

ZİYARET HAKKI

Pierre GUIHO

1. — Medenî Kanunda¹ “ziyaret hakkı”nın ne adına rastlanır ne de bu hususta en küçük bir imaya. Bu müesseseyi mahkeme içtihatları yaratmıştır. Çözülmesi gereken mesele şudur : Velâyet hakkı, prensip itibarile hak sahibine, çocuğun münasebetlerini tayin ve onu kötü tesirlerinden korktuğu bazı kimseleri ziyareten menetmek selâhiyetini bahşeder; Medenî Kanununun 374. maddesi, velâyet hakkı sahibine, çocuğu devamlı olarak nezdinde bulundurmaya imkânını vermekle bu hususta alacağı kararların müessiriyetini temin etmektedir. Fakat acaba bu selâhiyet “yakın hısımlar” a karşı da kullanılabilir mi? Hak sahibi, hısımların çocukla münasebetlerini devam ettirmelerine muhalefet edebilir mi? Mahkemeler bunu kabul etmemekte ve bazı yakın hısımlara, velâyet hakkı sahibinin muhalefetine rağmen, çocuğun kendilerini ziyaret etmesi hakkını tanımaktadırlar : İşte “ziyaret hakkı” dediğimiz budur.

2. — Son derece pratik bir mesele karşısındayız. Bu mesele, pek muhtelif durumlarda, hususile şu iki halde ortaya çıkabilir :

1. Boşanma veya ayrılık halinde, çocuklar, mahkemece, eşlerden birine veya diğerine veyahut da bir üçüncü şahsa tevdi edilir. Bu takdirde, çocuklarından ayrı kalan eş, diğer eşin muhtemel kötü niyetine rağmen, hangi şartlar dahilinde yavrularile münasebette bulunabilecektir?

2. Büyük ana-babaların, torunlarını görmek hususunda, ebeveynlerin muhalefetleri ile sık sık karşılaştıkları olur. Böyle bir ihtilâf her iki eş hayattayken ortaya çıkabilir; fakat bilhassa eşlerden birinin ölümünden sonra, hayatta kalan eş ile vefat edenin hısımları arasında — kesretle — vâki olur.

Boşanma veya ayrılık halinde, eşlerin ziyaret hakkı kolaylıkla kabul edilmiştir. Bu, şüphesiz şu fikrin neticesidir : eşlerden yalnız birinin velâyet hakkını elinde bulundurması, diğerinin de aynı hakka nazari

1) Fransız Medenî Kanunu kastedilmektedir (Çevirenin notu).

olarak sahip bulunmasına mani teşkil etmez. Bunun için bu sonuncunun da velâyet hakkını “ müşahhaslaştırmak ” maksadile, ona ziyaret hakkı kolaylıkla tanınmıştır. Nitekim, bu konudaki mahkeme kararları nisbeten daha küçük bir yekûn tutar.

3. — Buna mukabil, velâyet hakkına sahip bulunmayan büyük ana - babalar konusunda daha çok müşkülât ve tereddütlerle karşılaşmıştır. Büyük ana - babaların ziyaret hakkı prensibi 19. yüzyılın ortalarında mahkeme içtihatlarını ikiye ayırmıştı. Böyle bir meselenin daha önce nasıl olup da ortaya çıkmadığına hayret etmemek elden gelmiyor. Çünkü Medenî Kanunda velâyet hakkı, Roma Hukukundaki gibi “ takdiri ” bir karaktere sahip değildi. Ancak, Büyük İhtilâlden önce olduğu gibi 19. yüzyılın başlarında da babanın otoritesi hâlâ pek kuvvetli idi ve mahkemelerin ailevî ihtilâflara müdahalesi henüz âdet haline gelmemişti. Binaenaleyh, torunlarının ziyaretinden keyfi olarak mahrum edildiklerini gören büyük ana - babaların, ihtilâfî hâkime götürmek fikrine sahip bulunmamaları ihtimal dahilindedir.

Böyle bir meseleyle 1850 yılına doğru karşılaşan bidayet mahkemeleri, işi, önce sükûtle geçiştirmişlerdir. Bir çok istinaf mahkemesi kararları ise, büyük ana - babaların, torunlarını — babanın rızası hilâfına — ziyaret etme taleplerini reddetmişlerdir; mezkûr kararlar, böyle bir ziyaret hakkını, velâyet hakkından doğan selâhiyetlere, hususile Medenî Kanununun : “ Çocuk, onsekiz yaşın ikmâlinden sonra gönüllü olarak askere yazılmak hali müstesna, babasının rızası bulunmaksızın, baba ocağını terkedemez ” diyen 374. maddesine — kabulü imkânsız — bir tecavüz telâkki ediyorlardı.

Doktrin de ikiye ayrılmıştı : Laurent, bu sert içtihadın müdafiliğini yaparken, Demolombe, — doğrusu hükukî olmaktan çok hissî bir takım deliller getirerek — büyük ana - babalara bir ziyaret hakkının tanınmasını istiyordu.

İstinaf mahkemelerinin başlangıçtaki bu muhalefetleri tabii devan edemezdi : Gerçekten, mahkeme içtihatlarının böyle bir hak karşısında takınmış oldukları tavır, nazari bakımdan bir “ fonksiyon ” olarak telâkki edilen velâyet hakkı fikri ile uyuşmuyor ve velâyet hakkını “ mutlak ve takdiri ” bir karaktere bürüyordu ; tatbikî bakımdan ise, büyük ana - babaların en meşru sevgi hislerini yaralaması itibarıyla haksız idi.

4. — Yargıtay, bunun farkına varmakta gecikmedi. 8 Temmuz 1857 tarihli bir kararında, Hukuk Dairesi, prensip olarak, hâlâ, babanın çocuklarını “ kendi ailesinden olsa da, tesir altında bırakmalarından korktuğu kimseleri ziyaret ” ten menedebileceğini söylüyordu; bununla beraber, mezkûr hakkın takdiri olmadığını, ağır ve meşru sebepler

olmadıkça — ki baba bu sebepleri takdirde “ tek ve nihai hakem ” olamaz — babanın, çocukların büyük ana - babaları ile münasebetlerine muhalefet edemeyeceğini de ilâve etmekteydi. Tabîî, istinaf mahkemeleri, yavaş yavaş Yargıtay’ın bu görüşüne katılacaklardı; nitekim, bu tarihten itibaren pek çok sayıda mahkeme kararı, büyük ana-babalara ziyaret hakkı tanıdılar.

Müessese, zaten, fevkalâde bir hayatiyet göstermekte idi. Velâyet hakkının sağladığı imtiyazlar cephesinde böylece açılan gedik, hem ziyaret hakkı talebinde bulunabilecek şahıslar bakımından, hem de bu şahısların mezkûr hakkı kullanma şartları bakımından gitgide genişledi. Mahkeme içtihatları, daima daha “ liberal ” bir anlayış içinde gelişti ; henüz yakın bir zamanda, Yargıtay, ziyaret hakkının, birkaç günlük bir misafirlik şeklinde de kullanılabileceğini kabul etmiş ve bu hakkı, evlilik dışı büyük ana-babalara da teşmil eylemiştir.

1935 yılında Teşriî Tetkikler Cemiyeti, ziyaret hakkını teşriî olarak kabul etmek ve bu konudaki mahkeme içtihatlarını kanunlaştırmak için bir tasarı hâzırladı; ancak, mezkûr tasarı, sadece büyük ana-babalarla ilgiliydi. Metnin hazırlanması, komisyonda, enteresan münakaşalara yol açtı; bununla beraber, tasarı, hiç bir zaman kanunlaşamadı². Böylece, mahkemeler, bu konuda, bugüne kadar “ yegâne söz sahibi ” olmuşlardır. Mahkeme içtihatları, aralıksız olarak tekâmül etmişlerse de henüz muvazene noktasını bulmuş değildirler Çünkü, civar hısımlara ziyaret hakkı tanımayan — ve sağlam olarak yerleşmiş görünen — bir kaide yeniden münakaşa konusu olmuştur.

5. — Mahkemeler, ziyaret hakkı konusunda, nazari prensiplere önem atfetmemekte, bilhassa hâdiselere ve şartlara bakarak hüküm vermektedirler. Tereddütlerinin sebebini de bu noktada görmeli. Her

2) Tasarı Medeni Kanununun 373. maddesine şu metni ilâve ediyordu:

“ Baba veya ananın ölümü halinde, evlenmeden doğan küçükler üzerinde velâyet hakkını haiz bulunan sağ kalan eş, vefat eden eşin ana-babasının torunlarıyla alelâde veya misafirlik suretinde ziyaret münasebetlerinde bulunma haklarını, meşru bir sebep olmadan reddedemez ; anlaşmazlık halinde, mahkeme, çocukların menfaatini ve velâyet hakkının verdiği salâhiyetleri korumağa matuf tedbirleri almak suretiyle, mezkûr münasebetlerin şartlarını tayin eder. Müstacel vaziyetlerde refere (yani, müstacel işlere bakan) hâkimine müracaat olunur.

“ Evliliğin devamı müddetince, eşler, çocuklarının menfaatine aykırı olarak, meşru bir sebep olmadan ziyaretlere mani olamayacakları gibi, çocukların büyük ana-babalarında misafirlik suretinde kalmalarına da engel olamazlar; anlaşmazlık halinde, mezkûr ziyaretlerin şartlarını tayin mahkemeye aittir.

“ Mahkemenin verdiği her karar muvakkaten vacibülicradır. ”

nev'e has şartları dikkate aldıkları için onları muaheze edemeyiz : böyle olması gerektiğini ve bu konuda sert ve sarıh kaideler koymanın mümkün olmadığını kabul etmek zorundayız. Hâkimin, böylece her dâvanın hususiyetine göre hareket etmesi, ailevî ihtilâflara müdahale zorunda kaldığı zaman kendisine düşen tam mânasıyla insanî rolü lâ-yıkıyla ifa edebilmesi için zarurîdir. Ancak, şunu da söyleyelim ki, bu konuda nazari mefhumlardan istifade bir hayli az olduğu haldé, bu mefhumların faydası yine de küçümsenemez.

Ziyaret hakkı konusunda, faraziyeler hemen daima birbirinden ayrı olarak nazara alınmıştır. Böyle olunca da, meseleyi, daha geniş bir plân içinde ele almak ve ister büyük ana-babalar veya boşanmış eşler ister bir başka şahıs mevzubahis olsun, bütün hallerde aynı mahiyette ve aynı esasa dayanan bir hak karşısında bulunup bulunulmadığı sorulmak faydalı gözükmemektedir. Bu mefhumlar, tatbikatta ortaya çıkan bazı müşkülleri aydınlatmağa ve hal tarzlarını tevhide imkân vereceklerdir. Bunun için, önce böyle bir araştırmadan işe başlamayı deneyeceğiz ; varacağımız neticeden de ziyaret hakkının tanziminde zarurî olan sonuçları istihraç edeceğiz.

