar.

Af irade açıklaması niteliğinde olmadığından, Kanunumuzun irade açıklaması için aradığı bir takım özellikler af açıklamasında ve bu açıklamayı yapanda aranmaz.

Bu bağlamda özellikle af açıklamasının ulaşması, yöneltmesi gerekmez. Diğer eşin haberi olmasa bile af kanuni sonucu doğurmaya elverişlidir. Haliyle diğer eşin kabul etmesi aranmayacaktır. Ancak affin eşe yöneltmesi mümkündür.

Hukuksal işlemlerin aksine affin oluşumunda hata, hile veya tehdit söz konusu ise af hükümsüz sayılır. Diğer bir ifadeyle af açıklaması dava hakkını ortadan kaldırmaz. Örneğin zina fiilini eşin işlemediği yönünde hataya düşmüşse, buna bağlı olarak davadan feragat etmişse, sonra gerçeği öğrenmesiyle aynı sebebe dayalı boşanma davasını açabilecektir.

III. AF AÇIKLAMASINDA EHLİYET VE TEMSİL

Af açıklaması irade açıklaması (beyanı) veya hukuki işlem mahiyetinde olmadığı için affeden eşin tam ehliyetli olması gerekmez. Ancak af duygusunun oluşması için asgari koşul, eşin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir.

Boşanma hakkında olduğu gibi af hak ve yetkisi eşin şahsına bağlı durumdadır. Başkasına bu yetki devredilemeyeceği gibi başkası tarafından da kullanılamaz. Bu yönüyle af açıklamasında “temsil yasağı” söz konusudur. Hem iradi hem de yasal temsilci af açıklamasında bulunamaz.

IV. AF AÇIKLAMASI

Af açıklaması boşanma sebebini oluşturan fiilden sonra yapılabilir. Önceden yapılan açıklamalar geçerli sayılmaz. Zira bu tür açıklamaların kişilik değerlerine aykırı olduğu kabul edilir. Ancak

özellikle diğer eşin file teşvik edilmesi de söz konusu ise davanın açılmasının TMK m.2/2'ye aykırılığından bahsetmek gerekir.

Af açıklaması açıkça olabileceği gibi örtülü de olabilir. Eş açıkça affettiğini, dava açmayacağını sözle belirtebilir. Eşin davranışları da aynı kanaati doğuruyorsa, yine aftan söz edilebilecektir.

Özellikle örtülü affin tespiti hâkimin değerlendirmesiyle olacaktır. Af açıklaması irade açıklaması (buna bağlı olarak hukuksal işlem) olmadığı için irade açıklamalarının yorumlanmasında geçerli kabul edilen güven teorisi uygulama alanı bulamayacaktır. Öte yandan vasiyetname gibi miras bırakanın son arzularının ayakta tutulması yönünde yasal bir gerekliliğin de olduğu söylenemeyeceği için irade teorisinin esas alınması da pek mümkün olmayacaktır. Hatta irade teorisi dahi irade beyanlarının yorumlanması yöntemlerindedir.

Buna rağmen irade teorisine ağırlık vermek suretiyle her iki teoriden de istifade edilebilir. Konu tartışmaya açıktır.

Afta evlilik birliğini sürdürme iradesi vardır. Bu yönün araştırılması ve tespit edilmesi vazgeçilemez. Ancak evlilik birliğini sürdürme isteğinin temelinde yatan saikin önemi yoktur. Örneğin çocukların geleceğini düşünme kaygısı taşıma veya ekonomik güçlük içinde olma önemli değildir.

Af sayılacak davranışların örtülü tarzda ortaya konması çok değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Uygulama ve doktrinde bu konuda şu örnekler verilmektedir:

-Boşanma davasından feragat edilmesi

-Eşlerin evliliği sürdürmek amacıyla tekrar birlikte yaşamaya başlamaları

- Eşlerin cinsel birleşmesi
- Ortak konuta dönmesi için ihtar çekilmesi
- Eşiyle ilgilenme, şefkat gösterme,
- Birlikte tatile çıkma veya tatil yapma,
- Eşini ortak konuta getirme veya eşin ortak konuta dönmesi,
- Barışmak ve bir süre birlikte yaşamak ya da bir araya gelmek (barışma ve bir araya gelme girişimi değil)

V. AF AÇIKLAMASININ BOŞANMA BAKIMINDAN SONUÇLARI

Af açıklaması dava hakkının düşmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla affeden eş, affettiği fiil veya davranıştan dolayı artık dava açamayacaktır. Açılmışsa da dava düşecektir.

Ancak bu durum affedilen fiillere ilişkindir. Bilinmeyen veya sonradan gerçekleşen fiiller Kanundaki koşulları taşıyorsa boşanma hakkı verecektir.

Öte yandan geçersiz bir af açıklaması, boşanma hakkını düşürmeyecektir.

MEDENİ USUL HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKELER KARŞISINDA BOŞANMA YARGILAMASI HUKUKU VE ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

*Hâkim İrfan OKUR**

ÖZET

Türk hukukunda Alman hukukunun (Almanya’da 1 Eylül 2009 tarihinde yürürlüğe giren Aile Hukukuna İlişkin Davalar İle Çekişmesiz Yargıya İlişkin İşler Kanunu) aksine, Aile hukukuna ilişkin özel bir usul kanunu bulunmadığından; Aile hukukuna ilişkin davalarda -bu arada boşanma davalarında- kural olarak genel usul kanunu olan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu(HMK) uygulanmaktadır. Durum böyle olmakla birlikte; başta Türk Medeni Kanunu (TMK) olmak üzere, bazı diğer kanunlarda (8/3/2012 tarihli 6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ile 09.01.2003 tarih ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun) da Aile hukukuna(boşanmaya) ilişkin usul hükümleri yer almaktadır. Bunlardan TMK.nun 184.maddesinde yer alan “Boşanmada Yargılama Usulü” başlıklı hükmün HMK karşısındaki hukuki durumunun -Medeni usul hukukuna hâkim olan ilkeler yönünden-değerlendirilmesi özel bir önem taşımaktadır.

Diğer yandan boşanma hukukunun kendine özgü yapısı, çeşitli usul hukuku sorunlarına yol açmaktadır. Boşanma davalarında asıl talep olan boşanma isteği yanında, çoğu zaman velayet düzenleme-

* *Onursal Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Üyesi*

si, nafaka ve tazminat talepleri gibi, boşanmanın ferî(eki) niteliğinde olan talepler de yer almaktadır. Özellikle genel boşanma sebebi olarak TMK.nun 166.maddesinde düzenlenen “evlilik birliğinin sarsılması” sebebine dayalı boşanma davalarında “kusur olgusu”; boşanma kararı ve boşanmanın fer’i niteliğindeki yoksulluk nafakası(TMK.md.175) ile maddi ve manevi tazminat(TMK.md.174/1/2) taleplerinde temel parametre oluşturmaktadır. Evliliğin temelinden sarsılmasını gerektiren olaylarda sadece bir eşin mi veya her iki eşin mi kusurlu olduğu; her iki eş de kusurluysa kusurlarının derecesi(eşit derecede mi kusurlu oldukları veya birinin diğerine göre daha ağır kusurlu mu olduğu)özellikle nafaka ve tazminat taleplerinin takdiri bakımından çok önemlidir. Mahkeme belirlediği kusur dağılımına göre bu talepleri karara bağlayacaktır. Bir başka anlatımla, boşanma hükmünün gerekçesi bir kusur denklemini taşıyor olmalıdır. Kusurun belirlenmesi; eşlerin iddia ve savunmalarında bunu bir hayat olayına(vakıa) dayandırmalarına, bu vakıanın ispatı da eşlerin/ tarafların delil göstermelerine bağlı olacaktır. Kural olarak vakıa olarak bildirilen/eşe kusur olarak yüklenebilecek davranışların, açılan davadan önce gerçekleşmiş olmaları gerekir. Ne var ki eşlerin evlilikten doğan yükümlülükleri, evliliğin sona ermesine-boşanma kararının kesinleşmesine - kadar devam edeceğinden; açılan boşanma davasından sonra da yeni olayların/vakıaların gerçekleşmesi olasıdır. Bu yeni olayların mevcut davada ileri sürülmesine izin verilecek midir? Yoksa yeni bir dava açılmasını mı gerektirecektir? Yeni olayların eşlerin kusur dağılımı ve buna bağlı olarak nafaka/tazminat taleplerinin hükmedilmesi koşullarını da değiştirebileceği açıktır.

Medeni usul hukukunda kural olarak-bu arada bir özel hukuk uyumsuzluğu olarak boşanma davalarında da- “tasarruf ilkesi” geçerlidir. Bu ilke HMK:nun 24.maddesinde düzenlenmiştir. Bu ilkenin karşısı “kendiliğinden harekete geçme ilkesi”dir. Medeni usul hukukumuzda kendiliğinden harekete geçilerek hâkim tarafından bir dava açılmazsa da; davanın açılmasından sonra, kanun özellikle aile ve şahsın hukukuna ilişkin bazı davalarda, hâkimin davaya(tarafların

taleplerine) müdahale etmesine imkân tanımıştır. Bunlar tasarruf ilkesi”nin istisnalarıdır. Bu bakımdan boşanma davalarında hâkimin bu müdahalesinin kapsam ve sınırları, içtihatlar ve öğreti yaklaşımıyla değerlendirilecektir. Bu bağlamda, özellikle boşanma davasında davanın kabulü, tarafın ikrarı, davadan feragat, kanun yolundan feragat, velayete tabi çocuklarla ilgili talepler, hâkimin boşanma yerine ayrılığa karar vermesi gibi konular üzerinde durulacaktır.

Bir davada tarafın talebiyle ilgili hangi kanun maddesinin uygulanacağı bir atılma(substimation) faaliyeti olup, hâkim tarafından yerine getirilir(HMK.md.33).Bu atılma işlemi bir davada uyuşmazlığın çözümü için gerekli “koşul vakıa(lar)”nın tespiti anlamına gelmektedir. Bir davada bu koşul vakıaları karşılayan hayat olayının(-somut vakıa) ispat edilmesi durumunda, o vakıaya dayanan tarafın o kanun maddesinin hukuki himayesinden yararlanması söz konusu olacaktır. Özel hukuk ilişkilerine ilişkin dava temeli(sebebi) konusunda, Medeni usul hukukumuzda “vakıalara dayandırma görüşü” egemendir(HMK.md.119/1-e,129/1-d). İşte vakıaların mahkeme önüne bir dava malzemesi olarak getirilmesinde Medeni usul hukukumuzda –istisnalar dışında- kural olarak “tarafarla getirilme ilkesi” geçerlidir. Bunun karşıtı ise “resen araştırma ilkesi”dir. Tarafarla getirilme ilkesi-vakıaların ispatı için “delil” göstermeyi(ge-tirmeyi) de kapsayacak şekilde- HMK.nun 25.maddesinde düzenlenmiştir. Vakıa ve deliller bir davada dava malzemesini oluşturur. Boşanma davalarında da, kural olarak dava malzemesinin tarafarla getirilmesi ilkesi geçerlidir. Ancak boşanma davalarında bazı feri talepler için resen araştırma ilkesi de uygulanır. Boşanma hukuku bakımından özellikle davanın açılmasından sonra, hatta kanun yolu aşamasında, yeni vakıa ve delil ileri sürülüp sürülemeyeceği konusu çok tartışmalı bir konu olup; buna ilişkin içtihatlarda bir istikrar olduğu söylenemez. Bu bakımdan davadan sonra getirilen vakıaların incelenmesi ve davayı etkileme durumu; ayrıca vakıaların ispatı için gösterilecek delillerin niteliği, yani hukuken ispat aracı olarak kullanılma değeri ve delillerin gösterilme zamanı bu kapsamda bü-

yük önem taşıyacaktır. Böylece, delil olarak gösterilen mektup, günlük, mail, mesaj kayıtları, ses kaydı, video ve fotoğraf kaydı, ceza mahkemesi kararları gibi bir kısım belgelerin/delillerin ne şekilde geçerli bir delil olabileceğinin öğretisi ve yargısal uygulamalar çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu kapsamda hukuka aykırı yolla elde edilmiş delillerin hükme esas alınıp alınmayacağına da tartışılması gereklidir. Yine bu kapsamda “vakıa ve delillerin somutlaştırılması yükü(HMK.md.194) hakkında Yargıtay’ın yaklaşımı da değerlendirilmelidir.

Vakıa ve delillerin getirilmesinde, ayrıca boşanmanın ferî nitelikteki parasal taleplerin ileri sürülme ve talep miktarlarının artırılması gibi iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağının istisnası olan “ıslah (HMK.md.176 vd)” uygulaması da bu çerçevede incelenmelidir.

Bir diğer önemli sorun da; anlaşmalı boşanma (TMK.md.166/3) kararının verilmesinden sonra, taraflardan birinin davanın çekişmeli olarak devam edilmesi talebiyle istinaf yoluna başvurulmasında veya davalı tarafın kararın verilmesinden sonra anlaşmalı boşanma isteminden feragat etmesi durumunda; kanun yolu mercilerinin kararları, özellikle bu konuda görevli Yargıtay.2.HD.nin içtihat değişikliğine gitmesinin yarattığı sorunlar ve ayrıca anlaşmalı boşanma için taraflarca imzalanan yazılı anlaşmanın(protoکلün), boşanmaya esas alınmaması halinde bir hukuki değer taşıyıp taşımayacağı da değerlendirilmelidir.

Boşanma sonucunu elde etmek için; eşlerden birinin veya her ikisinin de dava açma hakları mevcuttur. Bu davalar ilk dava/karşı dava şeklinde olabileceği gibi; ayrı ayrı açılmış davalar da olabilir. Yine eşlerin davalarının aynı yer mahkemesinde veya farklı yer mahkemesinde(hatta bir yabancı mahkemede) açılmış olması da mümkündür. Böyle bir durumda mahkemelerimizde açılan birden fazla dava olacağından; “davaların birleştirilmesi (HMK.md.166)”

ihtiyacının doğacağı açıktır. Yine “derdestlik (HMK.md.114/1-1)” durumun oluşması da mümkündür. Ayrıca bir başka mahkeme kararı veya bir idari işlem sonucunun boşanma davasına etkisi “bekletici sorun (HMK.md.165)” yapılması gereği de doğabilir. Bu usul hukuku kurumlarına ilişkin sorunlar da önem taşımakta olup; değerlendirilmesi gerekmektedir.

Şahsın hukukunu ilgilendiren bir mahkeme kararı niteliğinde olduğu için boşanma kararı kesinleşmeden uygulanabilecek kararlardan değildir. Boşanmanın ferî niteliğindeki nafaka ve tazminat hükümlerinin icra takibi yoluyla infazı için de boşanma kararının kesinleşmiş olması gereklidir. Ayrıca bir mahkeme ilamının kesinleşmesi, bir başka davanın açılması için “dava koşulu(ön koşul)” da oluşturabilir. Boşanma hukuku bakımından TMK.166/son uyarınca “eylemlî ayrılık sebebine dayalı boşanma davası” için daha önce retle sonuçlanmış bir boşanma davası ön koşuldur. Yine kesin hükmün varlığı için önceki mahkeme kararı kesinleşmiş olmalıdır. Bu da gösteriyor ki; mahkeme kararlarının kesinleştirilmesi önemli bir mahkeme usul işlemidir. Ne yazık ki, böylesine önemli bir usul işleminde hatalı kesinleştirme işleminin düzeltilmesinde kanunda açık bir hukukî çare düzenlenmemiştir. Bu bakımdan mahkeme kararlarının kesinleştirilmesi/kesinleştirme şerhi verilmesi işlemlerine karşı kanun yoluna başvurma hakkının tartışılmasının da özel bir önem taşıdığına inanıyorum.

Diğer yandan istinaf ve temyiz yolu olarak ikili kanun yolu sistemi hukukumuzda girmiştir. Kanun yolu uygulaması bakımından, boşanma davası sonucunda ilk derece mahkemesince verilen karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulması ve BAM tarafından istinaf başvurusunun kısmen kabul edilmesi durumunda; ilk derece mahkemesinin kararının bütünüyle kaldırılması ve istinaf başvurusunun kabul edildiği bölümü de kapsayacak şekilde yeni bir karar mı verilmesi gerektiği ya da istinaf talebinin kısmen kabul edildiği bölümle sınırlı olarak mı verileceği hususu tartışmaya ve sorun yaratmaya

açık bir durumdur. Bu çalışmada bu konudaki görüşümüzü de ifade etmeye çalışacağız

Boşanma hukuku açısından bir diğer sorunlu alan da, derdest bir boşanma davası varken; tarafların bir yabancı ülkede boşanmış durumda olması ve bu yabancı mahkeme kararının sonradan tanınmasına karar verilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durumun usul hukuku açısından mevcut boşanma davasına kesin hüküm, kesin delil ve zamanaşımının başlangıcı yönünden etkilerinin de tartışılması gerekmektedir.

Sunum/bildirimizde yukarda genel çerçevesini çizdiğimiz, boşanma davalarında ortaya çıkan başlıca usul hukuku sorunları ve bu sorunlara ilişkin Yargıtay uygulaması ve öğretisi görüşleri ele alınacaktır.

BOŞANMADA MANEVİ TAZMİNAT VE ZİNA DURUMUNDA ÜÇÜNCÜ KİŞİYE KARŞI TAZMİNAT

*Dr. Öğr. Üyesi Ayşe FIRAT ŞİMŞEK**

ÖZET

Boşanmanın mali sonuçlarından birisi olan manevi tazminat TMK.nun 174/2. maddesinde, “*Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.*” biçiminde düzenlenmiştir. Maddeye göre manevi tazminat talep edilebilmesi için davalının kusurlu olması gerekmektedir. Madde gerekçesinden anlaşıldığı üzere boşanmaya neden olan olaylarda davacının, davalıdan daha az kusurlu olması yeterli olup, davacının kusurlu olması genel hükümler çerçevesinde TBK.nun 52.maddesi gereğince tazminattan indirim veya tazminata hiç hükmetmeme sebebi sayılabilecektir. Boşanmaya neden olan olaylar dolayısıyla kişilik hakları ihlal edilen taraf manevi tazminat talep edebilecektir.

TMK.nun 174/2.maddesine göre, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesi istenebilecektir.

