

Ondördüncü Rapor

BÜYÜK ANA VE BÜYÜK BABALARLA TORUNLAR ARASINDA ŞAHSİ MÜNASEBETLER

Asistan Dr. Aytekin M. ATAAY

A) DOKTRİN VE ŞAHSİ GÖRÜŞÜMÜZ

I. Doktrin.

MK.'un 148. maddesinde boşanma veya ayrılık vukuunda hâkimin ana - baba ile çocuklar (yani henüz reşit bulunmayan evlâtlar) arasındaki münasebetlere müteallik gerekli tedbirleri alacağı ve çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan tarafın onunla « icabı hale muvafık surette şahsî münasebatta bulunmak hakkı » nı haiz olduğu belirtilmiştir. Adı geçen maddede veya kanunun diğer bir yerinde, büyük ana ve büyük babaların böyle bir hakkı haiz bulunup bulunmadıkları hususunda bir hüküm mevcut değildir. İsviçre doktrininde, büyük ana ve büyük babalara torunlarıyla şahsî münasebetlerde bulunma hakkı tanınmamaktadır (1). Türk doktrininde ise bir görüş birliği mevcut değildir. Ord. Prof. Dr. H. V. Velidedeoğlu bu hususta aynen şöyle demektedir : « Çocukla şahsî münasebatta bulunmak hakkı münhasıran ana ve babaya aittir. Büyük ana ve büyük babalar böyle bir hak iddia edemezler » (2). Fakat Ord. Prof. Dr. F. H. Saymen « büyük ana babanın boşanmış (veya ölmüş) çocuklarından olan çocuklarla şahsî münasebetler tesis etmek hususunda hâkimden bir karar vermesini istemeğe salâhiyeti bulunmalıdır ; içtimai teamüllerimiz, ailevi münasebetlerimiz, hısımlık bağlarımız bunu icap ettirmektedir... » demek

(1) Ezcümle bak: Dr. A. Egger (t. terc. Dr. T. Çaga), İsviçre Medenî Kanunu Şerhi II. Aile Hukuku 1. kısım (İstanbul 1943), s. 260; Dr. R. Des Gouttes, Divorce III (Fiches Juridiques Suisses no. 529), s. 1; Dr. P. Tuor (fr. terc. H. Deschenaux), Le Code civil suisse, 2. bası (Zürich 1950), s. 35-36. Bu müellifleri krş: aşağıda II.

(2) Dr. H. V. Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukuku II. Aile Hukuku, 3. bası (İstanbul 1956), s. 215. Adı geçen müellifin fikrini krş: aşağıda II.

suretile aksi fikri müdafaa etmektedir (3). Keza **Doç. Dr. T. Esener** de bu mevzuda, hâkimin MK.'un 1. maddesinin kendisine tanıdığı hukuk yaratma salâhiyetine dayanarak büyük ana ve büyük babalarla torunlar arasındaki şahsî münasebetleri tanzim edeceği kanaatindedir (4). Meseleye dolayısıyla temas eden **Prof. Dr. Ş. Berki** ise, «... meşru torunu bulunan bir kimse dahi evlâtlık edinemez. Filhakika, torun dahi çocuk ve hattâ ondan daha fazla sevgi ve alâkayı caliptir. Bu itibarladır ki, dedenin dahi boşanmış gelininin çocuğunu (yani kendi torununu) görmeye hakkı vardır» demektedir (5).

II. Görüşümüz.

1. MK.'da büyük ana ve büyük babalarla torunlar arasında şahsî münasebet tesisine müteallik bir hüküm bulunmaması, kanun koyucunun böyle bir münasebetin kurulması hususunda büyük ana ve büyük babalara bir hak tanımak istemediği (yani bu mevzuda menfi bir hal tarzı kabul ettiği) veya kanunda boşluk bulunduğu şeklinde tefsir olunabilir (6). Bu sonuncu halde hâkim, eğer mevcutsa örf ve âdet hukukunu (7) tatbik eder; mevcut değilse kendisi vazı kanun olsa idi bu meselede nasıl bir kaide koyacak idiyse ona göre bir kaide koyarak hükmeder (MK. mad. 1/1).

Binaenaleyh bütün mesele kanunda torunlarla büyük ana ve büyük babalar arasında şahsî münasebetler tesisine müteallik bir hükmün bulunmamasının kanun koyucunun bu mevzuda menfi bir hal tarzı kabul etmiş olup olmadığı veya diğer bir ifade ile kanunda bir boşluk bulunup bulunmadığı noktası üzerinde toplanmaktadır. Malûm olduğu üzere hâkim, kanunda boşluk bulunup bulunmadığını teşriî siyaset mülâhazala-

(3) **Dr. F. H. Saymen**, Boşanma Halinde Çocukların Büyük Ana-Babalariyle Münasebeti (İstanbul Barosu Dergisi 1951, sa. 6), s. 330. **Dr. F. H. Saymen-Dr. H. K. Elbir**, Türk Medenî Hukuku III, Aile Hukuku (İstanbul 1957), s. 273. Bu fikri krş: aşağıda II.