I. — ZİYARET HAKKININ ESASI VE HUKUKİ MAHİYETİ

6. — Ziyaret hakkının hukuki mahiyeti —hâlâ— pek münakaşalıdır. Velâyet hakkının imtiyazlarına karşı ziyaret hakkı şeklinde bir müdahaleyi müdafaa etmek için, müellifler iki sistem teklif etmiş bulunmaktadır. Nazari fikirlerden çok pratik hal tarzlarına bağlı olan mahkemeler, bu iki sistemden ne birini ne de diğerini iltizam etmişlerdir.

Bazı müelliflere göre, bir ziyaret hakkı bahşeden mahkeme kararları, hakların kötüye kullanılması hususundaki umumî nazariyenin bir tatbikatını teşkil etmektedir : Çocuğu nezdinde bulundurma hakkı (droit de garde) sahibi, çocuğunun, yakın hısımlarile münasebette bulunmasına ciddi bir sebep olmaksızın muhalefet etmekle, çocuğu nezdinde bulundurmamak hususunda kanunun kendisine tanımış olduğu hakkı kötüye kullanmıştır; mahkemeler ise hakkı nbu suiistimalini önlemekle mükelleftirler. Diğer bazı müelliflere göre ise, ziyaret hakkı, ana-baba ve diğer usul lehine "zati bir hak" teşkil eder. Bahis konusu olan, bu hususî hakkı, çocuğu nezdinde bulundurma hakkı ile telif etmektir.

7. — Hakkın kötüye kullanılması nazariyesine başvuran müellifler şu fikirden hareket etmektedirler : Velâyet hakkı, prensip itibarile hak sahibine, çocuğu ile yakın hısımları arasındaki münasebetlere muhalefet etmek selâhiyetini bahşeder. Velâyet hakkı sahibi, çocuğun münasebetlerini sevk ve idare etmek hakkını haiz, hattâ bununla mükelleftir. Böy-

le olunca da o, kim olurlarsa olsunlar, bazı kimseleri ziyaretten çocuğunu menedebilir. Çocuğu nezdinde bulundurma hakkı sayesinde, velâyet hakkı sahibi, çocuk üzerinde mütemadi bir nezaret icra edebilmek için, onu her ân devamlı olarak yanında bulundurabilir.

Fakat, velâyet hakkı, takdirî bir selâhiyet değildir; velâyet hakkı, bir haktan ziyade, çocuk lehine bahşedilmiş bir " fonksiyon " dur. Böyle olunca da, ancak çocuğun pek büyük bir menfaati gayesile kullanılmak gerekir. İmdi, bir çocuğun, yakın hısımlarıyla sıkı sevgi münasebetleri içinde bulunmasında menfaati vardır. Çocuğu nezdinde bulunduran kimse, bu münasebetleri kesmek isteyince, çocuk aleyhine hareket ettiği mefruzdur ; böylece, hak sahibi, kanunun kendisine tanıdığı bir imtiyazı gayesinden saptırmakta, hakkını kötüye kullanmaktadır. Mahkemeler ise, böyle bir suiistimale son vermek selâhiyetini kendilerinde görmektedirler. Aldığı kararın çocuk lehine olduğunu isbat etmek, çocuğu nezdinde bulunduran hak sahibine düşer. Bu sistemde, sadece çocuğu nezdinde bulunduranın müktesep hakları mevcuttur ; yakın hısımların ise ancak alelâde ümitleri vardır.

Bazı müelliflerin müdafaa ettikleri fikir işte budur : bu müellifler, gerçekten muayyen birçok mahkeme kararlarının esbabı mucibelerine istinat edebilirler ki, bunlardan en sonuncusu Paris Mahkemesi'nin 10 Temmuz 1948 tarihli bir kararı olup şöyle demektedir : " Velâyet hakkı, ancak çocuk menfaatine kullanılmak gerekir. Anne-annenin torunile normal münasebetlerde bulunmasına müsaade etmeyen babanın hareketinde velâyet hakkının suiistimali mevcuttur. "

8. — Bu izah diğer müelliflerce münakaşa edilmiştir. Sayıları daha da fazla olan bu müelliflere göre, torunlarının ziyaretini talep ederken büyük ana-babalar, çocuklarının ziyaretini talep ederken de ana ve babalar kendilerine mahsus olan " zati " bir hakkı kullanmaktadırlar. Dâvada bahse konu olan, bir hakkın kötüye kullanılması meselesi değil, iki hak arasında yani çocuğu nezdinde bulundurma hakkı ile ziyaret hakkı arasındaki ihtilâftır. Böyle bir hak, esasını, bizatihi tabiatten doğan sevgi bağlarında bulmaktadır ve tanımamazlık edilemez.

Kanunların hiç bir yerinde bu hakka işaret edilmiş değildir. Bununla beraber, böyle bir hakkın varlığını ileri sürenler, onu, yine de Medenî Kanunun muayyen bazı metinlerine dayandırmaktadırlar. Boşanma veya aynlık halinde, çocuğu nezdinde bulundurmayan eşe tanınan ziyaret hakkı, esasını, Medenî Kanunun 303. maddesinde bulmaktadır ki bu madde, mezkûr eşe çocukların bakımı ve terbiyesi üzerinde bir nezaret hakkı bahşetmektedir ; ziyaret hakkının kullanılması, bu kimse

İçin, çocuklarının yetiştirilmesi tarzını müşahede edebilmesine bir vasıta teşkil eder. Böylece, bu hak bizatihî kanuna dayanmaktadır.

Böyle bir hakkın müdafaası, büyük ana-babalar mevzubahis olunca çok daha güçlükler arz etmektedir. O zaman da Medenî Kanununun 371. maddesine başvurulmaktadır. “ Çocuk, her yaşında, ana ve babasına tâzim ve hürmetle mükelleftir ” diyen maddeden, birbirinden farklı iki tarzda istifade edilmektedir. Bazılarına göre, mezkûr maddenin ifadesi umumîdir ; binaenaleyh, yalnız ana ve babaya değil, bütün usule tetbik edilecektir. İmdi, çocuğun, büyük ana-babalara kanunun kendisini mecbur tuttuğu saygıyı gösterebilmesi için, onlarla münasebet halinde bulunması lâzımdır. Diğer bazıları maddenin metninden farklı surette faydalanmakta ve şöyle demektedirler : Ana-baba, torunlarının kendilerini ziyaret etmelerini reddetmekle, büyük ana-babalara bizzat göstermekle mükellef buldukları hürmette kusur işlemiş olur ve böylece de 371. maddeyi ihlâl etmiş bulunurlar.

“ Zatî hak ” fikrine mesnet olarak, müellifler, Medenî Kanunun büyük ana-babalara torunlarının şahsı üzerinde bahşettiği ve velâyet hakkının parçalanması olarak tezahür eden, meselâ evlenmeğe muvafakat (m. 150), evlenmeğe itiraz (m. 173), kanunî vesayet (m. 402) gibi bazı imtiyazlara da dikkati çekmektedirler. Ziyaret hakkı da aynı neviden bir imtiyazdır.

Pek çok sayıda mahkeme kararı, bu fikri terviç eder gözükmektedir. Bununla beraber, mezkûr kararların — bizim bildiğimiz kadar — hiç biri, “ Zatî hak ” veya “ Şahsî hak ” terimini kullanmış değildir.

9. — Birbirine muhalif bu iki nazariye karşısında, biri veya diğeri hakkında hüküm vermek doğrusu pek güç.. Her ikisinde de hakikatten bir hisse var ve her ikisini de telif etmek mümkün gözüküyor.

Hakkın suiistimali fikrine taraftar olanlar, velâyet hakkının “fonksiyonel” karakterini açıkça meydana koydukları için ancak takdire lâ-yıktırlar. Velâyet hakkı artık, Roma Hukukunda olduğu gibi, hak sahibi menfaatine konulmuş değildir. Medenî Kanunun, — sonraları doktrin tarafından bir kat daha mütebariz hale getirilen, — fikri şudur: Velâyet hakkı, babaya, kendi menfaati için değil “ çocuğun menfaati için ” bahşedilmiş bir “fonksiyon” dur. Baba, velâyet hakkının kendisine verdiği imtiyazlardan başka suretle istifadeye kalkarsa, onları gavesinden saptırmış olur; hareketi, basit bir benzetme yapılmak gerekirse, idare hukukundaki “ salâhiyetin saptırılması ” na kıyas edilebilir; bu takdirde, mezkûr suiistimale mani olmak mahkemelere düşer. Mahkemeler de velâyet hakkı konusunda, kendilerine “ telif edici kudret ” adı verilen pek geniş bir kontrol salâhiyeti izafe etmişlerdir.

Böylece velâyet hakkı, kanunun kocaya kansı üzerinde aile reisi sıfatile tanıdığı otoritenin aynı bir karaktere bürünmektedir : Koca, salâhiyetlerini ancak " ailenin menfaatine olarak " kullanabilir ; kanı, kocasının bir kararını aile menfaatlerine aykırı görürse, — meselâ kararın aynı bir meslek icra etmek istemekte, koca ise buna muhalefet etmektedir — bunu mahkemeye arz edebilir.

Çok defa ve bilhassa boşanmış eşe karşı muhalefette, çocukları ziyaretin reddi suiniyet veya intikam niyetine matuftur. Böyle olunca da kanunun bahsettiği otorite, çocukların menfaatine değil, şahsî kinlere hizmet etmiş bulunur; artık çocuğu nezdinde bulundurma hakkının, mahkemelerin müeyyidesini dâvet eden bir suiistimali karşısındayız.

10. — Bütün bu fikirler gayri kabili münakaşa gözüküyor. Bununla beraber, hakkın suiistimali nazariyesinin, ziyaret hakkını izah için kâfi olduğunu söylememize de imkân yoktur.

Önce şuna işaret edelim ki, hakkın suiistimali fikrinin taraftarları çocuğun büyük ana-babalarını ziyaret etmesinde menfaati bulunduğunu prensip olarak koyarken kendilerini takip etmek güçtür. Şüphesiz, çocuğun tam mânasile olgunlaşması için, bir muhabbet hâlesile ihata edilmesine ihtiyacı vardır ; ve ana-babasının sevgisine büyük ana-babalarınınkinin de inzînam etmesi şayanı arzudur. Normal şartlarda, bu türlü münasebetlerin çocuğa faydalı olabileceği kabul edilebilir. Fakat, mesele mahkeme önüne götürülünce, bu demektir ki ebeveyn ile büyük ana-babalar arasında bir aniaşmazlık mevcuttur. Böyle olunca da büyük ana-babalarile münasebetinden çocuğa temin edilecek menfaat ciddi bir takım mahzurlarla karşılaşacaktır : Çocuk, ailesinin mücadelelerine daha fazla karışacak ve birbirine muhalif tesirler arasında müşkül mevkide kalacaktır. Bu çeşit durumlarda büyük ana-babalarını ziyaretin çocuğun menfaatine bulunduğunu " a priori " olarak söyleyebilmek güçtür. Boşanmış eşlerin üzerinde münakaşa ettikleri çocuk için mahzur daha da büyüktür. İmdi, buna rağmen, mahkemeler münasebetlerin tamamile hazfedilebileceğine kani değildirler; onlar, umumiyetle, ziyaret hakkının kullanılmasında çocuk için esasi bir fayda bulunup bulunmadığını değil, sadece ziyaretin, çocuk için bir tehlike arzetmeyeceğini tasrih ile iktifa etmektedirler.