Tazminatın ödenme biçimine ilişkin olarak TMK.nun 176/2. maddesi, manevi tazminatın irat biçiminde ödenemeyeceği hükmü-

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesi

nü getirmiştir. Bu gerekçeyle manevi tazminat mutlaka toptan ödenecektir.

TMK.nun “Haklar ve yükümlülükler” başlıklı 185.maddesinin 2.ve 3. fıkralarında evliliğin eşlere yüklediği yükümlülükler düzenlenmiştir. Bu yükümlülüklerin en önemlilerinden birisi de “sadakat yükümlülüğü”dür. Eşler cinsel sadakati de kapsayacak şekilde birbirlerine sadık kalmak zorundadırlar ve bu yükümlülük eşler arasında evlilik birliğinin kurulması ile başlar, evlilik birliğinin sona ermesine kadar devam eder. Bu yükümlülüğe aykırılığın eşler bakımından bir takım sonuçları bulunmaktadır. Öncelikle cinsel sadakatsizliğin ilk sonucu TMK.nun 161.maddesi çerçevesinde zina sebebiyle boşanma davasıdır. Bunun yanında böyle bir durumda genel ve nisbi bir boşanma nedeni olan evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle de boşanma davası açılabilir. Ayrıca maddi, manevi tazminat, nafaka yönünden eşlerden birisinin sadakat yükümlülüğünü ihlali kusur değerlendirmesi açısından önem arz edecektir. Bunların dışında zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hâkim TMK.nun 236/2.maddesi çerçevesinde, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir. TMK.nun 510/2.maddesi gereğince, zina fiilini gerçekleştiren eşin bir ölüme bağlı tasarrufla mirasçılıktan çıkarılabilmesi de bu fiilin bir diğer sonucudur.

Evli bir kimse cinsel sadakatsizlikte bulunduğu anda, bu zina fiilini üçüncü kişi ile birlikte gerçekleştirmektedir. İşte boşanmada manevi tazminat konusunda son zamanlarda tartışılan hususlardan birisi de zina fiiline katılan üçüncü kişiye karşı manevi tazminat talebinde bulunulup, bulunulamayacağı hususudur.

Zina durumunda üçüncü kişiye karşı manevi tazminat talebi konusunda Yargıtay’ın çeşitli kararları bulunmaktadır. Bunların içinde, öğretide de çok tartışılan karar; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 24.03.2010 T., 2010/4-129 E. ve 2010/173 K. Sayılı kararı olup, bu

kararda Yüksek Mahkeme evli kişiyle ilişkiye giren üçüncü kişinin manevi zarardan sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Bu karardan sonra konu önüne gelen Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin de aynı doğrultuda kararlar verdiği görülmektedir. Ancak Yargıtay 4.Hukuk Dairesi özellikle 2015 yılının Mayıs ayından itibaren görüş değiştirerek, üçüncü kişiye yöneltilen manevi tazminat taleplerinin reddedilmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir¹. Bu defa Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 22.03.2017 T. ve 2017/4-1334 E. ve 2017/545 K. Sayılı kararı ile yeniden üçüncü kişinin manevi zarardan sorumlu olduğuna hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere konuya ilişkin olarak Yüksek Mahkemenin bir-biriyle aksi yönde kararları mevcuttur. Konu aynı zamanda öğretide de tartışmalıdır².

¹ Bkz. Yargıtay 4.HD., 07.05.2015 T, 2014/8569 E. ve 2015/5849 K.; Yargıtay 4.HD., 11.062015 T, 2014/8510 E. ve 2015/7762 K.; Yargıtay 4.HD., 29.09.2015 T, 2015/8762 E. ve 2015/10274 K.; Yargıtay 4.HD., 25.02.2016 T., 2015/3521 E. ve 2016/2417 K. Sayılı kararları.

² Konuya ilişkin öğretilerdeki farklı görüşler için bkz.ÖZTAN, Bilge: “Zina Fiiline İştirak Eden Eşin veya Üçüncü Kişinin Tazminatla Yükümlü Tutulup Tutulmayacağı Meselesi”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2016, s. 753 vd.; BAYGIN, Cem: “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2016, 731 vd. ; ÖZMEN, Ethem Sabâ/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: “Evli Kişiyle Birlikte Olan Kadına/Erkeğe Yöneltilen Manevi Tazminat Talebi ve Özellikle Konuya İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, Y:2016, C:22, S:3, 2.Cilt, s. 2361 vd.; SEROZAN, Rona: “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer Olabilir mi?”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Turhan Esener’e Armağan, C:15, Ocak 2016, s. 451 vd.; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 792; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 2014, 259-261; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, M.Alper: Türk Özel Hukuku, C:III, Aile Hukuku, İstanbul 2018, s. 158; GÜMÜŞ, M.Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 7-9., ÖZTAN, Bilge/OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay: “Yargıtay HGK.nın 22.3.2017 Tarih, 2017/4-1334 E. ve 2017/545 K. Sayılı Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, s. 198 vd.; ÇETİNER, Bilgehan: “Aldatılan Eş Manevi Tazminat Talep Edebilir mi?”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:2, Temmuz-Ağustos 2016, s. 513 vd.; BADUR, Emel/TURAN BAŞARA, Gamze: “Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi”, Ankara Üni.HFD, 65 (1) 2016, s. 101 vd.; DEMİRCİOĞLU, H. Reyhan: “Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiye Yöneltilen Manevi Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru”, Ankara Üni.HFD, 65 (3) 2016, s.687 vd.; ANTALYA, Gökhan: Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul 2017, s. 138-139.

Tebliğimizde öncelikle boşanmada manevi tazminat konusunda açıklamalar yapılmış, ardından zina durumunda zina fiiline katılan üçüncü kişiden tazminat istenip istenemeyeceği hususuna ilişkin olarak verilmiş Yargıtay kararları ve öğretilerdeki görüşler ortaya konulmaya çalışılmıştır.

TÜRK MEDENİ KANUNUNUN SOYBAĞINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN İSVİÇRE MEDENİ KANUNU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

*Prof. Dr. Mehmet Tufan ÖĞÜZ**

ÖZET

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) m. 282 ve devamı hükümlerinde yer alan soybağına ilişkin düzenlemesi esas itibariyle İsviçre Medeni Kanunu (İsv. MK) hükümleri göz önüne tutularak gerçekleştirilmiştir. Bununla beraber, Türk Medeni Kanununun soybağına ilişkin düzenlemesinde İsviçre Medeni Kanununun esaslarından ayrılan hükümlere de rastlanmakta, kanun gerekçesi dikkate alındığında söz konusu farklı düzenlemelerin bir kısmının Türk kanun koyucusunun bilinçli tercihi olarak ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

Aşağıda Türk Medeni Kanunu ile İsviçre Medeni Kanununun soybağına ilişkin hükümlerindeki farklı düzenlemelerin bazılarına işaret edilecek, söz konusu farklı düzenlemelerin amaca uygun olup olmadığı ayrıca değerlendirilecektir.

Bilindiği gibi, babalık karinesine yönelik olarak TMK m. 285/f. 1'de **evliliğin sona ermesinden** başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca olduğu kabul edilmiştir. Bu hükme karşılık gelen İMK. m. 255/f. 2'de ise yalnızca babanın ölümü dikkate alınmıştır. İsv. MK m. 255/f.2 hükmü şöyledir: “*Kocanın ölümü halinde,*

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

çocuğun ölümü takip eden üçyüz gün içinde veya **kocanın ölümünden önce ana rahmine düştüğünün ispat edilmesi kaydıyla** üçyüz günden sonra doğması halinde de koca baba sayılır”. Çocuğun üçyüz günden sonra doğması halinde kocaya bağlanması, TMK. m 285/f. 2’de İsv. MK esaslarına uygun olarak ananın **evlilik sırasında** gebe kaldığının ispatı ile mümkün kılınmıştır. Burada da İsv. MK.’dan farklı olarak soybağının reddi davası açısından sadece kocanın ölümü değil, genel olarak evliliğin sona ermesi dikkate alınmıştır. Buna paralel olarak, İMK. m. 256a/f. 2’de TMK. m. 287’den farklı olarak çocuğun ana rahmine düşmüş sayılması için yalnızca **kocanın ölümünden itibaren en fazla üçyüz gün geçmiş olmasını** aramıştır. TMK. m. 287 ise bu süre **evliliğin sona ermesinden** itibaren sayılmıştır

İMK. m. 256/f. 1, b. 2’de TMK. m. 286’dan farklı olarak, çocuğun soybağının reddi davası açma hakkı; eşlerin ortak yaşamının, çocuğun henüz ergin olmadığı dönemde sona ermesi şartına bağlanmıştır. İMK. m. 256/f. 3 ise TMK’da olmayan bir düzenleme mevcuttur. Hüküm şöyledir: “*Koca, eşinin bir üçüncü kişiyle birlikte olmasına razı olmuşsa, dava hakkı yoktur. Çocuğun dava hakkına ilişkin olarak 18 Aralık 1998 tarihli Tıbbi destekli üreme hakkındaki federal kanun hükümleri saklıdır*”.

İsv. MK. m. 256c/f. 1’de AYM’nin iptal ettiği, her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde dava açılması gerekliliği hala yer almaktadır. TMK. m. 289/f. 3, gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık sürenin sebebin ortadan kalktığı tarihten işlemeye başlayacağı düzenlenmiş iken İsv. MK. m. 256c/f. 3’te gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, davanın sürenin sona ermesinden sonra da açılabilceği hükme bağlanmıştır. Herhangi bir süre sınırı öngörülmemiştir.

İsv. MK. m. 258’deki madde başlığı TMK. m. 291’den farklı olarak **baba ve annenin dava açma hakkı** olarak düzenlenmiştir. Buna

göre: “Dava açma süresinin bitiminden önce kocanın ölmesi veya ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde soybağının reddi davasını kocanın babası veya annesi tarafından açılabilir. Kocanın soybağının reddi davası açmasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Bir yıllık süre en erken baba veya annenin kocanın ölümünü veya ayırt etme gücünü kaybettiğini öğrenmeleri anından itibaren başlar”. TMK. m. 291’de ise kocanın gaipliğine karar verilmesi hali de ilgililerin dava açabileceği hâl olarak öngörülmüştür. Ayrıca bu hallerde anne ve baba dışında, **kocanın altsoyu ve baba olduğunu iddia eden kişiye** de dava açma hakkı tanınmıştır. Bunun dışında dava açma süresine ilişkin olarak kocanın ölümü ile birlikte çocuğun doğumunun öğrenilmesi de aranmıştır. TMK.m. 291/f. 2’de ergin olmayan çocuğa atanacak kayyımın açacağı davaya ilişkin düzenleme ise İsv. MK. m. 258’de yer almamaktadır.

İsv. MK. m. 267/f. 2 evlatlığın kendi ailesi ile arasındaki soybağının sona ereceğini düzenlemektedir. TMK m. 314’de ise, İsv. MK. m. 267’de yer almayan düzenlemeye yer verilmiş ve İsv. Medeni Kanununun aksine evlatlığın kendi ailesine mirasçı olacağı kabul edilmiştir.

Yukarıda Türk Medeni Kanununun örnek olarak işaret edilen hükümleri ve ayrıca belirtileceği üzere, özellikle evlat edinmeye ilişkin hükümlerdeki İsviçre Medeni Kanunundan ayrılan düzenlemeler dikkate alındığında, gerek soybağının kurulması gerekse soybağının içeriğinin belirlenmesi açısından sistemin bütünü zedeleyen, dolayısıyla çocukların korunması amacına hizmet etmeyen düzenlemeler olarak ortaya çıkmaktadır.

EK:

Soybağı Hükümlerinin İMK İle Karşılaştırılması

m. 282: İMK. m. 252 ile bir farklılık yok.

m. 283: İMK. m. 253, 01.01.2011 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkmış.

m. 284: İMK. m. 254, 01.01.2011 tarihi itibariyle yürürlükten kalkmış.

m. 285: m. 285/f. 1’de **evliliğin sona ermesinden** başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca olduğu kabul edilmiştir. Bu hükme karşılık gelen İMK. m. 255/f. 2’de ise yalnızca babanın ölümü dikkate alınmıştır. Hüküm şöyledir: *“Kocanın ölümü halinde, çocuğun ölümü takip eden üçyüz gün içinde veya kocanın ölümünden önce ana rahmine düştüğünün ispat edilmesi kaydıyla üçyüz günden sonra doğması halinde de koca baba sayılır”*. Çocuğun üçyüz günden sonra doğması halinde kocaya bağlanması, TMK. m 285/f. 2’de İMK’ya uygun olarak ananın **evlilik sırasında** gebe kaldığının ispatı ile mümkün kılınmıştır. Burada da İMK.’dan farklı olarak sadece kocanın ölümü değil, genel olarak evliliğin sona ermesi dikkate alınmıştır.

m. 286: İMK. m. 256/f. 1, b. 2’de TMK. m. 286’dan farklı olarak, çocuğun soybağının reddi davası açma hakkı; eşlerin ortak yaşamının, çocuğun henüz ergin olmadığı dönemde sona ermesi şartına bağlanmıştır. İMK. m. 256/f. 3 ise TMK’da olmayan bir düzenleme mevcuttur. Hüküm şöyledir: *“Koca, eşinin bir üçüncü kişiyle birlik-te olmasına razı olmuşsa, dava hakkı yoktur.Çocuğun dava hakkına ilişkin olarak 18 Aralık 1998 tarihli Tıbbi destekli üreme hakkındaki federal kanun hükümleri saklıdır”*.

m. 287: İMK. m. 256a/f. 2’de TMK. m. 287’den farklı olarak çocuğun ana rahmine düşmüş sayılması için yalnızca **kocanın** ölümünden itibaren en fazla üçyüz gün geçmiş olmasını aramıştır. TMK. m. 287 ise bu süre **evliliğin sona ermesinden** itibaren sayılmıştır.

m. 289: İMK. m. 256c/f. 1’de AYM’nin iptal ettiği, her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde dava açılması gerekliliği hala yer almaktadır. TMK. m. 289/f. 3, gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık sürenin sebebin ortadan kalktığı tarihten işlemeye başlayacağı düzenlenmiş iken İMK. m. 256c/f. 3’te gecikme haklı bir

sebebe dayanıyorsa, davanın sürenin sona ermesinden sonra da açılabilceği hükme bağlanmıştır. Bu noktada herhangi bir süre sınırı getirilmemiştir.

m. 290: İMK. m. 257/f. 1’de evliliğin, kocanın yalnızca **kocanın** ölümü ile sona ermesi halinde bu tarihten itibaren en fazla üçyüz gün geçmiş olmasını aramıştır. TMK. m. 290 ise bu süre **evliliğin sona ermesinden** itibaren sayılmıştır.

m. 291: İMK. m. 258’deki madde başlığı TMK. m. 291’den farklı olarak **baba ve annenin dava açma hakkı** olarak düzenlenmiştir. Buna göre: “*Dava açma süresinin bitiminden önce kocanın ölmesi veya ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde soybağının reddi davasını kocanın babası veya annesi tarafından açılabilir. Kocanın soybağının reddi davası açmasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Bir yıllık süre en erken baba veya annenin kocanın ölümünü veya ayırt etme gücünü kaybettiğini öğrenmeleri anından itibaren başlar*”. TMK. m. 291’de ise kocanın gaipliğine karar verilmesi hali de ilgililerin dava açabileceği hâl olarak öngörülmüştür. Ayrıca bu hallerde anne ve baba dışında, **kocanın altsoyu ve baba olduğunu iddia eden kişiye** de dava açma hakkı tanınmıştır. Bunun dışında dava açma süresine ilişkin olarak kocanın ölümü ile birlikte çocuğun doğumunun öğrenilmesi de aranmıştır. TMK.m. 291/f. 2’de ergin olmayan çocuğa atanacak kayyımın açacağı davaya ilişkin düzenleme ise İMK. m. 258’de yer almamaktadır.

m. 292: İMK. m. 259/f. 1’de evlilik öncesinde doğan çocuğun anne ve babasının evlenmesi halinde evlilik içinde doğan çocuğa ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması, kocanın babalığının tanıma veya bir mahkeme kararı sonucunda tespit edildiği andan itibaren mümkün kılınmıştır.

m. 293: Hükümün karşılığı İMK’da yok.

m. 294: İMK. m. 259’da soybağının kurulmasına itiraz edebilecek kişiler olarak ana, baba, çocuk veya onun ölümü halinde altsoyu, kocanın vatandaşlığı veya yerleşim yeri ile ilgili resmi makamlar sayılmıştır. Ancak çocuğun veya onun ölümü halinde altsoyunun itiraz edebilmesi, ancak eşler arasındaki ortak hayatın çocuk ergin olmadan sona ermesi ya da tanınmanın çocuk 12 yaşını doldurduktan sonra gerçekleşmiş olması halinde mümkün olur.

m. 295: İMK. m. 260’da tanıma beyanının yazılı olması gerekliliği yoktur. Mahkemeye yazılı başvuru ise öngörülmemiş olup, derdest olan babalığın tespitine ilişkin davada yöneltilebileceği kabul edilmiştir.

m. 296: Hükümün karşılığı İMK’da yok.

m. 297: İMK. m. 260a/f. 2’de TMK. m. 297/f. 1’den farklı olarak aldatma hali öngörülmemiş. m. 260a/f. 3’te davayı açanın tanıyan veya çocuk olmaması halinde, davanın onlara karşı açılacağı düzenlenmiş. Anneye karşı açılacağına dair hüküm yok.

m. 298: İMK. m. 260a’da ilgili herkesin tanımanın iptalini dava edebileceği belirtilerek, özellikle anne, çocuk ve çocuğun ölümü halinde altsoyu, tanıyanın vatandaşlığı veya yerleşim yeri ile ilgili resmi makamların dava açabileceği belirtilmiştir. Tanıyanın mirasçılara açılabilmesi belirtilmemiş.

m. 299: İMK. m. 260b ile bir farklılık yok.

m. 300: İMK. m. 260c’de tanıyanın ve ilgililerin dava hakkına ilişkin süreler ayrı fıkralarda belirtilmemiş. Tek fıkrada “davacı”nın dava hakkı olarak düzenlenmiş. TMK. m. 300/f. 4’teki 1 aylık süre İMK. m. 260c’de yok (herhangi bir süre sınırlaması yok).