(4) **Dr. T. Esener**, Yt. 2. HD.'nin 20.9.1956 tarihli ve 4937/4475 sayılı kararının (bak: aşağıda B I 2 deki 3 no. lı Yt. kararı) tahlili (Kazai İctihatlar 1956 sa. 2, s. 135). Adı geçen müellifin fikrini krş: aşağıda II.

(5) **Dr. Ş. Berki**, Türk Hukukunda Evlâd Edinme ve Evlâtlığın Mirası (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1952, sa. 3-4), s. 6. Adı geçen müellifin fikrini krş: aşağıda II.

(6) Bak: **Dr. A. Egger** (t. terc. V. Çernis), İsviçre Medenî Kanunu Şerhi I. Giriş ve Kişinin Hukuku, 1. kısım (Ankara 1947), s. 65; **Dr. A. Meier-Hayoz**, Application du droit II (Fiches Juridiques Suisses no. 1095), s. 1 not 2.

(7) Bak: aşağıda not 18.

rını nazara alarak (8) ve kendisini vazın kanun yerine koyarak tesbit eder. Bu itibarla muayyen bir meselede kanunun sükütu karşısında hâkim ancak kanun koyma tekniği bakımından ciddi sayılabilen sebepler mevcut olduğu takdirde bir boşluk bulunduğu neticesine varabilir. Aksi halde kanunun sükûtunu kasdı olarak tefsir etmek zorundadır.

2. **Kanaatimizce**, MK.'da büyük ana ve büyük babalarla torunlar arasında şahsi münasebetler tesisine müteallik bir hükmün mevcut bulunmaması ancak, kendisile şahsi münasebet tesisi bahis mevzuu olan **çocuğun ana veya babasının veyahut da bunların her ikisinin ölmüş (9) olması halinde**, bu husustaki talebin ölmüş (10) bulunan tarafın (veya tarafların) ana - babası (yani çocuğun büyük ana - büyük babası) tarafından yapılmış olması ve bunlarla çocuk arasında evlilik içi nebepe bağı mevcut bulunması şartile kanunun boşluğu olarak tefsir olunabilir. Zira bu takdirde kanunda bir boşluğun mevcudiyetinin kabul edilmesini gerektiren ciddi bir sebep mevcuttur. Malûm olduğu üzere MK.'un 253. maddesi evlilik içi çocuğu hayatta bulunan şahsın olduğu kadar vefat etmiş (11) çocuğunun - kendisine evlilik içi nesep bağlarile bağlı bulunan - çocuğu (yani torunu) hayatta bulunan bir kimsenin de evlât edinmesine cevaz vermemiştir. Bunun sebebini bir taraftan evlilik içi nesep torunların haklarının korunması endişesinde, diğer taraftan - kendisine evlilik içi nesep bağlarile bağlı bulunan - torunu hayatta olan bir şahsın evlât sevgi ve iştihakının tatmin edilmiş bulunacağı düşüncesinde aramak icap eder (12). Bu sonuncu sebep nazara alındığı takdirde görülür ki, kanun koyucu, bir kimsenin evlilik içi çocuğuna karşı olan sevgisinin, bu çocuğun ölümünden (13) sonra ondan olan evlilik içi torunu (veya torunları) tarafından tatmin edilmiş bulunacağını farz ve kabul etmektedir. Bu faraziyyeye göre, büyük ana ve büyük babalar ölmüş (14) bulunan evlilik içi çocuklarına karşı besledikleri sevgiyi bu çocuklarından olan evlilik içi torunları üzerinde temerküz ettirecekler ve onunla bu hislerini tatmin ede-

(8) Bak: **Egger**, yukarıda not 6'da age., s. 66. Ayrıca bak: *Journal des Tribunaux* 1926, s. 249 ve 1934, s. 596.

(9) Veya gaipliğine karar verilmiş.

(10) Bak: yukarıda not 9.

(11) Bak: yukarıda not 9.

(12) Bak. **Velidedeoglu**, age., s. 274; **Dr. A. Ataay**, *Medeni Hukukta Evlât Edinme*, 1. fasikül (İstanbul 1957), s. 67. Ayrıca bak: **Dr. P. Secrétan**, *L'Adoption* (Lausanne 1914), s. 56; **M. Ancel**, *L'Adoption dans les législations modernes* (Paris 1943), s. 39.

(13) Veya gaipliğine karar verilmesinden.

