

YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI

Yard. Doç. Dr. Canan YILMAZ*

ÖZ

Kişisel ilişki kurma hakkı, uluslararası sözleşmelerde ve pekçok ulusal hukuk sisteminde, sadece ana babaya tanınan bir hak olarak değil, aynı zamanda çocuk açısından da bir “hak”, yani “karşılıklı bir hak” olarak düzenlenmiştir. Kişisel ilişki kurma hakkına sahip olanlar; “ana-baba, çocuk ve büyük anne ve büyükbabalar vb. gibi üçüncü kişiler”dir. Hakimin kişisel ilişki kurulması konusundaki kararında birincil ve en üst ilke olarak belirleyici olan etken, istisnasız bütün uluslararası ve ulusal pozitif hukuk metinlerinde de kabul edildiği üzere; “çocuğun yararı” kavramı olmalıdır. Ayrıca, hem kişisel ilişkinin kurulup kurulmaması noktasında hem de kişisel ilişkinin içeriğinin belirlenmesinde çocuğun isteği ve görüşünün de dikkate alınması gerektiği uluslararası sözleşmelerde, ulusal hukuk sistemlerinde ve öğretide kabul edilmektedir. Bu doğrultuda; ayırt etme gücüne sahip küçüğün kural olarak dinlenmesi gerekli olup çocuğun, kişisel ilişkiyi reddetmesi halinde kişisel ilişki kurma talebinin de çocuğun yararına uygun olmaması sebebiyle reddedilmesi gerekir. Yargıtay da; kişisel ilişkinin kurulmasında ve kapsamının belirlenmesinde; çocuğun görüşünün yeterli idrak gücüne sahipse alınması gereğinin yanısıra çocuğun yaşı, eğitimi, okul dönemleri, okul tatilleri, kurs dönemlerinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini ilke kararı olarak benimsemektedir. Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun yararı tehlikeye girerse, ana ve baba çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezlerse, çocuk fiziksel şiddete uğrar veya cinsel istismara maruz kalırsa veya kişisel ilişki kurma hakkı sahibinin özellikle çocuğu kaçırmaya söz konusu ise kişisel ilişki kurma hakkı, kesin olarak ve tamamen kaldırılabilir, belirli bir süre ile durdurulabilir veya sınırlandırılabilir. Her ne kadar kişisel ilişkinin kesin olarak kaldırılmasına, bir son çare (ultima ratio) olarak başvurulsa da, doktrinde, özellikle kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın, çocuğa cinsel istismarda bulunacağı yönünde ciddi bir şüphe olması ya da çocuğa şiddet uygulayacağı endişesinin olması halinde, hakimin tayin edeceği bir üçüncü kişinin refakati ve nezaretinde görüşme imkanı olmadığı sürece kişisel ilişki kurma yolunun kapalı olduğu kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Çocukla Kişisel İlişki Kurulması, Çocuğun Üstün Yararı, Çocuğun Dinlenme Hakkı, Kişisel İlişkinin Sınırlandırılması ve Kaldırılması, Yargıtay Kararları.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, [canan.yilmaz@marmara.edu.tr].

ESTABLISHING PERSONAL RELATIONSHIP WITH THE CHILD UNDER THE DECISIONS OF TURKISH COURT OF APPEALS

ABSTRACT

Establishing a personal relationship with the child is not solely recognised as a right only for the parents but also for the child, and is namely stated as a “vice versa/reciprocal” right in the context of international treaties and in many national legal systems. Parents, child and third persons such as grand mothers and grand fathers have the right to establish a personal relationship. ‘Child’s best interest’ must be the primary and the ultimate principle and the decisive factor in the judge’s decision as it is accepted without exception in all international and national positive law contexts. Besides, child’s opinion and desire should also be taken into consideration, both when maintaining a personal relationship and also when determining the content of it, as it is accepted in international treaties, national legal instruments and doctrines. Hence, the child who has the mental competence should be listened, and when the child rejects the personal relationship, the demand must be refused due to the fact that it is not suitable for the interest of the child. The Turkish Court of Appeals also considers as a principle that when establishing a personal relationship and determining the scope of it, besides the requirement of the child’s opinion to be listened, the age of the child, the education of the child, school terms, holidays and courses must also be taken in account. When the interest of the child is under threat because of the personal relationship and when the mother and father are not seriously take care of the child, when the child is subjected to physical violence or sexual abuse or especially in the case of child abduction by the right holder; the right of establishing personal relationship is absolutely and totally terminated, suspended for a limited time or restricted. Although the termination of the contact is applied as “ultima ratio”, it is accepted in the doctrine that, especially in the case of serious doubt about sexual abuse of the child by the right-holder or the implementation of violence; unless there is a possibility of contact under the supervision of a third party, the maintenance of the personal relationship should be ended.

Keywords: *Personal Relationship with the Child, Contact with the Child, Best Interest of the Child, Child’s Right to be Heard, Limitations to the Right of Contact With the Child and Termination of the Right of Contact, Court of Appeals’ Decisions.*

Kişisel ilişki kurma hakkı, Türkiye’nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesi¹ (m.9/3)² ve Avrupa Konseyi Ço-

¹ R.G. 27.01.1995-22184.

² Tekin AKILLIOĞLU, *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Üzerine Gözlemler*, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, AÜ.SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:13, Andlaşmalar Dizisi No:1, Ankara 1995, 1vd.; Ali Naim İNAN, *Çocuğun Korunmasında Medeni Kanun’umuzun ilkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları*, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul, 1999, 703 vd.; Emine AKYÜZ, *Medeni Kanun’un Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi*, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, 647 vd.

cuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi (m. 4/1)³ gibi uluslararası pozitif hukuk metinlerinde⁴ ve birçok ulusal hukuk sisteminde de açıkça belirtildiği gibi, sadece ana babaya tanınan bir hak olarak değil, aynı zamanda çocuk açısından da bir “hak”, yani “karşılıklı bir hak” olarak düzenlenmiştir. Zira, kural olarak çocuğun ana ve babasının her ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurması ve doğrudan görüşmesi onun sağlıklı bir birey olarak özellikle duygusal ve psikolojik gelişimi açısından gereklidir. Bu hak, evlilik içi, evlilik dışı, evlat edinilen çocukların tümü açısından söz konusudur.

Kişisel ilişki kurma hakkına sahip olanlar arasında; “ana-baba, çocuk ve üçüncü kişiler” yer almaktadır.

§1. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Amacı, Hukuki Niteliği ve Uygulama Alanı

I. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Amacı ve Hukuki Niteliği

Kişisel ilişki kurma hakkı; ergin olmayan çocuk ile ebeveynleri arasındaki iç ilişkiyi kurma ve koruma amacına hizmet etmektedir⁵. Kavram, uygulamada kısaca “ziyaret hakkı” olarak kısaltılmaktadır⁶.

Çocuklar, ana ve babalarının boşanma veya ayrılma sürecinde ve sonrasında aralarındaki çatışma ve çekişmeleri sıkıntılı bir şekilde yaşadıkları gibi aynı zamanda ebeveynlerden birini kaybetmenin kaygısını da taşımaktadırlar. Aslında, çocukların yaşadıkları bu endişe ve kaygıları mümkün olduğu kadar düşük düzeyde tutmak, ebeveynlerin asıl amacı olmalıdır. Bu bağlamda, İsviçre Federal Mahkemesi de çocuğun her iki ebeveyni ile olan ilişkisi gibi çocuğun kökenini bulmasında ebeveynlerin rolüne de değer atfetmek-

³ R.G. 17.11.2011-28115.

⁴ <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>. Erişim tarihi: 01.11.2015.

⁵ Andrea BÜCHLER / Annatina WIRZ, FamKomm., Scheidung, Band I, ZGB in: Ingeborg SCHWENZER (Hrsg.) 2. Aufl., Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, Art. 273-Art. 275a, Bern 2011; Art. 273; N. 2; SCHWENZER, Ingeborg, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB (Herausgeber: HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas), 3. Aufl., 2010, Art. 273, N. 6.

⁶ Richard BLUM, Der Persönliche Verkehr mit dem unemündigen Kind gemäss Art. 273-275 ZGB (Besuchsrecht), Diss. Zürich 1983; SUTTER-SOMM Thomas/KOBEL Felix; Familienrecht, 2009, N. 580.

tedir⁷. Kural olarak çocukla iletişimin ziyaret şeklinde kurulması çocuğun yararınadır, ancak bu kural, istisnasız bir şekilde geçerli olmamaktadır⁸.

Çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişimi için ebeveynlerin, özellikle “çift olarak” ayrılmalarından çok “ebeveyn olarak” ayrılmalarının daha uygun bir şart olduğu ve çocuklarının menfaati ve bu anlamda çocuğun ziyaret hakkı sahibi ebeveynle mümkün olduğu kadar çatışmasız bir şekilde iletişim kurabilmesi için ebeveynlerin boşanma sonrası birbirleriyle işbirliği içinde bulunmalarının olması gereken davranış modeli olduğu belirtilmektedir⁹. Bu çerçevede; çocuğu ziyaret hakkına sahip olan ebeveyn bu hakkını kullanırken, çocuğun kendisine bırakıldığı ebeveyn de, çocukla diğer ebeveyn arasındaki kişisel ilişkiyi desteklemeli ve çocuğu bu iletişimin korunması için olumlu yönde teşvik ederek, onu hazırlamalıdır¹⁰.

Ebeveynin çocuk ile kişisel ilişki kurması kendisi için hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Bu sebeple, doktrinde kişisel ilişki kurma hakkı “yüküm-hak” (Pflichtrecht) olarak tanımlanmaktadır¹¹.

⁷ BGer, 26. 11.2008, 5A_409/2008, E.3.2; BGer, FamPra.ch 2007, 721, 722; BGer, FamPra.ch 2007, 713, 715; BGer, FamPra.ch 2005, 393, 395; BGer, 3.5.2007, 5C.10/2007, E.3; BGer, 9.2.2007; 5C.11/2006, E.5.1; BÜCHLER/WIRZ, Art. 273, N. 13; VETTERLI Rolf, Das Recht des Kindes auf Kontakt zu seinen Eltern, FamPra.ch 2009, 23, 24.

⁸ BÜCHLER/WIRZ, Art. 273, N. 13.

⁹ BÜCHLER/WIRZ, Art. 273, N. 14.

¹⁰ BGer, FamPra.ch, 2005, 162, 163; SCHWENZER, Basler Komm., Art. 273, N. 5; BÜCHLER Andrea/VETTERLI Rolf, Ehe, Partnerschaft, Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht des Schweiz, 2011; 235; HAUSER Heinz/GEISER Thomas/AEBI-MÜLLER E. Regina, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2007, 153(N.10.130); BÜCHLER/WIRZ, Art. 273, N. 11.

¹¹ HEGNAUER Cyril, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 2. Teilband, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art. 270-275 ZGB, Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art. 276-295 ZGB, Bern 1997, Art. 273, N. 57; BLUM, Persönlicher Verkehr, 54; BÜCHLER/WIRZ; Art. 273, N. 4; HEGNAUER Cyril, “Persönlicher Verkehr-Grünlagen”, ZVW 1993, s. 4; SCHWENZER, Basler Komm., Art. 273, N. 4; BREITSCHMID Peter, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Art. 273, N.1; SCHNYDER, Bernhard, Die ZGB-Revision 1998/2000 (Personenstand, Eheschließung, Scheidung, Kindesrecht, Zürich 1999, s. 402; SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO/Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002, s.105; Bilge ÖZTAN, *Aile Hukuku*, Ankara, 2015; 1025; Fulya ERLÜLE, *Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması*; e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/article/download/. erişim tarihi: 01.11.2015; s. 219-220.

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı “velayet hakkından bağımsız”, kişilik hakkının içeriğinde yer alan bir değerdir. Bu sebeple bu haktan feragat edilemez ve hak devredilemez¹². Bu doğrultuda, ana ve babadan birinin bu haktan feragat etmesine ilişkin anlaşmalar kesin hükümsüzdür¹³.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 4.2.2014 tarih ve E. 2013/11644, K. 2014/1866 sayılı kararında taraflar arasındaki anlaşmalı boşanma protokolünde, çocuklarla baba arasında protokolde gösterilen günlerde ve saatlerde kamuya açık mekanlarda ve gözetim altında kişisel ilişki tesis edileceği, bunun dışında çocuklar on sekiz yaşını bitirinceye kadar babanın internet, telefon veya sair olanakları kullanarak iletişim kuramayacağı veya tesadüfi olarak şahsi münasebet tesis edemeyeceği, yine çocuklar ergin oluncaya kadar velayet hakkının anneden alınması veya kaldırılması ve kişisel ilişki süresinin genişletilmesi için talepte bulunmayacağını belirtilmektedir. Yargıtay, protokolde “velayetin kaldırılması ve kişisel ilişkinin genişletilmesi davası açılmayacağı şeklindeki medeni hakları kullanmaktan feragate ilişkin taahhütlerin medeni hakları kullanma ehliyetinden önceden vazgeçme niteliğinde olup çocukların yüksek yararlarına açıkça aykırı olduğunu, içerdiği şartlardaki kısmi hükümsüzlüğün boşanma protokolünün tamamını hükümsüz kılacağına” hükmetmiştir.

II. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Uygulama Alanı

Kişisel ilişki kurma hakkı, genellikle boşanma ve ayrılığa karar verilmesi sonrasında gündeme gelse de, uygulama alanı bu kurumlarla sınırlı değildir, aslında çok daha geniş bir uygulama alanına sahiptir¹⁴:

1. Boşanma (Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 182/I-II, m. 336/III)

¹² BÜCHLER/WIRZ, Art. 273, N. 3; SCHWENZER, Basler Komm., Art. 273, N. 3; HEGNAUER, “Persönlicher Verkehr-Grundlagen”, ZVW 1993, s. 4; BREITSCHMID, Art. 273, N.1; HEGNAUER, Berner Komm., Art. 273, N. 53 vd; Mustafa DURAL / Tufan ÖĞÜZ / Alper GÜMÜŞ, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 2016, 602334; ÖZTAN, 1027-1028; Turgut AKINTÜRK / Derya Ateş KARAMAN, *Türk Medeni Hukuku, II. Cilt, Aile Hukuku*, 2016, 396; Ahmet M. KILIÇOĞLU, *Aile Hukuku*, Ankara 2015, 602; Cem BAYGIN, *Soybağı Hukuku*, İstanbul, 2010, 105; Gül DOĞAN, *Çocuk ile Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı*, Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, 530.

¹³ BÜCHLER/WIRZ, Art. 273, N. 3; AKINTÜRK/ KARAMAN, 396.

¹⁴ Bkz. ÖZTAN, 1028-1029; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 334.

2. Ayrılığa Karar Verilmesi (TMK m. 182/I-II, m. 336/II)
3. Ortak Hayata Ara Verilmesi (TMK m. 197/IV, m. 336/II)
4. Ana ve Babanın Evli olmaması (TMK m. 337, m. 323)
5. Ana ve Babadan Velayet Hakkının Kaldırılması (TMK m. 348, m. 323) veya Velayetin Değiştirilmesi
6. Ana ve Babanın Velayet Hakkı Kaldırılmamakla Birlikte Çocuğun TMK m. 347 Uyarınca bir Aile Yanına veya Kuruma Yerleştirilmesi (TMK m. 323)

§2. Ana ve Babanın Çocukla Kişisel İlişki Kurması

Öncelikle belirtilmelidir ki hem ana babanın hem de üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurabilmeleri ancak mahkeme kararıyla mümkündür. Kişisel ilişkiye yönelik olarak mahkeme kararıyla bir düzenleme yapıncaya kadar, velâyet hakkına sahip veya çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında kişisel ilişki kurulamaz. (TMK m. 326/III)

I. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Şartları

- 1. Kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin temel hüküm olan TMK m. 323 uyarınca; “Ana ve babadan her biri, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile “uygun kişisel ilişki kurulmasını” isteme hakkına sahiptir.**

Türk Medeni Kanununun 323. maddesine göre kişisel ilişkinin kurulması için çocuğun ana veya babanın velâyeti altında bulunmaması ya da ana veya babanın velâyeti altında olmakla birlikte çocuğun ana veya babaya bırakılmamış olması gereklidir. Aynı zamanda Türk Medeni Kanununun m. 182/I ve II de velâyetin kullanılması kendisine verilmemiş olan eşin çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Hâkim, TMK m.182/I gereğince boşanmaya veya ayrılığa karar verdiğinde; çocukla velâyet hakkına sahip olmayan ana veya baba arasındaki kişisel ilişkiyi, TMK'nın 323. maddesindeki talep şartından farklı olarak re'sen düzenleyecektir.

A. Velayeti Altında Bulunmayan Kavramı

Türk hukukunda evlilik birliğinin devam etmesi dışında ortak velayet kabul edilmediği (İsviçre, Almanya, Avusturya, İngiltere gibi birçok ülkeden farklı olarak) için tarafların boşanması, ayrılığa karar verilmesi, ortak hayata son verilmesi halinde hakim velayeti eşlerden birine verecek, ana baba evli değilse velayet TMK m. 337 uyarınca kural olarak anaya ait olacaktır. Aynı şekilde anan babadan birinden veya her ikisinden velayet hakkının kaldırılması halinde de taraflar velayet hakkına sahip olamayacaklardır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin, E. 2011/2727, K. 2012/204, T. 16.1.2012 tarihli¹⁵ kararında, Yüksek Mahkeme; BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesine atıfta bulunarak velayet hakkının kaldırılmasının Ana ve Babanın Çocukları İle Kişisel İlişki Kurma Hakkını Ortadan Kaldırmayacağı, Çocuğun Sadece Yüksek Yararları Gerektirdiği Takdirde veya Ana ve Babanın Bu Haklarını Amacına Aykırı Kullanmaları Halinde bu hakkın Kısıtlanabileceğine, buna ilişkin delil bulunmadığından çocuk ile uygun sürelerle kişisel ilişki kurulabileceğine hükmetmiştir.

Çocuğun evlatlık verilmesi hâlinde ana babanın velâyet hakkına sahip olmamakla birlikte soybağı ilişkisi devam ettiği için, çocuğun menfaatine uygun düştüğü, çocuğun yararı gerektirdiği ölçüde çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip oldukları öğretide¹⁶- tartışmalı olmakla birlikte¹⁷- ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin E. 2012/2698, K. 2012/22458, T. 25.9.2012 tarihli¹⁸ kararında, sosyal inceleme raporunda evlatlık olan küçüğün öz annesini bildiği ve ilişkilerinin koparılmasının küçük üzerinde olumsuz etki doğuracağı, kişisel ilişki kurulmasının küçüğün gelişimine katkı sağlayacağını bildirildiğini, bu sebeple küçük ile öz anne arasında uygun sürelerle kişisel ilişki tesisine hükmetmiştir.

¹⁵ www.kazanci.com.tr Erişim tarihi: 01.11.2015.

¹⁶ Bkz. İlknur SERDAR, *Kişisel İlişki Kurma Hakkı*, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı: 2007, İzmir 2007, 753-754. Ayrıca bkz. ÖZTAN, 1032-1033, dn. 849 ve orada anılan yazarlar. Aksi görüş, ÖZTAN, 1025.

¹⁷ ÖZTAN, 1029; SERDAR, 753.

¹⁸ www.kazanci.com.tr Erişim tarihi: 01.11.2015.

B. Ana veya Babanın Velâyeti Altında Olmakla Birlikte Çocuğun Ana veya Babaya Bırakılmamış Olması

Ana baba velayet hakkına sahip olmakla birlikte hakim çocuğu ana baba olarak bir başka ailenin yanına veya bir kuruma yerleştirebilir.

Bu çerçevede, özellikle vurgulanmalıdır ki, kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan tarafın velayet hakkına sahip olması gerekmediği gibi çocuğun kendisine bırakılmış olması da şart değildir.

Ancak, TMK m. 323 uyarınca kişisel ilişki kurulabilmesi için ana ve babanın çocukla soybağı ilişkisinin, örneğin babanın babalığa hüküm veya tanıma yoluyla kurulması şartı aranmaktadır¹⁹. Soybağı ilişkisi kurulmamışsa, biyolojik (genetik) babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı sadece Türk Medeni Kanununun 325 maddesine göre, üçüncü bir kişi gibi söz konusu olabilecektir²⁰.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2010/1835, K. 2011/7395, T.2.5.2011, kararında, Davacı ile çocuklar arasında soybağının hakim kararıyla kurulduğuna, soybağı ilişkisi kurulduğuna göre, davacının kural olarak çocuklarla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olduğu, gerektiğinde uzmanlardan görüş de alınarak davacı ile çocuklar arasında kişisel ilişki tesisi konusunda bir karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

2. Hakimin kişisel ilişki kurulması konusundaki kararında “hareket noktası olan, onu yönlendiren, adeta rotasını çizen ve belirleyen birincil, temel ve nihai düşünce”: “ÇOCUĞUN YARARI”(THE BEST INTEREST OF THE CHILD/KINDESWOHL) Kavramı²¹

Çocuk Hukukuna damgasını vuran, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 3, Avrupa Konseyi Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi (m. 4, m. 5, m.6, m. 7, m. 8) gibi uluslararası pozitif hukuk

¹⁹ BÜHLER/WIRZ, Art. 273, N. 12.

²⁰ HEGNAUER, BernerKomm, Art. 273, N. 26 vd.; SCHWENZER, Art. 273, N. 8; ÖZTAN, 1028; STETTLER Martin, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, BD. III/2(Das Kindesrecht), Basel, 1992. , SPR III/2, 237.

²¹ <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>. İlke: 3:3; erişim tarihi: 01.10.2015; Bkz. BOELE-WOELKI Katharina/MARTINY Dieter, The Commission on European Family Law (CEFL) and its Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, ERA Forum, 2007, 128.

metinlerinde ve birçok ulusal hukuk sisteminde temel düşünce olarak açıkça düzenlenen “çocuğun yararı” (the best interest of the child/Kindeswohl) kavramı çocukla kişisel ilişki kurulması noktasında da merkez kavram olma özelliğini korumaktadır²².

Çocukla kişisel ilişki kurulması konusunda ebeveynlerin menfaatleri ile çocuğun menfaatlerinin çatışması olasılığında “çocuğun menfaatleri” korunarak, çocuğun menfaatlerine üstünlük tanınmalı, ana babanın menfaatleri ikinci planda gündeme gelmelidir. Başka bir ifadeyle, çocuğun yararı kavramı birincil ve en üst ilke olarak dikkate alınmalı ve hakim çocuğun yararı kavramı ekseninde kararlara hükmetmelidir²³. Ancak, varılan bu yargı, ana babanın menfaatlerinin tamamen dışlanacağı anlamına gelmemektedir, zira genellikle çocuğun yararı, yalnızca ana-babasının menfaatleri ile koordineli bir şekilde elde edilebilmektedir. Ancak, önemli olan, menfaatlerin çatışmasında çocuğun yararının her zaman önceliği alacak olmasıdır²⁴.

Bu çerçevede, çocuğun yararı, çocukla ebeveynleri arasında kişisel ilişki kurulması noktasında dikkate alınması gereken faktörler arasında yer alan bir etken değil, tam aksine birincil ve en öncelikli ilkedir²⁵.

Tüm uluslararası pozitif hukuk metinlerinde ve ulusal hukuk sistemlerinde “çocuğun yararı” kavramının tanımlanmasından özellikle kaçınılmış, bu kavramın somut olaydaki çocuğun yaşı, olgunluğu, kişiliği, ihtiyaçları, yetenekleri, sağlığına bağlı olarak ve çocuğun içinde bulunduğu sosyo-

²² BOELE-WOELKI/MARTINY, 128; SCHWENZER Ingeborg & DIMSEY Mariel, Model Family Code, From a Global Perspective, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006; 92, N. 1; SMITH Lucy, “Recent Developments in Child Law”, European Challenges in Contemporary Family Law (BOELE-WOELKI Katharina/SVERDRUP Tone), 2008, 60; BÜHLER/WIRZ, Art. 273, N. 21; SCHWENZER, Art. 273, N. 9; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 335; ÖZTAN, 1029; STETTLER, SPR III/2, 237; SEROZAN Rona, Çocuk Hukuku, 2005, 241; HAUSHEER/GEISER, /MÜLLER- AEBI, 286; BREITSCHMID, Handkomm., Art. 273, N.4; ERLÜLE, 225.

²³ BOELE-WOELKI/MARTINY, 129; SCHWENZER, Art. 273, N. 9; SCHWENZER / DIMSEY, Model Family Code, 92, N. 1; HAUSHEER/GEISER/MÜLLER-AEBI, 286; BREITSCHMID, Handkomm., Art. 273, N.4; Rona SEROZAN, Çocuk Hukuku, 2005, 241; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 335; KILIÇOĞLU, 603; Saibe OKTAY ÖZDEMİR, *Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı*, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C.II, İstanbul 2009, s.1225, ERLÜLE, 225.

²⁴ SCHWENZER /DIMSEY, Model Family Code, 92, N. 1.

²⁵ SCHWENZER /DIMSEY, Model Family Code, 92, N. 1.

kültürel yapıya göre farklılık gösterecek esnek bir çerçeve kavram olarak nitelendirilmiştir²⁶. Üstelik bu kavramın tanımlanması sadece hukuk doktrininin görev alanına girmemekte, özellikle pediatri, psikoloji ve çocuk psikiyatrisi gibi disiplinlerarası birçok bilim dalı ile yakın ve koordineli bir çalışmayı gerektirmektedir²⁷.

Çocuğun yararı kavramı hala yetişkinler tarafından belirlense de²⁸ anılan kavram daima çocuğun perspektifinden onun mevcut ve gelecekteki istek ve ihtiyaçları da dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, çocuğun yararı kavramında belirleyici faktör olarak elbette ki çocuğun yaşı ve olgunluğu da göz önünde bulundurularak çocuğun gerçek düşünceleri ve istekleri dikkate alınmaktadır²⁹.

Bu çerçevede, aile mahkemesi boşanma davasında ana ve babanın çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenlerken çocuğun sağlık durumunu, sağlık durumunun uzun seyahatlere uygunluğunu dikkate almalıdır³⁰.

TMK m. 182’de boşanma ve ayrılığa karar verecek olan hakim olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenleyeceği ve velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas tutulacağı ifade edilmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 13.4.2010 tarih ve E. 2010/734, K. 2010/7240 sayılı kararında³¹, Türk Medeni Kanununun 182/2 ve 324/2. maddeleri uyarınca kişisel ilişki düzenlenmesinde çocuğun sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas tutulduğuna, toplanan delillerden ve özellikle baba

²⁶ BOELE-WOELKİ/MARTINY, 128; Gülçin ELÇİN GRASSİNGER, *Çocuğun Menfaati Gereği Görüşününün Alınmaması Gereken Durumlar*, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, 825.