11. — Şuna işaret etmeliyiz ki, hakikatte, mahkemeler, ziyaret hakkına müteallik bütün kararlarında, çocuğu değil, fakat daha çok müddeileri himaye etmeği aramaktadırlar ; hâkimler, bilhassa ebeveyn veya çocuğu nezdinde bulunduranın keyfi bir karar yüzünden meşru sevgilerinde haleldar olmuş olan büyük ana - babalara yardım etmek

duygusu ile hareket ediyorlar. Çocuktan ayrı kalmaktan en çok ıztıran çeken ve himaye edilmesi istenen kimseler de bilhassa bunlardır.

Birinci plânda yer alan müddeinin menfaati arkasında, — daha az bariz olmakla beraber belki daha da önemli olan — bir başkasının menfaati belirmektedir: Bu, cemiyetin menfaatidir. Gerçekten, tabiatın, birbirlerine kan rabıtası ile bağlı kimseler arasında yarattığı sevgi bağlarının korunmasında “ içtimaî bir fayda ” vardır. Aile, cemiyetin en esaslı hücrelidir, cemiyetin ise ailelerin birbirlerine bağlı kalmasında menfaati mevcuttur. Maalesef, kesretle vakit olan ailevî anlaşmazlıklara mâni olmak mümkün değil ; fakat, onları az çok tahdide de gayret etmek lâzımdır. Ve meselâ ebeveyn büyük ana-babalarla anlaşmadıkları zaman, ihtilâfın çocuklara da sirayetinden sakınılmalıdır.

12. — Binaenaleyh, öyle sanıyoruz ki, hakkın kötüye kullanılması fikri taraftarlarının, ziyaret hakkının, çocuğun menfaatine tesis edildiğini düşünmeleri haksızdır : ziyaret hakkı, daha çok hak sahibinin ve cemiyetin menfaatinadır. Fakat bu müelliflerin en çok haksız oldukları nokta, mahkeme içtihatlarının bütün hal tarzlarını izah etmemek ve tatbikî bakımdan müessif neticelere varmaktır. Hakkın kötüye kullanılması telâkkisi, mantikî neticelerine kadar götürülünce, ziyaret hakkını bir bakıma pek genişletir, bir bakıma da pek darlaştırır.

Bir bakıma, hak sahiplerinin çevresi lüzumundan fazla genişler. Sadece hakkın kötüye kullanılması fikri üzerine kurulacak olursa, ziyaret hakkı, çocukla kendi arasında bir sevgi münasebetinin mevcudiyetini haklı gösterebilen herkese, hattâ muhtemelen “ aileye yabancı olanlara ” da bahşedilecektir. Böyle bir netice muhakkak ki müfrittir : böyle bir hak, gayrı muayyen bir şahıslar topluluğuna verilemez ; mahkemeler, bu çeşit bir genişletmeyi hiç bir zaman kabul etmemişlerdir. Mahkeme içtihatlarına bakılırsa, ziyaret hakkı, “ ailevî ” karakterde bir müessesedir ; bu hak, çocuğun ancak “ hısımlarına ” tanınabilir. İmdi, ziyaret hakkını hakkın kötüye kullanılması fikrile izah eden görüş, işte bu ailevî unsuru hesaba katmamaktadır ; en çok haksız olduğu taraflardan biri de budur.

13. — Diğer bir bakımdan, hakkın kötüye kullanılması telâkkisi, ziyaret hakkının tatbikini ifrat derecede tahdide de müsaittir: böyle derken, çocuğu nezdinde bulunduranın, ziyaret hakkına meşru surette mâni olabilmek için başvuracağı sebepleri mevzubahs ediyoruz.

Müelliflerin hepsi — mahkeme içtihatları ile beraber — kabul etmektedirler ki, çocuğu nezdinde bulunduran kimse, çocuğun menfaatine olan sebeblere dayanarak, ziyaretlere muhalefet edebilir; ancak, bu sebeblere izafe edilebilecek ciddiyet, ziyaret hakkına atfedilecek esasa

göre değişebilir. Eğer, ziyaret hakkını, hakkın kötüye kullanılması fikrine istinat ettirirsek, ziyaret hakkı talebinde bulunanlar, tam mânasıyla bir hakka dayanmadıklarından, ciddi olmayan sebeplerle, başarısızlığa uğratılabilirler. Gerçekten de baba, çocuğun menfaatine dayanan bir sebepleri sürdüğü zaman, selâhiyetini yerinde olarak kullanmıştır ; ve hakkını suiistimal etmiştir denilemez. Böylece, ziyaret hakkı, sık sık felce uğratılabilecektir. Çünkü, çocuğu nezdinde bulunduranın, kendini haklı gösterebilecek her hangi bir sebep bulamaması pek nadirdir.

İmdi, mahkemeler, velâyet hakkı sahibinin iddiaları karşısında pek fazla titiz davranmakta, yakın hısımlara ziyaret hakkını reddedebilmek için ciddi sebepler aramaktadırlar. Yakın hısımlar hakikî fakat gaynkâfi bir takım sebeblere dayanan bir mukavemeti kırabiliyorlarsa, bu ancak, bir hukukî sıfat, velâyet hakkına karşı ileri sürebildikleri bir " zati hak " sayesinde olabilmektedir. Binaenaleyh, muayyen terimlerle ifade etmemiş olmakla beraber, öyle görülüyor ki, mahkeme içtihatları, ziyaret hakkını "hakikî mânasıyla bir hak", müstefitlerin şahsî bir imtiyazı olarak telâkki etmektedir. Teşriî Tetkikler Cemiyeti, 1935 tarihli tasanısında da mezkûr imtiyazı bir " hak " olarak telâkki ediyordu.

14. — Ancak, bir zati hakkın mevcudiyetini tesbit etmek kâfi değildir; onun mahiyetini de tayin etmek lâzımdır. Kanun tarafından tanınmamış ve mevcudiyeti sadece mahkeme içtihatçılarınca sabit olmuş bir hak karşısında bulunduğumuz içindir ki mesele naziktir. Zati hak görüşüne taraftar olanların işledikleri hata işte burada kendini gösteriyor. Gerçekten, bu müellifler, ziyaret hakkını, mutlaka Medenî Kanununun metinlerine dayandırmayı istemek gibi bir hata işlemişlerdir. Kanun maddelerini, kaleme alanların kasdettiklerinden fazlasını söyletmek için zorlamak -meselâ büyük ana- babaların ziyaret hakkının 371. maddede bulunduğunu iddia etmek böyledir- sakat bir muhakeme usulüdür. Böyle bir tefsir tarzı pek kâhince olur. Çocuklarının büyük ana - babalarını ziyaret etmelerini reddetmekle, ebeveynin onlara karşı hürmet vecibelerinde kusur işlediklerini iddia etmek hatalı bir muhakemedir: Gerçekten ahvalin büyük ekseriyetinde, velâyet hakkı sahibi kendi hısımlarile değil sıhrî hısımlarıyla ihtilâf halinde bulunur. Bu sonuncular için ise 371. madde gaynkabili tatbiktir. Görülüyor ki, 371. madde metni, muayyen hallerde, sadece tamamlayıcı bir delil hizmetti görebilir, fakat ziyaret hakkını tesise kâfi gelmez.

15. — Medenî Kanununun metinlerinde bir dayanak bulmak endişesi, müellifleri, ziyaret hakkını velâyet hakkına bağlamağa sevketti. Bu, boşanmış veya ayrılmış eşler mevzubahis olduğunda kolay bir işti; fakat, büyük ana - babalar bahse konu olunca çok daha zor idi. Müellifler

ziyaret hakkında, parçalanmış bir velâyet hakkının, büyük ana - babalara geçmiş ikinci derecede bir velâyet hakkının bir nevi sıfatı görmek istemişlerdir. Böylece, ziyaret hakkı ile, kanun tarafından büyük ana - babalara izafe edilmiş bulunan, evlenmeye muvafakat, evlenmeye itiraz, kanunî vesayet gibi velâyet hakkının muhtelif imtiyazları arasında yakınlıklar tesis edildi. Hakikatte, ölen ana - babaya kaimen büyük ana - babalara verilmiş bulunan bu salâhiyetlerle ziyaret hakkı arasında hakikî bir benzerlik mevcut değildir.

16. — Bazı müellifler, bu vadide daha da ileriye giderek ziyaret hakkını, çocuğu nezdinde bulundurma hakkının bir benzeri olarak telâkki ettiler: Nasıl ana - baba, çocuklarının yanlarında mutad veçhile kalmasını isteyebilirlerse, aynı şekilde, bazı şahıslar da bunu - mahdut bir zaman için- isteyebilirler. Böylece, ebeveyn, diğer bazı kimselere, bu nezdlerinde bulundurma hakkından adeta ufak bir parçayı terketmekle mükellef olacaktır.

Bu fikir kabili münakaşa gözüktüyor. Ziyaret hakkı, çocuğu nezdinde bulundurmak hakkından ve umumiyetle velâyet hakkından tamamen farklıdır. Çocuğu nezdinde bulundurmak hakkı, çocuğu sadece devamlı olarak ebeveynin yanında tutmak hakkı değildir; bu “maddî nezareti altında bulundurma” (garde matérielle) ya bazan “manevî nezareti altında bulundurma” (garde morale) denilen, çocuğun talim ve terbiyesine müteallik bütün kararları almak salâhiyetini de ilâve etmek lâzımdır. İmdi, ziyaret hakkının müstefidi, çocuğun şahsı üzerinde hiçbir idare hakkını haiz değildir. Mahkemeler, bu prensibi daima ve ısrarla devam ettirmiş ve çocuk üzerinde tesir icra edilebilecek kadar uzun veya sık misafirliklere karar vermekten sakınmışlardır.

Benzetme taraftarlarından biri itirazla karşılaşmış ve bundan çekinmek zorunda kalmıştır. Çocuğu maddî nezareti altında bulundurma ile manevî nezareti altında bulundurma arasında bir fark tesis ettikten sonra ve manevî nezareti altında bulundurmanın tamamîyetini mahfuz tuttuktan sonra, bu müellif, ziyaret hakkını, sadece maddî nezaret altında bulundurma salâhiyetinin parçalanması neticesi olarak gösterdi.