(14) Bak: yukarıda not 9.

ceklerdir. Ancak, çocuk sevgisinin tatmin edilmiş sayılabilmesi için, bu hissi tatmin olunan şahısla çocuk arasında - hiç olmazsa asgari derecede - şahsi bir münasebetin mevcut bulunması icap ettiğine göre, böyle bir münasebetin kurulmasını talep hakkının o şahsa tanınmış olması iktiza eder. Kanun koyucu bir kimsenin ölmüş (15) olan çocuğunun çocuğu (yani torunu) ile şahsi münasebet tesis etmek istemesi halini düşünmüş olsaydı hiç şüphesiz - bir tenakuza düşmemek için - MK.'un 253. maddesinin ruhuna uyan bir hüküm vazederdi. Yani kanun koyucu bu vaziyette kanunun metninde, büyük ana ve büyük babaların, hâkimden - kendilerine evlilik içi nesep bağlarıyla bağlı bulunan - torunları ile aralarında şahsi münasebetler tesisini istemeğe hakları bulunduğunu gösteren bir hükme yer verirdi (16). Görülüyor ki, MK.da böyle bir hükmün mevcut bulunmamasını kanunun boşluğu olarak tefsir etmek icap etmektedir.

Ancak şunu derhal işaret edelim ki, kanunun metninde mevcut olduğunu tesbit ettiğimiz boşluğun örf ve âdet hukuku ile doldurulması mümkün değildir. Zira çocuğu ölmüş (17) bulunan bir kimsenin hâkimden, bu çocuğundan olan torunu ile arasında şahsi münasebet tesisini talep etmeğe hakkı bulunduğunu gösteren ve bir örf ve âdet hukuku kaidesinin unsurlarını haiz bulunan bir gelenek (18) mevcut değildir. Bu itibarla hâ-

(15) Bak: yukarıda not 9.

(16) Büyük ana ve büyük babaların, ölmüş veya gaipliğine karar verilmiş (bak: yukarıda not 9) bulunan çocuklarından olan torunlarıyla şahsi münasebetlerde bulunmalarına imkân bırakmayan ana veya babaya karşı hâkimden MK.'un 272. ve müteakip maddelerine dayanarak gerekli tedbirlerin alınmasını isteyebilmelerinin mümkün olduğu nazara alınarak büyük ana ve büyük babaların, kendilerine evlilik içi nesep bağlarıyla bağlı bulunan torunları ile aralarında şahsi münasebetler tesisini istemeğe hakları bulunduğunu gösteren bir hükme ihtiyaç olmadığı söylenemez. Zira, hâkim MK.'un 272. ve müteakip maddelerine dayanarak tedbir alırken sadece çocuğun menfaatlerini göz önünde bulundurur (bak: aşağıda not 25). Halbuki MK.'un 253. maddesinin ruhu, çocuğu ölmüş veya çocuğunun gaipliğine karar verilmiş (bak: yukarıda not 9) bir şahsın bu çocuğundan olan torunu ile şahsi münasebetlerinin nizamlanmasında ayrıca kendi menfaatlerinin de nazara alınmasını gerektirmektedir (bunun sebebi hususunda bak: aşağıda B II 1 son cümle). Bu husus ise büyük ana ve büyük babaya, ölmüş veya gaipliğine karar verilmiş (bak: yukarıda not 9) bulunan çocuklarından olan ve kendilerine evlilik içi nesep bağlarıyla bağlı bulunan torunları ile şahsi münasebetler tesis edebilme hakkının tanınması ile temin edilebilmektedir.

(17) Bak: yukarıda not 9.

(18) «Ümumi prensiplere nazaran, bir örf ve âdet hukukunun teşekkülü, bir kaidenin ancak uzun senelerden beri tatbik edilmiş ve hukuki bir kanaate dayanmış olması halinde kabul edilebilir.» Federal Mahkeme Kararı, 26.1.1955

kim bahis mevzuu boşluğu MK.'un 1. maddesinin kendisine tanıdığı kaide koyma salâhiyetine dayanarak dolduracaktır. Hâkim, kanun koyucu gibi hareket ederek yaratacağı kaidenin MK.'un 253. maddesinin ruhuna uygun olmasına bilhassa dikkat etmek zorundadır, zira o, esas itibarıyla müspet hukuk nizamının lâfzına olduğu kadar ruhuna da aykırı bir kaide koyamaz (19). Binaenaleyh kanunun boşluğu, bir kimsenin ölmüş (20) bulunan çocuğundan olan ve kendisine evlilik içi nesep bağlarıyla bağlı bulunan torunu ile arasında şahsî münasebetler tesisini talep etme hakkı bulunduğu tarzında bir kaide ile doldurulacaktır; kanunun ruhu, boşluğun bu şekilde doldurulmasını gerektirmektedir.