m. 301: İMK. m. 261/f. 2’de TMK. m. 301/f. 2’den farklı olarak davanın mirasçılara karşı açılacağı düzenlenmemiş, davalılar ayrı ayrı

sayılmıştır. Buna göre, baba olduğu iddia edilen kişi, bu kişi ölmüş ise onun altsoyu, alt soyu yoksa sırasıyla babası, annesi, erkek kardeşleri, kız kardeşleri ya da son yerleşim yerindeki yetkili mercii davalı olabilir. İMK. m. 261/f. 3, baba olduğu iddia edilen kişinin ölümü halinde, hâkimin, menfaatlerini koruyacak önlemleri alması için bu kişinin eşine davayı bildirmesini öngörmektedir. Bu hüküm TMK. m. 301'e alınmamıştır.

m. 302: İMK. m. 262'de karinenin aksinin ispatı için çocuğun ana rahmine düştüğü dönemde annenin, baba olduğu iddia edilen kişi ile birlikte yaşamakta olduğunun ispatı yeterli görülmüştür. TMK. m. 302'de ise cinsel ilişkide bulunmanın ispatı aranıyor.

m. 303: İptal edilen “çocuğun ergin olduğu tarihten itibaren bir yıllık süre” ibaresi İMK. m. 263'te hala var. Çocuğa kayyım atanması durumu hiç yok. TMK. m. 303/f. 3'teki 1 aylık süre İMK. m. 263'te yok (herhangi bir süre sınırlaması yok).

m. 304: İMK. m. 295'te TMK. m. 304'ten farklı olarak tazminat talebi için süre sınırı konmuş. Doğumdan itibaren 1 yıl içinde talep edilmeli. Doğumdan önce en az 4 haftalık, doğumdan sonra en az 8 haftalık bakım giderlerinin tazmini öngörülmüş.

m. 305: İMK. m. 264 ile bir farklılık yok.

m. 306: İMK. m. 264a'da eşlerin 35 yaşını doldurmuş olmaları aranmıştır. Bir eşin diğerinin çocuğunu evlat edinebilmesi de eşlerin 5 yıldan beri evli olmaları koşuluna bağlanmıştır.

m. 307: İMK. m. 264b'de tek başına evlat edinme için 35 yaş sınırı getirilmiş. 2. fıkra da yine yaş sınırı 35, ayrı yaşama süresi de 3 yılı aşkın olarak belirlenmiş.

m. 308: İMK. m. 265'te evlat edinen ile evlatlık arasında olması gereken asgari yaş farkı 16.

m. 309: İMK. m. 265a'da rızanın tutanağa geçirileceği yerler daha kapsamlı belirtilmiş.

m. 310: İMK. m. 265b ile bir farklılık yok.

m. 311: İMK. m. 265c ile bir farklılık yok.

m. 312: İMK. m. 265d ile bir farklılık yok.

m. 313: İMK. m. 266'nın madde başlığı yalnızca erginlerin evlat edinilmesine ilişkin. Erginin altsoyunun olmaması koşulu aranmış (TMK. m. 313'te altsoyun muvafakati aranıyor).

m. 314: İMK. m. 267/f. 2 evlatlığın kendi ailesi ile arasındaki soybağının sona ereceğini düzenlemektedir. Bunun istisnası bir eşin diğer eşin çocuğunu evlat edinmesidir (bu durumda evlatlık ile kendi anne babası arasındaki soybağı kopmuyor). TMK. m. 314/f. 1, İMK. m. 267'de yer almıyor. Evlatlığın mirasçı olacağına ilişkin hüküm de yok. Bunun yerine evlatlığın hukuki olarak evlat edinenlerin çocuğu konumunda olduğu belirtilmiş.

m. 315: İMK. m. 268 ile bir farklılık yok.

m. 316: İMK. m. 268a'da evlat edinen ile evlat edinilenin dinlenmesinden bahsedilmemiş.

m. 317: İMK. m. 269/f. 2 alınmamış. Federal Mahkeme'ye başvurarak evlatlık ilişkisine itiraz edebilecek anne babaya bu hak tanınmamıştır.

m. 318: İMK. m. 269a'da ilişkinin kaldırılmasının evlatlığın menfaatinin ağır biçimde zedeleyecek olması aranmamıştır.

m. 319: İMK. m. 269b'de süreler 6 ay ve 2 yıl olarak düzenlenmiş.

m. 320: İMK. m. 269c'de Konfederasyonun aracı kurumları denetlemesi düzenlenmiştir.

VELAYETİN KULLANILMASI KENDİSİNE BIRAKILMAYAN TARAFIN ÇOCUĞU ZİYARET HAKKI

*Doç. Dr. Fulya ERLÜLE**

ÖZET

Son yıllarda Türkiye’de de aile kurumuna ilişkin sorunlu alanlara bakıldığında, nedenleri ve sonuçları bakımından ilk sıralarda boşanmanın yer almaya başladığı görülmektedir¹. Boşanma ile ilgili olarak uygulamada yaşanan sorunların başında boşanmanın çocuklara ilişkin sonuçlarından birisi olan çocukların velayeti kendilerine bırakılmamış olan ana ve babalarıyla kişisel ilişkilerinin düzenlenmesi gelmektedir.

Medeni Kanunumuzun 182. maddesinde, boşanma ve ayrılık kararından sonra velayetin kullanılmasının kendisine verilmediği eşin, **çocukla kişisel ilişkilerinin** hâkim tarafından düzenleneceği açıkça ifade edildikten sonra, aynı maddenin II. fıkrasında, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas alınacağına ayrıca dikkat çekilmiştir.

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının amacı, eskiden kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan anne baba ile çocuk arasındaki hısımlık ilişkisinin sürdürülmesi şeklinde anlaşılmaktaydı. Oysa günümüz modern Aile Hukukunda, çocuğun yararı ilkesi esas alınmakta ve

* *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi*

¹ Bkz. Boşanma Nedenleri Araştırması, T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ankara 2014, s.45.

anne babanın yararı ile çocuğun yararının çatıştığı hallerde çocuğun yararı üstün tutulmaktadır.

Çocukla kişisel ilişki kurulması çoğunlukla, çocukla görüşme, belli zamanları çocukla birlikte geçirme başka bir deyişle, çocuğu ziyaret etme şeklinde gerçekleşmektedir. Çocukla kişisel ilişki kurma şekillerinden ziyaret hakkını düzenleyecek olan hâkimin, söz konusu kişisel ilişkinin uygun olup olmadığına her şeyden önce çocuğun yararı çerçevesinde, çocuğun kişisel ihtiyaçlarını, çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç olup olmadığını, çocuğun okul ve dinlenme saatlerini ve ilgi alanlarını dikkate alarak ve ziyaret hakkının sürekli ve objektif bir düzen içerisinde gerçekleşmesi için ziyaretlerin sıklığını ve devam süresini her somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak tespit etmesi gerekecektir.

Çocukla buluşup görüşme, kural olarak kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın çevresinde gerçekleşir. Ancak, özellikle çocuk küçük yaşta ise ya da yaşı büyük olmasına rağmen sağlık sorunları çocuğun seyahat etmesine engel oluşturuyorsa, kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan tarafın, çocuğu, bulunduğu yerde ziyaret etmesi gerekir. Bunun dışında ziyaretler, kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın çevresinde gerçekleştiğinden; kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana ya da baba, tek başına seyahat edebilecek yaşta olmayan çocuğu almak ve geri getirmekle yükümlüdür.

Uygulamada Yargıtay ziyaret hakkının kapsamının belirlenmesinde, çocuğa ilişkin olarak çocuğun yaşı, okul dönemleri, çocuğun sağlık durumu gibi kişisel özelliklerini dikkate aldığı gibi; çocuk ile arasında kişisel ilişki kurulacak olan tarafın durumunu da göz önünde bulundurmakta ve kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın çalışma koşulları, yerleşim yeri, yıllık izinleri, çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen ana veya babanın sağlık durumu, sosyal çevresi gibi olguları dikkate almaktadır. Yine tarafların oturdukları yerin birbirlerine olan uzaklığı da Yargıtay tarafından göz önüne alınmaktadır.

Ziyaret hakkı, sürekli ve objektif bir düzeni gerektirdiği için ziyaret hakkının kapsamını belirleyecek olan hâkimin kararında, ziyaretin süresini duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklaması, başka bir deyişle kararında ziyaret hakkının hangi gün başlayıp hangi gün biteceğini göstermesi gerektiği gibi; ziyaret hakkının hangi saat başlayıp hangi saat biteceğini de göstermesi gerekir. Ziyaret sürelerinin, kişisel ilişki kurma hakkının amacını gerçekleştiremeyecek derecede kısa tutulduğu ya da ziyaret günlerinin geniş zaman aralıklarına dağıldığı hallerde kişisel ilişkinin uygun nitelikte olduğundan söz edilemeyeceği gibi; ziyaretlerin çok uzun sürdüğü durumlarda da kişisel ilişkinin uygun nitelikte olduğundan söz edilemez. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin önüne 16.12.2013 tarih ve 2013/9047 başvuru numarası ile gelen bireysel başvuruda başvuru, velayeti annesine verilen müşterek çocukla arasında tesis edilen kişisel ilişkinin kısa tutulması nedeniyle yetersiz olduğu yönündeki itirazlarının Yargıtay tarafından karşılanmadığını belirterek, Anayasa'nın 20., 36. ve 41. maddelerindeki haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu 7.5.2015 tarihli bireysel başvuru kararında, boşanma davası neticesinde velayet hakkı tanınmayan başvurucuya sınırlı görüşme hakkı tanınmasının ve kişisel ilişki konusundaki kısıtlamaların başvurucunun aile hayatına saygı hakkına bir müdahale oluşturduğuna ve başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Hukukumuz bakımından kişisel ilişkinin ve bu anlamda ziyaret hakkının sınırları Medeni Kanunumu'nun 324. maddesinde gösterilmiştir. TMK m. 324. maddesinin I. fıkrasında, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip taraf ve çocuğun velayetini elinde bulunduran taraf, çocuğun yararına uygun davranmakla yükümlü kılınmış; madde II. fıkrasında da kişisel ilişki kurma hakkının reddedilmesine veya kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına neden olabilecek olgular sınırlandırıcı olmayacak şekilde belirtilmiştir.

Çocukla kurulacak kişisel ilişkinin uygun olup olmadığını tespitinde hâkimin dikkate alması gereken çocuğun yararı kavramı aynı zamanda çocukla kurulacak kişisel ilişkinin sınırını da belirlemektedir. Medeni Kanunumuzun 324. Maddesinin II. fıkrasına göre, kişisel ilişki nedeniyle çocuğun huzuru başka bir deyişle yararının tehlikeye girdiği hallerde kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir (MK m.324/II).

YARGITAY UYGULAMALARI ÇERÇEVESİNDE GÜNCEL EVLAT EDİNME HUKUKU

*Hâkim Mahmut KAMACI**

ÖZET

1- Öncelikle, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu sisteminde; evlat edinmenin, evlat edinen ile evlatlık arasındaki bir “soybağı” ilişkisi (TMK. m. 282/3) kurduğu; bu ilişkinin, resmi sözleşme ile kurulan akdi bir ilişki değil, evlat edinmeye ancak hâkimin karar verebileceği (TMK. m. 315); evlat edinme kararının evlat edinen ile edinilen arasında soybağı ilişkisi kurmasının sonucu olarak, Türk Medeni Kanununun “soybağının hükümleri”ne ilişkin 321-334’ncü maddelerinin, evlat edinme halinde de geçerli olacağı ve uygulanacağı ve evlatlık ilişkisinin, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde düzenlendiği gibi, tarafların rızasıyla, muhik (haklı) sebeplere istinat halinde evlatlığın ve mirasçılıktan çıkarılmayı gerektirecek bir halin ortaya çıkması durumunda evlat edinenin talebiyle kaldırılmayacağı; rızası gereken kişilerin yasal sebep bulunmaksızın rızasının alınmamış olması halinde, bu kişilerin talebiyle (TMK. m. 317); evlat edinme esasa ilişkin noksanlıklardan biriyle sakatsa, Cumhuriyet savcısı ve her ilgilinin talebiyle kaldırılabilceği (TMK. m. 318); bu kapsamda, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi yürürlükte iken kurulmuş olan evlatlık ilişkilerinin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra geçerlilik durumu ve buna bağlı olarak mülga kanun döneminde kurulmuş olan evlatlık ilişkilerinin yeni Medeni Kanununun yürürlüğünden sonra mülga kanundaki sebeplerle kaldırılmasının istenip istenemeyeceği sorunu bu husustaki Yargıtay uygulaması;

* Avukat - Emekli Yargıtay Üyesi

2- 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu sisteminde, küçüklerin evlat edinilebilmesinin koşulları, birlikte evlat edinme ya da eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinebilmesinin şartları; evli kişinin tek başına evlat edinebileceği haller;

Evlat edinmeye rızası gereken kişiler, rızanın verilme zamanı, verilen rızanın geri alınması, geri alınmadan sonra verilen rızanın artık geri alınamazlığı; vesayet altında bulunan küçüğün evlat edinilmesinde vesayet dairelerinin izninin gerekliliği; rızanın aranmamasını gerektiren haller ve rızanın aranmaması kararının zamanı ve sonuçları;

Küçüklerin evlat edinilmesinde aracılık faaliyetlerinin yürütülmesi, aracı kurum, evlat edinme öncesinde aracı kuruma başvurmanın ihtiyari mi zorunlu mu olduğu hususu ve bu konuda Yargıtay'ın görüşü;

Ergin veya kısıtlıların evlat edinilmesinin şartları;

3- Evlat edinmenin şekli ve usulü, evlat edinmede görevli ve yetkili mahkeme, evlat edinme davalarındaki yetki kuralının “kesin” yetki ve kamu düzeninden olup olmadığı ve Yargıtay'ın görüşü; evlat edinme başvurusundan sonra evlat edinenin ölümü veya ayırt etme gücünü kaybetmesinin, evlat edinmeye engel olup olmayacağı sorunu;

Mahkemece yapılacak araştırmanın kapsamı;
Evlat edinme kararının niteliği,
Evlat edinmenin hüküm ve sonuçları, evlatlık ve alt soyunun evlat edinene mirasçılığı,

4- Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını gerektiren sebepler, davanın kimler tarafından ve hangi süre içinde açılacağı, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının sonuçları ve bu kararın etkisi anlatılacaktır.

ÇOCUĞUN SOYADI

*Dr. Öğr. Üyesi Özge ERBEK ODABAŞI**

ÖZET

Soyadının kazanılması esas itibariyle *doğumla* gerçekleşir. TMK m. 321'e göre, **çocuk ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır**. TMK m. 187'ye göre de evlenmeyle kadın kocasının soyadını aldığı için, aile soyadı kocanın soyadıdır. Buna göre, evlilik içinde doğan çocuk babanın soyadını alır. Ancak bu hükmün TMK m. 285 ile birlikte yorumlanması gereklidir. **Babalık Karinesi** kenar başlıklı TMK m. 285'e göre, *evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. (2) Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür. (3) Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar*. Buna göre, sadece evlilik içinde doğan çocuk değil, evlilik sona erdikten sonra 300 gün içinde doğan çocuk, gaiplik halinde ölüm tehlikesi veya son haber alma tarihinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuk da babanın soyadını taşır. Ayrıca evlilik sona erdikten itibaren 300 günden de sonra doğan çocuk, ananın evlilik sırasında gebe kaldığı ispatlanırsa yine babanın soyadını taşır. Bundan başka, ana ve babası sonradan evlenen çocuklar da, TMK m. 292'ye göre, aile soyadını yani babanın soyadını taşırlar. TMK m. 292'ye göre, *evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi hâlinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olur*. Dolayısıyla bu ihtimalde de, çocuk babanın soyadını taşır.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Anne ve babası evli olmayan çocukların soyadı ise, Anayasa Mahkemesinin TMK m. 321'e ilişkin verdiği 2005/114 E., 2009/105 K., 02.07.2006 tarihli iptal kararından sonra, Yasama organı bu hükmü yeniden düzenlemediği için, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 28/4'e göre belirlenmektedir. Buna göre, *tanınan veya babalığa hüküm kararı ile soybağı kurulan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile nakledilir*. Bu çerçevede, anne ve babası evli olmayan çocukların soyadı çocukla baba arasında soybağı kurulmuş olup olmamasına göre belirlenmektedir. Çocuk soybağı kurulmuş ise babanın, aksi halde ananın soyadını taşımaktadır.

Yasama organı çocuğun soyadının belirlenmesinde anne ve babanın evli olup olmamasını, evli olmamaları halinde ise babayla çocuk arasında soybağının kurulmuş olup olmamasını ölçüt kabul etmiştir. Bu noktada, çocuğun velayetinin kimde olduğu dikkate alınmamıştır. Yani anne ve babanın sonradan boşanması ve velayetin anneye verilmesi soyadının değişmesi sonucunu doğurmayacaktır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yoluyla gelen başvurularda, anne ve babanın boşanması ve velayetin anneye verilmiş olması halinde, annenin çocuğa kendi soyadını vermesine ilişkin taleplerini kabul etmiştir. Böyle olunca, bireysel başvuru yoluyla da olsa, çocuğun soyadının velayete bağlı olarak değişmesinin yolu açılmıştır. Esasen bu kararlar sonucunda ortaya çıkan durum, çocuğun soyadını tebliğ konusu olarak belirlememizin sebebidir.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru sonucunda verdiği kararlarda, erkeğe çocuğun soyadını belirleme hakkının velayet hakkı kapsamında tanındığını, velayet kendisinden alındıktan sonra da, bu hakkın devam etmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ifade etmiştir. Kanaatimizce de, çocuğun soyadı, eşitlik ilkesine uygun biçimde düzenlenmemiştir ancak bu husus velayet hakkının kime ait olduğuyula ilgili değildir. Evlilik devam ettiği sürece, anne ve baba kural olarak velayet hakkına birlikte sahiptir. Ancak çocuk aile soyadını, yani babanın soyadını taşır. Öte yandan, bugün için, Anayasa

Mahkemesinin bireysel başvuru sonucu verdiği kararlar ve değişen Yargıtay içtihadı sebebiyle, kadının evli olsa bile sadece bekârlık soyadını taşıması mümkündür. Fakat bu ihtimalde kadının çocuğuna kendi soyadını vermesi mümkün değildir. Zira Medeni Kanun, kadın ve erkeğe gerek aile adı, gerekse doğacak çocukların soyadı hususunda tercih hakkı tanımamıştır. Tebliğimiz amacı, çocuğun soyadı konusunu, eşitliğe aykırı bu hükümler ve Anayasa Mahkemesi kararları sonucu ortaya çıkan bu durum ışığında değerlendirmektir.