Bu yumuşatılmış şeklile dahi, çocuğu nezdinde bulundurmak hakkı ile ziyaret hakkının birbirine benzetilmesinin kabul edilebileceğini pek sanmıyoruz. Böyle bir telâkki, çocuğu maddî nezaret altında bulundurma hakkını şahsî bir imtiyaz haline getirmeye mütemayül olup modern velâyet hakkı mefhumu ile uyuşamaz. Haklar, gayelerinden ayrılmamalıdır. Çocuğu maddî nezaret altında bulundurma hakkının gayesi, çocuğun bakımı ve terbiyesine imkân vermektir. Gerçi nazari olarak, bu hak-

kı, çocuğu manevî nezaret altında bulundurma hakkından ayırmak mümkündür; fakat tatbikî bakımdan böyle bir ayırmaya hiç de imkân yoktur. Manevî unsur hesaba katılmadan sırf maddî nezaret altında bulundurma, artık çocuğu nezdinde bulundurmak hakkı değildir. Ziyaret hakkının gayesi tamamile başkadır. Çünkü, ziyaret hakkını kullanan kimse, çocuğun terbiyesine karışmakla mükellef değildir. Ziyaret hakkı, ailevî münasebetleri muhafazaya tahsis edilmiştir. Binaenaleyh, ziyaret hakkı, çocuğu maddî nezaret altında bulundurma hakkının bir kesri olmayıp, farklı mahiyette bir haktır.

17. — Bununla beraber, bir başka bakımdan, mahkemeler, ziyaret hakkı ile velâyet hakkı arasında karabet bulunabileceği fikrinin tesiri altında - belki de gayrı şuurî olarak - kalmışlardır. Böyle olunca, ziyaret hakkı sadece ana ve babaya ve diğer usule tanınabilecektir. Ve, müstekar içtihatlar, bu hakkı, civar hısımlardan kategorik olarak esirgemektedir. Böyle bir hal tarzı tatbikatta pek vahim olabilir. Meselâ, henüz mahkemelere arzedilmiş olmamakla beraber vukuu pek muhtemel olabilecek şöyle bir hal tasavvur edelim: Bir baba büyük oğluya ihtilâf halindedir. Ağabeyin küçük kardeşleriyle bütün münasebetlerini de kesmek istemektedir. Mevcut ihtilâfta çocuğun hiç bir taksiri bulunmasa dahi, mahkemelerin ortaya koydukları kaideye göre, büyük kardeşin küçük kardeşlerini ziyaret hakkı reddedilecektir.

Binaenaleyh, pek yakın bir değişikliği alâka ile beklemek yerinde olur. Daha önce, Saine Mahkemesi, 14 Aralık 1946 tarihli bir kararında, yeğenini uzun yıllar bakıp yetiştirmiş olan bir halaya ziyaret hakkı tanıyarak yukarıdaki içtihadı bozdu. Bu yeni hal tarzı pek cür'etkâr gözüküyor; fakat, ziyaret hakkını daima daha liberal esaslar dahilinde mülâhaza eden modern doktrin ve içtihatların umumî temayüllerine uygundur ve muhtemeldir ki, kendi vâdisinde yalnız kalmayacaktır.

18. — Bu içtihat, nazari bakımdan da tasvip edilmek gerekir. Çünkü, ziyaret hakkı, velâyet hakkına bağlı olmayıp, kaynağı bizatihi hısımlık rabitasında olan "müstakil" bir haktır. Çok defa söylendiği gibi, ziyaret hakkı, hikmeti vücudunu, bizatihi tabiatın birbirine hısımlık olan şahıslar arasında yarattığı ve hukukun ortadan kaldıramıyacağı gibi tanımamazlık da edemiyeceği sevgi bağlarında bulur. Bu sevgi o derecededir ki, hısımların birbirleriyle görüşmelerine mani olmak gayri ahlâkî bir hareket olur.

Bu fikir gayrı kabili münakaşadır; fakat kâfi de değildir, daha ileriye gitmek lâzımdır. Herkes için, hısımlarile normal sevgi münasebetlerinde bulunmak gibi ahlâkî bir vecibe mevcuttur. Hukukun bu ahlâkî vecibeyi doğrudan doğruya bir müeyyideye bağlayamayacağı aşikârdır.

çünkü, yekdiğeri ile imtizaç etmeyer, hısımları birbirleriyle görüşmeğe mecbur tutmak aklın alacağı birşey değildir. Fakat bu vecibeyi hiç olmazsa dolayısıyla bir müeyyideye bağlamak gerekir; şu manada ki, bu ahlâkî vecibeyi yerine getirmek isteyen bir şahsa hiç kimse mani olamaz. Binaenaleyh ziyaret hakkı, sadece bir imtiyaz değildir; bu müessesenin bir aktif bir de pasif olmak üzere iki cephesi vardır. Büyük ana - babalar ve evleviyetle ana ve baba, yalnız çocukla ilgilenmek ve bir arada yaşamadıkları takdirde onu kabul etmek hakkını haiz değil bununla mükelleftirler de. Bu fikir, Yüksek Mahkemenin bazı kararlarında ifadesini bulmuştur. Hukuk Dairesi, daha önce 8 Temmuz 1857 tarihli bir kararında şöyle demektedir: “Çocuklarla usul arasında, menşeyi tabiatte bulan ve müeyyidesi bizatihi kanunlarda mevcut olan, karşılıklı bir alâka, bağlılık, hak ve vazife münasebeti vardır”. Daha sonraları bir çok kararlar, buna benzer bir formülü tekrar ettiler.

Ziyaret hakkı, bir başka müesseseye karşılaştırılmak istenince, nazarlarımızı çevireceğimiz velâyet hakkı müessesesi olmayıp daha çok “nafaka mükellefiyeti” müessesesi olmak gerekir. Gerek ziyaret hakkı gerekse nafaka mükellefiyeti, aile bağlarından doğan karşılıklı ahlâkî bir vecibenin hukuken teyididir. Ziyaret hakkı, böylece, Medenî Kanunda bir esas aramağa ihtiyaç olmaksızın, kâfi derecede justifie edilmiş bulunmaktadır.

II. — ZİYARET HAKKININ TATBİKİ BAKIMDAN TANZİMİ

19. — Ziyaret hakkının tatbiki bakımdan tanzimi pek nazik meseleler ortaya çıkarmaktadır; çünkü, burada birbiriyle telifi mevzubahis olan iki hak ihtilâf halindedir. Gerçekten, yakın hısımlar, hısımlık sıfatlarına dayanarak çocukla münasebette bulunmak hakkını kazanmışlarsa da, bir başka şahıs yine de velâyet hakkını haiz bulunmaktadır; ve bu hakka istinatla da çocuğu sevk ve idare etmek, ikamet edeceği yeri tayin etmek, terbiyesine rehberlik etmek salâhiyetlerine sahiptir. Görülüyor ki, birbirine muhalif ve ancak yekdiğerinin hudutlarına riayet etmek şartile bir arada yaşayabilecek iki hak karşısındayız. İmdi, bu hudutlar kanun metinlerinde tesbit edilmiş değildir; zaten tesbit edilemezler de. Her iki hakkın hududu, ahval ve şartların sonsuz çeşitliliğine uymak zorundadır.

Ziyaret hakkı, yalnız velâyet hakkının imtiyazlarıyla değil, bazı hallerde çocuğun menfaati zaruretleriyle de ihtilâf halindedir. Ziyaret hakkının, çocuğa ağır zarar verebileceği durumlarda ortadan kaldırılabileceğini biliyoruz: ancak, bu ağır sebeplerin yanında, ziyaret hakkının sadece kullanılmasını tahdide müncer olabilecek daha az ağır sebepler

mevcuttur. Nazarı itibare alınamıyacak kadar hafif olan diğer bir takım sebepler de vardır. Burada da hiçbir kesinlik, hiç bir vuzuh mevcut değil; herşey “şartlara” tâbi bulunmakta..

Böylece, ziyaret hakkının tanzimi şu üç unsur arasında bir muvazenenin tesisine bağlı bulunmaktadır: Ziyaret hakkının imtiyazları, çocuğu nezdinde bulundurmak hakkının imtiyazları, çocuğun menfaati zaruretleri. Ve bu muvazene her hâdisede gerçekleşmelidir.

20. — Peki nasıl gerçekleşecektir bu muvazene? Önce, ziyaret talebinde bulunanla bu imkânı ona bahşetmek mükellefiyetinde olan kimse arasında bir “anlaşma” düşünülebilir; böyle bir anlaşma şayanı temennidir de.. Gerçekten, ailede itilâf hüküm sürdüğü ve her iki alâkalı birbirlerine gidip geldikleri zaman böyledir; o takdirde, vaziyet, hukukî prensiplere başvurmak ihtiyacında olmaksızın en basit şekilde tanzim edilir. Dâvalı tarafların uyuşması, istikbal için ziyaret tarihini, müddetini, yerini nizamlayan bir kat’i statü şeklini de alabilir. Her iki tarafın ihtilâf halinde bulunması ve birbirlerine gidip gelmemesi takdirinde açılacak bir dâvanın vereceği sıkıntılar ve gerektireceği masraflar hususunda müşterek bir endişe, ilgilileri ziyaret rejimi üzerinde bir anlaşmaya sevk edebilir. Bu usul, hususile boşanma ve ayrılık halinde ihtiyar edilir.

21. — Ziyaret hakkının tanzimi konusunda yapılacak bu çeşit sözleşmelerin muteberliği meselesi üzerinde durmamız lâzımdır. Muteber midir bu gibi sözleşmeler? Mahkemeler, bu mesele ile karşılaştıkları zaman, muteberliği kabul etmemişlerdir.

Ziyaret hakkı sahibi, hakkını, değil yalnız başkasına temlik etmek, ondan ivazlı veya ivazsız feragat dahi edemez; çocuğu nezdinde bulunduran da, istikbale muzaf olarak ziyaret imkânı bahşetmek taaahhüdünü altına giremez. Bu hal tarzı, pratik bakımdan yerinde değildir; çünkü dâvaların artması gibi bir netice doğurabilir. Mamafih bundan sakınmak da pek mümkün gözüküyor. Her şeyden önce denilebilir ki, ziyaret hakkı, aile hukukuna müteallik bir hak olduğundan, sözleşme konusu teşkil edemez. Fakat bu mülâhaza kesin değildir. Çünkü, aile hukukuna giren her sözleşmenin prensip itibarile butlanı bütün müelliflerce kabul edilmiş değildir. Ancak, şu nokta bilhassa hatırlanmak gerekir ki, ziyaret hakkı ile çocuğu nezdinde bulundurmak hakkı yalnız birer imtiyazdan ibaret değildir; bu haklar vazifelere de tekabül ederler. Yakın hısımlar, sadece, çocukla münasebette bulunmak hakkını haiz değil, bununla vazifelidirler de; aynı şekilde, velâyet hakkı sahibi, çocuğa ağır surette zararlı olabilecek münasebetlere yalnız mani olmak hakkını haiz değil

bununla mükelleftir de.. İmdi, umumi olarak, bir haktan feragat caiz ise de bir vazifeden feragat caiz değildir.