Kabul ettiğimiz hal tarzının teknik olduğu kadar âdil olduğunda ve beşerî hislere uygun olduğunda şüphe yoktur. Bunun çocuk bakımından mahzurlu bazı neticeler doğurması ihtimali de varit değildir. Zira nasıl ki, hâkim, boşanma halinde çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan eşe çocuğuyla şahsî münasebetlerde bulunma hakkını tanıırken - onun menfaatlerinin yanında - icabı hali ve bu arada bilhassa çocuğun menfaatlerini nazara alıyorsa (21) burada da - büyük ana ve büyük babaların menfaatlerinin yanında - aynı esasları göz önünde bulunduracak ve ona göre büyük ana büyük babayla torun arasındaki şahsî münasebetleri tanzim edecektir. Hattâ «pek ziyade istisnai hallerde ve çocukların menfaatleri bunu tamamile zarurî kıldığı takdirde» ana - babanın çocukla şahsî münasebetlerde bulunma hakkı ziyaa uğrayabileceğine (22) nazaran, çocuğun menfaatleri kat'i olarak gerektirdiği takdirde hâkim evleviyetle büyük ana ve büyük babaya bu hakkı tanıyarak, onların bu husustaki taleplerini reddedecektir.

Verdiğimiz izahattan anlaşılacağı üzere MK.'un 253. maddesinden çıkardığımız gerekçe ancak bir kimsenin ölmüş (23) bulunan çocuğundan

(Dr. A. Ataay, *Umumî Esaslar, Şahsın Hukuku ve Aile Hukuku ile İlgili İsviçre Mahkeme Kararları* (İstanbul 1957), s. 2. Aynı fikir için bak: Dr. A. E. Schwarz (t. terc. Dr. H. Veldet), *Medeni Hukuka Giriş* (İstanbul 1946), s. 47, 48; Egger, yukarıda not 6 da age., s. 68; Dr. F. H. Saymen, *Türk Medeni Hukuku I, Umumî Prensipler*, 2. bası (İstanbul 1956), s. 95; Tuor, age., s. 34. Ayrıca bak. ve karşı: Dr. H. V. Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku I, cüz 1 Umumî Esaslar*, 5. bası (İstanbul 1956), s. 103-105.

(19) Tuor, age., s. 37.

(20) Bak: Yukarıda not 9.

(21) Bak: Egger, yukarıda not 1 de age., s. 261.

(22) Bak: Egger, yukarıda not 1 de age., s. 200; J. Lador, *Des Droits strictement personnels* (Besançon 1933, thèse), s. 66. Ayrıca bak: C. Reymond, *Du divorce et de la séparation de corps en suisse* (Lausanne 1915), s. 86.

(23) Bak: yukarıda not 9.

olan ve kendisine evlilik içi nesep bağlarıyla bağlı bulunan torunu ile arasında şahsî münasebetler tesisi bahis mevzuu olduğu takdirde kanunda bir boşluğun mevcudiyetinin kabul edilmesini ve bunun büyük ana ve büyük babaların lehine doldurulmasını gerektirmektedir. Fakat buna mukabil, bir kimsenin vefat etmiş (24) çocuğundan olan ve kendisine evlilik dışı nesep bağı ile bağlı bulunan torunu ile arasında şahsî münasebetler tesisi bahis mevzuu olduğu takdirde, bu meseleye müteallik kanunda bir hüküm bulunmaması hususunun kanunun boşluğu olarak tefsir edilmesini ve bunun büyük ana ve büyük babaların lehine doldurulmasını gerektiren ciddi bir sebep mevcut değildir. Binaenaleyh, büyük ana ve büyük babalar kendilerine evlilik dışı nesep bağı ile bağlı bulunan torunları ile aralarında şahsî münasebetler tesisini talep hakkını haiz değildirler; ancak bunlarla şahsî münasebetlerde bulunmaması çocuğun maddî veya manevî menfaatlerine aykırı düştüğü takdirde, bu münasebetlere mâni olan veliye karşı sadece MK. un 272. ve müteakip maddelerine dayanılarak hâkimden gerekli tedbirleri alması (25) istenebilir (26). Keza bir kimsenin ölmüş (27) olan evlâtlığının fûruu ile şahsî münasebetlerde bulunmak istemesi halinde de durum bu merkezdedir.

3. Çocuğun ana ve babasının her ikisinin de hayatta bulunmaları haline gelince : Bu takdirde, kanunda büyük ana ve büyük babalarla torunlar arasında şahsî münasebetler tesisine müteallik bir hükmün bulunmamasının kanunun boşluğu olarak tefsir edilmesini gerektiren ciddi bir sebep mevcut değildir. Yani bu vaziyette kanunun sükûtunun, kanun koyucu tarafından menfi bir hal suretinin kabul edilmiş bulunduğu şekilde tefsir olunması gerekir.

Gerçi babanın velâyetin icrasında kendisine tanınan üstünlüğe (bak: MK. mad. 263/cümle 2) dayanarak velâyeti altında bulundurduğu çocu-

(24) Bak: yukarıda not 9.

(25) MK.'un 272. ve müteakip maddelerindeki tedbirleri alırken hâkim sadece çocuğun menfaatlerini göz önünde bulundurur. Zira bu maddelerin vaz'ı ile güdülen gaye bunu gerektirmektedir. Burada, büyük ana ve büyük babasına evlilik içi nesep bağlarıyla bağlı bulunan çocuğun ana veya babasının veyahut da bunların her ikisinin ölmüş bulunması halinde olduğu üzere (bak: yukarıda not 16 ve aşağıda B II 1 son iki cümle) ayrıca büyük ana ve büyük babaların menfaatlerinin nazara alınmasını gerektiren ve hukuk tekniği bakımından makûl sayılabilecek olan bir sebep mevcut değildir.