TÜRKİYE'DE AİLE ARABULUCULUĞU ÇALIŞMALARI

*Prof. Dr. Şükran ŞIPKA**

ÖZET

1) Aile Arabuluculuğunun Önemi ve Tarihi Gelişimi

Evliliğin mahkeme önünde boşanma ile sona ermesi süreci, yargılama sonucuna kadar çok yıpratıcı aşamalardan oluşabilmektedir. Hatta boşanma sonrası dahi, boşanmayı kabullenebilme ve yeni hayata uyum sağlama çatışmaları devam edebilmektedir.

Boşanma öncesi ve sonrasında yaşanan bu çatışmaların daha az yıpratıcı olması için bu süreçte eşler arası iletişim ve uzlaşma çok önemlidir. Ayrıca boşanmadan sonra ana baba kimliklerinin devam edeceği düşünüldüğünde bu uzlaşma çocukların yüksek yararı için çok daha önem kazanmaktadır.

Eşler yasal boşanma kararı aldıklarında, eşlerin ortak çocukları varsa, bu kararın süreci ve sonrasında eşlerin eş kimliklerinin değişeceği, anne ve baba kimliklerinin ölene kadar devam edeceği, boşansalar bile çocukları için gerektiğinde bir araya gelmek zorunda kalacaklarını unutmamaları gerekmektedir. Bundan dolayı boşanma sürecinde meydana gelecek çatışmalarda, eşlerin bundan en çok zarar görenin çocuğu olacağını düşünerek hareket etmesi gerekir.

Eşler de, boşanma sürecinde ve boşanma sonrasında eş, ana-baba kimliklerini kaybetme ve yeni sosyal konumlarını oluşturuncaya

* Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

kadar duygusal olarak yoğun bir dönem yaşarlar. Bu dönemin daha sancısız olarak atlatılabilmesi için, gelişmiş ülkelerde boşanma başvurusuyla birlikte aileler Family Mediation (Aile Arabuluculuğu) kurumlarına yönlendirilmektedirler. Aile Arabuluculuğu, boşanma sürecinde olan veya ayrı yaşayan eşlere, öncelikle aralarında iletişim kurabilmelerini sağlar. Böylece mahkeme sürecinin çatışmasız geçirilmesi ve boşanma sonrasında, boşanmış eşlerin çocuklarına karşı olan sorumluluklarından dolayı gerekli iletişimlerinin sağlıklı olarak devam ettirilmesi sonucu yaratılmaya çalışılır.

Ülkemizde son yıllarda artan boşanma davaları sebebiyle toplumun temel taşı olan aile kurumunun zarar gördüğü ve bilhassa çocukların bu süreçten çok olumsuz etkilendikleri açıktır. İşte bu sebeple aile içi uyuşmazlıkların çözümü için tıpkı diğer dünya ülkelerinde olduğu gibi bizim ülkemizde de konunun eğitimini almış uzman arabulucular yetiştirilerek, aile arabuluculuğu kurumunun ivedi biçimde hukuk sistemimize entegre edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Avrupa Konseyi bünyesinde aile arabuluculuğu üzerinde yapılan çalışmalar, son on yıldır yoğun bir şekilde devam etmektedir. Avrupa Hukukî İşbirliği Komitesinin (European Committee on Legal Co-operation) verdiği yetkiyle çalışmaya başlayan Aile Hukuku Uzmanlar Komitesi *Aile Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk ve Diğer Usuller Hakkında Çalışma Grubu*'nu kurmuştur. Çalışma Grubu, Uzmanlar Komitesinden aldığı yetkiyle çalışmalara başlamış ve 21 Ocak 1998 tarihinde R (98)1 sayılı Tavsiye Kararı olarak Bakanlar Komitesince kabul edilmiştir. Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararının amacı¹, bütün aile üyelerinin menfaatlerini koruyacak şekilde anlaşmazlıkları azaltarak, aile uyuşmazlıklarını karşılıklı anlaşmaya dayalı bir süreçte çözmeyi amaçlayan aile arabuluculuğunun, Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerde kabulü, uygulanması, yaygınlaştırılması ve

¹ Bkz. ÖZBEK, M.Serdar; *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı*; DEÜHFD, 2005/2 ,s.71-102

geliştirilmesidir². Söz konusu Tavsiye Kararı, aile arabuluculuğunun henüz uygulanmadığı ülkemiz açısından da önem taşımaktadır.

2) Türkiye’deki Mevcut Durum ve Aile Arabuluculuğu Çalışmaları

Türkiye’de boşanma davaları kamu düzenini doğrudan ilgilendiren davalar olduğu için tarafların Aile Mahkemesi kararı olmaksızın boşanmaları söz konusu değildir. Ancak bir yıldan daha uzun süreli evliliklerde tarafların boşanma ve fer’ileri konusunda yapacakları bir anlaşma ile boşanmaya mahkemece karar verilmesi mümkündür. Bir ihtisas mahkemesi olarak kurulmuş olan Aile Mahkemeleri, aile içindeki uyuşmazlıkların çözümlenmesinde ve özellikle boşanma davalarında tarafların bu süreci en az hasarla atlatabilmesi için gereken düzenlemeleri yapabilme yetkisine sahiptir.

Gerçekte, pek çok boşanma davasında dilekçelere yansıtılan olaylar ve iddialar acımasızlık sınırında sert olabilmektedir. Bu da zaten ciddi bir çatışma içinde olan taraflar arasındaki uyuşmazlığı tırmandırmakta ve boşanma dava süreci ilerledikçe uzlaşma sağlama olasılığı azalmaktadır. Oysa, davanın başında henüz yargılamaya geçilmeden, hatta dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden önce Davanın sertleşmemesi, tarafların, varsa çocuklarının yıpranmaması ve Türk Aile Düzeni’nin korunması için aile arabuluculuğu bir ara yöntem olarak etkili olabilecektir. Taraflar, Aile arabulucusu önünde tamamen profesyonel ve etik kurallar çerçevesinde kendi çözümlerini üretecek olup, sonucunda çekişmeli davaları somut olayın elverdiği ölçüde “anlaşmalı boşanma davalarına” çevirmek mümkün olabilecektir..

Türkiye’de aile mahkemelerindeki uyuşmazlıkların çözümünde alternatif çözüm yöntemlerine ilişkin bir yasal düzenleme yoktur.

² PARKİNSON Lisa; Aile Arabuluculuğu, Editör: Yonca Fatma YÜCEL, T.C. Adalet Bakanlığı, Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Kasım 2017.

Her ne kadar **6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu³ varsa da, bu Yasa boşanma davalarını kapsamamaktadır.** Boşanma kamu düzenini de ilgilendirdiği için bu Yasadaki düzenlemeler, boşanma ve bundan doğan/doğacak ferî talepleri kapsamamaktadır. Türkiye’de boşanma arabuluculuğu şu an için tamamen etik kurallar çerçevesinde gönüllü ya da profesyonel arabulucu avukatlar tarafından mahkeme dışında yürütülen bir faaliyettir.

6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu md .2/c.1 : *«Bu Kanun yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanır.....»* şeklindedir. O halde arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar ilgili madde uyarınca belirlenecektir.

Buna göre aile hukuku ile ilgili ihtilafların bazıları arabuluculuğa elverişli değildir. Özellikle bir hukuki durumun kurulması, kaldırılması veya değiştirilmesi için davacının tek taraflı iradesinin yeterli olmadığı veya bu konuda tarafların anlaşmasının mümkün olmadığı, bunun ancak bir mahkeme hükmü ile sağlanabildiği durumlarda açılan inşaî davalar sonucu elde edilen hükümler arabuluculuğa elverişli değildir. O halde örneğin; boşanma, evliliğin butlanı, soybağının tespiti, velayetin kaldırılması davalarında sonuç ancak bir mahkeme hükmü ile doğacağından bu davalar bakımından arabuluculuk faaliyeti ile anlaşma sağlamak mümkün değildir.

Buna karşılık bazı aile hukuku ihtilafları tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işlerdendir: Örneğin; **nişanın bozulmasından doğan davalar, mal rejimi tasfiyesinden kaynaklanan talepler (katkı payı alacağı, değer artış payı alacağı gibi), boşanma kesinleştikten sonra ileri sürülebilen tazminat, nafaka talepleri⁴**

³ <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/kanun.html>.

⁴ MK md. 178 (“evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar”) düzenlemesi uyarınca boşanmanın fer’î sonuçlarına ilişkin talepler.

ve ziynet eşyası alacağı davası gibi mali konulara ilişkin uyuşmazlıklar mevcut Arabuluculuk Kanunu kapsamında arabuluculuğa elverişlidir⁵.

Burada vurgulamak gerekir ki; aile hukukuna ilişkin ihtilafların özel niteliği ve mahkeme bağlantılı olması gerekliliğinin sonucu olarak, mevcut Arabuluculuk Kanunu kapsamında **arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklarda** taraflar arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma sağlar ve mahkemeden bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep ederlerse, anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığına ilişkin bu inceleme duruşmalı olarak yapılacaktır (Arabuluculuk Kanunu md.18/III, c.2)“İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden de yapılabilir. ***Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususları ile sınırlıdır....***” Ayrıca Yönetmelik, m. 22/ (3)’de de aynı hüküm yer almaktadır⁶.

Buna karşılık kamu düzenine ilişkin sayılan boşanma öncesi veya boşanma davası esnasında boşanmanın fer’î hükümleri, yani velayetin tesisi, değiştirilmesi, çocuk ile kişisel ilişki tesisi veya değiştirilmesine ilişkin konular mevcut Arabuluculuk Kanunu kapsamında arabuluculuğa elverişli değildir. Bu ihtilaflarda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (MK) 184/I, b.5 düzenlemesi geçerli olup, ilgili düzenlemeye göre «*Boşanma veya ayrılığın fer’î sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz*».

⁵ T.C Adalet Bakanlığı, “*Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi*”, Aile Arabuluculuğu Ulusal Uzmanlar Çalıştay Raporu, 15-16 Mayıs 2017, Ankara.

⁶ Ancak buna karşılık 6325 sayılı Kanun uyarınca arabuluculuğa elverişli olan diğer özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından (örneğin ticari uyuşmazlıklar) bir çekişmesiz yargı işi olan icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin inceleme dosya üzerinden de yapılabilecektir (6325 s.Arabuluculuk Kanunu, md. 18/III, c. 1).

Söz konusu **kamu düzeninden sayılan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar** bakımından da mukayeseli hukuktaki gelişmelere paralel olarak aile arabuluculuğunun fayda sağlayacağı belirtilmektedir. Bu sebeple ayrı bir mevzuat düzenlenerek aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk yolunun uygulanmasının desteklenmesi önerilmektedir⁷. Ancak her durumda aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak arabuluculuğun, bu uyuşmazlıkların kamu düzeni niteliği gereği **mahkeme temelli olması gerekliliği üzerinde görüş birliği mevcuttur**. O halde bu hususlarda arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılsa dahi, **varılan anlaşma ancak hâkim onayından geçmekle geçerlilik kazanacaktır**.

Ayrıca burada önemle ifade etmek gerekir ki; arabuluculuğa elverişlilik ile arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varıldığı takdirde bu anlaşmaya ilişkin olarak icra edilebilirlik şerhi alınması farklı kavramlardır. Nitekim düzenlenmesi önerilen Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Mevzuatı kapsamında 6325 sayılı mevcut Arabuluculuk Kanunu md. 18/II ve md.18/III hükümlerinden farklı olarak icra edilebilirlik şerhine ilişkin düzenleme yer alamayacaktır. Çünkü aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma sağlansa bile bu anlaşma her hâlükârda aile mahkemesi hâkiminin onayından geçmek zorundadır. Bu nedenle aşağıda da ele alacağımız gibi, aile arabuluculuğunun özel bir mevzuat ile düzenlenmesi gerekir. Hatta kanaatimizce birçok ülkede olduğu gibi, boşanma ve aile hukuku davalarının ayrı bir usul kanunu kapsamında yürütülmesi gerekir⁸.

⁷ ÖZBEK, age. s. 90 vd.

⁸ Bkz. Alman Hukukunda aile davaları usul kanunu; “*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)*”; bu özel usul kanunu oldukça ayrıntılı olup, 493 maddeden oluşmaktadır.

3) Aile Arabuluculuğunun Özel Mevzuat ile Düzenlenmesi Gerekliliği

İsveç Uluslararası İşbirliği Kalkınma Ajansı (Sida) ve Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı tarafından ortak olarak fonlanan ve Avrupa Konseyi tarafından uygulanmakta olan “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi” kapsamında, 16-17 Mayıs 2017 tarihinde, Ankara’da, “Aile Arabuluculuğu Mevzuat Çalıştayı”nın üçüncüsü düzenlenmiştir.

Üçüncü çalıştayda paydaşlar tarafından elde edilen sonuçlar şöyledir:

1. Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözümü konusunun hassas bir alan olduğu;

2. Bu alana ilişkin yeni bir mevzuat hazırlanması gerekliliği,

3. Özellikle Türkiye’nin taraf olduğu bu konudaki ikili ve çok taraflı milletlerarası sözleşmelerdeki çocuğun üstün yararı ilkesine de bağlı kalınarak aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğa elverişli alanların ve bunun hangi usûl ve esaslar çerçevesinde uygulanması gerektiğinin belirlenmesi,

4. Aile arabuluculuğunun gönüllülük ilkesi (ihtiyarî arabuluculuk) çerçevesinde ve mahkemelerden bağımsız düşünülemeyeceği (mahkeme temelli),

5. Aile arabulucularının yurt dışı standartlarına uygun kapsamlı bir eğitim alması ve akreditasyon elde etmesi,

6. Her yıl başkaca eğitimlerin alınması ve akreditasyonun yenilenmesi gerektiği,

7. Türkiye’de Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamındaki uyuşmazlıklar bakımından yapılacak olan arabuluculukta görev almak üzere birden çok dil bilen, bu konuda gerekli psikoloji, pedagoji eğitimlerini almış, bu alanda yetkinlik sahibi **uluslararası aile arabulucularının** da yetiştirilmesi gerekliliği, Konularında görüş birliği sağlanmıştır.

Ayrıca 6-10 Kasım 2017 tarihlerinde de İstanbul'da 5 gün süren ve yaklaşık 30 Arabulucu Avukatın, bir Yargıtay üyesinin, bir Aile hâkiminin katıldığı "Aile Arabuluculuğu Eğitici Eğitimi" de yapılarak, bu Avrupa Konseyi çalışmaları sona erdirilmiştir. Bundan sonra Adalet Bakanlığının, Aile Hukukunda Arabuluculuk Yasa tasarısı hazırlaması ve ayrıca eğitimlerin içeriği, saati, hangi kurumlar tarafından verileceği gibi hususları Yönetmelik ile düzenlemesi beklenmektedir.

EŞLERDEN BİRİNİN ÖLÜMÜNÜN BOŞANMA YARGILAMASI ÜZERİNDEKİ SONUÇLARI

*Dr. Öğr. Üyesi Pınar ÇİFTÇİ TÜRKEL**

ÖZET

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “Boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması halinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.” Bu çerçevede boşanma davası sırasında taraflardan birinin ölmesi durumunda, boşanma davasına devam edilseydi, bunun diğer eşin kusuruna dayalı şekilde (varsayıma dayanılarak) boşanma sonucuna götüreceğinin ispatlanması halinde, sağ kalan eşin mirasçılığının engellenmesi (TMK m. 181/1 hükmüne yapılan atf sebebiyle) mümkün olabilecektir. TMK m. 181/2 hükmünün miras hukukunun temel ilkeleri ve esasları bakımından hangi gerekçelerle kabul edildiği, kanunkoyucunun söz konusu tercihinin maddî hukuk (miras hukuku) bakımından sebepleri ve sonuçları bizim tebliğ konumuzun dışında kalmaktadır. Bu tebliğde değerlendirilecek olan husus, kanunkoyucunun maddî hukuk bakımından yaptığı bu tercihin sonuç itibariyle yargılama hukukuna yansımasıdır. Bu kapsamda hükmün medenî yargılama hukuku kuralları bakımından taşıdığı özellikler üzerinde durulacaktır.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrası tamamen yargılama sürecini temel alan bir düzenlemedir. Bununla birlikte söz konusu düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun birtakım ku-

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

rallarına, medenî yargılamada geçerli olan bazı temel ilkelere istisna teşkil etmektedir. Dolayısıyla söz konusu madde, medenî yargılama kuralları bakımından da özellik arz etmektedir. Konu açısından Yargıtay'ın içtihatları da önem arz eder. Bu tebliğde maddenin, medenî yargılama açısından farklılık arz eden yönlerine ve özellikle konuyla ilgili güncel Yargıtay içtihatlarına değinilecektir. Maddenin, medenî yargılamanın genel ilkelerinden farklılık arz eden ve tebliğde üzerinde durulacak bazı noktaları kısaca şu şekilde özetlenebilir:

➤ TMK m. 181/2 düzenlemesi, boşanma davası sırasında ölen tarafın mirasçıları tarafından davanın yürütüleceğini düzenlemektedir. Bu yönüyle madde, öncelikle medenî yargılamada geçerli olan *taraf değişikliğinin* genel esasları bakımından değerlendirilmelidir. Zira düzenleme medenî yargılamada geçerli olan bazı ilkelere de istisna teşkil ettiğinden, bu husus önem arz eder.

➤ TMK m. 181/2 düzenlemesinin en önemli farklılıklarından bir tanesi de, mirasçıların devam edeceği davanın talep sonucunun uğrayacağı değişikliktir. Zira boşanma davasının konusu ile mirasçıların yürüteceği davanın konusu tamamen birbirinden farklıdır. Küllî halef olan mirasçılar, ölen mirasçıların boşanma davasına devam etmekte birlikte, tamamen boşanma davasından farklı bir dava konusu ile yargılamayı sonuçlandıracaklardır. Ancak burada mirasçıların talebi boşanma davası üzerinden şekillenecektir, zira bu davada öncelikle eşin boşanma davasında varsayımsal olarak kusurlu olup olmadığı şekillenecek ve mirasçıların devam ettiği davanın sonucu buna göre şekillenecektir.