İlk bakışta, bu deliller, ziyaret hakkının - sadece tanzimine müteallik olanlar müstesna - yalnız mevcudiyetine müteallik bulunan sözleşmeleri menetmek neticesine götürecektir. Fakat, bu iki çeşit sözleşme arasında mahiyet farkı değil ancak bir derece farkı mevcuttur. Ziyaret hakkının muayyen bir şekilde tanzimini kabul etmek demek, daha geniş bir haktan feragat etmek demektir. Nihayet, şunu da hatırlamak icap eder ki ziyaret hakkını tanzim etmekle gerçekleştirilecek muvazene, değişmeye tabi pek çok sayıda şartları dikkate almakla mümkündür. Ziyaret hakkı konusunda her şey muvakkattir ve şartlarda meydana gelen ani bir değişikliğe daima uyabilmelidir.

Binaenaleyh, ziyaret hakkını tanzime matuf sözleşmeler de, esas itibarile, muvakkattir. Mezkûr sözleşmeler, tarafların bunlara hakikaten riyeti arzu ettikleri müddetçe, caridirler. Böylece, birbirleriyle anlaşamayan şahıslar bahse konu olunca, er veya geç dâva yoluna gidileceği hemen hemen mukadderdir.

22. — Binaenaleyh, ziyaret hakkının bir mahkeme kararıyla tanzim edilmesi sık sık vaki olur. Bu karar esas itibarile muvakkat bir karakter arzeder. Hâkim için bahid konusu olan, bir muvazenenin gerçekleştirilmesidir, ve bu muvazene, sonradan, şartlarda vaki bir değişme ile bozulmuş bulunabilir. Verilen karar, muvakkat hükümlerde rastlanan pek mahdut bir kesin hüküm (kaziyei muhkeme) otoritesini haizdir. O, hâkim tarafından daima değiştirilebilir; şu şartla ki, ortaya çıkan yeni şartlar böyle bir değiştirmeyi haklı gösterebilir.

Ziyaret hakkına müteallik bir davayla karşılaşan hâkim, şu iki meseleyi halletmekle mükelleftir. Önce, hâdisede bir ziyaret hakkı bahşetmeğe mahal olup olmadığına bakacak; sonra da, bunu mümkün gördüğü takdirde, ziyaret hakkını tanzim edecek, muhtelif keyfiyetleri, hususiyetle ziyaretin tarihlerini ve müddetlerini tayin edecektir. Bunu yaparken de, hâkim, ziyaret hakkının esasından çıkan ve birazdan tebarüz ettireceğimiz muayyen prensiplerin ışığı altında olmak üzere, dâvanın hususiyetlerini dikkate alacaktır.

A. — ZİYARET HAKKINDAN KİMLER FAYDALANABİLİR?

23 — Ziyaret hakkının kime bahşedilebileceğini bilmek için şu "prensip" ten hareket etmelidir: Ziyaret hakkı, tamamıyla "hısımlara" aittir. Gerçekten ziyaret hakkı, hısımlık rabitasına, aile fertlerini birbirivle sıkı sıkıya bağlı tutmak için yakın hısımların aralarında normal sevgi

münasebetleri idame ettirmeleri gibi bir ahlâki vazifeye dayanır. Hısmılık bağı olmazsa, bu çeşit bir mükellefiyet de olmaz. Binaenaleyh, gayesi, böyle bir mükellefiyetin ifasını mümkün kılmaktan başka bir şey olmayan ziyaret hakkı, “aileye yabancı olan kimselere” bahşedilmeyecektir.

Bu kesinlik biraz lüzumsuz görülebilir; çünkü, aileye yabancı olan bir kimsenin ziyaret hakkı talebinde bulunması nadirdir. Bununla beraber, böyle bir ihtimal tatbikatta ehemmiyet kazanabilir. Hususî bir takım şartlar neticesinde çocuğa meşru bir sevgiyle bağlanan, meselâ çocuğu büyütüp yetiştirmiş olan bir kimsenin böyle bir talepte bulunması pekâlâ düşünülebilir. Bu çeşit bir talep sempati ile karşılanabilir, ancak, hukukî bir müeyyideden de mahrumdur. Böyle bir halde, çocuğu nezdinde bulunduran kimse, ziyaret isteğini reddetmekle belki kötü niyetle hareket etmektedir ve minnettarlık duygularından mahrumdur; ancak yakın hısımların birbirleriyle görüşmelerine mani olmağa kalkan kimsenin yaptığı gibi, hareketi, aile camiasını parçalamağa matuf değildir. Burada aile bağlarının hukuken himayesi gibi bir şey bahse konu olmamaktadır.

24 — Demek oluyor ki, ziyaret hakkı, sadece hısımların bir imtiyazıdır; fakat bundan ne anlamak lâzımdır?

Nazarî olarak hısımlığın hududu yoktur. İmdi, ziyaret hakkının, pek geniş bir şahıslar çevresine bahşedilemeyeceği de bedihidir; zaten hısmılık derecesi uzaklaştığı ölçüde, karşılıklı vazifeler ve sevgi bağları adeta kaybolacak derecede zayıflar; birbirine uzak hısımlar, realitede birbirine yabancı kimselerdir.

Ziyaret hakkının kaçınıcı hısmılık derecesine kadar uzanabileceğini kesin olarak tayin etmek zarurî değildir; böyle bir tayin keyfi olur. Bu meselede gerekli tahdid, sert bir kaide değil, bilâkis ahval ve şartların değişmesine uyabilen yumuşak bir sistemin tatbikine müncer olacak — daha önce izah ettiğimiz — prensiplerden kâfi surette elde edilebilir.

Şu, “kaide” olarak konulabilir: Her hısım, bu sıfatla, muhtemel bir ziyaret hakkına sahiptir. Fakat, bu demek değildir ki, mezkûr hak kuvveden fiile çıkacaktır. Gerçekten, daha önce de tebarüz ettirdiğimiz gibi, ziyaret hakkı, bazen çocuğun menfaatleriyle ve her zaman velâyet hakkı sahibinin salâhiyetleriyle karşılaşır; bunlar, ziyaret hakkına galip geldikleri takdirde, bu hak kuvveden fiile çıkamayacaktır. Ziyaret hakkının hududunu, hısımlığın derecesinde değil, işte bu noktada aramak lâzımdır.

25 — Ancak, bu hudut pek belirsizdir ve hâdiseden hâdiseye değişir.

Meselâ: Çocuğu nezdinde bulunduran kimsenin salâhiyetleri bahse

konu olunca, mezkûr şahsın sıfatı dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan, rasgele bir vasiye karşı göstereceğimiz saygı, elbetteki ana ve babaya karşı göstereceğimiz saygıdan farklı olacaktır. Evleviyetle, çocuk, mahkemece, aileye yabancı bir şahsa tevdi edildiği zaman, bu şahıs, çocuğun hısımlarını ziyaret etmesine mani olamaz. Diğer yandan, çocuğu nezdinde bulundurma hakkının, çeşitli ziyaret hakları tarafından kösteklenmesinden sakınmak lâzımdır; binaenaleyh, çocuğun ziyaret edeceği büyük ana - babaları henüz hayatta iken bir amcanın veya bir teyzenin ziyaret hakkı talebi, pek nadir hallerde kabul edilecektir. Büyük ana - babalardan hiç birinin mevcut olmaması halinde ise, böyle bir talep daha da kolay dikkate alınacaktır.

26 — Ziyaret hakkının da çeşitli dereceleri vardır. Bir hak az veya çok kuvvetli olabilir. Ziyaret hakkı, esasını olduğu gibi, kuvvetlilik ölçüsünü de hısımlık münasebetinden alır.

Bu ölçü, bilhassa, hısımlık derecelerinin yakınlığı veya uzaklığına tâbidir; bununla beraber, hususî şartlara da tâbi olabilir: meselâ, çocuğu yetiştirmiş bulunan bir teyzenin veya bir halanın ziyaret hakkı, terzinin kefesinde, aynı derecede bir civar hısımlarından daha ağır basacaktır. Çünkü, bu halde karşılıklı ailevi münasebetlerde bulunmak vazifesine bir de çocuğun minnettarlık vazifesi eklenmiştir. Saine Mahkemesinin 14 aralık 1946 tarihli kararının âmili, şüphesiz böyle bir mülâ hazadır. Bu çeşit durumlar, daha önce gördüğümüz gibi hısımlık münasebetinin yerini tutmaz.

Tatbikatta sık sık ortaya çıkan bir hal şudur: Ana veya baba, ölen eşinin hısımlarıyla, ziyaret hakkı konusunda ihtilâfa düşmektedir. Mahkemeler bu takdirde şöyle bir mülâ hazaya başvurduklarıdır : büyük ana - babalar ,çocukta, kaybettikleri evlâtlarının canlı hatırasını buldukları için, çocuğun büyük ana babasını ziyareti bir kat daha zaruridir.

Aile bağlarını ölümden sonra da korumak gibi bir düşünceden ilham alan böyle bir muhakemeyi takdirle karşılarız. Ancak mahkemeler, bu fikri, şimdiye kadar, sadece büyük ana - babalara tatbik etmişlerdir; çünkü, ananevi bir içtihat, civar hısımların ziyaret hakkını reddetmektedir. Fakat, aynı mülâ hazalar, ölen eşin kardeşleri lehine de bahse konu olacaktır; bilhassa, büyük ana - babalar hayatta değilse, amcalar, halalar, dayılar ve teyzeler baba tarafının veya ana tarafının en yakın temsilcileridir.

27 — Dikkate alınacak esaslı nokta, hısımlık derecesidir. Binaenaleyh, ziyaret hakkı, evvelemirde, çocuklarından ayrı kaldıkları hallerde ana ve babaya aittir. Normal sevgi bağlarıyla hısımlık münasebetlerini idame ettirmek hususundaki ahlâki vazife, kendisine ilk önce, hısımların

lık münasebetlerinin en sıkısı olan ana ile çocuk veya baba ile çocuk arasındaki münasebette göstermektedir. Esasen, pek ağır sebebler bulunmadıkça, bir çocuğun anasını veya babasını görmesine mani olmak aklın alamıyacağı bir şey olurdu. Binaenaleyh, ayrılığın sebebi ne olursa olsun, hatta kusurlu veya rızâi ayrılık hallerinde bile, ziyaret hakkı talebinde bulunan anayı veya babayı tatmin etmek lâzımdır. Mahkemeler, boşanma veya ayrılık halinde, çocuk kendisine tevdi edilmeyen eşe, boşanma veya ayrılık münhasıran kendi kusurundan ileri gelse bile bir ziyaret hakkı tanımaktadır.

28 — Buna benzer diğer bir hal de, evlât edinilen çocuğun kam hısımlarının halidir. Evlât edinme ile ,çocuğu nezdinde bulundurma hakkı evlât edinene geçer. Evlât edinen ise, çok defa, evlât edindiği çocuğun asıl ailesini ziyaret etmesini hoş karşılamaz; o, herkesin çocuğa kendisininmiş nazarıyla bakmasını ister. Çocuk üzerinde yalnız kendisinin tesiri bulunsun ister ve bunun bir engelle karşılaşmasından korkar. Bununla beraber, evlât edinilenin asıl ana ve babasına çocuklarıyla münasebetlerini devam ettirmek hakkını tanımakta tereddüt edilmemek gerekir.