(26) «Umumiyet itibarile, çocuğun himaye edilmesinde manevî menfaati olan her şahıs... ve hatta bizzat çocuk böyle bir talepte bulunabilir.» A. S. Gö-nensay, Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, kısım II (İstanbul 1940), s. 62.

(27) Bak: yukarıda not 9.

gunun, diğ er tarafın (yani çocuğ un anasının) ana ve babasıyla (yani çocuğ un büyük ana ve büyük babasıyla) şahsî münasebetlerde bulunmasına mâni olması ihtimali mevcuttur. Keza, ana ve baba hayatta olmalarına rağmen içlerinden sadece birinin çocuk üzerinde velâyet hakkını haiz bulunması halinde de, velâyeti tek başına haiz bulunan tarafın velâyeti altındaki çocuğ un diğ er tarafın ana - babasıyla şahsî münasebetler tesis etmesine mâni olması ihtimal dahilindedir (28). Ancak bu ihtimallerin kanunda bir boşluk bulunduğ u neticesinin çıkarılması için kâfi birer sebep sayılmalarına imkân yoktur. Zira kanun koyucunun bunları düşünmediğ i ve çaresiz bıraktığı söylenemez. Malûm olduğ u üzere, büyük ana ve büyük babasıyla şahsî münasebetlerde bulunmaması çocuğ un maddî veya manevî menfaatlerine aykırı olduğ u takdirde, MK.'un 272. ve müteakıp maddelerine dayanılarak hâkimden gerekli tedbirleri alması istenebilir (28a).

4. Görülüyor ki, MK.'da büyük ana ve büyük babalarla torunlar arasında şahsî müasebetler tesisine müteallik bir hükmün bulunmaması, kendisile şahsî münasebet tesisini bahis mevzuu olan çocuğ un ana veya babasının veyahut da bunların her ikisinin ölmüş (29) olması halinde, bu husustaki talebin ölmüş (30) bulunan tarafın (veya tarafların) ana - babası (yani çocuğ un büyük ana - büyük babası) tarafından yapılmış olması ve bunlarla çocuk arasında evlilik içi nesep bağı mevcut bulunması şartile kanunun boşluğ u olarak tefsir olunabilmektedir. Bunun dışında kanunun sükûtunun, kanun koyucunun menfi bir hal sureti kabul etmiş bulunduğ u tarzında nazara alınması icabetmektedir (31). Bu itibarla MK.'un boşanmadan sonra çocukla şahsî münasebette bulunma hakkını nizamlayan 148. maddesinin II. fıkrasında büyük ana ve büyük babadan bahsedilmemesi bir unutkanlık eseri değildir. Zira kanunun lâfzı, bu hükmün boşanmış veya ayrılıklarına karar verilmiş olan eşlerden her ikisinin de hayatta bulunmaları halinde tatbik edilebileceğ ini (32) göstermektedir

(28) Hattâ ana veya babanın velâyeti altında bulundurduğ u çocuğ unun bizzat kendi ana ve babasıyla şahsî münasebetlerde bulunmasına mâni olması - zayıf da olsa - ihtimal dahilindedir.

(28a) Bak: yukarıda not 25 ve 26.

(29) Bak: yukarıda not 9.

(30) Bak: yukarıda not 9.

(31) Bak: yukarıda 2 ve 3.

(32) MK.'un 148. maddesinin ihtiva ettiğ i hükmün «boşanma veya ayrılık vukuunda» tatbik edilebilecek bir hüküm olduğ u, maddenin lâfzından başka sistematik yer'nden de anlaşılmaktadır. Adı geçen maddede ana ve babadan bahsedilmiş olması da, bu madde ile münhasıran, boşanmış veya haklarında ayrı-

(33). Yukarıda belirttiğimiz üzere, ana ve baba - boşanmış veya ayrılmış olsalar da - hayatta buldukları müddet zarfında büyük ana ve büyük babaların hâkimden torunlarıyla aralarında şahsî münasebetler tesisine karar vermesini istemeğe hakları bulunduğunu gösteren bir emare mevcut değildir (34).

B) TATBİKAT VE ŞAHSİ GÖRÜŞÜMÜZ

I. Tatbikat.

1. İsviçre Federal Mahkemesi, büyük ana ve büyük babaların torunlarıyla şahsî münasebetler tesis etmek hakkını haiz bulunmadıkları esasını kabul etmektedir. Yüksek mahkemeye göre :

«İsviçre Medeni Kanunu büyük ana-babaların torunları ile şahsî münasebetler tesis etmek veya torunlarının kendilerine tevdi edilmesini istemek hakkını tanımamıştır. Böyle bir hak ne kanunun metninden, ne de kanunun diğer metinlerinden yapılacak tefsirlerden istihraç edilemez. Kanun böyle bir hakkı ancak ana ile babaya ve onlarla aynı hükme tâbi tutulan evlâd edinene tanımıştır (İsv. MK. mad. 268; Türk MK. mad. 257)...