➤ Hemen yukarıda belirtildiği üzere, mirasçıların devam edeceği davada varsayımsal olarak diğer eşin kusuru belirleneceğinden, bu davada ispat ve deliller de özellik arzedecektir. Tebliğde bu hususlar üzerinde de durulacaktır.

➤ Boşanma davası sırasında ölen tarafın mirasçılarının, TMK m. 181/2 hükmüne göre yürütecekleri davada hep birlikte mi yoksa tek başlarına mı davayı yürütebilecekleri veya yürütmek zorunda olup olmadıkları (*dava arkadaşlığı konusu*) madde düzenlemesi üzerinde durulması gereken bir diğer yargısal konudur.

➤ Boşanma davası sırasında ölen tarafın mirasçılarının davaya devam edebilmelerinin *koşulları* üzerinde de durulacaktır. Bu anlamda derdestlik, taraflardan birinin ölümü, boşanma davasının kusur esasına dayalı olması gibi hususların yargılama kuralları bakımından taşıdığı özellikler üzerinde durulacaktır.

➤ Son olarak TMK m. 181/2 hükmünün uygulama alanı bulması üzerine mirasçılar tarafından yürütülecek davada mahkemenin verdiği hükmün niteliği ve sonuçları yine maddenin uygulama alanı açısından önem arz etmektedir.

Bütün bu hususlar değerlendirilirken güncel yargı kararları ile karşılaştırmalı hukukta yaşanan temel değişiklikler, TMK m. 181/2 düzenlemesinin gelişim süreci ile de bağlantılı şekilde ele alınacaktır.

İSTANBUL SÖZLEŞMESİ PERSPEKTİFİNDEN ŞİDDET GÖREN KADININ AİLE HUKUKUNDAN DOĞAN HAKLARI

*Av. Aytül ARIKAN**

ÖZET

1- İstanbul Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Sözleşmesidir. Sözleşmenin amacı; kadına yönelik şiddetin ortadan kalktığı bir Avrupa yaratmak olduğu ifade edilmiştir. Sözleşme uluslararası sözleşmeleri referans göstererek kadına yönelik şiddet ile ilgili taraf devlete şiddeti önlemek, kovuşturmak, ortadan kaldırmak ve politika üretmek gibi yükümlülükler ile şiddetin tekrarının engellenmesi ve ortadan kaldırılmasının esas alınmasını belirtir.

2- Sözleşme, kadınları etkileyen her türlü şiddet biçimini kapsar ve tüm ev içi şiddet mağdurlarına uygulanmasını, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin kadın mağdurlarını özellikle esas alır.

3- Sözleşmenin temel ilkelerinde özetle; Şiddetten uzak yaşam hakkı, eşitlik, ayırım gözetmeme, devlet adına hareket eden tüm yetkililerin ve aktörlerin bir şiddet eylemiyle ilişkilendenmekten kaçınması ve bu yükümlülüğe uyulmasını, gerekli özenin gösterilmesi sorumluluğunu yükler. Önleme, soruşturma, cezalandırma ve mağduriyetler için tazminat sağlama amacıyla yasal tedbir alma, bütünsel politikalar üretme ve veri toplama, mali kaynak tahsis etme, hükümet dışı örgütler ve sivil toplu ile etkili işbirliği yapmak, şiddetle mücadele ve politika üretmek için eşgüdüm birimi oluşturma , şiddetin önlenmesinde tüm toplumun aktif bir şekilde katkıda bulunmaları

* İzmir Barosu Üyesi

için teşvik etmek üzere taraf devlete gerekli tedbirleri almasını, tüm bu hususların hayata geçmesi için farkındalık yaratma, eğitim, uzman ekip, sığınaklar, telefonla yardım hattı, çocuk tanıkları koruma ve destek, ihbar yükümlülüğü başta olmak üzere taraf devlete yasal düzenleme ve yapılanma yükümlülüğü getirmiştir.

4- İstanbul Sözleşmesinde sözleşme kapsamındaki davranışlar belirlenirken şiddetin kaynağı olarak görülen Toplumsal Cinsiyet Klişeleri ve önyargıların kaldırılması, bütüncül politika üretilerek sadece şiddetin önlenmesi, kovuşturulması, tazminat ödenmesi değil mağdurun ikincil mağduriyetlerinin önüne geçilmesi ve mağdurların güçlendirilmelerini de esas alır. Bu amaçla etkin hukuki, idari düzenlemeler ile göç ve sığınma konusunda oturma izni, toplumsal cinsiyete dayalı sığınma talebi, geri göndermeme, uluslararası işbirliği, izleme mekanizması ile sözleşmenin icrasının denetimine dair yapılanma (Grevio) öngörülmüştür.

İZMİR İLİNDE ŞİDDET GÖREN KADINLARLA İLGİLİ AİLE HUKUKU SORUNLARI VE ÇÖZÜMLERİNE GENEL BAKIŞ İLE İSTANBUL SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRMELER

İzmir Barosu Kadın Hakları Danışma ve Hukuk Araştırmaları Merkezi (KHM) 2011 yılından bu yana Kadına yönelik şiddetle mücadelede gönüllü yürüttüğü hukuksal destekle öncelikle şiddet mağduru kadının ve şiddet tanığı çocuğun risk değerlendirmesini yapar. Kadın ve çocuğun ihtiyacına göre barınma, korunma, şiddetin önlenmesi hususunda ivedilikli kararların alınması, kadın ve çocuk için güvenli bir ortamın sağlanması, çocuk ile şiddeti uygulayan baba ile arasındaki kişisel ilişki tesisinin kısmen kaldırılması ya da bir uzman eşliğinde görüşme sağlanması, nafaka bağlanması, adres gizliliği, tedavi tedbiri, aile konutu şerhinin konulması, işyeri değişikliği, isim değişikliği, çocukların başka bir okula kaydının alınması ve kayıt gizliliği gibi mağdurun durumuna ve olayın niteliğine göre tedbirler alınır.

İzmir Valiliği Bünyesinde Şiddetin Önlenmesi ve kurumlar arası işbirliği sağlayan koordinasyon yapılanması ile yerelde tüm birimlerin (Hastaneler, Milli Eğitim Müdürlüğü, Jandarma ile Kolluk birimleri, ASPI, Şönim, Belediyeler, Aile Hekimleri, Üniversiteler, Belediyeler vb.) bir arada şiddet ile mücadelede işbirliği sağlanarak şiddet mağdurunun sağlık, barınma, eğitim, maddi destek olmak üzere ihtiyaçların karşılanması ve hizmetin sürdürülebilirliği sağlanmaktadır.

Baro üzerinden şiddet mağduruna hukuksal destek için acil avukat görevlendirilmesi yapılmak suretiyle 6284 SY, Aile Hukukundan kaynaklı nafaka, velayet, ayrı konuta çıkma, kişisel ilişki tesisi, çocuk teslimi, boşanma konularında hukuksal müracaatların süratle yapılması, Şönim ile aylık toplantılar ve görüşmeler ile mağdura uzman destekleri, mali desteklere erişim imkânı sağlanmaktadır. İzmir Barosu KHM müracaatlarının sayısal verileri ile örnek birkaç kararı izninizle paylaşmak isterim. (Tedavi tedbiri, kişisel ilişki tedbiri, işyeri değişikliği ve kimlik değişikliği tedbiri)

İzmir ilinde şiddet mağduru kadınların yaşadığı temel sorunlar ise boşanma davası öncesinde kadın ve çocukların aile konutunun tahsisinde yaşanan sorunlar, 12 yaşında erkek çocuğunun anne ile aynı sığınma evinde kalamaması meselesi, nafaka sorunu, maddi yardımların kısıtlılığı, eğitim sorunu (misafir öğrenci problemi) sığınma evi yetersizliği problemi, uzman sayısının yetersizliği, kadının eğitimine uygun iş bulunması, işyeri değişikliği, velayet ve kişisel ilişki tesisi problemleri, tek kapı sisteminin yerleşmemesi, mağdurun yalnızlaştırılması ve ikincil mağduriyetler meselesi aile hukuku çerçevesinde başlıca ana meseleler olarak karşımıza çıkmaktadır.

NİŞANLANMANIN SONA ERMESİNDE BAŞLIK PARASININ İADESİ SORUNU VE NİŞANLI LEHİNE YAPILAN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN HUKUKİ AKİBETİ

*Dr. Öğr. Üyesi M. Beşir ACABEY**

ÖZET

Eski Türk Toplumlarındaki evlenmelerde, farklı isimlerle, oldukça yaygın bir gelenek olarak görülen; yakın dönemlerde (Cumhuriyetten sonraki dönemde) nitelik değiştirerek, özellikle bazı bölgelerde evliliğin (fili) bir koşulu gibi görülüp uygulanan ve ciddi bir sosyal problem olarak karşımıza çıkan “**Başlık Parası**” ve benzeri uygulamalar; günümüzde azalmış olsa da kırsal kesimde ve doğu illerimizde varlığını devam ettirmekte ve önemli bir hukuksal sorun olarak farklı görüşlerin ve yargı kararlarının konusunu oluşturmaktadır.

Eski Türk Toplumlarında, erkek tarafının, kızın ailesine “**Kalın**” vermenin önemli bir örf ve âdet kuralı olduğu gözlenmektedir. Kalın; evlenecek erkek veya yakınları tarafından, kızın ailesine verilen bir miktar maldır. Bu toplumlarda, kalının miktarı ve vasıfları, kabileden kabileye, evlenenlerin servetine ve mensup oldukları sosyal mevkie göre değişmekteydi. Kalın tamamen ödenmediği sürece düğün yapılmazdı. Kalının tamamını ödemiş olan güvey, düğün olmadan evlenmeden vazgeçerse, ödemiş olduğu kalını geri alamazdı. Ancak, kız tarafı sebepsiz yere kızını vermektен vazgeçerse, ka-

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

lını iade etmek zorunda kalırdı¹. Türklerin İslamiyeti kabulünden sonra ise, bir yandan “Başlık Parası” ve benzeri gelenekler varlığını devam ettirmekteyken, İslam Hukukundaki **Mehr** (Mehir) kurumunun toplumsal yaşamda önemli bir işlev (kadını ekonomik açıdan koruma işlevini) üstlendiği görülmektedir. Mehr, İslam Hukukunda, kocanın, evlenmenin akdi anında veya evlenme devam ederken yahut evlilik sona erdiğinde, kadına vermek zorunda olduğu mal, para gibi ekonomik değeri olan bir şeydi². Diğer yandan Müslüman olmayan (Musevi veya Hristiyan) vatandaşlarımızın arasında da, dini kökenli bir gelenek olan Drahoma geleneğinin olduğu görülmektedir. Drahoma, kızın ailesinin, erkeğe verdiği mal veya paradır³.

Günümüzde de, dini bir vecibe olarak devam eden mehr (mehir) gibi, örf ve adet (töre) olarak; evlenecek erkeğin veya ailesinin, kızın babasına veya diğer aile bireyelerine; “**Başlık**”, “**Kalın**”, “**Ağırlık**” gibi, yöreden yöreye değişen isimler altında mal veya para verdiği veya vermek zorunda bırakıldığı görülmektedir⁴.

Tebliğimizde, bu ödemelerin hukuken nasıl nitelendirildiği ve özellikle nişanlanmanın (evlenme dışında bir sebeple) sona ermesinde, hediyelerin iadesi (TMK.m.122) kapsamında iadesinin istenip istenemeyeceğine ilişkin öğretilerdeki görüşler ve bu konudaki yargı kararları ele alınıp irdelenmiştir.

Tebliğimizde ele aldığımız ikinci konu; nişanlılardan birinin,

¹ Kalın, her bölümü ayrı ad alan ve belirli bir amaca özgülünen dört kısımdan meydana geliyordu. Bu kısımlar şöyleydi: 1-Kara Mal: Kız babasının evlenmeye razı olması üzerine, kendisine verilmesi gereken kısımdır. Kara mal kızın çeyizini hazırlamaya tahsis olunur. Bu nedenle kız ailesinin malı sayılmaz. -2-Yelü: Nişanlı erkeğin, nişanlısını ilk ziyaretinde kendisine verdiği hediyedir (bir nevi yüzgörümlüğüdür). -3-Tüy Mal: Düğün masraflarını karşılamak üzere verilen maldır. -4-Süt Hakkı: Nişanlı erkek tarafından, kız annesine verilen hediyedir. Bu konuda bkz. **Acabey**, M. Beşir; Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimleri, İzmir-1998, sh.7-8.

² Bkz. Öztan, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara- 2015, sh.86; *Mehr'in çeşitleri* ve kadını ekonomik anlamda (yetersiz de olsa) koruma işlevi hakkında bkz. **Acabey**, age. sh.10-15.

³ **Koç**, Nevzat;Türk –İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir- 2002, sh.144-145.

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz. **Koç**, age. sh.158 vd.

diğer nişanlı lehine, ölüme bağlı bir tasarrufla (vasiyetname veya miras sözleşmesiyle) yaptığı kazandırmanın, nişanlanmanın (evlilik dışında bir sebeple) sona ermesi durumunda geçerli olarak kalmaya devam edip etmeyeceği sorundur.

Bu soruna ilişkin Medeni Kanunumuzda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu duruma ilişkin olarak öğretide, saik hatası bulunduğu, örtülü olarak bozucu koşula bağlı bir ölüme tasarruf bulunduğu, kural boşluğu olduğu ve TMK.m. 1 çerçevesinde boşluk doldurma (kural koyma) yoluyla çözüm bulunması gerektiği yönünde görüşler vardır⁵. Tebliğimizde öğretilerdeki bu görüşler ele alınıp değerlendirilmiştir.

⁵ Öztan, age. sh.70; Koç, age. sh.67-68; Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya; II. Cilt, Aile Hukuku, Ankara- 2016, sh.42.

AİLE MAHKEMELERİ UYGULAMASI BAĞLAMINDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN DEVAMI SIRASINDA BİRLİĞİN KORUNMASI AMACIYLA ALINABİLECEK ÖNLEMLER

*Hâkim Ali SOYER**

ÖZET

AİLE MAHKEMELERİ

Aile mahkemeleri, 4787 Sayılı Kanun ile 09.01.2003 tarihinde kurulmuş, 5133 sayılı Kanun değişikliğiyle daha iyi ve işlevsel hale gelmesi sağlanmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun ruhuna ve sözüne uygun şekilde aile hukukunun gereği gibi hızlı ve isabetle uygulanabilmesi amacıyla asliye hukuk uzmanlık mahkemesi olarak kuruluş kanunu yayınlanmış ve teşkil edilmiş bu mahkemelerin, iyi sınav verdikleri ve genel anlamda başarılı uygulamalar sergiledikleri, göz doldurdıkları söylenebilir ise de; bu mahkemelerde sorunların tamamı ile çözüldüğünü, mükemmel çalıştıklarını söylemek zordur.

Kanun metninde; mahkemelerin kuruluş amacı, aile mahkeme hâkimlerinin ve bünyesinde görev yapacak uzmanların nitelikleri, görevleri, alabilecekleri koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler, uygulanacak usul hükümleri yeterli açıklıkta belirtilmiştir.

Aile Hâkimi, görev alanına giren konularda;

* İzmir Aile Mahkemesi Hâkimi

Erişkinler için:

- Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak, gerektiğinde uzlaştırmak,
- Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli önlemleri almak,
- Yetişkinler için resmi veya özel, sağlık veya sosyal hizmet kurumlarına, huzur evlerine ve benzeri yerlere yerleştirmek,
- Meslek edindirme amacıyla uygun kurs veya eğitim kurumuna yönlendirmek,

Küçükler için:

- Bakım ve gözetime yönelik, nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almak,
- Bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan veya manen terk edilmiş halde kalan küçüğü, ana ve babadan alarak bir aile yanına veya resmi ya da özel sağlık kurumuna yerleştirmek,
- Eğitimi güç çocuklar yönünden bu çocuklar için hizmet veren kuruma yerleştirmek,
- Çocuk mallarının yönetimi ve korunması için önlemler almak,
- Uygun özel veya genel iş yerlerine, meslek edinebilmesi için meslek erbabı yanına yerleştirmek ile yetkili ve görevlidir.

Bu doğrultuda kurucu ve düzenleyici kararlar verebilir.

Açıklamaya çalıştığımız bu görev ve yetkilerin, ne denli özel, büyük ve önemli olduğu tartışmasıdır.

VERİLEBİLECEK TEDBİRLER:

Arz edildiği üzere; Aile Mahkemeleri, aile birliğinin ve çocukların korunması amacıyla Medeni Kanun ve 6284 Sayılı Yasa çerçevesinde gerekli önlemleri almakla yükümlendirilmişlerdir.

Bu yükümlülüğün yasal çerçevesi Medeni Kanununun 169., 195. ve müteakip maddeleri ile 6284 Sayılı Yasada belirlenmiştir.

Boşanma, ayrılık veya evliliğin iptali davası açılınca hâkim; davanın devamı süresince gerekli olan özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, malların yönetimine ve çocukların bakımı ile korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır.

Alınacak önlemler, ta'dat edilmemiş, ancak hangi hususlarda önlemler alınabileceğinin sayılmasıyla yetinilmiştir.

6284 Sayılı Yasa çerçevesinde bu önlemlerin yanı sıra, eşin ve çocukların her türlü şiddetten korunmasına ilişkin önlemleri almak da aile hâkiminin görev ve yetkileri içerisine sokulmuştur.

Medeni Kanununun 327. maddesinde “*Genel olarak çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır; ana ve baba, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı halinde, hakim izni ile çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar sarf edilebilir.*” denilmektedir. Keza Medeni Kanununun 330. maddesinde “*Nafaka miktarı, çocuğun ihtiyaçları ile ana ve babanın hayat koşulları ve ödeme güçleri dikkate alınarak belirlenir. Nafaka miktarının belirlenmesinde, çocuğun gelirleri de göz önünde bulundurulur.*” denilmektedir.