²⁷ SCHWENZER /DIMSEY, Model Family Code, 92, N. 2.

²⁸ SCHWENZER /DIMSEY, Model Family Code, 93, N. 1.

²⁹ BOELE-WOELKİ/MARTINY, 128.

³⁰ Ömer Uğur GENÇCAN, *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku*, Ankara, 2015, 1300-1301; Yarg. 2.H.D., 12.03.2007, 3111 – 3779, Yarg. 2.H.D., 31.05.2007, 15598 – 9133, Yarg. 2.H.D., 30.03.2009, 3332 – 5889.

³¹ www.kazanci.com.tr

hakkında düzenlenen iddianame içeriğinden ve küçüğün tercihi de dikkate alınarak her iki çocukla baba arasında kişisel ilişkinin kurulması halinde huzurlarının tehlikeye gireceği, fikri gelişimlerinin olumsuz etkileneceğinin anlaşıldığının, açıklanan sebeplerle davalı ile küçükler arasında kişisel ilişki kurulmasının doğru bulunmadığı yönünde, karar vermiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 21.9.2010 tarih ve E. 2009/2185, K. 2010/15006 sayılı kararında³²; “psikolog raporunda çocukların babaları ile görüşmesinin psikolojik ve duygusal gelişimi için gerekli olduğu belirtildiğinden babanın çocuklarıyla kişisel ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin davanın reddi” gerektiğine hükmetmiştir.

3. Çocuğun Dinlenmesi

BM Çocuk Hakları sözleşmesi m. 12 uyarınca; Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanınacağı, bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatının çocuğa sağlanacağı hükme bağlanmıştır.

Avrupa Konseyi Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinde de;

Madde 6-“ Çocuğun bilgilendirilme, danışılma ve görüşlerini ifade etme hakkı “İç hukukuna göre yeterli ayırt edebilme yeteneğine sahip olduğu kabul edilen bir çocuğun kendi yüksek yararlarına açıkça aykırı olmadıkça:

- ilgili tüm bilgileri almak;

- danışılmak;

- görüşlerini ifade etmek haklarına sahip olduğu belirtilerek, çocuğun, söz konusu görüşleri ile anlaşılabilir istek ve duygularına gereken önemin verileceği” düzenlenmiştir.

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. maddesinde “Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir

³² Yarg. 2. H.D.,E. 2009/2185, K. 2010/15006, T. 21.9.2010, www.kazanci.com.tr.

çocuğa, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda; yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir; a) ilgili tüm bilgileri almak; b) kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek; c) görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek” şeklinde hüküm yer almaktadır.

Bu çerçevede, kişisel ilişkinin kurulmasında çocuğun isteği ve görüşünün de dikkate alınması gerektiği hem uluslararası sözleşmelerde hem de ulusal hukuk sistemlerinde ve öğretide kabul edilmektedir³³. Dolayısıyla, çocukla ana baba arasında hem kişisel ilişkinin kurulup kurulmaması noktasında hem de kişisel ilişkinin içeriğinin belirlenmesinde ayırt etme gücüne sahip küçüğün görüşlerini ve isteklerini ifade edebilmesi için dinlenmesi de gerekmektedir³⁴. Ayırt etme gücüne sahip bir çocuğun, kişisel ilişki kurmaktan kaçınması, kişisel ilişkiyi reddetmesi halinde kişisel ilişki kurma talebinin de çocuğun yararına uygun olmaması sebebiyle reddedilmesi gerekir. Zira çocuğun şiddetle kişisel ilişkiyi reddetmesine rağmen kişisel ilişkinin zorla kurulması mümkün olmadığı gibi, böyle bir durum çocuğun kişilik hakkının ihlalini de oluşturur. Çok daha küçük yaştaki çocukların kişisel ilişkiyi reddetmesi halinde dahi bunun sebeplerinin incelenmesi gerektiği, özellikle çocuğa şiddet uygulanıp uygulanmadığının araştırılarak bir sonuca varılması gerektiği belirtilmektedir³⁵.

Doktrinde çocuğun psikolojik gelişimi bakımdan iradesini beyan etme olgunluğu ile hukuki açıdan iradesini beyan etme olgunluğunun aynı düzeyde olmayabileceği belirtilmektedir. Çocukların anlama düzeyleri her zaman biyolojik yaşları ile bağlantılı değildir³⁶.

³³ BOELE-WOELKI Katharina, *Commen Core and Better Law in European Family Law*, 2005, 158; BÜCHLER/WIRZ, Art. 273, N. 28, N. 21; ÖZTAN, 1029; VETTERLI Rolf, *FamKomm.*, *Scheidung*, Band I, ZGB in: Ingeborg SCHWENZER (Hrsg).2. Aufl., *Vorbemerkung zu Art. 175-179*, Bern 2011; Art. 176, N. 3. Ayrıca bkz. VETTERLI, *FamPra.ch*, 2009, 23, 32 vd.; KILIÇOĞLU, 603.

³⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 335; SCHWENZER, Art. 273, N. 11; BÜCHLER/WIRZ, Art. 273, N. 28; ÖZTAN, 1029-1030; VETTERLI, , *FamKomm.*, Art. 176, N. 3; GRASSİNGER-ELÇİN, 835; OKTAY-ÖZDEMİR, 1228. Ayrıca bkz. VETTERLI, *FamPra.ch*, 2009, 23, 32 vd.

³⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 335; SCHWENZER, Art. 273, N. 11; BÜCHLER/WIRZ, Art. 273, N. 28; ÖZTAN, 1029-1030; VETTERLI, , *FamKomm.*, Art. 176, N. 3. Ayrıca bkz. VETTERLI, *FamPra.ch*, 2009, 23, 32 vd.

³⁶ GRASSİNGER-ELÇİN, 836-837.

Çocuğun dinlenebilmesi için ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı ve bu kapsamda bir yaş sınırının olup olmadığı Yargıtay uygulamasına göre belirlenecektir. Bu doğrultuda Yargıtay, on yaşından itibaren çocukların görüş açıklayabileceği içtihadında bulunmuştur³⁷. İsviçre Federal Mahkemesi, çocukların en erken 12 yaşında ayırt etme gücüne sahip olduklarını kabul etmektedir³⁸. Ancak, anne babanın dinlenilmiş olması çocuğun dinlenilmesini gerekli kılmaz. Zira, çocuğun dinlenilmesi ihtiyari değil, mecburi bir kuraldır. Çocuk tarafından ifade edilen görüş de nazarı itibara alınmak zorundadır³⁹.

Ebeveynlerin Sorumluluklarına İlişkin Avrupa Aile Hukuku İlkeleri m. 3:6, “çocuğun dinlenme hakkını”⁴⁰ düzenlemiş ancak, bir çok ulusal hukuk sisteminin aksine bu konuda özel bir yaş şartı veya uygunluk ölçütü belirlememiştir. Zira, bu konuda Norveç’te 7 yaş, Bulgaristan’da 10 yaş, Danimarka ve Hollanda da 12 yaş, çocuğun asgari dinlenme yaşı olarak öngörülmüştür. Ancak, İlke 3:6’da da açıkça belirtildiği üzere, çocuğun yaşı ne kadar büyükse ve çocuk ne kadar olgunsa, çocuğun ifade ettiği görüşlere de o oranda ağırlık verilecektir⁴¹. Aile Hukukuna ilişkin uluslararası çalışmalarından bir diğeri olan, Örnek Aile Kanunu’nun (Model Family Code), “çocuğun dinlenme hakkı ve rızasının alınma hakkı”nı düzenleyen İlke 3.3’te; beş yaşın üzerindeki çocuğun kendisini ilgilendiren bütün konularda dinlenmesi gerektiği, oniki yaşın üzerindeki çocuğun isteklerine aykırı olarak herhangi bir karar alınamayacağı veya herhangi bir müdahalede bulunulamayacağı, onbeş yaşın üzerindeki çocuğun, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bütün konularda bağımsız kararlar alma hakkına sahip olduğu öngörülmektedir. Böylece, modern birçok ulusal hukuk sistemiyle uyumlu olarak, beş yaş bir sınır olarak benimsenmiştir. Ancak, burada sadece çocuğun dinlenmesine önem verilmiştir, çocuğun isteklerine ne ölçüde değer verileceği, tamamen çocuğu dinleyen makamın değerlendirilmesine bırakılmıştır⁴².

Hâkim, çocukla ana baba veya üçüncü kişilerle, kişisel ilişki kurmadan

³⁷ Ayrıntılı bilgi için ve ilgili Yargıtay kararları için bkz. OKTAY-ÖZDEMİR, 1231-1234.

³⁸ BGE 131 III 553; BGer, Fam. Pra.ch 2006, 757, 760.VETTERLİ, FamKomm., Art. 176, N. 3.

³⁹ OKTAY-ÖZDEMİR, 1228.

⁴⁰ <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>.

⁴¹ BOELE-WOELKI/MARTINY, 129.

⁴² Bkz. SCHWENZER/DIMSEY, 94-95.

önce, çocuğu ayırt etme gücüne uygun olarak doğrudan dinleyebileceği gibi, temsilci aracılığı ile dinlenerek, çocuğun farazi iradesinin araştırılması yoluna gidilebilir. Bu kapsamda çocuk, gerektiğinde çocuğun bulunduğu yuva öğretmenleri, devam ettiği kurumda yakın ilişki içinde bulunduğu bakıcı, doktor⁴³, pedagoğ, çocuk gelişim uzmanı, psikolog gibi uzmanlardan da yardım alınarak, usulüne uygun şekilde dinlenmelidir. Fakat yaşının küçüklüğü nedeniyle kendini ifade edemeyen veya henüz konuşamayan çocukların dinlenmesi söz konusu olmaz⁴⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), 17.10.2012 tarih ve E. 2012/2-401, K. 2012/723, sayılı kararında⁴⁵, uluslararası sözleşmelere atıfta bulunarak çocukla babası arasında kurulmuş olan kişisel ilişkinin cinsel istismar ve psikolojik taciz iddiasıyla kaldırılmasına ilişkin talebin değerlendirilmesinde, “yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocukların, kendilerini doğrudan ilgilendiren kişisel ilişkinin kaldırılması konusunda bizzat dinlenilerek, görüşlerini gerekçeleriyle birlikte ifade etme olanağı sağlanması; ifade edecekleri görüşlerin, çıkarlarına ters düşmediği takdirde, buna değer verilmesi ve gerektiğinde uzman bilirkişiden yeniden görüş alınmak suretiyle birlikte değerlendirme yapıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğine hükmederek, somut olayda idrak çağına geldikleri açık olan çocukların sosyal hizmet uzmanı ve psikolog tarafından dinlenilmiş ise de, mahkeme huzurunda hakim tarafından doğrudan dinlenilmemiş olmalarını” bir bozma sebebi olarak değerlendirmiştir.

YHGK anılan kararda, küçük çocukların baba ile kişisel ilişkilerinin kaldırılmasına dair kararı, daha çok çocukları ilgilendiren, onların menfaatini etkileyen bir husus olduğuna, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. ve 6. maddelerinde yer alan hükümler karşısında, kişisel ilişkinin kaldırılması istenilen çocuklar Ş. ve N.'ın, idrak çağında olmaları sebebiyle kendilerini yakından ilgilendiren bu konuda karardan doğrudan etkilenecek olan çocuklara danışılması ve görüşlerinin alınması gerektiğine hükmetmiştir.

Ancak bu noktada, özellikle velayet hakkına sahip olan tarafın da çocuk

⁴³ OKTAY-ÖZDEMİR, 1228, 1234.

⁴⁴ Bkz. ÖZTAN, 1037; SERDAR, 750.

⁴⁵ GENÇCAN, 1296.

üzerinde psikolojik baskı kurup kurmadığı, çocuğu “sistematik olarak diğer ebeveyne düşmanlaştırma faaliyeti” içinde olup olmadığı, diğer ebeveyn aleyhine yaptığı karalama ve iftira kampanyası ve beyin yıkama sürecinin var olup olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Zira, Türkçeye “Ebeveyne Yabancılaştırma Sendromu” (Parental Alienation Syndrome, PAS) olarak tercüme edilen bu durumda, çocuk diğer ebeveyni dışlamakta, onu çok kötü, tehlikeli ve adeta düşman biri olarak görerek birçok olguda diğer ebeveynle olan ilişkisini bütün yaşamı boyunca koparabilmektedir⁴⁶. Ancak elbette, çocuğun kişisel ilişkiyi reddettiği her olasılıkta, bunun çocuğun baskı altında olmasından kaynaklandığı kabul edilemez.

Hakimin her somut olayda, çocuğun kişisel ilişkiyi velayet hakkına sahip ebeveynin baskısı altında reddedip reddetmediğini araştırması ve çocuğun baskı altında kişisel ilişkiyi reddettiğinin tespiti halinde, bu durumun dikkate alınması gerekmektedir⁴⁷.