Büyük ana-babalarla torunlar arasında da çok sıkı bir hısımlık bağı bulunmakla beraber, çocuğun kendilerine tevdi veya çocuğu ziyaret hakkının tanınmaması, kanunun boşluğu hususunda bir hüküm vermediği icap ettirmez...

Velâyet hakkını haiz olan baba, çocuğu büyük ana-babaya tevdi-den imtina edince, ve çocuğu ziyaretten bunları meneyince, inhisarî bir şekilde istimale salâhiyetli bulunduğu velâyet hakkını icradan

lık kararı verilmiş eşlerin her ikisinin de hayatta bulunmaları halinin nizamlanması gayesinin güdüldüğüne işaret teşkil etmektedir.

(33) Bilhassa belirtmek icabeder ki, MK.'un 148. maddesinde büyük ana ve büyük babalara torunlarıyla şahsî münasebetlerde bulunma hakkının kasden tanınmamış (yani bu hususta menfi bir hal tarzı kabul edilmiş) olmasına dayanılarak, bunların mutlak surette (ve bu arada yukarıda 2 deki vaziyette de) torunlarıyla şahsî münasebetlerde bulunma hakkını haiz olmadıkları iddia olunamaz. Zira böyle bir iddia, kanun koyucunun, boşanmış veya ayrılmış olan ana ve babanın hayatta bulunmaları halini nizamlamak gayesile vazettiği bir hükmün mesnetsiz olarak ve kanunun ruhuna aykırı bir şekilde genişletilmesi neticesini doğurur. Daha önce verdiğimiz izahattan anlaşılacağı üzere (bak: yukarıda 2) kanunun ruhu, muayyen bazı hallerde büyük ana ve büyük babaların torunlarıyla şahsî münasebetlerde bulunabilme hakkını haiz olmalarını icap ettirmektedir.

(34) Bak: yukarıda 3.

başka bir şey yapmamıştır... Büyük ana-baba, böyle bir hakkın suiistimali halinde, ancak mahkemeye başvurup 272. madde mucibince hâkimin müdahalesini ve lüzumlu tedbirlerin ittihazını talep etmekten başka bir şey yapamazlar...» (35).

Yukarıki kararın taallük ettiği hâdisede, kendisile şahsi münasebetler tesisi bahis mevzuu olan çocuğun anası ölmüş ve ölen ananın ana ve babası (yani çocuğun büyük ana ve büyük babası) da hâkimden, çocukla aralarında şahsi münasebet tesisine karar vermesini istemişlerdir (36). Hâdisenin veriliş tarzından çocukla büyük ana ve büyük babası arasında evlilik içi nesep bağı bulunduğu anlaşılmaktadır (37).

2. **Yargıtay** ise, muhtelif tarihli kararlarında büyük ana ve büyük babaların torunlarıyla şahsi münasebetlerde bulunma hakkını haiz olduklarını kabul etmiştir. Bu kararları aşağıya aynen alıyoruz.

1

«Dâva: Torunu küçük Recaiyi annesi müddeialehyha kendisine göstermemekte olduğundan çocuğun kendisine gösterilmesine izin verilmesi istenilmiştir.

Hüküm: Gerçi kanunda bu hususta bir hüküm mevcut olmayıp küçüğün velisi de annesi müddeialehyha olduğu anlaşılmış ise de, bir dedenin varisi olan torunu ile her zaman görüşmek istemesi, kan birliğinin tahammülsüz bir arzusu bulunduğundan, kanunun hâkime bahsettiği salâhiyete binaen mumaileyhin torunu Recai ile her hafta bir saat müddetle görüşmesine karar verilmiştir.

Temyiz kararı: Hüküm fıkrasında gösterilen mucip sebeplere ve Medeni Kanunun birinci maddesindeki sarahate ve dâvacı ile çocuk arasında nesep cihetinden bulunan münasebete nazaran itirazlar vârit olmadığından reddiyle hükmün tasdikine...» (38).

2

«Dâva: Dâvalı ile oğulları evli bulunmaktalarken İstanbul Asliye 6. Hukuk Mahkemesince... boşanmalarına ve evlilikten olma çocukları

(35) Federal Mahkeme Kararı, 24.2.1928 (Saymen, yukarıda not 3 de age., s. 324-326. Bu kararın fransızca metni için bak: Journal des Tribunaux 1928 I, s. 194-201; almanca metni için ayrıca bak: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes 54 II, s. 4-12).

(36) Saymen, yukarıda not 3 de age., s. 323-324; Journal des Tribunaux 1928 I, s. 195-196.

(37) Bak: Journal des Tribunaux 1928 I, s. 194 ve müt.