Diğer yandan, Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesi çerçevesinde eş ve çocuklar yararına önlem almanın gereklilik olduğu, talebe bağlı kalınmaksızın re'sen hüküm kurulması gerektiği; ancak açık bir şekilde istemediğini beyan eden eş yararına tedbir nafakasına hükmedilemeyeceği dikkate alınmalıdır. (Yargıtay 2. HD. nin 05.11.2003 tarihli, 13364 E. ve 14917 K. sayılı kararı). Bu sınırlama sadece tedbir nafakasını talep etmediğini açıkça beyan eden eş içindir. Hâkim, koşulları var ise talep bulunmaksızın eş ve çocuklar yararına tedbir nafakasına ve sair önlemlere karar verebilir. Burada koşullardan kasıt, örneğin tedbir nafakası ödemekle yükümlendirilecek eşin ödeme gücüne ve olanağına sahip olması, lehine tedbire hükümlenilecek olanın, tedbir alınmayı gerektiren ihtiyacının varlığı gibi koşullardır. Askere alınmış ve başkaca mal varlığı veya geliri bulunmayan eşin tedbir nafakasıyla yükümlendirilmesi düşünülemez. Tedbir hükümlerine özellikle nafaka ödenmesine dair kararlara uyulmamasının hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirdiği unutulmamalı, bu tedbirlerin alınmasıyla doğacak yeni sorunlar, sıkıntılar, mağduriyetler yaratılmamalıdır.

Boşanma, ayrılık veya evliliğin iptali davaları açıldıktan sonra alınacak bu önlemlerle ilgili yetki kuralı şüphesiz Medeni Kanunun 168. maddesinde belirtilen yetki çerçevesinde çözümlenmelidir. Yetkisiz mahkemede açılmış davada dahi gerekli hallerde yetkisizlik kararı ile birlikte önlemlere hükmedile bilineceği unutulmamalıdır. Şüphesiz yetkili mahkeme, yargılamanın her hal ve aşamasında, talep halinde veya re'sen, alınmış önlemleri göz önünde bulundurup, değiştirebilir, kaldırabilir. Burada korunan üstün yarar aile birliğinin, eş ve çocukların yararındır.

TMK.'nın 197. maddesi gereğince birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır.

Görüleceği üzere her iki düzenlemede değinilen tedbir konuları aynıdır. Burada ayrı yaşamakta haklı olmasa bile müşterek çocuklar yanında bulunmayan eşin, çocukları yanında bulunduran eşe, nafaka vermekle yükümlü olduğu unutulmamalıdır. (Yargıtay 2. HD. nin 17.06.1986 tarihli, 5900 E. ve 6092 K. sayılı kararı).

Burada istisnai bir duruma dikkat çekmek gerekir. Kadının, düzenli ve yeterli gelirinin bulunduğu anlaşıldığı takdirde, yararına tedbir nafakasına hükmedilemez. (Yargıtay 2. HD. nin 17.07.2007 tarihli, 10900 E. ve 11439 K. sayılı kararı). Yargıtay 'ın anılan bu kararının mutlak şekilde anlaşılması gerekir. Ancak gelirlerin ve maddi ve sosyal konumun denkliği halinde uygulanabilecek bu Yargıtay inancının, tarafların ekonomik ve sosyal olanakları ve gelirlerinin ciddi farklılık göstermesi halinde uygulanma olanağı yoktur. Özellikle eylemli olarak evlilik birliğinin devamı sırasında bir eşin diğer eşe sağladığı ekonomik ve sosyal olanakların olabildiğince devamlılığının sağlanmasının asıl olduğu unutulmamalıdır. Boşanma, ayrılık veya evliliğin iptali hükmü kesinleşinceye ya da taraflar bir araya gelinceye veya ayrılan eşin, ayrı yaşamakta haksızlığı tahakkuk edinceye kadar tedbirler, bu ölçütler çerçevesinde titizlikle belirlenmeli, eşin, açılan davadan veya kusurlu tarafın eyleminden doğan ayrılıktan, olabildiğince az zarar görecektir şekilde kollanmasına çalışılmalıdır.

Alınacak önlemlerden önemli bir diğeri de, katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin, alacaklarının mağdur eşe temlikî yöntemidir. TMK.'nın 198. maddesinde belirtilen bu yöntem, katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin en ucuz ve kolay yolla yükümlü olduğu borcu ödememesi halinde ve son çare olarak başvurulmalıdır. Aile ilişkilerine olabildiğince üçüncü kişilerin dahil edilmesinden kaçınılmalıdır.

Burada tedbir kararını verecek aile hâkimince dikkat edilmesi gereken husus, kusur üzerinden belirlenecek ayrı yaşama hakkı ol-

gusunun açılmış veya açılacak boşanma davalarında kesin hüküm oluşturacağı, bu yolla belirlenmiş kusurlu eylemlerden sonra ayrı yaşama hakkı olduğu hükmüne varılan eşin, yeni kusurlu eylemlerinin iddia ve ispat edilmemesi durumunda boşanma davasında yeniden kusur incelemesi yapılamayacağı, bu durumun salt mağduriyet gözetilerek eşit veya çok kusurlu eş lehine ittihaz olunacak hükmün, lehine haksız sonuç doğuracağı unutulmamalıdır. Bu husus boşanma usulünü ilgilendirdiği cihetle, daha fazla ayrıntıya girilmeksizin dikkat çekmekle yetinilmiştir.

Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği mal varlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızası ile yapılabileceğine karar verebilir, bu durumda gerekli önlemleri alır. (TMK. md. 199)

Bu tedbir ve 6284 Sayılı Kanun nedeniyle verilebilecek diğer tedbirler diğer değerli katılımcıların sunumlarında yer aldığı için bu hususların ayrıntısına girilmemiştir.

UYGULAMADA ZİYNET EŞYALARININ İADESİ

*Av. Gülay YILMAZKOÇLAR**

ÖZET

Ziynet eşyaları kime aittir? Bu konu eşler, hatta aileler arasında en çok tartışılan konulardan biri olmaya devam etmektedir. Bu konudaki yasal boşluklar ve belirsizlikler belki de eşler arasındaki tartışmaları başlatmakta ve bu nedenle boşanmaya giden süreçte olumsuz etki yaratmaktadır. Zira, eşlerden koca yasal hakkı olduğunu beyan ederek ziynetleri talep edebilmekte ret cevabı ise geçimsizliği başlatan nedenlerden olabilmektedir.

Ziynet eşyalarına ilişkin talebin hukuki dayanağı TMK 226. maddedir. Bu madde her eşe, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, diğer eşin zilyetliğinde bulunan mallarını geri alma hakkı tanımaktadır.

Ziynet eşyalarının ait olduğu mal grubu, davanın esas ve usulü için önem teşkil etmektedir. Kadına takılan takılarla ilgili aslında net kararlar mevcut iken, erkeğe takılan takılarla ilgili belirsizlik göze çarpmaktadır. Şöyle ki; Yerel örf ve âdete göre erkeğin olduğunu kanıtlamak gerekmektedir. Aksi halde talep mümkün değildir ya da talep edilse de ret ile sonuçlanma olasılığı yüksektir.

Y 2.HD 1995/10121 E. 1995/1061 K. 26.10.1995 Tarihli kararında “...istisnasız herkes tarafından uyulan, istikrar kazanmış, örf ve

* İzmir Barosu Üyesi

adet varsa...” cümlesi yer almaktadır ki ne kadar zor şartlara bağlı olduğu bu cümle ile sabittir. Görüldüğü üzere, aslında erkeğin dava açması önünde bir engel bulunmamakla birlikte yasadaki boşluk örf ve adetlerle doldurulmak zorundadır.

Ziynet eşyaları ki buna taraflara takılan paralar da dâhil olmak üzere hangi mal grubuna girer, kime aittir, nasıl talep edilir, ispat yükü kimdedir, örf ve adetler ile yöresel geleneklerin etkisi, kanuni düzenleme ve yargı kararlarının etkisi, ispat yükü ve hangi hallerde ispat yükünün yer değiştirdiği, ispat araçları, hüküm içeriğinin ve infaza etkisi, 3.kişilerin hangi durumda taraf olabileceği, karı koca arasındaki diğer davaların ve bu davalardaki beyanların ziynet davasına olumlu-olumsuz etkisi gibi hususlar irdelendiğinde aslında bu sorunun kanuni düzenlemeden çok Yargıtay kararları ile çözüm bulunduğunu da görmekteyiz. Ancak, buna rağmen her halükârda somut olaya göre karar değişebilmekte, davalının davaya cevap dilekçesi içeriği, teknik deliller, tanık beyanları ve nihayetinde yemin delili ile dava sonuçlanmaktadır.

TÜRK MEDENİ KANUNUNDAKİ AİLE KONUTUNA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Dr. Öğr. Üyesi İlknur SERDAR **

ÖZET

Aile konutu kavramı, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu ile Hukukumuzda girmiştir. Aile konutu, ailenin barınma ihtiyacını gidermesi açısından önemli olduğu kadar yaşam alışkanlıklarını, anıları barındırması açısından manevi öneme de sahiptir. Aile konutu bu önemini hem evlilik birliğinin devamında hem de evliliğin sona ermesi durumunda sürdürür. Bu nedenle, Türk Medeni Kanununda aile konutuna ilişkin olarak her iki durum için de düzenlemeler mevcuttur. Aile konutu ile ilgili olarak Türk Medeni Kanununda altı önemli madde yer almaktadır. Bunlar 194, 240, 254, 255, 279, 652. maddelerdir.

Evlilik birliği devam ederken, aile konutuna ilişkin yapılmış olan düzenlemenin amacı; evlilik birliği içerisinde güçlü konumda bulunan eşin, aile konutu üzerinde tek başına inisiyatif sahibi olmasını önlemek ve zayıf konumda bulunan diğer eşi ve dolayısıyla çocukları korumaktır. Bu kapsamda korumanın sağlanması açısından; aile konutu üzerinde bir eşin, sözleşme ilişkisi kapsamında hak sahibi

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

olması (kira sözleşmesi) ya da mülkiyet ilişkisi içinde hak sahibi olması açısından fark gözetilmemiştir. Örneğin; aile konutu eşlerden biri tarafından kira sözleşmesi ile temin edilmişse; kira sözleşmesinin feshi için diğer eşin rızası gerekli olduğu gibi, eş, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahipse, mülkiyet hakkının devri ya da kısıtlanmasına ilişkin tasarrufları da diğer eşin rızasına bağlı tutulmuştur. Böylece, evliliğin devamı süresince, aile konutunun kaybedilmesi önlenmiş, diğer eşin ve çocukların barınma hakları hukuken güvence altına alınmıştır. Aynı zamanda aile konutunun eşin mülkiyetinde bulunması durumunda diğer eşin, aile şerhi koyma imkânı düzenlenmiştir.

Evlilik birliğinin sona ermesi durumunda da aile konutu –her ne kadar teknik olarak aile konutu olmasa da- , evlilik birliğinin devamı sırasında sahip olduğu önemi yitirmez. Bu nedenle, Medeni Kanunumuzda evliliğin sona erdiği durumda da aile konutu hakkında korumanın devam etmesini sağlayan hükümlere yer verilmiştir. Her ne kadar Medeni Kanunumuz İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi genel olarak aile konutuna ilişkin boşanma sonrasında korumanın devamını sağlayan bir hükme yer vermese de istisnai olarak paylaşmalı mal ayrılığı mal rejimini ile mal ortaklığı mal rejimini düzenleyen hükümler içinde boşanma sonrası aile konutuna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Evlilik birliğinin ölüm ile sona ermesi durumunda ise; hem mal rejimlerine ilişkin hükümlerde hem de miras hakkına ilişkin hükümler içerisinde aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Aile konutuna ilişkin olarak yukarıda kısaca bahsettiğimiz Türk Medeni Kanununda yer alan düzenlemeler hem doktrinde hem de uygulamada birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Aile konutuna ilişkin Türk Medeni Kanunundaki hükümler kapsamında, kanun bir tanım yapmadığı için aile konutunun tespitinde faydalanılacak

kriterlerin ne olduğu, birden fazla aile konutu olup olamayacağı, aile konutu şerhinin nasıl konulacağı, özellikle mülkiyet hakkı sahibi eş açısından aile konutuna dair kanunda yer alan sınırlamanın hukuki niteliği, şerhin işlevi ile eşle işlem yapmış olan kişinin iyiniyet korumasından yararlanıp yararlanamayacağı, evliliğın ölümle sona ermesi halinde sağ kalan eşin aile konutuna ilişkin haklarını hangi hükümlere göre talep edebileceği, özellikle miras hükümleri kapsamında sağ kalan eşin aile konutunun özgülmesi talebinin hukuki niteliği, süresi gibi tartışma yaratan hususların değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Türk Medeni Kanununda aile konutuna dair düzenlemenin eşlerin ve dolayısıyla ailenin korunması açısından yeterli olup olmadığı diğer tartışılan bir konu olup, değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

İSTENMEYEN ÇOCUKTAN DOĞAN TAZMİNAT

*Dr. Öğr. Üyesi Serdar NART **

ÖZET

Tıp bilimindeki gelişmeler, anne karnındaki çocuğun (cenine) sağlıklı olarak doğup doğmayacağını kesin olarak belirleme imkânını sağlamıştır. Ultrason gibi görüntüleme teknikleri ile anne veya babadan alınan örneklerle yapılan gen testleri ile çocukta bir anomalinin olup olmadığını hekim tarafından tespit edilebilir hale gelmiştir. Buna rağmen, gebelik döneminde hekim tarafından cenindeki anomalinin tespit edilememesi nedeniyle özürlü veya engelli olarak doğan çocuk nedeniyle anne ve baba çok zor bir durumda kalacaktır. Hekimin yanlış bilgilendirmesi nedeniyle gebeliği sonlandırma imkânı bulamayan anne ve babanın bu şekilde çok zor bir bakım yükümlülüğü altına gireceklerdir. Diğer yandan doğum kontrol uygulamaları (yani doğum kontrol hapı, sterilizasyon vb.) ile kişiler çocuk sahibi olmamayı da seçebilmekte ve bu yöndeki istekleri için hekime başvurmaktadır. Böylece hiç veya daha fazla çocuk sahibi olmak istemeyen kişilerin yapılan tıbbi müdahaleye rağmen çocuk sahibi olması kendilerine fazladan bir bakım yükümlülüğüne neden olacaktır.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Çocuğun doğumunun bir zarar kalemi olarak öngörülmesinin mümkün olup olmadığı ise çok tartışmalıdır. Burada ifade edilen zarar, çocuğun bizzat kendisi olmayıp, özürlü doğan veya istenmeyen bir çocuğun doğumu ile oluşan doğum vb. ile çocuk için yapılması gereken bakım masraflarıdır. Bu tartışma yabancı hukuklarda da ele alınmış ve değişik sonuçlara varılmıştır. Genel olarak istenmeyen sağlıklı çocukların doğumu ile oluşan zararlar ve istenen ve/veya istenmeyen özürlü çocuğun doğumu ile oluşan zararlar şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Bazı ülkelerde sağlıklı doğan çocuğa herhangi bir tazminat verilmezken bazı ülkelerde ise sadece özürlü olarak doğan çocuğun bakım masraflarının karşılanmasına karar verilmiştir. Türk Hukuku açısından da gerek istenmeyen sağlıklı çocuk için gerekse özürlü olarak doğan çocuk için bakım masrafları gibi masrafların karşılanması gerekir. Çalışmamızda, bu konular karşılaştırmalı olarak ortaya konulacaktır.

EŞİN TASARRUF YETKİSİNİN KISITLANMASI

*Dr. Öğr. Üyesi Senar ÇAĞIRGAN TUNCER **

ÖZET

Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte eşler arasında bir takım haklar ve yükümlülükler doğar. Eşler belirli konularda uyuşmazlığa düştüğü veya evlilik birliğinin kendilerine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmedikleri takdirde Medeni Kanun, evlilik birliğindeki sorunları çözümlene ve birliği ayakta tutmak amacıyla evlilik birliğini koruyucu bir takım önlemler öngörmüştür (TMK m.195 - m.199). Eşin tasarruf yetkisinin kısıtlanması evlilik birliğini malî açıdan koruyucu hükümlerden biridir.

Tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesinin birinci fıkrasında, “*Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir*” denilmek suretiyle, tasarruf yetkisinin kısıtlanma sebepleri belirtilmiştir. Eşlerden birinin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun

* Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

199. maddesinin amacı madde gerekçesinde de, özellikle ayrılık veya boşanma hazırlığında olan eşin, diğer eşin tazminat ve nafaka haklarını ödememek, diğer eşin mal rejiminden doğan haklarını vermemek için malvarlığını azaltma yoluna gitmesini önlemek olarak açıklanmıştır. Eşin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesi, hem eşler birlikte yaşarken hem de birlikte yaşama ara vermeleri halinde uygulama alanı bulur. Bu anlamda hâkim kararıyla eşin tasarruf yetkisinin kısıtlanması, hem eşler birlikte yaşarken Türk Medeni Kanunu'nun 196. maddesinde düzenlenen, eşlerin birliğin giderlerine parasal katkısının sağlanmasına ilişkin hükmü hem de ayrı yaşama halinde Türk Medeni Kanunu'nun 197. maddesindeki parasal katkı ve eşlerin malvarlıklarının yönetimine ilişkin hükmü tamamlayıcı niteliktedir. Bunun yanında eşin Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesine göre tasarruf yetkisinin kısıtlanması, mal rejimine ilişkin hakların korunması açısından, yasal mal rejimi için Türk Medeni Kanunu'nun 229. maddesinde düzenlenen, eklenecek değerlerin uygulanmasından önce, koruyucu bir önlem olarak ortaya çıkar.

Hâkim eşlerden birinin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına karar verdiği takdirde, sınırlamanın uygulanmasını sağlayıcı gerekli önlemleri alır (TMK m. 199/II). Sınırlamanın konusuna giren değerler arasında taşınmaz varsa, sınırlamaya ilişkin tapuya şerh kararı verir (TMK m. 199/III). Tapuya verilen şerhin etkisi konusunda doktrinde tartışmalar söz konusudur.

Tebliğimizde öncelikle eşlerden birinin belli malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlanması, genel olarak açıklanmaya çalışılacaktır. Daha sonra kısıtlamaya ilişkin önlemler ve etkileri, doktrindeki tartışmalar çerçevesinde incelenecektir. Son olarak da tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının sonuçları üzerinde durulacaktır.

