

İKİNCİ EVLİLİK - İLK ÇOCUK(LAR)

Meslek hayatımda en çok karşılaştığım sorulardan birisidir; taraflardan en az biri genç ya da orta yaşta ikinci evliliğini yapmıştır, önceki evlilikten 18 yaşından küçük çocuk/lar bulunmaktadır... Bir de yeni evlilikten çocuk gelirse dünyaya mutlulukla birlikte sorunlar da artar. Önceki eş ya da çocuk(lar) için nafaka tazminat ödeme yükümlülüğü kısmen de olsa devam etmektedir, çocuklarla kişisel ilişki de şu ya da bu şekilde sürdürülmeye çalışılmaktadır. Öte yandan ilk eşin –her ne kadar inkar etse de- dikkati az da olsa gizliden gizliye yeni eşin üstündedir, ne yapıyor, yaşam tarzı nasıl, çocuğuna ya da yeni eşine sağladığı olanaklar, kendi yaşantısı ile mukayese edilmektedir.

Bu aşamada bizlere hukukçulara danışılır; verilen nafakalar, tazminatlar fazla görülür, iştirak nafakası nasıl azaltılır, aslında benim istediğim okula gitmiyor, dersleri de iyi değil, boşuna ödeniyor bu paralar... ilk eşin şikayetleri daha farklıdır; çocuklar için olanaklar daha iyi olabilir(di), kişisel ilişkiler de öyle... Beklentiler bir türlü uymaz birbirine. Eski eş için “ koyundan ne kadar yün kırpsam kardır”, yeni eş içinse “nelerine yetmiyor...bize lazım..”

İlk evliliğe benzemez ikinci evlilik. Taraflar esasında tam da fay hattının üstünde ev kurduklarının farkında olmalıdır. Bina ne kadar sağlam inşa edilirse edilsin, her dokunuşta, her sarsıntıda biraz hep birlikte sallanılır. Koca bir geçmişi yok saymak olmaz; geçmiş, çevre ve alışkanlıklar... yatağa iki kişi girildiği sanılırsa da biraz daha kalabalıktır. Eğer ilişki biraz daha sağlam ve dostluğa dayalı olarak kurulmuş, karakterler oturmuş ise sarsıntı ne kadar şiddetli olursa olsun, bina ayakta kalır... bazen de binayı yıkan, sarsıntının güçlü olmasından çok sürekli olmasıdır. Taraflara soluk aldırılmaz. Derken, tam sarsıntılar bitti dendiği an, bina çöker.

Buradaki önerilerimiz genelde hep aynıdır; çocukların küçülmediğini, tersine büyümekte olduğunu aklınızdan çıkarmayın ve çocuklar için kavga etmeyin. Bir süre sonra iştirak nafakası kesilecek. Ve maddi açıdan daha rahat nefes alabileceksiniz. Çocuklarla ilişkiler konusunda rahat olun, özgür bırakın. Onlar yakında birer yetişkin olacak, siz onlara değil onlar size zaman ayıracak. O zamana kadar biraz sabır.

Aile hukukuna ilişkin davalar ticari davalardan farklıdır. **İlişkilere dair her şey yasalarla düzenlenemediği için bu davalarda ikincil hukuk kaynakları dediğimiz Yargıtay Kararları büyük rol oynar.**

Çocuklarla ilgili karar verirken, mahkeme, Türkiye'nin de taraf olduğu Uluslar arası Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan "çocuklara birincil öncelik/çocuğun üstün yararı ilkesi" gereğince çocuğun yararını göz önünde tutar.

Yargıtay 2009 tarihli aşağıdaki kararında; hırçın yapıda, kiskanç bir kişi olan babanın, alkol bağımlılığı nedeniyle de davalı/anne üzerinde aşırı derecede baskı kurduğu, onu ufak tefek şeylerden dolayı azarlayıp dövdüğü, daha sonra da evden kovduğu, kadının (annenin) boşanmayı kabul ettiği davada; **zayıf karakterli bulunan annenin çocuklarını yeterince koruyamayacağını, onlara sahip çıkamayacağını düşünerek , yerel mahkemenin verdiği direnme kararını onayarak çocukların davacı babada bırakılmasına karar vermiştir;** (YHGK, 2009/2-49 E., 2009/90 K., 25.2.2009)

"...Mahkemenin davanın kabulü ile tarafların boşanmalarına, müşterek çocukları A... B...'un velayetinin davacı babasına verilmesine, davalının maddi ve manevi tazminat isteklerinin reddine dair verdiği karar, Özel Dairece yukarıda belirtilen nedenle bozulmuş, mahkemece yoksulluk nafakası yönünden bozmaya uyulmuş ve davanın reddine karar verilmiş, velayet hususunda ise "davalının toplanan delillere göre kendisini dahi koruyup gözetmekten aciz bir yapıda olması, küçük A... için gerekli bakım, gözetim ve eğitimi yapabilecek durumda olmaması, davalının ahlaki anlayışının çocuğun ahlaki gelişimini olumsuz etkileme ihtimalinin kuvvetle muhtemel olması nedenleriyle velayet hususunda eski kararda direnilmesine karar verilmesi gerektiği" gerekçesi ile önceki kararda direnilmiştir.