(38) Yt. 2. HD., 9.3.1944, 3144/4361 K. Tepeci, Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenisi I, 2. bası - Ankara 1955 - s. 17).

Suvar velâyetinin anaya verilerek baba ile şahsi münasebet teminine karar verilip mezkûr ilâm kesinleşmiş olduğundan ve oğullarının vefat etmesi üzerine torunları Suvar ile kendileri arasında şahsi münasebet temini bir hak ve insani bir borç bulunduğu bahisle hâdisenin iktiza ettirdiği kararın alınması istenilmiştir.

Hüküm: Büyük baba ve büyük ana ile binnetice kendilerine mirasçı olan küçük arasında şahsi münasebet tesisi insanlık ve adalet kaidelerinin en tabii icaplarından bulunmasına ve her ne kadar bu hususta Kanunu Medinide bir sarahat mevcut değilse de mahkeme, mezkûr kanunun birinci maddesine dayanarak hükmedebileceğine binaen; gidip gelme yol masrafları dâvacılar tarafından temin edilmek suretile küçük Suvar'ın on beş günde bir defa büyük anne ve büyük babası yanında kalmasına karar verilmiştir.

Yargıtay kararı: Dâvacının çocuklarının çocuklarını görmek istemesi vazgeçilmesi mümkün olmayan kan münasebeti icabından olup kanunda buna muhalif bir hüküm bulunmadığı cihetle bu hususta hâkimin takdir hakkı derkâr ise de, çocuk henüz küçük olduğu ve bu cihetle 24 saat anasından ayırmak muvafık olmayacağı düşünülerek, dâvacıdan münasip zamanlarda anasının yanına gelip küçüğü görmeleri ve anasının buna muhalefet etmemesi suretinde karar verilmek lâzım gelirken, on beş günde bir defa büyük baba ve ananın yanında kalması suretinde karar verilmesinde isabet görülemediğinden hükmün bozulmasına... karar verildi» (39).

3

«G. D. tarafından R. K. aleyhine açılan nez'i velâyet dâvasının yapılan muhakemesi sonunda; dâvahnın kendisinden olan ve velâyeti altında bulunan küçük S. ya iyi baktığı ve velâyetinin nez'ini mucip bir harekette bulunmadığı anlaşılmış olduğundan dâvanın reddine ve şahsi münasebet tesisi hususunda ait olduğu mahkemeye müracaatta muhtariyetine dair verilen yukarıda tarih ve numarası yazılı hüküm dâvacı G. tarafından temyiz edilmekle bittetik temyiz dileğinin müddetinde görülüp kabulü kararlaştırıldıktan sonra icabı müzakere olundu.

Sureti şahadete ve cereyanı tahkikata ve hükmün müstenit olduğu gerekçelere ve dâvacının torunu ile şahsi münasebet tesisi hakkında ayrıca dâva hakkı mevcut bulunmuş olmasına göre yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün tasdikine... karar verildi... (40).

Yukarıki Yargıtay kararlarından ikincisi hariç diğerlerinin taallük ettikleri hâdiselerde, hâkimden torunuyla arasında şahsi münasebetler

(39) Yt. 2. HD., 11.12.1947, 6134/6501 (Tatbikatta Yargıtay Kararları 1950, sa. 13, n. 388-389).

(40) Yt. 2. HD. 20.9.1956, 4937/4475 (Kazai İctihat 1956, sa. 2, 134)

tesisi talebinde bulunan büyük ana ve büyük babanın çocuklarının (yani kendisile şahsî münasebet tesisi bahis mevzuu olan torunun ana veya babasının) hayatta bulunup bulunmadığı hususu pek anlaşılammaktadır. İkinci kararın taallük ettiği hâdisede ise, büyük ana ve büyük baba ile bunların ölmüş bulunan çocuklarından olan torunları arasında şahsî münasebet tesisi bahis mevzuu olmaktadır. Bu hâdiseye İsviçre Federal Mahkemesinin hükme bağladığı hâdiseye (41) benzerlik arz etmekle beraber Yargıtay - Federal Mahkemeden farklı olarak - büyük ana ve büyük babaların torunlarıyla aralarında şahsî münasebetler tesisini talep hakkını haiz bulduklarını kabul etmiştir (42).

II. Görüşümüz.

1. **Biz**, İsviçre Federal Mahkemesinin yukarıda naklettığımız hâdiseye taallük eden kararına iştirak edemiyoruz. Bize göre, kanunda büyük ana ve büyük babalarla torunlar arasında şahsî münasebet tesisine müteallik bir hükmün bulunmaması, kendisile şahsî münasebet tesisi bahis mevzuu olan çocuğun ana veya babasının veyahut da bunların her ikisinin ölmüş bulunması halinde, bu husustaki talep ölmüş bulunan tarafın ana - babası (yani çocuğun büyük ana - büyük babası) tarafından yapılmış olduğu ve bunlarla çocuk arasında evlilik içi nesep bağı mevcut bulunduğu takdirde bir boşluk olarak tefsir edilmek iktiza eder. Zira bu takdirde kanunda boşluk bulunduğunu gösteren ciddi bir sebep mevcuttur. Bahis mevzuu boşluğun doldurulması hususunda - tatbik edilecek bir örf ve âdet hukuku mevcut olmadığından - hâkim, kaide koyma salâhiyetine dayanarak, kanunun ruhuna uyan (yani çocuğu ölmüş bulunan şahsın bu çocugundan olan ve kendisine evlilik içi nesep bağlarıyla bağlı bulunan torunu ile arasında şahsî münasebetler tesisini talep etmeğe hakkı bulunduğunu gösteren) bir hüküm vazedecektir (43.)