BOŞANMADA MADDİ TAZMİNAT VE YOKSULLUK NAFAKASI

*Dr. Öğr. Üyesi Özge ÖNCÜ**

ÖZET

Boşanmanın mali sonuçlarından birisi olan maddi tazminat, Türk Medeni Kanunu'nun 174'ncü maddesinin birinci fıkrasında, "*Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, boşanma durumunda maddi tazminat talep edilebilmesinin koşulları genel olarak: **a.** Maddi tazminat talep eden tarafın "*mevcut veya beklenen menfaatlerinin*" boşanma yüzünden zedelenmiş olması; **b.** Davalı tarafın *kusurlu* olması; **c.** Maddi tazminat talep eden tarafın, kusursuz veya daha az kusurlu olmasıdır.

Yoksulluk nafakası ise Türk Medeni Kanunu'nun 175'nci maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir (f.1). Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz (f.2)*". Buna göre, yoksulluk nafakasının genel olarak koşulları: **a.** Yoksulluk nafakası talep eden

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesi

tarafın boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olması; **b.**Yoksulluğa düşecek tarafın kusurunun daha ağır olmamasıdır. Buna karşılık kendisinden yoksulluk nafakası talep edilen tarafın kusurlu olması aranmamaktadır.

Hâkimin boşanma durumunda resen maddi tazminata ve/veya yoksulluk nafakasına hükmetmesinin mümkün olmadığı ve bu konuda talep olması gerektiği de belirtilmelidir. Taraflar, boşanma davası ile veya daha sonra açacakları bir dava ile maddi tazminat ve yoksulluk nafakası talep edebileceklerdir. Ancak bu hak, Türk Medeni Kanunu madde 178 gereği boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır.

Tebliğ kapsamında, boşanma durumunda maddi tazminat ve yoksulluk nafakası talep edilebilmesinin koşullarına kısaca değinilmiştir. Bu çerçevede öncelikle, boşanma durumunda maddi tazminat talep edilebilmesinin yukarıda belirtilmiş olan koşulları kısaca açıklanmaya çalışılmıştır. Özellikle “*mevcut veya beklenen menfaatler*” kavramının nasıl anlaşılması gerekeceği, bu konudaki Yargıtay kararları da incelenerek açıklanmaya çalışılmıştır. Tazminatın miktarının belirlenmesi bakımından, Türk Medeni Kanunu madde 174/f.1’de kullanılan “*uygun bir maddi tazminat*” ifadesi hâkimin Türk Medeni Kanunu’nun 4’ncü maddesi gereği takdir yetkisine işaret etmektedir. Bu doğrultuda, özellikle maddi tazminatın belirlenmesinde hangi ölçütlerin dikkate alınacağı konusuna da konuyla ilgili Yargıtay kararları da incelenmek suretiyle kısaca değinilmiştir.

Yoksulluk nafakası talep edebilmenin koşullarına da kısaca değinilmiş ve bu kapsamda özellikle “*yoksulluğa düşme*” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu aydınlatılmaya çalışılmıştır. Türk Medeni Kanunu madde 175’de yoksulluk nafakasının miktarının belirlenmesi bakımından, nafaka yükümlüsünün mali gücünün dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bunun dışında da yoksulluk nafakasının miktarının belirlenmesinde hangi ölçütlerin dikkate alınacağı husu-

su açıklanmaya çalışılmıştır. Yoksulluk nafakası ile ilgili olarak son dönemlerdeki en büyük tartışmalardan birisi de, yoksulluk nafakasının süresi noktasında ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Türk Medeni Kanunu madde 175’de geçen “*süresiz olarak*” ibaresinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir¹. Yoksulluk nafakasında süre sorununa özellikle İsviçre Medeni Kanunu’nun konu ile ilgili düzenlemeleri de dikkate alınmak suretiyle değinilmiştir.

Tebliğ kapsamında, maddi tazminatın ve yoksulluk nafakasının koşulları kısaca açıklandıktan sonra, ikisi arasındaki ilişkiye değinilmiştir. Boşanma durumunda, maddi tazminat ile yoksulluk nafakası birlikte talep edilebilir. Nitekim Türk Medeni Kanunu madde 174/f.1’de düzenlenen maddi tazminat ile madde 175’de düzenlenen yoksulluk nafakasının dayandığı temeller birbirinden farklıdır. “Kusur” bakımından da iki düzenleme arasında temel farklılıklar bulunmaktadır. Maddi tazminat talep edilebilmesi için kendisinden maddi tazminat talep edilen tarafın kusurlu olması gerekirken; yoksulluk nafakasında, nafaka yükümlüsünün kusuru aranmamakta, ancak yoksulluk nafakası talep eden tarafın daha ağır kusurlu olmaması gerekmektedir. Maddi tazminatta ise tazminat talep eden tarafın kusursuz veya daha az kusurlu olması aranmaktadır.

Ayrıca, maddi tazminat ve yoksulluk nafakasının birlikte talep edilebilmesi bakımından, özellikle, boşanma sonucunda hükmedilen maddi tazminatın, yoksulluk nafakasının koşulu olan “*yoksulluğa düşme*” durumunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağına, Yargıtay’ın konuyla ilgili kararları da incelenmek suretiyle değinilmiştir.

Son olarak, İsviçre Medeni Kanunu’nda (ZGB) boşanmanın mali sonuçlarının nasıl ve hangi temel düşünce ve ilkeler doğrultusunda düzenlendiğine genel olarak göz atılmış ve İsviçre Medeni Kanunu’nda yer alan düzenlemeler, hukukumuzdaki düzenlemelerle karşılaştırılmıştır. Bu kapsamda özellikle yoksulluk nafakası bakı-

¹ Anayasa Mahkemesi, E.2011/136; K. 2012/72; T. 17.05.2012 (RG. 26.06.2012, Sayı: 28335)

mından, konunun İsviçre Medeni Kanunu'nda nasıl düzenlendiğine genel hatlarıyla değinilmiş ve söz konusu düzenlemeler yoksulluk nafakasına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemelerle karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

MİLLETLERARASI AİLE HUKUKUNDA NAFKA TALEPLERİNE UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN SORUNLAR

*Dr. Öğr. Üyesi Ali Gümrah TOKER**

ÖZET

Nafaka, aile hukukundan kaynaklanır ve aile bireylerinin veya yakın derece hısımların kanunî düzenlemeler uyarınca birbirlerine karşı bakım ve yardım yükümlülüğünü düzenler. Farklılıklar olsa da genellikle her devletin mevzuatında nafakayı düzenleyen hükümlere yer verilmiştir. Aile Hukuku kapsamında talep edilecek nafaka çeşitlilik göstermektedir. Örneğin, süregelen bir evlilikte eşlerin birbirlerine karşı veya ebeveynlerin çocuklarına karşı bakım yükümlülüğünden doğan bakım nafakası; boşanma davası mevcutsa bu dava süresince hükmedilebilecek tedbir nafakası; evliliğin sona ermesiyle birlikte eşler arasında yoksulluk ve çocuklar bakımından iştirak nafakası; yakın hısımlar arasında talep edilebilecek yardım nafakası birçok devletin mevzuatında düzenlenmiştir.

Özellikle, nafaka alacaklısı veya borçlusunun farklı ülkelerde bulunması nafaka borcunun tahsilini zorlaştırmakta ve yabancı unsurlu nafaka uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Yabancı unsurlu nafaka uyuşmazlıklarının çözümünü salt ülkele-

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

rin milletlerarası özel hukuk kurallarına veya iç hukuk mevzuatına bağlamak her durumda ilgilileri adil sonuçlara ulaştırmayabilir. Devletlerin hukuklarında konuyla ilgili farklı düzenlemelerin olması bazı durumlarda zaten zayıf taraf olan nafaka alacaklısının alacağına kavuşmasını zorlaştırabilir. Nafaka alacaklısının özellikle çocuk olması halinde böyle bir durumun etkisi daha da artacaktır. Bu konuda uluslararası özel hukuk adaletini sağlamak ve olabildiğince yeknesak hukuk kuralları oluşturmak gayesiyle Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı öncülüğünde altı tane uluslararası sözleşme akdedilmiş ve bu sözleşmeler yürürlüğe girmiştir. Bu altı sözleşmenin yanında Birleşmiş Milletler'in hazırladığı 1956 Tarihli New York Sözleşmesi de günümüzde yürürlüktedir.

Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı öncülüğünde hazırlanan milletlerarası sözleşmeler ve Birleşmiş Milletlerce hazırlanan New York Sözleşmesi konu bakımından incelendiğinde üç kategoriye ayrılmaktadır. Bunlar: “uygulanacak hukuku gösteren sözleşmeler”, “nafaka kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik sözleşmeler” ve “nafaka konusunda adlî işbirliğine yönelik sözleşmeler”dir.

“Uygulanacak hukuku gösteren sözleşmeler” ve “nafaka kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik sözleşmeler” birbirlerini tamamlar ve Lahey Sözleşmeleri olarak adlandırılır. İlk önce 1956 ve 1958 Tarihli Lahey Sözleşmeleri daha sonra bu Sözleşmelerin yerine geçmek üzere 1973 Tarihli Lahey Sözleşmeleri taraf devletlerce akdedilmiştir. 2007 yılında ise yine Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı öncülüğünde biri uygulanacak hukuka bir diğeri ise nafaka alacaklarının tahsiline ilişkin olmak üzere iki yeni düzenleme yürürlüğe girmiştir. Ayrıca Birleşmiş Milletler'in hazırladığı 1956 Tarihli New York Sözleşmesi ise “nafaka konusunda adlî işbirliğine yönelik bir sözleşme”dir.

Türkiye bu milletlerarası sözleşmelerden bazılarını taraftır. Türk hâkimi, karşılaştığı yabancı unsur içeren nafaka ihtilâfını taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri çerçevesinde ele almak zorun-

dadır. Bilindiği üzere yabancı unsurlu ve özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı mahkeme veya hakem kararlarının tanınması ve tenfizi 5718 s. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) hükümleri uyarınca gerçekleştirilir. Bu nedenle tebliğin konusunu oluşturan nafaka taleplerine uygulanacak hukukun tespiti, MÖHUK hükümleri uyarınca yapılır¹. Ancak MÖHUK m. 1(2) uyarınca “Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı” olduğundan konuyla ilgili milletlerarası sözleşmenin varlığı halinde ilgili sözleşme MÖHUK’a nazaran öncelikle uygulanacaktır.

Uygulanacak hukuk bakımından Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler, 1956 Tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi ve 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair Lahey Sözleşmesi’dir. 1983 yılından beri yürürlükte olan 1973 Tarihli Sözleşme’nin en önemli özelliği, karşılıklılık aranmaksızın uygulanmasıdır. Dolayısıyla, Sözleşme, kabul edildiği tarihten itibaren MÖHUK’un nafaka sisteminin yerine uygulanmaya başlamıştır. Nafakaya uygulanacak hukuku tespit eden genel hüküm olan MÖHUK m. 19 ancak Türkiye’nin nafakaya ilişkin sözleşmelere katılırken koymuş olduğu çekinceler sebebiyle ilgili sözleşme hükümlerinin uygulama alanı bulamadığı durumlarda uygulama alanı bulmaktadır.

Tebliğ kapsamında nafaka taleplerine uygulanacak hukuk ve yabancı unsurlu bu ilişkiden doğabilecek sorunlar ele alınırken MÖHUK’un nafakaya ilişkin hükümleri, Türkiye’nin taraf olduğu nafakaya uygulanacak hukuka ilişkin Lahey Sözleşmeleri ve Türkiye’nin henüz taraf olmadığı ancak nafaka taleplerine uygulanacak hukuka ilişkin yeni düzenlemeler getiren 2007 tarihli Lahey Protokolü hakkında açıklamalarda bulunulacaktır.

¹ MÖHUK’da nafaka konusunu düzenleyen kanunlar ihtilâfi kuralları, MÖHUK m. 19, MÖHUK m. 14/II ve MÖHUK m. 14/IV’dür. MÖHUK m. 19 genel düzenlemeyi içermekte, MÖHUK m. 14/II ve IV özel düzenlemeleri içermektedir.

YARDIM NAFAKASI

*Dr. Öğr. Üyesi Tuba BİRİNCİ UZUN**

ÖZET

Aile, “Evlilik ve kan bağına dayanan, karı, koca, çocuklar, kardeşler arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birlik” olarak tanımlanmaktadır¹. Aileye ilişkin bir diğer tanım ise şöyledir²: “Aynı soydan gelen veya aralarında akrabalık ilişkileri bulunan kimselerin tümü”. Türk Medeni Kanunu’nun Aile Hukuku Kitabı’nın Hısımlık başlıklı ikinci kısmının ikinci bölümü de Aile başlığını taşımaktadır. Bu bölümde, öncelikle birinci ayırım olarak, Nafaka Yükümlülüğü düzenlenmektedir. TMK md. 364 f. 1 hükmü uyarınca, “Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür”. Bu yükümlülüğün, esasen bir ahlak kuralının bir hukuk kuralı haline gelmesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Aile bireylerinin dayanışma ve yardımlaşma içinde bulunması gerektiği düşüncesinden hareketle, TMK md. 364 ve devamı maddelerinde düzenlenen bu nafaka türüne, yardım nafakası da denmektedir.

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a7ad2bca44488.18201097, Erişim tarihi: 7 Şubat 2018).

² Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a7ad2bca44488.18201097, Erişim tarihi: 7 Şubat 2018).

İlgili hüküm uyarınca, nafaka yükümlülüğü, yalnızca üstsoy ve altsoy kan hısımları ile kardeşler arasındadır ve bu yükümlülük karşılıklıdır. Kayın hısımları bakımından nafaka yükümlülüğü söz konusu değildir. Bununla birlikte nafaka yükümlülüğünde, üstsoy ve altsoy kan hısımları bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Ayrıca kan hısımlığı ana tarafından olabileceği gibi baba tarafından da olabilir. Nafaka yükümlülüğü bakımından kan hısımlığının hangi taraftan olduğunun bir önemi yoktur.

Yardım nafakası talep edilebilmesi için, yardım edilmemesi halinde kişinin yoksulluğa düşecek olması gerekir. O halde, talep anında kişinin mutlaka yoksulluk içinde bulunması gerekmez. Doktrinde yoksulluk, kişinin kendi imkânlarıyla temel ve zorunlu ihtiyaçlarını karşılayamaması olarak tanımlanmaktadır. Yoksulluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde, öncelikle yardım nafakası talep eden kişinin sahip olduğu imkânlar değerlendirilirken, malvarlığının bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Yardım nafakası talebinin kabulü için, nafaka alacaklısının malvarlığını tüketmiş olması gerekir.

TMK md. 364 f. 2 hükmü uyarınca, “*Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır*”. Refah içinde bulunma şartı yalnızca kardeşler bakımından söz konusudur. O halde, altsoy ve üstsoyun nafaka yükümlüsü olabilmesi için, refah içinde bulunmasına gerek yoktur; ödeme gücünün bulunması yeterlidir.

Birden fazla nafaka yükümlüsünün bulunması halinde, TMK md. 365 f. 1 hükmü uyarınca, mirasçılıktaki sıra dikkate alınır. Mirasçılıktaki sıra dikkate alınacağı için, gelişigüzel bir şekilde yardım nafakası davası açılmaz. Nafaka yükümlüleri arasında birinci sıradaki nafaka talep edenin altsoyu, ikinci sırada ana ve babası, üçüncü sırada refah içinde bulunmaları koşuluyla kardeşleri, son sırada ise üstsoyu bulunur.

Nafaka miktarının belirlenmesinde, TBK md. 365 f. 2 hükmü dikkate alınır. Zira bu hükme göre, yardım nafakası davası “*dava-
cının geçinmesi için gerekli ve karşı tarafın mali gücüne uygun bir
yardım isteminden ibarettir*”. Buna göre, yardım nafakası miktarının
üst sınırını, nafaka alacaklısının geçinmesi için zorunlu olan miktar,
alt sınırını ise nafaka borçlusunun ödeme gücü oluşturur. Nafaka
yükümlüsü daha fazlasını ödeyebilecek durumda olsa dahi, nafaka
miktarı, nafaka alacaklısının geçinmesi için zorunlu olan miktarı
aşamaz. Öte yandan, nafaka alacaklısının geçinmesi için zorunlu
olan miktar, nafaka yükümlüsünün ödeyebileceği miktardan fazla
olsa bile nafaka miktarı, nafaka yükümlüsünün ödeme gücünü aş-
maz.

Yardım nafakası davasında görevli mahkeme, aile mahkemeleri-
dir; yetkili mahkeme ise taraflardan birinin yerleşim yeri mahkeme-
sidir. Bu davada davacı, yardım edilmediği takdirde yoksulluğa dü-
şecek olan kişidir. Ayrıca bu dava, nafaka alacaklısına bakmakta olan
resmi veya kamuya yararlı kurumlar tarafından da açılabilir (TMK
md. 365 f. 4). Bunun yanı sıra, korunmaya muhtaç kişilere bakmakta
yükümlü olan kurumlar da yaptıkları masrafları, nafaka yükümlüsü
olanlardan isteyebilirler (TMK md. 366). Davalı ise, duruma göre
nafaka yükümlülüğü bulunan altsoy, üstsoy veya kardeşlerdir.

Yardım nafakası davasında, davacı yoksulluk içinde bulunduğ-
unu veya kendisine yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşeceğini
ispat yükü altındadır; davalının ödeme gücüne sahip olduğunu veya
refah içinde bulunduğunu ispat etmek zorunda değildir. Yardım
nafakası ödemek istemeyen davalı, önceki sırada nafaka yükümlü-
sünün bulunduğunu veya ödeme gücünün bulunmadığını ya da re-
fah içinde olmadığını ispat ederek nafaka ödemekten kurtulabilir.
Açılan davada, davalının davacıya yardım nafakası ödemesine karar
verilmesi halinde, nafaka davanın açıldığı tarihten itibaren işlemeye
başlar. Zira hüküm, dava tarihindeki şartlar esas alınarak kurulur.