Çocuğun dinlenilmesinin amacı, çocuğun korunması, onun içten gelen (emosyonel) iradesine önem verilmesidir⁴⁸. Ancak, çocuğun dinlenilmesi, şekli bir usul hukuku kuralı değildir. Eğer, çocuğun korunması için uygun bir yer yoksa, ortam ve koşullar uygun değilse, çocuk korktuğu, tedirgin olduğu için görüşme yapmaktan kaçınıyorsa çocuk hiç dinlenmeyebileceği gibi dinlenmesi ertelenebilmelidir⁴⁹. Çocuğun duruşmalarda dinlenilmesi veya konuyla ilgili görüşüne başvurulması çocuk üzerinde travmatik etkileri olabilecek zor bir süreçtir. Bu nedenle bir çocuk, ortamın korkutucu, düşmanca, duyarlılıktan uzak veya çocuğun yaşı için uygunsuz olduğu yerlerde etkin bir şekilde dinlenemez. Çocuğun özellikle aile içinde taciz veya şiddet gördüğü olayların incelendiği durumlarda, gerekli olandan daha fazla kez görüşmeye alınmaması gerekmektedir⁵⁰.

⁴⁶ Richard A GARDNER, *Parental Alienation Syndrome*, 2nd Edition, Creative Therapeutics, Inc., Cresskill, N.J. 07626 <http://themenscentre.ca/wp-content/uploads/2013/08/Parental-Alienation-Syndrom-2nd-ed..pdf>. erişim tarihi: 01.11.2015. Ayrıca bkz. SCHWENZER, Basler Komm., Art. 273, N. 11; BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 16; VETTERLI, FamKomm., Art. 176, N. 3.

⁴⁷ BGer, FamPra.ch 2009, 513, 516; BGer, FamPra.ch 2002, 389, 392; BÜCHLER/WIRZ, Art. 273, N. 28.

⁴⁸ GÜLÇİN-ELÇİN, 836.

⁴⁹ GÜLÇİN-ELÇİN, 839-840.

⁵⁰ Bkz. Çocuk Hakları Komitesi, 51. Oturum.

Bu bağlamda, çocuğun dinlenilmesi, çocuğun menfaatini tehlikeye düşürüyorsa, ona yarardan çok zarar veriyorsa, haklı sebeplerin varlığı halinde çocuğun dinlenilmemesi gerektiği öğretide kabul edilmektedir⁵¹. Bu doğrultuda, katı şekilcilik anlayışı uygulamasının çocuk üzerinde yaratacağı psikolojik işkenceyi dikkate alan İsviçre ve Alman kanun koyucuları, çocuğun görüşünün alınması konusunu düzenlerken ayrıca çocuğun hangi durumda dinlenilmemesi gerektiğine ilişkin hükümleri de yasal olarak belirlemişlerdir⁵².

§3. Çocukla Kişisel İlişkinin Kapsamı

Çocukla kişisel ilişki kurulması çoğunlukla çocuğu ziyaret etme, onunla buluşup görüşme, onun yanında sınırlı bir süre için birlikte kalma şeklinde gerçekleşse de, bununla sınırlı değildir. Telefonla, e-posta, kısa mesaj ve görüntülü iletişim yöntemleri gibi her türlü iletişim şekli bu kapsamda yer almaktadır⁵³.

Ana ve baba anlaşmalı boşanmada, çocukla kişisel ilişkinin ayrıntılarını protokolde belirleyebilir ve bu anlaşma çocuğun yararına uygun olması ve hakim tarafından onaylanması şartıyla geçerlidir ve uygulama alanı bulur⁵⁴.

Ancak bunun dışında ana ve baba ile çocuk arasında kurulacak olan kişisel ilişkinin TMK m. 323'te açıkça belirtildiği üzere "uygun" nitelikte olması gerekir. Kişisel ilişkinin uygun nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde, hakimin takdir yetkisi çerçevesinde, kişisel ilişki hakkının amacı da göz önünde bulundurularak prensip olarak somut olayın şartları dikkate alınmalıdır⁵⁵. Elbette en üst ilke çocuğun yararı kavramı olmalı, ana babanın olası menfaatleri onun arkasında yer almalıdır.

⁵¹ Bkz. GÜLÇİN-ELÇİN, 840-841; OKTAY-ÖZDEMİR, 1234-1235.

⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜLÇİN-ELÇİN, 841-843.

⁵³ BLUM, *Persönlicher Verkehr*, 75,76; SUTTER-SOMM/KOBEL, *Familienrecht*, N. 580; BÜCHLER/WIRZ, Art. 273, N. 2; SCHWENZER, *Basler Komm.*, Art. 273, N. 12; BLUM, s. 73; ERLÜLE, 227; SEROZAN, s. 241; SERDAR, s. 760; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 335; HEGNAUER, *Berner Komm.*, Art. 273, N. 83; KILIÇOĞLU, 602.

⁵⁴ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2013/21567, K. 2014/3915, T. 26.2.2014; www.kazanci.com.tr.

⁵⁵ BÜCHLER/WIRZ, Art. 273, N. 21-28; ÖZTAN, 10030; VETTERLI, *FamKomm.*, Art. 176, N. 3. Ayrıca bkz. VETTERLI, *FamPra.ch*, 2009, 23, 32 vd.

Bu çerçevede, Yargıtay ve öğreti; ziyaret etme hakkının kapsamının belirlenmesinde, çocuğun yaşı, kişiliği, okul dönemleri, (sömestir tatilleri), kişisel ihtiyaçları, hem çocuğun hem de çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen ana veya babanın sağlık durumu, çocuğun kişisel ilişki kurmak isteyen ana veya baba ile olan ilişkisi, ana ve babanın birbirleriyle ilişkileri, kişisel ilişkinin taraflarının görüşmenin gerçekleşeceği zamana yönelik talepleri dikkate alınacağı gibi tarafların oturdukları yerin uzaklığı⁵⁶, ulusal ve dini bayramlar, anneler, babalar günü, doğum günleri, yılbaşı tatilleri gibi özel günlerin de göz önünde tutulacağını benimsemiştir. Bu doğrultuda; Yargıtay, dini bayramların ikinci günlerinin kişisel ilişki için uygun olduğu görüşündedir⁵⁷.

Kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana-babanın çalışma günleri ve saatleri, çalışma koşulları, yıllık izin süreleri, çocuğa olan yakınlığı, kişiliği, yerleşim yeri, yaşadıkları ortam (cezaevi) gibi unsurlar da bu kapsamda dikkate alınmalıdır. Ancak, Yargıtay, ana-babanın hükümlü veya tutuklu olmasının kişisel ilişki kurulmasına engel olmadığı görüşündedir⁵⁸.

Çocuğun alınması ve bırakılması ziyaret hakkı sahibinin yükümlülükleri arasında yer almaktadır. Ayrıca; ziyaret hakkına bağlı olarak ortaya çıkan masrafları da kural olarak ziyaret hakkı sahibinin karşılaması gerektiği hem öğreti hem de Yargıtay tarafından kabul edilmektedir⁵⁹.

⁵⁶ SCHWENZER, Basler Komm., Art. 273, N. 10, 13; BÜCHLER/VETTERLI, Ehe, 236; BÜCHLER/WIRZ, Art. 273, N. 21-28; HEGNAUER, Berner Komm, Art. 273, N. 67, 75; VETTERLI, FamPra.ch, 2009, 23, 32 vd.;/GEISER/MÜLLER- AEBI, s. 285; ÖZTAN, 1030; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 335; ERLÜLE, 229 vd.; SERDAR, s. 764. Ayrıca bkz. VETTERLI, FamKomm., Art. 176, N. 3.

⁵⁷ Bkz. GENÇCAN, 1302-1308, 1324-1332; Yarg. 2.H.D., 05.02.1998, 14206 – 1105, Yarg. 2.H.D., 15.12.2009, 16442 – 21705, Yarg. 2.H.D., 24.01.2002, 16994 – 438, Yarg. 2.H.D., 15.03.2007, 3255 – 4139, Yarg. 2.H.D., 03.05.2004, 4772 – 5711, Yarg. 2.H.D., 10.06.2009, 1694 – 11214, Yarg. 2.H.D., 11.09.2008, 9204 – 11683, Yarg. 2.H.D., 04.12.2012, 20690 – 29077, Yarg. 2.H.D., 19.09.2012, 1408 – 21699, Yarg. 2.H.D., 26.10.2004, 11112 – 12504, Yarg. 2.H.D., 15.04.1985, 3312 – 3549, Yarg. 2.H.D., 24.01.2002, 16994 – 438, Yarg. 2.H.D., 29.01.2004, 229 – 1132, Yarg. 2.H.D., 16.03.2005, 2273 – 4114, Yarg. 2.H.D., 09.02.2005, 14940 – 1605, Yarg. 2.H.D., 20.12.2011, 4471 – 22931.

⁵⁸ Bkz. Ömer Uğur GENÇCAN, *Velayet Hukuku*, Ankara, 2015, 259.

⁵⁹ SCHWENZER, Basler Komm., Art. 273, N. 10, 18; BÜCHLER/WIRZ, Art. 273, N. 25; VETTERLI, FamPra.ch, 2009, 23, 31 vd.; Yarg. 2.H.D., 12.02.2009, 15787 – 2053, Yarg. 2.H.D., 20.09.2004, 9719 – 10308, Yarg. 2.H.D., 09.10.2008, 8343 – 12836; GENÇCAN, 1292.

§4.Yargıtay’ın Kişisel İlişki Düzenlemesinde Benimsediği Çocuğa İlişkin İlkeler

Yargıtay; kişisel ilişkinin kurulmasında ilke kararı olarak;

- Çocuğun görüşünün yeterli idrak gücüne sahipse alınması gerektiğini,
- Çocuğun yaşı,
- Çocuğun eğitimi, okul dönemleri⁶⁰,
- Çocuğun okul tatilleri⁶¹,
- Çocuğun kurs dönemlerinin⁶² göz önünde bulundurulması gerektiğini benimsemektedir.

Yargıtay, aynı zamanda; “Çocuk ana bakım ve şefkatine muhtaç ise, süt çocuğunun annesinin yanında kalması gerektiği, babayla gece yatısına kalacak şekilde kişisel ilişkiyi yerinde bulmamakta, hatta Yargıtay süt çocuğun haftada bir gün dokuz saat annesinden ayrı kalmasına yol açacak kişisel ilişkiyi de doğru bulmamaktadır⁶³.

Bu doğrultuda Yargıtay özellikle 0-3 yaş grubunun özellikleri dikkate alındığında, bu çocukların babaları ile görüşmelerinin son derece sınırlı olması gereğinin mutlak olarak dikkate alınması gerektiğini, örneğin bu yaş grubundaki bir çocuğun senede bir ay annesinden ayrı kalacak şekilde kişisel ilişki tesis edilmemesinin çocuğun fikri ve bedeni gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği gerekçesiyle isabetsiz bulmaktadır⁶⁴.

⁶⁰ Yarg. 2.H.D., 22.02.2000, 2131 – 2214, Yarg. 2.H.D., 25.03.2004, 2695 – 3758, Yarg. 2.H.D., 09.07.2008, 10957 – 10210, Yarg. 2.H.D., 13.09.2012, 1432 – 1214, Yarg. 2.H.D., 27.09.2004, 9721 – 10736, Yarg. 2.H.D., 19.06.2006, 3654 – 9758, Yarg. 2.H.D., 18.06.2007, 21373 – 10239, Yarg. 2.H.D., 23.12.2009, 19608 – 22397; GENÇCAN, 1302-1304.

⁶¹ Yarg. 2.H.D., 18.03.2004, 2202 – 3461, Yarg. 2.H.D., 14.06.2004, 7068 – 7808, Yarg. 2.H.D., 15.05.2012, 17899 – 13090, Yarg. 2.H.D., 20.12.2006, 11770 – 18047; GENÇCAN, 1305-1306.

⁶² GENÇCAN, 1306; Yarg. 2.H.D., 28.03.2002, 3924 – 4339; Yarg. 2.H.D., 09.05.2002, 5366–6168.

⁶³ Yarg. 2.H.D., 03.11.2009, 15608 – 18818, Yarg. 2.H.D., 16.11.2009, 16463 – 19883, Yarg. 2.H.D., 06.07.2005, 8556 – 10462, Yarg. 2.H.D., 05.12.2006, 10351 – 16974, Yarg. 2.H.D., 27.12.2005, 15423 – 18360, Yarg. 2.H.D., 22.07.2009, 5144 – 14696; GENÇCAN, 1309-1310.

⁶⁴ Yarg. 2.H.D., 02.10.1998, 8593 – 10237, Yarg. 2.H.D., 12.05.2005, 5560 – 7845, Yarg.

Yargıtay, çocuk ana bakım ve şefkatine muhtaç değilse, çocuğun kural olarak gece babasının yanında kalabileceğine, ancak her hafta sonu kişisel ilişkinin çok olduğuna, bu durumun velayet hakkına sahip olan tarafın velayet görevini yerine getirilmesini engelleyeceğini, onu her hafta sonu eve bağımlı hale getireceğini ve eve bağlayacağını, ayrıca çocukla ilgilenmesini, çocukların ihtiyaçlarını karşılanmasını engelleyeceği gibi bu durumun çocuğun ruhsal ve bedeni gelişimini olumsuz etkileyeceği ve taraflara külfet yükleyeceği şeklindeki görüşü nerdeyse ilke kararı olarak benimsemiştir⁶⁵.

Hakim, ziyaret etme hakkının kapsamını belirlerken kişisel ilişkinin süresini de kararında çok açık, kesin ve net bir şekilde, özellikle görüşmenin başlangıç ve bitiş tarih ve saati, çocuğun geceleyip gecelemeceğini ayrıntılı olarak belirtmelidir⁶⁶.