29. — Bütün bunlar mümkün olan belli başlı faraziyelerdir. Fakat hepsi de bunlardan ibaret değildir. Ana ve babanın ziyaret hakkını, çocuklarından ayrı buldukları bütün hallere, hatta "velâyet hakkının nez'i" haline de teşmil etmelidir. Şüphesiz, şu son halde, ağır bir takım sebepler, çok defa, ziyaret hakkına engel teşkil edecektir; ancak, velâyet hakkının nez'i, hukuken, ziyaret hakkının tanınmaması neticesini doğurmaz. Ve hâkim velâyet hakkının nez'ine karar verirken, mümkün olan her halde, ziyaret hakkının devam edeceğini hüküm altına almakla mükelleftir.

İşte, ana ve babanın ziyaret hakkı.. Bu hak, diğer hısımların ziyaret haklarından daha kuvvetlidir fakat mutlak da değildir; ve kullanılması, Paris Mahkemesinin en son verdiği kararlarından birinde de hatırlattığı gibi, çocuğun menfaatlerine pek ağır zararlar verebilecek ise, tatil ve talik de edilebilir.

30 — Ana - babanın ziyaret hakkından sonra büyük ana - babaların ziyaret hakkı gelir, Ana - babanınkinden farklı olarak, büyük ana babaların ziyaret hakkı, 19. yüzyılda mahkemelerin mukavemetile karşılaştı. Gerçekten de mahkemeler, bunu velâyet hakkına ağır bir tecavüz sayarak evvelâ reddettiler. Fakat, doğruluğu ve tanzimi halâ münakaşa edilmesine rağmen, büyük ana - babanın ziyaret hakkı prensibi, bugün oybirliğiyle kabul edilmiş bulunmaktadır.

Ancak, ananevi içtihatların aksine, bu noktada da duramayız.

Hiç bir prensip meselesinin, civar hısımların da ziyaret hakkına mani olmayacağını daha önce gösterdik. Pek seyrek ortaya çıkmakla beraber, küçüğün reşit ağabey ve ablalarına ziyaret hakkı tanınmak yerinde olur. Gerçekten, kardeşleri birbirine bağlayan hısımlık bağı pek sıkıdır; kardeşler arasında sıkı münasebetlerde bulunmak hususundaki ahlâki vazife duygusu o kadar hâkim mevkidedir ki, hususî sebepler bulunmadıkça, ana ve babanın buna mani olabilmesi kabul edilemez.

Kardeşler dışında kalan diğer civar hısımlara gelince : çocukla bunlar arasındaki hısımlık daha uzaktır; bunun neticesi olarak da, hısımlığın doğurduğu ailevi vazife duygusu, kendisini daha az hissettirir. Binaenaleyh, bu kimselere de, bir ziyaret hakkı, prensip itibariyle tanıyacağız. Ancak, bu hak, yakın hısımların ziyaret hakkından çok daha az kuvvetli olacaktır. Öyle ki, hem ana - babanın haklarıyla hem de çocuğun menfaatleri icabı felce uğratılabileceğinden, anvalin büyük çoğunluğunda, nazari mahiyette kalacaktır.

31 — Şunu da işaret edelim ki, usule ve bazı hallerde civar hısımlara tanınan bu ziyaret hakkı, evlât edinme halinde ortadan kalkmaz. Bunun için başlıca iki sebep gösterilebilir: birincisi, evlât edinen, ziyaret hakkına mani olmak hususunda, evlât edinilenin ana ve babasından daha fazla bir hakka sahip olamaz. İkincisi, evlât edinme, buna muvafakat ettikleri halde, ana - baba lehine bir ziyaret hakkını devam ettirir; evlât edinmeye muvafakat etmemiş olan diğer hısımların ziyaret hakları evleviyetle bakîdir.

32 — Ziyaret hakkını, şimdiye kadar, yalnız sahih neseb bakımından ele aldık; ancak, bu mesele, sahip nesebi olmayan hısımlar arasında da ortaya çıkmaktadır.

Bu bahiste şüpheden vareste ilh husus şudur: Evlilik dışı ana veya baba, velâyet hakkı ile mücehhez bulunmadıkları zaman, neseb sabit olduğu, yani çocuk tanındığı veya mahkemece babalığa hükmedildiği andan itibaren, çocukları için ziyaret talebinde bulunabilirler. Evlilik dışı neseb, çocukla ana - babası arasında, evlilik içi nesepteki ahlâki vazifelerin aynını, bir nafaka mükellefiyeti, bir saygı vazifesi doğurur; buna bir de ziyaret hakkını eklemelidir.

Ancak, evlilik dışı neseb bahsinde daha uzağa gidecek miyiz? Mesele, tatbikatta, evlilik dışı büyük ana - babalar konusunda ortaya çıktı ve mahkemeler tereddüt gösterdiler. Evlilik dışı nesebin birinci derecenin ötesinde hüküm doğurmayacağı hususunda doktrinde pek sert şekilde konulmuş olan prensibe dayanarak, mahkemeler, evlilik dışı büyük ana - babaların ziyaret hakkını reddettiler. Diğer birçok hususlarda olduğu gibi bu hususta da içtihatların ilk anda gösterdikleri sertlik ha-

fifleyecekti. Son yıllarda içtihatlar, bahis konusu meselede, ikiye ayrılmış bulunmaktadır: Kararların çoğu, Hukuk Dairesinin de 27 Temmuz 1938 tarihli kararında kabul ettiği gibi, hiç olmazsa evlilik dışı çocuğun evlilik içi furuu bahis konusu ise, evlilik dışı büyük ana - babaların ziyaret hakkına karşı müsait davranmaktadırlar; bununla beraber, Lyon Mahkemesi, evlilik dışı çocuğun evlilik dışı çocuğu hakkında verdiği 30 temmuz 1942 tarihli kararında aksi görüşü savunmaktadır.

33 — Meseleyi liberal bir zihniyetle ele almak daha doğru görünmektedir. Evlilik dışı nesebin birinci derecenin dışında kanunî bir varlığı olamayacağı prensibi, son bir kaç yılda çok şiddetli hücumlara uğramıştır. İki hali birbirinden açıkca ayırmak gerekiyor: her şeyden önce, mezkûr prensibin, evlilik dışı bir çocuğun evlilik içi çocuğuna tatbik edilemeyeceği muhakkaktır. Çünkü, Medenî Kanununun 761. maddesi, bu kimşenin büyük ana - babaların mirasında hakkı olduğunu söylemektedir. Evlilik içi veya evlilik dışı bir çocuğun evlilik dışı çocuğuna gelince, bununla ana ve babasının hısımları arasında bütün hısımlık bağlarını inkâr etmek, Medenî Kanunun, böyle bir çocuğun ana ve babasının hısımlarının mirasında hiç bir hakkı bulunmadığını derpiş eden 757. maddesindeki kaidenin yerinde olmayan bir tamiminden ileri gelmektedir.

Kanunun hiç bir metni böyle bir tamimi haklı çıkarmamaktadır; hattâ, böyle bir tamime karşı, evlilik dışı nesep de dahil, usul ve furu hısımları arasında evlenmeyi yasak eden 161. madde ileri sürülebilir.

Kanun koyucu, hısımlığa, hususile miras hukukunda olmak üzere, bazı muayyen hükümler bağlar. Ancak kanun koyucunun, bu hükümleri kısmen veya tamamen evlilik dışı nesepten esirgediği görülmektedir. Eğer, evlilik manileri bakımından, evlilik dışı nesep evlilik içi nesebe benzetiliyorsa, bunun da sebebi, yakın hısımlar arasındaki cinsi münasebetin (inceste) tabii, ahlâkî ve içtimaî nizam tarafından mahkûm edilmesidir. Hısımlığın menşei ne olursa olsun bu böyledir. Yakın hısımlar arasındaki cinsî münasebet yasağı, kan iştirakine dayanan bir keyfiyettir.

İmdi, ziyaret hakkı da, ahlâk kanunundan çıkar ve kan bağlarına dayanır. Nesep münasebeti sahih olmasa da, büyük ana - babalarla torunlar arasında karşılıklı manevî vazifeler mevcuttur. Bu cümleden olmak üzere, içtihatlar, davasız bir borç namıyla da olsa, mezkûr şahıslar arasında bir nafaka mükellefiyeti kabul etmek temayülündedirler. Bizim konumuzda da aynı şekilde hareket etmek gerekir. Büyük ana - babalar nesebin sıhhatsızlığı ikinci nesilde olsa ve kendilerine atfedilemeyecek bir kusurdan ileri gelmiş bulunsa bile, torunlarıyla ilgilenmekle vazifelidirler; keza, işlenen kusuru takbih etseler dahi, bundan doğan

neticeleri kabul etmeleri ve hınçlarını, masumiyeti şüphe götürmeyen çocuktan almamaları gerekir. Çocuk da büyük ana - babalarını ziyaret etmekle mükelleftir. Nesebin sıhhatsızlığı kendisini bu mükellefiyetten muaf kılmaz.

Bütün bunlara şunu da ilâve etmelidir: Evlilik içi bir çocuğun evlilik dışı bir çocuğu bahse konu olduğunda, ziyaret hakkını reddetmek nesebin sıhhatsızlığından mesul bulunmayan usul aleyhine olacağından ve evlilik dışı ebeveyne evlilik içi ebeveyne olduğundan daha fazla hak bahşedeceğinden bir kat daha kabul edilemez. Binaenaleyh prensip olarak kabul edilebilir ki, nesebin evlilik dışı olması keyfiyeti, ziyaret hakkı üzerinde tesir icra etmemek gerekir.

34. — Böylece, ziyaret hakları "a priori" olarak bertaraf edilmiş bulunan şahıslar, yalnız çocuğa yabancı olanlardır. Çocukla aralarında evlilik içi veya evlilik dışı bir hısımlık bağı olan herkes, ziyaret hakkı talebinde bulunabilir. Böyle bir talep, ancak, ahval ve şartlardan doğan bir takım sebeplerle reddedilebilir. Bu sebepler pek çeşitli olabilir; fakat, çok defa, çocuğu, ahlâki terbiyesi veya bedenî sıhhati için tehlikeli olabilecek temaslardan uzak tutmak endişesinden ilham alacaklardır.

Ziyaret hakkı bahşedilmesine mani olan vakıaların isbatı, çocuğu nezdinde bulunduran kimseye düşer. Dâvacı, hısımlık bağını ispat eder etmez, ziyarete, prensip itibariyle, hak kazanmıştır; dâvalı, ancak şartların böyle bir ziyarete mani olduğu iddiasıyla, isbatı kendisine terettüp eden bir defide bulunabilir. Bu kaideye dikkati çekelim: çünkü, ziyaret hakkı, yalnız hakkın kötüye kullanılması fikrine dayansaydı, başka türlü hareket etmek gerekecekti: şöyle ki, dâvacı, velâyet hakkının kötüye kullanıldığını, binaenaleyh meşru sebeplerin yokluğunu isbat etmek zorunda kalacaktı.