Çocuğun ana veya babasından birinin ölmüş bulunması halinde, hayatta kalan ana veya baba velâyet hakkını suiistimal ederek ölmüş olan tarafın ana - babasına (yani büyük ana ve büyük babaya) evlilik içi nesep bağlarıyla bağlı bulunan çocuğu göstermediği takdirde - Federal Mahkeme kararında olduğu üzere - büyük ana ve büyük babanın hâkimden MK.'un 272. maddesi mucibince gerekli tedbirleri almasını isteyebileceklerini kabul etmekle yetinmek tatminkâr bir hal tarzı olmaktan uzaktır. Malûm olduğu üzere hâkim MK.'un 272. ve müteakıp maddelerine tevfi-

(41) Bak: yukarıda 1.

(42) Krş: yukarıda 1.

(43) Bak: yukarıda A II 2.

kan tedbir alırken sadece lehine tedbir alınacak olan çocuğun menfaatlerini göz önünde bulundurur (44). Halbuki MK.'un 253. maddesinin ruhu, çocuğu ölmüş bulunan bir şahsın bu çocuğundan olan torunu ile şahsî münasebetlerinin nizamlanmasında ayrıca kendi menfaatlerinin de nazara alınmasını gerektirmektedir. Zira adı geçen maddenin ruhundan çıkardığımız faraziyeğe göre, büyük ana ve büyük babalar evlilik içi çocuklarına karşı besledikleri sevgiyi bu çocuklarından olan evlilik içi torunları ile tatmine çalışacaklarından (yani büyük ana ve büyük babaların bizzat kendi hislerinin tatmini bahis mevzuu olduğundan), torunlarıyla aralarındaki şahsî münasebetlerin nizamlanmasında ayrıca kendi menfaatlerinin de nazara alınması (45) adalet ve hakkaniyet icabındandır.

2. **Yargıtay** kararlarına gelince: **Biz** bunlarda varılan, neticeleri - taallük ettikleri hâdiselerde, büyük ana ve büyük babaların ölmüş bulunan çocuklarından olan ve kendilerine evlilik içi nesep bağlarıyla bağlı bulunan torunlarıyla aralarında şahsî münasebetler tesisini talep etmiş olmaları şartile - isabetli buluyoruz. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere, çocuğu ölmüş bulunan bir kimsenin hâkimden, bu çocuğundan olan ve kendisine evlilik içi nesep bağlarıyla bağlı bulunan torunu ile arasında şahsî münasebetler tesisini talep etmeğe hakkı vardır. Ancak şu noktayı da belirtelim ki, bu kararlardan hiç birisinde büyük ana ve büyük babalarla torunlar arasında şahsî münasebetler tesisine dair MK.'da bir hüküm bulunmamasının kanunun boşluğu olarak tefsir edilmesini gerektiren sebepler açıklanmadığı gibi, büyük ana ve büyük babaların torunlarıyla şahsî münasebetlerde bulunma hakkını haiz oldukları tarzında vazedilen kaidede sağlam gerekçelere dayandırılmamıştır. Büyük ana ve büyük babaların torunlarıyla şahsî münasebetlerde bulunma hakları, bu kararlardan üçüncüsünde hiçbir gerekçeye dayandırılmamış, birincisinde « nesep cihetinden bulunan münasebete », ikincisinde ise « vaz geçilmesi mümkün olmayan kan münasebetine » istinat ettirilmiştir. Yüksek mahkemenin gerekçe olarak ileri sürdüğü hususlar çok umumî bir mahiyet arz etmektedir. Zira, büyük ana ve büyük babalarla, bunlara evlilik içi nesep bağlarıyla bağlı bulunan torunları arasında nesep cihetinden ve kan bakımından mevcut bulunan münasebet daima aynı olduğuna göre büyük ana ve büyük babaların bu münasebetlere dayanarak her zaman - ve bu arada kendisile şahsî münasebet tesisini bahis mevzuu olan çocuğun ana ve babasının velâyeti altında bulunması halinde de - hâkimden şahsî münasebet tesisine karar vermesini istemeğe hakları bulunduğunu kabul etmek iktiza eder ki, bu netice aşırıdır.

(44) Bak: yukarıda not 25 cümle 1.

(45) Bak: yukarıda not 16 son cümle.