Yargıtay, ziyaret süresinin de kişisel ilişkinin amacını gerçekleştirecek derecede makul bir süre olması, ziyaret süresi, kişisel ilişki kurma hakkının amacını gerçekleştiremeyecek derecede kısa tutulmaması, özellikle ayrı şehirlerde oturan ana ve babaya analık babalık duygularını tatmin edecek şekilde daha uzun tutulması gerektiği yönünde karar vermiştir. Ancak çocuğun yaşının küçüklüğü sebebiyle anneye bağlı olduğu hallerde ziyaret

2.H.D., 24.10.2005, 12038 – 14708, Yarg. 2.H.D., 24.10.2005, 12312 – 14753; GENÇCAN, 1311.

⁶⁵ Yarg. 2.H.D., 03.03.2005, 1298 – 3171, Yarg. 2.H.D., 22.12.2004, 15642 – 15542, Yarg. 2.H.D., 05.10.2004, 9879 – 11228, Yarg. 2.H.D., 16.12.2009, 18162 – 21771, Yarg. 2.H.D., 05.05.2009, 6233 – 8718, Yarg. 2.H.D., 28.03.2005, 3190 – 4978, Yarg. 2.H.D., 12.07.2005, 9035 – 11111, Yarg. 2.H.D., 27.06.2005, 7766 – 9997, Yarg. 2.H.D., 14.06.2004, 7068 – 7808, Yarg. 2.H.D., 05.10.2004, 9879 – 11228, Yarg. 2.H.D., 22.06.2005, 7521 – 9696, Yarg. 2.H.D., 19.10.2004, 10782 – 12121, Yarg. 2.H.D., 24.02.2005, 496 – 2447, Yarg. 2.H.D., 03.06.2002, 6371 – 7447, Yarg. 2.H.D., 13.05.2002, 5563 – 6450, Yarg. 2.H.D., 03.05.2004, 4772 – 5711, Yarg. 2.H.D., 02.07.2002, 6818 – 8818; GENÇCAN, 1313-1322.

⁶⁶ Yarg. 2.H.D., 17.06.2009, 9701 – 11777, Yarg. 2.H.D., 18.02.2008, 1607 – 1706, Yarg. 2.H.D., 04.04.2005, 3588 – 5390, Yarg. 2.H.D., 15.03.2001, 2120 – 3852, Yarg. 2.H.D., 10.02.2005, 15668 – 1732, Yarg. 2.H.D., 27.06.2005, 7861 – 10080, Yarg. 2.H.D., 05.12.2005, 14226 – 16899, Yarg. 2.H.D., 16.02.2004, 144 – 1715, Yarg. 2.H.D., 25.01.2005, 15014 – 715, Yarg. 2.H.D., 30.04.2007, 6640 – 6937, Yarg. 2.H.D., 17.01.2008, 2894 – 226, Yarg. 2.H.D., 26.01.2005, 15980 – 847, Yarg. 2.H.D., 21.03.2005, 16939 – 4341, Yarg. 2.H.D., 01.02.2002, 17592 – 1000, Yarg. 2.H.D., 26.12.2005, - 15634 – 18142, Yarg. 2.H.D., 12.04.2005, 5147 – 5925, Yarg. 2.H.D., 01.03.2004, 1695 – 2432; GENÇCAN, 1330-1334.

süresinin aşırı tutulmaması gerekir⁶⁷.

Yargıtay, kişisel ilişkinin kurulacağı yerin açıklanması gerektiğini ancak, kişisel ilişkinin yerinin il veya ilçe veya il içinde konut veya özel olarak belirtilen bir yer sınırlaması yapılmaması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁸.

Özellikle ziyaret sıklığı ve süresine yön verecek olan çocuğun yaşı, çocuğun diğer ebeveyne olan bağlılığı, taraflar arasındaki uzaklık ve ulaşım imkanları, çocuğun ve tarafların yaşam tarzları, iş, okul ve boş zamanları gibi unsurlardır.

Yargıtay, tarafların aynı şehirde oturmaları halinde en azından onbeş günde bir belli saatler arasında, hatta çocuk çok küçük değilse gece yatısına kalabilecek şekilde kişisel ilişki kurulması gerektiği görüşündedir. Tarafların aynı şehirde oturmaları durumunda yılda bir kez uzun süreli görüşmenin yetersiz olduğu kanaatindedir⁶⁹.

Taraflar ayrı şehirlerde oturuyorlarsa, kişisel ilişkinin okul tatilinde senede bir defa uzun süreli veya yaz tatilinde amacına uygun daha uzun süreli olarak veya kişisel ilişki hakkı sahibinin yıllık izinlerini geçirdiği, yılın belli bir ayı veya aylarını da dikkate alınarak düzenlenebileceğini kabul etmektedir. Tarafların ayrı şehirlerde oturmaları halinde, hak sahibinin sık ve masraflı yolculuk yapmaya zorlanması sonucunu doğuracak şekilde sık ve kısa süreli kişisel ilişki kurulmasını yerinde bulmamakta, ancak farklı şehirler olmakla birlikte taraflar birbirine çok uzak olmayan yerlerde otu-

⁶⁷ Yarg. 2.H.D., 17.06.2002, 5990 – 8098, Yarg. 2.H.D., 01.11.2004, 11518 – 12778, Yarg. 2.H.D., 09.02.2005, 14940 – 1605, Yarg. 2.H.D., 15.03.2005, 333 – 407, Yarg. 2.H.D., 11.02.2002, 724 – 1683; GENÇCAN, 1334.

⁶⁸ Yarg. 2.H.D., 14.03.2002, 2547 – 3521, Yarg. 2.H.D., 05.12.2005, 14306 – 16866, Yarg. 2.H.D., 31.05.2006, 2205 – 8578, Yarg. 2.H.D., 03.02.1976, 624 – 837, Yarg. 2.H.D., 04.07.2005, 8419 – 10482, Yarg. 2.H.D., 20.07.2005, 11652 – 11677, Yarg. 2.H.D., 05.07.2002, 8221 – 9001, Yarg. 2.H.D., 28.09.2006, 13104 – 12731; GENÇCAN, 1335, 1346-1348.

⁶⁹ Yarg. 2.H.D., 30.01.1992, 509 – 815, Yarg. 2.H.D., 30.05.2005, 5946 – 8423, Yarg. 2.H.D., 30.05.2002, 6253 – 6270, Yarg. 2.H.D., 14.02.2002, 1206 – 1976, 06.12.2004, 13292 – 14546, Yarg. 2.H.D., 19.03.2007, 16200 – 4431, Yarg. 2.H.D., 12.01.2005, 16523 – 361, Yarg. 2.H.D., 07.02.2002, 654 – 1387, Yarg. 2.H.D., 20.11.2006, 9103 – 15996, Yarg. 2.H.D., 24.01.2002, 16994 – 438, Yarg. 2.H.D., 28.06.2005, 5648 – 10157, Yarg. 2.H.D., 03.03.2005, 1298 – 3171, Yarg. 2.H.D., 12.07.2004, 7191 – 9455, Yarg. 2.H.D., 05.03.2008, 5315 – 2831, Yarg. 2.H.D., 30.11.2005, 12953 – 16623; GENÇCAN, 1336-1340.

ruyorsa, analık babalık duygusunu tatmin edecek şekilde en azından gece yatılı kalacak türde kişisel ilişki tesisi imkanını kabul etmiştir⁷⁰.

Ayrı ülkelerde oturmaları halinde ise, Yargıtay, yurt dışında bulunan velayet verilmeyen taraf ile kurulacak kişisel ilişkinin yılda en az bir defa düzenleneceğini ve bu sürenin bir aydan az olmaması gerektiği görüşündedir⁷¹.

YHGK, 20.3.2013 tarihli (E. 2012/2-799, K. 2013/389) kararında⁷²; “...ziyaret günleri olarak, ebeveyn ve çocuk için güçlük ve sorun çıkarılmayacak gün ve dönemler tercih edildiğini, bu dönemlerin genellikle hafta sonları ve tatil günleri olduğunu ancak, çocuğun bütün hafta sonlarını velayet kendisine verilmeyen ebeveynle geçirmesinin; gerek velayete sahip taraf, gerekse çocuk için sakıncalı sonuçlar doğurabileceğini, somut olayda yerel mahkemece, velayeti davacı annede bulunan 7.12.2005 doğumlu M. ile baba arasında her hafta sonu Cumartesi günü saat 09.00’den Pazar günü saat 18.00’e kadar kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiş olmasının, küçüğün yaşı, eğitimini, bedeni ve fikri gelişimini olumsuz yönde etkileyeceğinden doğru olmadığını, kişisel ilişkide hafta sonları ve tatil günlerinin, çocuğun yaşı da gözetilerek, ebeveynler tarafından paylaşılmasının makul ve adil olduğu, aksi takdirde her hafta sonu velayet kendisinde olan annenin çocuğu teslim ve geri alma durumu nedeniyle hafta sonlarını planlayamaz duruma düşeceği, çocuğun da kendini psikolojik bakımdan daha rahat ve serbest hissedeceği tatil günleri ve hafta sonları gibi ayrıcalıklı günleri sadece bir tarafta geçirmesi; sıkıntılı günleri ise, velayeti üstlenene geçirmesi, velayeti üstlenenden uzaklaşmasına, soğumasına, karşı tarafa bağlanmasına yol açabileceğini belirtmiştir.

⁷⁰ Yarg. 2.H.D., 22.07.2009, 12493 – 14638, Yarg. 2.H.D., 28.05.2002, 4174 – 7176, Yarg. 2.H.D., 15.03.2007, 3255 – 4139, Yarg. 2.H.D., 15.02.2002, 1154 – 2095, Yarg. 2.H.D., 11.07.2012, 699 – 19464, Yarg. 2.H.D., 01.11.2004, 11692 – 12888, Yarg. 2.H.D., 31.10.1986, 9367 – 9561, Yarg. 2.H.D., 03.11.2004, 11714 – 13019, Yarg. 2.H.D., 25.06.2009, 10045 – 12525, Yarg. 2.H.D., 13.01.2005, 15146 – 418, Yarg. 2.H.D., 24.02.2005, 16838 – 2731, Yarg. 2.H.D., 12.05.2004, 5174 – 6182, Yarg. 2.H.D., 26.10.2009, 13380 – 18508, Yarg. 2.H.D., 15.03.2007, 15730 – 4082, Yarg. 2.H.D., 10.05.2004, 5290 – 6029; GENÇCAN, 1340-1344.

⁷¹ Yarg. 2.H.D., 07.10.1985, 6988 – 7887, Yarg. 2.H.D., 02.06.2005, 6422 – 8613, Yarg. 2.H.D., 16.12.2009, 8923 – 21806, Yarg. 2.H.D., 09.07.2008, 10957 – 10210, Yarg. 2.H.D., 02.06.2008, 9540 – 7807, Yarg. 2.H.D., 19.03.2002, 16943 – 3879, Yarg. 2.H.D., 28.09.2004, 7666 – 10783; GENÇCAN, 1344-1346.

⁷² www.kazanci.com.tr erişim tarihi: 01.11.2015.

Çocuklarla baba arasında ayda iki hafta gibi uzunca bir süre kişisel ilişki kurulması çocukların eğitim ve öğrenimini olumsuz yönde etkileyecek nitelikte olduğu gibi annenin velayet görevini gereği gibi yerine getirmesini engellemektedir. Açıklanan nedenle eğitim ve öğrenim hayatlarını olumsuz yönde etkilemeyecek şekilde her ayın belirli hafta sonlarında, dini bayramların belirli günlerinde, sömestr tatilinin bir bölümünde, yaz tatilinde belirli bir ayda baba ile müşterek çocukları arasında daha uygun sürelerle kişisel ilişki kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir”.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin, 15.6.2010 tarih ve E. 2010/4534; K. 2010/11794 sayılı kararında⁷³, “çocuklarla baba arasında ayda iki hafta gibi uzunca bir süre kişisel ilişki kurulmasının çocukların eğitim ve öğrenimini olumsuz yönde etkileyecek nitelikte olduğu gibi annenin velayet görevini gereği gibi yerine getirmesini de engellediği, bu nedenle eğitim ve öğrenim hayatlarını olumsuz yönde etkilemeyecek şekilde her ayın belirli hafta sonlarında, dini bayramların belirli günlerinde, sömestr tatilinin bir bölümünde, yaz tatilinde belirli bir ayda baba ile müşterek çocukları arasında daha uygun sürelerle kişisel ilişki kurulması gerektiğine” hükmetmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 25.9.2014 tarih ve E. 2014/11673, K. 2014/18432 sayılı bir kararında⁷⁴ evlilik dışı çocuk ile baba arasında kişisel ilişki kurulmasında ilişkinin çocuğun yararına olup olmadığı yönünde ilgili uzmandan rapor alınması ve tarafların sunduğu delillerin toplanması gerektiği yönünde hüküm vermiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 3.7.2012 tarihli ve E. 2012/494, K. 2012/18523 sayılı bir kararında⁷⁵, tarafların aynı şehirde oturduklarının anlaşıldığı, velayetleri davalı anneye bırakılan müşterek çocuklar ile davacı baba arasında kurulacak kişisel ilişkilerde çocukların üstün yararı yanında, babalık duygularının da tatmin edilmesi gerektiği, yerel mahkemece her ayın birinci ve üçüncü haftalarında kurulan kişisel ilişki ile dini bayramlarda kurulan kişisel ilişkinin yatılı olmaması ve Temmuz ayında kurulan kişisel ilişkinin de süre yönünden yetersiz olduğu, mahkemece, tarafların aynı şehirde

⁷³ www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 01.11.2015.