B. — ZİYARET HAKKININ MUHTELİF ŞEKİLLERİ

35. — Mahkeme, muayyen bir şahsa ziyaret hakkı tanıdığı zaman, bunu tanzim etmek, hususile ziyaretin nerede, hangi tarihte ve ne müddetle yapılacağına karar vermekle de mükelleftir. Bu meselede de, üç hususu, ziyaret hakkının verdiği imtiyazları, velâyet hakkının tanıdığı salâhiyetleri ve çocuğun menfaati icaplarını birbiriyle telif etmek gerekmektedir. Yargıtay İstida Dairesi, 16 aralık 1930 tarihli bir kararında bu noktayı, şu ibareyle, açıkca ifade etmekteydi: "çocuğun menfaatleri ve büyük ana - babaların çocuğa karşı hakları ve vazifeleri ile ana ve babanın velâyet hakkının kullanılmasını telif etmek, torunların büyük

ana - babalarıyla münasebetlerine dair hüküm verecek olan mahkemelere aittir." Mahkeme, adil bir ölçüyle, bu unsurlardan her birini dikkate almakla mükelleftir. Binaenaleyh, burada da, sert bir takım prensiplere yer yoktur; bütün mesele şartların taktirindedir. Bununla beraber, bu konuda, mahkemelere rehberlik edebilecek bazı umumî direktifler tesbit edilebilir.

36 — a) Mahkeme, önce, dâvacının meşru ihtiyaçlarını dikkate almalıdır. Yakın hısımlara nazarı bir hak tanımak yetmez; bu hak fiili olarak da kullanılabilmelidir. Binaenaleyh, ziyaret hakkının şekilleri, ziyaret hakkından istifade edenler için, maddî olarak tatbik edilebilmeli ve ahâkî olarak da kabule şayan bulunmalıdır.

Önceleri, çocuğun, bir an dahi olsa, çocuğu nezdinde bulunduranın otoritesinden uzaklaşınlabileceğine akılları yatmayan mahkemeler, ziyaretlerin çocuğu nezdinde bulunduranın ikametgâhında yapılacağına karar veriyor ve kendisinin veya seçeceği bir başkasının da ziyaret anında hazır bulunmasına müsaade ediyorlardı. Ancak, böyle bir tatbik tarzı, ziyaret hakkından istifade eden kimse için yaralayıcı ve hakaretâmiz bir vasıf arzettiğinden pek çabuk terkedildi. O günden bu güne, mahkeme içtihatlarında kabul edilen hal tarzı şudur: ziyaretler, prensip olarak, ziyaret hakkı talebinde bulunan kimsenin ikametgâhında ve şahitsiz olarak yapılmalıdır.

37 — Ziyaretlerin müddeti hususunda pek büyük güçlükler ortaya çıkmıştır. Başlangıçta, mahkemeler sık ziyaretlere hükmediyorlardı; her ziyaret ise birkaç saatten ibaretti. Fakat, devrimizde, aileler, mahal itibariyle, eskisinden çok daha fazla dağılmıştır. Bunun neticesi olarak da, ziyaret hakkından istifade edecek olanın ikametgâhı, çocuğun ikametgâhından çok defa pek uzakta bulunmaktadır. O takdirde, kısa ve sık ziyaret sistemi gayri kabili tatbiktir. Böyle hallerde, ziyaret hakkı sahibi, çocuğun bir kaç gün, hattâ okul tatillerinde bir kaç hafta yanında kalmasını ister. Böyle bir talep kabul edilebilir mi?

Mahkemeler, uzun zaman ,bu türlü taleplere maruz kalmıştır. İçtihatlar, alelâde ziyaretler (simples visites) ile bir kaç gün misafir kalma (séjour) yı ısrarla tefrik etmişlerdir. Bunlara göre, ziyaretler, çocuğu nezdinde bulundurma hakkını ihlâl etmemeliydi; bu sebeple de, bir kaç günlük misafirlik taleplerini, çocuğu nezdinde bulundurma hakkını ihlâl edeceği düşüncesiyle, reddediyorlardı. İçtihatlar, bu hususta, Medeni Kanununun bilhassa 374. maddesine dayanmışlardır; bu maddeye göre: "çocuk, babasının muvafakati olmadan, evi terkedemez."

Ancak, alelâde ziyaretler ile bir kaç günlük misafirlik arasında yapılan tefrik güçlüğü müdafaa edilebilirdi. Alelâde ziyaretlerin çocuğu

nezdinde bulundurma hakkını ihlâl etmediğini iddia etmek, bedahete karşı durmaktı. Gerçekte, çocuğu nezdinde bulundurana, ziyaret anında hazır bulunmak hakkı reddedildiği gün en güç merhale aşılmış bulunuyordu: o zamana kadar, çocuk, kendisini nezdinde bulunduranın nezaret sahası dışına çıkarılmaması sebebiyle, çocuğu nezdinde bulundurma hakkı "dokunulmaz" telâkki ediliyordu; fakat, birkaç saat için de olsa, çocuk, nezaret sahasının dışına çıktığı andan itibaren, artık mesele çocuğu nezdinde bulundurma hakkının sadece ihlâl edilip edilmediği meselesiydi. Ve prensip bakımından, bu ihlâlin bir kaç gün müddetle devam etmesi pek önemli değildi. Zaten, misafirlik suretindeki ziyaretleri alelâde ziyaretlerden ayırabilecek tatmin edici bir miyar bulunmuş değildir. Bazan şöyle denildiği omuştur: çocuk, geceyi, kendisini nezdinde bulunduranın ikametgâhı dışında geçirdiği takdirde ziyaret alelâde bir ziyaret olmayıp misafirlik suretinde bir ziyarettir. Ancak böyle bir ayırma, tamamiyle fiili mahiyettedir. Müelliflerin çoğuna göre, misafirlik suretindeki ziyaretlerle alelâde ziyaret arasında mahiyet farkı değil, sadece bir derece farkı vardır.

Burada bir yandan, maddi nezareti altında bulundurma yani nezdinde bulunduranın çocuğu yanında veya seçeceği bir yerde bulundurma iktidarı, diğer yandan manevî nezareti altında bulundurma, yani çocuğun talim ve terbiyesini yönetmek iktidarı olmak üzere, çocuğu nezdinde bulundurma hakkının iki unsuru arasındaki farkı hatırlatmak yerinde olur. Ziyaret hakkı, çocuğu manevî nezaret altında bulundurma hakkını değil, maddi nezaret altında bulundurma hakkını ihlâl eder. Hattâ bu ziyaret misafirlik suretinde ziyaret şeklinde olsa bile..

38. — Bu konuda mahkeme içtihatlarının tekâmülü pek ağır olmuştur. Uzun zaman, Yargıtay, misafirlik suretindeki ziyaretlere muarız kaldı. Mahkemeler ise, birbirlerinden farklı düşüncedeydiler. Bazı istinaf mahkemeleri Yüksek Mahkemeye mukavemetle, misafirlik suretindeki ziyaretleri, ziyaret hakkının basit bir şekli olarak telâkki ediyorlardı. Nihayet, Yargıtay, Hukuk Dairesinin 6 temmuz 1931 tarihli kararıyla istinaf mahkemelerinin bu görüşüne katıldı.

Ancak, bu kararın şümülü, uzun zaman münakaşa edildi. Mahkemeler, pek çok sayıda müellifle birlikte, mezkûr kararın, misafirlik suretindeki ziyareti, ziyaret hakkının normal bir kullanılış tarzı olarak telâkki ettiği, binaenaleyh hususi şartlar aramaksızın misafirlik suretinde ziyaret hakkı bahşedilebileceği düşüncesindeydiler. Buna karşı, diğer müellifler, mezkûr kararın, Medeni Kanununun 374. maddesine temas eden bir noktası üzerinde duruyorlardı. Bunlara göre, mezkûr karar, hususi bir takım mülâhazaların ışığı altında incelenmeliydi ve bunun için de şü-

mul sahası mahdutdu. Bu müellifler, misafirlik suretindeki ziyaret ile alelâde ziyaretin birbirinden farklı mahiyette oldukları hususundaki telâkkiyi devam ettiriyorlardı; misafirlik suretinde ziyaret, ancak mutlak zaruret halinde, alelâde ziyaret mümkün olmadığı taktirde bahşedilebilirdi. Bu tahdidi görüş, Yargıtay İstida Dairesinin 24 Şubat 1942 tarihli kararından beri, artık müdafaa edilemez gözükmemektedir. Gerçekten, bu karar, "Medeni Kanununun 374. maddesinin hükümlerine rağmen, mahkemeler, ziyaret hakkını kullanmanın en uygun tarzı olduğu takdirde, torunların büyük ana - babalarının yanında periodik bir şekilde ikametne, velâyet hakkının tanıdığı salâhiyetlere riayet ederek, müsaade edebilir" demek suretile pek kategorik bir formül kullanmıştır. Binaenaleyh, bugün misafirlik suretinde ziyaretler, ziyaret hakkının normal bir kullanma şekli olarak kabul edilmiş bulunmaktadır; bu itibarla da, istisnai bir takım şartların mevcudiyeti aranmaksızın bahşedilebilir. Misafirlik suretinde ziyaret ile alelâde ziyaretten hangisinin tercih edileceği hâkimin takdirine kalmış bir meseeldir. Ancak bu tercih keyfî bir surette yapılamaz: hâkim, ailede anlaşma hakim olduğu takdirde nasıl bir durum meydana gelecek idiyse onu tesise gayret etmelidir.

39 — b) Mahkeme, velâyet hakkı sahibinin de haklarını korumalıdır. Bu hususta çocuğu maddî nezareti altında bulundurma ile manevî nezareti altında bulundurma tefrikine başvurulacaktır. Ziyaret hakkı, maddî nezaret altında bulundurma hakkını ihlâl edebilir; ancak, hiçbir zaman manevî nezaret altında bulundurma yani çocuğun talim ve terbiyesini yönetmek hakkını ihlâl etmemelidir. Böylece, ziyaret hakkı sahibi, bu hakkına dayanarak, çocuğun şu veya bu öğretim müessesesine yerleştirilmesini, şu veya bu sahada çalışmasını isteyemez.

Bu fikir, aynı zamanda, mahkemelere, misafirlik suretinde ziyaretlerin sıklığını ve devam müddetini tesbit ederken riayet edecekleri hududu tayin etmektedir; çünkü, pek sık veya çok uzun müddet devam eden misafirlik suretinde ziyaretler, çocuk üzerinde tesir icra etmek imkân ve ihtimalini doğurur. Mamafih, bu hususta da kesin bir kaide konulamaz; hâkim, hâdiseleri ve şartları dikkate alarak takdir salâhiyetini kullanacaktır. Ancak, çocuğu nezdinde bulunduran kimsenin, çocuğun talim ve terbiyesini yönetmek hakkı her halü kârda masun kalmalıdır.