TMK md. 321 ve devamı, soybağının hükümlerine ilişkindir. Ana ve babanın çocuğa bakım borcu da soybağının hükümlerindedir. Çocuğun bakımı, korunması ve eğitimi için yapılması gereken masraflar, çocuğun anası ve babası tarafından karşılanır (TMK md. 327 f. 1). Ana ve babanın bakım borcu, kural olarak, çocuğun ergin olmasıyla sona erer (TMK md. 328 f. 1). Ancak TMK md. 328 f. 2 hükmü uyarınca, “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”. Yargıtay kararlarında, yardım nafakasının, TMK md. 328 f.2 hükmünde düzenlenen, ana ve babanın bakım borcunun kapsamı içinde yer alan ve doktrinde eğitim nafakası olarak da adlandırılan nafaka ile karıştırıldığı görülmektedir. Oysa bu iki kurum birbirinden farklıdır.

İŞTİRAK NAFAKASI

*Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe TUZCUOĞLU**

ÖZET

Aile Hukuku'nda geniş anlamda aile kavramının, karı kocanın evlilik birliği sona erse dahi, hukuki olarak tam anlamıyla sona erdiğini söylemek isabetli olmayacaktır. Ana baba arasındaki evlilik akdi sona erse de çocuklara ilişkin sorumluluklar ve yükümlülükler devam etmektedir. Her ne kadar boşanma sonucunda çocukların velayetinin bir tarafa bırakılması söz konusu olsa da sadece o tarafın çocuklardan sorumlu olduğunu söylemek, özellikle Türk aile yapısına uygun bir yaklaşım değildir. Dolayısıyla çocukların velayeti kendisinde olmayan tarafın da sorumlulukları ve yükümlülükleri baş göstermektedir. Bu doğrultuda çocukların velayeti kendisinde olmayan tarafın özellikle ekonomik gücü elverdiğince, hâkimin de takdir ettiği miktarda, çocuğun ihtiyaçlarına katkıda bulunması gerekmektedir. İşte bu katkı, iştirak nafakası olarak adlandırılmaktadır. Bir başka deyişle, çocuğun bakımı için ödenen bir miktar nafakaya “*iştirak nafakası*” denilmektedir.

Çocuğun yaşı, eğitim durumu, günün sosyal ekonomik koşulları ile genel ihtiyaçları ve ana babanın mali durumları gibi durumlar göz önüne alınarak takdir edilecek olan iştirak nafakası, velayet hak-

* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

kındaki mahkeme hükmünün kesinleştiği tarihten başlayarak çocuğun ergin olduğu güne kadar devam eder. İştirak nafakasının devam edeceği son gün olarak kural “*erginlik günü*” öngörülmüş olmasına rağmen kanun koyucunun bu kurala yine kendisinin MK m. 328’de istisna getirdiğini görmekteyiz. Bütün bunların altında yatan nedenin ise, uluslararası anlaşmalarda ve ulusal pozitif hukuk metinlerinde belirtildiği üzere “*çocuğun yararının*” üstün ve öncelikli olduğu hususunun gözetilmesi gerekliliğidir. Öyle ki çocuğun bir gelirin olması bile, ona iştirak nafakası verilmesine engel teşkil etmemekte, sadece ilgili nafakanın miktarına etki etmektedir.

Boşanma davası sonucunda, velayet kendisine bırakılan tarafın çocuğun giderlerine cevap verebilmesi adına, hâkim tarafından taleple bağlı olmaksızın, velayetin bırakılmadığı tarafa mali gücü oranında çocuğun giderlerine katılma şeklinde kendisini gösteren iştirak nafakası, çocuk için yapılan masraflar dikkate alındığında indirime tabi tutulabilir. Bununla birlikte nafakanın sonradan tamamen ya da kısmen değiştirilmesi de söz konusu olabilir. Zira iştirak nafakası kesin ve nihai bir hukuksal durum teşkil etmez. Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlarda da genellikle, hakkaniyet ilkesine göre uygun bir nafakaya hükmedilmesi gerekliliğinin altı çizilmektedir.

KORUNMAYA MUHTAÇ ÇOCUKLARDA BARINMA YÖNTEMLERİ

*Doç. Dr. Serkan AYAN**

ÖZET

Anayasamıza göre aile, toplumun temelidir. Ailenin en önemli ve korunmaya ihtiyacı olan bireyi de kuşkusuz çocuklardır. Son zamanlarda ülkemizde korunmaya muhtaç çocuk sayısındaki artış net biçimde görülmektedir.

Bu çalışmada, korunmaya muhtaç çocuklara yasal olarak sağlanan özel barınma yöntemleri incelenecektir.

Çocuk koruma kanununa göre korunmaya muhtaç çocuk, daha erken ergin olsa bile henüz 18 yaşını doldurmamış olup, bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu ifade eder.

Bu genel tanımlama içene giren çocukların, içinde buldukları durumun özelliklerine göre en temel ihtiyaçları olan barınma ihtiyacının çözümünde Kanun koyucu ilk olarak öz aile yanında bakım il-

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

kesi üzerinde durmuştur. Bu kapsamda, öz aile yanında kalarak desteklenmesi uygun görülen çocukların aile yayındayken korunmaları / desteklenmeleri uygun görülmüştür.

Öz aile yanında kalması uygun değil veya mümkün değilse, yakın aile bireylerinin yanında barınma imkânı da ikinci yol olarak bulunmaktadır.

Bu yollardan yararlanmanın mümkün olamadığı hallerde ise, kurum bakımı gündeme gelmektedir. Kurumda barınma, öz aile ya da yakın akraba yanında barınmanın mümkün olmadığı veya uygun olmadığı durumlarda, çocukların özel veya resmi bir kurumda barınmalarının sağlanmasını ifade eder.

Kurum bakımı da, barınmanın sağlandığı yerin özelliklerine göre çeşitli açılardan sınıflanabilir.

İlk akla gelen, barınmanın sağlandığı yerin dış dünyadan tamamen izole bir yer olup olmamasına göre açık – kapalı kurum ayrımıdır.

Bunun yanında, kışla tipi, okul tipi ve ev tipi barınma yöntemleri de bulunmaktadır.

Bu çalışmada özel olarak üzerinde durmayı düşündüğümüz yöntemler ise, koruyucu aile ile son dönemde uygulanmaya başlanan çocuk evleridir.

KİŞİNİN KORUNMASI AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KISITLANMASI

*Dr. Öğr. Üyesi Emre CUMALIOĞLU**

ÖZET

“Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması” (KAÖK) kurumu, İsviçre Medeni Kanunu’nun 397a-397f maddelerinden yararlanılarak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na eklenen bir ayırımda düzenlenmiştir. KAÖK, bireyin özgürlükleri ve kişilik hakkı ile doğrudan ilgili olan; koşulları, kapsamı, hüküm ve sonuçları kanun ile özel olarak düzenlenmesi gereken bir kurumdur. Bugüne kadar hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanında çalışan hukukçularca incelenmiş ve eleştirilmiş olan bu önemli kurum hakkındaki tartışmalı bazı konularda görüşümüzü açıklamaya çalışacağız.

KAÖK, vesayet hukukunun içinde düzenlenmiş, yeni ve gerekli bir hukuki kurumdur. Vesayet altına alınması için yeterli neden olmayan, fakat kendisi, yakınları ve toplum için tehdit oluşturan kişilerin, bu sayede hukuki ve fiziksel koruma altına alınmaları sağlar. Diğer yandan yalnızca kişiyi vesayet altına almak, kuruma geçici yerleştirme olanağı dışında, özgürlüğü sınırlamak için yeterli değildir. KAÖK ise tehlike arz eden hallerde kişinin özgürlüğünün geçici, amaca uygun ve orantılı bir şekilde kısıtlanmasını mümkün kılar.

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Önemli bir tartışma konusu KAÖK'ün amacı, koruduğu hukuki yararlardır. KAÖK'ün amacının yalnızca ve yalnızca kanunda belirtilen nedenlerle zayıflık içinde bulunan kişiyi korumak mı olduğu, yoksa onunla birlikte yakınlarını ve toplumu da korumanın da amaçları içinde yer alıp almadığı münakaşalıdır. Bize göre söz konusu hukuki kurum ile sırasıyla; özgürlüğü kısıtlanan kişinin, yakınlarının ve toplumun çıkarları korunmaktadır.

Kişinin temel hak ve özgürlüklerine ağır bir müdahale olan KAÖK'ün uygulanabilmesi için korumanın başka, daha hafif bir önlemle sağlanamıyor olması gerekir. Bu gereklilik neticesinde KAÖK “orantılı” bir önlem olarak kabul edilebilir ve gereklilik ilkesine de uygun olur.

KAÖK, ergin kişiler bakımından Türk Medeni Kanunu'nun 432-437. maddelerinde, vesayet altındaki küçükler bakımından TMK m.446'da düzenlenmiştir. Velayet altındaki küçükler için açık bir hükmün bulunmaması nedeniyle ortaya çıkan kanun boşluğunun nasıl doldurulması gerektiği konusunda öğretide değişik fikirler ileri sürülmüştür. Bize göre vesayet altındaki küçüklerle ilişkin hükümlerin uygulanması gerekli ve yeterlidir.

Ergin kişi hakkında KAÖK kararı verilebilmesi için, kişinin TMK'nda belirtilen; akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik durumlardan biri nedeniyle tehlike oluşturması gerekir. Buradaki sayımın sınırlayıcı ve yeterince belirli olup olmadığı konuları üzerinde de durmak gerekir. Kanımızca sayım sınırlı olsa da belirtilen hallerin kapsamı içine girecek hastalık, zayıflık ve bağımlılık halleri farklı değerlendirmelere açık olabilir, bu da bir belirsizlik yaratabilecektir.

Mahkemenin alacağı yargısal nitelikli KAÖK kararında, yerleştirilecek kurumun açık olarak belirtilmesi gerekir, aksi takdirde

KAÖK hükmü verilemez. Kişinin kararda belirtilen kurumdan başka bir yerde alıkonulması hukuka aykırı olur. Yerleştirilecek ya da alıkonulacak kurumun elverişli bir kurum olması gerekir, elverişlilik, özgürlüğü sınırlanacak kişinin ihtiyaçları, neden olduğu tehlike ve kurumun olanaklarına göre belirlenir.

KAÖK kararından haberdar olmak, özgürlüğü sınırlandırılacak kişinin yakınları bakımından önemlidir. Ancak bazı hallerde özgürlüğü sınırlanan kişi yakınların haberdar edilmemesini tercih edilebilir. Bunlara ek olarak, TMK m.435 uyarınca yakınların karara itiraz hakları vardır, itiraz hukuka aykırı kısıtlanan kişinin özgürlüğünün sağlanmasına yol açabilir. Öyleyse, KAÖK kararının bildirileceği “yakın” kavramının, tartışılması ve kavramın, olası çıkar çatışmaları dikkate alınarak, yalnızca aile fertleriyle sınırlı tutulmaması gerekir.

KAÖK kararı almaya yetkili mahkeme konusunda Yargıtay’a intikal eden bazı uyuşmazlıklar vardır. Dava açıldıktan sonra yerleşim yerinin değişmesi ya da TMK m.19’a göre belirlenen yerleşim yeri, kolluk araştırması ile belirlenen yer ve nüfus kayıtlarındaki yerleşim yeri farklı olduğunda; davanın açıldığı tarihte, TMK m.19’a göre belirlenecek yerleşim yeri mahkemesinde davanın görülmesi gerekecektir. Mahkemenin yetkisine ilişkin kural kamu düzenine ilişkin ve kesindir.

Çalışmamızda son olarak; KAÖK kararının fiil ehliyeti, kişilik hakkı, aile hukuku, borçlar hukuku bakımından neden olabileceği sonuçlar üzerine bazı değerlendirmelerde bulunulacaktır.

YETİŞKİNLERİN KORUNMASI AÇISINDAN İSVİÇRE HUKUKUNDA GETİRİLEN ÖNEMLİ YENİLİKLER

*Dr. Öğr. Üyesi Ali Haydar YAĞCIOĞLU**

ÖZET

Türk Medeni Kanunu'nun mehzazı İsviçre Medeni Kanunu'nun 360-456. maddeleri arasında yer alan "Vesayet Hukuku" balığı altındaki hükümler 1 Ocak 2013 tarihinde giren ve "Yetişkinlerin Korunması" başlıklı yeni hükümlerle tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni hükümlerde yetişkinlerin korunmasına yönelik olarak "Bakım vekâleti" ve "Hastalık öncesi tıbbi tedaviye yönelik işlem" başlıklı iki yeni müessese getirilmiştir. Ayrıca huzur veya bakım evinde kalan kimseler açısından da birtakım koruyucu hükümler getirilmektedir. Nihayet bu hükümlerle, vasilik, vesayet organları yürürlükten kaldırılarak, bunların yerine altı tür kayımlık öngörülmüştür. Son olarak devleti ilgilendiren; merkezi ve yerel yetişkinleri koruma makamlarının görev ve sorumluluklarıyla ilgili hükümler de yenilikler arasındadır.

Yaşam sürelerinin uzaması ve aynı zamanda akıl hastalıklarının da yaygınlaşması olguları karşısında hukuk düzenlerinin bu konuda önceden tedbirler alması kaçınılmazdır. Bu düşünceyle, "Bakım

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

vekâleti” ve “Hastalık öncesi tıbbi tedaviye yönelik talimat ve tedavi vekâleti” şeklindeki müesseseler, bu tedbirler hakkında söz söyleme yetkisini kişinin kendisine bırakmıştır. Böylece, kişinin kendi kaderini belirleme hakkının geliştirilmesi ve teşvik edilmesi amaçlanmıştır. Bundan başka, bir kişinin ileride fiil ehliyetini kaybetmesiyle; o kişinin yakınlarının resmi makamlara başvurarak koruma ve bakım konusunda birtakım tedbirleri alma süreci ortadan kaldırılarak, hem yakınlar, hem de resmi makamlar açısından kolaylık sağlanmıştır.

Bakım vekâletinde kişi fiil ehliyetine sahip olduğu zamanda, ileride ayırt etme gücünü kaybederse, kendisinin bakımını ve malvarlığının yönetimini üstlenecek veya kendisini hukuki işlemlerde temsil edecek bir kimseyi tayin etmektedir.

Hastalık öncesi tıbbi tedaviye yönelik talimatta, fiil ehliyetine sahip kişi, ileride ayırt etme gücünü kaybederse, hangi tıbbi tedbirleri onayladığını veya onaylamadığını belirtmektedir. Diğer bir durum olan; hastalık öncesi tıbbi tedaviye yönelik vekâlette ise kişi bu konuda karar verme yetkisine sahip bir kişiyi tayin etmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi, bakım vekâleti veya tıbbi tedaviye yönelik vekâlet dolayısıyla bir kişi tayin edilmemişse, belirli derecedeki yakınlar, kanunen bu yetkiye sahip kabul edilmektedir.

Yetişkinlerin korunmasıyla ilgili hükümler arasında bir bakım veya huzur evinde yaşayan ve fiil ehliyeti olmayan kişileri koruyucu hükümler de öngörülmektedir. Bu konuda, bu kişiler için yazılı bakım sözleşmesi yapılması ve sağlanan bakım hizmeti açısından açıklık, şeffaflık özellikleri aranmaktadır. Ayrıca hareket serbestisini kısıtlayan tedbirlerin uygulanma şartları da ortaya konulmaktadır.

İsviçre Hukukunda, eski düzenlemede yer verilen vasilik, kayımlık ve yasal danışmanlık gibi vesayet makamlarının yeterli korumayı sağlayamadığı düşüncesiyle bunların birleşimi olan bir huku-

ki kurum olarak kayyımlik makamı kabul edilmiştir. Yetkilerin tek elde toplanmasının amacı, eski uygulamada vesayet makamlarının kanunla sayılan görevleri çerçevesinde almış oldukları kalıplaşmış tedbirleri aşarak, her olaya kendi özellikleri çerçevesinde ve ölçülülük ilkesine uygun şekilde tedbirler alabilmektir. Kayyımlik çatısı altında altı tür kayyımlik öngörülmektedir: “belirli işlerde birlikte hareket etme kayyımliği”, “temsil kayyımliği”, “malvarlığı yönetimi kayyımliği”, birleşik kayyımlik”, “belirli işlemlerde onay kayyımliği” ve “kapsamlı kayyımlik”.

Yukarıda değinildiği gibi İsviçre Hukuku, vesayetle ilgili getirmiş olduğu yeniliklerle, hukukumuzdaki mevcut düzenlemeler karşısında, kişinin iradesini ön plana almış ve böylece geleceğe ilişkin tedbirlere yer vermiş, ayrıca vesayet makamları hakkında da önemli radikal değişikliklere giderek somut olayın özelliklerini ön planda tutmuştur. Bu yönden Türk Hukukundaki düzenlemeler, İsviçre’deki değişiklikten önceki düzenlemelere benzemekte, bu sebeple eksik ve yetersiz kalmaktadır. Türk Medeni Kanunu’nun 396-494. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan vesayet düzenlemelerinde yetkili resmi makamlarca alınan göreve bağlı üç tedbir öngörülmektedir: Vasilik (TMK. m. 404-408), Yasal Danışmanlık (TMK. m. 429) ve Kayyımlik (TMK. m. 426-428). Anılan resmi makamların görev, yetki sınırları ve alınabilecek tedbirler Türk Medeni Kanunu’nda ayrıntılı olarak belirtilmişse de, gelişen toplum yapısı ve ihtiyaçlar doğrultusunda bunların yetersizliği artık hissedilmektedir. Hukukumuzdaki diğer mevzuat hükümleri de (Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve Hasta Hakları Yönetmeliği) gerekli düzenlemeleri içermemektedir.

Ülkemizin taraf olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi de, vesayet hukukunda değişiklik getirme noktasında zorlayıcı bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sözleşme özellikle ayırt etme gücü bulunmayan hastalara yapılacak tıbbi müdahalelerde sadece doktorların karar vermesini yasaklamakta, bu konuda kişinin

önceden açıklamış olduğu isteklerine veya temsilcisinin ya da kanunen yetkili makamların iznine önem vermektedir.

Çalışmamızda, öncelikle İsviçre Hukukunda yetişkinlerin korunması hakkında getirilen yeniliklere değinilmeye çalışılacaktır. Yeniliklerin incelendiği her başlık altında konuyla ilgili Türk hukukundaki mevcut düzenlemeler de kıyaslanarak ele alınacaktır. Son olarak yeniliklerin hukukumuz açısından uygulanabilirliği noktasında, tavsiye ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