⁷⁴ www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 01.11.2015.

⁷⁵ www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 01.11.2015.

oturdukları dikkate alınarak yaş sınırlaması da yapılmaksızın daha uygun süre ile kişisel ilişki kurulması gerekirken yetersiz kişisel ilişki kurulmasının doğru olmadığına hükmetmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 26.2.2014 tarih ve E. 2013/21524, K. 2014/4035 sayılı kararında⁷⁶; “Müşterek çocuklarla anne arasında kişisel ilişki düzenlenirken, çocukların üstün yararı yanında annelik duygularının da dikkate alınması gerektiği, ayrılan eşlerin birbirine yakın ilçelerde oturduğu, ulaşımın kolay olduğu, dolayısıyla kişisel ilişkinin ayrı şehir ayrımı yapılmaksızın kurulması gerektiği, yine küçüğün eğitim çağında olup, okula devam etmesi dikkate alındığında her hafta sonu kurulan kişisel ilişkinin çocuğun yararına olmayacağı kabulü gerektiği, mahkemece şehir ayrımı yapılmaksızın, her ayın belirli hafta sonları ve dini bayram günlerinde yatılı olacak şekilde, yarıyıl tatilinin belirli bir haftasında ve yılın yaz döneminde uzun süreli kişisel ilişki kurulması gerekirken aksine hüküm tesis edilmesini bir bozma sebebi” olarak değerlendirmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 12.11.2013 tarih ve E. 2013/6931, K. 2013/26014 sayılı bir başka kararında⁷⁷; “kişisel ilişkinin değişen şartlara göre istek halinde her zaman yeniden düzenlenebileceği, müşterek çocuğun velayetinin davacı anneye verildiği, küçükle baba arasında tarafların aynı şehirde buldukları taktirde her hafta Cumartesi sabah saat 10.00’den akşam saat 17:00’a kadar dini bayramların 2. günü aynı saatlerde, her yıl 1 Ağustos saat 10:00’den 15 Ağustos saat 17:00’a kadar kişisel ilişki kurulmasının aradan geçen zaman dikkate alındığında müşterek çocuk S. ile baba arasında kurulan kişisel ilişki babalık duygusunun tatminini sağlamaktan uzak olup sömestr tatilinde ve ayın belli hafta sonları aynı şehirde yaşayan baba yanında yatılı kalmasına olanak sağlayacak şekilde kişisel ilişki kurulması gerektiğini” belirtmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 18.3.2013 tarih ve E. 2012/21398, K. 2013/7200 sayılı bir kararında⁷⁸, velayet hakları davalı anneye verilen müşterek çocuklarla davacı baba arasında kurulan kişisel ilişkinin başlangıç ve bitiş saatlerinin gösterilmemesinin infazda tereddüt yaratacak olup bozmayı gerektirdiğine hükmetmiştir.

⁷⁶ www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 01.11.2015.

⁷⁷ www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 01.11.2015.

⁷⁸ www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 01.11.2015.

Çocukla kişisel ilişki kurmanın yol açtığı, başta ulaşım masrafları olmak üzere çocuğun bakımına ilişkin masraflar ve diğer masrafları, kural olarak çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan taraf karşılamakla yükümlüdür⁷⁹.

§5. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Sınırları

I. Genel Olarak

Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 4/II uyarınca; çocuk ile ana ve babası arasında kişisel ilişki, çocuğun sadece yüksek yararları gerektirdiği takdirde, kısıtlanabilir veya engel olunabilir.

Kişisel ilişkinin sınırları TMK m. 324'de düzenlenmiş olup TMK'nın m. 324/II'de öngörülen ve kişisel ilişki kurma hakkının reddedilmesine veya kaldırılmasına veya sınırlandırılması yaptırımına yol açabilecek olan dört hal hükümde açıkça belirtilmiştir:

TMK m. 324/II: “Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddî olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir”.

Kişisel ilişki kurma hakkı, kesin olarak ve tamamen kaldırılabilir, belirli bir süre ile durdurulabilir veya sınırlandırılabilir⁸⁰. Kişisel ilişkinin kesin olarak kaldırılmasına, çocuğun yararının sağlanması için başka hiçbir imkânının kalmadığı hallerde, bir son çare (ultima ratio) olarak⁸¹ başvurulmaktadır. Eğer velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin çocukla kurduğu sınırlı iletişime rağmen, çocuğun yararı tehlikeye giriyorsa, kişisel ilişkinin kaldırılmasına olumlu yanıt verilmektedir⁸². Bunun dışında, kişisel ilişkinin tamamen engellenmesi; velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin

⁷⁹ GENÇCAN, 1292; Yarg. 2.H.D., 12.02.2009, 15787 – 2053, Yarg. 2.H.D., 20.09.2004, 9719 – 10308, Yarg. 2.H.D., 09.10.2008, 8343 – 12836.

⁸⁰ BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 5; BÜCHLER/VETTERLI, Ehe, 238; ÖZTAN, 1040.

⁸¹ BGer, FamPra.ch 2009, 513. 516; BGer, FamPra.ch 2009, 5A_331/2009, E.2.2.1; BGer, FamPra.ch 2005, 393, 395; BGer, FamPra.ch 2002, 389, 391; BGE 122 III 404, 407; BGE 120 II 229, 233; BGE 119 II 201, 205

⁸² BGer, FamPra.ch 2007, 167, 168 vd.

kişilik hakkı ve orantılılık ilkesi kadar ziyaret hakkının anlamı ve amacı tarafından da yasaklanmaktadır⁸³. Somut olaydaki şartlar, ziyaret hakkına son verilmesini zorunlu kılmıyorsa, ziyaret hakkı, belirli yükümlülüklerle sınırlandırılmış olarak, özel bir düzenleme yapılabilir⁸⁴.

Kişisel ilişkinin kaldırılması, öncelikle ziyaret hakkına ilişkin olup, tüm iletişim yollarının kapatılması bu çerçevede gündeme gelmeyebilir. Ancak, telefonla veya yazılı iletişimin yasaklanması da mümkün olabilir⁸⁵.

II. Kişisel İlişki Sebebiyle Çocuğun Huzurunun Tehlikeye Girmesi

Çocukla kurulan kişisel ilişki çocuğun bedensel, ruhsal ya da ahlaki gelişimine zarar veriyor ya da tehdit ediyorsa, çocuğun huzurunun, yararının tehlikeye girdiğini kabul etmek gerekir. “Çocuğun yararı” kavramı bu noktada da temel belirleyici etken işlevini korumaktadır. Örneğin, özellikle çocuğun duygusal yönden ihmal edilmesi ve bu nedenle kendisini güvende hissetmemesi ya da ağır duygusal yük altında bırakılması, fiziksel şiddete uğraması, bedensel olarak kötüye kullanılması, özellikle de cinsel istismar edilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir⁸⁶. Çocuğun özellikle ziyaretlerden sonra içine kapanan, agresif tavırlar sergilemesi, konuşma ve davranış bozuklukları çekmesi, altını ıslatması bu konuda bir emare olarak kabul edilebilir⁸⁷. Ancak, çocuğun yararının tehlikeye girdiğini kabul edebilmek için çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın kusurlu olması veya çocuğun zarar görmüş olması da şart değildir⁸⁸.

⁸³ BGer, FamPra.ch 2009, 786, 788; BGer, FamPra.ch 2008, 695, 696 vd.; BGer, FamPra.ch 2007, 170, 171.

⁸⁴ BGer, FamPra.ch 2009, 389, 393.

⁸⁵ BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 6; ÖZTAN, 1040.

⁸⁶ BGE 120 II 229 vd.; BGE 119 II 201 vd.; BGer, FamPra.ch 2007, 167 vd.; ERLÜLE, 237; BLUM, s. 101; HEGNAUER, Berner Komm., Art. 274, N.34; SCHWENZER, Basler Komm., Art. 274, N. 12; HEGNAUER, Persönlicher Verkehr, ZVW 1998, s. 169, 175; BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 7, N. 12;

⁸⁷ ERLÜLE, 237; BLUM, 94.

⁸⁸ Bkz. ERLÜLE, 236; SCHWENZER, Basler Komm., Art. 274, N. 5; BLUM, s. 95; ÖZTAN, 1043; SERDAR, s. 775. Krş. BGE 107 II 303, E. 5.

III. Ana Babanın Bu Haklarını Tmk M. 324/I'de Öngörülen Yükümlülüklerine Aykırı Olarak Kullanması

TMK m. 324/I uyarınca, ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür. Hükmün amacı, ana ve baba arasında söz konusu olabilecek çatışma tehlikesini engellemektir.

Bu çerçevede, örneğin çocuğun velayetini elinde bulunduran taraf, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan ana ya da baba ile ilgili olarak çocuğu olumsuz yönde etkilemesi, diğer tarafın çocuk ile kişisel ilişki kurmasını engellemesi, buna karşılık özellikle kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan tarafın velayet hakkına sahip tarafın verdiği eğitime karışması, bu eğitimi ihlal etmesi, çocuğu ihmal etmesi, haklı bir gerekçe olmaksızın ziyaret hakkını kullanmaması ya da düzenli olarak kullanmaması ve çocuğu tekrarlayan bir şekilde hayal kırıklığına uğratması⁸⁹, çocuğu teslim almada veya teslim etmede kararlaştırılan sürelerle uymaması, çocuğun aşırı yorulması ve zorlanması, çocuğu uzun süre yanında tutarak veya gizleyerek hatta yurt dışına kaçırarak çocuğun eğitilmesine veya yetiştirilmesine engel olunması halleri sayılmaktadır⁹⁰.

Çocuğun yararını tehlikeye sokan bir sebep olarak, özellikle ziyaret hakkı sahibi ebeveynin çocuğu kaçırarak⁹¹, ziyaret hakkının sınırlarını aşması gösterilmektedir⁹². İsviçre Federal Mahkemesi, çocuğun anne tarafından kaçırılarak travmatize olmasını bu kapsamda değerlendirmiştir⁹³. Çocuğun yurt dışına kaçırılacağı yönünde somut bir tehlike bulunuyorsa kişisel ilişki kurma talebi reddedilebilir ya da geri alınabilir⁹⁴. Ancak, sadece soyut kaçırılma korkusu yeterli değildir⁹⁵.

⁸⁹ BGetr, FamPra.ch 2009, 246 vd.

⁹⁰ Örnekler için bkz. ÖZTAN, 1042; BLUM, s. 60; SCHWENZER, Basler Komm., Art. 274, N. 6; HEGNAUER, Berner Komm., Art. 274, N.26, 27; ERLÜLE, 237-238; BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 10; SERDAR, 775.

⁹¹ BGer, 4.3.2003, 5C.45/2003.

⁹² BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 10.

⁹³ Bkz. BGer, 10.7.2003, 5C.133/2003.

⁹⁴ Bkz. ERLÜLE, 238.

⁹⁵ BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 10. Krş. BÜCHLER/WIRZ, Art. 273, N. 32.

IV. Ana ve Babanın Çocukla Ciddi Olarak İlgilenmemesi

Ziyaret hakkına sahip olan ebeveynin çocuğu ihmal etmesi, onunla ilgilenmemesi TMK'da öngörülen ve kişisel ilişkinin reddedilmesine veya sona erdirilmesine veya sınırlandırılmasına yol açan bir diğer sebeptir.

Bu kapsamda özellikle, uzun süre çocuğun yetiştirilmesine katkısı olmayan ve kişisel ilişki kurmayan ebeveynin, her ne kadar sürenin geçmesiyle ziyaret hakkı sona ermesine de, birdenbire tekrar kişisel ilişki kurma talebi, kural olarak çocuğun yararına değildir ve bu sebeple reddedilmesi gerekir⁹⁶.

Bu doğrultuda; kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın haklı bir sebep olmaksızın çocukla kişisel ilişki kurmaktan uzun yıllar boyunca kaçınmış olması, hatta çocuğun yaşamının hiçbir anında yanında olmaması, ziyaret gününü çocuk için uygun olmayan ortamlarda geçirmesi ya da kendi hobi ve uğraşlarını gerçekleştirebileceği yerlerde geçirmesi, çocuğu ihmal etmesi, çocuğu ziyaret günü süresince güven duyduğu başka kişilere bırakması, hükmün kapsamına giren örnekler arasında sayılmaktadır⁹⁷.

Ziyaret hakkı sahibinin, çocuğuyla ilgilenmemekte kusurlu olup olmaması⁹⁸ veya iletişim eksikliğinin başka sebeplerden kaynaklanıp kaynaklanmamasının bu noktada önemi yoktur⁹⁹.

V. Diğer Önemli Sebeplerin Varlığı

Kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın verem olması gibi çocuğun sağlığını etkileyebilecek bulaşıcı bir hastalığa yakalanması, kişisel ilişki kurma hakkının çocuğu yurt dışına kaçırmak amacıyla kullanılması ya da

⁹⁶ BGE 118 II 21,25; BGer, 29.5.2000, 5C.96/2000, E.4c. Krş. HEGNAUER, Berner Komm., Art. 274, N.29,30. Bu tip durumlarda, çoğunlukla, ziyaret hakkı sahibi ebeveynle çocuk arasında acele etmeden, zamanla, ağır bir şekilde yakınlaşmanın gerçekleşmesi gerektiği, ondan sonra doğrudan iletişimin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 11.