Bir başka davada, boşanmadan sonra, müşterek çocuğun velayeti kendisine bırakılan **davacı baba tarafından; anne ile çocuk arasında kurulan kişisel ilişkinin çocuğun bedeni ve fikri gelişmesinde zarar vereceği iddiası ile şahsi münasebetin daratılması ve yeniden düzenlenmesi talep edilmiştir.** Yüksek mahkeme, idrak çağında olan çocuğun, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6 maddeleri ile Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 12. maddeleri dikkate alınarak Mahkemece **annesi ile arasında kurulan şahsi ilişki konusunda küçüğün beyanının alınması** ve daha sonra diğer delillerle birlikte değerlendirilip hüküm kurulması gerektiği düşüncesine varmıştır.(Y2HD, 2005/9057 E., 2005/10845 K., 7.7.2005 t.'li kararı)

Yargıtay 2004 tarihli bir başka kararında, boşanmadan sonra **"Başlı Başına Küçüğün Sözlerine Değer Verilerek Velayet Düzenlemesi Yapılamayacağı"** na karar vermiştir. Ancak bu kararı verirken **"Haklı bir sebebin bulunması halinde velayet değiştirilebileceğini"** de özellikle belirtmiştir.

Bir başka kararda da Yargıtay; *"...dosyadaki tüm kanıtlar birlikte değerlendirildiğinde; çocukların uzun zamandır babaları yanında yaşadıkları, velayetin kaldırılması (TMK. md. 348)koşullarının gerçekleşmediği anlaşılmıştır. Usulüne uygun olarak açılan "kişisel ilişkinin*

değiştirilmesi" davası da bulunmamaktadır. Davanın reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırı olduğundan bozulması gerekmiştir..." diyerek kararı bozmuş, çocukları babanın yanında bırakmaya devam etmiştir. (Y2HD, E. 2006/15824 E., 2006/18407 K., 26.02.2006)

Karar da bir de karşı oy kullanılmıştır, karşı oyun gerekçesi de son derece ilginçtir; *"Davacı tarafından 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre velayetin "yeniden düzenlenmesi" konusunda dava açıldığı ve dava konusu çocuğun bir "temsil kayyımı" tarafından temsil edilmeden karar verildiği konusunda değerli çoğunluk ile aramızda "görüş birliği" vardır.*

Çekişme nedir?;

Velayetin "yeniden düzenlenmesine" yönelik davalarda dava konusu çocuk bir "temsil kayyımı" tarafından "usulüne uygun biçimde" temsil edilmeden işin esasının incelenebileceğine yönelik değerli çoğunluğun düşüncesine katılmıyorum.

Velayet ilişkisinde "iki taraf" (=Ebeveyn ve çocuklar)söz konusudur. (BAKTIR/ÇETİNER, Velayet Hukuku, s. 32)

Velayet, küçüklerin ve bazı durumlarda kısıtlı çocukların gerek kişiliklerinin gerek mallarının korunması ve onların temsili konusunda yasanın ana babaya yüklediği ödevler ile bu ödevlerin gereği olan hakların "tümünü" ifade eder.

(Ömer Uğur GENÇCAN, Boşanma Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, Kısaltma: GENÇCAN-Boşanma-2, s. 843)

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

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

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

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

Velayet, ana-babaya bırakılan denetimsiz bir hak olmaktan çıkarılmış, kamusal niteliği olan bir hak olduğundan bu hakkın kullanımı "denetlenmektedir". (BAKTİR/ÇETİNER, Velayet Hukuku, s. 19)

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

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

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

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

Hükmün bu gerekçe ile bozulması görüşünde olduğumdan değerli çoğunluğun "farklı görüşüne" katılmıyorum..."

Sonuç olarak; hukuk da, yaşamın içinde, tıpkı ilişkiler gibi değişir ve dönüşür. İlişkilerin özellikle aile ilişkilerinin çözümünü mahkemelere bırakmadan sağduyu ile taraflar arasında halletmek asıl olmalıdır. Üstün yararın, kimin çocuğu olursa olsun çocuklara ait olduğu unutulmamalıdır. **Taraflar; ilk beraberliklerinden doğmuş çocukların bulunduğu yeni ilişkilerinde, daha kaygan daha zor bir zemin üzerinde yürüdüklerinin, beraberlerindeki kişiyi, sadece bir kişi olarak değil ona ait olan tüm geçmişi ile birlikte kucakladıklarının farkında olmalıdır.**
27.12.2011

Av. Jülide Işıl BAĞATUR
Bağatur Avukatlık Bürosu