40 — c) Ziyaret hakkını tanzim ederken, mahkeme, bilhassa çocuğun menfaatini dikkate almakla mükelleftir; en başta riayet edilecek kaide budur. Hâkim, çocuğa zararlı olabilecek ziyaret tarzını bertaraf etmekle mükelleftir. Mahkeme kararlarında, hususile çocuğun yerleştirilmiş bulunduğu eğitim ve öğretim müessesesinin dahili nizamlarına - çocuğun talim ve terbiyesine zarar vermemek gayesile - devamlı bir endişe

ve dikkatle riayet edildiği görülmektedir. Misafirlilik suretinde ziyaretlere ancak okulların yıllık tatillerinde cevaz vardır. Mahkemeler, alelâde ziyaretlere hükmettikleri zaman, bu ziyaretlerin çocuğun bulunduğu müessesenin tüzüğünde derpiş edilen günlerde ve saatlerde yapılabileceğini de karar altına almaktadırlar.

Bu fikrin bir tatbikatına da, zina sebebiyle boşanmış olup da sonradan zina ettiği kimseyle evlenen eşin ziyaret hakkı talebinde bulunması halinde rastlanmaktadır; çocuklar kendisine tevdi edilmiş bulunan diğer eş, çocukların, zani ve zaniyenin kurdukları yeni ocağı ziyaret etmeelrine muhalefet etmektedir. Böyle bir halde, mahkemeler, çocukların, evlerini yıkarak felâketlerine sebep olmuş olan bir kimseyle temas etmeleri kendilerine zararlı olabileceği düşüncesile, ziyaretlerinin üçüncü bir şahsın evinde ve yeni eş bulunmaksızın yapılabileceğine karar vermektedirler.

41. — Ziyaret hakkının kullanılması bahsinde karşımıza çıkan son bir mesele şudur : ziyaretin gerektirdiği masraflar (meselâ nakliye masrafları) kime düşecektir? Ve çocuk yalnız başına seyahat edecek yaşta değilse, kendisini kim ziyaret mahalline götürüp getirecektir? Bu noktada, mahkemeler, bir hayli tereddüt geçirmişler ve çeşitli teklifler yapılmıştır.

Bu hususta konulacak kaide, daha önce ifade ettiğimiz fikir ve esastan çıkmaktadır : ziyaret hakkının kullanılması, hem çocuğa hem de ziyaret edilecek şahsa düşen karşılıklı bir vazifenin ifasıdır. Böyle olunca da, masrafların ve çocuğu götürüp getirmelerin her iki taraf arasında taksim edilmesi âdildir. Ana-baba, gerektiğinde, çocukları için masrafa iştirâk edeceklerdir.

Riayet edilecek prensip işte bundan ibarettir; prensibin tatbiki ise, hâdiseye ve şahıslara göre tayin edilecektir. Ana-babaya, çocuklarını, masrafını ödeyerek büyük ana-babalarını ziyarete götürmek veya göndermek; buna karşılık, büyük ana-babaya da, çocuğu, masrafını çekerek, ana-babasının yanına göndermek mükellefiyetini yükleyen mahkeme kararları pek yerinde görünmektedir. Fakat bu sadece bir misâlden ibarettir; hiç bir zaman umumi bir kaide olarak kabul edilemez.

42. — Etüdümüzün sonunda, hukukumuzun ziyaret hakkı konusundaki sisteminin değeri üzerinde durmak yerinde olur; çünkü, hakimlerin, aile münasebetlerine “ kudreti mutlaka ile ” müdahalesinden endişeye düşenler olmuştur.

Her şeyden önce, hakimlerin aile anlaşmazlıklarına müdahalesi prensibinin aleyhinde bulunulmuştur. Ancak pek eski olan bu tenkit üzerinde vakit kaybetmeğe mahal yoktur. Bugün, hakimlerin, bu çeşit meselelerde müdahalesi, hususile boşanmaların gittikçe çoğalmasıyla,

âdet haline gelmiş ve hemen herkesçe kabul edilmiş gibidir. Şüphesiz aile anlaşmazlıklarının mahkemeye dökülmesi, hele çocuğun şahsı üzerinde cereyan ettiği vakit teessüfe şayandır. Fakat bu, velâyet hakkının suiistimâline karşı yapılan her müracaatı reddetmekten daha az mahzurludur; zira böyle bir red, velâyet hakkına yeniden mutlak ve takdiri bir karakter kazandırmak ve her türlü suiistimaline de müsaade etmek demektir. Binaenaleyh, mahkemelerin yüz yıldan beri ortaya getirdikleri eser, ancak tasvip ve takdir edilebilir.

43. — Fakat, teşriî bakımdan pek nazik bir mesele ile karşılaşmaktayız : mahkemelerin aile ihtilâflarına müdahalesi prensibi kabul edilince, hakimi hareketinde hangi kaideler yönetecektir? Hakimlerin karar verirken mutlak bir serbestiyi haiz olmaları yerinde midir ; yoksa, Medeni Kanunun ziyaret hakkı konusunda hakime emreden hükümler ihtiva etmeyip de sükût etmesine teessüf mü etmeli?

Bazı müellifler, ziyaret hakkı konusunda hakimlerin takdir salâhiyetlerini tenkit ve keyfilikten şikâyet etmişlerdir. Bu sebeple de, ziyaret hakkının teşriî yoldan tanzimi ile, bu “ hakimler hükûmeti ” ne bir son verilmesi teklif edilmiştir. Teşriî Tetkikler Cemiyeti tarafından 1935 yılında hazırlanan tasarrufların meydana gelmesindeki âmil, şüphesiz işte bu düşüncedir.

Biz bu fikre pek katılamıyacağız. Çünkü, gördük ki, ziyaret hakkı pek büyük bir intibak kabiliyeti isteyen bir müessesedir. Bu müessese hayatın pek değişik icap ve şartlarına uymak zorundadır. Bunun için de sabit kanun hükümleriyle imtizaç edemez. Hakimlerin keyfi hareketlerine karşı beslenen korku bu meselede bahse konu olmamak gerekir. Böyle bir itirazı çürütecek en güzel bir delil olarak, tatbikatta, hakimlerin takdir salâhiyetlerinin tatmin edici neticeler vermiş olması ve hâkimlerin bu salâhiyetlerini kötüye kullandıklarına işaret eden bir belirtiyeye rastlanmamış olması gösterilebilir.

44. — Bizim “ pretorien ” sistemimiz, dâvaları çoğaltacak mahiyette bir kesinsizlik ihtiva etmek gibi, müelliflerin pek az üzerinde durdukları fakat çok daha gerçek bir mahzur arz etmektedir.

Ziyaret hakkı konusunda iki kişi arasında bir ihtilâf çıktığı zaman, her ikisi de, ekseri ahvalde, arzularının tatmin olunacağı ümidini besleyebilirler. Bu ise, birini dâva açmağa teşvik diğerini de buna karşı mukavemete sevkeder. Ancak bu mahzur da pek kesin gözükmemektedir. Bir defa, gördük ki, mahkemeler, hayli tereddütlerden sonra, bir çok hususlarda, bugün kesin olarak yerleşmiş olan bir takım kaideler ortaya koymuşlardır. Ve tatbikatta, ziyaret hakkı konusunda dâvaların anormal şekilde arttığı sabit değildir. Sonra, teşriî bir müdahale, bu mahzuru ta-

mamile ortadan kaldıramaz : kanun, meselâ ziyaret hakkından istifade edecek kimseleri tayin ederken, ayrıca, onların haklarını çocuğa zararlı bulunduğu takdirde kullanamayacaklarını, çocuğu nezdinde bulunduran kimsenin de ağır bir takım sebeplerin bulunması halinde böyle bir kulianmaya muhalefet edebileceğini derpiş etmek zorundadır. Fakat, bu çeşit sebeplerin tayini, kanun koyucu bakımından imkânsızdır; bunları hâkimin takdirine terketmek lâzımdır, bu da daima bir kesinsizlik kaynağı olacaktır.

45. — Binaenaleyh, Medenî Kanununun ziyaret hakkı prensibini ihtiva etmesi temenniye şayandır; fakat, sadece prensipte kalmak şartile.. Meselenin teferruatı mahkemelere bırakılmalıdır. Teşriî Tetkikler Cemiyeti, hazırlanmış olduğu tasanda, teferruata dalan bir tanzim tarzına başvurmakla pek de yerinde hareket etmiş değildir.

Daha önce, esasları birbirine benzer olduğundan, ziyaret hakkı ile nafaka mükellefiyetini yekdiğeriyle mukayese etmiştik. Burada, her iki müessesenin tanziminde aralarındaki derin farka da işaret etmek lâzımdır. Nafaka borcunu, kanun, kesin olarak nizamlamıştır ve bunda haklıdır da.. Çünkü, nafakaya müteallik sert kaideler, muayyen bir duruma uygun olmazlarsa, bunun mahzuru pek vahim değildir. Zira, bahse konu olan maddî bir menfaattir; ve ailelerin huzurunu basit bir menfaat endişesiyle bozabilecek olan dâvalara bir hudut koymak yerindedir. Ziyaret hakkında ise durum başkadır: burada bahse konu olan bizatihi çocuktur. Binaenaleyh, meseleyi halletmek için de, yalnız birbirine zıt iki hakkı değil, aynı zamanda ve bilhassa çocuğun menfaatini dikkate almak lâzımdır. Bu sebeple de, hâkimin elinde pek geniş bir iktidarın bulunması zarurîdir. Birçok metinlerin hâkime tanıdığı tam hürriyete bakarak diyebiliriz ki, kanun koyucu, velâyet hakkının ve hususile çocuğu nezdinde bulundurma hakkının izafesinde bu şekilde hareket etmiştir. Ziyaret hakkı bahsinde de aynı hareket tarzı takip edilmelidir.

46. — Hâkime bu suretle verilen rol, pek hususî bir karakter arz etmektedir. Hâkimin buradaki rolü, alelâde bir dâvadakinden tamamıyla farklıdır.

Hâkim, daha önce tesbit edebildiğimizi sandığımız, muayyen bir takım hukukî prensiplerden şüphesiz ilham alacaktır; fakat, o, bilhassa psikolojik, ahlâkî ve pedagojik mülâhazaları dikkate almak mecburiyetindedir. Bu türlü durumlarda hukukçuluk sıfatı ikinci plâna geçer. Hâkim, ailedeki anlaşmazlıkları teskin edebilmek için, herşeyden önce dirayete ve psikolojiye ihtiyacı vardır. Hâkim, bilhassa “ çocukluğun meseleleri ” hakkında geniş malûmat sahibi olmalıdır. Binaenaleyh hukumuza yapılabilecek muaheze, bu türlü ihtilâfları halledecek ihtisasta

hâkimler teşkil etmemiş olmasıdır. Ceza hukukunda, bu mânada olmak üzere, önemli reformlar gerçekleştirilmiş bulunmaktadır. Medeni hukukta 1 eylül 1945 tarihli bir Emirname, babanın tedip hakkı olmak üzere mahdut bir konu ile iktifa etti. Bunu kemali cesaretle tamim etmek, ve çocuk hâkimine, küçüklerin şahsını ilgilendiren bütün hususlarda hukuki bir salâhiyet izafe etmek yerinde olacaktır belki de..

Çeviren : Dr. Server TANILLI

Pierre GUIHO