⁹⁷ Örnekler için bkz. BLUM, s. 96-97, 100; HEGNAUER, Berner Komm., Art. 274, N.29; SCHWENZER, Basler Komm., Art. 274, N. 7; HEGNAUER, ZVW 1998, s. 174; ERLÜLE, 237-238; SERDAR, 776.

⁹⁸ BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 11; BGE 107 II 303, E. 5; HEGNAUER, Berner Komm., Art. 274, N.25; SCHWENZER, Basler Komm., Art. 274, N. 5; BLUM, s. 95; ÖZTAN, 1043; ERLÜLE, 236; SERDAR, s. 775.

⁹⁹ BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 11.

çocuğun yurt dışına kaçırılacağı yönünde ciddi bir tehlikenin bulunması, kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın, çocuğa cinsel istismarda bulunacağı yönünde ciddi bir şüphe olması ya da çocuğa ya da velayeti elinde bulunduran diğer tarafa şiddet uygulayacağı endişesinin olması, kişisel ilişki kurma hakkı sahibinin çocuğa veya diğer tarafa karşı işlediği bir suçtan dolayı sabıkasının bulunması ya da tutuklanmış olması¹⁰⁰.

Ancak, kişisel ilişki kurma hakkı sahibinin alkol (madde) bağımlısı veya psikoz hastası olması durumunda ise kişisel ilişkinin kurulması ya da sürdürülmesinin çocuğun yararını tehlikeye sokmadan mümkün olup olmadığının her somut olayda araştırılması gerektiği belirtilmektedir¹⁰¹.

Her ne kadar, ana ve babanın çocukla kişisel ilişki kurmaktan mahrum bırakılmasının başvurulması gereken son çare (ultima ratio) olduğu ve bu durumun sadece çocuğun yararı gerektirdiği sürece sözkonusu olabileceği kabul edilse de¹⁰², doktrinde özellikle kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın, çocuğa cinsel istismarda bulunacağı yönünde ciddi bir şüphe olması ya da çocuğa ya da velayeti elinde bulunduran diğer tarafa şiddet uygulayacağı endişesinin olması halinde, hakimın tayin edeceği bir üçüncü kişinin refakati ve nezaretinde görüşme imkanı olmadığı sürece¹⁰³ kişisel ilişki kurma yolunun kapalı olduğu kabul edilmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi de son derece isabetli olarak bir kararında, kişisel ilişki kurma hakkına sahip babanın, küçük yaşta çocukları cinsel yönden istismar etmiş ve bu nedenle mahkum edilmiş olmasını, çocuğun yararının tehlikeye girdiğini kabul etmek için fazlasıyla yeterli sayarak kişisel ilişkinin kaldırılmasına karar vermiştir¹⁰⁴ (Örneğin babanın pedofili hastası olması).

Babanın uzun süre yokluğunda, onun rolünü üvey babanın almış olmasının, yani salt bu sebebin, kişisel ilişkinin kaldırılması için yeterli bir sebep

¹⁰⁰ Bkz. SERDAR, 776; ERLÜLE,240-241; ÖZTAN, 1041; KILIÇOĞLU, 606, BLUM, s. 110; HEGNAUER, Berner Komm., Art. 274, N.35.

¹⁰¹ SCHWENZER, Basler Komm., Art. 274, N. 8.

¹⁰² BGer, FamPra.ch 2009, 513. 516; BGer, FamPra.ch 2009, 5A_331/2009, E.2.2.1; BGer, FamPra.ch 2005, 393, 395; BGer, FamPra.ch 2002, 389, 391; BGE 122 III 404, 407; BGE 120 II 229, 233; BGE 119 II 201, 205

¹⁰³ Bkz. Schwenzer, Basler Komm., Art.274, N. 11, Art.273, N. 25; SERDAR, 777.

¹⁰⁴ BGE 89 II 4.

olmadığı¹⁰⁵, ayrıca çocuğun yaşının çok küçük olmasının da kişisel ilişkinin kaldırılması sebebine yol açmayacağı¹⁰⁶ belirtilmektedir¹⁰⁷.

Kişisel ilişkinin kaldırılması, öncelikle ziyaret hakkına ilişkin olup, tüm iletişim yollarının kapatılması bu çerçevede gündeme gelmeyebilir. Ancak, telefonla veya yazılı iletişimin de yasaklanması mümkündür¹⁰⁸.

§6. Üçüncü Kişinin Nezaretinde Çocukla Kişisel İlişki Kurulabilmesi Sorunu

Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 4/ III uyarınca; çocuğun, gözetim olmaksızın ana veya babasından birisiyle kişisel ilişkisinin sürdürülmesi, onun yüksek yararına değilse, ana veya babasıyla gözetim altında kişisel ilişki kurma imkanı ya da diğer şekillerde ilişki kurma imkanı da öngörülebilecektir.

Üçüncü kişinin nezaretinde, refakatçi eşliğinde ziyaret hakkı, ancak, çocuğun yararı, kişisel ilişki hakkının kaldırılmasını gerektirecek kadar tehlikeye girmişse, düzenlenmelidir. Dolayısıyla, refakatçi eşliğinde kişisel ilişki, ziyaret hakkının kaldırılmasına bir alternatif olarak ortaya konulmuştur, yoksa olağan bir ziyaret hakkının alternatifi değildir¹⁰⁹. Üçüncü kişinin nezaretinde ziyaret hakkının düzenlenebilmesi için aranan şart, çocuğun yararının tehlikeye girdiğini gösteren somut emareler ve belirtilerdir. Ancak, sadece soyut olarak uygun olmayan bir şekilde etkilenme yeterli değildir¹¹⁰.

Ebeveynler arasında iyi bir ilişkinin olması, çocuğun yararının tehlikeye girmesi olasılığını peşinen kapatmaz. Üçüncü kişinin nezaretinde ziyaret hakkı, özellikle çocuğun yanında bırakılmadığı ebeveynin, çocuğu aşırı şımartması, yaşına uygun olmayan durumlara sokması veya çocuğa şiddete sevk eden sakıncalı düşünceleri aşılması hallerinde haklı görülmektedir¹¹¹. Refakatçi eşliğinde ziyaret daha çok küçük çocuklarda gündeme gelmekte-

¹⁰⁵ BGE 118 II 21, 26.

¹⁰⁶ BGer, FamPra.ch 2003, 948, 949.

¹⁰⁷ BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 12.

¹⁰⁸ BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 6; ÖZTAN, 1040.

¹⁰⁹ BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 21.

¹¹⁰ BGer, FamPra.ch 2008, 695, 696 vd.; BGer, FamPra.ch 2005, 624, 626 vd.

¹¹¹ BGer, FamPra.ch 2006, 975.

dir¹¹². Üçüncü kişinin nezaretinde ziyaret geçici bir tedbir olarak ve daima sınırlı bir süre için düzenleme alanı bulmalıdır¹¹³.

İsviçre Hukuku'nda üçüncü kişi nezaretinde ziyaret hakkı, çocuğu koruyucu bir tedbir olarak öngörülmektedir¹¹⁴. Ancak, üçüncü kişinin varlığı, kural olarak ziyaret hakkı sahibini gözlem altında tutmak değildir, refakatçinin görevi, ziyaret esnasındaki çatışmalardan kaçınılması için çalışmak, bunun için birebir ziyaret hakkı sahibine yapılacak uygulamayı belirlemek keza ziyaret hakkının neticesini kontrol etmektir¹¹⁵.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 23.1.2013 tarih ve E. 2012/13367, K. 2013/1584 sayılı kararında¹¹⁶, yerel mahkemece, velayeti anneye verilen müşterek çocuk ile baba arasında, kişisel ilişkinin gerçekleştirileceği yer özel olarak tayin edilmiş ve bu kişisel ilişki, annenin refakatinde olması koşuluna bağlandığı, düzenlenen bu kişisel ilişkinin babalık duygularını tatmine elverişli olmadığı gibi, infazda da güçlük yaratacak nitelikte olduğu, mahkemece yapılacak işin; kişisel ilişkinin yer olarak kısıtlanması durumunda görüşme yerinin özel bir yer olarak değil; ülke, şehir gibi genel nitelikteki bir yer olarak gösterilmesi; anne ile baba arasında mevcut olumsuz ilişki ve olaylar dikkate alınarak gerektiğinde, anne yerine; çocuk psikolojisinden anlayan bir uzman refakatinde kişisel ilişkiye karar vermekten ibaret olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay, kişisel ilişki düzenlemesinin çocuğun yüksek yararı bakımından haklı ve gerekli kılan bir olgu ve delil bulunmadıkça başkası gözetiminde olmaması gerektiği, kişisel ilişki düzenlenmesinde çocukla kural olarak başkası gözetiminde kişisel ilişki kurulmasının uygun olmadığı görüşündedir. Kişisel ilişki eşin veya öğretmen, memur, uzman gibi diğer üçüncü

¹¹² Özellikle 12 yaş altı çocuklar için öngörülmektedir. Bkz. BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 22.

¹¹³ BGer, FamPra.ch 2003, 705, 706; Krş. BGer, FamPra.ch 2009, 786, 790; BGer, FamPra.ch 2008, 695, 696 vd.; BGer, FamPra.ch 2002, 172, 174. Uygulamada süre bir yıl olarak önerilmektedir, ancak İsviçre Federal Mahkemesi yedi yılı aşan bir süreyi de onaylamıştır. BGE 120 II 229, 235. BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 22.

¹¹⁴ BGE 122 III 404, 405; HEGNAUER, ZVW 1998, 169, 176.

¹¹⁵ HAUSHEER Heinz, Die dritteüberwachte Besuchsrechtsausübung (das so genante "begleitete Besuchsrecht"), Rechtliche Grundlagen, ZVW 1998, 17, 31; BÜCHLER/WIRZ, Art. 274, N. 25.

¹¹⁶ www.kazanci.com.tr Erişim tarihi: 01.11.2015.

kişilerin gözetimi altında düzenlenmemelidir. Ana ve babadan her birinin boşanma davası sonucunda velayeti kendisine bırakılmayan çocuk ile gözetim altında kişisel ilişki kurulmasına karar verilecekse mutlaka gerekçesi olmalıdır. Gerekçe çocuğun yüksek yararı bakımından haklı ve gerekli kılan olgu veya delil olabilir¹¹⁷.

§7.Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurmaları

TMK m. 325 uyarınca, “Olağanüstü hâller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düşüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabilir”.

Hısımlar kavramı altında başta büyük ana ve büyükbabalar olmak üzere çocuğun ayrı yaşadığı kardeşleri, amca hala, dayı, teyze gibi çocuk ile yakın ilişkisi bulunan diğer hısımlar da sayılmaktadır¹¹⁸.

Üçüncü kişi kavramı sadece hısımlarla sınırlı değildir. Hısımlar dışında kalan özellikle üvey ana baba, koruyucu ana ve baba, biyolojik baba “üçüncü kişiler” çerçevesinde gösterilmektedir¹¹⁹.

Ana ve baba için öngörülen sınırlamalar üçüncü kişiler için kıyas yoluyla uygulanır¹²⁰.

¹¹⁷ Yarg. 2.H.D., 20.07.2005, 11652 – 11677, Yarg. 2.H.D., 26.01.2005, 15855 – 768, Yarg. 2.H.D., 21.02.2005, 370 – 2498, Yarg. 2.H.D., 27.05.2002, 6457 – 7106, Yarg. 2.H.D., 27.09.2005, 10674 – 12910, Yarg. 2.H.D., 08.05.2007, 12769 – 7571, Yarg. 2.H.D., 16.11.1960, 45 – 53, Yarg. 2.H.D., 04.07.2005, 8419 – 10482, Yarg. 2.H.D., 19.10.2009, 5356 – 17732, Yarg. 2.H.D., 27.03.1986, 3009 – 3242, Yarg. 2.H.D., 07.04.2005, 3913 – 5610, Yarg. 2.H.D., 06.06.2012, 19036 – 15236, Yarg. 2.H.D., 04.07.2012, 362 – 18566, Yarg. 2.H.D., 23.02.2005, 16668 – 2633, Yarg. 2.H.D., 19.10.2009, 14272 – 17783, Yarg. 2.H.D., 14.07.2008, 6864 – 10379, Yarg. 2.H.D., 06.07.2004, 8202 – 9032; www.kazanci.com.tr

¹¹⁸ HAUSHEER/GEISER/MÜLLER- AEBI, s. 285; SCHWENZER, Basler Komm., Art. 274a, N. 4; BLUM, s. 47; BREITSCHMID, Handkomm., Art. 274a, N.1; HEGNAUER, Berner Komm., Art. 274a, N.12; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 337.

¹¹⁹ SCHWENZER, Basler Komm., Art. 274a, N. 3, 4; HEGNAUER, Berner Komm., Art. 274a, N.14; HAUSHEER/GEISER/MÜLLER- AEBI, s. 284; BREITSCHMID, Handkomm., Art. 273, N.3. Krş. Ahmet M. KILIÇOĞLU, *Medeni Kanun ’umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku ’na Getirdiği Yenilikler*, 2. Bası, Ankara 2004, s. 147-148; KILIÇOĞLU, 607. Çocuk ile soybağına sahip olmayan biyolojik baba arasında kişisel ilişkinin kurulması hususunda ihtiyatlı davranılması gerektiği konusunda DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 337.

¹²⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 338; SCHWENZER, Basler Komm., Art. 274a, N. 6.

Üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurulmasında kişisel ilişki kurulması yönündeki talebin yanı sıra temel olarak iki şart aranmaktadır:

1. Çocuğun yararı
2. Olağanüstü hallerin bulunması

Olağanüstü halden kasıt; çocukla üçüncü kişi arasında, (özellikle büyük ana-baba, koruyucu ana baba, üvey ana veya üvey baba gibi) ana baba ve çocuk ilişkisine benzer bir bağıllık varlığıdır. Örneğin; ana ve babası ölen veya boşanan çocuğun büyük ana ve babası arasında kişisel ilişki kurulması hali, boşandıktan sonra çocuğun üvey babası ile arasında ilişki kurulması hali, çocuğun uzun süre yanlarında yetiştiği koruyucu aile arasında ilişki kurulması hali, soybağı kurulmamış biyolojik babayla çocuk arasında ilişki, birbirinden ayrı yaşayan kardeşler arasında ilişki kurulması hali vb.

§8. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası

Velayet hakkı kendisinde olan taraf, ilamda hüküm altına alınan şekilde diğer tarafın çocukla kişisel ilişki kurulmasına engel olursa, İcra ve İflas Kanunu m. 25/ a uyarınca kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan taraf ilamlı icra takibinde bulunabilir, icra müdürlüğünce borçluya icra emri gönderilir. İcra emrinde, özellikle çocuğun hak sahibi ile kişisel ilişkide bulunmasına engel olunmaması ihtarı, aksi takdirde ilam hükmünün İcra ve İflas Kanunu m. 25/ a maddesine göre zorla yerine getirileceği ve İcra ve İflas Kanunu m. 341 hükmüne göre cezalandırılacağı ihtarının yer alır. İcra emrinin gereği yerine getirilmezse, ilam hükmü zorla icra edilir ve ilam hükmünün yerine getirilmesine muhalefet eden, zorlaştıran kişi, şikayet üzerine İİK m. 341 gereğince altı aya kadar hapisle tazyik edilir.

5358 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilen İcra ve İflas Kanunu m. 341'e göre, "Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir".

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin bu ilamların ortak özellikleri ise, bu ilamların zamanaşımına uğramamaları, kesinleşmeden takip konusu

yapılamamaları, ilam hükmünün çocuk reşit (ergin) oluncaya kadar devam etmesi ve bu ilamların icraya elverişli olmak zorunda olmalarıdır¹²¹.

2003 yılında İcra ve İflas Kanununda yapılan değişiklikle İcra ve İflas Kanunu m. 25/ b hükmü getirilmiş, bu hükümlerle, söz konusu ilamların icrasında, sosyal çalışmacı pedagog psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulundurulması öngörülmüştür. Bu hükmün temelinde yatan amaç uzun vadede velayetin kendisine bırakıldandan çocuğu alıp, kişisel ilişki için diğer tarafa verilmesi sırasında çocuğun psikolojik yönden olumsuz etkilenmemesini sağlamaktır. Zira, kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamlar sıradan bir menkul mal teslimine ilişkin ilamlar gibi değerlendirilemez¹²².

Kişisel ilişki kurmayı reddeden çocuğa karşı zor kullanılmamalı, uzmanlar aracılığı ile konuşularak, gerekirse terapi uygulanmalıdır. Kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hükmün yerine getirilmesini velayete sahip olan veya çocuğu yanında bulunduran taraf engellerse, bu kişilere karşı her ne kadar zor kullanılabilirse de velayet hakkı sahibi ana/babaya çocuğun önünde açıkça zor kullanılmamalı, özellikle uzman görüşlerine göre hareket edilmelidir¹²³.

Anayasa m. 90 uyarınca iç hukuk kuralı haline gelen Avrupa Konseyi Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesi¹²⁴ “Kişisel ilişki ile ilgili olarak alınacak koruma tedbirleri ve garantileri” düzenlemektedir.

Anılan hükmün 2. fıkrası; “Hal ve şartlar gerektirdiğinde, adli makamlar, her zaman hem kararın uygulanmasını, hem de çocuğun kişisel ilişki süresinin sonunda mutad olarak yaşadığı yere dönmesini ya da hukuka uygun

¹²¹ İbrahim ÖZBAY, *Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası*, EAKademi, S.84, Şubat 2009. erişim tarihi: 01.11.2015; Derya BELGİN, *Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası*, (İİK m. 25, m. 25/a, m. 25/b), AÜSBE, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011, 48-54.

¹²² Ayrıntılı bilgi için bkz. BELGİN, 92-101; Ömer MAVİ, *İcra Takibiyle Çocukla Kişisel Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu*, TBBD, Yıl 2008, S.74, s.275 vd.

¹²³ BAYGIN, 119; SERDAR, 773; SEROZAN, 240.

¹²⁴ Bkz. Özge BÖLÜKBAŞI, *Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi*, <http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2011-2.11.pdf>. erişim tarihi: 01.11.2015.

olmayan bir şekilde yerinin değiştirilmemesini sağlamak amacıyla koruma tedbiri veya garantilere tâbi olarak bir kişisel ilişki kararı verebilir”.

a) Kararın yerine getirilmesini sağlayan güvence ve garantiler özellikle aşağıdaki hususları ihtiva edebilir:

- Kişisel ilişkinin gözetim altında tutulması;
- Bir kişinin çocuğun ve gerektiğinde ona refakat eden başka bir kimsenin seyahat ve ikamet giderlerini karşılamasından yükümlü tutulması;
- Kişisel ilişki talep eden kimsenin böyle bir ilişkiden yoksun bırakılmasını sağlamak için çocuğun mutad olarak yanında yaşadığı kişi tarafından teminat verilmesi;
- Çocuğun mutad olarak yanında yaşadığı kimseye, bu kimse kişisel ilişkiye dair karara riayet etmeyi reddettiği takdirde, para cezası verilmesi.

b) Çocuğun iadesini veya haksız olarak yerinin değiştirilmesinin önlenmesine yönelik güvence ve garantiler özellikle aşağıdaki hususları ihtiva edebilir:

- Pasaport veya kimlik belgelerinin ile gerektiğinde, kişisel ilişki için başvuruda bulunan kimsenin, yetkili konsolosluk makamına kişisel ilişki süresinde bu teslimat ile ilgili bildirimde bulunduğunu belirten belgenin teslimi;

- Mali teminatları;
- Mallar üzerindeki aynı teminatları;
- Mahkemelere olan yükümlülükler ve taahhütler;
- Çocukla kişisel ilişki kuran kimsenin, çocukla birlikte kişisel ilişkinin kurulacağı yerdeki polis karakolu veya gençlik sosyal hizmet kurumu gibi yetkili bir makama düzenli olarak görünmek zorunluluğunu,
- Çocukla kişisel ilişki için başvuruda bulunan kimsenin kişisel ilişki kararı verilmeden ya da kişisel ilişki gerçekleşmeden önce bir velayet veya kişisel ilişki kararına veya her ikisine ilişkin tanımayı ve icra edilebilme beyanını onaylayan, kişisel ilişkinin tesis edileceği Devlet tarafından verilmiş bir belgeyi ibraz etmek yükümlülüğünü;

- Kişisel ilişkinin gerçekleşeceği yer ile ilgili şartların konulmasını ve gerektiğinde herhangi bir ulusal veya sınır ötesi bilgi sistemine çocuğun, kişisel ilişkinin kurulacağı Devletten ayrılmasını önleyen bir yasaklamanın kaydedilmesini” şeklinde hükümler öngörmektedir ki, bu tedbirler ve garantiler, artık Türk Hukuku açısından da doğrudan uygulama alanı bulacaktır.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU Tekin, *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Üzerine Gözlemler*, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, AÜ.SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:13, Andlaşmalar Dizisi No:1, Ankara 1995.
- AKINTÜRK Turgut/ KARAMAN Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, II. Cilt, Aile Hukuku*, 2016.
- AKYÜZ Emine, *Medeni Kanun'un Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi*, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 647-672.
- BAYGIN Cem, *Soybağı Hukuku*, İstanbul, 2010.
- BELGİN Derya, *Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası*, (İİK m. 25, m. 25/a, m. 25/b), AÜSBE, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.
- BLUM, Richard, *Der Persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind gemäss Art. 273-275 ZGB (Besuchsrecht)*, Diss. Zürich 1983.
- BOELE-WOELKI Katharina, *Commen Core and Better Law in European Family Law*, 2005.
- BOELE-WOELKI Katharina/MARTINY Dieter, *The Commission on European Family Law (CEFL) and its Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, ERA Forum, 2007.
- BÖLÜKBAŞI Özge, *Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi*, <http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2011-2.11.pdf>. erişim tarihi: 01.11.2015.
- BREITSCHMID Peter, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zürich 2007.
- BÜCHLER Andrea/VETTERLI Rolf, *Ehe, Partnerschaft, Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht des Schweiz*, 2011.
- BÜCHLER Andrea/WIRZ Annatina, *FamKomm., Scheidung, Band I, ZGB in: Ingeborg SCHWENZER (Hrsg).2. Aufl., Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, Art. 273-Art. 275a*, Bern 2011.
- DOĞAN Gül, *Çocuk ile Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı*, Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007.

- DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Alper, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, İstanbul 2016.
- ELÇİN GRASSİNGER Gülçin, *Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s.823-846.
- ERLÜLE Fulya, *Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması*, e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/article/download/.erişim tarihi: 01.11.2015.
- GARDNER Richard A, *Parental Alienation Syndrome*, (2nd Edition) Creative Therapeutics, Inc., Cresskill, N.J. 07626 <http://themenscentre.ca/wp-content/uploads/2013/08/Parental-Alienation-Syndrom-2nd-ed..pdf> erişim tarihi: 01.11.2015.
- GENÇCAN Ömer Uğur, *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku*, Ankara, 2015.
- GENÇCAN Ömer Uğur, *Velayet Hukuku*, Ankara, 2015: (GENÇCAN, Velayet).
- HAUSHEER Heinz, *Die dritteüberwachte Besuchsrechtsausübung (das so genannte "begleitete Besuchsrecht")*, Rechtliche Grundlagen, ZVW 1998.
- HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/MÜLLER- AEBI, Regina, E., *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 3. Aufl., Bern 2007.
- HEGNAUER, Cyril, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischenPrivatrecht, Band II, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 2. Teilband, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art. 270-275 ZGB, Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art. 276-295 ZGB*, Bern 1997. (HEGNAUER, Berner Komm.)
- HEGNAUER Cyril, *Persönlicher Verkehr-Grunlagen*, ZVW 1993. (HEGNAUER, Persönlicher Verkehr)
- HEGNAUER, Cyril, *Vormundschaftsbehörde und persönlicherVerkehr*, EinÜberblick, ZVW 1998, s. 169-179. (HEGNAUER, ZVW, 1998).
- İNAN Ali Naim, *Çocuğun Korunmasında Medeni Kanun 'umuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları*, Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı, İstanbul, 1999.

- KILIÇOĞLU Ahmet M., *Aile Hukuku*, Ankara 2015.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku'na Getirdiği Yenilikler*, 2. Bası, Ankara 2004.(KILIÇOĞLU, Yenilikler)
- MAVİ Ömer, *İcra Takibiyle Çocukla Kişisel Kurulmasının Sebepleri, İcra-da Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu*, TBBB, Yıl 2008, S.74, s.269-281.
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe, *Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı*, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.II, İstanbul 2009, s.1219-1242.
- ÖZBAY İbrahim, *Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlämlerin İc-rası*, EAkademi, S.84, Şubat 2009.
- ÖZTAN Bilge, *Aile Hukuku*, Ankara, 2015.
- SCHNYDER, Bernhard, *Die ZGB-Revision 1998/2000 Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht*, Zürich 1999.
- SCHNYDER Bernhard/SCHMID Jörg/RUMO-JUNGO/Alexandra, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Aufl., Zürich 2002.
- SCHWENZER Ingeborg, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB* (Herausgeber: HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas), 3. Aufl., Basel-Genf- München 2006. (SCHWENZER, Basler Komm.)
- SCHWENZER Ingeborg / DIMSEY Mariel, *Model Family Code From a Global Perspective*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006.
- SERDAR İlknur, *Kişisel İlişki Kurma Hakkı*, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı: 2007, İzmir 2007, s. 739-781.
- SEROZAN Rona, *Çocuk Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 2005.
- SMITH Lucy, *Recent Developments in Child Law, European Challenges in Contemporary Family Law* (BOELE-WOELKI Katharina/SVERD-RUP Tone), 2008.
- STETTLER Martin, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, BD. III/2(Das Kindesrecht)*, Basel, 1992. , SPR III/2.
- SUTTER-SOMM Thomas/KOBEL Felix; *Familienrecht*, 2009.

VETTERLI Rolf, *Das Recht Des Kindes Auf Kontakt Zu Seinen Eltern*, FamPra.ch 2009.

VETTERLI Rolf, FamKomm., *Scheidung, Band I*, ZGB in: Ingeborg SCHWENZER (Hrsg).2. Aufl., Vorbemerkung zu Art. 175-179, Bern 201. (VETTERLI, FamKomm.)

Principles on Parental Responsibilities, Commission on European Family Law, <http://ceflonline.net/principles/>

<http://ceflonline.net/parental-responsibility-reports-by-jurisdiction/>

www.kazanci.com.tr.